

Vol. 9 No. 1 • 2025

eu daimonia*

Revija za pravnu, političku i
socijalnu teoriju i filozofiju

Emre Akalın

INVISIBILITY OF HUMAN RIGHTS IN H.L.A. HART'S LEGAL THEORY:
A CRITICAL REVIEW OF THE NATURE OF LAW BASED ON HUMAN RIGHTS

Luka Brajković

SOCIOLOŠKE METODE U PRAVU S OBZIROM NA DJELOTVORNOST PRAVNE NORME

Marija Vojisavljević

HARTOVA KRITIKA FORMALIZMA I SUDIJSKO TUMAČENJE PRAVA

Lazar Jugović

MOGUĆNOSTI PRIMENE FENOMENOLOŠKE METODE NA PRAVNE POJMOVE I TEORIJE

Nikola Krejović

ŽIVOT NAKON SMRTI: MOGUĆNOST RASPOLAGANJA REPRODUKTIVNIM ĆELIJAMA
U SLUČAJU SMRTI

Timotej F. Obreza

DANCING WITH STRANGERS: YOUNG LEGAL SCHOLARS AND THEIR
DISCIPLINARY PREDICAMENT

Elena Papangelodemou

THE SELF, THE OTHER AND THE LAW

Iva I. Stefanović

ISTRAŽIVANJE UPOTREBE VEŠTAČKE INTELIGENCIJE OD STRANE STUDENATA
PRAVNOG FAKULTETA UNIVERZITETA U BEOGRADU

Simona Trocino

THE RELIABILITY OF EXPERTS IN JUDICIAL FACT-FINDING

Mina Čeperković

POSTUPAK IZBORA NACIONALNIH SAVETA NACIONALNIH MANJINA U SRBIJI

* Eudaimonia (Greek: εὐδαιμονία [eudaimoníā]) is a Greek word commonly translated as happiness or welfare; however, "human flourishing" has been proposed as a more accurate translation. Etymologically, it consists of the words "eu" ("good") and "daimón" ("spirit"). It is a central concept in Aristotelian ethics and political philosophy, along with the terms "aretē", most often translated as "virtue" or "excellence", and "phronesis", often translated as "practical or ethical wisdom". In Aristotle's works, eudaimonia was (based on older Greek tradition) used as the term for the highest human good, and so it is the aim of practical philosophy, including ethics and political philosophy, to consider (and also experience) what it really is, and how it can be achieved.

eudaimonia

Revija za pravnu, političku i
socijalnu teoriju i filozofiju
Journal for Legal, Political and
Social Theory and Philosophy

Vol. 9 No. 1 • 2025

Izdavač

IVRSRBIIJA

Srpsko udruženje za pravnu
i socijalnu filozofiju

Izdavač / Publisher:

Centar za temeljna pravna znanja / Center for Legal Fundamentals,
Srpsko udruženje za pravnu i socijalnu filozofiju (IVR Srbija) / Serbian Association for Legal and
Social Philosophy (IVR Serbia),
Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu / Faculty of Law University of Belgrade

Glavni i odgovorni urednik / Editor in Chief:

Dr Julieta A. Rabanos (Univerzitet u Beogradu / University of Belgrade)

Izvršni urednici / Executive Editors:

Ana Zdravković (Univerzitet u Beogradu / University of Belgrade)
Mila Đorđević (Univerzitet u Beogradu / University of Belgrade)

Uredivački odbor / Editorial Board:

Aleksandar Cvetković (Univerzitet u Beogradu / University of Belgrade), Mina Kuzminac (Univerzitet u Beogradu / University of Belgrade), Marija Vlajković (Univerzitet u Beogradu / University of Belgrade), Sava Vojnović (Univerzitet u Beogradu / University of Belgrade), Petar Mitrović (Univerzitet u Beogradu / University of Belgrade), Fani Spalević (Univerzitet u Beogradu / University of Belgrade), Mina Čeperković (Univerzitet u Beogradu / University of Belgrade), Isidora Fürst (Univerzitet u Beogradu / University of Belgrade)

Naučni odbor / Scientific Committee:

Damir Banović (University of Sarajevo), Jorge Baquerizo Minuche (Càtedra de Cultura Jurídica – Girona), Brian Bix (University of Minnesota), Luka Burazin (University of Zagreb), Damiano Canale (Bocconi University), Alejandro Calzetta (University Alberto Hurtado), Pierluigi Chiassoni (University of Genova), Goran Dajović (University of Belgrade), David Duarte (University of Lisbon), Adam Dyrda (Jagiellonian University), Biljana Đorđević (University of Belgrade Faculty of Political Science), Milena Đorđević (University of Belgrade), Victor García Yzaguirre (University of Girona), Kenneth Einar Himma (University of Washington), Miodrag Jovanović (University of Belgrade), Marija Karanikić Mirić (University of Belgrade), Andrej Kristan (University of Girona), Eric Millard Albacete (University Paris Nanterre), Mauricio Maldonado Muñoz (University San Francisco de Quito), Tanasije Marinković (University of Belgrade), Marko Milanović (University of Nottingham), Pedro Moniz Lopes (University of Lisbon), Đorđe Pavićević (University of Belgrade Faculty of Political Science), Maria Cristina Redondo (University of Genoa), Sebastián Reyes Molina (Maastricht University), Jorge L. Rodríguez (University of Mar del Playa), Paolo Sandro (University of Leeds), Bojan Spaić (University of Belgrade), Danilo Vuković (University of Belgrade), Miloš Zdravković (University of Belgrade)

Urednik osnivač / Founding Editor:

Bojan Spaić (Univerzitet u Beogradu / University of Belgrade)

Prethodni članovi / Previous Members:

Milica Ristić (Univerzitet u Beogradu / University of Belgrade), Andrej Confalonieri (University of Leiden), Teodora Miljojković (Centralnoevropski univerzitet / Central European University), Stefan Rakić (Univerzitet u Strazburu / Strasbourg University), Nikolija Nedeljković (Univerzitet u Beogradu / University of Belgrade)

Priprema teksta / Typesetting and Layout

Dosije studio, Beograd (Belgrade)

ISSN 2560-3663 (Online)

SADRŽAJ / CONTENT

RADOVI / ESSAYS

Emre Akalın

- Invisibility of Human Rights in H.L.A. Hart's Legal Theory:
A Critical Review of the Nature of Law Based on Human Rights 7
(Izostanak ljudskih prava u pravnoj teoriji H. L. A. Harta:
kritički osvrt na prirodu prava zasnovanu na ljudskim pravima)

Luka Brajković

- Sociološke metode u pravu s obzirom na djelotvornost pravne norme 25
(Sociological Methods in Law and the Efficacy of the Legal Norm)

Marija Vojisljević

- Hartova kritika formalizma i sudijsko tumačenje prava 51
(Hart's Formalist Critic and the Judicial Interpretation of Law)

Lazar Jugović

- Mogućnosti primene fenomenološke metode na pravne pojmove i teorije 69
(Possibilities of Applying the Phenomenological Method to Legal Concepts
and Theories)

Nikola Krejović

- Život nakon smrti: mogućnost raspolaganja reproduktivnim ćelijama
u slučaju smrti 91
(Life After Death: Disposition of Reproductive Cells in Case of Death)

Timotej F. Obreza

- Dancing With Strangers: Young Legal Scholars and Their
Disciplinary Predicament 117
(Plesati sa strancima: mladi pravni naučnici i njihova disciplinarna usmerenost)

Elena Papangelodemou

- The Self, the Other and the Law 139
(Sopstvo, drugi i pravo)

Iva I. Stefanović

Istraživanje upotrebe veštačke inteligencije od strane studenata Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu	169
(The Impact of Artificial Intelligence on Academic Success: A Case Study of Law Students at the University of Belgrade)	

Simona Trocino

The Reliability of Experts in Judicial Fact-Finding	185
(Pouzdanost stručnjaka u utvrđivanju činjenica u sudskom postupku)	

Mina Čeperković

Postupak izbora nacionalnih saveta nacionalnih manjina u Srbiji	199
(Election Procedure of National Minority Councils in Serbia)	

RADOVI / ESSAYS

Izostanak ljudskih prava u pravnoj teoriji H. L. A. Harta: kritički osvrt na prirodu prava zasnovanu na ljudskim pravima

Emre Akalın

Pravni fakultet Univerziteta Koç

UDK: 342.7:177.9



0000-0001-7509-5460

Referenca:

Akalın, Emre. 1/2025. Invisibility of Human Rights in H.L.A. Hart's Legal Theory: A Critical Review of the Nature of Law Based on Human Rights. *Eudaimonia – Journal of Legal, Political and Social Theory and Philosophy* 9: 6–23

DOI: 10.51204/IVRS_25109A

Ključne reči:

- Ljudska prava
- Pravo
- Ontološka antropologija
- Pravilo priznanja
- Materijalna ograničenja

Autor za korespodenciju:

Emre Akalın,
eakalin20@ku.edu.tr

Pravna teorija H. L. A. Harta (H. L. A. Hart) koju je razvio u svom delu „Pojam prava“ razume pravo kao sistem primarnih i sekundarnih pravila, razdvajajući pravo od morala, dok istovremeno prihvata moralne elemente unutar pravila priznanja. Međutim, Hartovo izostavljanje ljudskih prava ograničava relevantnost njegovog okvira za savremenu pravnu filozofiju, posebno u pogledu pravnog legitimiteta u okviru međunarodnog sistema. Ovaj članak kritički razmatra Hartovo pravilo priznanja tako što uključuje ljudska prava u pravni okvir, oslanjajući se na ontološki pristup ljudskim fenomenima, koji zastupa turski filozof Takijedin Mengüşöglü (Takiyeddin Mengüşöglü). Ističe se da su pravo i ljudska prava međusobno povezana ljudska dostignuća ukorenjena u zajedničkim fenomenološkim osnovama. Ova integracija unapređuje kapacitet pravnog okvira da odgovori na globalne probleme kao što su sukobi, autoritarne države i kršenja prava. Uključivanjem ljudskih prava u pravilo priznanja, ovaj revidirani okvir obezbeđuje zaštitu ljudskih prava i osnažuje pravni legitimitet u uslovima koji se stalno menjaju u međunarodnom kontekstu.

Invisibility of Human Rights in H.L.A. Hart's Legal Theory: A Critical Review of the Nature of Law Based on Human Rights

Emre Akalın

Koç University Law School

UDK: 342.7:177.9



0000-0001-7509-5460

Cite this article:

Akalın, Emre. 1/2025. Invisibility of Human Rights in H.L.A. Hart's Legal Theory: A Critical Review of the Nature of Law Based on Human Rights. *Eudaimonia – Journal of Legal, Political and Social Theory and Philosophy* 9: 6–23

DOI: 10.51204/IVRS_25109A

Keywords:

- Human rights
- Law
- Ontological Anthropology
- Rule of Recognition
- Substantive Constraints

Author for correspondence:

Emre Akalın,
eakalin20@ku.edu.tr

H.L.A. Hart's legal theory in "The Concept of Law" defines law as a system of primary and secondary rules, distinguishing law from morality while allowing moral elements within the rule of recognition. However, Hart's omission of human rights limits his framework's relevance to modern legal philosophy, especially regarding legal legitimacy in the international system. This article critiques Hart's rule of recognition by incorporating human rights into the legal framework, drawing on Turkish philosopher Takiyeddin Mengusoglu's ontological approach to human phenomena. It contends that law and human rights are interconnected human achievements rooted in shared phenomenological foundations. This integration enhances the legal framework's capacity to address global issues such as conflicts, authoritarian states, and rights violations. By embedding human rights within the rule of recognition, this revised framework ensures the protection of human rights and bolsters legal legitimacy amidst evolving international contexts.

1. INTRODUCTION

Since the emergence of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR)¹ as the moral foundation of the international legal order, the relationship between law and human rights has not been clearly established. Herbert L.A. Hart, one of the most influential legal philosophers, defined the features of law in his seminal book, *The Concept of Law* (Hart 2012, 79–91). In the book, Hart introduces law as the union of primary and secondary rules, with the rule of recognition serving as the criterion for legal validity (Hart 2012, 100). This definition has significantly shaped modern legal philosophy. However, the connection between Hart's concept of law—particularly the rule of recognition—and human rights remains insufficiently explored. Therefore, this study directly addresses how Hart's rule of recognition can be reformulated to conceptually integrate human rights within the legal framework. For this reformulation, the article draws on the ontological approach of Turkish philosopher Takiyeddin Mengusoglu, developed under his philosophical anthropology.² Mengusoglu's perspective provides a foundation for understanding human phenomena and achievements, guiding the renewed definition of the rule of recognition to conceptually unite law and human rights and address the human rights inherent within the legal framework.

The article uses this new definition to address current global challenges involving human rights and law. These concepts are often exploited by modern international legal actors to achieve ambitious goals, such as entrenching oppressive regimes or perpetuating destructive conflicts. Examples include the Russia-Ukraine and Israel-Hamas wars. The study explores an ontological-anthropological foundation with an ethical-historical basis, from which human rights emerge as responses to injustice. This foundation guides human perspectives in addressing injustice, as suggested by Gustav Radbruch (2006, 7). Human rights are thus seen as claim-based rights grounded in phenomenology, drawing on Wesley Newcomb Hohfeld's analysis of rights and Mengusoglu's phenomenological view (Hohfeld 1913, 32; Mengusoglu 2021, 85). When human rights are considered in relation to law, their legal incorporation is achieved through establishing legal validity via Hart's rule of recognition (Hart 2012, 204).

In this context, the second section examines how eminent philosophers address the normative validity of law against the backdrop of morality. Based on these views, their perspectives on human rights are derived from their positions on mo-

1 Universal Declaration of Human Rights. UNGA Res 217 A(III).

2 Takiyeddin Mengusoglu is a Turkish philosopher establishing a new theory of philosophical anthropology, which he called ontological anthropology. Ontological anthropology can be defined as a philosophical theory that brings the human being into the center of its study of reality.

rality and the normative validity of law, with Hart's critique of these positions. The section then turns to Hart's views on morality and human rights, highlighting the shortcomings of his concept of the rule of recognition regarding human rights. It argues that the rule of recognition should be revised in light of human rights—not from an abstract human rights perspective, but from a different view derived from human phenomena observed ontologically, centering the human perspective, which is called the anthropological view, as suggested by Ioanna Kucuradi (2013, 50–59).

The third section claims that the current rule of recognition cannot address today's real-world human rights violations—illustrated through concrete examples—and indicates the need for its epistemic reformulation (Freedom House Report 2024, 2). Hart's rule of recognition is presented as a handy concept for this task. Accordingly, the section develops a new approach to the relationship between law and human rights by redefining Hart's rule of recognition through the phenomenological-ontological anthropology of Takiyeddin Mengusoglu. This redefinition aims to contribute to legal philosophy by offering a fresh perspective on their relationship. It examines the conceptual collaboration between law and human rights through concrete facts linking them under an ontological approach based on human phenomena. This exploration addresses new global challenges, such as the rising violence of regional wars, ongoing systemic human rights violations by repressive regimes, and growing concerns about the legitimacy of the post-Second World War rule-based international order.

2. THE NATURE OF LAW: LEGAL PHILOSOPHY AND HART'S VIEW THROUGH THE QUESTION OF HUMAN RIGHTS

2.1. Legal Philosophy, Morality and Human Rights

For centuries, the relationship between law and morality has been the central issue in legal philosophy. Natural law has adopted moral principles accessed through human reason that direct human conduct over the authority of positive law, whereas legal positivism has defended a certain legal system, without moral considerations, conditioned by a political authority, as suggested by Brian Bix (2004, 96–97). Yet this distinction is scattered within contemporary legal philosophy, as natural law and legal positivism have weaker versions of their theories. Natural law has evolved to depart from its traditional roots, transforming the classical natural law theory into a modern natural law theory that connects moral principles with the structure of the legal system. In contrast, legal positivism has developed a new version, known as inclusive legal positivism, as explained by Robert Alexy (2008,

285). Various legal theories were developed alongside these two mainstream approaches, such as legal interpretivism, critical legal theory, feminist theory, historical-social theory, anthropological jurisprudence, and legal realism, as explained by Raymond Wacks (2021, 142–384). It is also observed that human rights in this sense have been an essential part of the legality-morality dispute as the norms incorporated into the content of international and national legal systems after the Second World War, as mentioned by Henry B. Veatch (2018, 255). Human rights can be seen as part of the dispute within the moral sphere. Among these traditions, three leading legal philosophers criticize Hart's handling of morality. These philosophers are Lon Fuller, Ronald Dworkin, and Joseph Raz; though they developed different legal theories, they converge in the critique of Hart's view on morality and its relationship with law.

Before moving on to Hart's views on morality and human rights, it is guiding to see the main criticisms of Hart's conception of morality.

2.1.1. Lon Fuller's Internal Morality of Law

Lon Fuller, the main critic of Hart in the modern natural law tradition, develops the procedural natural law theory in his book, *The Morality of Law*. Fuller defends eight basic requirements for a legal system to be effective within what he calls “the internal morality of law” (Fuller 1964, 46–81). On this basis, he proposes that the question of whether there is a law precedes the question of whether it is good law. The latter concerns whether the rules in the legal system comply with human values, while the former concerns whether the rules are based on legality—namely, whether they comply with the eight basic requirements of legality, as suggested by Fuller (1964, 157–162).

Fuller points out that the external morality of law, such as providing justice, depends on the adoption of the internal morality of law. He cites historical examples such as Nazi and apartheid laws, which do not meet the requirements of legality, and shows how these laws fail to meet the principles of legal morality (Fuller 1964, 157–161). However, Fuller does not explicitly discuss human rights. His probable view can be inferred from his reference to the human perspective embedded in the internal morality of law. For instance, Fuller establishes a connection between the application of the internal morality of law and responsible, self-determining humans, arguing that failure to respect this internal morality undermines human dignity (Fuller 1964, 162). Furthermore, Fuller adopts communication and fraternity among humans as the substantive aim of natural law—if such a substantive aim exists—along with its procedural aim (Fuller 1964, 186). Thus, the internal morality of law acts as a guide to safeguard human rights within a legal system that adheres

to the principles of legal morality. As is well known, Article 1 of the UDHR establishes human dignity and fraternity as the philosophical foundations for protecting human rights. In this context, Fuller criticizes Hart for his conceptual separation of law and morality, since Hart considers wicked law to still be law, thus rejecting the conceptual unity of morality and law advocated by Fuller (1958, 644–657). Fuller’s criticism can be evaluated within the conceptual relation between law and human rights, reinterpreting the concept of morality in the contemporary debate.

2.1.2. Ronald Dworkin’s Legal Interpretivism

The second legal philosopher criticizing Hart is Ronald Dworkin, who swims in the deep waters of legal interpretivism in the current debate in legal philosophy. His legal theory focuses on adjudication and the judge’s role rather than the legal system itself. His approach neither complies with natural law nor legal positivism. Dworkin’s interpretivist approach follows a similar path to natural law in evaluating the role of morality in law, trying to include morality in legality. He divides the legal cases before the courts into easy and hard cases (Dworkin 1977, 81). One can answer the easy cases based on the relevant law cited in the case. This answer finds its place within the model of rules developed in Hart’s legal theory (Dworkin 1977, 15–45). However, problems arise when judges face hard cases where a definitive answer does not exist within the relevant rule. According to Dworkin, in such cases, the judge must interpret the rule to find the one right answer to the current problem (Dworkin 2006, 41–42). He agrees that rules are open to interpretation but disagrees with Hart’s view of judicial discretion (Dworkin 1977, 68–69).

Dworkin’s disagreement with Hart stems from the judicial discretion of the judge in hard cases when interpreting the rule and the existence of principles in law. According to Dworkin, Hart grants the judge strong discretion in interpreting the rule, allowing room for the judge to create new law (Dworkin 1977, 82). He doesn’t assign a distinct existence to principles if they are not incorporated into the content of legal rules, unlike Dworkin (Hart 2012, 204). Dworkin objects to Hart’s views, proposing a constructive interpretation method based on legal principles that are hidden within the legal chain of judges who have decided similar hard cases before the current one (Dworkin 1986, 65–68). In this perspective, Dworkin argues that principles can be derived from these cases and applied to future cases to establish individual rights, which then trump collective goals (Dworkin 1977, 88–101). The argument of principles is used to interpret rules through moral reasoning instead of relying on broad judicial discretion to create laws (Dworkin 1977, 88–101). Ultimately, this interpretation should be rooted in principled arguments to identify the correct approach to protecting rights (Dworkin 1977, 90–130).

It can be implied that Dworkin conceptually merges law and morality. His emphasis on the importance of rights protection, alongside human dignity and equality, suggests that human rights are implicitly inherent in his legal interpretation and moral reasoning — a shortcoming that Hart's theory does not address (Dworkin 1977, 205).

2.1.3. Joseph Raz's Weak Social Thesis Argument

The third legal philosopher criticizing Hart is Joseph Raz, who supports exclusive legal positivism and defends the strong social thesis, which excludes morality from the realm of legal validity. (Raz 1979, 47). Therefore, his criticism of Hart centres on the concept of the rule of recognition, as Hart accepts the inclusion of morality into the content of the rule of recognition, which leaves room for an unnecessary link between law and morality. Raz rejects this view, calling it the weak social thesis that incorporates moral arguments into legal validity (Raz 1979, 46). In his perspective, including moral arguments in legal validity dilutes the authority of law, which provides reasons for action without necessitating individuals to make moral judgments themselves (Raz 1986, 59; Raz 1979, 52). Following this view, Raz's strong social thesis continues in his approach to human rights, placing them within a practical framework without moral foundations. However, Raz acknowledges the moral aspect of human rights as a justification for international intervention in cases of serious human rights violations (Raz 2010, 321–338).

As a conclusion, it can be stated that three different philosophers criticize Hart on different grounds. Yet the common point among them is Hart's conceptual ambiguity regarding the concept of law—whether it serves as a certain guide to conduct, includes any principles, or respects morality. In this regard, the study will seek to understand Hart's views on morality and human rights, reformulate the concept of the rule of recognition to make it clearer, and revise it within the framework of human rights in the light of ontological anthropology.

2.2. Hart's View on Morality and Human Rights

Following Hart (1961, 77–89), the law is described in the context of social phenomena through the union of primary and secondary rules. By doing so, Hart defines the law differently from John Austin's view, which understands law as the sovereign's commands backed by punishment (Hart 1961, 49–76). Yet, Hart's theory omitted addressing the concept of human rights, which was a new language of the international legal order at the time, in his concept of law. In this regard, the main question is why this omission can be considered a lacking part of his book. The answer becomes clear if a legal researcher examines the construction of the newly

established international legal order after the Second World War. When Hart wrote his book, 13 years had passed since the UDHR was adopted by the member states of the United Nations (UN). Despite this historic moment, which led to other critical human rights developments in the international legal system and, consequently, in the concept of law, Hart did not incorporate human rights into his reflection on the concept of law, even though he critically examined the concepts of morality and justice, subjecting them to his philosophical criticism (Hart 1961, 151–176). In this regard, it can be helpful to examine how Hart understands the law as the union of primary and secondary rules in constructing his legal theory, to evaluate the shortcomings of his theory concerning the concept of human rights. In his theory, primary rules are duty-imposing, such as those found in criminal law, while secondary rules are power-conferring, like those in constitutional law. However, the distinction between them is not rigid, as a rule can serve both functions simultaneously, such as in administrative law, which imposes duties on public officials and confers power to regulate affairs (Hart 1961, 92). Secondary rules are the most significant part of Hart's theory, representing his original contribution to jurisprudence, especially when compared to the previous legal theories preceding him, as suggested by Hart (1982, 21–243) and Hart (2001, 286).³

Hart identifies three types of secondary rules: rules of adjudication, rules of change, and rules of recognition (Hart 2012, 94–99). The first two empower public officials—judges, in the case of adjudication, to resolve disputes, and administrative or legislative bodies, in the case of change, to amend the law. The ultimate and most essential secondary rule is the rule of recognition, which grants legal validity to all other rules, making it the cornerstone of Hart's concept of law (Hart 1961, 97). According to Jules Coleman (1991, 707–708), Hart regards the rule of recognition as the foundation of the legal system, emerging from an existing social construction. Hart's rule of recognition cannot be confined to strictly positivist terms that exclude moral evaluation, allowing room for the incorporation of moral arguments within its content if it is accepted in this way (Hart 1961, 199). As an example, he cites the U.S. Constitutional Amendments, which embody universal values, to illustrate his point. These values can include justice, fairness, or equality, concepts that he critically engages with in his theory (Hart 1961, 151–199). At this juncture, he could have considered human rights as part of the rule of recognition. However, he never refers to human rights in *The Concept of Law* and his other works. Joseph Raz implicitly emphasizes this situation, saying that “there is a Hart theory of legal rights but no Hart theory of moral rights” (Raz 1984, 124). To understand why he did

3 The most remarkable legal philosophers are Jeremy Bentham, John Austin, and Hans Kelsen. Even though Hart placed Austin into the center in the construction of his theory, he also examined theories of Bentham and Kelsen.

not consider embedding human rights into his concept of law, it can be helpful to analyze his identification of moral rights as a concept, given that human rights are moral rights before being recognized as legal rights (Hart 1955, 175).

Hart does not refer to moral rights in his book, *The Concept of Law*, as is the case with human rights (see Hart 1961).⁴ He defines moral rights elsewhere but does not specifically mention human rights (Hart 1955, 176). He regards one moral right (or natural right) as the equal right of all men to be free and bases his formulation of legal rights on this foundation (Hart 1955, 175–191). When it comes to both the right to equality and the right to freedom as human rights in the modern legal system, the equal right of all men to be free can offer some insight into Hart's perspective on human rights. According to Hart (1955, 175), this natural right has two characteristics: all men possess this right due to their capacity to make choices, and it arises by virtue of being human, unlike other moral rights. Given his implications, Hart partly acknowledges the principles of modern human rights enshrined in Articles 1 and 2 of the UDHR, which establish the universal validity of human rights and recognize human reason and conscience as the basis for possessing these rights.

Hart recognizes only the equal right of all men to be free as a natural right (Hart 1955, 175–176). He does not accept inviolable and inalienable moral rights but permits them only under specific conditions that justify limiting others' freedom based on the equal right of all men to be free (Hart 1955, 175–191). However, Hart overlooks an important issue by not clarifying his formal propositions concerning the right to liberty for all men, as suggested by Robert L. Simon (1970, 236–237). What, then, is the meaning of men? As mentioned in Article 1 of the UDHR, does it apply to every human? If so, how can positive law enact the right to liberty by granting equal status to all individuals within a legal system that is unjust and excludes certain groups based on their origin? Hart should have extended his notion of the right to liberty for all men by clarifying its content and explaining how a legal system can derive other rights from this right to liberty for all men.

On the other hand, although he never mentions human rights, even in the postscript added to his book, he explicitly defends the doctrine of human rights in one of his later works (Hart 2001, 196). In this defence, he refers to the inhumanity among humans that became evident in the second half of the 20th century, emphasizing the importance of human dignity as a fundamental value within the expanding international human rights system (Hart 2001, 197).

He acknowledges the current triumph of human rights over utilitarianism following the adoption of the UN Charter, while also expressing doubt about whether

4 Hart explores the relationship among law and other values in his book. Surprisingly, he never refers to the relationship between law and rights.

the doctrine of human rights is complete and convincing, and whether it will be as effective in ensuring human welfare as utilitarianism once was in past societies (Hart 2001, 196–197). In this regard, when this passage is read alongside Hart’s distinction between social morality, which resonates as moral populism, and critical morality, which encompasses universal values, his main concern may be that basic human rights cannot be given meaningful content by not establishing their connection with other universal values, as Hart advocates, and they can put those values at risk, rather than protecting them, at the hands of repressive governments or legal systems (Hart 1962, 70–81). Though he endorses the doctrine of human rights, he did not address human rights within his concept of law, leaving the post-World War II developments in human rights—central to the relationship between law and human rights, untouched.

In the following section, the relationship between law and human rights will be examined through an ontological approach regarding the existence of human rights and law in Hart’s concept of law.

3. HUMAN RIGHTS IN THE CONCEPT OF LAW: AN ONTOLOGICAL-ANTHROPOLOGICAL APPROACH

3.1. The Meaning of Ontological Anthropology

As Hart’s rule of recognition is tried to be redefined within the approach mentioned as ontological anthropology, it’s necessary to clarify the concepts, which are ontology and anthropology, to comprehend its appearance in the Hart’s concept of rule of recognition.

3.1.1. *Ontology*

According to Nicola Guarino, Daniel Oberle, and Steffen Staab (2009, 1–2), ontology is divided into two main branches. The first and well-known branch of ontology is the philosophical ontology, whereas the second one is the recent ontology, which is the computational ontology. In terms of philosophy, the term ontology means the investigation of the properties of reality that are essential for it to be considered reality. This exposition is not necessarily confined to the physical reality, as it can encompass the investigation of things in the metaphysical world. Aristotle defines ontology as the science of being qua being as suggested by Barry Smith (2012, 47). Philosophical ontology investigates things being in all spheres to expose their nature as well as their relations to each other (Smith 2012, 47). On the one hand, in the context of computational sciences, a new branch of ontology has recently emerged, referred to

as computational ontology, which deals with the structure of entities in the digital world. (Guariono, Oberle, Staab 2009, 2). Ontological anthropology is grounded in philosophical ontology. Hence, the study relies on ontology in the sense of philosophy and acknowledges that the ontological framework adopted here—based on human phenomena—departs from formalist or quantificational approaches to ontology. According to Willard Van Orman Quine's turn in ontology, "to be is to be the value of a variable" (Quine 1948, 32). This means that questions of what exists can be translated into questions of what our variables must range over in formal logic, reducing ontological commitments to what is required by our scientific theories (Quine 1948, 35–36). In contrast, Francesco Berto and Matteo Plebani suggest different metaontological stands as an alternative to Quine's ontology, including the grounding approach and various theories of realism and nominalism. The study places itself within what Berto and Plebani describe as a "moderate realist" position (Berto, Plebani 2015, 172). On this basis, the study accommodates human rights as discoverable entities anchored in historical experience, not in set-theoretic abstraction, and revises Hart's rule of recognition with human rights under this ontological view.

3.1.2. Anthropology

Following Julia Morris (2021, 9–34) anthropology is a science that investigates the development of humans in terms of different aspects. Based on these different aspects, anthropology is divided into four sub-fields: biological anthropology, cultural anthropology, linguistic anthropology, and archaeology (Morris 2021, 26). Biological anthropology investigates the origin and evolution of humans, analyzing the data obtained from records or remains (Morris 2021, 26). Cultural anthropology examines humans within cultural and social contexts by studying different cultures and societies worldwide (Morris 2021, 31). Linguistic anthropology investigates the development of language among different human societies, analyzing the impact of words in language to comprehend the diverse experiences, related to the use of language, observed in societies (Morris 2021, 30). What's more, archaeology, as the final sub-field of anthropology, investigates different types of records found in the past to understand human cultures and the appearance of humans in those cultures (Morris 2021, 29). Archaeologists conduct their research in terms of different aspects (Morris 2021, 29). They focus solely on human artefacts and materials in prehistoric archaeology, whereas, in historical periods, they investigate written materials in addition to human artefacts and non-written records (Morris 2021, 29).

3.1.3. Ontological Anthropology

Ontological anthropology is a philosophical anthropology, which became an independent discipline of philosophy in the 20th century, starting from German philosopher Max Scheler's study named *Human Place in the Cosmos* (Scheler 2009).

In general, as opposed to other branches of anthropology, philosophical anthropology is not an empirical discipline belonging to anthropology. Instead, it investigates the difference between humans and other entities in the potentialities rooted in human nature, as suggested by Frederick A. Alafson in *Britannica* (2019, 1). Ontological anthropology, in this sense, can be regarded as a new approach to philosophical anthropology, proposed by Mengusoglu (2021, 84). This is because ontological anthropology does not rely on abstract inferences about human nature to understand the place of humans in the world. Rather, it reveals the concrete human achievement in the world that is based on human phenomena (Mengusoglu 2021, 64–96). Thus, a phenomenological methodology is grounded in ontological anthropology. It doesn't reduce human rights to moral premises; rather, it seeks to identify how human rights emerge from historical experiences—what Mengusoglu (2021, 95) calls “human phenomena.” The methodology is therefore descriptive, not prescriptive. It doesn't universalize a priori moral norms; instead, it analyzes how human suffering, such as the Holocaust, became ontological grounds for normative systems like the UDHR. Hence, the study does not engage in hermeneutics or textual interpretation but in an existential analysis of the ontological grounding of human rights.

3.2. Application of Ontological Anthropology to the Concept of Rule of Recognition in Hart's Legal Theory

Hart's rule of recognition originally draws on a social construction aimed at validating norms in the legal system, not on a phenomenological approach (Hart 2012, 100). The main focus here is to redefine its epistemic role by applying ontological anthropology. This redefinition understands the rule of recognition not only as an intersubjective agreement between legal officials, but also as a rule shaped by historical human achievements. Thus, the study retains the concept's original meaning as norm validation embedded within social construction, while redefining it within a phenomenologically grounded human rights framework.

Hart addresses the long-standing debate between natural law and legal positivism, adopting a new position he terms “soft positivism” (inclusive legal positivism) in the 1994 postscript to his book, named *The Concept of Law* (Hart 2012, 250). There, he reiterates that the rule of recognition can include moral claims, citing the limiting clauses of the American Constitution as examples of substantive constraints (Hart 2012, 204). In this way, Hart opens the door for his concept of law to incorporate human rights into the legal framework, with substantive constraints embedded in the rule of recognition forming the link between law and human rights. In the international legal human rights system, human rights act as substantive constraints on governments, offering a path to revise Hart's concept of law. This revision can be

achieved through an ontological approach that seeks to uncover the human value in his work, as described by Mengusoglu (2021, 76). Mengusoglu observes this value in the entirety of the human world, encompassing humanity's intellectual, technical, social, institutional, cultural, and scientific activities and their results (Mengusoglu 2021, 95).

In this vein, human rights are a concrete historical achievement of humanity, as evidenced in the UDHR and subsequent human rights documents such as the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights (ICESCR). This achievement is not illusory or grounded in speculative reasoning about human nature. On the contrary, it is rooted in the historical human phenomena that occurred during the Second World War: the Jewish genocide and the cruel, unjust, and iniquitous legal system of the Third Reich (Alexy 2010, 28).⁵ These events prompted humanity to derive knowledge of human worth, leading the international community to legalize human rights based on these phenomena to prevent humans from being subjected to inhumane treatment in the future, as defended by Johannes Morsink (2019, 159). This injustice not only damaged the historical achievements of humanity but also jeopardized potential opportunities for further achievements along humanity's historical trajectory.

In this regard, human rights shaped the international legal system, culminating a legitimacy test for the conduct of states as suggested by Allen Buchanan (2013, 7). In our age, new injustice phenomena have emerged worldwide that need to be addressed to steer the current international legal system towards a new path: an augmented concept of law with the knowledge of human rights. What are these new injustices as new human phenomena? Since the adoption of the UDHR, founded on the fact of genocide, a series of threats—evaluated through the lens of philosophical anthropology—have arisen in forms different from the impact genocide had on the international order during the Second World War.

First, significant criticism has been put forward by the Global South against the current international legal system, which is grounded in the political superiority of the UN Security Council, composed of the victors of the Second World War—essentially, an objection to the Global North—leading to the rise of Third-World Approaches to International Law (TWAIL) according to Naz K. Modirzadeh (2023, 81). Second, authoritarian governments have increasingly violated the rights of their citizens, a trend that can be empirically observed according to the Freedom House (2024) by its latest report, which notes in its introduction chapter:

5 Robert Alexy emphasizes the injustice formula in Gustav Radbruch's article titled 'Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht' (Statutory Lawlessness and Supra Statutory Law).

“Global freedom declined for the 18th consecutive year in 2023. The scope and scale of deterioration were extensive, affecting one-fifth of the world’s population. Almost everywhere, the downturn in rights was driven by attacks on pluralism—the peaceful coexistence of people with different political ideas, religions, or ethnic identities— that harmed elections and sowed violence. These intensifying assaults on a core feature of democracy reinforce the urgent need to support the groups and individuals, including human rights defenders and journalists, who are on the front lines of the struggle for freedom worldwide. A total of 52 countries suffered declines over the past year, while only 21 improved. The manipulation of elections was among the leading causes of global erosion in freedom. In Cambodia, Guatemala, Poland, Turkey, and Zimbabwe, incumbents took steps to prevent the political opposition from competing on an even playing field. Leaders in El Salvador and Venezuela bent the rules to ensure their own victories in planned contests. Ecuador’s elections were marred by widespread violence, including the murders of several state officials and political candidates. As a result, that country declined from Free to Partly Free status. Thailand inched up from Not Free to Partly Free thanks to highly competitive national elections, but a militarydrafted constitution allowed unelected forces to distort the government-formation process and box out the leading opposition party (Freedom House Report 2024, 2).”

Finally, two regional wars remain ongoing in different parts of the world: the Russia-Ukraine War, as demonstrated by Elena Chachko and Katerina Linos (2022, 125), and the Israel-Hamas War, as suggested by Oona A. Hathaway (2024, 86). These wars have further undermined the legitimacy of the current international legal system, with the veto power of the UN Security Council’s Permanent Members preventing the Council from taking an active role in stopping these conflicts. Considering these human phenomena, a new reconstruction of the international legal order has become essential to protect human rights within this flawed system. For this purpose, revisiting Hart’s concept of law and emphasizing the rule of recognition in light of human rights knowledge drawn from these human phenomena can shed light on the shortcomings of the current concept of law that is shaped by Hart’s contribution. In this context, the rule of recognition can be reconsidered with Hart’s guidance, given his acknowledgement of the incorporation of moral ideals into the rule of recognition and his recognition of substantive constraints, particularly those concerning the importance of universal human rights doctrine (Hart 2001, 196–197). Drawing on Hart’s view, the rule of recognition can be revised as both a formal and substantive legal validity criterion for assessing the validity of national or international legal systems. Formal legal validity ensures that legal authorities follow procedural requirements prescribed by the rule of recognition when enacting

laws. Substantive legal validity ensures that legal authorities fulfil their obligation to protect human rights, which act as substantive constraints through international conventions, customary international law, and peremptory norms. Human rights, as part of the rule of recognition, can be defined as ethical principles that emerge from extreme injustices, such as genocide, to guarantee perpetual opportunities for all of humanity.

This definition sheds light on the doctrine of human rights by grounding them in their phenomenological-ontological existence within the legal world. In addition to satisfying Hart's conceptual objections against the vague meaning of human rights, this definition can also support Hart's minimum content thesis of natural law, as explained by Leslie Green (2013, 240). Humanity, having witnessed the injustices of the Second World War, recognized the value of the human being through empirical experience, rather than abstract notions of human nature. All in all, human rights can be defined as an epistemological value of law aimed at protecting the value of the human (Kucuradi 2022, 63–64). Incorporation of this definition into the rule of recognition can encourage legal philosophers to adopt an ontological approach to better understand the relationship between law and human rights, as Hart suggested in his views on human rights (Hart 2001, 196–197). More importantly, this collaborative definition between law and human rights can address the contemporary problems, which revolve around the speculative reasoning of human rights and law in the realm of national and international law.

4. CONCLUSION

In the tradition of legal positivism, Hart's contribution, especially through *The Concept of Law*, has been pivotal. His rule of recognition, as a social rule identified by legal professionals, along with his primary and secondary rules tested by the rule of recognition for validity, advanced the theoretical framework of positivism beyond John Austin and Hans Kelsen. However, given the human rights challenges faced by the international order today, it is necessary to renew Hart's concept of law by exploring the relationship between law and human rights, revisiting his rule of recognition. This reformulation integrates human rights through the lens of ontological anthropology, as developed by Mengusoglu, who views the human value through historical achievements based on an ontological-phenomenological investigation of human phenomena (Mengusoglu 2021, 84). Applying this approach, the knowledge of modern human rights emerges from the extreme injustices of the Second World War rooted in such concrete phenomena, human rights become part of the concept of law through conventions, customary international law, and peremptory norms.

In other words, human rights exist in the concrete legal achievements that spring from extreme injustice. Thus, the conceptual relationship between law and human rights is clarified: human rights serve as a substantive criterion of validity in the revised rule of recognition, guiding the conduct of legal authorities at national and international levels. By achieving conceptual clarification of human rights within the borders of law, significant policy changes can be influenced not only at the state level but also within regional and international organizations, including the United Nations, the European Union, the Council of Europe, the Organization of American States, and the African Union. More importantly, the conceptual clarification of human rights can address the reliance on absolute legal principles often invoked in national and international courts under the guise of balancing law, excluding the protection of human rights. By incorporating a clarified concept of human rights into the legal glossary used by these courts, such issues can be mitigated. For instance, the European Court of Human Rights could refine its interpretative principles, such as the margin of appreciation and European consensus, when adjudicating complex, borderline cases that demand a case-by-case analysis to protect human rights.

Consequently, this study attempts to bridge Hart's theory with phenomenological ontology without conflating the conceptual distinctions between morality, rights, and legal validity. By defining human rights as ontologically grounded but epistemologically integrated into legal framework, the revised rule of recognition opens a new path for understanding substantive constraints in both national and international law. This ontological framework can offer a renewed focus on the law-human rights relationship, ensuring the protection of human rights amid challenges to the rules-based institutional order, because it offers a concrete perspective, realizing the real-world human rights violations within the concept of law.

REFERENCES

1. Alexy, Robert. 2010. *Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*. New York: Oxford University Press.
2. Alexy, Robert. 3/2008. On the Concept and the Nature of Law. *Ratio Juris* 21: 281–299.
3. Berto, Francesco, Matteo Plebani. 2015. *Ontology and Metaontology: A Contemporary Guide*. London: Bloomsbury Publishing.
4. Bix, Brian H. 2004. Natural Law: The Modern Tradition. 62–100. *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, edited by J.L. Coleman and S. Shapiro. New York: Oxford University Press.
5. Buchanan, Allen. 2013. *The Heart of Human Rights*. New York: Oxford University Press.

6. Chachko, Elena, Katerina Linos. 2022. International Law After Ukraine: Introduction to the Symposium. *AJIL Unbound* 116: 124–129.
7. Coleman, Jules L. 3/1991. Rules and Social Facts. *Harvard Journal of Law & Public Policy* 14: 703–725.
8. Dworkin, Ronald. 1977. *Taken Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press.
9. Dworkin, Ronald. 1986. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press.
10. Dworkin, Ronald. 2006. *Justice in Robes*. Cambridge: Harvard University Press.
11. FreedomHouse.2024.AnnualReportfor2023. https://freedomhouse.org/sites/default/files/2024-02/FIW_2024_DigitalBooklet.pdf last visited October 10, 2024.
12. Fuller, Lon L. 1969. *The Morality of Law*. New Haven: Yale University Press.
13. Fuller, Lon L. 4/1958. Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart. *Harvard Law Review* 71: 630–672.
14. Green, Leslie. 2013. The Morality in Law. 113–132. *Reading HLA Hart's The Concept of Law*, edited by Luís Duarte d'Almeida, James Edwards, and Andrea Dolcetti. Oxford and Portland: Hart Publishing.
15. Guarino, Nicola, Daniel Oberle, Steffen Staab. 2009. What Is an Ontology. 1–17. *Handbook on Ontologies*, edited by Steffen Staab, Rudi Studer. Berlin, Heidelberg: Springer.
16. Hart, Herbert L.A. 2/1955. Are There Any Natural Rights. *Duke University Press* 64: 175–191.
17. Hart, Herbert L.A. 1961. *The Concept of Law*. New York: Oxford University Press.
18. Hart, Herbert L.A. 1962. *Law, Liberty, and Morality*. Stanford: Stanford University Press.
19. Hart, Herbert L.A. 1982. *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*. New York: Oxford University Press.
20. Hart, Herbert L.A. 2001. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. New York: Oxford University Press.
21. Hart, Herbert L.A. 2012. *The Concept of Law*. New York: Oxford University Press.
22. Hathaway, Oona A. 3/2024. War Unbound: Gaza, Ukraine, and the Breakdown of International Law. *Foreign Affairs* 103: 84–96.
23. Hohfeld, Wesley N. 1/1913. Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning. *The Yale Law Journal* 23: 16–59.
24. Kuçuradi, Ioanna. 2013. *Human Rights: Concepts and Problems*. Berlin: LIT Verlag.
25. Kuçuradi, Ioanna. 2022. *İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları*. Ankara: The Philosophical Society of Türkiye.
26. Mengüşoğlu, Takiyettin. 2021. *İnsan Felsefesi (Philosophical Anthropology)*. Ankara: Doğu-Batı Yayınları.
27. Modirzadeh, Naz K. 1/2023. Let Us All Agree to Die a Little: TWAIL's Unfulfilled Promise. *Harvard International Law Journal* 65: 80–130.
28. Morris, Julia. 2021. *A Degree in a Book: Anthropology: Everything You Need to Know to Master the Subject – in One Book*. Seattle, Washington: Sirius Publishing.

29. Morsink, Johannes. 2019. *The Universal Declaration of Human Rights and the Holocaust: An Endangered Connection*. Washington, DC: Georgetown University Press.
30. Quine, Willard Van. 5/1948. On What There Is. *Review of Metaphysics* 2: 21–38.
31. Radbruch, Gustav, Bonnie Litschewski Paulson, and Stanley L. Paulson. 1/2006. Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law (1946). *Oxford Journal of Legal Studies* 26: 1–11.
32. Raz, Joseph 1979. *The Authority of Law*. New York: Oxford University Press.
33. Raz, Joseph 1/1984. Hart on Moral Rights and Legal Duties. *Oxford Journal of Legal Studies* 4: 123–131.
34. Raz, Joseph 1986. *The Morality of Freedom*. Oxford: Clarendon Press.
35. Raz, Joseph 2010. Human Rights Without Foundations 321–338. *The Philosophy of International Law*, edited by Samantha Besson and John Tasioulas. Oxford: Oxford University Press.
36. Scheler, Max. 2009. *The Human Place in the Cosmos*. Evanston, Illinois: Northwestern University Press.
37. Simon, Robert L. 3/1970. Is Hart's Natural Right a Human Right. *Ethics* 80: 236–237.
38. Smith, Barry. 2012. Ontology. 47–68 in *The Furniture of the World: Essays in Ontology and Metaphysics*, edited by Guillermo Hurtado, Oscar Nudler. Leiden: Brill.
39. Veatch, Henry B. 2018. *Swimming Against the Current in Contemporary Philosophy: Occasional Essays and Papers*. Washington, D.C.: The Catholic University of America Press.
40. Wacks, Raymond. 2021. *Understanding Jurisprudence: An Introduction to Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press.

Sociological Methods in Law and the Efficacy of the Legal Norm

Luka Brajković

University of Rijeka, Faculty of Law

UDK 316.253

 0000-0002-1448-6641

Cite this article:

Brajković, Luka. 1/2025. Sociološke metode u pravu s obzirom na djelotvornost pravne norme. *Eudaimonia – Journal of Legal, Political and Social Theory and Philosophy* 9: 24–48

DOI: 10.51204/IVRS_25101A

Keywords:

- Law
- Efficacy
- Sociology
- Sociological Methods
- Experimental Jurisprudence

Author for correspondence:

Luka Brajković,
luka.brajkovic@pravri.uniri.hr

Law is complex and multifaceted phenomenon which means that it consists of different aspects such as legal norms, values and relations. Depending on the theoretical orientation and on the particular aspect of law, scholars use different and appropriate methods such as normative, comparative or linguistic etc. Through its development sociology has built different methods such as surveys, observation, content analysis or and interviews. Legal efficacy, being part of the application of law, is in the literature usually considered as a field that falls within the scope of the sociology of law. Scholars who previously wrote about the efficacy of law, with occasional references to empirical research and sociological approaches to law, did not particularly consider the possibility of integrating sociological methods into discussions on how to understand the efficacy of legal norms and legal orders. This essay does not want to provide definite answers but rather to point out the question whether there is a niche in which sociological methods could find their application or descriptive usefulness in an adequate and coherent way.

Sociološke metode u pravu s obzirom na djelotvornost pravne norme

Luka Brajković

Univerzitet u Rijeci, Pravni fakultet

UDK 316.253



0000-0002-1448-6641

Referenca:

Brajković, Luka. 1/2025. Sociološke metode u pravu s obzirom na djelotvornost pravne norme. *Eudaimonia – Journal of Legal, Political and Social Theory and Philosophy* 9: 24–48

DOI: 10.51204/IVRS_25101A

Ključne riječi:

- Pravo
- Djelotvornost
- Opća sociologija
- Sociološke metode
- Eksperimentalna filozofija i teorija prava

Autor za korespondenciju:

Luka Brajković,
luka.brajkovic@pravri.uniri.hr

Pravo je kompleksna i mnogostrana pojava. Kao takvo ono se može razmatrati u brojnim svojim vidovima poput čisto normativnog, političkog, vrijednosnog ili društvenog. Ovisno o teorijskoj orijentaciji i odabiru pojedinih aspekata prava znanstvenici se koriste tom aspektu primjerenim metodama poput normativno-dogmatske, poredbene, jezične itd. Sociologija je tijekom svojeg razvoja izgradila metode poput anketa, analize sadržaja, promatranja i intervjua. Kao dio primjene prava, djelotvornost pripada području za koje se u literaturi uobičajeno navodi kako se njime bavi sociologija prava. Teoretičari koji su pisali o djelotvornosti, uz mjestimično spominjanje socioloških pristupa pravu i empirijskih istraživanja, nisu naročito razmatrali mogućnost integriranja socioloških metoda u rasprave o tome kako razumijevati djelotvornost pravnih normi i pravnih poredaka. Bez nastojanja za davanjem definitivnih odgovora u ovom se radu želi tek otvoriti pitanje postoji li niša u kojoj bi sociološke metode mogle na adekvatan i koherentan način pronaći svoju primjenu i deskriptivnu ili spoznajnu korisnost.

1. UVOD

Polazeći od tvrdnje da je pravo složena i višedimenzionalna pojava ono se može istraživati kroz različite aspekte poput normativnog, političkog, vrijednosnog ili društvenog. U ovisnosti od teorijsko-metodološke orijentacije i izbora pojedinog aspekta prava znanstvenici se koriste tom aspektu primjerenim metodama poput normativno-dogmatske, poredbene, jezične itd.

Da bi se moglo uopće govoriti o sociološkim metodama u pravu potrebno je prihvatiti postavku da je pravo društvena pojava. To ponajprije znači da pravo ne postoji onkraj stvarnosti već egzistira u određenom vremenu i na određenom prostoru. Pravo kao društvena pojava, dakle, označava međusobno povezano djelovanje ljudi obuhvaćeno pravnom normom u svojoj duhovnoj ili intelektualnoj egzistenciji (Lukić 1975, 12) ili takvo djelovanje koje bi trebalo biti obuhvaćeno pravnom normom, ali nije pa možemo govoriti o pravnim prazninama (Visković 2006, 234). To također znači da se pravo „zasniva na kolektivnom prihvaćanju, bez kojega se ne može uspostaviti usklađenost ili djelomično stapanje obaveza jednih subjekata i zahtjeva drugih subjekata” (Gurvitch 1966a, 185). Nadalje, to podrazumijeva da društvo i pravo stoje u međusobnom odnosu premda u literaturi o tom problemu postoje razmimoilaženja. Njihov je odnos svakako složen, pa se iz određene perspektive može reći kako istovremeno društvo utječe na pravo i pravo utječe na društvo. S jedne strane, društvo utječe na pravo time što postoje brojni, povijesno promjenjivi i za funkcioniranje društva važni društveni odnosi (međuljudska ponašanja) koje pravo nastoji regulirati (Visković 2006, 130). S druge strane, pravo utječe na društvo na taj način što normiranjem društvenih odnosa (prednormativnih pravnih odnosa) iste dalje oblikuje, tj. ubraja im značenjske relacije obveza, ovlaštenja, delikata i sankcija te ih prisilno usmjerava (Visković 1981, 98). Ova perspektiva promatra pravo i društvo kao relativno odvojene pojave. Prema suprotnoj perspektivi govori se o „pravu u društvu” što zahtijeva drugačije postavljanje istraživačkih problema i metoda (više o tome u Silbey 2006, 328 i d.). Primjerice, da se pravo u empirijskim istraživanjima počne ispitivati kao zavisnu varijablu. Za razliku od pristupa za koje je pravo uvijek bilo nezavisna i statična varijabla.

Ovim se pitanjima, tj. relacijama društvo-pravo i pravo-društvo, bavi disciplina koju se naziva sociologijom prava (Vrban 2006, 11; Pusić 1987, 12; Treviño 2008, 6–7; Bilić 1999, 310; Marjanović 2009, 149; Milić 1990, 558). Oko statusa sociologije prava nema konsenzusa zbog čega postoje i različita mišljenja o tome je li sociologija prava dio opće sociologije ili pravne znanosti te ima li samostalan karakter ili je pomoćna znanstvena disciplina. Iako prijeporno, u ovoj se raspravi neće

ulaziti u to pitanje jer ono nije od prvenstvene važnosti za temu djelotvornosti prava i socioloških metoda čiji se odnos ovdje želi ispitati.

Djelotvornost prava je važno i složeno teorijsko-pravno pitanje koje za sobom povlači praktične implikacije u tom smislu što nedjelotvornost pravnih normi ugrožava funkcioniranje pravnog poretka. Kao dio primjene prava¹, djelotvornost pripada području za koje se u literaturi uobičajeno navodi kako se njime bavi sociologija prava (Pezo 2007, 1494; Berdica 2023, 208; Pusić 1989, 12; Vuković 2021, 77–82; Gurvitch 1966a, 204).² Prema saznanjima dostupnima autoru ovoga rada, teoretičari koji su pisali o djelotvornosti prava, uz mjestimično spominjanje socioloških pristupa pravu i empirijskih istraživanja, nisu naročito razmatrali, teorijski niti praktično, mogućnost integriranja socioloških metoda u rasprave o tome kako razumijevati i „mjeriti” djelotvornost pravnih normi i pravnih poredaka. Bez nastojanja za davanjem definitivnih odgovora u ovom se radu želi tek otvoriti pitanje postoji li niša u kojoj bi sociološke metode mogle na adekvatan i koherentan način pronaći svoju primjenu i deskriptivnu ili spoznajnu korisnost.

U skladu s izloženim oblikovana je i struktura rada. Najprije se daje kratki pregled osnovnih metoda u društvenim znanostima ukazujući na osobitosti i ograničenja koja se moraju uzeti u obzir prilikom njihovog korištenja u znanstvenom istraživanju. U idućem se poglavlju pozornost usmjerava na djelotvornost i njezina različita teorijska shvaćanja. Kritički se razmatraju, u skladu s prethodno izloženim postavkama osnovnih metoda u općoj sociologiji, područja koja su u pravno-metodološkoj literaturi posebno istaknuta kao pogodna za ispitivanje sociološkim metodama. U zaključku se nabraja niz novih pitanja koja se otvaraju problematiziranjem odnosa djelotvornosti prava i socioloških metoda.

1 Oleg Mandić, primjerice, polazeći od trodimenzionalne strukture prava, piše sljedeće: „Pravo u apstraktno-regulativnoj dimenziji sastavljeno je od propisa koji – regulirajući *in abstracto* konkretne društvene odnose – pokazuju kakvi bi trebalo da oni budu kako bi državna organizacija pomoću tako reguliranih društvenih odnosa postizavala svoje ciljeve. Njegova institucionalno-formativna dimenzija stvara onaj aparat koji svojom aktivnošću konkretizira pravo u društvenoj praksi, bilo institucionalizirajući ga, bilo nadzirajući njegovu primjenu, bilo namećući je, bilo primjenjujući sankcije protiv kršilaca pravnih norma. A u konkretno-aplikativnoj dimenziji pravo se realizira u društvenom životu kao faktor koji na raznim njegovim područjima aktivno usmjerava društvena zbivanja kako bi se ostvarili ciljevi što su ih sebi postavile grupe na vlasti” (1971, 6; vidjeti i Blagojević 1995).

2 Tako se recimo pisalo da su sociolozi prava često izbjegavali rasprave o teorijama ili naravi pravnih doktrina, a više se posvećivali pitanjima rješavanja sporova, upravnih djelatnosti, primjene prava i utjecaja društvenih silnica (poput različitih interesnih skupina) na zakonodavstvo (Cotterrell 1998, 172). Također: „The fact that law aims to shape the social but is not necessarily successful in doing so means it falls to the sociology of law to investigate the conditions, mechanisms, and limits of legal effectiveness.” (Hahn 2022, 180).

2. PREGLED OSNOVNIH SOCIOLOŠKIH METODA

Svaka je znanost, pored posebnog predmeta proučavanja i specifičnog pojmovlja, određena i znanstvenim metodama kojima se služi u istraživanju i saznavanju svojeg predmeta. U definiranju općeg pojma metodologije navodi se nekoliko sastavnih elemenata pri čemu ih neki autori dijele u dva dijela dok ih drugi autori dijele u tri dijela. Na ovom se mjestu, ne ulazeći u sve specifičnosti problematike, zbog preglednosti iznosi ono shvaćanje koje metodologiju dijeli na tri sastavnice: 1.) opći pristup ili prethodno znanje o predmetu kao najapstraktniji dio u skladu s kojim se bira predmet istraživanja i u skladu s kojim se dobiveni rezultati interpretiraju i smještaju u okvire neke šire zasnovane teorije³, 2.) metodološki postupak koji se sastoji od konkretnih radnji i istraživačkih faza koje jamče relativnu istinitost i objektivnost spoznaje i 3.) tzv. tehnike istraživanja kao znanja, radnje i oruđa kako prikupljati činjenice i proučavati predmet (Lukić 1960, 64–65; Pečujlić 1982, 139).⁴

Opća sociologija, najjednostavnije određena kao znanost o društvu, razvila je tijekom svojeg formiranja niz metoda kojima se služi u znanstvenom istraživanju. U ovom će se radu koristiti učestalije korišteni i širi opći pojam metode iako neki autori opisuju ankete, promatranja i druge postupke nazivajući ih tehničkim sredstvima ili tehnikama istraživanja (npr. Mandić 1975, 27–29; Gurvitch 1966b, 151–152).

Majkl Haralambos (Michael Haralambos) i Martin Holborn (Martin Holborn) govore o dvije različite sociološke tradicije. Jedna tradicija zagovara uporabu znanstvenih, najčešće kvantitativnih ili numeričkih statističkih metoda. Tako je primjerice pozitivizam, koji se počeo razvijati sredinom 19. stoljeća, težio otkrivanju zako-

3 „U naukama koje su dostigle najviši stupanj razvoja, proces empirijskog istraživanja ne može se nikako zamisliti bez teorije. Ne samo zbog toga što je nemoguće preduzeti ma kakvo istraživanje pre nego što je teorijski deo posla obavljen, nego isto tako i zbog toga što tek samo istraživanje ima da kaže poslednju reč o osnovanosti datog teorijskog obrazloženja, što znači da ono ima dalekosežne teorijske reperkusije. U toku ovog procesa jedna teorija može biti razjašnjena, preciznije formulisana, preinačena, proširena, obesnažena ili potvrđena, kao što isto tako empirijski rezultati mogu skrenuti pažnju na nedovoljnost ili slabost izvesnih teorijskih formulacija, otvoriti nove teorijske perspektive ili čak dati odlučan podstrek da se formuliše nova teorija. U svakom slučaju, empirijsko istraživanje vrši određenu funkciju samo ukoliko se stalno rukovodi izvesnim teorijskim potrebama, a teorija postaje sve preciznije i bolje organizovana ukoliko se vrše koreni u empirijskom istraživanju.” (Đurić 1962, 53; v. i Kuvačić 1988, 13–14)

4 Nikola Visković zapravo raščlanjuje metodologiju na iste ove sastavnice samo što kod njega nije provedena dioba na metodološki postupak i tehniku istraživanja već su oni objedinjeni pod skupnim nazivom „metodske postavke” i obuhvaćaju „intelektualne i materijalne radnje kojima se izvode spoznajne i praktične djelatnosti” (1986, 1). U prvom izdanju svojeg udžbenika Lukić je također pisao samo o dvije sastavnice metodologije: znanja o predmetu i znanja o sredstvima spoznavanja predmeta (1957, 25).

nitosti ljudskog ponašanja kroz preuzimanje i primjenu metoda prirodnih znanosti. Kvantitativna se metodologija također vodila terenskim eksperimentima prilagođenima ograničenjima istraživačkog predmeta te poredbenom metodom uspoređujući razne društvene pojave u prostoru i vremenu. Druga tradicija zagovara da se u sociološkim istraživanjima više trebaju koristiti humanističke ili kvalitativne metode. Za razliku od kvantitativnih, pristupi interpretativne i kvalitativne metodologije vodili su se više kvalitativnim podacima. Ovi se podatci, za razliku od brojkom izraženih kvantitativnih, obično izražavaju riječima i načelno se smatraju životnijim i bogatijim jer pružaju istinitiju sliku života. Interpretativni pristupi, vodeći se kvalitativnim podacima kao osnovom, nastoje protumačiti motive i značenja ljudskih interakcija. Ove vrste pristupa pokazuju ili određene sumnje prema mogućnostima kauzalnih objašnjenja ili ih pak potpuno odbacuju poput fenomenoloških pravaca. U novije se doba, međutim, pojavljuju glasovi koji se protive krutim i shematskim podjelama metoda kao i svojevrsnom metodološkom ekskluzivizmu. Smatra se da je za najbolje rezultate istraživanja potrebno koristiti kako kvantitativne tako i kvalitativne i interpretativne metode što se naziva pluralnošću metoda ili triangulacijom (2002, 965–974, 981–982, 1022–1023).⁵

Sociološke metode koje će se izložiti u okviru ovog poglavlja jesu: 1.) ankete i upitnici, 2.) intervju, 3.) promatranje te 4.) analiza sadržaja i korištenje različitih tzv. sekundarnih izvora (prikupljenih od strane ranijih istraživača) poput statistika, povijesnih dokumenata i sl. Dakako, neće se ulaziti u sve specifičnosti metoda jer bi to premašivalo granice koje si ovaj rad postavlja. Zato se autor rada zadovoljava načelnim opisom metoda, njihovih podvrsta i problema ili granica primjene. Također, treba spomenuti da ovo nisu jedine metode kojima se sociologija kao znanost koristi (npr. eksperiment). Međutim, u ovom se radu takve metode izostavljaju jer nisu karakteristične, u odnosu na ranije navedene, za spoznaju i razumijevanje društvenih dimenzija prava (usp. Lukić 1975, 17; Berdica 2023, 218).⁶

2.1. Ankete i upitnici

Svrha anketa i upitnika je da se postavljanjem standardiziranih pitanja i na sustavan način dođe do podataka o ponašanjima, stavovima i drugim karakteristikama one društvene skupine koja je zanimljiva istraživaču (Zrinščak *et. al.* 2021, 38). Na anketna pitanja mogu odgovarati sami ispitanici ispunjavanjem upitnika ili im pitanja može postavljati ispitivač (Tarner 2009, 63). Moguće su dvije vrste pitanja na koja ispitanici odgovaraju: 1.) zatvorena pitanja pri čemu su odgovori unaprijed

5 Za neke kritičke opservacije o pozitivističkoj i interpretativnoj sociologiji vidjeti: Padjen 2015, 17–25.

6 Nekoliko napomena o eksperimentu u sociologiji prava vidjeti kod: Karbonije 1992, 267–274.

ponuđeni (npr. „Da/ne/ne znam“) što omogućava lakšu statističku obradu i kvantificiranje, ali s druge strane ne pruža ispitanicima mogućnost davanja složenijih odgovora ili izražavanja suptilnijih nijansi njihovih razmišljanja i 2.) otvorena pitanja kod kojih je ispitanicima dozvoljeno svojim riječima odgovarati na pitanja što ispitivaču daje bolji uvid u razmišljanje ispitanika, ali istovremeno u znatnijoj mjeri otežava kvantificiranje i statističko uspoređivanje (Giddens 2007, 648; Corbetta 2003, 126–129). Posebno je pitanje kod ovakvih vrsta istraživanja pažljivo odabiranje reprezentativnog uzorka ispitanika koji će što je moguće vjernije odražavati ciljnu društvenu skupinu ili čak stanovništvo neke države u cjelini (više u Lamza Posavec 2021, 142–179; Corbetta 2003, 210–231).

Ono što se ističe kao jedno od glavnih ograničenja anketa i upitnika jest to što se prije svega oslanjaju na dobru volju, tj. iskrenost ispitanikovih odgovora koji se mogu u znatnijoj mjeri razlikovati od njegovih stvarnih stavova (npr. ispitanik daje odgovore za koje smatra da ih ispitivač želi čuti)⁷ ili čak njegovih ponašanja u svakodnevnom životu (Milić 1978, 481–485). Isto tako, kod anketa i upitnika postoji subjektivnost istraživača koji određuje koja će pitanja postaviti pretpostavljajući što je važno, a što nije čime istraživač ograničava istraživanje na provjeravanje teorija koje je već ranije imao na umu (Haralambos, Holborn 2002, 1002; Gurvitch 1966b, 153).⁸

2.2. Intervju

Intervjuom kao unaprijed pripremljenim razgovorom prikupljaju se podatci koji se, zbog svoje dubine, ne bi mogli ili bar ne u dovoljnoj mjeri prikupljati anketama i upitnicima (Zrinščak *et al.* 2021, 42). Postoje različiti kriteriji po kojima se klasificiraju intervjui: 1.) s obzirom na pripremljenost pitanja i na slobodu koju u odgovorima imaju ispitanici intervju može biti standardiziran i strukturiran, polustrukturiran i nestrukturiran ili slobodan kada najviše sliči običnom razgovoru; 2.) s obzirom na svrhu zbog koje se provodi intervju može biti neznanstven ili znanstveno-istraživački; 3.) s obzirom na način primjene i broj ispitanih osoba intervju može biti personalan i grupni, a 4.) s obzirom na mogućnost uopćavanja i kvantifikacije intervju može biti kvalitativan i kvantitativan (Lamza Posavec 2021, 89–91; Abercrombie, Hill, Turner 2008, 143).

7 Takva se pojava, kod koje sama činjenica da je osoba predmet promatranja može utjecati na njezino ponašanje, naziva „Hatornov efekt“ (Hawthorne effect) (Ritzer 2007, 2050–2051; McCambridge, Witton, Elbourne 2013, 267–277).

8 Tako recimo i Pol Lazarsfeld (Paul Lazarsfeld) ukratko navodi neka ograničenja ankete: „Ona se ne koristi eksperimentalnim tehnikama; oslanja se ponajprije na ono što ljudi kažu, a rijetko uključuje objektivna opažanja, bavi se skupovima ljudi, a ne integriranom zajednicom, ograničena je na suvremene probleme; povijest se može proučavati samo na osnovi preostalih dokumenata iz starijih vremena“ (sadržano u Kuvačić 2004, 257).

Intervju kao metoda dijeli većinu nedostataka koje imaju ankete. Od davanja neiskrenih odgovora koji ne odražavaju stvarno mišljenje i ponašanje, preko utjecaja istraživača na ispitanika i obratno, mogućnosti da kroz razgovor o prošlim događajima ispitanik mijenja vlastitu interpretaciju u skladu sa sadašnjim shvaćanjima i iskustvima, pa sve do dugotrajnosti provedbe, poteškoća u realizaciji i istraživačevih grešaka u analizi dobivenih odgovora (Haralambos, Holborn 2002, 1006–1007; Lukić 1960, 79–80; Lamza Posavec 2021, 103–104). Zato se može reći kako kvalitativni intervju služi prvenstveno kao dopuna anketama i upitnicima dodatno pojašnjavajući ono što se ne može razjasniti numeričkim podatcima (Corbetta 2003, 284).

2.3. Promatranje

Za razliku od anketa i intervju, kod promatranja istraživač ulazi u prirodno okruženje ispitivane skupine i služeći se vlastitim osjetilima neposredno opaža i bilježi podatke koji ga zanimaju (Tarner 2009, 64). Promatranje može biti bez sudjelovanja, kad istraživač promatra društvene pojave i skupine bez da se neposredno uključuje u interakcije ili prihvaća određene društvene uloge, i sa sudjelovanjem u kojem istraživač neposredno radi i boravi sa promatranom skupinom sudjelujući u svakodnevnim aktivnostima pri čemu svoj identitet istraživača i svrhu istraživanja može javno obznaniti ili pak prešutjeti (Giddens 2007, 646; Haralambos, Holborn 2002, 1009).

Premda je promatranje izrazito dinamična metoda koja istraživaču može u nekontroliranom okruženju omogućiti sveobuhvatniji uvid u značajke i razvoj promatranih pojava ne može se reći da i ono ne boluje od nedostataka i ograničenja. Prvi problem svakako je etički jer se postavlja pitanje je li dopušteno promatrati ljude bez da su oni dali svoj pristanak (Abercrombie, Hill, Turner 2008, 291; Kuvačić 1988, 136–139). Prema Miliću postoje četiri ograničenja promatranja: 1.) njime se mogu opažati tek trenutne pojave koje se odvijaju tijekom samog procesa, pa im nedostaje vremenska dubina prošlosti i potencijalnih razvojnih tendencija u budućnosti; 2.) promatranjem se mogu opažati samo izvanjske manifestacije društvenoga života dok njihove psihičke ili unutrašnje dimenzije ostaju često izvan dosega promatrača zbog čega je teško stvoriti cjelovitiju sliku; 3.) promatranje vremenski dužih razvojnih procesa izuzetno je sporo i 4.) relativna nemogućnost saznanja o onim društvenim ponašanjima koja promatrana skupina smatra privatnim i povjerljivim i za čije je promatranje potreban pristanak (1978, 433–434). Kao dopunu već iznesenim nedostacima još se može navesti subjektivnost promatračeve percepcije koja utječe na odvajanje bitnog od nebitnog, stvarnog opažaja i njegove naknadne interpretacije te ograničenu mogućnost uopćavanja dobivenih podataka što slijedi iz toga da se promatranjem mogu proučavati samo manje društvene skupine i pojave (Lamza Posavec 2021, 87–88; Corbetta 2003, 261).

2.4. Analiza sadržaja i korištenje sekundarnih izvora

Nit vodilja prilikom analize sadržaja jest da se postojeći materijali (npr. statistike, povijesni izvori, sadržaji novinskih članaka, televizijskih emisija itd.), izabrani polazeći od nekog teorijskog ishodišta, raščlane u pojedine kategorije i analiziraju u odnosu na simbolični sadržaj komunikacije (Mandić 1975, 28; Zrinščak *et. al.* 2021, 45). Može se razlikovati manifestnu analizu čiji je cilj opisati istraživanu pojavu od semiotičke analize čiji je glavni zadatak da tumači, tj. pridaje značenja analiziranim sadržajima (Vuković, Todorović 2020, 80). Tako se primjerice sociolog Ašvort (Ashworth) u opisivanju rogovskih borbi za vrijeme Prvog svjetskog rata iscrpno koristio službenim povijestima i publikacijama iz onoga vremena te zapisima i sjećanjima samih vojnika kako bi potanko opisao njihov život u rovu (Giddens 2007, 650–651).

Iako se rezultati dobiveni ovom metodom mogu kvantificirati jedan od njezinih nedostataka koji se ističe jest, kao i kod prijašnjih metoda, subjektivnost istraživača koja može dovesti do nevaljanosti dobivenih rezultata (Abercrombie, Hill, Turner 2008, 7). Kao drugi problem u primjeni ove metode navodi se njezina spoznajna ograničenost jer određeni podatci i sadržaji nisu dostupni ili uopće ne postoje, a često niti ne moraju odgovarati specifičnim istraživačkim interesima onemogućujući uopćavanje rezultata (Lamza Posavec 2021, 252).

3. DJELOTVORNOST I SOCIOLOŠKE METODE U PRAVU

3.1. Sociološke metode u odnosu na pravo

Sociološka metoda, kao i svaka druga što je naznačeno ranije, sastoji se od teorijskih postavki koje određuju njezino istraživačko usmjerenje i u skladu s kojim se dobiveni rezultati interpretiraju te od faza, metoda ili tehnika istraživanja kao postupaka pomoću kojih se dolazi do potrebnih saznanja.

Teorijske postavke sociološke metode čine mnogobrojne sociološke teorije koje na različite načine shvaćaju društvo i pravo (Visković 1986, 16; Pupiće 1987, 122; Miličić 1992, 43). Nije potrebno posebno objašnjavati da će opredjeljenje za ovaj ili onaj pravac sociološkog promišljanja imati važnu ulogu u daljnjem razvoju i provedbi istraživanja. Tako će primjerice neki pristupi polaziti od konsenzusa i solidarnosti u društvu dok će drugi polaziti od društvenih sukoba i nejednakosti, pa će takva teorijska preduvjerjenja dovesti do različitih shvaćanja suštine i uloge prava, države, pojedinih institucija ili drugih proučavanih pojava (usp. Visković 1986, 16–19; Pečujlić 1982, 11–12). Trebalo bi ipak nastojati da se sociološke teorije ne shvaćaju kao krute i u sebe zatvorene akademske discipline profesionalne sociologije već

kao nikad završene, skeptične i stalno samopreispitujuće težnje ka saznanju koje nadilazi parcijalne perspektive društvenog, pa tako i pravnog iskustva (Cotterrell 1996, 16). Isto vrijedi za krutost i preduvjerenja koja nedvojbeno postoje i u pravnoj znanosti (Cotterrell 1996, 71–72, 77).

Metode koje se koriste ukratko su opisane u prethodnom poglavlju, pa ih nije nužno ponovno navoditi i objašnjavati. Dovoljno je spomenuti da se sociološke metode u pravu ne razlikuju od metoda kojima se koristi opća sociologija o čemu postoji suglasnost među autorima koji su ranije pisali o ovoj problematici (usp. Lukić 1975, 17; Visković 1986, 20; Miličić 1992, 44).

O ulozi socioloških metoda u pravu postoje oprečna mišljenja. Ona se kreću u rasponu od tvrdnje da su sociološke metode glavne i samostalne, preko toga da su isključivo pomoćne drugim, glavnim metodama u pravu do objedinjavanja ovih dvaju suprotstavljenih stavova. Predstavnik prvog stajališta je Miličić. On polazi od integralne koncepcije prema kojoj pravo ima tri ključne sastavnice: vrijednosti, odnose i pravna pravila.⁹ U skladu s tim kriterijem Miličić razdvaja glavne od sporednih metoda u pravu pri čemu su glavne dogmatska (koja proučava pravna pravila), aksiološka (koja proučava vrijednosti) i sociološka (koja proučava odnose) dok su sporedne povijesna, logička, lingvistička i poredbena metoda (2008, 21). Predstavnik drugog stajališta je Vrban koji smatra da se sociološku metodu može promatrati kao pomoćnu u odnosu na glavne aksiološku i dogmatsku pri čemu ne daje objašnjenje svoje pozicije (2013, 49). Predstavnik srednjeg rješenja između ova dva netom izložena je Lukić. On, naime, razlikuje dva područja primjene socioloških metoda u pravu. Prvo je primjena zbog saznanja prava pri čemu sociološke metode mogu biti samostalne (kada se spoznaje društvena strana prava) ili nesamostalne (kada se koriste kao pomoćne u okviru dogmatske metode). Drugo područje je pravna tehnika gdje su sociološke metode nesamostalne i koriste se kao pomoćne uz odgovarajuće tehničke metode za stvaranje i primjenu prava (1979, 83).

Slično kao i sa pitanjem o statusu sociologije prava tako se u ovom radu neće posebno ulaziti niti u pitanje karaktera socioloških metoda u pravu. Za to postoje dva razloga. Prvi jest taj što bi jednom takvom pitanju trebalo posvetiti zasebno razmatranje. Drugo, pitanje koje je od prvotne važnosti za ovaj rad jest to mogu li sociološke metode doprinijeti boljem razumijevanju djelotvornosti pravnih pravila. Jesu li sociološke metode u pravu glavne ili pomoćne za ovu se priliku čini pitanjem od sekundarnog značaja.

9 Integralne teorije prava počinju se javljati krajem XIX. i početkom XX. stoljeća kada su ograničenja ekskluzivističkih teorijskih pravaca poput sociologizma, normativizma ili prirodopravnog pokreta postale očigledne. Polazeći od korisnih fragmenata i spoznaja ovih pristupa integralne su koncepcije nastojale sve što je vrijedno u dotadašnjoj pravnoj misli objediniti u jedan cjelovit i koherentan sustav (više u Štepanov i Vukadinović 2003, 112–117; Novak 2016, 1–13).

3.2. Djelotvornost pravne norme

Da bi se moglo uopće raspravljati o pitanju djelotvornosti (sinonimi: učinkovitost, efikasnost) potrebno je najprije odrediti što se pod time misli. Djelotvornost je najčešće stvar stupnja i iznimno su rijetki slučajevi da je pravni poredak/norma potpuno (ne)djelotvorna što onda otvara dva pitanja: 1.) je li potpuno nedjelotvorni poredak/norma važeći i 2.) je li potpuno djelotvorni poredak/norma potreban (Visković 1981, 276)? Djelotvornost prava se za potrebe ovog rada ponešto razlikuje od uobičajenog, može se reći školskog ili udžbeničkog shvaćanja. Stoga se najprije treba izložiti kako se djelotvornost definira u udžbeničkoj literaturi iz predmeta „Teorija prava i države”.

Prema prevladavajućem shvaćanju djelotvornost prava obuhvaća dvije komponente: 1.) da se adresati pridržavaju onoga što pravna norma od njih traži da čine ili ne čine što se naziva primarnom djelotvornošću i 2.) da državni organi izricanjem sankcija reagiraju na nepridržavanje iz traženja pravnih normi od strane adresata što se naziva sekundarnom djelotvornošću (usp. Vrban 2003, 480; Visković 2006, 202; Pupić 1987, 326–327; Mandić 1971, 24; Perić 2009, 31; Pezo 2007, 288–289; Hahn 2022, 180–181; Vasić, Jovanović, Dajović 2023, 315; Lukić 2022, 269–271; Blagojević 2003, 255–256).

Postoje autori koji o djelotvornosti govore samo kao o primarnoj djelotvornosti (Guastini 2019, 133, 307; Hart 1994, 103). Lanović piše o shvaćanjima koja stavljaju težište na autonomnu poslušnost adresata, tj. na njihovu po slobodnoj volji i uvjerenju donesenu odluku da prihvate sadržaj pravnih normi i da ih u skladu s tim neposredno izvršavaju (1942, 98–99). Osobito je zanimljivo shvaćanje djelotvornosti prava Džeralda Posteme (Gerald Postema). On smatra kako istinski djelotvorno pravo mora „normativno usmjeravati” pravne subjekte posredstvom neformalnih društvenih pravila i praksi pomoću kojih pravni subjekti počinju razvijati vlastito znanje o normativno-pravnim očekivanjima koja pred njih postavlja pravni sustav (2008, 64–65). Neki su drugi autori više usmjereni na suce kao primarne adresate pravnih normi smatrajući kako djelotvornost nije jednoznačan pojam čije značenje ovisi o vrsti normi na koje se pojam nastoji primijeniti te kako djelotvornost pravne norme podrazumijeva dispoziciju da se, kad postoje za to nužni uvjeti, sudovi mogu pozvati na pravnu normu N i primijeniti je na konkretan slučaj (Bulygin 2015, 47–51). Alf Ros (Alf Ross), istaknuti predstavnik skandinavskog pravnog realizma, ne pravi distinkciju između važenja i djelotvornosti prava tvrdeći kako djelotvornost pravne norme čini njezina primjena od strane sudaca dok ponašanje građana nije ni od kakvog značaja za utvrđivanje djelotvornosti (Burazin 2017, 126–127). Posebno je pitanje Hans Kelzenovo (Hans Kelsen) ponekad konfuzno shvaćanje djelotvornosti pravne norme i pravnog poretka koje je izloženo u više djela (1951, 53, 71–72,

124–127; 1991, 138–140 i dr.), pa tako postoje naknadni pokušaji interpretacije i sustavnijeg uobličavanja njegovih gledišta od strane teoretičara prava (Burazin 2020, 315–339; Navarro 2013, 77–99). Djelotvornost prava se također povezuje s primjenjivošću pravnih normi kroz ispitivanje njihovih logičko-semantičkih poveznica (Navarro, Moreso 1997, 201–219).

Postoji još mnoštvo drugih autora koji pišu i razvijaju vlastito shvaćanje djelotvornosti prava, ali bi njihov iscrpniji prikaz i kritički komentar zahtijevao puno veći prostor za razradu što ovdje nije moguće učiniti. Stoga se u okvirima ovog rada čini dovoljna kratka skica koja pruža barem okvirni pregled nekih od teorijskih pravaca promišljanja.

3.2.1. Primarna djelotvornost

Djelotvornost pravne norme, za potrebe u ovom istraživanju, dobrim se dijelom poklapa s onim osnovnim shvaćanjem koje nalazimo u udžbenicima.

Primarna djelotvornost, dakle, podrazumijeva da se značajniji dio adresata zaista pridržava zahtjeva koje pred njih postavlja pravna norma. Malo je vjerojatno da će apsolutno svi adresati udovoljiti traženju pravne norme, pa se stoga koristi formulaciju o značajnijem dijelu adresata iako teorijski nije moguće precizno odrediti koliki bi taj broj uistinu trebao biti. Poznavanje normativnih sadržaja pravnih akata nameće se kao nužna pretpostavka da bi se za neku normu ili poredak moglo reći da su više ili manje djelotvorni. Međutim, plodnijim se čini stajalište koje ne bi inzistiralo isključivo na neposrednom poznavanju pravnih normi od strane adresata koji često nemaju niti najosnovnija znanja o pravu.¹⁰ Zbog toga ne treba isključiti mogućnost posrednog djelovanja prava, kako je to dao naslutiti Postema, kroz različite oblike neformalnih društvenih praksi poput društvenih konvencija ili moralnih shvaćanja posredstvom kojih adresati, možda i nesvjesno, zapravo usvajaju i poštuju pravne sadržaje te tako doprinose njihovoj većoj djelotvornosti (usp. Hahn 2022, 195; Allot 1981, 235). Prema tome, teorijski bi bilo nužno to da između ponašanja adresata i pravnih normi postoji barem nekakva, posredna ili neposredna, povezanost.¹¹ U literaturi se može naići na podjelu koja uzima ovaj kriterij u obzir. Tako se

10 Tako u sociologiji prava postoji čitav jedan pravac empirijskih istraživanja poznat pod skraćanim nazivom KOL (Knowledge and Opinion about Law). Naziv je preuzet od istoimene knjige skupine autora objavljene početkom 70-ih godina 20. stoljeća (Podgorecki *et. al.* 1973). Vidjeti i: Fekete, Szilágyi (2017). Za prikaz nekoliko empirijskih istraživanja čiji rezultati ukazuju na dosta nisku pravnu pismenost adresata pravnih normi vidjeti: Ramsauer 2024, 260–262.

11 Suprotno tome, Santos Campos (Santos Campos) smatra kako je doseg djelotvornosti uvjetovan time da pravni standardi budu jasno iskomunicirani, shvaćeni i prihvaćeni od strane onih koji se prepoznaju kao adresati takvih standarda (2016, 466, 468, 470). Premda je ovakav stav prihvatljiv na općeteorijskoj razini još uvijek ostaje problem mogućnost da takve teorijske konstrukcije budu na zadovoljavajući način iskustveno potvrđene.

ponašanje u skladu s pravnim pravilima, temeljeno na rutini i bez obzira na poznavanje istog, naziva društveno ili objektivno poštovanje prava dok se slučaj kod kojeg između pravnog pravila i ponašanja postoji neposredna veza i psihički odnos naziva subjektivnim ili individualnim poštovanjem prava (Kartag-Odri 1990, 286–291).

Postoji i drugačije mišljenje da slučajno podudaranje ponašanja s pravnim pravilom ne može predstavljati djelotvornost prava (Ramsauer 2024, 264). Ovaj se potonji stav može smatrati utemeljenim s filozofskog, krajnje uopćenog gledišta. Ipak, u vrlo složenom i kaotičnom društvenom životu, kao i u motivacijskom sustavu pojedinaca, nije uvijek tako jednostavno raspoznati i kao nožem presjeći granice između prava i drugih normativnih društvenih pravila kao što je moral, religija itd. Stoga se ovako drastično mišljenje čini neplodnim u praktičnim istraživanjima uloge prava i ostalih društvenih pravila u reguliranju svakodnevnog života ljudi (usp. Galligan 2010, 988–989). Ostaje, prema tome, otvoreno pitanje opredjeljenja između općeteorijske i filozofske dosljednosti s jedne strane te pragmatičnosti i operacionalizacije u empirijskim istraživanjima s druge strane. Promatrajući novije tendencije čini se kako granica biranja jednog ili drugog postaje sve tanja.

Na tom tragu treba spomenuti kako su se u ne tako davnoj prošlosti rasplamsala istraživanja u filozofiji nazvana eksperimentalna filozofija ili skraćeno X-Phi. Naziv koji pomalo zavarava usmjeravajući pozornost isključivo na eksperiment kao jednu od metoda istraživanja kako u prirodnim tako i u društvenim znanostima. Eksperimentalna filozofija postavlja sebi zadatak da različite filozofske probleme ispituje pomoću empirijskih istraživanja. Bilo je za očekivati da se ova tendencija unutar opće filozofije proširi i na filozofiju i teoriju prava. Kevin Tobija (Kevin Tobia) je aforistički sažeo suštinu eksperimentalne filozofije i teorije prava napisavši kako ona može predstavljati „iskustveno utemeljenu metodu misaonih eksperimenata” (2022, 741).

Eksperimentalna teorija i filozofija prava nisu homogene discipline. Primjerice, unutar analitičke struje *Xjur*-a mogu se razlikovati dvije linije istraživanja: 1.) razumijevanje prirode ili pojma prava i 2.) „svakodnevni pravni koncepti” kao što su namjera, kazna ili pravno značajna uzročno-posljedična veza (Donelson 2024, 310–311). Da je eksperimentalna filozofija i teorija prava uzela maha i da se ubrzano razvija zorno ilustriraju čitavi zbornici radova i udžbenici koji su joj posvećeni (Tobia, 2025; Prochownik, Magen, 2023). U domaćoj literaturi se također javljaju glasovi koji počinju razmatrati navedenu problematiku (Banović 2023, 191–194).

Katarina Prohovnjik (Katarina Prochownik) je istaknula neke od problema na koje eksperimentalna teorija i filozofija prava moraju obratiti pozornost: 1.) pitanje kako reducirati složenost teorijsko-filozofskih teorija na jednostavnije i iskustveno provjerljive hipoteze; 2.) pitanje interpretacije dobivenih rezultata, naročito u slučajevima kada su rezultati mješoviti ili se ponavljanje rezultata pokaže neuspješnim i

3.) pitanje kako odrediti doseg često specifičnih i kulturološki obojenih empirijskih podataka za opće teorijsko-filozofske generalizacije koje streme iznalaženju univerzalnih obilježja i pojmova (2021, 9–12).

Postoje i autori koji opisuju sljedeća dva problema: 1.) eksperimentalna filozofija i teorija prava mogu dati korisne spoznaje o primjerice razlikama u shvaćanjima nekih pravnih pojmova između pravnih profesionalaca i laika, ali da takve spoznaje još uvijek ne rješavaju problem koji se ogleda u pitanju koje je od tih značenja bolje i 2.) budući da je svrha pravne znanosti utvrditi važna obilježja prava kao društvene institucije ne čini se naročito korisnim ispitivati kakav pojam prava imaju laici ili pravni profesionalci (Jiménez 2022). Ovo potonje predstavlja jednu vrstu metodološke kritike anketa i upitnika (njihovih epistemoloških ograničenja) kao često upotrebljivanih metoda u eksperimentalnoj filozofiji i teoriji prava.

Drugo je pitanje o motivima zbog kojih se adresati pridržavaju pravnih pravila. Pritom se motivacija zbog koje adresati to čine, barem na općeteorijskoj i filozofsko-pravnoj razini kao jedan stav o nekom trebanju, još uvijek čini manje relevantna.¹² Podrazumijeva se da bi svaka državna vlast trebala težiti tome da adresati pravnih normi istinski prihvate, kao internalizirano uvjerenje, opravdanost njezinih zahtjeva. Drugim riječima, da se zahtjeve državne vlasti izražene u pravnim normama smatra, na osnovi vlastitih političkih, etičkih i drugih vrijednosti, dobrima i opravdanima, tj. legitimima.¹³

Međutim, ako bi se inzistiralo na tome da je presudno neposredno znanje i iskreno uvjerenje adresata osim primjerice straha od potencijalnih sankcija¹⁴ tada

12 Tako Imanuel Kant (Immanuel Kant) u svojoj filozofiji prava utvrđuje da se pravno zakonodavstvo razlikuje od etičkog po tome što pravo dopušta i druge pobude za djelovanje (poput naklonosti ili averzije) osim dužnosti da se djeluje u skladu s moralnim zakonom što je obilježje deontološke etike (1991, 46). Ipak, neophodno je istaknuti kako postoji studija koja je eksperimentalno ispitivala intuitivne predodžbe o odnosu prava i morala (Donelson i Hannikainen, 2020), pa se može konstatirati kako ovo pitanje postaje sve zanimljivije i s empirijskog gledišta. Norbert Horster (Norbert Hoerster) također kaže „(o)pćenito za učinkovitost pravne norme nikakvu ulogu ne igra to proizlazi li naposljetku pridržavanje norme njezina adresata iz straha od sankcija ili dragovoljnog priznavanja norme” (2024, 51).

13 Jedna od definicija legitimnosti je sljedeća: „Sposobnost političko-pravnog sustava da stvori i održi vjeru da su postojeće polit. institucije najpogodnije za društvo” (Pezo 2007, 656). Legitimnost se može promatrati i kao psihološku pojavu jer ona podrazumijeva da ljudi percipiraju, u većoj ili manjoj mjeri, opravdanost zahtjeva koje autoriteti od njih traže (Pennington 2001, 260). Legitimnost kao karakteristiku vlasti trebalo bi razlučivati od legitimiranja ili legitimacije kao procesa opravdavanja vlastitog djelovanja od strane nositelja vlasti (Blažević 2010, 31). Ovim se pitanjima naročito bavi politička znanost (Ravlić, Čepo 2014, 30–34; Hättich 1996, 55–56, 79, 92–93; Tadić 1988, 88–93) dok je u sociologiji osobito utjecajna bila teorija legitimnosti kako ju je razvio Maks Veber (Max Weber) (1987, 359–373; Petković, Kregar 1994, 176–185; Deflem 2008, 41–48; Matheson 1987, 199–215).

14 „Pravo može biti i jest djelotvorno nagovještajem prisila u pravnom pravilu upućenih pojedincu ili zajednici. Ova je mogućnost djelotvornosti vrijedna, jer su joj učinci preventivni, idu unapri-

se pojavljuje problem na empirijskoj razini.¹⁵ Na koji bi se način moglo precizno utvrditi zbog kojih se razloga adresati doista ponašaju u skladu s pravnim normama? Time bi se već ulazilo u područja psihologije i sociologije. Sociološkim bi se istraživanjem, ponajviše anketama i upitnicima, moglo doduše doći do određenih kvantitativnih podataka o pravnoj pismenosti i mišljenjima građana koji bi pružili kakvu-takvu osnovu za donošenje zaključaka. No, istovremeno to povlači za sobom i niz problema o kojima se nešto reklo u prethodnom poglavlju. Od tehničkih poteškoća poput određivanja reprezentativnog uzorka, jasnog formuliranja pitanja koje će ispitanici razumjeti i motiviranja ispitanika da se u što većem broju odazovu istraživanju do toga da postoji mogućnost neiskrenosti ispitanika koji mogu davati odgovore za koje smatraju da su pogodniji za istraživača. Tu je naravno i problem što su ljudi skloni promjeni mišljenja, pa bi se takva istraživanja morala češće provoditi što bi moglo rezultirati i većim troškovima. Čak i uz najveći uloženi napor i najbolje provedene ankete još uvijek ostaje otvorenim pitanjem stupanj valjanosti tako dobivenih rezultata kao i mogućnost njihovog uopćavanja na razini cijelog društva pojedine države. Dakako, postoji literatura koja se bavi ovom problematikom (npr. Tyler 2006; Tyler, Jackson 2014; Young 2014; Hertogh 2018; Ewick, Silbey 1998) čiji rezultati dobiveni empirijskim istraživanjima predstavljaju vrijedne i izuzetno korisne doprinose spoznajama o djelotvornosti, motivaciji adresata i uopće o ulozi prava u društvenom životu. Ipak, potrebno je zadržati određenu kritičku distancu i prema empirijskim istraživanjima prava te uzeti u obzir neke od problema takvih istraživanja koji su ukratko skicirani u ovom radu.

Sljedeća poteškoća u empirijskom istraživanju primarne djelotvornosti jest ta što pravni sustav, što je i njegova funkcija, registrira samo slučajeve kada se pravne norme ne poštuju dok, s druge strane, njihovo poštivanje izmiče pravnom pogledu. Različiti statistički pokazatelji svakako mogu biti jedan, samo relativno pouzdan indikator primarne djelotvornosti.

Primjerice, prema podacima Državnog zavoda za statistiku Republike Hrvatske (2024) broj punoljetnih osoba osuđenih za kazneno djelo je u 2023. godini manji u odnosu na raniju godinu za 8,9% dok je primjetna i tendencija opadanja broja optuženih i osuđenih osoba od 2014. godine naovamo. Međutim, treba skrenuti pažnju na dvije stvari. Prvo, statistički podatci su po svojoj prirodi kvantitativni, pa

jed, što je jedno od bitnih očekivanja od prava (...), dakle, da je puni smisao prava ako sprječava, utječe na uzroke.” (Miličić 2008, 100)

- 15 Premda se korijene empirijskih istraživanja prava može pronaći još u 19. stoljeću, preko 20. stoljeća u kojem su osobiti iskoraci učinjeni na sjevernoameričkom kontinentu, tek se u ovom stoljeću može govoriti o intenzivnoj prisutnosti empirijskih radova o pravu što je rezultiralo i posebnim znanstvenim pravcem ili pokretom naziva „Empirijske pravne studije (ELS)” (Miličić 2019, 101–107). Zanimljiv prikaz i pokušaj utemeljenja paradigme empirijskih istraživanja prava u socijalnoj ontologiji Džona Serla (John Searle) vidjeti u: Bezbradica 2024, 5–28

stoga ne govore mnogo o dubljim aspektima materije. To što brojke u ovom konkretnom slučaju ukazuju na pad kriminaliteta još uvijek ne daje dovoljnu osnovu za donošenje zaključka kako su se stanovnici Republike Hrvatske počeli više pridržavati pravnih normi. Moglo bi se, primjerice, raditi o tome da su neka kaznena djela prošla neopaženo, da je Državno odvjetništvo Republike Hrvatske donijelo odluku da neće pokretati kazneni progon u pojedinim slučajevima¹⁶ ili da, zbog sporijeg rada pravosuđa uslijed velikog broja neriješenih predmeta, nije donesen izvjestan broj osuđujućih presuda. Sami statistički podatci, prema tome, ne mogu dati odgovor na pitanje što je uzrokovalo pad kriminaliteta.

Drugo jest to da se izučavanjem slučajeva kršenja pravnih normi ne može ništa saznati, a onda niti donositi relevantne zaključke, o onim adresatima koji su se normi pridržavali. Drugim riječima, statističkim se podacima možda može, do izvjesne mjere, braniti tvrdnju da djelotvornost prava postoji, ali i dalje značajna pitanja „Zašto je pravo djelotvorno?” i „Kako je pravo djelotvorno?” ostaju neodgovorena.

3.2.2. Sekundarna djelotvornost

Sekundarnu djelotvornost, kako ju se obično definira u udžbenicima, trebalo bi teorijski korigirati, odnosno proširiti, kako bi se obuhvatilo i one aspekte koji su ovakvim definiranjem izostavljeni. Rječnikom logike rečeno: da definicija pojma ne bude ni preuska ni preširoka nego adekvatna, tj. da *definiens* i *definiendum* imaju isti opseg (Petrović 2004, 125). Naime, postoje pravnim propisima predviđeni slučajevi u kojima je državnim tijelima dana diskrecijska ovlast¹⁷ da, u skladu s načelom svrhotvornosti, odluči hoće li u konkretnoj situaciji postupati ili ne, odnosno koju će od normom predviđenih alternativa odabrati.¹⁸ Ako bi se prihvatilo shvaćanje prema kojem

16 Bilo bi zanimljivo, iz perspektive eksperimentalne teorije i filozofije prava, ispitati službene osobe u pravosudnim tijelima kojim se to kriterijima i razlozima vode u donošenju odluka na temelju diskrecijske ocjene da neće kazneno progoniti iako za to postoji osnovana sumnja. Dobivene rezultate moglo bi se promotriti s obzirom na različita teorijska gledišta o tome donose li se pravne odluke isključivo na temelju pravnih normi, „osjećaja za pravo”, podsvjesnih nagona, instinkata, kombinacije dvaju ili više ovih elemenata itd. Neka promišljanja o pitanju stvara li se pravo prilikom primjene pravnih normi od njemačkih sentimentalista, preko Petražickog, pa do Džeroma Franka (Jerome Frank) i nekih autora iz vremena socijalizma prikazala je Kartag-Odri (1990, 84–101, 191–202 i dr.).

17 U „Diskrecionoj ocjeni”, još i danas nezaobilaznom teorijskopravnom djelu iz ovog područja napisanom davne 1937. godine, njen autor Ivo Krbeć piše kako je za pravnu prirodu diskrecijske ocjene značajno to „da se po njenom ovlaštenju bira između više alternativa, koje su generalno i apstraktno unaprijed određene kao jednako vrijedne, da se ovo biranje vrši strogo konkretno i individualno od slučaja do slučaja, i to prema naziranju odnosno shvaćanju organa, koji vrši diskrecionu ocjenu” (1937, 58).

18 Jedan takav primjer iz hrvatskog materijalnog kaznenog zakonodavstva je sljedeća odredba Zakona o kaznenom postupku (Narodne novine br. 152/2008, 76/2009, 80/2011, 91/2012, 143/2012, 56/2013, 145/2013, 152/2014, 70/2017, 126/2019, 126/2019, 80/2022, 36/2024):

državna tijela, na nepridržavanje pravnih normi, uvijek moraju reagirati izricanjem sankcija tada bi se u ovakvim slučajevima moralo izvesti zaključak kako su takve norme nedjelotvorne. Zbog toga se čini teorijski prihvatljivije i logički adekvatnije kada bi se na primjenu prisile gledalo kao na sposobnost, tj. da sekundarna djelotvornost pravne norme postoji u dva slučaja: 1.) kada se prisila zaista primijeni ili 2.) kada postoji mogućnost da bude primijenjena iako se to u konkretnom slučaju, zbog odluke državnog tijela, nije dogodilo (usp. Adams 2019, 239; Krbek 1952, 63–64).

Što se ispitivanja sekundarne djelotvornosti tiče kao dobro polazište čini se ono koje će krenuti od individualnih pravnih akata različitih državnih organa (usp. Padjen 2015, 127). Recimo od sudskih presuda, rješenja upravnih tijela, državnih odvjetništava itd. Iz njih se može dobiti barem osnovni uvid u način funkcioniranja i postupanja državnih tijela u konkretnim predmetima. Točnije, može se vidjeti u kojim su to slučajevima i pod kojim okolnostima državna tijela bila prinuđena posegnuti za sankcijama ili se, pak, služeći se diskrecijskom ocjenom odlučila ne koristiti mogućnošću koja im je bila na raspolaganju.

Istraživanje koje bi sustavno i kroz duže vremensko razdoblje istraživalo akte državnih tijela moglo bi dati plodnije rezultate. No, ne bez izvjesnih ograničenja i problema. Prvi bi problem bio taj što određeni dio takvih akata nije javno dostupan (više u Padjen 2022, 1–12). Drugi problem ticao bi se istraživačkih potencijala i ograničenog broja istraživača. Da bi se moglo donositi relevantnije zaključke na razini društva i pravnog poretka nužno bi bilo ispitati akte svih sudova, upravnih tijela itd., a ne samo onih na razini jednog grada, općine ili županije. Time se naravno ne želi umanjiti značaj istraživanja na mikro razini u okviru pojedinog državnog tijela,

3. Odbacaj kaznene prijave prema načelu svrhovitosti

Članak 206.c

(1) Osim kad mu je to dopušteno prema posebnom zakonu, državni odvjetnik može rješenjem odbaciti kaznenu prijavu ili odustati od kaznenog progona iako postoji osnovana sumnja da je počinjeno kazneno djelo za koje se progoni po službenoj dužnosti i za koje je predviđena novčana kazna ili kazna zatvora do pet godina ako je:

- 1) s obzirom na okolnosti vjerojatno da će u kaznenom postupku okrivljenik biti oslobođen od kazne,
- 2) protiv okrivljenika u tijeku izvršenje kazne, a pokretanje kaznenog postupka za drugo kazneno djelo nema svrhe s obzirom na težinu, narav djela i pobude iz kojih je ono počinjeno, te na rezultate koje je kazna ili druga mjera ostvarila na počinitelja da ubuduće ne čini kaznena djela,
- 3) okrivljenik izručen ili predan stranoj državi ili međunarodnom kaznenom sudu radi provođenja postupka za drugo kazneno djelo,
- 4) okrivljenik prijavljen za više kaznenih djela kojima je ostvario bića dvaju ili više kaznenih djela, ali je svrhovito da se počinitelj osudi samo za jedno, jer pokretanje kaznenog postupka za druga kaznena djela ne bi imalo bitnog utjecaja na izricanje kazne ili drugih mjera prema počinitelju.

što je vrlo poželjno, nego se samo želi uputiti da bi niz tako provedenih istraživanja trebalo povezati u širu sliku pravnoga stanja.¹⁹ Takav poduhvat zahtijevao bi veliki broj istraživača, dosta vremena i materijalnih sredstava uz neophodnu koordinaciju svih provedenih mikro istraživanja.

Međutim, čak i takav početni pristup još uvijek ne može omogućiti potpunu spoznaju jer nam iz sadržaja individualnih pravnih akata još uvijek nije poznat cjelokupni proces kojim su se službene osobe državnih tijela vodile u donošenju pravne odluke (npr. njihove predrasude, emocije, afekti itd.). Također nam ništa ne govori o rubnim i nenormativnim aspektima, poput utjecaja političke i ekonomske moći na službene osobe ili o samim odnosima među različitim skupinama koje postoje unutar državnih organa, a koji mogu dovesti do nefunkcionalnosti pravnoga sustava.²⁰ Za ispitivanje takvih područja ponovno bi bile potrebne metode poput intervjua, promatranja, analiza sadržaja i anketa uz sve prethodno izložene nedostatke koje one imaju. No, čak niti one ne bi jamčile cjelovitu spoznaju uslijed činjenice da se ovakve „mutne” situacije nastoje držati u tajnosti zbog čega mogu ostati izvan dosega istraživačevih saznanja.

Naposljetku, ono što se ne smije smetnuti s uma jest to da usmjerenost isključivo na ispitivanje ograničenja djelotvornosti prava može stvoriti iskrivljenu sliku koja prikazuje samo ona marginalna, neuobičajena područja u kojima pravo ne postiže svoj učinak čime se sustavno može podcijeniti stvarna moć društvene kontrole koju pravo posjeduje (Sarat 1985, 29). Djelotvornost prava u društvenom životu ne treba stoga niti podcijenjivati, ali isto tako niti dogmatski i nekritički precjenjivati.

4. ZAKLJUČAK

Na samome kraju treba reći kako se ovo istraživanje zadržalo samo na nekim najosnovnijim pitanjima djelotvornosti i socioloških metoda. Tako nije uzeto u obzir čitav niz pitanja i problema koja će cjelovitija istraživanja ove materije morati razmotriti. Neka od tih su sljedeća: 1.) na promišljanje o djelotvornosti prava svako imaju utjecaj različite vrste pravnih normi i ne čini se adekvatnim na isti način govoriti o primjerice djelotvornosti normi koje pravno zabranjuju nekakvo ponašanje poput krađe, razbojništva itd. od normi koje daju nekakvo pravno ovlaštenje

19 Neki primjeri istraživanja sudske prakse pojedinih sudova i državnih odvjetništava su primjerice: Ivičević Karas, Puljić (2013), Željko (2024) i Novokmet, Jukić (2015).

20 Prema dostupnim podacima i istraživanjima u Republici Hrvatskoj je, nakon pristupanja Europskoj uniji 2013. godine, percepcija korupcije u porastu, a osobito nepovjerenje građani imaju prema najvišim institucijama sudbene, zakonodavne i izvršne vlasti (više u Budak, Škrinjarčić 2024, 147–182). Također, istraživanja pokazuju da povjerenje u hrvatsko i srpsko pravosuđe nije znatno čak niti kod ljudi koji su zaposleni u institucijama pravosuđa (Mrakovčić, Vuković, 2019).

kojim se adresati mogu i ne moraju služiti (npr. pravo na oslobođanje od plaćanja pristojbi i troškova postupka); 2.) jedan od osnovnih problema oko kojeg također postoje različita mišljenja je tko su zapravo adresati pravnih normi, tj. jesu li to samo građani, samo državna tijela ili i jedni i drugi; 3.) na koji će se način promišljati, ako uopće, djelotvornost ustavnih normi koje se uglavnom primjenjuju posredno kroz zakone i druge pravne akte, pa se možda može govoriti o neposrednoj i posrednoj djelotvornosti ustava²¹; 4.) čini se potrebnim na drugačije načine razmatrati djelotvornost općih pravnih akata poput zakona od onih individualnih kao što su presude i upravna rješenja (usp. Santos Campos 2016, 472–475); 5.) za odredbe kojima se ne propisuju pravne obveze i ovlaštenja nego kojima se samo postuliraju određena načela (npr. autonomije, ekonomičnosti itd.) također se čini kako one ne djeluju same za sebe nego kroz druge pravne norme, pa se možda i ovdje može govoriti o nekakvoj posrednoj djelotvornosti; 6.) budući da pravne norme ne postižu uvijek onaj učinak koji im je zacrtao normotvorac postavlja se pitanje treba li veću pozornost usmjeriti na stvarni učinak norme ili na ono što je normotvorac predvidio kao namjeravani učinak prilikom njihova donošenja (Glyn Watkin 2020, 97); 7.) u kakvom su odnosu pravednost, djelotvornost i formalno važenje, obvezna snaga ili obvezatnost pravnih normi, tj. radi li se o različitim svojstvima pravnih normi i ako da u kakvim su oni međusobnim odnosima (npr. ako su formalno važenje i djelotvornost dva odvojena svojstva je li nedjelotvorna norma i dalje obvezujuća za pravne subjekte ili nije itd.); 8.) zanimljivo je i pitanje djelotvornosti običajnog prava, naročito onog nekodificiranog, u kojem se javlja problem kako uopće govoriti o njegovoj djelotvornosti kada nije posve jasno niti koji je „pravi” sadržaj neke nepisane običajnopravne norme; 9.) kakav je odnos teorijsko-pravnog pojma djelotvornosti i socioloških koncepata pravne kulture i pravne svijesti, odnosno možemo li govoriti o tome da teorija prava i sociologija prava govore o vrlo bliskim pojavama, ali da toga nisu svjesne zbog terminološke razlike te spoznajne i metodološke odvojenosti koje im ne dopuštaju bliže povezivanje i cjelovitiju spoznaju?²²

Zadaća je ovog rada bila da otvori pitanje odnosa između socioloških metoda i djelotvornosti prava. Čini se, barem na osnovu nekih načelnih uvida, kako postoji

21 Nedavno je objavljen rad koji nastoji ispitati neposrednu primjenu ustava od strane redovnih sudova (Burazin, Relac, 2023, 841–879).

22 Općenito je o problemu sociologije prava i zatvaranja pravnog diskursa u reducirane normativističke okvire pisao Forić (2014). On smatra kako do normativnog zatvaranja pravnog diskursa dolazi zbog dva razloga. Prvi razlog je samoopis prava kao društvene institucije koja želi izgraditi zasebni identitet spram drugih društvenih institucija. Drugi razlog je konstruiranje vlastitog identiteta pravnika koji tako postaju *insideri* naspram svih ostalih kao *outsidera*. Udaljavanje sociologije prava i pravne znanosti rezultat je Kelzenova „čišćenja” pravne znanosti od nenormativnih sadržaja poput društvenih odnosa i vrijednosti, što postaje dominantna paradigma kod pravnika izuzev integralista, zajedno „sa manjim interesom za pravo nakon što funkcionalizam prestaje biti dominantnim gledištem u sociologiji” (2014, 52–54).

potencijal za međusobno povezivanje u kojem bi sociološke metode rasvijetlile ona područja koja ostaju izvan dosega strogo normativnih pristupa koji proučavaju isključivo opće i pojedinačne pravne akte. Takva bi područja bila primjerice društveno-politički uvjeti unutar kojih se pravo donosi i primjenjuje, stavovi različitih političkih i pravnih subjekata o pojedinim pitanjima pravnog normiranja itd. Svakako da i eksperimentalna filozofija prava ovdje nalazi svoje mjesto. Primjerice, koliko je istinita predodžba nekih autora da je određeni oblik prisile konstitutivan za pravo i što o tome misle laici i/ili pravni profesionalci, što pravnici/laici kažu na tezu da pravo zaista usmjerava ljudsko ponašanje u svakodnevnom životu itsl. Međutim, za donošenje dalekosežnijih zaključaka potrebna su mnogo temeljitija i sveobuhvatnija istraživanja koja će biti predmet budućih radova.

5. KORIŠTENA LITERATURA

1. Abercrombie, Nicholas, Stephen Hill, Bryan S. Turner. 2008. *Rječnik sociologije*. Zagreb: Naklada Jesenski i Turk
2. Adams, Thomas. 4/2019. The Efficacy Condition. *Legal Theory* 25: 225–243.
3. Allot, Anthony. 2/1981. The Effectiveness of Law. *Valparaiso University Law Review* 15: 229–242.
4. Banović, Damir. 2023. *Realistička teorija prava: Ogledi o pravnom realizmu, konvencionalizmu i naturalizaciji u pravu*. Sarajevo: Univerzitet u Sarajevu – Pravni fakultet.
5. Berdica, Josip. 2023. *Društvo i pravo: Uvod u interdisciplinarni pristup*. Zagreb: Novi Informator.
6. Bezbradica, Anja. 2/2024. Socijalna ontologija Džona Serla kao paradigma za empirijska istraživanja prava. *Eudaimonia: Revija za pravnu, političku i socijalnu teoriju i filozofiju* 8: 5–28.
7. Biličić, Mijo. 20/1999. Teorijsko razgraničenje i utemeljenje sociologije prava. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 1: 289–311.
8. Blagojević, Slobodan M. 1995. *Pravo i stvarnost*. Beograd: Službeni list SRJ.
9. Blagojević, Slobodan M. 2003. *Uvod u pravo*. 3. izdanje. Podgorica: Službeni list RCG.
10. Blažević, Robert. 2010. *Legitimnost političkih poredaka*. Zagreb: Politička kultura.
11. Budak, Jelena, Bruno Škrinjarić. 1/2024. Korupcija i povjerenje u institucije u Hrvatskoj prije i poslije ulaska u Europsku uniju. *Hrvatska i komparativna javna uprava: časopis za teoriju i praksu javne uprave* 24: 147–182.
12. Bulygin, Eugenio. 2015. *Essays in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press.
13. Burazin, Luka. 3–4/2017. Pojam prava i (društvena) učinkovitost: Analitički pristup. *Pravni vjesnik* 33: 119–130.
14. Burazin, Luka. 2–3/2020. Učinkovitost kao uvjet važenja u Kelsenovoj „Općoj teoriji normi”. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 70: 315–339.

15. Burazin, Luka, Svan Relac. 5/2023. Primjena Ustava od strane (hrvatskih) redovnih sudova. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 73: 841–879.
16. Corbetta, Piergiorgio. 2003. *Social Research: Theory, Methods and Techniques*. London: Sage Publications.
17. Cotterrell, Roger. 1996. *Law's Community: Legal Theory in Sociological Perspective*. Oxford: Clarendon Press.
18. Cotterrell, Roger. 2/1998. Why Must Legal Ideas Be Interpreted Sociologically?. *Journal of Law and Society* 25: 171–192.
19. Deflem, Mathieu. 2008. *Sociology of Law: Visions of a Scholarly Tradition*. Cambridge: Cambridge University Press.
20. Donelson, Raff, Ivar R Hannikainen. 2020. Fuller and the Folk: The Inner Morality of Law Revisited. 6–28 *Oxford Studies in Experimental Philosophy*, Vol. 3, ed. Tania Lombrozo, Joshua Knobe, Shaun Nichols. Oxford: Oxford University Press.
21. Donelson, Raff. 2024. Experimental Legal Philosophy: General Jurisprudence. 309–326. *The Compact Compendium of Experimental Philosophy*, ed. Alexandar Max Bauer, Stephan Kornmesser. London: De Gruyter Brill.
22. Državni zavod za statistiku Republike Hrvatske. 2024. Punoljetni počinitelji kaznenih djela prema vrsti odluke u 2023. <https://podaci.dzs.hr/2024/hr/76782>, posljednji pristup 20. rujna 2024.
23. Đurić, Mihailo. 1962. *Problemi sociološkog metoda: Kritičko razmatranje stanja u zapadnoevropskoj i američkoj sociologiji*. Beograd: Savremena škola.
24. Ewick, Patricia, Susan S. Silbey. 1998. *The Common Place of Law: Stories from Everyday Life*. Chicago: Chicago University Press.
25. Fekete, Balázs, István H. Szilágyi. 3/2017. Knowledge and Opinion about Law (KOL) Research in Socialist Hungary. *Hungarian Journal of Legal Studies* 58: 326–358.
26. Forić, Samir. 7/2014. Sociologija prava i problem normativnog zatvaranja pravnog diskursa. *Sociološki diskurs* 4: 49–64.
27. Galligan, Denis. 2010. Legal Theory and Empirical Research. 976–1001. *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, ed. Peter Cane, Herbert M. Kritzer. Oxford: Oxford University Press.
28. Giddens, Anthony. 2007. *Sociologija*. Prema 4. engleskom izdanju. Zagreb: Nakladni zavod Globus.
29. Glyn Watkin, Thomas. 2020. Efficacy, impact and English legal history. *Acta Universitatis Lodziensis. Folia Iuridica* 91: 83.-98.
30. Guastini, Riccardo. 2019. *Sintaksa prava*. 3. izdanje. Zagreb: Naklada Breza.
31. Gurvitch, Georges (ed.). 1966a. *Sociologija*. 2. svezak. Zagreb: Naprijed.
32. Gurvitch, Georges (ed.). 1966b. *Sociologija*. 1. svezak. Zagreb: Naprijed.
33. Hahn, Judith. 2022. *Foundations of a Sociology of Canon Law*. Švicarska: Springer.
34. Haralambos, Michael, Martin Holborn. 2002. *Sociologija: Teme i perspektive*. Zagreb: Golden marketing.
35. Hart, Herbet Lionel Adolphus. 1994. *The Concept of Law*. 2. ed. Oxford: Clarendon Press

36. Hättich, Manfred. 1996. *Temeljni pojmovi političke znanosti*. Osijek: Pan liber.
37. Hertogh, Marc. 2018. *Nobody's Law: Legal Consciousness and Legal Alienation in Everyday Life*. London: Palgrave Macmillan.
38. Hoerster, Norbert. 2024. *Što je pravo? Temeljna pitanja filozofije prava*. Zagreb: Naklada Breza.
39. Ivičević Karas, Elizabeta, Dorotea Puljić. 2/2013. Presuda na temelju sporazuma stranaka u hrvatskom kaznenom procesnom pravu i praksi Županijskog suda u Zagrebu. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* 20: 823–849.
40. Jiménez, Felipe. 2022. *The Limits of Experimental Jurisprudence*. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4148963 posljednji pristup 20. lipnja 2025.
41. Kant, Immanuel. 1991. *The Metaphysics of Morals*. New York: Cambridge University Press.
42. Karbonije, Žan. 1992. *Pravna sociologija*. Sremski Karlovci: Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića.
43. Kartag-Odri, Agneš. 1990. *Pravna svest*. Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu. (doktorska disertacija)
44. Kelzen, Hans. 1951. *Opšta teorija prava i države*. Beograd: Arhiv za pravne i društvene nauke.
45. Kelsen, Hans. 1991. *General Theory of Norms*. Oxford: Clarendon Press.
46. Krbek, Ivo. 1937. *Diskreciona ocjena*. Zagreb: Jugoslavenska akademija znanosti i umjetnosti.
47. Krbek, Ivo. 1952. *Prilog teoriji o pojmu prava*. Zagreb: Rad Jugoslavenske akademije znanosti i umjetnosti.
48. Kuvačić, Ivan. 1988. *Rasprave o metodi: Problemi pristupa u društvenim znanostima*. Zagreb: Naprijed.
49. Kuvačić, Ivan. 2004. *Uvod u sociologiju*. Zagreb: Golden marketing – Tehnička knjiga.
50. Lamza Posavec, Vesna. 2021. *Metodologija društvenih istraživanja: Temeljni uvidi*. Zagreb: Institut društvenih znanosti Ivo Pilar.
51. Lanović, Mihajlo. 1942. *Uvod u pravne nauke*. 2. izdanje. Zagreb: Hrvatski državni tiskarski zavod.
52. Lukić, Radomir D. 1957. *Uvod u sociologiju*. Beograd: Savez udruženja pravnika Jugoslavije.
53. Lukić, Radomir D. 1960. *Osnovi sociologije*. 2. ispravljeno izdanje. Beograd: Savez udruženja pravnika Jugoslavije.
54. Lukić, Radomir D. 1975. *Sociološki metod u pravu*. Poseban otisak iz Zbornika radova Pravnog fakulteta u Splitu br. XII/1975.
55. Lukić, Radomir D. 1979. *Metodologija prava*. 2. izdanje. Beograd: Naučna knjiga.
56. Lukić, Radomir D. 2022. *Uvod u pravo*. 2. prerađeno izdanje. Preradili Jasminka Hasanbegović i Marko Božić. Beograd: Službeni glasnik.
57. Mandić, Oleg. 1971. *Sistem i interpretacija prava*. Zagreb: Narodne novine.

58. Mandić, Oleg. 1975. *Opća sociologija*. 2. izdanje. Zagreb: Informator.
59. Marjanović, Miloš. 2009. Predmet sociologije prava i njen odnos sa srodnim disciplinama. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2: 143–161.
60. Matheson, Craig. 2/1987. Weber and the classification of forms of legitimacy. *The British Journal of Sociology* 38: 199–215.
61. McCambridge, Jim, John Witton, Diana R. Elbourne. 6/2014. Systematic review of the Hawthorne effect: New concepts are needed to study research participation effect. *Journal of Clinical Epidemiology*: 267–277.
62. Miličić, Vjekoslav. 40 (Suppl. 4)/1990. Sociološka metoda u pravu. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*: 555–575.
63. Miličić, Vjekoslav. 1992. *Pravo i metodologija prava: Stvaranje i ostvarenje prava*. Zagreb: Alinea.
64. Miličić, Vjekoslav. 2008. *Opća teorija prava i države*. 8. izmijenjeno i dopunjeno izdanje. Zagreb: Vlastita naklada.
65. Milić, Tatjana. 3/2019. Empirijsko istraživanje prava: Revolucija ili nemoguća misija? *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* LXVII: 95–123.
66. Milić, Vojin. 1978. *Sociološki metod*. 2. dopunjeno izdanje. Beograd: Nolit.
67. Mrakovčić, Marko, Danilo Vuković. 1/2019. “Unutarnja” kriza pravosuđa? Stavovi pripadnika pravničkih profesija o pravosuđu u Hrvatskoj i Srbiji. *Politička misao: časopis za politologiju* 56: 75–105.
68. Navarro, Pablo E., José Juan Moreso. 1997. Applicability and Effectiveness of Legal Norms. *Law and Philosophy* 16: 201–219.
69. Navarro, Pablo E. 2013. The Efficacy of Constitutional Norms. 77–99. *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law*, ed. Duarte d’Almeida, Luís, John Gardner, Leslie Green. Portland: Hart Publishing.
70. Novak, Marko. 2016. *The Type Theory of Law: An Essay in Psychoanalytic Jurisprudence*. Švicarska: Springer International Publishing.
71. Novokmet, Ante, Miroslav Jukić. 2/2015. Sudska kontrola prethodnog postupka – istraživanje prakse županijskih sudova u Osijeku, Splitu, Rijeci, Varaždinu i Zagrebu. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* 22: 453–482.
72. Padjen, Ivan. 2015. *Metodologija pravne znanosti: Pravo i susjedne discipline*. Rijeka: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci.
73. Padjen, Ivan. 1/2022. Vladavina prava i tajnost pravosuđa. *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske* XIII: 1–12.
74. Pečujlić, Miroslav. 1982. *Metodologija društvenih nauka*. 2. izmijenjeno i dopunjeno izdanje. Beograd: Savremena administracija.
75. Pennington, Donald C. 2001. *Osnove socijalne psihologije*. Jastrebarsko: Naklada Slap.
76. Perić, Berislav. 2009. *Struktura prava*. Zagreb: Informator.
77. Petković, Stanko, Josip Kregar. 1994. *Pregled glavnih sistema socioloških teorija*. Zagreb: Sveučilišna tiskara.
78. Petrović, Gajo. 2004. *Logika*. 25. izdanje. Zagreb: Element.

79. Pezo, Vladimir (ed.). 2007. *Pravni leksikon*. Zagreb: Leksikografski zavod Miroslav Krleža.
80. Podgorecki, Adam, Wolfgang Kaupen, J. Van Houtte, P. Vinke, Berl Kutchinsky. 1973. *Knowledge and Opinion about Law*. London: Martin Robertson.
81. Postema, Gerald J. 2008. Conformity, Custom and Congruence: Rethinking the Efficacy of Law. 45–65. *The Legacy of H.L.A. Hart: Legal, Political, and Moral Philosophy*, ed. Matthew H. Kramer, Claire Grant, Ben Colburn, Antony Hatzistavrou. Oxford: Oxford University Press.
82. Prochownik, Karolina Magdalena. 12/2021. The Experimental Philosophy of Law: New Ways, Old Questions and how not to get Lost. *Philosophy Compass* 16: 1–17.
83. Prochownik, Karolina, Stefan Magen. (eds.) 2023. *Advances in Experimental Philosophy of Law*. London: Bloomsbury.
84. Pupiće, Borivoje. 1987. *Teorija države i prava*. 4. izdanje. Beograd: Savremena administracija.
85. Pusić, Eugen. 1989. *Društvena regulacija: Granice znanosti i iskustva*. Zagreb: Globus.
86. Ramsauer, Laurenz. 4/2024. The Efficacy Problem. *Legal Theory* 30: 255–272.
87. Ravlić, Slaven, Dario Čepo. 2014. *Uvod u političku znanost*. Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu.
88. Ritzer, George (ed.). 2007. *The Blackwell Encyclopedia of Sociology*. Malden (USA): Blackwell Publishing.
89. Santos Campos, Andre. 4/2016. An Inquiry into a Normative Concept of Legal Efficacy. *Ratio Juris* 29: 460–477.
90. Sarat, Austin. 1/1985. Legal Effectiveness and Social Studies of Law: On the Unfortunate Persistence of a Research Tradition. *Legal Studies Forum* 9: 23–31.
91. Silbey, Susan S. 1/2005. After Legal Consciousness. *Annual Review of Law and Social Science*: 323–368.
92. Stepanov, Radivoj, Gordana Vukadinović. 2003. *Modernost prava: Antologija pravnih škola, ideja i pokreta*. Novi Sad: Futura.
93. Tadić, Ljubomir. 1988. *Nauka o politici*. Beograd: Rad.
94. Tarner, Džonatan H. 2009. *Sociologija*. Novi Sad: Mediterran Publishing
95. Tobia, Kevin. 3/2022. Experimental Jurisprudence. *The University of Chicago Law Review* 89: 736–802.
96. Tobia, Kevin. (ed.) 2025. *The Cambridge Handbook of Experimental Jurisprudence*. Cambridge: Cambridge University Press.
97. Treviño, Javier. 2008. *The Sociology of Law: Classical and Contemporary Perspectives*. London: Routledge.
98. Tyler, Tom R. 2006. *Why People Obey the Law*, 2. ed. Princeton: Princeton University Press.
99. Tyler, Tom R., Jonathan Jackson. 1/2014. Popular legitimacy and the exercise of legal authority: Motivating compliance, cooperation, and engagement. *Psychology, Public Policy, and Law* 20: 78–95.

100. Vasić, Radmila, Miodrag Jovanović, Goran Dajović. 2023. *Uvod u pravo*. 10. izdanje. Beograd: Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet.
101. Visković, Nikola. 1981. *Pojam prava: Prilog integralnoj teoriji prava*. 2. dopunjeno izdanje. Split: Logos.
102. Visković, Nikola. 1986. *Osnove metodologije prava*. 2. izmijenjeno izdanje. Split.
103. Visković, Nikola. 2006. *Teorija države i prava*. 2. izmijenjeno i dopunjeno izdanje. Zagreb: Birotehnika CDO.
104. Vrban, Duško. 2003. *Država i pravo*. Zagreb: Golden marketing.
105. Vrban, Duško. 2006. *Sociologija prava: Uvod i izvorišne osnove*. Zagreb: Golden marketing-Tehnička knjiga.
106. Vrban, Duško. 2013. *Metodologija prava i pravna tehnika*. Osijek: Sveučilište Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku – Pravni fakultet Osijek.
107. Vuković, Danilo. 2021. *Društvo i pravo: Uvod u sociologiju prava*. Beograd: Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet.
108. Vuković, Milovan, Dragan Todorović. 2020. *Osnovi sociologije*. Niš: Univerzitet u Nišu – Filozofski fakultet.
109. Zrinščak, Siniša, Josip Kregar, Duško Sekulić, Slaven Ravlić, Ksenija Grubišić, Dario Čepo, Antonija Petričušić, Mateja Čehulić. 2021. *Opća sociologija s uvodom u sociologiju prava*. 2. neizmijenjeno izdanje. Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu
110. Željko, Darija. 1/2024. Pravo na žalbu i konsenzualne forme u kaznenom postupku: Komparativna iskustva i istraživanje prakse u Republici Hrvatskoj. *Policija i sigurnost* 33: 1–21.
111. Weber, Max. 1987. Tri čista tipa legitimne vlasti. 320–332. Đurić, Mihailo. *Sociologija Maksa Vebera*. Zagreb: Naprijed.
112. Young, Kathryn M. 3/2014. Everyone Knows the Game: Legal Consciousness in the Hawaiian Cockfight. *Law & Society Review* 48: 499–530.

Hart's Formalist Critic and the Judicial Interpretation of Law

Marija Vojisavljević

University of Belgrade – Faculty of Law

UDK 340.132



0009-0004-2996-3801

Cite this article:

Vojisavljević, Marija. 1/2025. Hartova kritika formalizma i sudijsko tumačenje prava. *Eudaimonia – Journal of Legal, Political and Social Theory and Philosophy* 9: 50–66

DOI: 10.51204/IVRS_25107A

Keywords:

- Formalism
- Realism
- Hart
- Interpretation
- Judicial Practice

Author for correspondence:

Marija Vojisavljević,
marijavojisavljevic2003@gmail.com

In the 19th century developed formalism, a theory of legal reasoning and interpretation devoted to the claim that judges discover and apply law without ever creating it. It was believed that the legislator could foresee and regulate everything, and the judge's task consisted in the mechanical application of such a ready right to a specific legal situation. However, modern legal doctrine recognizes judges a certain freedom when making decisions, the possibility to adapt the law to life and judge based on their free judicial conviction.

An almost unsolvable problem is the question of how to give the judge the necessary freedom in decision-making, and on the other hand prevent possible abuses, as well as conscious and unconscious mistakes, when using broad discretionary powers.

Hart's solution to the problem represents a middle way between these two extremes, which is why special attention is paid to it. Also, the author will try to prove that formalism is a wrong theory of legal interpretation and that the highest judicial instances actually create law through interpretation.

Hartova kritika formalizma i sudijsko tumačenje prava

Marija Vojisavljević

Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet

UDK 340.132



0009-0004-2996-3801

Referenca:

Vojisavljević, Marija. 1/2025. Hartova kritika formalizma i sudijsko tumačenje prava. *Eudaimonia – Journal of Legal, Political and Social Theory and Philosophy* 9: 50–66

DOI: 10.51204/IVRS_25107A

Ključne reči:

- Formalizam
- Realizam
- Hart
- Tumačenje
- Sudska praksa

Autor za korespondenciju:

Marija Vojisavljević,
marijavojisavljevic2003@gmail.com

U pravnoj teoriji 19. veka razvijao se formalizam, teorija pravnog rasuđivanja i tumačenja posvećena tvrdnji da sudije otkrivaju i primenjuju pravo, a da ga nikada ne stvaraju. Verovalo se da zakonodavac može sve da predvidi i reguliše, a zadatak sudije sastojao se u mehaničkoj primeni već stvorenog prava na konkretnu pravnu situaciju. Međutim, moderna pravna doktrina priznaje sudijama određenu slobodu prilikom odlučivanja, mogućnost da pravo prilagode životu i sude uzimajući u obzir i svoje slobodno sudijsko uverenje.

Gotovo nerešiv problem predstavlja pitanje kako sudiji dati neophodnu slobodu u odlučivanju, a sa druge strane sprečiti moguće zloupotrebe, kao i svesne i nesvesne greške, prilikom korišćenja širokih diskrecionih ovlašćenja.

Hartovo rešenje problema predstavlja srednji put između ove dve krajnosti zbog čega mu se posvećuje posebna pažnja. Takođe, autorka će pokušati da dokaže da je formalizam pogrešna teorija pravnog tumačenja i da najviše sudske instance tumačenjem zapravo stvaraju pravo.

1. UVOD

Kada nastane spor između (najmanje) dve strane i one se obrate sudu sa zahtevom da takav spor reši, nastaje obaveza suda da to i učini. Dakle, osnovni razlog za institucionalizaciju bilo kojeg normativnog poretka je postojanje sporova između dve strane u kojem se od suda očekuje da takav spor reši. Samo postojanje pravila ne eliminiše sporove. Naprotiv, sporovi preovlađuju i u društvima u kojima postoje složeni sistemi pravila koji regulišu ponašanje pojedinaca. Po pravilu, u istim tim složenim sistemima pojedinci zahteve za rešenje sporova adresiraju institucijama koje su u tu svrhu i stvorene, a to su sudovi (Spaić 2024, 63).

Postavlja se pitanje šta pojedinac očekuje da sud uradi u toj situaciji. Da li bi mudar i pravičan sudija trebalo da reši spor mehaničkom primenom ranije ustanovljenih principa ili bi ipak trebalo da te principe prilagodi konkretnoj situaciji?

U pravnoj jurisprudenciji su se tokom 19. i 20. veka sukobljavale dve teorije pravnog tumačenja. To su formalizam i realizam. Ove dve teorije Hart je metaforički nazvao „plemeniti san” i „noćna mora” (Hart 1977, 969).

Osnovna ideja formalizma bazirala se na tome da pozitivno pravo predstavlja zatvorenu logičku celinu u kojoj nema pravnih praznina. Verovalo se da je zakonodavac svemogućan, da on može sve da predvidi i reguliše, a zadatak sudije sastojao se u mehaničkoj primeni tako gotovog prava na konkretnu pravnu situaciju (Simić 1973, 139). Dakle, sudija nije bio ništa drugo nego „usta koja izgovaraju reči zakona bez prava da ih menja, vodeći računa samo o logičkoj neprotivrečnosti pojmova, a ne i o društvenoj implikaciji konkretnog slučaja i pravičnosti presude” (Monteskeje 2011, 163).

Nasuprot tome, realisti su smatrali da u pravu sem teksta zakona koji se vezuje za zakonodavca, postoji i teren, društvena sredina, koja pravniku-naučniku ne dozvoljava da ostane samo tumač postojeće pozitivne norme (Simić 1973, 140). Društveni odnosi su složeni, dinamični i stoga je postojanje praznina u pravnom poretku nužno. Zakonodavac nije svemoćan, ne može sve predvideti. Stoga moderna pravna doktrina priznaje sudijama određenu slobodu prilikom odlučivanja, mogućnost da pravo prilagode životu i sude na osnovu svog uverenja (Simić 1973, 141).

Kroz niz primera datih u svojim monografijama Hart je ukazivao na to da je formalizam pogrešan put u tumačenju prava. Takođe, smatrao je da najviše sudske instance tumačenjem zapravo stvaraju pravo (Hart 1994, 171). Analizom stavova Vrhovnog suda Srbije (u daljem tekstu VS) o dozvoljenosti ugovaranja troškova kredita, odnosno promenom pravnog stava VS-a po istom pravnom pitanju pokušaćemo da potvrdimo tu Hartovu hipotezu. Osim toga, otvara se pitanje da li takvo postupanje najviših sudova ima potencijal da ugrozi pravnu sigurnost, kao pojam na kojem počiva koncepcija vladavine prava.

U nastavku rada biće predstavljene osnovne ideje formalističkog i njemu suprotstavljenog realističkog pokreta, kao i razlozi zbog kojih se Hart nije slagao sa upotrebom formalizma u tumačenju prava.

2. PRAVO U KNJIGAMA ILI PRAVO U PRAKSI – FORMALIZAM I REALIZAM

2.1. Pravni formalizam

Formalizam je teorija pravnog rasuđivanja i pravnog tumačenja posvećena tvrdnji da sudije otkrivaju i primenjuju zakon, a da ga nikada ne stvaraju (Spaić 2022, 1). Ona počiva na stanovištu da su pravila i zakoni sami po sebi dovoljni za donošenje pravnih odluka i da se zadatak sudije isključivo sastoji u primeni tih pravila bez uzimanja u obzir šireg konteksta društveno-političkih odnosa (Cvjetićanin&Partners 2024).

Hart (1977, 969) kroz metaforu o plemenitom snu govori o formalizmu kao teoriji pravnog tumačenja. Formalizam predstavlja ideju da sudije primenjuju na slučajeve postojeće pravo i da ne stvaraju novo pravo. Pravnici se obraćaju sudovima sa namerom da oni pronađu pravo, a ne da ga stvore. Izmena neke ranije odluke novom odlukom tretira se kao da je „ispravljena greška” koju je ranije učinio sud (Hart 1977, 972). Takođe, Hart (1977, 978) je smatrao da ono što sudija izrekne nije čin stvaranja prava kao što je slučaj sa zakonodavcem – nije autoritativna opšta pravna norma.

Pravni formalisti smatraju da je pravo logički povezano, autonomno i bez pravnih praznina, te sudija donosi odluke kroz mehaničku primenu pravila. Prema njihovom shvatanju pravo je zasnovano na utvrđenim principima koji su dokazivi logikom (Staničić 2017, 533). Zadatak pravnika i pravne nauke je da identifikuju tako postavljene principe, da ih povežu u jedinstvenu celinu bez praznina i protivrečnosti i da obezbede prevenciju sudske diskrecije i dosledno donošenje odluka. Formalisti smatraju da se iz prava silogističkim zaključivanjem¹ može doći do potrebnih odgovora (Simić 1973, 169). Iz tog razloga formalizam predstavlja sudije kao tehničare čiji je zadatak i stručnost mehanička. Njihova uloga sastoji se u tome da pronađu relevantnu pravnu normu, objave šta ona propisuje i primene je na konkretnu situaciju. Pritom, oni ne smeju uzimati u obzir socijalne ciljeve i ljudske vrednosti (Staničić 2017, 535). Najslikovitiji opis ovakvog sudijskog rasuđivanja nalazi se u razradi ideje o podeli vlasti koju je postavio Šarl-Luj de Sekonda, baron od Breda

1 Silogizam je tip deduktivnog zaključivanja koje se izvodi iz najmanje dve premise. Silogizam u prevodu znači zaključak.

i Monteskjea, prema kojoj su sudije „neživa bića koja nisu u stanju da modifikuju bilo svoju snagu, bilo svoju strogost” (Montesquieu 2011, 163). Formalisti smatraju da je postupak primene prava deduktivan postupak² (Kocourek 1930, 206). Bez logičke upotrebe uma rad sudija ne bi bio moguć, jer je za primenu prava neizbežno da je postupak logički. Stvaranje prava je voljna funkcija, a primena prava je umna funkcija (Kocourek 1930, 207).

Dakle, centralna formalistička teza nije samo da sudije koriste pravila kada donose odluku, već da sudije na osnovu pravila uvek donose jednu jedinu moguću odluku. Formalizam u osnovnom obliku negira tvrdnju da sudije na osnovu pravila uopšte odlučuju. Sudija ne bira između mogućnosti već samo ustanovljava i izriče prethodno postojeće normativno stanje stvari (Spaić 2024, 84). Brajan Lajter tu karakteristiku formalizma naziva tvrdnjom o određenosti prava (2010, 110). To znači da skup pravnih pravila na osnovu kojih sud odlučuje daje jedno rešenje ili u svim slučajevima ili u najvećem broju slučajeva. Sudska presuda se formalistički predstavlja ne kao najbolje rešenje s obzirom na određeno tumačenje i na određenu ocenu suda, već kao jedino moguće rešenje određenog slučaja i već tu se uočava i prvi problem ove teorije (Spaić 2024, 84).

U skladu sa time, formalisti ističu i da je pravo potpuno određeno. Tu se zapravo radi o racionalnoj određenosti (Spaić 2024, 84). Racionalna određenost prava, smatra Lajter (2010, 111) podrazumeva da „skup opravdanih (legitimnih) pravnih razloga koji je dostupan sudiji kako bi potkrepio svoju odluku opravdava jedan i samo jedan ishod u svim slučajevima”. Dakle, tumačenje prava koje sudija preduzima je uvek tačno ili netačno. Formalisti smatraju da je pravo jezički određeno i da je jezička formulacija pravila ključna za utvrđivanje značenja pravila, a time i za rešavanje spora (Spaić 2024, 85). Zaključujemo da je za sudiju pravo racionalno određeno na osnovu njegove jezičke formulacije.

I na kraju, za formaliste vezujemo i tvrdnju o izolovanosti pravnog rasuđivanja (Leiter 2010, 111). To znači da sudije prilikom odlučivanja o značenju ne sme da uzme ništa drugo u obzir sem teksta pravila u jednom pravnom sistemu.

Međutim, i pored toga što neki teoretičari ističu prednosti ove teorije³ (Guastini, 2018, 377–378), mnogi smatraju da je formalizam izuzetno loša, pa čak i štetna pojava u pravu. Dominantne kritike formalizma potiču iz savremenog pravnog realizma.

2 Dedukcija je logička metoda. To je oblik posrednog zaključivanja kod kojeg se zaključni sud izvodi od opšteg ka posebnom ili pojedinačnom. Kada deduktivni zaključak ima tačno dve premise (polazni sud) i konkluziju on se naziva silogizam. Najčešći oblik silogizma je kategorički silogizam.

3 Često se kao prednosti formalizma ističu veća pravna sigurnost, izbegavanje grešaka koje mogu nastati spoljašnjim uticajem, nemogućnost da sudije stvaraju pravo...

Realisti, kojima je pripadao i sam Hart, smatraju da je neophodno osloboditi pravnu teoriju od floksula koje nisu utemeljene u životu i praksi sudova (Cyjetićanin & Partners 2024). Zajedno sa drugim realistima, Hart je mišljenja (1994, 162) da opšta pravna norma predstavlja potencijalno pravo, odnosno jedno od mogućih rešenja koja se mogu primeniti na konkretan slučaj. Ukazuje da primenjeno pravo jeste ono do koga dolazimo tek nakon podvođenja činjenica pod određenu pravnu normu, što sudije čine svojim tumačenjem.

2.2. Američki pravni realizam

Američki pravni realizam razvijao se 30-ih godina 20. veka i nastavlja se na ideje teoretičara koji su pripadali krugu „sociološke jurisprudencije” (Avramović 2012, 314). Teorijska perspektiva koja karakteriše ovaj pravac inspirisana je filozofijom pragmatizma⁴, a antiformalizam kao temeljnu premisu u svojim radovima ističu svi predstavnici ovog pravca. Američki pravni realizam se često svrstava u tzv. kulturalističke koncepcije prava koje ističu društvene i pravne vrednosti (ideja pravde), kao i oslobođenje od formalizma (Vukadinović, Stepanov 2001, 217).

Pristalice ovog pokreta zalažu se za empirijsko istraživanje prava i okrenuti su pravu u stvarnosti. Umesto rasprave o prirodi prava raspravlja se o njegovoj svrsi i postavlja se pitanje funkcije prava u društvu (Grossman 1935, 567). Naglasak je stavljen na proučavanje prava u primeni kao i na utvrđivanju uzroka (okolnosti) koje utiču na odluku sudije u konkretnom slučaju. Sudija mora uvek da utvrdi da li konkretan slučaj obuhvata činjenice opisane u hipotezi pravne norme (Avramović 2012, 315). To, kako tvrde realisti, nije čisto mehanička, već i kreativna delatnost, jer se opis činjenica vrši upotrebom neodređenih pojmova, čija se sadržina mora utvrditi u svakom konkretnom slučaju (Košutić 1973, 111). Dakle, zadatak sudije je da primenom normi koje sadrže opšte zapovesti o ponašanju, te iste zapovesti precizira i da ih, u skladu sa okolnostima svakog konkretnog slučaja, dopuni. Sudije se ne mogu tretirati kao automati koji vrše funkciju prostog, mehaničkog zaključivanja iz prethodno utvrđenih premisa, već kao ljudi čiji su subjektivni stavovi i osećanja utkani u presudu (Avramović 2012, 315).

Realisti osuđuju stil presuđivanja prema kome određene odluke u određenim slučajevima duguju svoje pravno opravdanje isključivo svom odnosu prema unapred određenom značenju postojećih pravnih pravila (Simić 1973, 142).

4 Pragmatizam je filozofski pravac koji potencira odnose između teorije i prakse. Ovaj pravac je nastao u Americi krajem 19. veka. Pragmatici smatraju da nastavak iskustva, kao njegova priroda, dolaze kao rezultat ranije preduzete „akcije” sa ciljem da ista postane početna tačka za razmišljanje. Pragmatično saznanje se vodi interesima i vrednostima. Ideja ovog pravca je da cilj filozofiranja mora biti praktična korist. Ovaj filozofski pravac smatra da su ideje dobre samo kao plan delovanja i da imaju vrednost prema koristi. Kada se ideje slažu sa stvarnošću pomažu nam da se lakše snalazimo. Za pragmatiste, istina je ona ideja koja je korisna.

Antiformalističko shvatanje prava prožima misao istaknutog sudije i pravnog filozofa Olivera Vendela Holmsa (Oliver Wendell Holmes) za kojeg možemo reći da se smatra začetnikom pravnog realizma u Americi.

Sažet prikaz tema koji karakteriše rad američkih realista može se pronaći u Holmsovom delu *The Common Law* (2018, 173) u kojem on navodi sledeće: „Život zakona ne može biti logika, to može biti samo iskustvo. Nužnost vremena u kome živimo, preovlađujuće moralne i političke teorije, institucije i javni, opšti interes, priznat ili nesvestan, čak i predrasude koje sudije dele sa svojim kolegama, moraju još mnogo toga učiniti od silogizma u određivanju pravila pomoću kojih bi upravljali narodom. Zakon oličava priču o razvoju nacije kroz mnoge vekove i ne može se tretirati kao da sadrži samo aksiome i kolumnne matematičke knjige”.

Međutim, ono što Hart (1977, 977) smatra za najveći uticaj i značaj realističkog pokreta nije opšte teoretisanje o prirodi prava i suđenja. Njegov glavni cilj bio je da ubedi mnoge sudije i advokate u dve stvari. Prvo, da uvek treba da sumnjaju i da (iako ne uvek) na kraju odbace bilo koju tvrdnju da postojeća pravna pravila predstavljaju jaka ograničenja i da su potpuna u toj meri da odrede kakva bi sudska odluka trebalo da bude bez uzimanja u obzir vanpravnih faktora. Drugo, da sudije ne bi trebalo da pokušavaju da prećutno unesu u zakon svoje sopstvene koncepcije ciljeva zakona ili pravde, već da ih otvoreno identifikuju i o njima diskutuju.

2.3. Hartova kritika pravnog formalizma

Polazeći od normativizma Hansa Kelzena koji sam po sebi nije podrazumevao formalizam u tumačenju, Hart je kroz niz primera datih u svojim člancima i monografijama ukazao da formalizam predstavlja pogrešan put u tumačenju prava.

Neki od osnovnih razloga koji se navode u prilog tvrdnje da formalizam nije ispravna teorija pravnog tumačenja su da formalizam ne može da objasni činjenicu da sudije odlučuju (prigovor sudijske odluke) kao i da formalizam pogrešno pretpostavlja da je jezik određen (prigovor određenosti jezika) (Spaić 2024, 91).

U nastavku rada objasnićemo ove prigovore.

2.3.1. Prigovor sudijske odluke

U svom delu *The Concept of Law*, Hart je pravio razliku između lakih i teških slučajeva. On je tu razliku objašnjavao razlikom između jezgra i periferije pojmova koji se koriste u procesu presuđivanja. Kada činjenica potpada pod jezgro pojma, odluka sudije je određena isključivo pravnim razlozima, to jest razlozima koji su sadržani u tekstu pravnog pravila. Kada činjenica ne potpada pod jezgro pojma, sudija je u poziciji da odluči, a njegova odluka ne može biti potpuno određena pravnim razlozima, prosto zbog toga što tekst pravne norme ne daje jasan i jednoznačan

odgovor na pitanje koje sudija postavlja (Hart 1994, 128). Ako pretpostavimo da je tumačenje prava aktivnost koja postoji prilikom svake primene prava, formalizam može ispravno da opiše samo ono što se dešava u nespornim, lakim, slučajevima. Međutim, kod teških slučajeva sudija ima neizbežan, „dopunski” zadatak da stvara pravo (Spaić 2024, 93).

Laki slučajevi, kako ističe Hart (1994, 126) jesu samo poznati slučajevi, oni koji se neprestano javljaju u sličnom kontekstu. Ukoliko imamo pravilo koje glasi „Zabranjena su vozila u parku”, sudija neće imati mnogo problema prilikom njegove primene. Ako bilo šta jeste vozilo, onda je to automobil. On samo mora da „podvede” određene činjenice pod opšte pojmove klasifikacije i da izvuče prost silogistički zaključak. Presuđivanje je u tim slučajevima „automatsko” i „stalno se ponavlja u sličnim kontekstima”, a to što ne postoji teškoća u rešavanju slučaja posledica je „opšte saglasnosti mišljenja u pogledu primenjivosti klasifikacionih pojmova” (Hart 1994, 161–162). Sudija pred sobom ima normu koju samo može da primeni onda kada je to potrebno. Dakle, njegov zadatak je jednostavan. Ukoliko postoji automobil u parku pravilo je prekršeno.

Međutim, ukoliko kriterijumi za postizanje saglasnosti, iz bilo kog razloga, nisu ispunjeni sudiji ostaje mogućnost da izabere način na koji će u tom slučaju presuditi. U ovim slučajevima pravna norma nije jasna, pa je zato potrebija složenija interpretacija. Supsumcija i izvođenje silogističkog zaključka više ne karakterišu suštinu rasuđivanja kojim sudije određuju šta je ispravno učiniti (Spaić 2024, 93).

Ako se vratimo na naš primer, pravilo koje zabranjuje ulazak vozila u park, sudija bi mogao da se zapita da li, primera radi, ambulantna kola krše dato pravilo ili, da li termin „vozilo” obuhvata i bicikle, avione, trotinete, rošule? Slučajeve u kojima je nejasno da li se opis činjeničnog stanja može podvesti pod indikativni deo pravnog pravila Hart naziva teškim slučajevima (Hart 1994, 126).

Hart navodi (1994, 273) da kada postojeće pravo ne može da naloži bilo koju odluku kao ispravnu, da bi rešio takve slučajeve, sudija mora da vrši svoja ovlašćenja za stvaranje prava. Međutim, on to ne bi smeo da čini proizvoljno, već uvek mora da navede opšte razloge koji opravdavaju njegovu odluku i da postupa onako kako bi postupao i savesni zakonodavac, odlučujući u skladu sa sopstvenim uverenjima i vrednostima (Hart 1994, 273). Međutim, ovde se može javiti i problem jer tumačenje u ovim slučajevima može zavisiti od brojnih vanpravnih faktora kao što su intelektualne sposobnosti sudije, njegovih ideoloških stavova, pa čak i od njegovog trenutnog raspoloženja.

Dakle, možemo zaključiti da je Hart jednim svojim delom saglasan sa formalizmom. S obzirom na to da u lakim slučajevima sudije zapravo ni ne odlučuju o sadržini pravnog pravila već prosto silogistički primenjuju tekst pravnog pravila na opis činjeničnog stanja da bi presudili, sudije u tim lakim slučajevima odlučuju formalistički primenjujući postojeća pravila na slučajeve koji nesumnjivo potpadaju

pod indikativni deo pravila. Sa druge strane, u teškim slučajevima Hart tvrdi da sudije odlučuju (Spaić 2024, 92–95).

Međutim, treba istaći da postoji veliki problem koji se tiče Hartovog shvatanja lakih slučajeva. Hart pretpostavlja da je pravilo koje se primenjuje identifikovano, uzima razliku između jezgra i periferije pojma kao jezički određenu i izjednačava tekst sa samim pravilom i pretpostavlja da je lakoća slučaja jednoznačan pojam (Spaić 2024, 96). Iz tih razloga ne može se prihvatiti Hartov stav da je formalizam jednim svojim delom ispravna teorija pravnog tumačenja.

Kako bismo dokazali Hartov stav da sudije u teškim slučajevima stvaraju pravo, analiziraćemo dva pravna stava zauzeta od strane najviše sudske instance u Republici Srbiji po pitanju dozvoljenosti ugovaranja troškova obrade kredita. Razlog zašto smo izabrali baš ove slučajeve je taj što prikazuju promenu pravnog stava u pogledu istog pitanja.

2.3.1.1. Pravni stavovi Vrhovnog suda Srbije o dozvoljenosti ugovaranja troškova kredita

U skladu sa nadležnošću Vrhovnog suda, kada postoje izražene razlike u sudskoj praksi, sudska odeljenja zauzimaju i objavljuju pravna shvatanja, stavove i zaključke. Oni nisu obavezujući, ali će ih nižestepeni sudovi po pravilu slediti kako im odluke kasnije ne bi bile poništene.

Tokom 2017. godine u praksi građanskih odeljenja osnovnih sudova postavilo se pitanje da li banke smeju da ugovaraju troškove obrade kredita, imajući u vidu odredbu 1065. Zakona o obligacionim odnosima (u daljem tekstu ZOO) Republike Srbije koja glasi: „Ugovorom o kreditu banka se obavezuje da korisniku kredita stavi na raspolaganje određeni iznos novčanih sredstava, na određeno ili neodređeno vreme, za neku namenu ili bez utvrđene namene, a korisnik se obavezuje da banci plaća ugoverenu kamatu i dobijeni iznos novca vrati u vreme i na način kako je utvrđeno ugovorom”.⁵

Osnovni sudovi (postupajući kao prvostepeni) tumačili su ovu odredbu tako da banka kao protivprestaciju za plasman kredita, pored glavnice, može primiti isključivo kamatu. Samim tim, početni stav nižestepenih sudova bio je da banke smeju da ugovaraju samo kamate, a ne dodatne naknade i troškove. Iz tog razloga, osnovni sudovi su usvajali tužbene zahteve kojima su korisnici kredita tražili da se utvrdi ništavost odredbe o ugovorenoj nadoknadi za troškove obrade kredita.

S obzirom na to da su banke zauzimale suprotne stavove u pogledu ovog pitanja došlo je do velikog broja sporova, pa je VS na sednici građanskog odeljenja, koja je bila održana 22.5. 2018. zauzeo sledeći pravni stav.

⁵ Zakon o obligacionim odnosima, Službeni glasnik RS 18/2020, čl. 1065, st. 1.

Naime, VS je istakao⁶ da banka ima pravo na naplatu troškova i naknadu bankarskih usluga, pa odredba ugovora o kreditu kojom se korisnik kredita obavezuje da banci plati troškove kredita nije ništava ukoliko je ponuda banke sadržala jasne i nedvosmislene podatke o troškovima kredita. Sa tim u vezi, nižestepeni sudovi su tumačili ovaj pravni stav tako da je dozvoljeno ugovarati troškove obrade kredita, ali pod izuzetno restriktivnim uslovima.

Mogli bismo reći da su nižestepeni sudovi ispravno primenili uže tumačenje, te da su obuhvatili samo one slučajeve koji spadaju u „srž” pojma, sledeći instrukciju da „ugovorena nadoknada troškova obrade kredita nije ništava ukoliko je ponuda banke sadržala jasne i nedvosmislene podatke o troškovima kredita”. Njihovo tumačenje se sastojalo u tome da su banke bile obavezne da prikažu strukturu troška obrade kredita (po stavkama), što im je tehnički bilo izvodljivo. Iz tog razloga su i dalje nastavili da usvajaju tužbene zahteve korisnika kredita što je dovelo i do blokiranja rada pojedinih sudova.

Ovi sporovi dobili su i politički karakter, medijsku pažnju, kao i podršku određenih političkih blokova, što je kulminiralo i uličnim protestima. U takvoj situaciji, VS je bio prinuđen da dopuni svoj ranije izneti stav i „hartovski rečeno” stvorio je „novo pravo”, dijamentralno suprotno ranijem. Dopuna se sastojala u tome što je VS naglasio da banka nije dužna da posebno dokazuje strukturu i visinu troškova koji su obuhvaćeni zbirnim iznosom troškova kredita, navedenim u ponudi koju je korisnik kredita prihvatio zaključenjem ugovora o kreditu⁷.

U ovom slučaju, govorimo o širokom tumačenju, u kome je VS tumačio pravo na taj način da obuhvati i one slučajeve za koje nije sasvim jasno da li se pojam odnosi ili ne, te je zašao u „periferiju” pojma, koračajući i ka stvaranju prava.

Nižestepeni sudovi, prilagođavajući se ovakvim promenama, počeli su da odbijaju tužbene zahteve. Oni su sledili stav VS da je dozvoljeno ugovaranje troškova obrade kredita, uz jedini uslov da je korisniku kredita pre zaključenja ugovora bila prezentovana ponuda banke. Nagla promena sudske prakse u stotinama hiljada identičnih slučajeva je za posledicu imala veliku pravnu nesigurnost.

Ukoliko se najviše sudske instance, poput VS, prilagođavaju ovakvim promenama stvarajući pravila koja nisu u skladu sa očekivanjima adresata, to može predstavljati ozbiljnu pretnju za pravnu sigurnost, kao temeljno pravno načelo.

2.3.2 Prigovor neodređenosti jezika

Prema Hartovom mišljenju, teškoće u tumačenju i presuđivanju nastaju u vezi sa jezikom koji se koristi u rešavanju konkretnih slučajeva. On ističe da jezik prava nužno sadrži neodređenosti jer upotrebljava opšte pojmove (Hart 1994, 125). Sa tim

6 Vrhovni sud Srbije, Rev. 3109/18, 22.5.2018, Paragraf Lex.

7 Vrhovni sud Srbije, Rev. 3109/21, 16.9.2021, Paragraf Lex.

u vezi, on kaže sledeće: „Čak i kada se koriste verbalno formulisana opšta pravila u pojedinim slučajevima može se javiti neodređenost u pogledu forme ponašanja koje ta pravila nalažu” (Hart 1994, 126). Upravo zbog ove neodređenosti jezika, ne možemo da pronađemo, čak i kao ideal, pojam norme, koji bi u toj meri bio precizan da se pitanje da li se ona može primeniti ili ne na određeni slučaj uvek mogao rešiti unapred. „Mi smo ljudi, a ne bogovi, a u prirodi ljudskog predviđanja je da se mučimo sa teretom dve međusobno povezane nepovoljne okolnosti, kad god želimo da regulišemo, nedvosmisleno i unapred neko područje posredstvom opštih standarda koje ćemo primenjivati bez daljih zvaničnih instrukcija u određenim okolnostima. Prva okolnost je naše relativno nepoznavanje činjenica, a druga naš relativno neodređen cilj” (Hart 1994, 163–164).

Kada bi svet u kome živimo karakterisao samo konačan broj svojstava i kada bi nam sva ona bila poznata, onda bi unapred mogla da se odredi svaka mogućnost. Tada bismo mogli da stvorimo norme u pogledu čije primene se ne bi zahtevao dalji izbor. Sve bi bilo poznato i ovo bi bio svet stvoren za „mehaničku” jurisprudenciju koji zagovaraju formalisti (Hart 1994, 164).

Međutim, Hart (1994, 164) ističe da ovakav svet nije naš svet. Jezik je po svojoj prirodi neodređen, opšt, višeznačan i nejasan i zato se uloga sudije ne može svesti na prostu primenu postojeće norme jer je ona neodređena.

Ovde je zapravo reč o racionalnoj neodređenosti prava, a to znači da skup pravnih pravila nije dovoljan da opravda jedan jedini ishod spora, a osnovni razlog zbog kojeg se skup pravnih razloga datih u opravdanju ne poklapa sa skupom razloga koji objašnjavaju odluku o značenju jeste taj što je jezik izvora prava neodređen (Leiter 1995, 481). Dakle, tvrdnja formalista da su pravo i jezik određeni nije prihvatljiva (Spaić 2024, 101).

2.3.2.1. *Uzroci jezičke neodređenosti*

2.3.2.1.1. Nejasnost

Nejasnost reči nije nikakav defekt jezika, već njegova bitna karakteristika koja proizilazi iz okolnosti upotrebe jezika, opažajnih i kognitivnih sposobnosti ljudi i principa komunikacije uopšte (Jonsson 2009, 211). Kada kažemo da je neki izraz nejasan to znači da postoje entiteti za koje se redovno i uobičajeno upotrebljava i instance u kojima su oni koji izraz upotrebljavaju neodlučni u tome da li se može primeniti (jezgro i periferija pojma) (Spaić 2024, 107). Takvi izrazi ne dele sve pojave koje označavaju na dva dela – na one koje su obuhvaćene njegovim značenjem i na one koje nisu. Kod njih postoje i granični slučajevi za koje se ne zna da li se pojam na njih odnosi ili ne. Stoga takvi pojmovi imaju „jezgro” jasnog značenja pojma i „periferiju” pojma (Dajović 2024, 100). „Jezgro” pojma prostire se na sve

objekte koji se posmatraju kao slučajevi na koje se primenjuje pojam. „Periferiji” pojma pripadaju objekti na koje se u jezičkoj zajednici nekada odnosi, a nekada ne odnosi određeni pojam (Bidlinski 2011, 27).

Predstavu o nejasnosti kao o razlici između jezgra i periferije ne treba uzeti zdravo za gotovo. Čest problem u pravu jeste način na koji se periferija razgraničava od jezgra pojma (Waldron 1994, 520). Po pravilu lako je saglasiti se o tome da li je nešto plavo, ali se nedoumica javlja u svim situacijama u kojima plava boja prelazi u zelenu. Slično je i sa pridevima bogat, star, mlad, visok, nizak... Neke osobe su nesumnjivo visoke, neke su nesumnjivo niske, ali između visokih i niskih entiteta imamo mnogo entiteta koji predstavljaju granične slučajeve (Spaić 2024, 108).

U teoriji i filozofiji prava, nejasnost se razmatra prvenstveno kao pitanje razgraničenja teških i lakih slučajeva. Teški su oni slučajevi koji se navode kao granični u odnosu na reči koje se po pretpostavci na njih odnose. Osobinu pojma da imaju jezgro u smislu entiteta ili situacija na koje se nedvosmisleno odnose i periferiju u smislu entiteta ili situacija na koje se ne odnose nedvosmisleno Hart naziva „otvorenom teksturom pojmova” (Hart 1994, 124). Ta osobina svakog prirodnog jezika, pa i jezika prava, onemogućava nedvosmislenu primenu autoritativnih tekstova na sve slučajeve na koje se ti tekstovi po pretpostavci odnose (Spaić 2024, 109).

Prisetimo se ranije navedenog primera o postojanju norme koja zabranjuje ulazak vozilima u park. Naime, videli smo da i pojam „vozilo” u određenim slučajevima može biti nejasan. Iako je reč „vozilo” prilično precizna, ipak i kod nje, osim jasnih, tipičnih, lakih slučajeva (automobil, autobus, kombi) u praksi mogu da se pojave i nejasni slučajevi (dečki električni automobil, električni trotinet). Dakle, prvi slučajevi spadaju u jezgro pojma, dok drugi spadaju u polusenku pojma „vozilo”.

Postavlja se pitanje na koji način sudija treba da postupi u ovakvom slučaju. Treba napomenuti da i kada sudija odlučuje o pravnoj kvalifikaciji nejasnog slučaja, neodređenost ne znači da zakon ništa ne kaže o načinu njenog razrešenja. Sistemski kontekst propisa, njegova svrha i slični pragmatični faktori mogu pružiti odgovor u konkretnim slučajevima (Dajović 2024, 111). Pretpostavimo, na primer, da je u našem primeru zabrane ulaska vozilima u park, gradska odluka usvojena kao odgovor na proteste stanovnika zbog buke i zagađenja u parku. Takav kontekst, koji otkriva nameru tvorca akta jasno pokazuje da odluka nije imala za cilj da zabrani upotrebu vozila koja ne proizvode buku i zagađenje, pa stoga nije imala za cilj da zabrani, recimo, ulaz električnih trotineta (Dajović 2024, 112). Na taj način, izbegava se šire tumačenje reči „vozilo” koje bi se u konkretnom slučaju odnosilo i na električne trotinete, kao i na granične slučajeve pojma „vozilo”.

Nejasnost se, dakle, pojavljuje kao ključan problem pravne teorije i pravne prakse s obzirom na to da pravni jezik obiluje tom vrstom semantičke neodređenosti. Nejasnost je, uostalom, uslov fleksibilnosti prirodnog jezika kojim se pravo nužno koristi (Spaić 2024, 109).

2.3.2.1.2. Višeznačnost (polisemija)

Sledeći uzrok neodređenosti jezika podrazumeva njegovu višeznačnost. Jedan izraz je višeznačan (polisemičan) ako ima dva ili više značenja koja su u međusobnom sematičkom (ili retoričkom) odnosu. Polisemija je, dakle, vrsta jezičke neodređenosti kod koje jedna reč ima niz različitih, ali međusobno povezanih značenja (Dajović 2024, 107). Jedan od primera polisemije je reč *gore*. Naime, u zavisnosti od konteksta, ova reč može da se odnosi kako na pridev (slabije, ne tako intenzivno), tako i na predlog (suprotno od dole), ali i na glagol (goreti). (Spaić 2024, 106).

Osnovna razlika između nejasnosti i višeznačnosti sastoji se u tome što višeznačan termin ima više od jednog značenja, dok nejasan termin ima samo jedno značenje, ali je njegova referenca sporna (Spaić 2024, 108). Međutim, neke reči mogu imati obe karakteristike. Primera radi, reč *dete* je višeznačna, jer znači „potomstvo uopšte”, ali i „mlado potomstvo”. Ovo drugo značenje je i nejasno, jer se ne može sa preciznošću utvrditi referenca pojma – granica kada neko dete postaje adolescent je nejasna, tako da postoje i granični slučajevi (Dajović 2024, 109).

Sintaksa često smanjuje probleme leksičke višeznačnosti, ali se isto tako dešava da, u vezi sa njom, napravi nove probleme. Iako je izvesno da ćemo u pravnom jeziku retko naići na primere višeznačnosti, to ne znači da pravo ne sadrži višeznačne reči i izraze (Spaić 2024, 107).

U pravnoj teoriji se višeznačnost tretira prvenstveno kao trivijalan semantički problem, koji ne zadaje značajnije muke pravnicima. Ipak, situacija se usložnjava kada uzmemo za primer pojedine termine koji su specifični za pravo (Endicott 2000, 54). Takav je slučaj sa odgovornošću. Pravnik odgovarajućeg obrazovanja neće imati previše problema da razlikuje pravnu od moralne odgovornosti, ali će, zavisno od konteksta, biti problematično da li je u pitanju objektivna ili subjektivna odgovornost za štetu (Spaić 2024, 107).

Višeznačnost kao razlog neodređenosti jezika možemo ilustrovati primerom iz sudske prakse. Naime, radi se o slučaju *Muscarello v. United States*⁸ koji se odnosio na tumačenje istovetne odredbe američkog federalnog zakona. Pravno pitanje je bilo da li se „nošenje vatrenog oružja” u vezi sa trgovinom narkoticima odnosi i na nošenje oružja u pretincu za rukavice u automobilu. Odbrana optuženog se zasnivala na argumentu da je značenje termina „nošenje” u zakonu „nositi nešto lično, sa sobom ili uz sebe” i da je to značenje imao na umu i zakonodavac, te da u tom smislu on nije učinio inkriminisanu radnju. Manjina sudija Vrhovnog suda je, na tom tragu, smatrala da se zakonsko značenje reči „nositi” razlikuje od glavnog značenja koje je sudijska većina pronašla u rečnicima. Sa druge strane, mišljenje većine zasnivalo se na tome da je fizičko „nošenje” pištolja samo sekundarno značenje i

8 Vrhovni sud SAD, Rev. 524/1998, 8.6.1998.

da uopotreba glavnog značenja reči „nositi” ide u prilog svrsi zakona da obeshrabri „kombinaciju droge i oružja”, te da zakonodavac u tom kontekstu nije imao samo sekundarno značenje na umu.

2.3.2.1.3. Poroznost

Nužno svojstvo jezika je da ima takozvanu „poroznu” strukturu. Koliko god se tvorac pravnog akta trudio da bude precizan i jasan, ovome se ne može umaći. Naime, svaki pojam, pa čak i onaj koji je na prvi pogled najjasniji, potencijalno je neodređen, tj. uvek postoji mogućnost da u budućnosti postane takav. To znači da se uvek može pojaviti slučaj za koji nećemo pouzdano znati da li ga postojeći pojam „pokriva”, ali nećemo pouzdano znati ni da ga ne „pokriva” (Dajović 2024, 109).

Poroznost se odnosi na neotklonjivu mogućnost da neka promena u svetu koji nas okružuje ili u našem znanju o tom svetu može i najprecizniji pojam da učini nejasnim u odnosu na tu nepredviđenu promenu. Stoga se i poroznost posmatra kao zaseban razlog za neodređenost jezika (Dajović 2024, 110).

Poroznost jezika postoji zato što je budućnost načelno nepredvidljiva, te je prema tome sadašnji, aktuelni jezik nikada ne može obuhvatiti. Nepredvidljivi događaji i nove pojave se pre ili kasnije dogode, a onda postojeći termini postanu neodređeni, jer ne mogu da se primene na takve događaje i pojave nedvosmisleno i pouzdano, te ih ne opisuje jasno i precizno (Vasić, Jovanović, Dajović 2018, 331).

Ovaj problem je u pravu još izraženiji jer se u životu jezik relativno brzo prilagođava stvarnosti, za nove stvari brzo nastaju nove reči ili stare menjaju svoja značenja. Međutim, u pravu se pravne norme ne menjaju sa svakom promenom stvarnosti, a katkada se ne menjaju veoma dugo, tako da jezik pravnih propisa, koji u trenutku nastanka i nije bio nejasan, protekom vremena postane takav (Vasić, Jovanović, Dajović 2018, 332).

2.3.2.1.4. Ostali uzroci neodređenosti jezika

Prigovor neodređenosti jezika podrazumeva da je u najvećem broju slučajeva jezik kojim je pravo izraženo neodređen. Kao najčešće oblike neodređenosti naveli smo nejasnost, višeznačnost i poroznost. S obzirom na činjenicu da jezik prava nikada ne može postati tehnički jezik koji bi otklonio sve uobičajene probleme prirodnog jezika u praktičnom smislu elitičnost jezika podrazumeva mogućnost sudije da odluči o jednom značenju pravnog teksta. Drugim rečima, u svim slučajevima u kojima je jezik prava neodređen sudija će imati izbor te se na sve slučajeve neće odnositi formalistički opis sudijskog tumačenja (Spaić 2024, 111).

Treba istaći da jezik nije jedini izvor neodređenosti prava. Drugi izvor neodređenosti tiče se mogućnosti da skup pravnih razloga za donošenje sudijske odluke

bude ili previše bogat ili previše siromašan. Kao posledica toga pojavljuje se i tvrdnja da će povećanjem broja pravnih izvora, uvođenjem novih kanona tumačenja pravo postati manje neodređeno, s obzirom na to da se od kanona tumačenja očekuje da učine pripisivanje značenja pravnim tekstovima izvesnijim (Spaić 2024, 111–112). Sa druge strane, obogaćivanjem skupa pravnih razloga pravilima kojima se reguliše tumačenje i novim pravnim pravilima svakako će se smanjiti broj pravnih praznina, ali će se proizvesti i određene neželjene posledice. U bogatijem sistemu izvora sudije će se po pravilu suočavati sa većim brojem standarda kojima se reguliše slučaj, pa će biti više konflikata među izvorima prava (Spaić 2024, 112).

3. ZAKLJUČAK

Razumevanje prava kao nečeg čvrsto utemeljenog i unapred postavljenog, apstraktnog i statičnog, ne možemo prihvatiti kao ispravno. Kreativno prilagođavanje prava konkretnim životnim situacijama je nužno. Sloboda sudija u odlučivanju mora postojati u onoj meri u kojoj i hirurrg prilikom operacije, iako vođen propisanim pravilima postupanja, ima slobodu da odstrani one delove organa koji su zahvaćeni malignitetom, koji možda i nisu bili primarni fokus i razlog započinjanja operacije (Avramović 2012, 324). Jasno je da sudije danas nisu samo „usta zakona”. Sudije predstavljaju prave tvorce istine, od relativne, pretvaraju je u apsolutnu kategoriju.

Oba prigovora o kojima se raspravljalo mogu jednim imenom da se nazovu prigovorima neodređenosti prava (Spaić 2024, 122). Naime, u prigovoru sudijske odluke analizom lakih i teških slučajeva dokazali smo da sudije ipak odlučuju i time oborili tezu formalista da pravna pravila određuju jedan i samo jedan mogući ishod pravnog spora. Istaknuto je da sudije odlučuju i onda kada svoju odluku o značenju predstavljaju kao jedini mogući ishod tumačenja pravnog teksta. Neodređenost se odnosi na činjenicu da razlozi koje daju izvori prava ne vode nužno samo jednom ishodu odluke o normativnoj situaciji. Ako pravo ne određuje jedan mogući ishod spora, primena prava ne odgovara formalističkom opisu sudije koji prosto utvrđuje prethodno postojeću normativnu situaciju (Spaić 2024, 122).

Prigovor neodređenosti jezika stavlja u senku tezu formalista da je pravo racionalno određeno. Kao što smo već i istakli, jezik je po svojoj prirodi nepotpun, krut i dvosmislen, postoji veliki broj pravnih praznina, pravna pravila uključuju i isključuju veliki broj pravnih situacija te ne možemo tvrditi da on uvek vodi ka jednom jedinom rešenju.

Kroz primer presude Vrhovnog suda predstavili smo postupak sudijskog odlučivanja te pokazali da sudije stvaraju pravo. Sudovi najpre pristupaju popunjavanju

nju pravnih praznina i tumačenju pravne norme u skladu sa zakonom, zatim da, u nastojanju da se prilagode promenjenim društvenim okolnostima, oblikuju pravna pravila koja su u suprotnosti sa postojećim pravnim normama. Dakle, uloga sudije je mnogo veća od proste primene prava. Ukoliko se najviše sudske instance, poput VS, prilagođavaju ovakvim promenama stvarajući pravila koja nisu u skladu sa očekivanjima adresata, to može predstavljati ozbiljnu pretnju za pravnu sigurnost, kao temeljno pravno načelo.

LITERATURA

1. Avramović, Dragutin. 2/2012. Odluka ili norma – slobodno sudijsko uverenje kao pretnja vladavine prava. Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu 46: 313–319.
2. Bidlinski, Franc. 2011. *Pravna metodologija*. Podgorica. CID.
3. Vasić, Radmila, Miodrag Jovanović, Goran Dajović. 2018. Uvod u pravo. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
4. Vukadinović, Gordana, Radivoj Stepanov. 2001. Teorija prava. Novi Sad: Petrovaradin Futura.
5. Grossman, William J. 1935. The Legal Philosophy of Roscoe Pound. The Yale Law Journal.
6. Guastini, Riccardo. 2018. Sintaksa prava. Zagreb: Breza.
7. Dajović, Goran. 2024. Osnovi pravnog rasuđivanja. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
8. Endicott, Timothy Andrew Orville. 2000. Vagueness in Law. Oxford. Oxford University Press.
9. Jonsson, Olafur Pall. 2009. Vagueness, Interpretation, and the Law. *Legal Theory* 15: 193–214
10. Košutić, Budimir. 1973. Sudska praksa kao izvor prava – doktorska disertacija. Beograd: Savremena administracija.
11. Kocourek, Albert. 1930. *An Introduction to the Science of Law*. Boston: Little, Brown & Co.
12. Leiter, Brian. 1995. Legal Indeterminacy. *Legal Theory* 1 (4): 481–492.
13. Leiter, Brian. 2010. Legal formalism and legal realism: What is the issue? *Legal Theory* 16 (02): 111–133.
14. Monteskje, Šarl. 2011. *O duhu zakona*. Beograd: Zavod za udžbenike.
15. Simić, Miroljub. 1973. Uloga sudije u tumačenju prava. 85–96. *Tumačenje prava i sudska praksa*, ed. Miodrag Jovičić. Beograd: Institut za uporedno pravo.
16. Spaić, Bojan. 2022. Formalism. 987–994. *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, ed. Mortimer Sellers and Stephan Kirste. Dordrecht: Springer.
17. Spaić, Bojan. 2024. Priroda i determinante sudijskog tumačenja prava. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

18. Staničić, Frane. 67/2017. Pretjerani pravni formalizam i postupci javne nabavke. Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu 67: 533–535.
19. Hart, Herbert Lionel Addolphus. 11/1977. American jurisprudence through english eyes: the nightmare and the noble dream. Georgia Law Review 11 (5): 972–983.
20. Hart, Herbert Lionel Addolphus. 1994. Pojam prava. Beograd: Službeni glasnik–Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu
21. Holmes, Oliver Wendell Jr. 2018. The common law. New York: Wilder Publications.
22. Waldron, Jeremy. 1994. Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues. California Law Review 82 (3): 509–540.
23. Cvjetićanin&Partners 2024. Hartova kritika formalizma i sudijsko tumačenje prava, <https://cvjeticaninlegal.com/hartova-kritika-formalizma-i-sudijsko-tumacenje-prava/>, poslednji pristup 25.2.2025.

Possibilities of Applying the Phenomenological Method to Legal Concepts and Theories

Lazar Jugović

University of Belgrade – Faculty of Law

UDK 340.1



0009-0005-8557-228X

Cite this article:

Jugović, Lazar. 1/2025. Mogućnosti primene fenomenološke metode na pravne pojmove i teorije. *Eudaimonia – Journal of Legal, Political and Social Theory and Philosophy* 9: 68–89

DOI: 10.51204/IVRS_25108A

Keywords:

- Phenomenology of Law
- Phenomenological Method
- Husserl
- Basic Norm
- Ductive Force

Author for correspondence:

Lazar Jugović,
jugovic.lazar13@gmail.com

Mentor:

Sava Vojnović

Phenomenology is a 20th-century philosophical movement rooted in the thought of the German philosopher Edmund Husserl which emphasizes the way phenomena appear in their primordial givenness by bracketing their content to focus on their essences. The author of this paper interprets the philosophical method of this approach as the extraction of the universal characteristics of phenomena that permeate every individual instance of their appearance – those elements whose absence would render us unaware of the phenomena themselves, thereby constituting their essences. The first part of the paper establishes the framework of phenomenology and its fundamental premise – the intentionality of consciousness, the second part is dedicated to the structure of the phenomenological method itself, while the third applies this method to approach the universal foundations of the phenomenon of “law,” firstly through determining the phenomenological elements of Hans Kelsen’s “basic norm,” followed by a phenomenological description of the nature of legal directives, the guiding role of legal norms, and the influence of legal norms on both internal and external evaluation through the formation of evental patterns.

Mogućnosti primene fenomenološke metode na pravne pojmove i teorije

Lazar Jugović

Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet

UDK 340.1



0009-0005-8557-228X

Referenca:

Jugović, Lazar. 1/2025. Mogućnosti primene fenomenološke metode na pravne pojmove i teorije. *Eudaimonia – Journal of Legal, Political and Social Theory and Philosophy* 9: 68–89

DOI: 10.51204/IVRS_25108A

Ključne reči:

- Fenomenologija prava
- Fenomenološka metoda
- Huserl
- Osnovna norma
- Usmeravajuća snaga

Autor za korespondenciju:

Lazar Jugović,
jugovic.lazar13@gmail.com

Mentor:

Sava Vojnović

Fenomenologija je filozofski pravac 20. veka utemeljen u misli nemačkog filozofa Edmunda Huserla koji ističe način pojavljivanja fenomena u njihovoj prvobitnoj datosti, zagrađivanjem sadržaja fenomena zarad fokusiranja na njihove suštine. Filozofsku metodu ovog pristupa autor rada tumači kao izdvajanje univerzalnih karakteristika fenomena koje se prožimaju kroz svaku pojedinačnu instancu njihovog pojavljivanja, odnosno, elemenata bez čijeg prisustva prestajemo biti svesni istih fenomena i koji time poprimaju oblik njihovih suština. Prvi deo rada bavi se utvrđivanjem okvira fenomenologije i njene osnovne premise – intencionalnosti svesti, drugi je posvećen samoj strukturi fenomenološke metode, dok je u trećem delu metoda primenjena u korist približavanja univerzalnim osnovama fenomena „pravo“, prvo kroz utvrđivanje fenomenoloških elemenata Hans Kelzenove osnovne norme, a potom fenomenološkim opisom prirode pravnog uputa, usmeravajuće uloge pravne norme i uticaja pravne norme na unutrašnju i spoljašnju evaluaciju formiranjem događajnih obrazaca.

1. UVOD

Na nivou svakodnevnice, iskušavamo osećanja prijatnosti i pripadnosti ne samo prema prostim dnevnim praksama i običajima, već i širim sistemima ponašanja u kojima se pronalazimo: pravilima nacija, religija, porodica, profesija. Povezani smo sa ovim pravilima kao što smo povezani za svoj radni sto ili omiljenu biciklističku rutu; ne moramo se brinuti o počinjenju grešaka, ono što radimo svesni smo da je ispravno. Ugodno nam je u okvirima pravila koja sami sebi postavljamo, poput načina na koje se predstavljamo i uređujemo naše odnose sa svetom, ali i onih u čijem formiranju naša volja nije učestvovala. Ukratko, identifikujemo se sa onim pravilima koja nas najviše i najkonstantnije oblikuju, dajući im ulogu usmeravanja sopstvenog delanja i pozicioniranja tuđeg u okviru naše svesti.

Ovaj rad istražiće načine na koje ova merila blizine, udaljenosti i učestalosti, kao i naša sposobnost oblikovanja obrazaca ponašanja na osnovu normi, utvrđuju mesto pravnih postulata u ljudskoj svesti kroz fenomenološki pristup „zagrađivanja” sadržaja fenomena „pravo” sa ciljem fokusiranja na njegovu suštinu. Aspekte ovog pristupa koje rad obuhvata, u skladu sa ustanovljenom tradicijom fenomenološke filozofije, nazivamo „fenomenološkom metodom” koju tumačimo kao isticanje univerzalnih karakteristika fenomena koje se prožimaju kroz svaku pojedinačnu instancu njegovog pojavljivanja, odnosno, isticanje elemenata bez čijeg prisustva prestajemo biti svesni istog fenomena i koji time poprimaju oblik njegove suštine.

U kontekstu prikazanog, ovaj rad nosi dvojaki cilj: u jednu ruku, on teži ka dohvatanju osnove pravne norme koja formira njenu distinktivnost od drugih normativnih okvira, a u drugu, on želi pružiti fenomenološki okvir shvatanja načina na koje subjektivna percepcija i iskustvo modifikuju čovekov odnos sa pravnim normama koja oblikuju njega samog, a same sebe u odnosu na njega. Fenomenološku metodu ćemo primeniti zarad destilacije opštih suština pravnih doktrina, koncepta, instituta i njihovih odnosa, i konceptualizacije normativne moći prava kroz forme njegovog iskustva u ljudskoj svesti. Osnovni cilj fenomenološkog pristupa pravu nalazimo u njegovom potencijalu razjašnjenja pravnih vrednosti i postulata i identifikaciji njihovih krajnjih filozofskih osnova, na način koji nije ni pozitivistički ni zasnovan na prirodnom pravu. Od pozitivizma ovaj pristup odvajamo manjkom redukovanja shvatanja pravnog sistema na pitanja postavljena pravnim autoritetom ili neposrednim empirijskim podacima. Slično tome, fenomenološki metod izbegava analizu ukorenjenu u teoriji prirodnog prava o nepromenljivom poretku, ispitivanjem imanentnih svojstava normativnosti pravnih principa i propisa u samoj svesti o ovim fenomenima. Smeštanjem pravnih pojava u ljudsku svest, ovaj rad nastoji da razjasni njihovu prirodu u okviru iste, time određujući njihove suštine.

2. TEMELJI FENOMENOLOŠKOG PRISTUPA

Definisanje fenomenologije i njene metodologije je daleko od jednostavne aktivnosti; može se ukazati, slično kao sa definisanjem prava, da koliko fenomenologa, toliko i fenomenologija. Pre svega, bitno je ukazati na ekstenzivnost koju želimo analizirati kada podrazumevamo termin „fenomenologija”. Fokusiraćemo se na fenomenologiju kako je razvijana prvenstveno od strane nemačkog filozofa Edmonda Huserla, a potom njegovih studenata i drugih autora inspirisanih i povezanih sa njegovom misliju.¹ U prvom izdanju Logičkih Istraživanja, „Husserl je usvojio postojeći termin „fenomenologija” (*Phanomenologie*) – termin koji je već bio u upotrebi od Lamberta, Kanta i Hegela [...] na nešto manje nego potpuno sistematičan način kako bi okarakterisao svoj novi pristup uslovima mogućnosti saznanja.” (Husserl 2002, xxviii). Filozofija je, za Huserla, potraga za radikalnom sigurnošću – nastojanje da se u iskustvu locira ona vrsta nužnosti koju poseduje matematika, ali primenjena u formi nužnosti uslova koji su u osnovi iskustva i čine ga mogućim, a ne kao postulati i definicije aksiomatskog metoda² (Natanson 1973, 5).

Osnovni cilj fenomenološkog pristupa je proširenje i produbljenje opsega našeg neposrednog iskustva. Još od Huserlovih prvih radova, lajtmotiv fenomenoloških istraživanja je rekultivacija neposrednih pojava pod parolom povratka „samim stvarima” (Husserl 2012, 74), što naročito podrazumeva da se fenomenima pruža potpunije i pravednije saslušanje od onog im je tradicionalni empirizam pružio (Merleau-Ponty 2002, 27). Ova metoda ima dvojaki karakter – negativni, u smislu udaljavanja od određenog verovanja, i pozitivni, u vidu kretanje ka novom. Ovaj negativni deo, odnosno identifikacija i odstranjivanje teorijskih konstrukata u korist povratka neiskvarenim fenomenima, nikako nije jednostavan podvig; potreban je odlučan napor da se poništi efekat uobičajenih obrazaca mišljenja i da se vrati istinskoj „nevinosti” prvog, neposrednog iskustva (Amselek 1973, 372). Ukratko, ovaj aspekt fenomenologije mogao bi se opisati kao emancipacija od predubeđenja (Mooney, Moran 2002, 75). Glavno značenje fenomenologije, međutim, nije u pukom revoltu; Huserlov povratak samim stvarima ima prvenstveno pozitivan cilj – poziva nas da se okrenemo fenomenima čiji je prikaz bivao zamagljen arbitrarnim

- 1 Vredi ukazati da se izvori temeljne depikcije fenomenološke metode mogu naći i u radovima koji eksplicitno ne preuzimaju termin „fenomenologija” (videti, na primer, Bergson 1974).
- 2 Pod aksiomatskim metodom smatramo sistematski pristup formiranju znanja ili naučne teorije koji počinje skupom osnovnih pretpostavki koje nose naziv aksiomi. Aksiomi su temeljni, samorazumljivi, ili prihvaćeni bez dokaza, a iz njih se logički izvode druge teoreme. Ova metoda formalizuje znanje započinjanjem sa fundamentalnim istinama, a zatim sistematski dedukuje dalja saznanja. „Svaka propozicija koja je konstruisana od označenih aksiomatskih pojmova [...] ili je čista formalna implikacija aksioma ili se formalno može izvesti iz njih kao suprotnost onome što oni podrazumevaju.” (Husserl 2012, 140)

teorijskim konstruktima. Kako ukazuje Gerard Fink, „fenomenološka redukcija pridobija oslobađanje i od mističnog ‘drugog sveta’ i od zemaljskog kao takvog”, tako da je ono što ostaje „puko pojavljivanje” (Funke 1973, 92). Fenomenologija insistira na dostupnosti identiteta i razumljivosti stvari, na taj način da se mi sami možemo shvatiti kao oni kojima su takvi identiteti i razumljivosti date. Možemo dokazati načine na koje stvari postoje i, kada to činimo, otkrivamo predmete, ali otkrivamo i sebe, kao subjekte otkrivanja, kao one kojima se stvari prikazuju (Natanson 1973, 93). Ne samo da možemo misliti o stvarima koje su nam date u iskustvu, već možemo razumeti i sebe kao subjekte razmatranja. Srž fenomenološkog razumevanja nalazi se upravo u ovom procesu: samootkrivanju razuma u prisustvu razumljivih objekata.

Kako je već rečeno, fenomenološka metoda pokušava opisati same stvari unutar svesti. Svest je varijabla kroz koju se objekti opažaju, a usmerenost na objekte i svest o njima izražavaju Huserlov pojam „intencionalnosti”. Citirajući Huserla, „intencionalnost je naziv koji predstavlja jedini stvarni i istinski način objašnjavanja, činjenja razumljivim” (Husserl 1970, 168). U fenomenologiji, „intencija” čini svesni odnos koji imamo prema objektu, a doktrina intencionalnosti, dakle, ukazuje da je svaki čin svesti usmeren ka nekom objektu (Natanson 1973, 13). Akcentovanje ovog aspekta fenomenološke metode deluje trivijalno, ali s obzirom na konceptualizaciju svesti prisutnu kroz većinu istorije filozofije, bitno je ukazati na uočljivu razliku u okvirima fenomenologije.

U preovlađujućim kartezijanskim i lokovskim okvirima, svest se često karakteriše kao stanje u kojem su pojedinci pretežno svesni sebe ili svojih unutrašnjih misli (Husserl 1970, 84). Ova perspektiva upoređuje svest sa mehurom, zatvorenim krugom ideja i iskustava, sugerišući da um funkcioniše unutar jednog ograničenog prostora. Unutar ovog zatvorenog područja manifestuju se utisci i koncepti, a naša svest usmerena je isključivo na ove unutrašnje pojave, a ne na spoljašnji svet.³ (Sokolowski 1999, 9.) Kao posledica ovih utemeljenja, dokaz realnosti spoljašnjeg sveta postao je fundamentalna želja i preokupacija postkantovskog idealizma.⁴ Unutar ove tradicije postojali su različiti, čak i konfliktni, prikazi prirode ove stvarnosti, o tome šta čini njenu nezavisnost ili spoljašnjost. Od Šelingovog pogleda na prirodu

3 „Lok [...] jednostavno preuzima ego kao dušu, koja u samoočiglednosti sopstvenog iskustva spoznaje svoja unutrašnja stanja, akte i sposobnosti.” (Husserl 1970, 84)

4 Pod postkantovskim idealizmom smatramo filozofski pokret koji je nastojao da proširi Kantovu filozofiju naglašavanjem aksioloških razmatranja, sa ciljem sistematskog jedinstva i sinteze transcendentálnih i romantičarskih elemenata. Karakteriše ga težnja ka sveobuhvatnijem razumevanju vrednosnih odnosa i integraciji Kantovih uvida sa kritikama njegovih ograničenja, posebno u pogledu prirode stvarnosti i individualnosti. Pokret se takođe bavi implikacijama Spinozine filozofije, sugerišući monistički pristup koji dovodi u pitanje Kantov pluralizam o noumenama (pogledati: Gardner, Franks 2002).

kao duhovnu suštinu, čije su unutrašnje sile privlačenja i odbijanja manifestacije dubljeg jedinstva i međuigre njenih konstitutivnih sila što dovodi do individualizacije fenomena, do Hegelovog postavljanja iste kao jedinstva mnoštva, gde svaki pojedinačni entitet odražava celinu, pri čemu je evolucija prirode refleksija razvoja duha sa kulminacijom u samosvesti, kakav god oblik imala, spoljašnja stvarnost je morala postojati nezavisno od svesti empirijskog i individualnog subjekta; morala je biti izvesna koliko i samospoznaja (Morujão 2010, 227–239).

Od Kanta, filozofi su postali preokupirani sa dva različita, ali usko povezana pitanja: 1) kako objasniti mogućnost znanja i 2) kako objasniti stvarnost spoljašnjeg sveta (Beiser 2002, 13). Objašnjenje mogućnosti saznanja moralo je izvirati iz dualizma subjekta i objekta, odnosno, nastala je neophodnost definisanja momenta identiteta između primaoca iskustva i predmeta istog. Hegel je ukratko izneo ceo prikazani problem kada je čuveno izjavio da je zadatak filozofije da pronađe „identitet identiteta i neidentiteta”, čime je, u svom prepoznatljivom mističnom stilu, ukazao na isprepletanost epistemoloških pitanja mogućnosti saznanja i stvarnosti spoljašnjeg sveta (Beiser 2017, 32).

Uspeh fenomenologije kroz njenu doktrinu o intencionalnosti ogleda se upravo u prevazilaženju odstranjivanja javnosti uma, koja se odnosi na opštu pristupačnost stvari koje postaju objekti percepcije, na činjenicu kako je njihov identitet dostupan svima, a ne zatvoren unutar egocentričnog uma, mehura svesti. Za fenomenologiju, ništa nije „samo” pojava; pojave su stvarne, pripadaju biću. Stvari koje su bile proglašene samo psihološkim sada su ontološke, deo bića stvari; slike, reči, simboli, zakoni, društvene konvencije, svi su priznati kao istinski prisutni (Sokolowski 1999, 12). Za Huserla, intencionalnost nije samo „odnos” prema objektu, već obuhvata celokupnu strukturu svesnog čina: njegove noetičke komponente, povezane sa činom, i noematske komponente, povezane sa objektom (Husserl 2002, 4; Husserl 1960, 36).

Intencionalost ne obuhvata samo aktuelne objekte svesti, već i njihove horizonte. Zarad bližeg opisa ove osobine, Huserl koristi termin „operativna intencionalnost” koji se odnosi na načine na koje svest implicitno uključuje prošla iskustva, očekivanja i kontekste u svojim aktima (Merleau-Ponty 2002, xx). Moris Merleau-Ponti ukazuje kako je pretpredikativno iskustvo tela u odnosu na svet vremenski konstruisano, sa prošlim iskustvima sedimentiranim u navikama i budućim mogućnostima predviđenim u „intencionalnom luku tela” (Merleau-Ponty 1945, 157), koji obuhvata sve naše perceptivne, motoričke i afektivne sposobnosti, koje zajedno omogućavaju razumevanje sveta. Na primer, dok hodamo, naše telo neprestano prilagođava svoje pokrete terenu, dok istovremeno anticipira buduće prepreke na osnovu trenutnih perceptivnih informacija. Stoga, fenomenologija shvata prostor kao fenomen koji se doživljava kroz iskustvo tela, odnosno, način na koji telo pro-

življava svoje mogućnosti (Merleau-Ponty 1945, 173) Percepcija uvek nosi sa sobom latentni sloj prošlih iskustava, čineći telo arhivom smisla.

Ovaj rad, dakle, fenomenološki poduhvat sagledava kao filozofiju bez pretpostavki koja drži svest kao matricu svih pojava, smatra fenomene objektima intencionalnih radnji, zahteva sopstveni metod, bavi se pretpredikativnim iskustvom⁵, i, na kraju, nudi sebe kao kritiku filozofije (Natanson 1973, 19). Fenomenološku metodu predstavimo kao niz koraka koji započinje lociranjem i odstranjivanjem neposrednosti intuicije zarad zagrađivanja i raslojavanja percipiranog na različite isprepletane kvalitete, čime stvaramo uslove pri kojima možemo odstraniti karakteristike pojedinačnih instanci fenomena i doći do univerzalnih neophodnosti njegovog koncipiranja.

3. STRUKTURE FENOMENOLOŠKE METODE

Fenomenologiju, pre svega, moramo vezati za konkretno iskustvo. Zbog ovoga ćemo ukazati na pojam „perceptive intuicije” koju Husserl opisuje kao neposrednu „samodatost” fenomena (Husserl 2012, 131). Ovo nije puka čulna percepcija, već obuhvata isprepletanost prisutnosti i odsutnosti, odnosno, formiranje predstave o celini objekta percepcije kroz anticipiranje onoga što u prvom prijemu čulnih informacije ostaje nepoznato. Primera radi, prilikom opažanja kocke, čovek ne samo da percipira strane kocke koje su mu u neposrednom vidokrugu, već i implicitno shvata njene skrivene strane, njihov odnos sa vidljivim, kao i strukturnu koherentnost kocke u celini. Ova međuigra viđenog i neviđenog otkriva transcendentnu prirodu opaženog objekta, koji se „prikazuje u skladu sa sistemom perspektiva” (Mooij 2010, 25). Deo ukupne materije našeg perceptivnog iskustva je ispunjena intencija usmerena na okrenutu stranu kocke, a ostalo je skup neispunjenih intencija usmerenih na nasuprot okrenute strane, unutrašnjost objekta i njegov odnos prostorom u odnosu na koji ga konstituišemo u svesti. Ove neostvarene intencije ostvaruju se daljim perceptivnim istraživanjem objekta, zadržavanjem trenutno ispunjenih intencija u sećanju i praćenjem puta koji je utaban određenim neostvarenim anticipacijama. Merleau-Ponty proširuje navedeno naglašavajući otelotvorenu i perspektivnu prirodu percepcije. On tvrdi da percepcija nije odvojen naučni čin, već „pozadina na kojoj se svi akti ističu” (Merleau-Ponty 2002, xi). Na primer, sagledavanje prirode uključuje ne samo njena fizička svojstva već i način na koji se ista pojavljuje u horizontu našeg proživ-

5 Pretpredikativno iskustvo se odnosi na fundamentalno, neposredno iskustvo sveta pre nego što se kategoriše, analizira ili konceptualizuje; u ovom stanju, pojedinci se susreću sa stvarima i događajima ne kao različitim, jasno definisanim entitetima, već u „klasifikovanom obliku” (Natanson 1973, 15). Na primer, opažamo opšte kategorije kao što su životinje, ptice ili ribe pre nego što identifikujemo određene vrste ili pojedinačne primere.

ljenog iskustva, i upravo ovaj iskustveni angažman, smatra Merlo-Ponti, predstavlja oblik intencionalnosti gde je percepcija uvek opažanje nečega, isprepletana telesnim „bićem-u-svetu“⁶ posmatrača (Merleau-Ponty 2002, 500).

Ono što nam je pruženo intuicijom ne ostaje netaknuto svesnijim aktima razuma, već se višestrukost koncipiranog fenomena mora aktivno raščlaniti na isprepletane pojedinosti koje čine njegovu celinu, ali s različitim stepenima doprinosa definisanosti fenomena. Ovaj poduhvat ne zahteva mehaničko rasparčavanje aduta fenomena, već praćenje njegovih konstitutivnih elemenata već utvrđenih intuicijom, i analiziranje odnosa istih (Spiegelberg 1971, 669–670). Nadograđujući do sada ukazano, fenomenologija nastoji da eksplicitno prikaže proživljeno iskustvo fenomena bez svođenja na uzročna objašnjenja ili apstraktne generalizacije. Kako Merlo-Ponti ukazuje, fenomenologija ima za cilj da „pruži direktan opis našeg iskustva onakvog kakvo jeste“ (Merleau-Ponty 2002, xii). Ovaj opisni napor uključuje pažljivu i nijansiranu artikulaciju slojeva značenja unutar fenomena, uz održavanje vernosti njihovom načinu datosti. Opisivanje doživljaja slušanja muzike uključuje više od uočavanja njenih slušnih kvaliteta. Fenomenološki opis bi istražio kako se melodija razvija vremenski, kako izaziva emocionalne i odgovore i integriše u životni svet slušaoca. Huserlovim rečima (Husserl 1970, 144), ovo uključuje poimanje „horizonta“ iskustva i značenja. Horizont može biti i unutrašnji i spoljašnji: unutrašnji horizonti se odnose na potencijalne perspektive ili aspekte objekta koji trenutno nisu percipirani, ali se očekuju, dok se spoljašnji horizonti odnose na šire polje ili kontekst u kojem je objekat smešten, poput njegovog odnosa prema drugim objektima i opštoj celini (Husserl 1970, 162).

Fenomenološki opis, dakle, naglašava relacione i kontekstualne dimenzije pojava, ukazujući da svaki opis pojava eksplicitno zahteva direktnu povezanost ili mogućnost izvođenja opaženog iz korišćenih opisnih sredstava koja moraju biti izvedena iz već postojećih opažanja (Ricoeur 2016, 132; Funke 1973, 92). Glavna funkcija fenomenološkog opisa je da služi kao pouzdan vodič za posmatračevo sopstveno stvarno ili potencijalno iskustvo fenomena, odnosno da obezbedi smernice za same fenomene. Zato opis iziskuje podvrgavanje fenomena klasifikacijama – etiketiranjem pojava postojećim „klasnim imenima“ – a u slučaju manjka korelata nam negacija u odnosu na ustanovljen sistem klasa pruža osnovnu premisu za pozicioniranje pojma na mapi značenja (Spiegelberg 1971, 672–673).

Do sada smo utvrdili 3 sloja temeljnog koraka fenomenološkog istraživanja: perceptivnu intuiciju, koja obuhvata neposrednu konceptualizaciju celine objekta

6 „Biti-u-svetu” odnosi se na fundamentalni način na koji je ljudsko postojanje inherentno isprepletano sa svetom, naglašavajući da pojedinci ne postoje kao odvojeni, izolovani entiteti, već su uvek smešteni unutar i angažovani u specifičnom kontekstu. Merlo-Ponti ističe da naše telo služi kao medij kroz koji smo „usidreni” u svetu, omogućavajući nam da percipiramo i delujemo u njemu kao kohezivni sistem značenja i interakcije (Merleau-Ponty 2002, 500).

kroz iskustvo pojedinosti, raslojavanje konstitutivnih delova fenomena, kroz koje možemo shvatiti isprepletanost partikularnih elemenata, i fenomenološki opis, koji nam pruža mogućnost odvajanja i povezivanja fenomena na osnovu klasifikacija.

Kako bismo adekvatno utvrdili pojam suštine u fenomenološkom smislu, zarad ovog rada fokusiraćemo se na „opšte suštine” kao univerzalne suštine koje objedinjuju partikularne instance pojavljivanja jednog fenomena, i u tom kontekstu uvesti termin „suštinski odnosi” kao sredstvo utvrđivanja neophodnosti, mogućnosti i inkompatibiliteta komponenata fenomena u odnosu na njegovu suštinu i odnosa između suština više fenomena, čime utvrđujemo njihovu međuzavisnost. Dakle, istraživanje opštih suština, za koje ćemo koristiti termin „ideirajuća intuicija”, uključuje shvatanje suštinskih struktura u osnovi fenomena, odnosno prevazilaženje pukih empirijskih pojedinosti zarad dolaska do njihovih univerzalnih i nepromenljivih atributa. Ove suštine su dostupne kroz disciplinovan, reflektivni čin svesti koji omogućava fenomenologiji da funkcioniše kao „nauka o suštinama” (Husserl 2012, 33). Ove suštine su „idealna jedinstva” koja predstavljaju invarijante fenomena, dostupne kroz proces koji Husserl naziva „ideacijom” (Husserl 2012, 40), koji se ne zaustavlja na nivou pojedinih slučajeva, već teži ka univerzalnim kvalitetima koji definišu fenomen u svim mogućim instancama.

Ideirajuća intuicija počinje odstranjivanjem takozvanog „prirodnog stava” (Natanson 1973, 80). Ova suspenzija omogućava svesti da se fokusira na čistu suštinu fenomena, oslobođenu pretpostavki o njihovom empirijskom postojanju.⁷ Kao što Husserl elaborira u Kartezijanskim Meditacijama, ideirajuća fenomenologija istražuje „univerzalni Apriori” (Husserl 1960, 72), otkrivajući „suštinske univerzalnosti i neophodnosti” (Husserl 1960, 71) koje oblikuju iskustvo. Da bismo ideirajuću intuiciju učinili konkretnom, možemo razmotriti Husserlov primer percepcije. Fokusirajući se na suštinu percepcije, fenomenologija otkriva njenu univerzalnu strukturu: intencionalnost svesti, gde je svaki čin opažanja usmeren ka objektu. Ova suština nije isključivo vezana ni za jedan specifičan čin opažanja, već se univerzalno primenjuje na sve instance (Schutz 1970a, 44). Slično, Šuc primenjuje ideirajuću intuiciju pri analiziranju društvenih pojava, fokusirajući se na „nepromenljivu, jedinstvenu, apriornu strukturu uma, posebno društva sastavljenog od živih umova” (Schutz 1967, 44). Šuc napominje da se „različita određenja sociologa, kao što su sistem, uloga ili institucija, odnose na klasifikacije koje prave i koriste pojedinci. Ipak, obrnuto, većina ovih klasifikacija je društveno unapred uspostavljena.” (Schutz 1970b, 25) Kroz ideirajuću intuiciju, Šuc apstrahuje od pojedinosti individualnih iskustava kako bi otkrio nepromenljivu suštinu klasifikacija. On pokazuje da one omogućavaju pojedincima da se kreću kroz složene društvene realnosti obezbeđujući „društveno odobren sistem [...] relevantnosti” (Schutz 1970b, 25).

7 „U prirodnom stavu, pojedinac živi spontano u svojoj percepciji onoga što postoji; u fenomenološkom stavu, on svoj perceptivni život čini predmetom istraživanja.” (Natanson 1973, 80)

Proces shvatanja suštinskih odnosa u velikoj meri se oslanja na proces „slobodne imaginacije” koji, kako Huserl ukazuje, uključuje promenu kontingentnih karakteristika fenomena uz zadržavanje fokusa na njegovoj nepromenljivoj suštini (Husserl 2012, 134). U ovom procesu, objekat je podvrgnut „arbitrarnim varijacijama” u okvirima mašte kako bi se identifikovala struktura koja ostaje nepromenljiva u svim varijacijama (Schutz 1970a, 107). Na primer, kako bismo razumeli suštinu trougla, zamišljamo različite veličine, boje i raspodele uglova, odbacujući sve kontingentne osobine bez kojih ostajemo svesni istog fenomena „trougao”. Kako Šuc objašnjava, ovaj metod otkriva „apodiktčki postavljen okvir mogućnosti unutar kojeg se empirijske stvarnosti javljaju” (Schutz 1970, 45). Učestvujući u ovakvoj idejnoj praksi otkrivamo strukturalne odnose koji definišu identitet fenomena, transformišući fenomen u njegove različite moguće konfiguracije uz ispitivanje onih osobina koje ostaju konstantne (Husserl 2012, 134). Ovaj metod obuhvata stvaranje konceptualnog prostora gde se metodički testiraju sve moguće varijacije neke pojave; kako Pol Amselek ukazuje, suštinu fenomena čine „elementi koji ostaju nepromenljivi tokom svih varijacija kojima se predmet doživljava u nečijoj mašti, to jest, elementi bez čijeg prisustva čovek više nije svestan istog tipa objekta.” (Amselek 1973, 373). Slobodna imaginacija, dakle, omogućava fenomenolozima da razlikuju suštinska i slučajna svojstva, fokusirajući se na ono što je neophodno da bi fenomen ostao ono što jeste. Fenomenološku slobodnu imaginaciju možemo uporediti sa isprobavanjem različitih kostima zarad predstavljanja istog lika u pozorišnom komadu: menjamo jednu po jednu karakteristiku, dodajemo nove detalje i gledamo kako nam se suština lika prikazuje, menja ili nestaje. Ova disciplinovana mentalna vežba nam se takođe prikazuje kao kreativni akt, jedan u službi jasnoće, i otkriva nam šta je suštinsko, a šta dekorativno, ukazujući na celokupnost usred vrtloga mogućnosti.

Iako ova metoda omogućava široko polje slobode, ona ne može niti bez granica. Huserl priznaje da „arbitrarnost pretvaranja empirijski datog u poseban slučaj opštih mogućnosti nema dobro definisane granice” (Schutz 1970a, 114). Međutim, ove varijacije su vođene „regionalnim ontologijama”, koje postavljaju granice unutar kojih suština ostaje prepoznatljiva. Natanson, tumačeći Huserla, opisuje metod kao jedan u kojem „pitamo šta je nepromenljivo u objektu ili događaju (kako je zamišljen), koji su minimalni uslovi da bi nešto bilo predstavljeno ... i koje promene u nekom aspektu onoga o čemu se razmišlja može napraviti promenu u zamišljenoj stvari” (Natanson 1973, 67).

Postavlja se pitanje da li nam „fenomenologija može staviti na raspolaganje novo oruđe za proširenje našeg pristupa pojavama koje su obično izvan našeg neposrednog dometa, bez napuštanja svih standarda fenomenološke discipline i rigoroznosti.” (Spiegelberg 1971, 697) Da bi se pozabavila pitanjem pristupa takozvanim skrivenim značenjima, fenomenologija mora da se kreće između dva pola:

deskriptivne čistoće neposrednog iskustva i kritičke dubine interpretacije. Efektivnost fenomenologije pri otkrivanju ovakvih značenja zasnovana je na njenoj sposobnosti da suspenduje prirodni stav kroz fenomenološku redukciju, istovremeno koristeći interpretativne metode za istraživanje „rezervoara značenja“⁸ ugrađenog u „životni svet“⁹ (*Lebenswelt*) (Ricoeur 2016, 76–77). Ovaj dvostruki pristup osigurava da fenomenologija ne napusti svoju metodološku privrženost, niti da svede svoj obim na puke statične opise. Umesto toga, fenomenologija otvara „dubinsku semantiku“ koja nam pruža istraživanje inače nedostupnih fenomena (Ricoeur 2016, 180).

4. FENOMENOLOGIJA PRAVA

U svakodnevnom životu, pravo se često percipira kroz njegove najneposrednije manifestacije—sudske presude, pravne sankcije i birokratske procedure. Ove površinske interakcije stvaraju utisak da je pravo rigidno, objektivno i samodovoljno. Takav naglasak na pukim pravnim tehnikalijama zamagljuje dublje osnove koje podupiru pravne principe, što doprinosi mistifikaciji prava kao apolitičkog mehanizma društvenog poretka. Pravo postaje reifikovano¹⁰, tretirano kao autonomna entitetska struktura odvojena od društvenih odnosa koje posreduje (Hedrick 2014, 185). Ova objektivizacija prava svodi pojedince na puke nosioce prava, prikrivajući etičke i društvene dimenzije pravnog života (Hedrick 2014, 185). Ograničenja ovog svakodavnog pristupa dodatno su pogoršana inherentnim teskobama u definisanju prava. Pitanje sadržine prava neodvojivo je od širih filozofskih problema njegovih osnova i valjanosti, jer pravo nije samo nauka o tekstovima, već i nauka o životu (Brimo 1968, 262), i kao takvo nasleđuje sve filozofske polaritete.¹¹

8 Kako Pol Riker primećuje, svet se ne treba mešati sa „nekom vrstom neizrecive neposrednosti“, već kao „rezervoar značenja, višak smisla u živom iskustvu“ (Ricoeur 2016, 79).

9 U kontekstu Huserlove filozofije, „životni svet“ obuhvata pozadinu zajedničkih značenja i praksi koje oblikuju našu percepciju i interakciju sa svetom – temelj svakog znanja i iskustva koji se uzima zdravo za gotovo i predstavlja osnovu iz koje nastaju naučna i filozofska saznanja (Gander 2017, 275). Životni svet nije samo zbirka objekata, već dinamično, proživljeno iskustvo ispunjeno društvenim i kulturološkim značajem (Gander 2017, 111).

10 Reifikacija je koncept ukorenjen u marksističkoj teoriji, posebno istražen od strane mislilaca poput Đerđa Lukača (Georg Lukács) i samog Karla Marksa (Karl Marx). Odnosi se na proces kroz koji se društveni odnosi, ljudske interakcije ili apstraktni pojmovi tretiraju kao stvari, objekti ili fiksni entiteti, često poprimajući nezavisno i „naturalizovano“ postojanje. Ovo dovodi do iskrivljenja razumevanja, gde se odnosi koji su suštinski dinamični, istorijski i ekonomski percipiraju kao statične i neizbežne strukture. Reifikacija se takođe razume kao poseban slučaj otuđenja u savremenim pravnim i sociološkim raspravama, opisujući kako se ljudski odnosi objektivifikuju i pretvaraju u autonomne, bezlične entitete. (videti Hedrick 2014; Lukács 1968)

11 „Gotovo je onoliko definicija prava koliko je i filozofa prava“ (Brimo 1968, 10).

Svaka filozofija prava, u potrazi za osnovnom jasnoćom, mora težiti demistifikaciji ovog svakodnevnog iskustva razotkrivanjem njegovih filozofskih osnova i uslova važenja. To podrazumeva povratak osnovama, metodološki napor da se otkriju skrivene strukture koje podupiru naša proživljena iskustva i razdvajanje normativnih tvrdnji pravnih sistema od zamagljenja koje proizvode njihovi birokratski i institucionalni aparati. U ovom delu rada, istražićemo kako putem postavljanja fenomena „pravo” pod lupu fenomenološke metode možemo utvrditi njegove univerzalne osnove koje se prožimaju kroz svaku pojedinu pravnu ekspresiju fokusirajući se na osnovne uslove njegove normativne moći, a istovremeno definišući pojedinačne elemente iskustva pravne norme i način na koji formiraju normativnu celinu. Ovaj poduhvat započecemo isticanjem fenomenoloških dimenzija Hans Kelzenovog koncepta „osnovne norme” (*Grundnorm*) koje ćemo prikazati kao podlogu za dalje fenomenološko produbljenje kroz koje ćemo obuhvatiti fenomenološki opis pravnog uputa, usmeravajuće uloge pravne norme, i uticaja pravne norme na unutrašnju i spoljašnju evaluaciju formiranjem događajnih obrazaca.

Razmotrićemo, pre svega, Kelzenovu razliku između „biti” (*Sein*) i „trebati” (*Sollen*), usklađenost njegovog pristupa sa fenomenološkom metodom, osnovnu normu kao transcendentalno-logički uslov koji omogućava važenje pravnih normi i sistematsko razumevanje prava, i tumačenjem osnovne norme kao ideirajuće strukture u fenomenološkom smislu istaći ćemo njenu ulogu u iskustvu prava. Kelzen eksplicitno navodi: „Čista teorija prava [...] samo osvešćuje ono što većina pravnih naučnika čini, makar nesvesno, kada pomenute činjenice ne shvataju kao kauzalno determinisane, već njihovo subjektivno značenje tumače kao objektivno važeće norme, odnosno kao normativni pravni poredak, bez zasnivanja važenja tog poretka [...] na normi koju je donela neka autoritetom viša instanca od pravnog autoriteta.” (Kelsen 1987, 204). Ovaj rad konstatuje da je Kelzenov primarni cilj, razrada Čiste teorije prava, poduhvat koji je usaglašen sa fenomenološkim pristupom pravu, ili makar njegovim ideirajućim slojem koji rekonstruiše suštinsku strukturu prava van činjeničnih manifestacija kroz koje se percipira u svakodnevnom iskustvu.

Kelzenova teorija nastoji da izoluje pravno „treba” od socioloških, psiholoških i moralnih razmatranja, čime se čuva čistoća pravnog saznanja (Kelsen 1967, 1). Ovaj pristup je duboko ukorenjen u kantovskoj i neokantovskoj tradiciji, koja pravi razliku između empirijskog sveta uzročnosti i normativnog sveta imperativa (Bjarrup 2013, 165). Kelzen opisuje pravno „treba” kao „normativno značenje namernog akta usmerenog na ponašanje drugih” (Brimo 1968, 296), a to je distinkcija koja se poklapa s fenomenološkim naporom razdvajanja faktičke strukture i strukture konstituisanja značenja društvene stvarnosti. Kao i fenomenologija, Čista teorija prava naglašava čin interpretacije kao ključan za konstituisanje pravnog značenja: „Specifično normativno značenje određenih materijalnih činjenica, značenje koje se

karakteriše kao ‘pravo’, nije rezultat nužne interpretacije, već moguće interpretacije” (Kelsen 1967, 34). Ovo možemo uvideti kroz primer izricanja novčane kazne koja će se smatrati pravnom sankcijom samo kroz uokvirenje pravne norme, dok bi se bez ovog okvira isti čin mogao posmatrati kao proizvoljno činjenje štete ili puki društveni običaj. Proces pripisivanja pravnog značenja nije „nužan”, odnosno nije diktiran samim činjenicama, već je „moguć” jer proizlazi iz odluke da se faktično interpretira unutar logike pravnog poretka.

Kelzen karakteriše osnovnu normu kao „transcendentalno-logički uslov interpretacije” pravnog važenja¹² (Kelsen 1967, 202), čime striktno pozicionira nje-no proučavanje u domen svesti. Njegova osnovna norma funkcioniše kao pretpostavka koja omogućava da se pravni sistem razume kao koherentan normativni poredak: „Pretpostavka osnovne norme ... ne obavlja etičko-političku, već isključivo epistemološku funkciju.” (Kelsen 1967, 208). Ova pretpostavka, dakle, nije empirijska činjenica, već nužan logički uslov za sistematizaciju prava, nalik na fenomenološki izdvajajući postupak dolaska do ideirajuće suštine fenomena¹³. U fenomenološkom smislu, osnovnu normu smatramo ideirajućom opštom suštinom koja pruža okvir u kojem se odvija pravno saznanje, konstituišući „modele ponašanja koji moraju biti obavezno ostvareni” (Amselek 1973, 449). Značaj osnovne norme kao transcendentalnog uslova proteže se i na njenu ulogu u objedinjavanju pravnog poretka. Kelzen sam pravi analogiju s Kantovim transcendentalnim metodom, pišući: „Kant se pita: ‘Kako je moguće interpretirati, bez metafizičke hipoteze, činjenice opažene našim čulima, u zakonima prirode koje formuliše prirodna nauka?’ Na isti način, Čista teorija prava se pita: ‘Kako je moguće interpretirati, bez pozivanja na metappravne autoritete poput Boga ili prirode, subjektivno značenje određenih činjenica kao sistem objektivno validnih pravnih normi?’” (Kelsen 1967, 202).

Uviđamo da Kelzenova osnovna norma funkcioniše upravo kao invarijantni uslov koji omogućava da se pravni sistem shvati kao jedinstvena celina, odnosno, kao opšta suština prava. Citirajući Kelzena: „Funkcija osnovne norme jeste da osnuje objektivnu validnost pozitivnog pravnog poretka, tj. da interpretira subjektivno značenje akata ljudskih bića, kojima se stvaraju norme efektivnog prisilnog poretka, kao njihovo objektivno značenje” (Kelsen 1967, 202). Štaviše, Kelzenovo insistiranje na pretpostavljenoj prirodi osnovne norme korespondira s fenomenološkim uvi-

12 Osnovna norma služi kao osnova za validnost svih drugih normi unutar pravnog sistema, ali ona sama po sebi nije „pozitivna” norma stvorena od strane pravnog autoriteta. Korišćenjem termina „transcendentalno-logička pretpostavka”, Kelzen pravi analogiju sa Kantovom epistemologijom, gde Kant postavlja pitanje kako je moguće interpretirati čulne podatke kao jedinstven sistem prirode. (Kelsen 1967, 202)

13 Ova ideja je u saglasnosti s Kelzenovim stavom da osnovna norma „nije pozitivna već pretpostavljena norma” (Kelsen 1967, 199), čime se ponovo naglašava njena neempirijska priroda.

dom da osnovne strukture značenja nisu same po sebi objekti empirijskog opažanja, već uslovi za mogućnost takvog opažanja, čime se dodatno naglašava uloga osnovne norme kao uslova razumljivosti. U tom kontekstu, pravne norme mogu se posmatrati kao idealno-tipski okviri interpretacije koji omogućavaju shvatanje pravne stvarnosti. „Treba” pravne norme postaje njena centralna fenomenološka struktura, koja proizilazi iz akata „pozicioniranja” a ne puke spoznaje (Baka 2024, 234). Tako osnovna norma izranja kao transcendentalni uslov koji temelji validnost pravnih normi i omogućava sistematizaciju prava. Tumačena kao ideirajuća struktura, ona pruža temelj pravnoj spoznaji, funkcionišući kao invarijantni okvir unutar kojeg se pravni sistem konstituiše i konceptualizuje.

Svakako, verujemo da je Kelzenovo oslanjanje na neokantovsku tradiciju dovelo do zanemarivanja fundamentalnijih analiza intencionalnosti i značenja prisutnih u Huserlovoj metodi (Paulson 2013, 45–55). Da bismo proširili Kelzenovu pristup u fenomenološkom smislu, morali bismo uključiti Huserlov koncept noetičko-nomematske strukture, pri čemu bi pravne norme bile analizirane ne samo kao formalni konstrukti već i kao intencionalni objekti konstituisani kroz akte svesti (Husserl 1960, 41). Ovo podrazumeva istraživanje toga kako se pravno značenje iskustveno doživljava i intersubjektivno validira, pomerajući se dalje od statičnosti osnovne norme. Ovde bismo ukazali na ono što Dejvid Kar naziva „genetičkom fenomenologijom” (Carr 1974, 72), koja prati temporalnu i istorijsku genezu značenja, ukazujući na Huserlov argument da „ego samog sebe konstituiše za sebe u, takoreći, jedinstvu ‘istorije’” (Carr 1974, 110). Tvrdimo da Kelzen, međutim, usvaja uglavnom formalistički stav, odnosno da bi primena navedene genetičke analize na fenomen prava pružila širi fenomenološki okvir ispitivanjem procesa normativne konstitucije kroz kolektivnu intencionalnost i zajednička značenja.

Kako Huserl objašnjava (Huserl 2002, 90), fenomenologija nam omogućava da „vežbamo ‘refleksiju’, tj. učinimo da [naši] akti sami i njihov imanentni sadržaj značenja postanu naši objekti”. Fokusrirajući se na intencionalne strukture pravne svesti, fenomenologija pruža sredstvo za pojašnjenje prirode pravnih normi kao svesnih akata ljudske svesti. Ova metodološka usmerenost omogućava nam da prevaziđemo „zbrkane ili zamršene intuicije” svakodnevnog pravnog iskustva, omogućavajući autentičniji pristup suštini prava. (Amsalek 1973, 378). Ovaj pristup teži ne samo da demistifikuje normativne tvrdnje pravnih sistema već i da osvetli vrednosne i egzistencijalne dimenzije pravnog života.

Ipak, uprkos svom potencijalu, fenomenološki pristup pravu suošava se sa značajnim izazovima, naročito u pogledu svoje praktične primene. Amsalek nudi kritičku procenu ovih izazova, primećujući da fenomenološke pravne studije često upadaju u zamku reifikacije pravnih normi kao apstraktnih entiteta odvojenih od

njihovih društvenih i istorijskih konteksta¹⁴ (Amsalek 1973, 370–372). Ova tendencija podriva samu svrhu fenomenologije u jurisprudenciji – da pravne koncepte ukoreni u živa iskustva pojedinaca i zajednica (Amsalek 1973, 378). Uzaludna igru mašte koja se javlja kada se fenomenologija koristi za konstruisanje idealizovanih modela prava ima malo veze sa njegovom proživljenom stvarnošću (Amsalek 1973, 379). Kako bi se ovi problemi rešili, Amsalek poziva na rigorozniju i kontekstualno osetljivu primenu fenomenologije, koja ostaje verna njenom izvornom cilju – otkrivanju neposredno datog u pravnoj svesti (Amsalek 1973, 371). Iz već rečenog, ukazujemo da fenomenološko proučavanje prava treba za svoj cilj imati identifikaciju onoga što razlikuje njegovu konstituciju unutar svesti od drugih društvenih modusa postojanja. Primenom fenomenološke metode, pokušaćemo da krenemo od najopštije klasifikacije prava i usmerimo se ka jasnijoj slici oslikanoj specifično pravnim partikularnostima koje ocrtavaju koncept „pravo” unutar isprepletane mreže društvenog tkiva.

Počecemo od argumenta da se pravo prvenstveno predstavlja svesti kao sistem pravila ili normi; to je „najsuštinskiji, najnereduktivniji i najjasniji profil njegove strukture” (Amsalek 1973, 384). Da bismo podržali ovu tvrdnju skrenućemo pažnju na lingvističke i etimološke elemente, primećujući da termin „pravo” (*droit* na francuskom, *Recht* na nemačkom) univerzalno prenosi osećaj ispravnosti, pravca i usklađenosti sa pravilom. On primećuje: „Reč izvedena iz niskog latinskog *directum* [...] sugeriše ideju ispravnosti. Zakonito, ili pravo, je ono što je ispravno, ili prikladno, prilagođeno ili usklađeno s pravilom” (Amsalek 1973, 385). Ovaj etimološki uvid naglašava da je koncept prava istorijski povezan s pojmom normativnosti, kako je norma „mentalni prikaz određenog toka događaja, koja se zatim koristi kao standard ili kao instrument za merenje” (Amsalek 1973, 376). Dakle, norme nisu samo pasivne odredbe; one aktivno usmeravaju ponašanje pružajući evaluativne reperne tačke.¹⁵ Ova metaforička dimenzija obuhvata dvostruku funkciju normi: one su i konceptualni alati i praktični vodiči. Zamisliti normu znači zamisliti određeni

14 Ovde bismo posebno ukazali na „fenomenološku” teoriju prava Adolfa Rajnaha (*Adolf Reinach*) koja tvrdi da „pozitivno pravo nalazi pravne pojmove koji ulaze u njega”, odnosno, da ih „apsolutno nijednim načinom ne stvara” (Reinach 2012, 4). Rajnahova teorija počinje hrabrom tvrdnjom: da pravne strukture poseduju ontološki status nezavisan od pozitivnog prava i ljudske svesti, sličan onom koji poseduju zakoni matematike. (Reinach 2012, 4, 6). Ova tvrdnja, međutim, otkriva značajno odstupanje od fenomenološke metode. Činjenica da je pozitivno pravo koje su formulisale javne vlasti nesavršeno i da se pored istog može otkriti autentični zakon koji je nezavisan od volje ljudi su stari i dobro poznati refreni junsnaturalizma. Može se uočiti da je, jednim delom, u okviru predstavljenog i njemu sličnim shvatanjima prava, fenomenologija jednostavno pružila priliku pronalaženja „svežije fasade” starijim metapравnim sistemima, time im zakupljujući novi životni vek (Amsalek 1973, 380).

15 U ovom kontekstu, Amsalek dodatno naglašava značaj etimologije termina norma, koji se prvobitno odnosio na tesarski ugaonik korišćen za merenje pravih uglova (Amsalek 1973, 388).

instrument dostupan čoveku, stoga se norme doživljavaju i predstavljaju kao alati za oblikovanje ljudskog ponašanja (Amselek 1973, 388).

Krećući se dalje od puke etimološke analize, fokusiraćemo se na pravno „treba”. Kako Carlos Cossio naglašava, „treba” nije samo gramatička konvencija već ontološki marker normativne intencionalnosti; ono izražava preskriptivnu dimenziju inherentnu normativnim aktima, razlikujući ih od deskriptivnih propozicija koje samo navode šta jeste (Brimo 1968, 382–385). Ova razlika naglašava inherentno direktivni kvalitet normi, koje ne samo da reflektuju stvarnost već imaju za cilj i da je oblikuju. Možemo proširiti ovu tačku uokvirivanjem „treba” kao centralne ose pravne normativnosti – validnost norme zasniva se na njenoj sposobnosti da izazove obavezujući osećaj dužnosti, koji se fenomenološki doživljava kao imperativ usmeren na volju. Ovaj imperativ, međutim, nije sveden na puku prinudu; on je povezan s vrednostima koje podržavaju normativni sistem. Važenje prava tada nije proizvoljna nametnutost već izraz suštinskog usklađenja između norme i vrednosti koje ona nastoji da realizuje (Kelsen 1967, 4–5).

Dodatno možemo obogatiti navedeno kroz koncept Pedra Alvesa „*ductive force*”¹⁶, koji ćemo zarad ovog rada prevesti kao „usmeravajuća snaga”. U svojoj suštini, usmeravajuća snaga se odnosi na „vrstu vrednosti koja je povezana s normativnim rečenicama”, razlikujući takve rečenice od deklarativnih njihovom unutrašnjom usmerenošću ka delovanju ili vođenju (Alves 2024, 28). Centralno njegovoj analizi je upravo razlika između deklarativnih i usmeravajućih rečenica. Dok deklarativne rečenice imaju za cilj opisivanje činjenica i podložne su proverbi istinitosti, usmeravajuće rečenice se bave onim što „treba da bude slučaj” a ne onim što „jeste slučaj” (Alves 2024, 28, 29). Na primer, Alves primećuje da norma „automobili moraju voziti desnom stranom puta” istovremeno propisuje ponašanje i opisuje očekivanje za vozače. Ova dvostruka funkcija naglašava semantičku složenost usmeravajućih rečenica koje, kako Alves tvrdi, „nisu svedive na binarnu razliku između deskriptivnih i preskriptivnih rečenica” (Alves 2024, 30).

Alves definiše usmeravajuću snagu kao kvalitet norme koji podstiče pridržavanje kroz njenu inherentnu razumljivost i relacijski kontekst, a ne kroz spoljašnju prinudu (Alves 2024, 30). On kritikuje redukciju normativnosti na obične imperatiwe, zalažući se za shvatanje normi kao dinamičnih entiteta koji usmeravaju delovanje usklađivanjem individualne intencionalnosti s kolektivnim vrednostima (Alves 2024, 30). Alvesova teorija je duboko utemeljena u Husserlovoj fenomenologiji, posebno u analizi intencionalnih akata; on se obilato oslanja na Husserlovu diferencijaciju između „sadržaja” (*Inhalt*) i „kvaliteta” intencionalnih akata (Alves 2024, 32). Prema Alvesu, usmeravajući kvalitet normativnih rečenica analogan je „objektifi-

16 Alves započinje derivacijom termina „*ductive*” iz latinskog *ductio* ili *ducere*, što znači voditi ili usmeravati (Alves 2024, 28).

kacionom kvalitetu” tetičkih akata, ali deluje unutar domena normativnosti, a ne deskriptivne spoznaje (Alves 2024, 32). U tom pogledu, usmeravajuće rečenice poseduju još jednu dualnu karakteristiku: semantički sadržaj koji prenosi normativni smisao (npr. obaveza, zabrana ili dozvola) i usmeravajuću snagu koja određuje način njihovog nametanja (Alves 2024, 32). Jedan od ključnih uvida Alvesa je njegova tvrdnja da usmeravajuća snaga nije monolitna već raznovrsna, obuhvatajući spektar modaliteta koji prevazilaze kategoričku snagu naredbi (Alves 2024, 32). Normativna rečenica može funkcionisati kao preporuka, savet ili podsticaj, u zavisnosti od njenog situacionog konteksta i pragmatičke orijentacije.

Alves kritikuje tendenciju pravnih filozofa da sve norme izjednačavaju s naredbama, tvrdeći da ova „pristrasnost prema tvrdim, državnim zakonima” zamagljuje širu fenomenološku realnost normativnosti (Alves 2024, 33). On proširuje svoju analizu time što postavlja usmeravajuću snagu u širi kontekst društvenog sveta, osvetljavajući njene raznolike izvore i modalitete, „društvene moći za uspostavljanje veze između pojedinaca ili grupa” (Alves 2024, 33). Ovakav pristup naglašava značaj utemeljenja normativnosti u proživljenim iskustvima i intersubjektivnim praksama društvenih aktera. Traganjem za poreklima usmeravajuće snage na osovinaama društvenosti, hijerarhije i zajedničke pripadnosti, norme možemo smestiti unutar konkretne stvarnosti društvenog sveta, i time obogatiti naše razumevanje istih otkrivanjem novih puteva proučavanja njihovih intersekcionalnih dimenzija.

Dakle, norme, kao konceptualni alati i konstrukti, služe dvostrukoj svrsi: one su istovremeno preskriptivne i evaluativne, pružajući okvir unutar kojeg se ljudske delatnosti mogu meriti, procenjivati i usmeravati. Preskriptivna priroda normi pre svega je ukorenjena u njihovoj funkciji kao standarda ili mera ljudskog ponašanja; one artikulišu kakvo ponašanje treba da se dogodi pod određenim uslovima, čineći „modele ponašanja” koji regulišu ljudsko delovanje postavljanjem granica između onoga što je dopušteno i nedopušteno (Kelsen 1967, 36). Norme deluju kao „mentalni prikazi toka stvari u razvoju”, funkcionišući kao „standardi mernog instrumenta” (Amselek 1973, 390–391), omogućavajući pojedincima i zajednicama snalaženje u složenostima društvenog života. Štaviše, norme su inherentno relacione; njihova validnost i korisnost zavise od njihove sposobnosti da usmeravaju ponašanje unutar specifičnog konteksta, otkrivajući svet kroz pružanje okvira smislenosti koji orijentiše ljudsko delanje. Riker dodatno osnažuje ovu perspektivu uvodeći koncept „prisvajanja”, koji definiše kao proces kroz koji pravni subjekti internalizuju i aktualizuju pravne norme (Ricoeur 2016, 73). Ovaj proces naglašava dinamičnu i participativnu prirodu pravne normativnosti, jer norme nisu samo nametnute već se aktivno konstituišu i rekonstituišu kroz društvene prakse.

Evaluativna dimenzija normi, s druge strane, je neraskidivo povezana sa njihovom preskriptivnom funkcijom – norme ne samo da usmeravaju ponašanje već

služe i kao reperi za procenu usklađenosti. Husserl elaborira ovu dvostruku ulogu razlikovanjem između „osnovne norme” kao standarda vrednosti i standarda specifičnih normativnih propozicija izvedenih iz nje (Husserl 2001, 38). Norme postaju smislene samo kada uspostave merni odnos između sebe i ponašanja koje nastoje da regulišu. Ovaj evaluativni aspekt je premisa funkcionisanja svakog normativnog sistema, jer omogućava razlikovanje između „dobrih” i „loših” dela na osnovu njihove usklađenosti sa propisanim standardom.

Amselek dodatno razrađuje ovu tačku naglašavajući dvostruku medijaciju inherentnu primeni normi; on tvrdi da norme deluju kao „referentni alati” koji pojedincima omogućavaju da svoje postupke procene kao „regularne” ili „neregularne” na osnovu usklađenosti sa propisanim standardom (Amselek 1973, 418). Ova evaluativna funkcija nije ograničena na spoljašnje procene; ona deluje i interno, jer pojedinci koriste norme kako bi vodili svoje procese donošenja odluka i uskladili svoje ponašanje sa društvenim očekivanjima. Norme, dakle, nisu slobodno plutajući entiteti, one su čvrsto situirane u sferi ljudske namere i delovanja, te njihova normativna snaga ne proizlazi iz bilo kakve metafizičke nužnosti, već iz namernoj intenciji svesti (Freitag 2023, 82). Utemeljujući norme u intencionalnim, usmerenim aktima, možemo osporiti ideju da norme poseduju apriorni ontološki status. Kako Freitag tvrdi, „Norme pripadaju subjektivnoj stvarnosti, poput činova volje, i njihova normativna snaga se pojavljuje i nestaje sa voljnim aktima koji ih održavaju” (Freitag 2023, 76). Normativna snaga inherentna normama konstituiše se isključivo i jedino kroz voljno delovanje normodavca, te se normativnost nalazi u domenu razuma, budući da razum mora da opravda svaku konkretnu akciju, stav ili verovanje.

Amselek proširuje ovaj argument ističući „semantičku autonomiju” pravnih tekstova, koji stiču sopstvena značenja nezavisno od svojih autora ili originalnih konteksta (Amselek 1973, 391). Ova autonomija zahteva hermeneutički angažman koji prevazilazi površno čitanje pravnih odredbi kako bi se otkrila njihova latentna značenja i implikacije. On primećuje da tumačenje pravnih normi često uključuje istraživanje njihovih „najdubljih slojeva”, nalik na „ronjenje na velikim dubinama”, kako bi se otkrila celokupnost spektra ideja koje one implicitno sadrže (Amselek 1991, 26). Nadalje, fenomenologija prepoznaje da pravni jezik nije samo alat za komunikaciju već konstitutivni element pravne stvarnosti. Rikorov uvid da „nativ povezuje znanje sa vremenskim postojanjem” naglašava ovu međuzavisnost, budući da narativi oblikuju i oblikovani su od strane proživljenog iskustva pravnih subjekata (Ricoeur 2016, 239). Pravni diskurs stoga nije statični entitet, već heuristička analiza koja otkriva strukturu i logiku pravnih normi.

Daleko od toga da budu apstraktno propisane odredbe, norme funkcionišu kao mentalne predstave specifičnih obrazaca događaja, ukorenjene u ljudskoj sposobnosti kreiranja scenarija i projektovanja potencijalnih dela i posledica, čime se kreira

„hipotetički sud” (Kelsen 1967, 89). Ovaj događajni sadržaj normi karakteriše njihova sposobnost da obuhvate tok akcija i ishoda. Kako Karlos Alhuron i Evgenio Buligin tvrde (Alchourron, Buligin 1998, 387), norme „ne mogu biti redukovane na deskriptivne propozicije; umesto toga, one su direktive koje kodifikuju određeni tok delanja”. Norme poput „ne ubij” ne samo da zabranjuju delo, one bude mentalnu sliku okolnosti u kojima bi ubistvo moglo da se dogodi i određuju očekivani tok događaja kada se takva norma poštuje ili krši. Norme su suštinski merodavni odnosi između idealnog standarda i dela koje regulišu, uspostavljajući opšte oznake koje definišu šta delo mora da poseduje kako bi bilo usklađeno sa normativnim idealom. Ovu evaluativnu funkciju Amselek naglašava tvrdeći da norme „služe kao tabela referenci na osnovu koje naša volja [...] uspostavlja crte ponašanja koje treba slediti” (Amselek 1991, 18). Norme su konstitutivne u tome što stvaraju same uslove za mogućnost društvene koegzistencije; kroz formiranje događajnih obrazaca čiju realizaciju očekuju, one ustanovljavaju kvalitete i odnose nezavisno od individualne volje i težnje, pružajući standarde kako za usmeravanje našeg ponašanja, tako i za prosuđivanje već sprovedenog, a posteriori.

5. ZAKLJUČAK

Specifičnost fenomenološkog poduhvata u odnosu na većinu filozofskih nastojanja leži u njegovoj uzdržanosti: on ne teži otkrivanju idejnog poretka izvan sveta u kojem postojimo, već samog tog sveta, oslobođenog naših uobičajenih zabluda i nejasnoća; fenomenologija, pre svega, nastoji da nas dovede do jasnijeg sagledavanja onoga što je već doživljeno (Amselek 1973, 448). Na početku, posvetili smo se razumevanju temelja fenomenološke metode oslanjanjem na Huserlov motiv „povratka samim stvarima” zarad izolovanja suštinskih struktura fenomena od njihovih kontingentnih aspekata. Ovom metodološkom suspenzijom prirodnog stava težili smo da analiziramo pravne norme ne kao puke društvene činjenice, već kao intencionalne objekte čiji se normativni sadržaj gradi kroz interagujuće akte svesti.

Po uzoru na Kelzenovu osnovnu normu, cilj naše potrage za opštom suštinom prava našli smo u definisanju univerzalne osnove važenja svih pojedinih pravnih ekspresija, odnosno, onih kvaliteta norme koji omogućavaju njenu ulogu usmeravanja i uokvirenja ljudskog ponašanja. Prividna smislenost pravnih sistema postaje primarna meta fenomenološke pravne analize – kritičkog preispitivanja pojmoveva normativnosti, prava i ustanovljenih opravdanja i legitimizacija naših pravnih institucija i struktura. Ovaj metodološki poduhvat ukazao je na značaj relacije i kontekstualne dimenzije prava, gde se norme ne posmatraju samo kao formalne strukture već kao dinamični entiteti koji oblikuju i bivaju oblikovani od strane

deljenih intencija pravnih subjekata koji kroz svoje svesne akte oblikuju sadržinu norme. Fenomenologija, kao metodološki okvir, omogućila nam je da sagledamo pravo u njegovoj suštinskoj složenosti, prepoznajući ga kao iskustvo utemeljeno u svesti, gde norme funkcionišu ne samo kao konceptualne odredbe već kao vodiči ljudskog ponašanja.

LITERATURA

1. Alchourron, Carlos, Eugenio Bulygin. 1998. The Expressive Conception of Norms. 383–410. *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, ed. Stanley L. Paulson and Bonnie Litschewski Paulson. New York: Oxford University Press.
2. Alves, Pedro M. S. 2024. Ductive Force and Ductive Power: For a Phenomenological Theory of Norms. 27–47. *Phenomenology of Law and Normativity*, eds. Panos Theodorou, Pedro Manuel Santos Alves, Anna Irene Baka. Cham, Switzerland: Springer Nature Switzerland.
3. Amselek, Paul. 1973. The Phenomenological Description of Law. 367–449. *Phenomenology and the Social Sciences*, Vol. 2, ed. Maurice Natanson. Evanston: Northwestern University Press.
4. Amselek, Paul. 1991. Law in the Mind. 13–29. *Controversies about Law's Ontology*, ed. Paul Amselek and Neil MacCormick. Edinburgh: Edinburgh University Press.
5. Baka, Anna Irene. 2024. The Jurist as a Phenomenologist: Revisiting the Foundations of Law and Rights. 227–248. *Phenomenology of Law and Normativity*, eds. Panos Theodorou, Pedro Manuel Santos Alves, Anna Irene Baka. Cham, Switzerland: Springer Nature Switzerland.
6. Bassis, Barry. 1972. *Towards a Subjective Theory of Law: Some Legal Implications of Existentialism*. Buffalo Law Review 22: 269–288.
7. Beiser, Frederick C. 2002. *German Idealism: The Struggle against Subjectivism, 1781–1801*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
8. Beiser, Frederick. 2017. *The Enlightenment and Idealism*. 21–42. *The Cambridge Companion to German Idealism*, ed. Ameriks K. Cambridge: Cambridge University Press.
9. Bergson, Henri. 1974. *The Two Sources of Morality and Religion*. Westport: Greenwood Press.
10. Bjarup, Jes. 2013. Kelsen and Hägerström: Clearing Up Misunderstandings and Mapping Out the Common Ground. 163–194. *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law*, eds. Luís Duarte d'Almeida, John Gardner, and Leslie Green. Oxford: Hart Publishing.
11. Brimo, Albert. 1968. *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'État*, 2. ed. Paris: Éditions A. Pedone.
12. Carr, David. 1974. *Phenomenology and the Problem of History: A Study of Husserl's Transcendental Philosophy*. Evanston: Northwestern University Press.

13. Franklin, Mitchell. 1973. The Mandarinism of Phenomenological Philosophy of Law. 451–570. *Phenomenology and the Social Sciences*, Vol. 2, ed. Maurice Natanson. Evanston: Northwestern University Press.
14. Freitag, Wolfgang. 2023. Handlungsgründe im normativen Voluntarismus. 69–86. *Sein und Sollen: Perspektiven in Philosophie, Logik und Rechtswissenschaft*, eds. Dieter Sturma, Michael Quante, and Julian Nida-Rümelin. Paderborn: mentis.
15. Friedmann, Wolfgang. 1973. Phenomenology and Legal Science. 343–365. *Phenomenology and the Social Sciences*, Vol. 2, ed. Maurice Natanson. Evanston: Northwestern University Press.
16. Funke, Gerhard. 1973. Phenomenology and History. 3–101. *Phenomenology and the Social Sciences*, Vol. 2, ed. Maurice Natanson. Evanston: Northwestern University Press.
17. Gander, Hans-Helmuth. 2017. *Self-understanding and Lifeworld: Basic Traits of a Phenomenological Hermeneutics*. Bloomington, Indiana: Indiana University Press.
18. Gardner, Sebastian, Paul Franks. 2002. *From Kant to Post-Kantian Idealism. Proceedings of the Aristotelian Society*, Supplementary Volumes 76. 211–246.
19. Hedrick, Todd. 2014. Reification in and through Law: Elements of a Theory in Marx, Lukács, and Honneth. *European Journal of Political Theory* 13: 178–198.
20. Husserl, Edmund. 1960. *Cartesian Meditations*, trans. Dorian Cairns. Hague: M. Nijhoff.
21. Husserl, Edmund. 1969. *Formal and Transcendental Logic*. Hague: M. Nijhoff.
22. Husserl, Edmund. 1970. *The Crisis of European Sciences and Transcendental Phenomenology: An Introduction to Phenomenological Philosophy*, trans. David Carr. Evanston: Northwestern University Press.
23. Husserl, Edmund. 2001. *Logical Investigations*, 2. ed., Vol. 1, ed. Dermot Moran (trans. J. N. Findlay). London: Routledge.
24. Husserl, Edmund. 2012. *Ideas: General Introduction to Pure Phenomenology*. London: Routledge.
25. Kelsen, Hans. 1967. *Pure Theory of Law*, trans. Max Knight. Berkeley and Los Angeles: University of California Press.
26. Karageorgoudis, Georgios. 2023. Interpretationen der Sein / Sollen-Kluft. 243–283. *Sein und Sollen: Perspektiven in Philosophie, Logik und Rechtswissenschaft*, eds. Dieter Sturma, Michael Quante, Julian Nida-Rümelin. Paderborn: mentis.
27. Lukács, Georg. 1968. *History and Class Consciousness* (Trans. Rodney Livingstone). Cambridge: The Mitt Press.
28. Merleau-Ponty, Maurice. 2002. *Phenomenology of Perception*, 2. ed. trans. Colin Smith. Routledge.
29. Mooij, A.W.M. 2010. *Intentionality, Desire, Responsibility*. Boston: Brill.
30. Moran, Dermot. 2005. *Edmund Husserl: Founder of Phenomenology*. Malden, MA: Polity.
31. Mooney, Tim & Dermot Moran. 2002. *The Phenomenology Reader*. New York: Routledge.
32. Morujão, Carlos. 2010. The Philosophy of Nature of German Idealism. 227–239. *Relations of the Self*, eds. E. B. Pires, B. Nonnenmacher, & S. Büttner-von Stülpnagel. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra.

33. Natanson, Maurice. 1973. *Edmund Husserl: Philosopher of Infinite Tasks*. Evanston: Northwestern University Press.
34. Passerini Glazel, Lorenzo. 2024. The Norm as Deontic State-of-Affairs and as Deontic Noema. 43–63. *Phenomenology of Law and Normativity*, eds. Panos Theodorou, Pedro Manuel Santos Alves, Anna Irene Baka. Cham, Switzerland: Springer Nature Switzerland.
35. Paulson, Stanley L. 2013. The Great Puzzle: Kelsen's Basic Norm. 45–56. *Reading Hans Kelsen's Pure Theory of Law*, eds. Luís Duarte d'Almeida, John Gardner, and Leslie Green. Oxford: Hart Publishing.
36. Reinach, Adolf. 2012. *The Apriori Foundations of the Civil Law*. The Apriori Foundations of the Civil Law: Along with the Lecture "Concerning Phenomenology". Berlin, Boston: De Gruyter.
37. Ricoeur, Paul. 2016. *Hermeneutics and the Human Sciences: Essays on Language, Action and Interpretation*, ed. J.B. Thompson (trans. J.B. Thompson). Cambridge: Cambridge University Press.
38. Sartre, Jean-Paul. 2003. *Being and Nothingness* (trans. Hazel E. Barnes), 2. ed. London: Routledge.
39. Sartre, Jean-Paul. 2007. *Existentialism Is a Humanism* (trans. Carol Macomber). New Haven and London: Yale University Press.
40. Schutz, Alfred. 1967. *The Phenomenology of the Social World*. Evanston: Northwestern University Press.
41. Schutz, Alfred. 1970a. *Collected Papers: Studies in Phenomenological Philosophy*, Vol. 3. Hague: M. Nijhoff.
42. Schutz, Alfred. 1970b. *On Phenomenology and Social Relations*. Chicago: University of Chicago Press.
43. Sokolowski, Robert. 1999. *Introduction to Phenomenology*. Cambridge: Cambridge University Press.
44. Spiegelberg, Herbert. 1971. *The Phenomenological Movement: A Historical Introduction*, Vol. 2, 2. ed. Hague: M. Nijhoff.

Life After Death: Disposition of Reproductive Cells in Case of Death

Nikola Krejović

University of Belgrade – Faculty of Law

UDK 342.7:179.7



0009-0002-8659-8033

Cite this article:

Krejović, Nikola. 1/2025. Život nakon smrti: mogućnost raspolaganja reproduktivnim ćelijama u slučaju smrti. *Eudaimonia – Journal of Legal, Political and Social Theory and Philosophy* 9: 90–115

DOI: 10.51204/IVRS_25102A

Keywords:

- Posthumanous Disposal of Reproductive Cells
- Posthumous Conception
- Posthumous Child
- Conditions for the Procedure of Posthumous Conception
- Inheritance Right

Author for correspondence:

Nikola Krejović,
nikola.krejovic@gmail.com

Posthumous conception is appearing more and more often both in domestic and in the practice of foreign countries. In order for such a procedure to be possible and allowed, it is first necessary to deal with the issue of disposal of reproductive cells in the event of the death of the person from whom they originate. This question opens up a Pandora's box of related questions, starting with the circle of persons who can be the addressees of such a disposition, various temporal limitations, the question of the existence and form of consent, as well as the status of a posthumous child. As a result, a myriad of different approaches is visible. The legislation of certain countries prohibits such a procedure, some allow it, and the most complicated are those that do not regulate such procedures, or fail to do so clearly and concisely. The subject and goal of this work is to present domestic laws and cases that have appeared, with reference to certain comparative legal solutions and jurisprudence.

Život nakon smrti: mogućnost raspolaganja reproduktivnim ćelijama u slučaju smrti

Nikola Krejović

Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet

UDK 342.7:179.7



0009-0002-8659-8033

Referenca:

Krejović, Nikola. 1/2025. Život nakon smrti: mogućnost raspolaganja reproduktivnim ćelijama u slučaju smrti. *Eudaimonia – Journal of Legal, Political and Social Theory and Philosophy* 9: 90–115

DOI: 10.51204/IVRS_25102A

Ključne reči:

- Raspolaganje reproduktivnim ćelijama u slučaju smrti
- Posthumno začecje
- Posthumno dete
- Uslovi za postupak posthumnog začecja
- Nasledno pravo

Autor za korespondenciju:

Nikola Krejović,
nikola.krejovic@gmail.com

Postupak posthumnog začecja sve češće se pojavljuje kako u domaćoj, tako i u pravnoj praksi stranih država. Kako bi uopšte ovakav postupak bio moguć i dozvoljen, najpre je potrebno razmotriti pitanje raspolaganja reproduktivnim ćelijama u slučaju smrti lica od kojeg potiču. Pokušaj davanja odgovora na ovo pitanje može otvoriti Pandorinu kutiju povezanih pitanja, počevši od kruga lica koji mogu biti adresati takvog raspolaganja, temporalnih ograničenja, pitanja postojanja i forme saglasnosti, kao i pravnog statusa posthumnog deteta. Zbog ovih teških pitanja zakonodavstva pojedinih zemalja ovakav postupak zabranjuju, druga ga dozvoljavaju, a najkomplikovanija su ona zakonodavstva koja ovakve postupke ne uređuju, ili ih bar ne uređuju jasno i precizno. Predmet i cilj ovog rada jeste da prikaže uporednopravna rešenja, domaće zakone i domaću praksu uz osvrt na izabrane uporednopravne slučajeve.

1. UVOD

U deci se čisti i obnavlja reka čovečanstva.

Ivo Andrić

Regulisanje raspolaganja reproduktivnim ćelijama u slučaju smrti predstavlja prvi stepenik ka uspešnom sprovođenju postupka posthumnog začeća. Postupak posthumnog začeća značajno bi olakšao pojedinim parovima stvaranje potomstva s kojim su genetski povezani. Život je sačinjen od raznih rizika i sasvim je opravdana bojazan od izostanka dece. Stvaranje i rađanje potomstva često se ističe kao osnovna funkcija porodice (Panov 2019, 36). Jedna konzervativna filozofska definicija koju Janjić-Komar nudi jeste da je: „porodica zajednica *srodnika* (ističe autor) povezanih odgovornošću za život i uzajamnu dobrobit” (2006, 250). Prema tome, pojam porodice sastoji se od dva kumulativna elementa: 1) braka ili vanbračne zajednice i 2) srodstva. Sama bračna ili vanbračna zajednica po automatizmu ne znači postojanje porodice. Činjenica srodstva je ključna za postojanje porodice. Suština je da bračni ili vanbračni partneri koji nemaju dete ne ispunjavaju uslov srodstva, što ih ne čini porodicom u ovom smislu (Panov 2019, 36–37).¹ Konzervativno gledajući dete predstavlja okosnicu porodice. Mogućnost posthumnog začeća dozvoljava stvaranje potomstva iako je jedan od ključnih aktera preminuo. To bi dovelo do mogućnosti da lice nakon smrti može da se ostvari kao roditelj i da stvori (nepotpunu nuklearnu) porodicu. Osobina postupka je da posthumnom oplodnjom partner može dobiti potomka s kojim je biološki povezan. Pitanje je samo u proceni društvenih i ličnih interesa, da li je bolje stvoriti nepotpunu nuklearnu porodicu (jedan roditelj i dete) ili da uopšte ne dođe do nastanka porodice ukoliko je jedan roditelj preminuo. Pomenuta teza o značaju potomstva izvor pronalazi u ljudskoj prirodi. Ostavljanje potomstva predstavlja jedan životni instinkt i život nije kompletan bez toga. Čak iz subjektivnog ugla gledano, roditelji će biti srećni zbog svakog uspeha koje njihovo dete ostvari, tako da satisfakcija deteta predstavlja i satisfakciju samih roditelja (Handayani, Nuraeny 2023, 312). Kac posebno navodi da je pravo na roditeljstvo „najsvetije pravo” i da bi trebalo dozvoliti svakome da oseti dar roditeljstva (Katz 1998, 685).²

Moguće je istaći tezu da bez dobrih roditelja nema srećnog detinjstva, a bez dobrog deteta nema srećnih roditelja i dobre budućnosti društva (Panov 2019, 162). Iz datog se može zaključiti da je pored lične satisfakcije roditelja, postojanje potomstva jedno od značajnijih političkih i društvenih pitanja na koje je potrebno obratiti

1 Ovakvo filozofsko stanovište je ubačeno isključivo zbog prikaza značaja potomstva iz ugla konzervativnih filozofskih teorija. Sama definicija je nespojiva sa praksom Evropskog suda za ljudska prava. Više o porodici pogledati kod Draškić 2023, 45–58.

2 U kontekstu slučaja *Parpale* protiv Francuske (*Parpalaix v France*). Više o slučaju u naslovu 5.

posebnu pažnju. O značaju dece iz ugla države svedoči nam veliki korpus pravila kojima ne samo da se štiti položaj dece, već i korpus pravila kojima se potpomaže začće.³ Izvedeni argumenti doprinose značaju prokreacije za samo društvo. Širok je spektar oblasti koje su pogođene ovom tematikom. Poznato je da Republika Srbija vodi borbu protiv negativnog prirodnog priraštaja. Prema Republičkom zavodu za statistiku (2024), negativni prirodni priraštaj u periodu januar-avgust 2024. godine veći je u odnosu na isti period 2023.⁴ Dozvoljenost postupka posthumne oplodnje doprineo bi porastu nataliteta. Pitanje posthumne oplodnje direktno se poklapa i sa „planiranjem porodice”. Pod ovim pravom podrazumeva se pravo na rađanje, ali i pravo na nerađanje dece. Pod pojmom prava na rađanje misli se na „pravo svake osobe koja se nalazi u generativnom dobu da dobije sopstveno dete” (Dražkić 2023, 52). Postupak veštačke oplodnje jedan je od načina na koji se ovo pravo može ostvarivati. Otvara se pitanje da li je mogućnost postupka posthumne oplodnje jedan od načina vršenja ovog prava.

Mogućnost raspolaganja reproduktivnim ćelijama u slučaju smrti nije jedinstveno uređeno na globalnom nivou. U daljem tekstu rada autor će objasniti pojam i značaj posthumne oplodnje, način regulisanja ovog pitanja u pravnom sistemu Republike Srbije, slučajeve koji su se pojavili u srpskoj praksi i uporednopravni prikaz u cilju prikazivanja problema koji su se javili u vezi sa ovim postupkom. Najznačajniji izvor srpskog prava iz oblasti medicinski asistirane reprodukcije predstavlja Zakon o biomedicinskoj potpomognutoj oplodnji (u daljem tekstu ZBMPO).⁵

2. POSTHUMNO ZAČEĆE

Prve ideje o posthumnoj oplodnji datiraju još iz kraja 19. veka. Italijanski naučnik Montegaza prvi je došao do zaključka da se spermatozoidi mogu zamrznuti i iskoristiti u nekom kasnijem trenutku. On je zaključio da je ta mogućnost najznačajnija ženama čiji su muževi otišli u rat. Sredinom 20. veka dokazano je da se uz ovako pribavljenu spermu/semenu tečnost (u postupku krioprezervacije) može roditi zdravo i normalno dete. Zahvaljujući razvoju medicine ovo je postao jedan od rutinskih postupaka.⁶

„Mnogi parovi maštaju o potomstvu i uprkos jakoj želji, nekada nije jednostavno doći do tog cilja”, može se pronaći u jednom radu autorki Handajani i Nuareni

3 Recimo, Ustav Republike Srbije, Službeni glasnik RS 98/2006 i 115/2021, čl. 63, st. 2 koji kaže da „Republika Srbija podstiče roditelje da se odluče na rađanje dece i pomaže im u tome”.

4 Podaci dostupni na sajtu Republičkog zavoda za statistiku.

5 Zakon o biomedicinskoj potpomognutoj oplodnji, Službeni glasnik RS 40/2017 i 113/2017.

6 Više o istoriji krioprezervacije vid. Vidić (2011, 554).

(Handayani, Nuraeny 2023, 312). Zbog toga je naročito značajan put razvoja medicinski potpomognute oplodnje.⁷ Pored čitave lepeze postojećih, moguće je izdvojiti jednu posebnu vrstu ovako složenih postupaka – kombinaciju postupka krioprezervacije (eng. *cryopreserve*) koji se kombinuje sa postupkom posthumnog začeća. Naime, postupak krioprezervacije podrazumeva da se polne ćelije nekog lica izdvoje, a potom zalede. Tako zaleđene čuvaće se u bankama reproduktivnog materijala sa mogućnošću da se iskoriste nakon određenog vremenskog perioda tako da dođe do kreiranja embriona njegovom upotrebom ili transferom embriona u matericu žene čiji je genetski materijal (najčešće) upotrebljen, a u cilju začeća deteta. Postupak u kojem se zamrznute ćelije koriste nakon nekog vremena u svom prirodnom stanju naziva se *krioembriotransfer* (Trogrić 2018, 16). Komplikacije nastaju kada to vreme nastupi nakon smrti lica čiji gameti su ostavljeni u takvoj banci. To dovodi do situacije koja se naziva posthumnim začećem,⁸ koje za cilj ima rođenje tzv. posthumne dece. Takvo korišćenje gameta za veštačku oplodnju stvara razne pravne, ali i moralne dileme (Styer et al. 2003, 584).

Postupak posthumnog začeća najbolje je ciljno definisati. Cilj posthumnog začeća jeste rođenje posthumnog deteta. Čarls Kindregan (Charles Kindregan) posebno ističe definiciju posthumne dece kao dece začete nakon smrti jednog od roditelja (2009, 433–434). Drugim rečima, u trenutku smrti roditelja dete još uvek nije začeto. Nezačeto dete obuhvaćeno je terminom *nondum conceptus* (nezačeti čovek). U ovu kategoriju ne spadaju deca koja su začeta za života, ali rođena nakon smrti roditelja. Dakle, specifičnost je što je vremenski gledano prvo nastupila smrt roditelja, a potom začetak deteta (Kindregan 2009, 434–435).

Od različitih autora potiču i različite klasifikacije prema trenutku primene ovakvog vida začeća. Jedna klasifikacija pravi razliku prema trenutku u kojem bi gameti bili uzeti. To je podela u dva vida. Jedan slučaj je uzimanje reproduktivnih ćelija pre smrti lica. Drugi slučaj postoji kada su ćelije uzete nakon smrti lica. Ukoliko su reproduktivne ćelije uzete pre smrti, razlikuju se situacije kada postoji saglasnost za posthumnu oplodnju i kada takva saglasnost nije data. Pitanje postojanja saglasnosti kao i njegove forme detaljnije će biti razrađeni u toku rada (Kindregan 2009, 436–437).

Postoje dve grupe razloga iz kojih bi se lice opredelilo za postupak posthumne reprodukcije: prvu grupu činili bi razlozi koji se tiču iznenadne smrti lica, što se

7 Medicinski potpomognuta oplodnja predstavlja skup metoda lečenja dokazane neplodnosti jednog ili oba partnera. Ona obuhvata više vrsti postupaka. Za više o medicinski potpomognutoj oplodnji pogledati Trogrić, 2018.

8 Drugim rečima, koristiće se reproduktivne ćelije koje je donor ostavio pre smrti, u postupku začeća koji se odvija nakon njegove smrti. Taj momenat začeća nakon smrti označava se kao posthumno zaćeće.

najčešće dešava u saobraćajnim nesrećama ili na vršenju poslova koji dovode život u neposrednu opasnost.⁹ Drugu grupu razloga činile bi situacije koje smrt čine izvesnom ili vode gubitku reproduktivne moći čoveka (obično usled teških bolesti).

Sledeće pitanje koje se postavlja je kojim licima bi takve ćelije pripale. S jedne strane javljaju se emotivni partneri, u čijem je interesu da ostave potomstvo voljenima koji su izgubili život. S druge strane javlja se i porodica preminulog, čiji je zahtev da njihov preminuli član porodice ostavi sopstveno potomstvo koje bi nastavilo genetsku liniju, iako možda nije imao partnera u tom trenutku (Kindregan 2009, 436–437).

3. UPOREDNOPRAVNI PRIKAZ MOGUĆIH REŠENJA

Tri su načina na koji se ovaj postupak reguliše. Prvi način je da se postupak zabrani imperativnim pravilima, a drugi vid je da se postupak dozvoli i detaljno uredi. Do trećeg načina dolazi ukoliko ne postoje nikakva pravila koja bi se primenila. Tada je reč o pravnim prazninama, dakle postupak nije zabranjen, ali način sprovođenja nije uređen.

Prvi način uređivanja tiče se osavremenjivanja i prihvatanja ovakvog postupka kao povoljnog iz ugla populacione politike, ali i iz ugla ostvarenja prava na roditeljstvo. Kod autorke Samardžić mogu se pronaći primeri država poput Velike Britanije, Španije i Holandije (2013, 397–401). Potrebno je istaći da i ukoliko postupak bude dozvoljen, uslovi se mogu razlikovati. Recimo u pravu Belgije ukoliko su oba partnera dali izričit pristanak na posthumnu oplodnju, postupak se može izvršiti. Jedini uslov je da postupak ne bude započet u periodu od šest meseci nakon smrti partnera, te da bude sproveden u roku od dve godine nakon smrti (Samardžić 2013, 398–399). Minimalni rok od šest meseci omogućava partneru da preispita svoju odluku i nakon smrti drugog partnera. Još jedan primer možemo videti u praksi Španije. Ukoliko sperma muškarca nije bila iskorišćena za vreme njegovog života, takvo dete ne može uspostaviti nikakvu pravnu vezu s tim licem. Drugim rečima, ne može se utvrđivati očinstvo niti bilo koja druga veza. Izuzetno, može se uspostavljati pravna veza i utvrđivati očinstvo, ukoliko je partner žene dao izričiti pristanak da se njegove reproduktivne ćelije iskoriste nakon njegove smrti u roku od 12 meseci. Pristanak je opozive prirode, ali za perfektnost postupka potrebno je da je preživeli partner već bio podvrgnut postupku asistirane reprodukcije i da je pre smrti bio pokušao embrio transfer.¹⁰ U Belgijskom pravu javilo se pitanje moguć-

9 Vidić navodi zanimljiv slučaj pod nazivom Pem Reno, gde je majka Džeremija Renoa zahtevala njegovu spermu nakon što je poginuo igrajući ruski rulet (2011, 554).

10 Više o uslovima: Samardžić 2013, 400.

nosti posthumne oplodnje i surogat materinstva. Njihov pravni poredak ne uređuje pitanje surogat materinstva, dok postoji odredba koja uređuje da je majka deteta žena koja ga rodi. Slična dilema pojavljuje se kod nas.¹¹

Drugi pristup je zabrana ovakvih postupaka. Ovaj postupak je izričito zabranjen u Švajcarskoj i Italiji. Česta praksa je da se zbog savremenijih stanovišta ovakvi postupci sve češće dozvoljavaju i u zemljama koje su ga dugo zabranjivale. Takve zabrane imaju svoja opravdanja, recimo Vidić navodi da je po izveštaju Komiteta za istraživanje u sferi oplodnje i embriologije Velike Britanije iz 1984, dokazano da postoje psihološki problemi kao posledica ovakvog postupka. Zbog toga je postojala preporuka da takvo dete ne treba da bude naslednik (Vidić 2011, 558). Kasnije je zakonom iz 1990. predviđeno da se ne utvrđuje očinstvo tako začetom detetu (neće se smatrati ocem lice čija semena tečnost je iskorišćena). Vremenom su slabili razlozi za zabranu ovog postupka. Velika Britanija je prihvatila postupak posthumne oplodnje. Zakonom o humanoj fertilizaciji i embriologiji Velike Britanije iz 2008, pomenuto stanovište o utvrđivanju očinstva je napušteno (Vidić 2011, 559). Na taj način otvoren je put probijanja postupku posthumne oplodnje. Ovde vidimo primer kako je Velika Britanija sledila put razvoja i liberalizovala pravila vezana za ovaj postupak.

Treća grupa država jesu države koje ovakve postupke uopšte ne uređuju. Naravno se ističe primer Sjedinjenih Američkih Država, čija većina saveznih država uopšte ne uređuje postupak posthumne oplodnje niti pitanje nasleđivanja posthumno rođene dece (Vidić 2011, 561). To dovodi do izuzetne raznolikosti prakse unutar savezne države. Više reči o tome biće u nastavku rada, jer se posebna pažnja pridaje slučajevima iz prakse kao i prikazu zakonodavnih rešenja.¹²

4. RASPOLAGANJE REPRODUKTIVNIM ĆELIJAMA U SRBIJI

Srpski zakonodavac uredio je pitanje raspolaganja reproduktivnim ćelijama. Postupak posthumne oplodnje nije neposredno uređen. Zbog posredne primene više odredbi iz više zakona, otvoreno je pitanje dozvoljenosti posthumne oplodnje. Osnovni pravni izvor su odredbe ZBMPO, dok su izdvojena pitanja uređena Zakonom o nasleđivanju (u daljem tekstu: ZON RS) kao i Porodičnim zakonom (u daljem tekstu: PZ RS).

11 Detaljnije u tački 4.2. Naslednopravni i porodičnopravni aspekti posthumne reprodukcije. Za razliku od Belgijskog pravnog poretka, naš zakonodavac eksplicitno zabranjuje surogat materinstvo. Sličnost je odredba koja ženu koja rodi dete pravo smatra za njegovu majku. Na takav način, tehnički je nemoguće izvesti posthumnu reprodukciju nakon smrti partnerke i da preminula žena bude priznata kao majka posthumno rođenog deteta.

12 Naslov 6. Posthumno začeće u SAD

4.1 Zakon o biomedicinski potpomognutoj oplodnji

Pre svega potrebno je osvrnuti se na aktuelnu verziju zakona koja je stupila na snagu 5. maja 2017. godine.¹³ ZBMPO je stupio na snagu umesto Zakona o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognutog oplodjenja iz 2009. godine. Razlog pominjanja ovog zakona je njegova dozvola postmortalne oplodnje pod određenim uslovima.¹⁴ Razlozi zbog kojih u aktuelnom zakonu nema ovih odredaba ostaju nepoznati za autora rada.¹⁵

Pitanje posthumnog začeća u Republici Srbiji prvenstveno je uređeno ZBMPO.¹⁶ Zakon reproduktivne ćelije definiše kao sve ćelije koje se koriste u postupku biomedicinski potpomognute oplodnje.¹⁷ Zakon detaljnije uređuje postupak raspolaganja reproduktivnim ćelijama. U prvom planu ističe se zabrana opšteg tipa. Sa semenim ćelijama, neoplođenim jajnim ćelijama, zigotima i ranim embrionima ne može se raspolagati na način koji je u suprotnosti sa ovim zakonom.¹⁸ Način u suprotnosti sa ovim zakonom uređen je odredbom o zabranjenim aktivnostima u postupku BMPO.¹⁹ Drugim rečima, zakonodavac je odvojio put kojim se kreću semena tečnost, neoplođena jajna ćelija i dr. ćelije, čije raspolaganje je eksplicitno zabranjeno. Posebna zabrana tiče se raspolaganja reproduktivnim ćelijama u cilju stvaranja embriona nakon smrti davaoca.²⁰ Izuzetak od zabrane je *in vitro* embrion koji se može koristiti uz pismeni pristanak davaoca za zakonom određenu namenu.²¹ Pitanje koje se ovde otvara je o kakvoj saglasnosti je reč. Zakon je ostao nedorečen u pogledu bitnih elemenata pristanka. Rečeno je da pristanak mora da potiče od svih lica koji se podvrgavaju postupku biomedicinski potpomognute oplodnje, mora da se da posebno za svaki postupak i mora da prethodi postupku.²² Zakon ističe da pre pristanka licima koja učestvuju u postupku moraju biti data sva obaveštenja, ili je pristanak ništavan.²³ To *ex lege* znači da je potrebno dati saglasnost

13 Osim jedne odredbe čije važenje kreće od 1. jula 2018.

14 Recimo u Zakonu o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognutog oplodjenja, Službeni glasnik RS 72/2009, članovi 26. i 53.

15 Autor nije uspeo da pronađe nacrt zakona kao ni snimke javnih rasprava, odnosno komentare u kojima bi bilo moguće naći odgovor na pitanje zbog čega su sporne odredbe starog zakona izbačene. Moguće je da je razlog bio kritika teorije na određene odredbe.

16 ZBMPO, Službeni glasnik RS 40/2017 i 113/2017.

17 ZBMPO, član 2. stav 1. tačka 2.

18 ZBMPO, član 52. stav 1.

19 ZBMPO, član 49.

20 ZBMPO, član 52. stav 2.

21 ZBMPO, član 52. stav 3.

22 ZBMPO, član 27. stav 1. i 2.

23 ZBMPO, član 27. stav 3.

za deponovanje reproduktivnih ćelija a potom i saglasnost za njihovo iskorišćavanje u postupku posthumne oplodnje, pošto je reč o dva postupka koji se nadovezuju. Zakon predviđa opozivost datog pristanka sve dok reproduktivne ćelije nisu unete u telo žene.²⁴ Mehanizam zaštite od moguće zloupotrebe povučenog pristanka je da nadležni specijalista pre unošenja semenih ćelija, zigota ili embriona mora proveriti da li postoji izjava o pristanku tj. da li je povučena.²⁵ Značajna zabrana predviđena je u odredbi kojom se dozvoljava upotreba embriona davalaca koji su živi.²⁶ Ispravno tumačenje ove odredbe znači da se *in vitro* embrion može stvoriti dok je lice u životu (pošto je opšta zabrana raspolaganja reproduktivnim ćelijama obuhvatila ostale slučajeve raspolaganja, tako da jedino *in vitro* embrionom može da se raspolaže). Drugim rečima, zabranjeno je nakon smrti lica stvarati *in vitro* embrion ili na drugi način raspolagati reproduktivnim ćelijama tog lica. Moguće je stvoriti *in vitro* embrion donora dok je u životu, a potom ga iskoristiti nakon njegove smrti. Postupak će se sprovesti nakon što lekar specijalista proveri da li postoji saglasnost donora tj. da li je povučena²⁷. Važno je naglasiti da su potrebne dve saglasnosti. Jedna se tiče stvaranja embriona, a druga se tiče samog postupka posthumne reprodukcije. Donor mora biti živ u trenutku stvaranja embriona, inače stvaranje post mortem embriona nije dozvoljeno.²⁸ Velika kritika zakonodavcu je što ne postoji jedinstvena odredba koja se tiče mogućnosti posthumne reprodukcije, već se pravila izvode posredno iz drugih odredbi. Uprava za biomedicinu ne zna sa sigurnošću kako da primenjuje odredbe, što za rezultat ima da su svi postupci u vezi s posthumnom reprodukcijom ostvareni isključivo sudskim putem. Moguće je tumačiti odredbu o korišćenju embriona davalaca koji su u životu na način gde je potrebno da davalac bude živ u trenutku unošenja embriona.²⁹ Pošto zakon to nije predvideo, pitanje je da li saglasnost za korišćenje reproduktivnih ćelija u cilju posthumne oplodnje opstaje nakon smrti davaoca.³⁰ U domaćoj praksi ne postoji slučaj u kojem je izvršena posthumna reprodukcija. ZBMPO nigde ne pominje ni činjenicu braka kao činjenicu od značaja za postupak što znači da i vanbračni partneri mogu da iskoriste ovaj postupak.³¹

24 ZBMPO, član 28. član 1.

25 ZBMPO, član 28. stav 3.

26 ZBMPO, član 41.

27 ZBMPO, član 28. stav 3.

28 ZBMPO, član 41.

29 U vezi sa ZBMPO, član 41.

30 U vezi sa ZBMPO, član 28.

31 Zanimljivo je pitanje istopolnih zajednica. ZBMPO jedini uslov koji postavlja jeste postojanje pismene saglasnosti. Problem koji bi onemogućio učesnike istopolne zajednice jeste dozvola raspolaganjem *in vitro* embrionom, do kojeg istopolna zajednica po prirodi stvari ne može doći.

4.2 Naslednopravni i porodičnopravni aspekti posthumne reprodukcije

U smislu naslednog prava značajna su pitanja: da li se reproduktivne ćelije mogu nasleđivati pravilima o nasleđivanju, da li je to poseban prenos prava i da li posthumno začeto dete može biti naslednik. Iz ugla porodičnog prava značajne su odredbe o utvrđivanju očinstva i majčinstva. Postupak utvrđivanja očinstva ne predstavlja spornu materiju. Do postupka utvrđivanja majčinstva ne može doći iz praktičnih razloga (detaljnije u nastavku).

U prvom planu nalaze se pravila naslednog prava, koja uređuju šta konkretno može da bude predmet nasleđivanja. Literatura stoji na stanovištu da je nasledivost podobnost subjektivnog građanskog prava da bude objekat naslednopravne sukcesije (Đurđević 2023, 50). To znači da se nenaslediva prava i obaveze gase smrću titulara.³² Subjektivna građanska prava su nenaslediva kada je to predviđeno propisima ili to proističe iz njihove prirode. U tom smislu, zaostavština je imovina fizičkog lica (ostavioca) koja u trenutku njegove smrti prelazi na naslednike (Đurđević 2023, 49–51).³³ Kad je reč o reproduktivnim ćelijama ne radi se o imovinskim pravima, već je reč o kvazi-imovinskom pravu raspolaganja (Samardžić 2013, 391). Evropski sud za ljudska prava (European Court of Human Rights, u daljem tekstu: ECHR) je stao na stanovište da reproduktivne ćelije (embrioni) ne mogu predstavljati imovinsko pravo.³⁴ To znači da ne mogu predstavljati ni predmet nasleđivanja.

Pitanje je na koji način prenositi reproduktivne ćelije u slučaju smrti njihovog imaoca. Pošto ZON RS ovakvo raspolaganje ne predviđa, ostaje mogućnost uvođenja posebnog sistema prenosa prava. Potrebno je odrediti krug lica koja mogu iskoristiti takve ćelije (Barać 2023a, 455). Da je reč o nasleđivanju, nasledno pravo poznaje krugove lica koja se mogu pronaći u ulozi naslednika. Bilo bi nezamislivo da dete može da nasledi reproduktivne ćelije svog roditelja i obrnuto. Zbog toga bi najbolje rešenje bilo omogućavanje posebnog režima prenosa prava (koje je odvojeno od nasleđivanja) na reproduktivne ćelije i koje bi značajno ograničilo krug titulara. Svakako, metod regulisanja ovog postupka predstavlja veliki posao za zakonodavca.³⁵

32 Nekada je moguće da dođe do preklapanja sa prenosivim pravima i obavezama.

33 U ovom kontekstu zanimljiva je konstrukcija koju je iskoristio nemački Savezni sud u slučaju Marlene Ditrih (Marlene Dietrich), kada je odlučio da su nasleđive i ekonomski upotrebljive komponente prava ličnosti, odakle vidimo da je ostavljen prostor za dalje tumačenje koja su to prava nasleđiva, a koja ne (Đurđević 2023, 54).

34 ECHR, Case of Parillo v. Italy, no. 46470/11, 27 August 2015.

35 U prilog tome, različiti su načini regulisanja postupka prenosa ovlašćenja na reproduktivne ćelije. Detaljnije pogledati pod podnaslovom 3. Uporednopravni prikaz.

Odvojeno je pitanje da li posthumno začeto dete može biti naslednik preminulog roditelja. ZON RS tačno definiše koje lice može biti naslednik. Naslednik može biti lice koje je živo u trenutku ostaviočeve smrti.³⁶ Zakon krug naslednika širi tako da ukoliko je dete začeto za vreme ostaviočevog života, smatraće se za naslednika pod uslovom da se živo rodi. Važno je napomenuti da to nisu posthumno začeta deca.³⁷ U tom smislu, posthumno začeto dete u domaćem zakonodavstvu ne može biti naslednik. Glavni razlog za takvo shvatanje su osobine ostavinskog postupka³⁸ i moguće je razumeti zbog čega posthumna deca nemaju položaj naslednika. Postupak posthumne oplodnje nosi određene rizike vezane za samo rođenje lica. Drugim rečima, ne mora svaki postupak artifičijalne ineseminacije da bude uspešan. Otvoreno je pitanje šta se dešava u slučaju da je postupak neuspešan. Da li je dozvoljeno ponavljati isti postupak do njegovog uspeha (tj. dokle postoje reproduktivne ćelije potrebne za začeće) ili postoji određeno ograničenje. Važna je činjenica da rođenje postumnog deteta može nastupiti u dosta kasnijem periodu u odnosu na smrt lica i samu ostavinsku raspravu. Još jedno pitanje je konkurentnost naslednika. Kakav je položaj postojećih naslednika u trenutku iščekivanja naslednika iz postupka posthumne oplodnje? Uporednopravno postoje slučajevi kada se tako začeto dete priznaje pravo na nasleđivanje. Primera radi, takve odluke donete su u slučaju Kolasi (Kolacy) i Vudvard (Woodward).³⁹ U uporednopravnom delu rada biće razmatrane pravne veze između takvog deteta i njegovih genetskih roditelja kroz spektar strane sudske prakse.⁴⁰

Iz ugla porodičnog prava izdvojena su dva najznačajnija pitanja: utvrđivanje očinstva i utvrđivanje majčinstva. Što se tiče utvrđivanja očinstva relevantne odredbe kažu da će se ocem deteta začeto uz pomoć biomedicinski potpomognute oplodnje smatrati muž majke (odnosno vanbračni partner majke), ako je dao pismeni pristanak.⁴¹ Dodatna zaštita pružena je odredbom ZBMPO koja propisuje da je potrebno dati saglasnost pre unošenja reproduktivnih ćelija, odnosno embriona za svaki postupak posebno.⁴² Usled toga nemoguće je da dođe do spornih situacija. Što se tiče postupka utvrđivanja majčinstva, dolazi se do problema. Suštinski je onemogućeno da preminula majka deteta postane njegova majka primenjujući postupak posthumne oplodnje. Zabrana ima svoja dva izvora. Prvi je ZBMPO, koji predviđa zabranu surogatstva.⁴³ Druga zabrana se izvodi posredno, iz Porodičnog

36 ZON RS, Službeni glasnik RS 46/95 i 101/2003 – Odluka USRS i 6/2015, član 3.

37 Detaljnije pod naslovom 2. Posthumno začeće.

38 Glavne osobine ostavinskog postupka su kratkotrajnost, efikasnost i pravna sigurnost (Đurđević 2023, 275)

39 Detaljnije pod podnaslovom 4.4.2. Kolacy i 4.4.3. Woodward

40 U domaćoj praksi ovakva pitanja se i dalje nisu postavila.

41 PZ RS, Službeni glasnik RS 18/2005, 72/2011 – dr. zakon i 6/2015, član 58. stav 1. i 2.

42 ZBMPO, član 27. stav 2. i 3.

43 Zapravo, ZBMPO u članu 49. stav 18. ne koristi izraz surogat majčinstvo, već eksplicitno zabranjuje takav postupak u članu 66. Tako razumevajući, vidi se da je zabranjeno (van)bračnom par-

zakona, koji kaže da je majka deteta začetog uz biomedicinsku pomoć žena koja ga je rodila. Štaviše, isti član propisuje zabranu utvrđivanja donora jajne ćelije ukoliko je dete začetog darovnom jajnom ćelijom.⁴⁴

4.3 Posthumna reprodukcija u domaćoj praksi

Rešavanje pitanja posthumne reprodukcije pojavilo se na praktičnom planu. U radu je pomenuto da Uprava za biomedicinu, koja je nadležna za sprovođenje ovog postupka, ne zna sa sigurnošću na koji način primenjivati odredbe ZBMPO.⁴⁵ Posledica takvog (ne)postupanja je da sudbina reproduktivnih ćelija nakon smrti partnera zavisi od odluke suda.⁴⁶

U radu se naročito ističu tri slučaja. Jedan se tiče majke preminulog Marinka G. iz Beograda, drugi Ane M. koja je nastojala da preuzme reproduktivne ćelije pokojnog supruga, a treći Tijane P. N. čiji je činjenični korpus identičan slučaju Ane M.

U slučaju majke Marinka G. koji se našao pred Prvim osnovnim sudom u Beogradu, majka preminulog je pokrenula spor protiv Banke reproduktivnog materijala Kliničkog centra Srbije (u daljem tekstu: Banka), u nadi da će naslediti sinovljeve zamrznute gamete. Marinko G. je, znajući da boluje od teške bolesti, svoje reproduktivne ćelije ostavio Banci i zaveštanjem je odredio da ih njegova majka nasledi nakon njegove smrti. Majka je imenovana za naslednicu njegovih gameta. Sporna situacija je nastala nakon smrti testatora. U tom trenutku majka je podnela zahtev da zaleđene gamete iskoristi, smatrajući da ih je testamentom i nasledila. Banka je na zahtev odgovorila da u narednom periodu zaleđene gamete očekuje uništenje, pošto ih ostavilac nije iskoristio u periodu u kojem je bio živ. Sud je doneo privremenu meru kojom je Banci zabranio uništenje reproduktivnih ćelija, što po rečima advokata koji zastupa majku Marinka G. predstavlja prvi znak prepoznavanja složenosti situacije od strane pravosudnih organa. Epilog sudskog spora jeste da je testament ostavioca proglašen ništavim, i da će reproduktivne ćelije daljim postupcima biti uništene.⁴⁷ Suština je da se majka borila za reproduktivne ćelije svog deteta. Takvu borbu moguće je razumeti sa ljudske strane. Međutim, dozvolivši majci da

neru iskorišćavanje *in vitro* embriona preminule supruge, jer da bi preminula majka mogla da bude majka, druga žena mora izneti trudnoću za nju. Detaljnije o surogat materinstvu pogledati kod Barać (2023b 259–289)

44 PZ RS, Službeni glasnik RS, 18/2005, 72/2011 – dr. zakon i 6/2015, član 57.

45 Pogledaj podnaslov 4.1 Zakon o biomedicinski potpomognutoj oplodnji

46 RTS (Duka 2024). <https://www.rts.rs/lat/vesti/drustvo/5234338/embrioni-smrt-partnera-ve-stacka-oplodnja-ana-danijela-crkva.html>, poslednji pristup 10. oktobar 2024.

47 Slučaj dostupan na sajtu NIN (Novakov 2024). <https://www.nin.rs/drustvo/vesti/50011/ljubici-je-sin-pre-smrti-ostavio-svoje-reproduktivne-celije-sada-se-ona-bori-da-ih-sacuva>, poslednji pristup 10. oktobra 2024.

nasledi sinove reproduktivne ćelije, takva presuda prekršila bi više propisa.⁴⁸ Sud je pravilno postupao u datom slučaju i ispravno je zaključio da je testament ništav.⁴⁹ Na nesreću majke, postoje rizici svakodnevnog života koje pogađaju ljude i nekada ih je nemoguće izbeći.⁵⁰

Drugi slučaj, naročito propraćen u medijima, dosta je značajniji zbog prirode zahteva koji su upućeni kako sudu, tako i Specijalnoj bolnici za ginekologiju „Jevremova” sa porodištem (u daljem tekstu: Specijalna bolnica), kod koje su embrioni bili čuvani. Naime, supruga Ana M. čiji muž je preminuo, istakla je bolnici zahtev za izručenje embriona pokojnog muža zarad prebacivanja u Ženski zdravstveni centar Kirenija (Kyrenia), Severni Kipar, da bi potom tamo sproveli postupak vantelesne oplodnje. Pokojni suprug i ona potpisali su Saglasnost za postupak zamrzavanja embriona kojom su izjavili da su potpisivanjem te izjave sporazumno i dobrovoljno odlučili da pristaju da koriste tehniku kontrolisanog zamrzavanja embriona kao jedan od metoda u njihovom delokrugu. Par se dogovorio da se embrioni unište usled nesrećnog slučaja, razvoda braka i nekih drugih nepredviđenih okolnosti. Navodi se i potreba saglasnosti oba partnera za sprovođenje embriotransfera ukoliko dođe do razvoda braka ili prestanka partnerskog odnosa. Dalje je predviđeno da saglasnost traje 2 godine od datuma zamrzavanja embriona i da je maksimalan rok čuvanja 5 godina.⁵¹ Godinu dana nakon zamrzavanja embriona došlo je do smrti supruge Ane M. Pošto je u času stupanja u ovaj postupak njen suprug već bio bolestan, njegova smrt bila je izvesna i nije se mogla obuhvatiti institutom nesrećnog slučaja ili druge nepredviđene okolnosti. Kritika autora u vezi s postupanjem tiče se Javnog beležnika koja je u rešenju utvrdila da sastav zaostavštine čine i prava i obaveze iz Saglasnosti koju su supružnici potpisali. Tužilja je oglašena za naslednika i pripali su joj embrioni na osnovu rešenja iz ostavinske rasprave. U radu je već objašnjeno da je ovakvo stanovište sporno.⁵² Tužena Specijalna bolnica bez obzira na ovo rešenje odbila je da dà na raspolaganje embrione. Prvostepeni sud pozivao se na rešenje Javnog beležnika, ulazeći u prirodu stvari naslednog prava, pozivajući se na pravilo da se ne može naslediti više prava nego što ima ostavilac. To znači da saglasnost koju je potpisao njen preminuli muž ne može preći na nju, jer on nije mogao samostalno da upravlja embrionima. Samim tim ona ne može samostalno upravljati embrionima

48 Za već pomenute zabrane videti podnaslove 4.1 Zakon o biomedicinski potpomognutoj oplodnji kao i podnaslov 4.2 Naslednopravni i porodičnopravni aspekti posthumne reprodukcije.

49 Slučaj dostupan na sajtu N1 (2024), <https://n1info.rs/vesti/borba-majke-da-spasi-reproduktivne-celije-preminulog-sina-zelim-da-ispunim-njegovu-poslednju-zelju/>, poslednji pristup 10. oktobra 2024.

50 Presuda Osnovnog suda u Kikindi, Gž. br. 881/23, 12. jun 2023.

51 Presuda Višeg suda u Beogradu, Gž. br. 26505/23, 18. januar 2024.

52 Pogledati pod podnaslovom Naslednopravni i porodičnopravni aspekti posthumne reprodukcije.

jer bi time stekla više prava nego što je njen suprug imao u času smrti... Drugim rečima, Prvostepeni sud nalazi da odluka *mortis causa* ne može promeniti odluku *inter vivos*, što proizlazi iz činjenice da ostavinsko rešenje ima deklarativni a ne konstitutivni karakter.⁵³ Takvo stanovište je potpuno tačno iz naslednopravnog ugla, međutim, primena instituta naslednog prava je sporna u ovim pitanjima. Ostavinsko rešenje nema nikakve veze sa datom situacijom, zato što embrioni ne mogu predstavljati predmet nasleđivanja u datom rešenju. Potom se prvostepeni sud pozivao i na zabranu u ZBMPO koja predviđa saglasnost drugog lica od kojeg potiču embrioni.⁵⁴ Drugostepeni sud, pozivajući se na pravosnažno rešenje Javnog beležnika, zaključuje da je tužilja stekla sva prava i obaveze u vezi sa spornim embrionima. Obrazloženje za zaobilaženje nesrećnog slučaja ili smrti supružnika krije se u tome što razlog uništenja embriona mora biti posebno ugovoren, što je ovde izostalo. Kritika drugostepene presude je što se ponovo poziva na ostavinsko rešenje. Zbog čega sudovi prelaze na teren naslednog prava, kada je ovde reč o potpuno drugom principu prenosa prava za slučaj smrti. Postupak nasleđivanja tiče se isključivo imovinskih prava.⁵⁵ U presudi Evropskog suda za ljudska prava nedvosmisleno je ustanovljeno da embrioni nisu imovina lica.⁵⁶ Neimovinska prava ne mogu predstavljati predmet ostavinske rasprave. To znači da embrioni nikako ne mogu predstavljati predmet ostavinske rasprave, što dovodi do zaključka da ostavinsko rešenje ne može urediti način nasleđivanja reproduktivnih ćelija, jer se one ne nasleđuju. Reproductivne ćelije mogu se preneti na drugi način, koji ne predstavlja materiju ostavinskog rešenja.⁵⁷ Materijalno je pogrešno pozivati se na ostavinsko rešenje u ovom slučaju. Ovakav prenos prava može se sprovesti samo na osnovu pravila sadržanih u ZBMPO, potpuno zaobilazeći nasledno pravo. Takođe, za autora rada nepoznato je odakle potiče nalaženje Višeg suda da se okolnost uništenja mora posebno ugovoriti.⁵⁸

Treći slučaj tiče se Tijane P. N. Činjenice koje čine korpus samog slučaja slične su činjenicama iz slučaja Ane M. Odluka drugostepenog suda omogućila je supruzi preminulog muža da nasledi njihove embrione i da ih iskoristi u daljem

53 U obrazloženju presude Prvostepenog suda nalazi se da ostavinsko rešenje ima deklarativni karakter, što znači da tužilja pravo na embrionima stiče konstitutivno u času smrti partnera, a ne u ostavinskom rešenju. Dalje, kada bi embrione stekla putem ostavinskog rešenja koje je sačinio Javni beležnik, tada bi rešenje dobilo konstitutivni karakter. Iz toga proizlazi nalaz suda da „*mortis causa* odluka ne može menjati odluku *inter vivos*”. Pošto se na prenos embriona ne primenjuju pravila naslednog prava, ovakvo stanovište ostaje neprimenjivo u datom slučaju.

54 Ovaj problem obrađen je pod podnaslovom 4.1 Zakon o biomedicinski potpomognutoj oplodnji.

55 ZON RS, Službeni glasnik RS46/95, 101/2003 – odluka USRS i 6/2015, član 1.

56 ECHR, Case of Parillo v. Italy, no. 46470/11, 27 August 2015.

57 Podnaslov 4.2 Naslednopravni i porodičnopravni aspekti posthumne reprodukcije.

58 U obrazloženju citirane presude Višeg suda nigde ne piše pravni osnov za takvo shvatanje.

postupku.⁵⁹ Glavna razlika u odnosu na prvi slučaj, a ujedno i sličnost sa drugim slučajem je predmet zahteva. Naime, kao u prethodnom slučaju, ovde se ne radi o gametima, nego je reč o već formiranim embrionima.⁶⁰

5. *PARPALAIX V FRANCE*

Prvi slučaj u svetu koji za predmet ima raspolaganje reproduktivnim ćelijama bio je slučaj Parpale protiv Francuske. Zbog čestog upućivanja na njega u radu, ali i zbog šireg pravnog značaja on se izdvaja kao poseban naslov. Predmet spora bilo je pitanje saglasnosti kao uslov za sprovođenje postupka raspolaganja reproduktivnim ćelijama.⁶¹ U nastavku biće reči o postojanju saglasnosti za deponovanje reproduktivnih ćelija, ali bez izričite saglasnosti da se takve ćelije iskoriste za potrebe posthumne oplodnje.

Samardžić (2013, 391) ukazuje na zanimljiv slučaj u francuskoj praksi, a tiče se situacije kada preminuli supružnik nije dao nikakvu izričitu saglasnost za posthumno začeće. Preživeli supružnik želeo je da iskoristi reproduktivni materijal preminulog, međutim klinika je istakla zahtev da taj materijal uništi. Otvorilo se pitanje čiji interes je važniji u datom trenutku? Da li zaštititi interes preživelog supružnika ili zaštititi interese javnog poretka i pravne sigurnosti. Autorka dalje navodi da se u tim situacijama ponekad iznosi poseban uslov, da li lice u životu koje ističe zahtev ima imovinsku ili kvazi-imovinsku komponentu raspolaganja tim ćelijama. U takvoj situaciji preživeli partner može raspolagati kako god poželi ćelijama, makar i u suprotnosti sa željama preminulog. Ovakvo shvatanje bilo bi previše liberalno i protivno samom smislu ovog postupka.

Gospodin Alan Parpale (Alain Parpalaix) otkrio je da ima rak testisa. Tretmani hemioterapije počeli su 1981. godine. Usled straha od gubitka reproduktivne sposobnosti na koju su ga lekari upozorili, on svoje spermatozoide deponuje u banku sperme iste godine. Ugovor sa bankom sperme nije predviđao mogućnost njihovog raspolaganja u slučaju smrti. Zanimljivo je da je par brak zaključio tek dve godine nakon deponovanja sperme, 1983. godine (Katz 1998, 684–688). Alan Parpale preminuo je dva dana kasnije. Njegova sperma je ostala u banci i otvorilo se pitanje kakva će biti njena sudbina. Supruga Korin (Corinne) tražila je da joj se da na raspolaganje sperma preminulog, kako bi je iskoristila u postupku veštačke oplodnje. Njen zahtev je bio odbijen. Obrazloženje odbijanja leži u činjenici da je gospodin

59 Nova.rs (Marković 2024). <https://nova.rs/vesti/drustvo/drzava-se-izivljava-ljubica-zasluzuje-da-dobije-jedino-sto-joj-je-od-sina-ostalo-ana-i-tijana-su-se-na-sudu-borile-za-embrione-sad-podrzavaju-zenu-koja-je-nasledila-zamrznute-celije/>, poslednji pristup 10. oktobar 2024.

60 Za detaljnije o slučaju Tijane P. N. pogledati Barać (2023a, 457–469).

61 Pogledaj podnaslov 4.1 Zakon o biomedicinskim potpomognutoj oplodnji.

Parpale želeo da ostavi svoju spermu, ali nigde nije dao saglasnost za rođenje posthumnog deteta. Drugo obrazloženje leži u činjenici da reproduktivne ćelije predstavljaju „nevidljivi deo tela” što znači da se ne može njime raspolagati bez izričite saglasnosti lica od koga potiču. Gospođa Korin ističe da je jedini smisao i svrha deponovanja sperme njenog supruga bila upravo namera za začetkom deteta i da ona bude majka njegovog deteta (Samardžić 2013, 392). Zanimljivo je isticanje da je pravo na roditeljstvo njeno „najsvetije pravo” i da bi trebalo da joj se dozvoli da oseti dar roditeljstva (Katz 1998, 685). Ne postoji drugi razlog kojim bi se opravdala njena želja. Istakla je i da se ne poštuje poslednja želja njenog supruga i da je njeno pravo na roditeljstvo ugroženo (Samardžić 2013, 392). Autor Kac (Katz) navodi da je sud počeo sa raspravljanjem o samom postupku posthumne oplodnje. Došao je do zaključka da francuski pravni poredak nema nikakva rešenja po ovom pitanju. Dalje autor napominje da je po Građanskom zakoniku (*fr. Code Civil*), pravilo da je dete ostaviočevo ukoliko je rođeno 300 dana nakon smrti roditelja (Katz 1998, 686). Na kraju je sud došao do ideje da se uopšte ne upušta u ovo pitanje, uz obrazloženje da je važnije da se „revidiraju tradicionalna shvatanja u novonastaloj situaciji” (Katz 1998, 686). Drugim rečima, sud je odlučio da stupi u popunjavanje novonastale pravne praznine, tako što će vagati interese stranaka. Na kraju je presuđeno u korist gospođe Korin, isticanjem da se nedvosmisleno može utvrditi poslednja namera njenog preminulog supruga. Takođe, sud ističe da se ovim štite fundamentalna prava (poštovanje poslednje volje ostavioca i pravo na roditeljstvo) i da ona ne mogu biti predmet ugovora. Poenta je da o sudbini reproduktivnih ćelija odlučuju lica koja su ih nasledila. Zanimljivo je što se sud uopšte nije bavio pitanjima dozvoljenosti posthumne oplodnje, niti pitanjem srodstva (Samardžić 2013, 392–393).

6. POSTHUMNO ZAČEĆE U SAD

Postupak raspolaganja reproduktivnim ćelijama i posthumne oplodnje naročito je značajan u Sjedinjenim Američkim Državama. Naime, uprkos različitostima pravnih sistema Republike Srbije, koji pripada evrokontinentalnoj pravnoj tradiciji i koja se značajno razlikuje u odnosu na anglosaksonski pravni poredak, po pitanju ove tematike može se zapaziti nekoliko sličnosti. Što se normativnog okvira tiče, iako u SAD ovaj postupak nije jedinstveno uređen, određeni uslovi (saglasnost, rok, brak) pojavljuju se i u evropskim zemljama. Jedna specifičnost koja se može zapaziti u izabranim slučajevima jeste isticanje imovinskopravnih komponenti kao osnovni argument u borbi za oglašavanjem posthumnog deteta za naslednika.⁶² Slučajevi u nastavku rada kao i mali uvod načina regulisanja izabrani su zbog pitanja koja se

62 Recimo, u slučaju Heht protiv Višeg suda (Hecht v Superior Court) među argumentima za uništavanje semene tečnosti našao se finansijski stres; u slučaju Kolasi jedan od glavnih argumenata za

moгу pojaviti i u pravnom poretku Republike Srbije. Naročita pažnja usmerena je na argumentima kojima su se služile strane u sporovima. Takvi argumenti izlaze iz okvira pripadnosti pravnog poretka i mogu se postaviti u domaćoj praksi.

6.1. Zakonska regulacija u SAD

Pojedine savezne države nejasno uređuju postupak posthumne oplodnje. U principu, ovaj postupak je dozvoljen u svim saveznm državama, što dovodi do otvaranja drugih važnih pitanja na koje autor Kindregan ukazuje. Neka značajna pitanja u pogledu posthumno začete dece jesu pravila o nasleđivanju (da li takvo dete smatrati naslednikom), prava na socijalno osiguranje kao i obavezu izdržavanja takvog deteta. Neke savezne države pominju obavezu isplaćivanja određenog izdržavanja iz zaostavštine lica koje je roditelj posthumong deteta (Kindregan 2009, 441).

Pojedine savezne države donele su Jedinstveni zakon o roditeljstvu koji sadrži određene odredbe koje se tiču posthumno začete dece. Značajne su odredbe koje se tiču roditeljstva. Zakon je propisao da ukoliko pojedinac koji namerava da bude roditelj deteta začetoг uz pomoć veštačke reprodukcije umre u periodu između prenosa gameta ili embriona i rođenja deteta, smrt pojedinca neće uticati na utvrđivanje roditeljstva ako bi pojedinac inače bio roditelj deteta po ovom zakonu. Bitno je istaći da nisu sve države prihvatile pomenuti Zakon ili su ga prihvatile u izmenjenom obliku. Primer koji se navodi u literaturi tiče se država Teksasa (Texas), Jute (Utah) i Vašingtona (Washington) gde se u članu koji uređuje ovo pitanje izostavlja reč pojedinac i zamenjuje rečju supružnik želeći da ovaj postupak ograniči isključivo na lica koja su u braku. Važno je istaći da trenutno nema savezne države čije zakonodavstvo eksplicitno zabranjuje postupak posthumne reprodukcije. Poslednja u nizu država koja je eksplicitno zabranjivala ovaj postupak bila je Severna Dakota (North Dakota) koja je 2005. dozvolila ove postupke (Kindregan 2009, 441–442).

U literaturi se navode određeni uslovi neophodni za dozvoljenost ovog postupka. Najpre, trebalo bi istaći da se takva pitanja tiču saglasnosti, vremenskog ograničenja ali i bračnog statusa.⁶³ Ukoliko je pojedinac dao pisanu saglasnost za potpomognutu reprodukciju, a žena je pristala da takvo dete rodi, a zatim nastupi smrt pojedinca pre prenosa polnih ćelija ili embriona, preminuli pojedinac biće roditelj deteta ukoliko se ispune tri uslova. Prvi uslov je da postoji namera za rođenjem posthumnog deteta (saglasnost). Jedan slučaj je da je pojedinac ostavio pisanu saglasnost da se nakon smrti iskoriste njegovi gameti u slučaju posthumne oplodnje. Tada će se lice smatrati roditeljem deteta. Drugi slučaj tiče se izostanka pisane sagla-

priznanje svojstvo naslednika ticalo se ekonomskog okvira prava na socijalnu pomoć, kao i posmatranje koncepta nasleđivanja kao osnovni koncept za ostvarivanje ekonomske sigurnosti deteta.

63 Uprkos bračnom statusu koji se propisuje u nekim državama, akcenat se stavlja na prva dva uslova.

snosti, ali se namera lica za potomstvom može čvrsto utvrditi na neki drugi način. Što se tiče kvaliteta saglasnosti, da bi se dete začeto ovim postupkom smatralo za naslednika preminulog lica, potrebna je tzv. minimalna saglasnost. To u praktičnom domaćaju znači da pojedine države, kao što su Lujzijana (Louisiana), Kalifornija (California) i Virdžinija (Virginia), u svojim statutima predviđaju da će se otac posthumnog deteta smatrati kao takav, ukoliko je pre smrti dao dozvolu da se njegove reproduktivne ćelije ubace u postupak artificijalne oplodnje. Objašnjenje za ovo rešenje jeste propis koji predviđa da ukoliko se muž saglasi za postupak artificijalne oplodnje, dete će se smatrati za njegovo bez obzira čiji genetski materijal se koristi (da li njegov ili donorov). Pravni poredak tada njega smatra za oca deteta bez obzira na genetsku vezu. Ista logika stoji i ukoliko je muž preminuo, a njegov reproduktivni materijal je iskorišćen. Drugačije stanovište imaju države koje su u potpunosti prihvatile Jedinostveni zakon o roditeljstvu (primera radi Teksas). Tada se traži specifična saglasnost. Potrebno je da postoji saglasnost kojom otac prihvata takvo dete za svoje. Recimo država Juta predviđa da je potrebna dupla saglasnost – jedna se tiče saglasnosti za postupak veštačke oplodnje, a druga saglasnost za uspostavljanje roditeljskog odnosa (da prihvata takvo dete kao svoje). Pitanje je koliko je ovakav proces neophodan, jer sudovi zauzimaju stanovište da, ukoliko je u toku života supružnik dao saglasnost za postupak artificijalne oplodnje, većina statuta smatraće ga odgovornim za to dete. Izuzetak čini Florida koja uopšte ne zahteva saglasnost. Oni zauzimaju stanovište da je najbitnija namera ostavioca za postojanjem potomstva. Način na koji će se utvrđivati njegova namera ne mora strogo da bude izričita saglasnost. Moguće je nameru otkriti i iz drugih okolnosti (Lewis 2008, 29–30). Ovo je jedan od najliberalnijih pristupa koji se pojavio u svetu.

Drugi uslov koji je potrebno ispuniti tiče se vremenske granice. Iako je zakon predvideo dva uslova, pojedini statuti unose drugačija rešenja. Načelno, jedan uslov se tiče embriona koji je potrebno usaditi u matericu u roku koji ne sme biti duži od 36 meseci nakon smrti lica. Drugi se tiče časa rođenja deteta koji sme biti najkasnije 45 meseci nakon smrti lica.⁶⁴ Izuzetak predstavlja recimo statut Kalifornije, koji predviđa da dete mora da bude začeto u roku od dve godine od smrti oca. Virdžinija i Florida uopšte ne postavljaju nikakvo vremensko ograničenje za začetak deteta (Lewis 2008, 33).

Treći uslov koji se često navodi jeste bračni status partnera koji žele da prođu kroz postupak posthumne oplodnje. Recimo, Teksas i države koje su prihvatile Jedinostveni zakon o roditeljstvu drže se stanovišta da je ovo pravo rezervisano za bračne drugove. Manji broj država ima liberalno shvatanje koje ne zahteva bračni status. Takav primer je recimo Florida, koja stavlja akcenat na princip roditeljstva

64 Uniform Parentage Act (2000) (amended 2002), drafted by the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, § 708.

i stvaranja potomstva u odnosu na bračni status. Kalifornija uopšte ne ograničava pravo na ovaj postupak u kontekstu bračnog pitanja (Lewis 2008, 33–34). Suština je vaganje interesa. U daljem radu biće prikazani slučajevi u kojima je sud dozvoljavao i vanbračnom partneru da iskoristi reproduktivni materijal preminulog lica.

Primer različitog Jedininstvenog porodičnog zakona koji se navodi u literaturi tiče se država Teksasa, Jute i Vašingtona gde se u članu koji uređuje ovo pitanje izostavlja reč pojedinac i zamenjuje rečju supružnik želeći da ovaj postupak ograniče isključivo na lica koja su u braku. Važno je istaći da trenutno nema savezne države čije zakonodavstvo eksplicitno zabranjuje postupak posthumne reprodukcije. Poslednja u nizu država koja je eksplicitno zabranjivala ovaj postupak bila je Severna Dakota koja je 2005. dozvolila ove postupke (Kindregan 2009, 441–442).

6.2 Slučajevi u američkoj sudskoj praksi

U daljem delu rada biće prikazani slučajevi koji su se pojavili pred američkim sudovima. Interesantno je videti kako su sudovi tumačili različite odredbe, kao i prikazati suprotstavljene interese stranaka u postupcima. Naročita pažnja posvetiće se ulozi suda u njihovom vaganju i pitanju kom interesu treba pridati značaj. Glavni razlog pominjanja američke prakse jesu problemi u vezi sa pravnom vezom posthumne dece sa preminulim roditeljem. Takvi problemi se nisu pronašli u domaćoj sudskoj praksi, ali nije nemoguće da do njih dođe. Određeni argumenti koji su izneti svakako bi bili od značaja i za domaću praksu.

U slučaju Heht protiv Višeg suda⁶⁵ sporno pitanje koje se rešava jeste da li semena tečnost spada u predmet nasleđivanja⁶⁶ ili je ipak reč o specifičnom pitanju prenosa imovine. U slučaju Kolasi⁶⁷ postavilo se pitanje da li se posthumnom detetu priznaje svojstvo naslednika. Slučaj Vudvard⁶⁸ ističe se jer sud u tom slučaju izvodi volju ostavioca na osnovu drugih okolnosti. Ovo pitanje nije od tolikog značaja za domaću praksu u kojoj se zahteva pisana saglasnost. Slučaj je našao mesto u radu zbog značajne uloge suda. Slučaj Kabaz (Khabazz) je primer u kojem sud čini suprotno, on beži od svoje uloge i svoju presudu zasniva na argumentu da uređivanje ovog postupka nije posao za sud, već za zakonodavca. Doprinos takve presude može jeste da je sud svestan specifičnosti ovakvog postupka, njegovih posledica, ali i potreba za detaljnim uređenjem. S druge strane, svalio je jedno pitanje na zakonodavca i sakrio se od problema kojim je bio izložen.⁶⁹

65 Pogledati 6.4.1 *Hecht v Superior Court*.

66 Pošto je njen preminuli partner Kejn (Kane) ostavio semenu tečnost testamentom.

67 Pogledati 6.4.2 *Kolacy*.

68 Pogledati 6.4.3 *Woodward*.

69 U radu je objašnjeno da je ipak postojao mehanizam da sud deluje, ali ipak to nije učinio. Više o tome pod 6.4.4. *Khabbaz*.

6.2.1 *Hecht v Superior Court*

Prvi slučaj jeste Heht protiv Višeg suda iz 1993. godine. Ovo je slučaj koji potiče iz Kalifornije, a radi se o situaciji u kojoj je postojala izričita saglasnost Kejna, da njegove semene ćelije nakon njegove smrti iskoristi njegova partnerka, Heht. Naime, Kejn je tako postupio pošto je neko vreme planirao da izvrši samoubistvo. Pre nego što je izvršio samoubistvo, sačinio je testament kojim svojoj devojci Heht ostavlja deo imovine. Uprkos testamentu, Kejn je imao decu iz prvog braka, kojima je pripao najveći deo. Problem nastaje nakon što banka sperme odbija da dozvoli Heht da iskoristi reproduktivne ćelije preminulog partnera. On se tiče pravnog položaja samih reproduktivnih ćelija. Da li bi spermu preminulog Kejna trebalo posmatrati kao specifičan deo imovine, koji je kao takav isključivo pripao njegovoj devojci Heht, na osnovu testamenta, ili ipak treba zauzeti stanovište opšteg principa, u kojem pogledu bi deca imala pravo na značajan deo zaostavštine i u tom slučaju (deca su posedovala oko četiri petine zaostavštine, da li to znači da imaju pravo da raspolažu sa četiri petine reproduktivnih ćelija, a da Heht pripadne tek jedna petina?) Ukoliko bi reproduktivne ćelije imale status specifičnog dela imovine, njima se ne bi raspolagalo na opšti način kao sa običnom imovinom nekog lica. Prvostepeni sud naložio je uništavanje reproduktivnih ćelija, iz razloga da bi njihovo iskorišćavanje poremetilo postojeće porodične odnose dece iz prvog braka i izazvalo razne psihičke, emocionalne i finansijske stresove. Drugostepeni sud ipak je zauzeo stanovište da sperma u datom slučaju ima poseban status i da raspolaganje može biti omogućeno isključivo u skladu sa ostaviočevom voljom (voljom i namerom osobe od koje potiče). Zbog takvog shvatanja, Heht je omogućeno da dobije spermu i da začne dete (Samardžić 2013, 390–391). Od velikog uticaja za shvatanje drugostepenog suda bio je slučaj *Parpale* koji se pominjao u ovom radu.⁷⁰ Važno je napomenuti da teorija nije čvrsto stala iza ovakve presude. S jedne strane presuda drugostepenog suda u slučaju Heht dobijala je pozitivne ocene od strane teorije, dok je s druge strane kritikovana. Najveće kritike upućene su baš iz razloga nedostatka sećanja i emotivne veze deteta sa njegovim genetskim ocem (Samardžić 2013, 391).

6.2.2 *Kolacy*

U slučaju Kolasi ne radi se neposredno o začetku posthumnog deteta. Glavni predmet ovog slučaja predstavljaju prava koja proističu iz postupka posthumne oplodnje. Supruga Vilijema Kolasija (William Kolacy), Marian Antonija Kolasi (Marian Antonia Kolacy), želela je da pribavi socijalnu pomoć (Social Security Benefit) za bliznakinje koje je rodila. Problem je začće bliznakinja, do kojeg dolazi nakon smrti Vilijema Kolasija. On je reproduktivne ćelije deponovao pre smrti u banku, iz

70 Podnaslov 5. *Parpalaix v France*.

straha od mogućeg gubitka reproduktivne sposobnosti usled procesa lečenja teške bolesti (leukemije). Nakon više od 18 meseci od njegove smrti, supruga u postupku veštačke oplodnje rađa bliznakinje. Administracija nadležna za poslove socijalne pomoći odbija majci pravo na socijalnu pomoć, čiji osnov leži u činjenici postojanja potomstva od strane preminulog osiguranika. Pomenuti organ odbijao je da prihvati pravnu vezu između preminulog lica i bliznakinja koje su rođene putem posthumne oplodnje. Uprkos postojanju genetske i biološke veze, bliznakinje ne predstavljaju naslednike jer nisu začete za vreme života ostavioca (Lewis 2008, 12–15). Posmatrano iz ugla najboljeg interesa deteta, deca itekako imaju pravo na finansijsku pomoć od strane roditelja. Još jedno važno pitanje je da li bi ostavilac svoju decu ostavio bez određene finansijske potpore. Činjenično stanje je da su ekonomska prava itekako značajna za normalno funkcionisanje i odrastanje dece. Položaj dece dodatno je otežan zbog odrastanja bez jednog roditelja, samim tim bilo bi neopravdano da se situacija otežava iz ekonomskih razloga. Suština socijalne pomoći koja se isplaćuje u ovakvim situacijama jeste da nadomesti primanja koja izostaju zbog smrti roditelja. Reklo bi se da bi proglašenje posthumne dece za naslednike uspeo da obezbedi paket ekonomske sigurnosti (deci bi pripala određena zaostavština kao i pravo na socijalnu pomoć). Prema rečima Levisa, sud⁷¹ je u konačnoj presudi uzeo u obzir baš ovakva stanovišta. Bliznakinje su prihvaćene za naslednice. U presudi se ističe kako pravo na socijalnu pomoć svoje uporište pronalazi u volji ostavioca za finansijskom podrškom dece, pa je tako i dosuđeno uzimajući u obzir i razloge pravičnosti (Lewis 2008, 12–15).

6.2.3 Woodward

Slučaj Vudvard činjeničnom građom dosta podseća na slučaj Kolasi. Voren Vudvard (Warren Woodward) usled saznanja da boluje od teške bolesti (leukemije) ostavlja svoje reproduktivne ćelije u banci reproduktivnog materijala. Dve godine nakon njegove smrti, njegova supruga Loren (Lauren) rađa dvoje dece koristeći Vorenovu spermu. Ona ističe zahtev za priznanje socijalne pomoći koja joj pripada po istom osnovu kao što ističe Mariantonija u slučaju Kolasi. Njen zahtev biva odbijen pošto organ njenu decu ne prepoznaje i kao Vorenovu decu, usled činjenice da nisu začeta u trenutku smrti lica. Supruga je uspeła u posebnom postupku da izdejstvuje da se u matičnim knjigama Voren upiše kao otac dece. Takvu činjenicu organ nadležan za poslove socijalnog osiguranja nije uzimao u obzir. Oni su zauzeli čvrsto stanovište da porodičnopravni propisi i pravila o nasleđivanju ne dozvoljavaju posthumnoj deci da se pozovu u svojstvu naslednika. S druge strane, Loren se poziva na genetsku i biološku vezu između ostavioca i dece kao osnovni argument za priznanja svojstva naslednika. Levis (2008, 15–20) u radu navodi kako su oba stanovišta

71 Viši sud Nju Džersija (*Superior Court of New Jersey*).

odbačena. Kao u prethodnom slučaju, ovde dolazi do sukoba istih interesa. Prava i ekonomska sigurnost dece suprotstavljeni su brzinom, sigurnošću i efikasnošću ostavinskog postupka. Međutim, novitet ovog slučaja je dokazivanje interesa ostavioca. Slučaj Kolasi nije se prvenstveno držao volje ostavioca. Volja Vilijema Kolasija u suštini je pomenuta, ali nije bila od presudnog značaja. Prvenstveno se prioritet davao najboljem interesu deteta. Najbolji interes deteta je od izuzetnog značaja i u ovom slučaju, samo što ovde dolazi do uspostavljanja tzv. trodelnog modela. Svim je opravdavajuće shvatanje suda da je potrebno pozabaviti se i pitanjem odnosa ostavioca prema načinu iskorišćavanja njegovih reproduktivnih ćelija. Ostavilac ima pravo na reprodukciju i ostavljanje potomstva, a da li će to pravo iskoristiti to je isključivo njegova stvar. Moguće je zamisliti da lice ostavi reproduktivne ćelije ali da ne planira da ih iskoristi nakon njegove smrti. Nije isključena ni mogućnost da lice pre smrti izgubi volju za posthumnom reprodukcijom. Iako neobično, moguće je da ostavilac nema želju da posthumna deca budu njegovi naslednici. Vraćajući se samom slučaju Vudvard, sud je u trodelnom testu video način rešavanja ovih dilema. Prvi deo je utvrđivanje roditeljstva posthumno rođene dece. Drugi deo je utvrđivanje volje ostavioca za posthumnim začećem. Interesantno je da volja za posthumim začećem ne mora biti isključivo saglasnost, već se može izvesti i iz drugih okolnosti. Treći deo predstavlja dokazivanje želje ostavioca da prihvati decu za naslednike i njegovu spremnost na finansijsku pomoć. Dodatni argument sud pronalazi u činjenici da zakonodavac države Masačusets (Massachusetts) propisuje odredbu kojom posthumnu decu izjednačava sa položajem ostale dece (Lewis 2008, 15–20). Važna napomena je da trodelni test isključivo potiče iz prakse, ali je značajan za rešavanje pitanja sposobnosti nasleđivanja posthumne dece.

6.2.4. Slučaj Khabbaz

Treći slučaj koji autor Levis (2008, 20–24) navodi jeste slučaj Kabaz. Za razliku od prethodna dva slučaja iz američke sudske prakse, ovde sud nije priznao pravnu vezu između posthumno začete dece i njihovog preminulog roditelja. Ovde se posebno ističe Vrhovni sud Nju Hempšira (Supreme Court of New Hampshire). On je odlučivao u vezi sa presudom koju je doneo Sud istoimenog distrikta (The District Court of New Hampshire). Pomenuti sud rešavao je pitanje da li posthumno začeto dete može naslediti preminulog oca po zakonima o nasleđivanju Nju Hempšira. Par Kabaz imao je jedno dete. Nakon što je Rumzi Brajan Kabaz (Rumzi Brian Khabazz) saznao da boluje od teške bolesti, ostavio je semenu tečnost u bancu i ovlašćuje ženu da nakon njegove smrti začne dete. Naročito je istakao da bi voleo da bude otac začetog deteta. Nakon dve godine, njegova supruga Eng rodila je devojčicu Kristinu (Christine). Obratila se Administraciji nadležnoj za poslove

socijalne pomoći koja njen zahtev odbija. Zahtev tužilje zasnivao se na tri elementa. Prvi je da postoji biološka i porodična veza deteta, kao što je isticano u slučaju Vudvard i Kolasi. Drugi element je pokušaj da se dete prizna kao vanbračno, jer odredbe o nasleđivanju države Nju Hempšir vanbračnoj deci dozvoljavaju pravo nasleđivanja roditelja. Sud je odbacio oba stanovišta. Centralni problem nastaje povodom trećeg elementa – pitanja javnog interesa. Sud se drži stanovišta da je problem zakonodavca šta će biti javni interes a šta ne, tako da ta stvar izlazi iz nadležnosti suda (Lewis 2008, 20–24). Koliko god ovakvo stanovište bilo zakonito postavlja se pitanje da li bi sud trebalo da se krije iza zakonodavca. Nijedna odredba zakona o nasleđivanju države Nju Hempšir ne upućuje eksplicitno na to da činjenica posthumnog rođenja deteta onemogućava nasleđivanje. Sud se praktično sakrio iza pravne praznine koja je nastala usled nedovoljno jasnih odredbi. Neopravdana razlika povučena je između deteta koje je par Kabaz imao, i deteta koje je posthumno rođeno. Činjenica trenutka rođenja napravila je preveliku razliku između položaja dece. S druge strane, primenom trodelnog principa koji je ustanovljen u slučaju Kolasi, došlo bi se do jasnog zaključka da bi takvo dete trebalo nasleđivati (Lewis 2008, 23–24). Ostalo je otvoreno pitanje da li ovakvo rešenje povređuje Kabazovo pravo na rađanje dece?

Ova tri slučaja na koja ukazuje Levis (2008, 12–24) samo su pokazatelj da u zavisnosti od činjenica koje nastaju u gotovo identičnim situacijama, epilog postupka može biti radikalno različit. U prva dva postupka, deca su dobila svoje pravo nasleđivanja, dok u trećem slučaju to pravo biva uskraćeno, uprkos veoma sličnoj argumentaciji koja je bila sveprisutna u prethodnim slučajevima.

7. ZAKLJUČAK

Postupak posthumne oplodnje zbog svoje složenosti i posledica zahteva detaljno regulisanje od strane zakonodavca. Srpsko zakonodavstvo postupak raspolaganja reproduktivnim ćelijama ne reguliše detaljno. Zabranjeno je stvarati embrione reproduktivnim ćelijama nakon smrti lica. Na taj način zabranjeno je raspolaganje svim onim ćelijama koje ne predstavljaju stvorene embrione. Ukoliko je pre smrti lica embrion začet ostaje mogućnost raspolaganja – ako je data saglasnost davaoca koja je u skladu sa zakonom dozvoljenom namenom. Međutim, to stanovište i dalje nije precizno određeno.⁷² Pitanje raspolaganja reproduktivnim ćelijama ne može se potpuno obraditi bez osvrta na posthumnu oplodnju.

⁷² Problem tumačenja pravila ZBMPO objašnjen je u podnaslovu 4.1 Zakon o biomedicinski potpomognutoj oplodnji.

Taj postupak je zapravo kruna i centralni postupak, kao i smisao raspolaganja reproduktivnim ćelijama. Postupak posthumne oplodnje definiše se kao postupak koji za cilj ima začetak deteta nakon smrti roditelja. Na pitanje da li posthumno začeto dete ima naslednu sposobnost upućuje se na pravila o nasleđivanju. ZON RS takvu mogućnost zabranjuje, putem odredbe u kojoj naslednik može biti lice začeto za života ostavioca, ukoliko je živo rođeno.

Od značaja su uporednopravna rešenja. Pravila variraju od potpune zabrane postupka posthumne oplodnje (Francuska), pa do uređenja i dozvoljenosti ovakvog postupka (Holandija, Belgija, Španija). Posebno se ističu Sjedinjene Američke Države koje ne uređuju ovaj postupak na jedinstven način. Kako nijedna od saveznih država eksplicitno ne zabranjuje ovaj postupak, otvorilo se pitanje kada je dozvoljen i kakve će posledice biti. Centralna pitanja se obično tiču pravne veze između posthumnog deteta i njegovog preminulog roditelja. Takva pitanja mogu se postaviti i u domaćem pravnom sistemu, što opravdava mesto prikaza američkog sistema u ovom radu. U različitim slučajevima da se primetiti da se sudovi drže zakonodavstva pojedinih saveznih država, na čijem nivou je uređeno rešavanje ovog pitanja.

Predlog i preporuka zakonodavstvima svih zemalja u kojima postupak posthumne oplodnje nije detaljno uređen, među kojima je i Republika Srbija, je da se detaljno pozabave uređenjem postupka, uslova i posledicama. Takvo regulisanja obično prati promena ne samo jednog, već više zakona. Kako je potrebno posebnim zakonom ovu oblast detaljno urediti, tako je potrebno prilagoditi i odredbe porodičnog, ali i naslednog prava.

Različiti argumenti zastupljeni su iz ugla etike. Sa jedne strane potrebno je zaštititi najbolji interes deteta – u koji se svrstava i najbolji interes posthumnog deteta.⁷³ Dodatni interes tiče se želje roditelja za prokreacijom.⁷⁴ Druga strana nas upućuje da je potrebno zaštititi pravni poredak. Naročito je ugrožena funkcionalnost ostavinskog postupka, koji mora da bude siguran, brz i efikasan. Pored toga, važno je i očekivanje stranke u postupku. Usled nepostojanja jasnih i definisanih pravila, pa i zbog slučajeva koji su se javili u domaćoj praksi, a koji su svakako dočekali svoje epilog nakon duge borbe i neizvesnosti, pitanje je koliko lice može da se uzda u pravila koja su negde zapisana, ali čija je primena nesigurna. Kada nam jezik i značenje norme ne ostvare svrhu, cilj ili funkciju zbog koje je doneta, otvara se pitanje kako postupati s njom (Vasić, Jovanović, Dajović 2021, 335).

73 Bitna napomena je da je najbolji interes moguće isticati ukoliko se začne dete u postupku posthumne oplodnje. Ukoliko nije došlo do začeca deteta, tada nema najboljeg interesa deteta, pošto titular tog prava (dete) još uvek nije ni začeto.

74 Više o tome u uvodnom razmatranju, naročito iz ugla prava na rađanje.

LITERATURA

1. Barać, Ivana. 2/2023a. Posthumna oplodnja: život posle smrti? *Pravni Zapisi* XIV: 438–475. Beograd: Časopis Pravnog fakulteta Univerziteta Union.
2. Barać, Ivana. 2/2023b. Surogat materinstvo–Mehanizam biomedicine u borbi protiv infertiliteta. *Anali Pravnog fakulteta* 71: 259–289. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
3. Draškić, Marija. 2023. Porodično pravo i prava deteta. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu
4. Đurđević, Dejan. 2023. Institucije naslednog prava. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
5. Handayani, Trini, Henny Nuaereny. 2023. Criminal Law Study on Sperm Trading as a Part of Human Organ in Vitro Fertilization Process for Infertile Couple *Proceedings of the International Conference On Law, Economics and Health (ICLEH-22)*: 311–320.
6. Janjić-Komar, Marina. 2006. Roditeljska odgovornost. 247–253. U: Novo porodično zakonodavstvo (ur. prof. dr Zoran Ponjavić). Kragujevac: Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu.
7. Katz, Gail A. No. 3/1998. Parpalaix c. CECOS: Protecting Intent in Reproducing Technology. *Harvard Journal of Law and Technology* 11: 683–698.
8. Kindregan Jr., Charles P. 2/2009. Dead Dads: Thawing an Heir from the Freezer. *William Mitchell Law Review* 35: 433–448.
9. Lewis, Browne C. 157/2008. Dead Men Reproducing: Responding to the Existence of Afterdeath Children. *Cleveland-Marshall Legal Studies Paper* 8: 1–52.
10. N1. 2024. Borba majke da spasi reproduktivne ćelije preminulog sina: „Želim da ispunim njegovu poslednju želju”. Maj 2024. <https://n1info.rs/vesti/borba-majke-da-spasi-reproduktivne-celije-preminulog-sina-zelim-da-ispunim-njegovu-poslednju-zelju/>, poslednji pristup 10. oktobra 2024.
11. Novakov, Sara. 2024. Ljubici je sin pre smrti ostavio svoje reproduktivne ćelije, sada se ona bori da ih sačuva od uništenja. NIN. Maj 2024. <https://www.nin.rs/drustvo/vesti/50011/ljubici-je-sin-pre-smrti-ostavio-svoje-reproduktivne-celije-sada-se-ona-bori-da-ih-sacuva>, poslednji pristup 10. oktobra 2024.
12. Marković, Ana. 2024. „Država se izivljava, Ljubica zaslužuje da dobije jedino što joj je od sina ostalo”: Ana i Tijana su se na sudu borile za embrione, sad podržavaju ženu koja je nasledila zamrznute ćelije, Nova.rs. Maj 2024. <https://nova.rs/vesti/drustvo/drzava-se-izivljava-ljubica-zasluzuje-da-dobije-jedino-sto-joj-je-od-sina-ostalo-ana-i-tijana-su-se-na-sudu-borile-za-embrione-sad-podrzavaju-zenu-koja-je-nasledila-zamrznute-celije/>, poslednji pristup 10. oktobar 2024.
13. Panov, Slobodan. 2019. Porodično pravo. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
14. Republički zavod za statistiku. 2024. Živorodeni i umrli, januar-avgust 2024. <https://publikacije.stat.gov.rs/G2024/Html/G20241263.html>, poslednji pristup 17. oktobra 2024.

15. Duka, Suzana. 2023. Embrioni zarobljeni nakon smrti partnera, RTS. Jul 2023. <https://www.rts.rs/lat/vesti/drustvo/5234338/embrioni-smrt-partnera-vestacka-oplodnja-ana-danijela-crkva.html>, poslednji pristup 10. oktobar 2024.
16. Samardžić, Sandra. 4/2013. Porodičnopravni aspekti posthumne oplodnje. 387–403. XLVII U: Zbornik radova Pravnog fakulteta (ur. prof dr Slobodan Orlović). Novi Sad. Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu.
17. Styer K., Aaron, Natalie A. Cekleniak, Anna Legedza, George L. Mutter, Mark D. Hornstein. 3/2003. Factors associated with disposition of cryopreserved reproductive tissue. *Fertility and Sterility* 80: 584–589.
18. Trogrlić, Antea. 2018. Uspješnost medicinski potpomognute oplodnje u pacijentica sa endometriozaom. Split: Medicinski fakultet Sveučilišta u Splitu.
19. Vasić, Radmila, Miodrag Jovanović, Goran Dajović. 2021. Uvod u pravo. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu
20. Vidić, Jelena. 3/2011. Posthumna oplodnja i njena naslednopravna dejstva. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* XLV: 553–566.

Plesati sa strancima: mladi pravni naučnici i njihova disciplinarna usmerenost

Timotej F. Obreza

Univerzitet u Ljubljani – Pravni fakultet

UDK 371.214.5:34



0009-0009-0943-5143

Referenca:

Obreza, F. Timotej. 1/2025. Dancing With Strangers: Young Legal Scholars and Their Disciplinary Predicament. *Eudaimonia – Journal of Legal, Political and Social Theory and Philosophy* 9: 116–137

DOI: 10.51204/IVRS_25105A

Ključne reči:

- Pravni fantazam
- Interdisciplinarnost
- Pravno znanje
- Epistemološke perspektive
- Pravna nauka

Autor za korespodenciju:

Timotej F. Obreza,
tfobreza@gmail.com

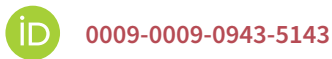
U vremenu kada se „odlazak u interdisciplinarnost” shvata kao jedan od profesionalnih ciljeva, odnosno koraka unapred, dolazi do toga da mladi pravni naučnici bivaju suočeni sa jednostavnim, ali frustrirajućim pitanjem: treba li da težimo tome da sačuvamo sopstveni spori i precizni ritam plesa ili pak da se prepustimo razigranijem ritmu drugih disciplina? Ovaj rad, mali kreativni eksperiment, određuje navedenu dilemu kao „ples sa strancima”. U tom smislu, na scenu stupaju sledeća dva aktera: pravni fantazam, neobično specifična mentalna maska koju nose pravnici, i duh interdisciplinarnosti, razdoznali protivnik koji prelazi granice. Praveći razliku između znanja prava i znanja o pravu, smatramo da oba treba da imaju svoje jasno određeno mesto – pod uslovom da ne postanu neraskidivo uvezani. Uigran, možda isuvišerazigran, rad ne teži da potkopapravnu nauku niti da se potčini njenoj antagonističkoj predstavi, već samo da podstakne čitaoca da odabere sopstvenu koreografiju – pažljivo, svesno i, možda, sa malo stila.

Dancing With Strangers: Young Legal Scholars and Their Disciplinary Predicament

Timotej F. Obreza

University of Ljubljana – Faculty of Law

UDK 371.214.5:34



Cite this article:

Obreza, F. Timotej. 1/2025. Dancing With Strangers: Young Legal Scholars and Their Disciplinary Predicament. *Eudaimonia – Journal of Legal, Political and Social Theory and Philosophy* 9: 116–137

DOI: 10.51204/IVRS_25105A

Keywords:

- Legal Phantasm
- Interdisciplinarity
- Legal Knowledge
- Epistemic Perspectives
- Legal Scholarship

Author for correspondence:

Timotej F. Obreza,
tfobreza@gmail.com

In a time when “going interdisciplinary” is treated as the ultimate career move, young legal scholars possibly face a simple but frustrating question: ought we protect law’s own slow, precise dance, or throw ourselves into the funkier groove of other fields? This paper, a minor creative exercise, frames the dilemma as “dancing with strangers”. Two modest characters take the floor: the legal phantasm, the oddly specific mental mask lawyers share, and the spirit of interdisciplinarity, the curious, boundary-crossing antagonist. By differentiating between knowledge of law and knowledge about law, I go on to suggest that both have their place, provided their steps don’t get hopelessly entangled. Playful, perhaps too playful, the paper isn’t here to bury legal scholarship or to subdue to its antagonistic notion, but simply to nudge the reader into choosing their own footwork – carefully, consciously, and maybe with a little style.

1. INTRODUCTION

Contemporary legal scholarship¹ faces multiple challenges. As part of the fast-paced and shallow academic industry, the days of the good old less is more paradigm may be long gone. There are conferences to attend, articles to write, books to publish, LinkedIn posts to make. In English, that is, preferably. Sometimes, this never-ending circle of production can even seem as an arbitrary and sole end in itself, making the already perplexed and precarious existence of a young legal scholar only more dreadful. So, I believe such state of affairs calls for attention and adaptation. Young legal scholars should be made aware, from an early age, of the new academic market relations that govern their intellectual survival.

Further, as of recently, and perhaps hand in hand with the already described one, there might also be another tendency that the young legal scholar ought to consider. It concerns the fact that lawyer is not just a lawyer anymore and that legal scholar, similarly, needs to redefine her perspective. We don't just have the traditional scholastic categories to master anymore; rather, we now have companies to lead, faces to sell, and boundaries to overcome. Merging disciplines is now "in", as the old parochial fields of knowledge slowly fade away. Or such is my impression, at least. And so, Join the hype train or be left in shambles! has the paradigm of interdisciplinarity² asserted itself as the name of the game (*cf.* German Scientific Council, 2002).³ There comes the curious lawyer's conviction. She is all the more confused as to what her role is precisely in such a wicked world.

Now, this paper comes as a brief exploration into legal scholarship's place within the contemporary academic legal discourse. Its task is simple and twofold. First, it aims to broadly and briefly discuss the relation between various disciplines taking law, however defined, as their object of inquiry. Not to appear completely dire to myself, I will take here the not so brilliant metaphor of joining a not-so-familiar dancing session. The paper might then ask itself how open to committing to new partners will one be. This new dancefloor, it argues, might require of lawyers, legal scholars, and other agents attending the knowledge production event to learn to engage with what is new rather than avoid the not-so-familiar. Out of the comfort

- 1 In this paper, I will generally refer to legal scholarship as a plethora of approaches in the field of law, without aiming at any specific type of legal inquiry.
- 2 I am generally referring to the vast theoretical landscape that is interested in, and based on, the combination of modes of inquiry to gain insights other than legal. More than its precise quality, however, I am interested in how its "paradigmatic frame" challenges the scientific attitude of the modern scholar.
- 3 The programmatic resolution of the German Scientific Council (2020) (accessible upon: <https://www.wissenschaftsrat.de/download/2020/8694-20.html>) is just one among many that advocate for an extensive interdisciplinary approach both in legal research and teaching.

zone, then. Inevitably, despite the comfort of the existing dance moves, new ones would have to be considered.

Second, the paper proposes a simple response to the confused scholar's dilemma. Let's assume that this young and ambitious individual now joins the session. She is excited, dressed up, you name it, and she finds herself a partner. While dancing, however, she might become quite fond of the new partner's elegance, or even of the fancy jumps and spins. Too fond, perhaps. The silly issue which emerges is that this might lead to an overwhelming reaction. The scholar might be led to forget her own initial moves, confused as to how to proceed. The paper briefly argues that this existential dilemma might be resolved by observing a modest principle, namely to keep things professional where necessary and leave the extravagance to the after hours.

And so, the paper will explore two theses. First, at the core of legal thinking, or dancing, lies a distinct cognitive enterprise that every lawyer should master. Through this process, the lawyer develops her knowledge of law. I will call this cognitive pattern the "phantasm of legal construction", or legal phantasm for short (Obreza 2024, 45–48). Beyond the core of legal construction, second, there lies a rich array of approaches available to both lawyers and other scholars in examining legal phenomena. These approaches generally produce knowledge *about* law, guided by what I will simply call the spirit of interdisciplinarity (cf. Balkin 1996, 955–960).

Fundamentally, the paper examines the nature of legal knowledge itself. Rather than attempting a comprehensive and rigorous approach, however, it wishes to establish one or two distinctions necessary for navigation in contemporary academia. In this sense, it is especially the young legal scholar which it takes as its "audience". So, while legal scholarship undergoes transformation, which I believe is taking place, this evolution need not, indeed, should not proceed without conscious reflection. "Legal scholarship is dead, long live legal scholarship."⁴

2. ESTABLISHING PROFESSIONAL BOUNDARIES

To explore the psychological features of a legal scholar, an elaboration of a *differentia specifica* is necessary (cf. Jovanović 2024, nr. 4–12). What exactly separates her from an ordinary civilian? Many things, probably. Or none at all, depending on one's stance. For me, however, it primarily has to do with how she thinks. It has to do with the fact that there are patterns of thought that the lawyer is bound to pick up while being intellectually, or "ideologically", disciplined (cf. Bourdieu 1986, 10–19). This is one of the virtues, but also an issue, that the paper will briefly address, claiming that it has to do with accepting the law's call to normativity. This is

4 To paraphrase the "The king is dead, long live the king" parlance.

what might make lawyers different, namely the artificial images they possess and the language games they play.

Indeed, lawyers seem to be able to provide answers to the deepest and the pettiest of questions of our social existence. But responding to the law's call can at the same time pose an issue. The "legal mind" or "legal way of thinking" (*cf.* Schauer 2009, 1–13), while practical and necessary, namely carries significant consequences both for its individual agent as for the social sphere itself, in which this agent participates (*cf.* Bourdieu 1986, 4–7). The phenomenon thus manages to create both a certain type of people and a certain type of discourse, both leading to the same outcome. This section will briefly explore this epistemic cramp. It will argue that lawyers, as crafts(wo)men, do indeed operate in a different, or distinct, manner, or at least they think they do, and that this is predominantly the result of one (silly) phenomenon. I will call it the phantasm of the legal construction.

2.1. The Epiphany of the Phantasmal

I believe there is something intangible about the lawyer's gradual acquisition of knowledge. And that there is something indiscernible about the whole process of becoming a lawyer, even. For, despite the myriad cases to analyse, rules to memorise, and textbook pages to study, despite of the almost incomprehensible amount of discrete legal material to delve into, there will always be, or so I have gathered, a certain tacit point of culmination (*cf.* Polanyi 1966, 5–13). And this tacit point outlines the whole before its parts.

What I mean by this is that sooner or later in a soon-to-be-lawyer's career, the creative induction will have taken place and a sufficient cognitive "order" will have been established. So, what lies between a lawyer's and a non-lawyer's conception of the world is not only a vast amount of information *per se*, or the confidence to proceed to endlessly argue, but most crucially a particular cognitive scheme. It is this scheme that allows her to process, store, and further develop the sometimes-unbearable amounts of information in an effective but also efficient way.

I will first term this scheme the "phantasm". Not to suggest that lawyers are fantastical beings, however, but to establish that legal categories are in themselves nonsensical. We do not see, hear, touch, feel, or taste the law. We can certainly notice how it might manifest itself, what legal institutions there lie, how a policeman's club might assert its legal power over us, and so forth. But in itself, it is not a phenomenon which we have direct access and control over. For we only try to curb it by thinking.

The phantasm thus refers to something transcendental, whose constituency is generally influenced by the given variables of time and space (Kant 1787, par. 3–4).

As these variables change, so does our phantasmal perception of anything lawful. However, and for the sake of simplicity, at its (contemporary) heart there might lie a phenomenon largely “universalizable”, that is a certain methodological core, or a particular cognitive attitude acquired for its intended purpose. So, I take that through learning patterns and practices that revolve around the activity we deem “legal” (Obreza 2024, 48–49), lawyers are trained to apply artificial categories to corresponding empirical events. Ultimately, the phantasm emerges, both as an individual and a collective phenomenon.

These legal categories, secondly, refer to what I will call the “legal construction”. By “construction”, first, I aim at a certain arrangement of knowledge, consisting of both a static and a dynamic component. The static one refers to a fixed and existing creation, equipped with fixed rules, principles, and other *legally* relevant criteria. Since they are static, all of them are already standing and in place, i.e. they can be legitimately and lawfully referred to, say before a judge. The dynamic component of the construction, on the other hand, refers to the act or process of creation itself (Kelsen [1960] 2020, 364–367). Since lawyers themselves creatively contribute to the existing legal systems, it is important to emphasise the sole epistemically bound potency of such doing (*cf.* Novak 2024, 39–41). This construction, then, has a twofold character. It is at the same time a building which lawyers imagine and their own constructive venture in questioning and refining it.

Moreover, the construction does not just stand as randomly accumulated knowledge, but it has “strictly” legal character. I take that it consists of “legal sentences”, i.e. normative units both past or future, which are to be organised as rules, principles, and other legally relevant criteria (*cf.* Kelsen [1960] 2020, 73–90). It follows that a sufficient, that is legally enforceable, organisation of these legal sentences can simply be called knowledge of law.

Together, the two elements form the “phantasm of legal construction”, or legal phantasm for short, which in this paper shall act as the main operational criterion for distinguishing a lawyer from a non-lawyer and a legal scholar from a non-legal scholar. Legal knowledge, then, is “best” acquired precisely upon the verification criterion of an established legal phantasm. And in what follows, I will very briefly consider three of its core manifestations. Legal language as the phantasm’s central operational unit, legal technique as the phantasm’s distinctive reasoning tool, and legal virtue as the phantasm’s identification mechanism.

2.2. Onto the Legal Language Games

Language is paramount to the very idea of law. At least in the traditional sense of “knowing” or arguing about law, I believe it is. To study law is to study a language. And to know law is to know a language. But not in an elitist kind of sense, to which

the purist might appeal. Rather, it is the epistemological sentiment which I am aiming at: if we are to play the “legal game”, we must have already acquired the grammar that underlies and holds together the superstructure that we refer to as “law”.⁵

It is probably not a complete contingency that the verbal “excellence” stereotypically counts as a feature of a “good” lawyer. Indeed, I believe there is high chance that such an individual, a well-trained jurist, is usually not only good at knowing what she says, but also exceptional at saying what she knows. And I don’t think you can have much of the former without a lot of the latter.

For this paper’s simplicity’s sake, anyway, let me conceive of language, this wonderfully peculiar human practice, as the essential medium of legal knowledge itself. It is a medium, or a “unit”, because it enables us to effectively compose and apply the cognitive pattern common to lawyers, i.e. the legal phantasm. Language thus makes it possible that the phantasm becomes explicit. And so that the judge, for example, can speak in the name of the law when declaring her decision (*cf.* Somek 2021, 63). However, language also construes the phantasm. There is no knowledge of a rule, even less so of the whole legal act, were it not for this thing called language. So, in this sense, it functions as a double agent, in favour of the thesis that in this very form law indeed stands as a unity of both *genetivus objectivus* and *subjectivus* (Somek 2018, 10).

But there is a slight twist. If I say, for example, that according to the Serbian criminal law it is forbidden to organise a protest in such and such place, what do “protest” and “such and such place” mean? Well, for one, I dare claim that it would be misleading to refer to the meaning of these objects as they appear in the general or common usage of the term. Their “legal” notion might overlap with the “common usage” one. And to an extent, they probably do. In that sense, the meaning of “protest” and “such and such place” might certainly be identifiable to an ordinary citizen. But the two notions might as well not overlap that much, or not at all (*cf.* Hart 1958, 607–616).

See, we all have an idea of what a “protest” and “such and such place” might be. Or at least we can all imagine what a certain Serbian prohibition *might* mean in that regard. But that is all nonsense until we have *made sure*. How? Precisely by accessing the specific epistemic domain which would allow for that, i.e. the “legal” or the normative one. So, before we find out about how Serbian laws usually define protests and whether there are differences between them, and then how judges navigate their semantics and inspectors and police(wo)men execute it, we better stay off the court.

By virtue of language, then, law manages to establish its own code of expressive conduct. And in this sense, it is not us, but it is essentially the law itself which states

5 It is not utterly incidental, for example, that Guastini (2014) decides to speak of *sintassi del diritto*.

what a “protest” really is (Somek 2021, par. 81). The multiplicity of such events, moreover, results in law establishing its own language games (*cf.* Wittgenstein 1953, 5–8; Esser 1972, 117–139). The substance of this “code” is modified (*cf.* Luhmann 1974, 49–52). It also varies from subject to subject and is usually only available through authorised access. As such, however, it is bound to the acquisition of the legal phantasm. By ways of language, law “makes up” a lot of things, rendering it possible that we deem it as “legal” in the first place. Ultimately, there emerges the epistemic segregation.

2.3. The In-between Moves

Besides the legal phantasm’s operational unit, there also lies, I believe, something I might call its operational reasoning tool, or “legal technique”. What I mean by this is that as one uses the “legal” language to participate in the “legal” discourse, she carries with that practice an identifiable set of reasoning patterns which help with the task (*cf.* Komel 2023, 175–186). This primarily concerns the so-called dynamic or creative element of the legal construction. Furthermore, these patterns manifest themselves in the more or less established and accepted manners of legal argumentation, which help us organise, interpret, and further develop legal knowledge.⁶

So, if legal language is the medium of legal communication, then I take this legal technique to be somewhat of a binding mechanism. In the legal studies curricula, this is usually referred to as “legal methodology” or “legal argumentation”.⁷ Now, of course, this is but a simplification. We, or I, first and foremost only pretend to be able to grasp these phenomena by suggesting intuitive concepts to describe them with. And then we try to make sense of the (odd, but also precious) indoctrination which we are exposed to as we enter the discourse. But still, I believe this simplification to be didactic enough.

It namely concerns nothing else but the muscle-cognitive memory of a legal mental action which the lawyer performs daily. It concerns the bare know-how of “doing law”, i.e. writing a subpoena, representing a client, deciding a case, and so forth. So, in this limited kind of sense, the psychological descriptivism can,⁸ I believe, hold some value in that it provides a brief self-reflection on our constructing of the very object lawyers deal with. For this reason, allow me three more theses on how this cognitive imagery might proceed to manifest itself.

6 A “prime” example of such a cannon can be found in what the German legal theory describes as *Methodenlehre*, i.e. a systematised methodological account of dealing with law.

7 In the context of the university curricula, both topics are usually explicitly addressed in the early semesters of the legal studies, particularly in subjects called “Introduction to Law”, “Introduction to Legal Methodology”, “Introduction to Jurisprudence”, and so forth.

8 I do not contend to psychological theories such as the one contested by Petrażycki in his *Law and Morality* (1955), however, which tend to approach law as purely psychological phenomenon.

First there is something one might call the “formula of identification”. Lawyers are taught to identify the applicable normative legal order. They simply have to know it when they see it. And they also have to know how to see it. This formula, then, or the plethora of cognitive manners it consists of, offers them the entry point to “legal” work.⁹

Then there might be the “interpretive formula”. Lawyers are taught that rules are to be interpreted and that, as interpretive concepts (*cf.* Dworkin 1986, 45–46), they can have more than one meaning. This lies at the heart of legal agency and of the commitment to a creative task. As an essential part of legal technique, furthermore, this task might even revolve around a particular interpretive cannon.¹⁰

Lastly, it is usually perceived that there is also the “application formula”. Here it is crucial that lawyers are taught how to “best” apply rules to decide or win cases. There is an infinite array of possibilities of how to conceptualise about this, of course, but the traditional discussion revolves around the so-called legal syllogism, i.e. a logical tool to confront the major premise, or a “rule”, with the minor premise, or “a real-life case” (Engisch 2010, 91, 108, 328). I take syllogism as theoretically extremely uninteresting and even more so logically flawed, but I can understand how its simplistic deductive framework can carry a reasonable practical weight. In the past few decades, there have been some attempts at reconciling it with the help of hermeneutic approaches to legal argumentation (*cf.* Engisch 2010, 115–130). However, as one can imagine, the intellectual magnitude of a narrow legal-theoretical venture explaining the complexity of one’s cognitive processes is a rather poor one.

2.4. On and Off the Dance Floor

Lawyers talk, listen, read, and write in their “own” way. At least they pretend to do so, which is already enough. They conduct this “way” through means of rather specific manners, be it logical or other. Legal work, furthermore, undoubtedly requires skills. Some of them are acquired through study, some through swimming among the pile of intern duties. Some are better at these skills, and some worse. Some lawyers are more creative than others, some are more persistent, some write better, and some are simply better friends. Having considered both the substantive and technical aspects of the lawyer’s creative function, however, the paper now claims that beyond this specific skillset there also exist certain “social parameters” which mould a successful legal mind (*cf.* Schauer 2009, 6–7).

9 For example, already from early on, the student is expected to know how to find, combine, and navigate through existing legal acts. And as an experienced lawyer, she will have only perfected this manoeuvre of recognition.

10 See note 6.

Namely, I believe that a “successful” legal indoctrination carries one additional and crucial element to the story. The cherry on the top refers to the fact that these skills include or presuppose a certain alignment to the value system that the lawyer operates within. Indeed, I believe legal work concerns a certain degree of internalisation enabling the fresh(wo)man to identify herself as part of the whole. This, last, piece of the scheme I am discussing is thus of a different character than the previous two. It is different in that it pervades each legal regime’s specific properties and refuses an explicit elaboration (*cf.* Polanyi 1966, 56–70). It is prescriptive in nature; and beyond legal language and legal technique it posits that an effective legal phantasm requires more than mere skill. It also requires a certain work ethic, based on which one accepts the legal game as a legitimate mode of human action (*cf.* Hart 2012, 89–91).¹¹

Now, as shallow as this might sound, I take that even an excellent knowledge of legal language and its logical peculiarities therefore cannot fully compensate for the tacit structure inherent in each of law’s “historical” manifestations. What this concerns is precisely the domain of the ineffable, the intangible. To be a successful at the legal game, it is probably best that the legal player (at least) appears congruent to the purpose of the social setting she moves within. And this, I believe, is not so much in a moral than in a simple “Just do your job!” kind of vain. So, to conclude with this section, then, I take that there indeed exists a set of professional boundaries which the *homo juridicus*¹² better aim to uphold.

3. ENGAGING ADVENTUROUSLY

That lawyers do think in a similar way is a convenient hypothesis to work with. Perhaps even the most plausible one for the God-fearing theorist. What the legal phantasm achieves, moreover, is an effective and efficient way of thinking in normative terms. Having acquired it, one can actively seek to participate in the legal matters. One can begin to “dance” on legal terms proper. Litigation, prosecution, court decisions, corporate restructuring, submission of articles, this and that, you name it. From then on, a belief in law is inevitable. The perspective is changed and being ordinary is no longer an option.

11 It is unavoidable to recall here what Hart calls the “internal point of view”, for example. I do not consider it much of a precise analytic tool, but it cannot be denied that it has sparked and continues to spark the discussion on both the epistemic preconditions of a legal inquiry as well as of the value enterprise it *might* refer to.

12 For a less naïve investigation on the type of individual who both deals with and is subjected to law than the one provided here, however, consider for example Supiot’s *Homo Juridicus: On the Anthropological Function of the Law*.

A devastating problem emerges, however. Unfortunately, common to the guild system is a certain “epistemic cramp”. Thinking like a lawyer obscures any perspective other than the one productive for a particularly legal matter (*cf.* Kelsen 1911, 4–10). The lawyer may indeed know all the moves to her own dance, but she will usually pay little attention to the other ones. In fact, she may not even be aware that there exist a funky bunch of other dances, equally interesting or equally elegant. So, say, for the sake of the story, she gets curious. Dressed up and all she joins the dancing session and begins to ask around. What kind of sorcery are all these other people practicing? This leads her to a delicate predicament. While on the intellectual dance floor, the lawyer may or may not dare to engage in a foreign exchange of dance moves. But should she?

3.1. A Careful Consideration

Now, lawyers who adopt intellectual dances other than their own are rare. Juggling several intellectual masks at once, even among academics, is a delicate and formidable trait. The “religious” nature of the discipline only makes it more difficult, probably. Which is not necessarily a bad thing. But even if that were to occur, namely if one would feel tempted to follow the non-traditional footsteps, the worried voices might be soon heard whispering. Yet again they might smirk at the fact that the “good old” constructions are being torn down. Sooner or later, anyway, the curious legal scholar might find herself in a major predicament. Through obstacles and objections, she would then have to make a choice. Allow me to navigate through this brief three-featured scenario.

3.2. Science, too, is a Part of the Political Arena

On a preliminary note, there is the ideological element to this question of dancing. Going beyond the normative discourse is not exactly what legal analysis is usually interested in. Usually, either one deals with law and law only, committing herself to “hard” science, or one is left to the “soft” approaches. Staying truthful to the pre-established intellectual lanes might indeed be seen as advantageous. Since lawyers don’t usually engage in a lot of creative experimentation, neglecting these mores might be seen as a cause of doom.

In this sense, the differences between legal disciplines, faculty departments, and personality types can furthermore create an additional amount of tension for a young legal scholar. For law, as a phenomenon, is not only extremely closely tied to the cruel reality of our social organisation, trying to influence it in one way or another. It is also necessarily politically charged, rendering disagreements on tentative topics an inevitable occurrence.

As a result of these and other disagreements, then, personal and disciplinary battles are fought, grudges are held, and students are left confused. And in our context, moreover, an important role is also played by the contemporary scientific research paradigm. When it comes to choosing this or that dance, namely, research funding is not ambivalent about the issue. It might even privilege being the daring darling dancing machine. So, when it comes to engaging with strangers, the tendency is very much in its favour. The academic market relations are indeed becoming increasingly poignant for disciplinary promiscuity, which is certainly interesting. And while this, of course, is not a bad thing, it might nevertheless be something that the young legal scholar might have to consider. *C'est comme ça*.¹³

3.3. Against Method

We humans perceive things differently. And we establish disciplines to commit to such perceiving. Different disciplines, however, operate with different cognitive apparatuses (cf. Massimi 2022, 3–20; cf. Žižek 2006, 22–23).¹⁴ The curious young scholar notices this, of course. To her it becomes rather second nature that when it comes to dealing with “law”, there seem to be varying approaches used and answers given to common issues at hand. The plurality of academics at the law faculty and their corresponding personalities already reflect this, for example. One legal problem is posed, and three legal solutions are provided. One legal concept is mentioned, four theoretical interpretations appear, and so forth. So, how does she cope with this? Because surely, this must be exhausting. Engaging in intellectual dances, namely, seems to come with several reservations, and her search for her own position is under an ever-persistent existential threat. Should she sympathise with all of them? I believe there is a methodological rethinking to be had.

3.3.1. *The Know-How*

First, at the heart of this issue lies the need for an epistemologically conscious inquiry (cf. Auer 2018, 40–55). With other words, it is not unimportant under what circumstances and for what reasons one produces knowledge. The classical liberal parole might argue that knowledge, considered a sole and sufficient end in itself, already serves the highest of purposes (Polanyi 1966, 66–69). This position I certainly consider as questionable and somewhat naïve. It deflects away from the

13 One might roughly translate this to “that is just the way it is”.

14 As Žižek notes, sourcing from the Kantian epistemology, the differentiated nature of our perceiving occurs to the phenomenon of “parallax”. Similar to how changing the parameters of the physical observation of an object renders the object itself appear differently, our cognitive apparatus too tends to calibrate its relative cognitive position.

contextual, be it political or broadly historical, framework present in each setting of inquiry. But for the time being, let it serve. Let us take, then, for simplicity's sake, that while contributing to a multifaceted understanding of legal phenomena, scholarly endeavour seeks to fulfil several of such “ends in themselves” (cf. Kant 1787, 378–385).¹⁵

The notion of the knowledge of law mentioned earlier is, it seems, one such end. Using legal language and legal technique, it operates on legal terms, it is aimed at a specific audience and used for a specific kind of purpose. Predominantly a practical one, that is. One can simply consider this purpose as raising the bar of the knowledge claim to that of becoming “legally enforceable”. Additionally, it is also subject to differentiation down the tree of legal disciplines (Esser 1972, 125–130; Novak 2022, 284).¹⁶ Yet there quickly emerges a certain schism. It becomes apparent that such normative ends alone cannot suffice, for different question-asking triggers different answer-seeking. It becomes apparent, then, that it is the very choice of method that predetermines what each domain is bound to investigate (Auer 2024, 4–7; Auer 2018, 13–15, 42–43).¹⁷

3.3.2. A Foremost Spiritual Endeavour

The possibility of choosing the specific “ends” of each knowledge domain implies that the young legal scholar can choose her own epistemic perspective. This goes both for the normative enterprise as well as the non-normative enterprise which she might consider. For example, will she be pursuing to define legal implications of a newly adopted doctrine by the court? If so, she will be speaking of law, hence the legal phantasm applies. Will she instead want to expose the political bias behind a certain interpretive standard, say one concerning the bundle of property rights? Or consider the empirical analysis of how these property rights navigate the urban development? Or analyse the economic conditions under which a young person is to be entitled to them? See, in that case, the discourse would shift. And the lawyer herself, as apparent it is to be claiming this, would no longer be speaking in legal terms *stricto sensu*.¹⁸

15 Here, Kant speaks about the antinomic structure of human intellectual endeavour in general. I believe the arguments of his critical venture apply to the topic at hand, for what I am considering here is closer to an idealist framework of cognition than in it is to the material one.

16 This very differentiation furthermore leads to different legal disciplines – say criminal, civil, or constitutional law – inhabiting varying frameworks, or “interpretive purposes”. Novak, for example, proposes to grasp the idea under a concept he terms *interpretive pluralism*.

17 What Auer proposes is that if we take this thesis seriously, then we must accept for legal theory to shift its focus towards a multidisciplinary endeavour, precisely to overcome epistemic limitations.

18 “*Stricto sensu*” refers can be translated to “in the narrow sense”. Its explaining might make the use of Latin proverbials itself rather obsolete, though.

Allow me to refer to the latter under the umbrella term “knowledge about law”. What it covers, in direct opposition to knowledge *of* law, are the intellectual attempts dealing with matters beyond the normative discourse (*cf.* Kelsen 1914, 840–844).¹⁹ Be it of philosophical, sociological, anthropological, or other non-legal nature, they transpose knowledge of law. Knowledge about law deals with the other side(s) of the legal game, namely the one(s) that the usual legal analysis can never really concern itself with (*cf.* Kelsen 1911, 25–30; Luhmann 2004, 76–140; Pitamic 1917, 345–347).²⁰ Crucially, this comes with several methodological implications. When speaking about law rather than of law, then, an issue will be approached by and seen from a different perspective than that of a traditional lawyer. A “new kind” of language would be used, and a distinct set of logical propositions would be pursued (*cf.* Bromme 2000, 118–119).

The question revolves around a common epistemological problem that legal scholars face in navigating creative research design, i.e. when implementing a partial or full merge of scholarly disciplines. Commonly, one refers to this as doing “interdisciplinary” research. But due to their religious inflexibility, or one might simply say due to their *déformation professionnelle*,²¹ lawyers struggle with it (*cf.* Thompson Klein 2000, 3–5).²²

There are many ways to approach this issue. One of them, for example, concerns an *ex-ante* proposal and reliance on typologies of such disciplinary confluence. It wagers precisely on that if we calibrate our thinking patterns beforehand, we can potentially make it easier to conduct a successful self-reflective exercise. I will simply call this the “taxonomy thesis”, one which was already fruitfully addressed in the works of van Klink and Taekema (2011), Siems (2009), or Boulanger (2019; 2020), to name but a few. Its premise is twofold. First, we ought to break away from the legal professions’ tight discursive network. And second, to make our life easier, we ought to do so by establishing formal prescriptions.

Further, I would suggest that this taxonomy thesis is primarily concerned with the “formal synthesis of knowledge”. Namely, what it amounts to is neither what one wants to achieve nor what one should aim to achieve, but rather how should one commit to the research question at hand. The taxonomy thesis attempts to formalise the inquiry itself, and it does so precisely by proposing methodological taxonomies. Therein, it wagers, the young legal scholar might see some hope. So, for example,

19 I consider Kelsen’s position a paradigmatic example of holding such attempts as utmost irrelevant.

20 This is what the logical consequence of “the shift” from a lawyers’ towards the non-lawyer’s perspective would amount to, at least.

21 One might translate “*déformation professionnelle*” to “professional deformation”.

22 A natural scientist, on the other hand, might work with exactly the opposite belief.

Mathias Siems' (2009, 8–12) distinction between “Advanced Research I and II” or Sanne Taekema and Bart van Klink's (2011, 12–13) “Integrated Type” could offer a constructive point of departure in that they both identify a precise question which their proposed interdisciplinary ventures could provide answers to (*cf.* Burazin & Relac 2022, 1359, 1391–1392).²³ The young legal scholar is hence immediately made aware that “Advanced Research I and II” implies doing some empirical research or that the “Integrated Type” considers the doctrinal study of law in a bigger picture, and so forth.

Yet knowledge about law as an enterprise is nevertheless a much wider phenomenon. Even the slightest hint of taxonomic schematism might stifle its very ambition, namely to break free from it in the first place. Thus, for the sake of the story, let us be even more speculative. If knowledge of law is thought to operate with the aid of a legal phantasm, i.e. a normative cognitive attitude towards legal knowledge, is there a similar pendant to be identified for knowledge about law as well? For some ludicrous reason, let's assume so. Let's assume that the venture of scholarly ambition is somehow reducible to intuitive conceptualization. And in simplifying terms of the occasion, let's call this one the “spirit of interdisciplinarity”. One of its labels might be that it is the creative venturer's goofy companion. Another one might be that it is precisely the devoted lawyer's arch enemy. I believe Jack Balkin (1996, 957) addressed the issue at hand brilliantly:

“[I]f disciplinarity is authoritarian, then perhaps interdisciplinarity is rebellious, even romantic. It is a form of intellectual martyrdom, a self-sacrifice against mindless authority; it offers a vision of independence of mind and spirit highly flattering to the average academic's self-conception. Interdisciplinary scholars are romantic rebels: they question authority by transgressing disciplinary boundaries. They are champions in the service of a greater truth that transcends scholastic categories.”

Following Balkin's observation, the spirit of interdisciplinarity is therefore but a special attitude to intellectual play. It is an untiring will to knowledge in a playground of ideas and a sequence of scientific manners aimed at a breakthrough. Or so one might think. Due to its playful nature, it can also only scarcely be captured, in opposition to the legal phantasm, that is. Furthermore, even the term “interdisciplinarity” is itself an intangible and continuous phenomenon. And it can mean multiple things (Siems 2009, 3). From a lawyer reading Franz Kafka, for example, to a physicist doing chemistry. And from creation of new fields of knowledge to the

23 Burazin and Relac's article can serve as an example here. Using Taekema and van Klink's taxonomy as an analytical scheme, the authors fruitfully explore the self-proclaimed interdisciplinarity of some of the Croatian study literature.

obliteration of existing ones (Siems 2009, 3–10). So, dear young legal scholar, which mental mask are you to wear, and which dance to perform?

3.4. Onto Analytical Domains ...

My daring conviction is that there might also be a third option to consider, however. Could the legal scholar not simply tacitly opt for both dance regimes, the traditional and the wicked one? Despite of the shallow nature of my analysis, namely, I deem the either/or scenario to always prove misleading. One should never neglect the vast room for creative adaptation, no matter the consideration in question. So, if epistemic perspectives can indeed be learned, and with the contemporary hyper-productivity paradigm only catalysing the need for flexibility, might this not be the strategy to aim for?

I suppose it could. In her choosing, however, the young scholar might want to remain cautious. Disciplinarians tend to not be fond of simultaneous flirting, or dancing, is what I have gathered. So, in her journey of intellectual martyrdom, should she opt for one, the legal scholar must proceed with caution. Among other things, this path includes navigating between what can and cannot be combined, or between what should and should not remain separated. In that sense, then, the scholar's predicament is most crucially also an analytical one.

3.4.1. ... *Beyond Divine Intervention*

In navigating the scenario, I wish to propose at least a semi-tangible example of how these sets of knowledge might operate. So, as the most “pristine” exercise of the legal-scientific inquiry, its “epitome”, as it is sometimes both cynically and uncynically framed, I might name the legal subdiscipline called legal dogmatics (*cf.* Stark 2020, 21; Dubber 2005, 1051–1052). What characterizes the latter is that it chooses as its very frame of epistemic playground the boundaries of positive law. It identifies, systematizes, and dissects them, legal norms and principles, that is, thus providing a “coherent” framework for their application (Peczenik 2000, 273–274). And in doing so, it functions by operationalising dogmas which it then constructs into larger theoretical bodies (*cf.* Jhering 1899, 245–260). We might regard these dogmas simply as accepted propositions about the nature of legal knowledge in specific contexts.

Further, these bodies of knowledge are then frequently, although not always and everywhere, regarded as sources of rational authority over judicial discourse (*cf.* Stark 2020, 121–126; Sander 1921, 130–150; Rottleuthner 1973, 15–30), whereas this “rational authority” involves both a theoretical and a practical dimension. With other words, scholars aim to collaborate with judges and other legal practitioners in constructing this type of “knowing law” (Potacs 1994, 209–211). So, the field oper-

ates as an argumentative avenue where competing interpretations clash and where one or only few of them must emerge coherent and victorious. What occurs is, or at least so it is presented to the young legal scholar, that the normative discourse is subjected to optimization.

Now, while one might, and one most certainly should, question whether these ideals are fully realised, I cannot commit to such task at the present moment. Instead, what I aim to only briefly touch upon is the very dogmatic version of legal knowledge. To illustrate, consider criminal law theory. When examining an alleged crime, what criteria determine guilt under the law? Across Western legal cultures, two primary models prevail. One, there is the common law *actus reus* – *mens rea* model.²⁴ Two, there is the German dogmatic four-step model (cf. Dubber & Hörnle 2014, 172–180, 188, 223). The latter warrants special attention for two key reasons.

First, it offers a complex scheme of dogma-bound legal criteria, representing a collective interpretive effort directed toward legal analysis proper (cf. Dubber 2005, 1050–1055). Only through careful consideration of each dogmatic element can the final judicial decision be “reasonably” reached. Second, the remarkably executed “will to systematise”²⁵ which the dogmatics resembles has earned it prestige among legal scholars worldwide, particularly among those already influenced by German legal thought. In this sense, it carries weight as theoretical enterprise which precisely champions, not questions the legal phantasm.

My intention here is most certainly not to advocate for any theoretical model. Law, being a cultural and social phenomenon, encompasses far more than pure analytical constructs. However, when considering our central theme, the young legal scholar’s intellectual dance with foreign disciplines, the dogmatic perspective interestingly enough offers valuable insights worth examining.

For one, I believe that what legal dogmatics presents us with is a uniquely structured approach to normative reasoning. As such, it concerns itself exclusively with knowledge of law. It operates within a self-confined yet precisely defined argumentative framework. And in a way, this might just suffice when offering the young scholar an intellectual path to consider. One, she might want to embrace the legal phantasm with its rigorous demands. Legal dogmatics captures precisely this narrow, though practical, approach to knowing law. Or two, she might want to pursue the more expansive path. Utilising the creative spirit, she might want to break beyond the confines of “traditional” thinking. At least that is how I propose to perceive it. Both approaches offer valid intellectual trajectories, yet their distinct

24 “*Actus reus*” refers to the act of the perpetrator, i.e. the guilty act, whereas the “*mens rea*” corresponds to his motivation while committing the act, i.e. the guilty mind.

25 Something Nietzsche wouldn’t be too fond of.

logical architectures vary. Indeed, they resist simultaneous pursuit. But since the scholar will remain flexible, why bother worrying?

3.4.2. *A Long Story Short*

For this reason, a certain measure to uphold is in order. Allow me to provide it in a fashion of a naïve thought experiment. To the young legal scholar, I believe, there is something that could be of help. A delineator of some sort. Let me call it the “justiciability thesis” and let it function as an avenue for choosing points of departure.

So, the justiciability thesis proposes an artificial setting to navigate between choices of inquiry. The first category comprises of propositions legally enforceable before a court. Operating within the legal phantasm, these propositions would be asserting knowledge of law. As such, they would be understood as a coherent organisation of legal sentences, both past or future, that constitute rules, principles, and other criteria for legal action. Legal dogmatics, as is now apparent, exemplifies a specialised case of this category. They are aimed to convince the judge.

Conversely, we find legally non-enforceable propositions. These stand apart from immediate legal practice, seeking instead to understand, explain, or problematise legal inquiry as a discursive field. They do not correspond to what the judge wants to hear. Instead, these propositions naturally align with the allure of the romantic spiritual endeavour. They explore law’s boundaries rather than operating within them, rendering themselves a rather poor “practical” enterprise.

So, this is all very brief and very simple. But what it might achieve, even if for a brief second or two, is that a conscious contemplation of one’s ambition is to be had. In an era where creativity flourishes and traditional disciplinary boundaries face questioning, or at least such is my perception, it is precisely the understanding of different epistemic positions that becomes crucial. While at the intellectual dancing event, who will the young scholar be ready and willing to face? The answer to the whole predicament, long story short, is that the sole act of choice matters more than its precise direction. One should dance, and one should do so on proper terms. But beware of the dancing steps.

4. CONCLUSION

In addressing the complex and precarious landscape of contemporary legal academia, this paper has ventured an experimental exploration of the young legal scholar’s predicament. At its heart lied the challenge of defining one’s intellectual path, that is the choice of which dance to perform on the academic stage. And as

I conclude with the exercise, the remaining strokes shall offer a final reflection on this, probably dubious, metaphorical journey.

Now, whether the experimental writing can offer some aesthetic appeal remains to be seen. I doubt so. But there is merit, I believe, in navigating strategies about the peculiar questions of our scholarly survival. In fact, there is a lot at stake for the young legal scholar. So, while I conclude, there remains hope that these sentences, originally intended for the student conference at the Faculty of Law at the University of Belgrade, can provide a spark or two. Whether a honest personal decision or a severe amount of cringe will be ignited, however, is now too late to redirect. Allow me three final considerations on the young scholar's pending decision about her dancing choreography.

4.1. The Phantasmagorical Situation

Let me begin by revisiting my central premise: lawyers share a distinctive cognitive framework. This framework emerges through rigorous training and manifests as a specialised pattern of legal thinking. At its core lies what has been termed the legal phantasm, that is a particular cognitive attitude essential for meaningful participation in normative legal discourse.

The legal phantasm serves a unique epistemological function. It enables practitioners and scholars to perceive and interpret the abstract dimensions of law within an epistemically neutral setting. Through this lens, lawyers construct and manipulate knowledge that exists beyond immediate sensory experience. They deal with knowledge that cannot be seen, heard, or touched, yet fundamentally shapes “law”. This construction operates through specific legal language games, each governed by distinct operational codes that structure legal reasoning and discourse.

4.2. Limits of Cognition

There are several pitfalls to this, however. One of them is that the legal phantasm inevitably produces what I have called the epistemic cramp. It is a condition inherent to legal scholarship, where understanding of social phenomena becomes confined within discipline-authorised boundaries. This limitation, though it is grounded in legitimate mastery of normative knowledge, then goes on to create a particular professional deformation. Among other things, lawyers come to view themselves as indispensable architects of modern society. And as such, they find themselves in a cramped position, oftentimes unable to perceive beyond the epistemic orders wherein the legal world revolves.

Nonetheless, this cognitive constraint, while potentially limiting, remains essential. Without the legal phantasm, the legal analysis proper would fail. The critical

challenge, then, lies in determining how this necessary limitation might be complemented or transcended to achieve the promise of an interdisciplinary insight. While the taxonomy thesis outlined above offers some concrete approaches to this challenge, for example, it provides no complete solution. Young legal scholars, whom the future awaits, have a fundamental choice about their intellectual trajectory to make, not a preset “recipe” to follow.

Surely, one might argue, there must exist a more dynamic approach to legal matters. For this reason, the paper ventured a risky endeavour termed the spirit of interdisciplinarity a rebellious attitude aimed at dismantling parochial enterprises. With the curiosity and the creativity, however, there arrives a new set of obstacles. One might be led astray. Or too astray, perhaps. So, in the endgame, the justiciability thesis was proposed as a somewhat practical heuristic. When uncertain about your intellectual direction, imagine presenting your work before a judge. Would your conclusions hold legitimate weight in that forum? Would you want them to? In an era of an increasingly fractured academic discourse, this conscious methodological choice becomes ever so important, I believe.

4.3. Playful Experiments and Dancing Clowns

Anyway, the intellectual dance floor now invites the young legal scholar. Whether to join this dance, and how to do it, represents more than a mere career choice. It embodies a fundamental intellectual positioning. While the here proposed psychological reconstruction of legal thinking may seem unconventional, and the experimental style displayed may test traditional conventions, these very tensions might very well illuminate the paper’s central thesis. The old forms yield to new possibilities, I hope, yet the essential rigour must remain. If not for dancing clowns.

REFERENCES

1. Auer, Marietta. 2018. *Zum Erkenntnisziel der Rechtstheorie. Philosophische Grundlagen multidisziplinärer Rechtswissenschaft*. Baden-Baden: Nomos Verlag.
2. Auer, Marietta. 2024. A Genealogy of Private Law Epistemologies. 3–24 in *Methodology in Private Law Theory. Between New Private Law and Rechtsdogmatik*, ed. Thilo Kuntz and Paul B. Miller. Oxford: Oxford University Press.
3. Balkin, Jack M. 3/1996. Interdisciplinarity as Colonization. *Washington and Lee Law Review* 53: 949–970.
4. Boulanger, Christian. 2019. Die Soziologie juristischer Wissensproduktion. 193–205 in *Interdisziplinäre Rechtsforschung: Eine Einführung in die geistes- und sozialwissenschaftliche Befassung mit dem Recht und seiner Praxis*, ed. Christian Boulanger, Julika Rosenstock and Tobias Singelstein. Wiesbaden: Springer.

5. Bourdieu, Pierre. 1986. La force du droit: Eléments pour une sociologie du champ juridique. *Actes de la Recherche en Sciences Sociales* 64: 3–19.
6. Burazin, Luka, Svan Relac. 6/2022. Shvaćanje pravne znanosti u suvremenoj udžbeničkoj literaturi iz pozitivnopravnih predmeta na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 72: 1357–1399.
7. Bromme, Rainer. 2000. Beyond One's Own Perspective: The Psychology of Cognitive Interdisciplinarity. 115–133 in *Practising Interdisciplinarity*, ed. Nico Stehr and Peter Weingart. Toronto: University of Toronto Press.
8. Dubber, Markus D. 6/2005. The Promise of German Criminal Law: A Science of Crime and Punishment. *German Law Journal* 7: 1049–1071.
9. Dubber, Markus D., Tatjana Hörnle. 2014. *Criminal Law: A Comparative Approach*. Oxford University Press.
10. Dworkin, Ronald. 1986. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press.
11. Engisch, Karl, Thomas Würtenberger. 2010. *Einführung in das juristische Denken*. Stuttgart: Kohlhammer.
12. Esser, Josef. 1972. *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung: Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*. Durchges. und erg. Ausg. Frankfurt am Main: Athenäum Fischer Taschenbuch Verlag.
13. Guastini, Riccardo. 2014. *La sintassi del diritto*. 2nd ed. Torino: G. Giappichelli Editore.
14. Hart, Herbert L. A. 1958. "Positivism and the Separation of Law and Morals." *Harvard Law Review* 71 (4): 593–629.
15. Hart, Herbert L. A. 2012. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press.
16. Jhering, Rudolf von. 1899. *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz: Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum*. 8th ed. Leipzig: Breitkopf und Härtel.
17. Jovanović, Miodrag. 2024. Prototype Theory of Concepts and Analytical Account of Law. *Revus – Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law* 54. <https://doi.org/10.4000/13ew1>.
18. Kant, Immanuel. 1787. *Kritik der reinen Vernunft*. 2nd ed. Berlin: Henricus – Edition Deutsche Klassik GmbH.
19. Kelsen, Hans. 1911. *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*. Tübingen: J. C. B. Mohr Verlag.
20. Kelsen, Hans. 1/1914. Eine Grundlegung der Rechtssoziologie. *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 39: 839–876.
21. Kelsen, Hans. [1960] 2020. *Reine Rechtslehre*. 2nd ed. Stuttgart: Franz Steiner Verlag.
22. Klein Thompson, Julie. 2000. A Conceptual Vocabulary of Interdisciplinary Science. 3–24 in *Practising Interdisciplinarity*, ed. Nico Stehr and Peter Weingart. Toronto: University of Toronto Press.
23. Luhmann, Niklas. 1974. *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*. Urban-Taschenbücher, Bd. 195. Stuttgart: W. Kohlhammer.
24. Luhmann, Niklas. 2004. *Law as a Social System*. Oxford, New York: Oxford University Press.

25. Nietzsche, Friedrich. 1889. *Götzen-Dämmerung oder Wie man mit dem Hammer philosophirt*. Leipzig: C. G. Naumann.
26. Novak, Aleš. 2022. Interpretativni pluralizem. 275–304 in *Pravne panoge in metodologija razlage prava*, ed. Aleš Novak and Marijan Pavčnik. Ljubljana: Lexpera GV Založba.
27. Novak, Aleš. 2/2024. Legal Realism Bound. *Eudaimonia – Journal for Legal, Political and Social Theory and Philosophy* 8: 90–113.
28. Obreza, Timotej F. 1/2024. Privid pravne konstrukcije: O duhu in porah pravnega (spo)znanja. *Ljubljana Law Review* 84: 39–64.
29. Peczenik, Aleksander. 3/2000. Scientia Iuris: An Unsolved Philosophical Problem. *Ethical Theory and Moral Practice* 3: 273–302.
30. Petrażycki, Leon. 1955. *Law and Morality*. Trans. Hugh W. Babb, with an introduction by Nicholas S. Timasheff. Cambridge, MA: Harvard University Press.
31. Pitamic, Leonid. 1917. Denkökonomische Voraussetzungen der Rechtswissenschaft. *Österreichisches Zeitschrift für öffentliches Recht* 3: 339–367.
32. Polanyi, Michael. 1966. *The Tacit Dimension*. Garden City, NY: Doubleday/Anchor.
33. Potacs, Michael. 2/1994. Rechtsdogmatik als empirische Wissenschaft. *Rechtstheorie* 25: 191–211.
34. Rottleuthner, Hubert. 1973. *Richterliches Handeln: zur Kritik der juristischen Dogmatik*. Wiesbaden: Athenäum.
35. Sander, Fritz. 1921. *Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? Kritische Studie zur Rechtslehre Hans Kelsens*. Vienna: Franz Deuticke.
36. Schauer, Frederick. 2009. *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge, London: Harvard University Press.
37. Siems, Mathias M. 2009. The Taxonomy of Interdisciplinary Legal Research: Finding the Way Out of the Desert. *Journal of Commonwealth Law and Legal Education* 10: 5–17.
38. Somek, Alexander. 2018. *Wissen des Rechts*. Fundamenta Juris Publici 7. Tübingen: Mohr Siebeck.
39. Somek, Alexander. 2021. *Knowing What the Law Is: Legal Theory in a New Key*. London: Bloomsbury Publishing.
40. Stark, Alexander. 2019. *Interdisziplinarität der Rechtsdogmatik*. Tübingen: Mohr Siebeck.
41. Supiot, Alain. 2007. *Homo Juridicus: On the Anthropological Function of the Law*. London, New York: Verso.
42. Taekema, Sanne, van Klink, Bart. 2011. On the Border: Limits and Possibilities of Interdisciplinary Research. 7–32 in *Law and Method. Interdisciplinary Research into Law*, ed. Bart van Klink and Sanne Taekema. Tübingen: Mohr Siebeck.
43. Wissenschaftsrat. 2020. *Wissenschaft im Spannungsfeld von Disziplinarität und Interdisziplinarität: Positionspapier*. Köln. <https://www.wissenschaftsrat.de/download/2020/8694-20.html>, last visited February 28, 2025.
44. Wittgenstein, Ludwig. 1953. *Philosophische Untersuchungen*. Oxford, Massachusetts: Blackwell Publishers.
45. Žižek, Slavoj. 2006. *The Parallax View*. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology Press.

Sopstvo, drugi i pravo

Elena Papangelodemou

UDK 342.721



0009-0009-9377-2889

Referenca:

Papangelodemou, Elena. 1/2025.
The Self, the Other and the Law.
*Eudaimonia – Journal of Legal, Po-
litical and Social Theory and Philoso-
phy* 9: 138–167

DOI: 10.51204/IVRS_25110A

Ključne reči:

- Tehnologija
- Digitalno sopstvo
- Drugi
- Intersubjektivnost
- Pravo

Autor za korespodenciju:

Elena Papangelodemou,
Epapangelodemou@gmail.com

Ovaj rad razmatra i nastoji da istraži i osvetli živopisnu međusobnu igru između tehnologije, sopstva i prava. Ljudi su po svojoj prirodi tehnološka bića. Savremena digitalna i informatička epoha napreduje neviđenom brzinom, donoseći izuzetne promene, rušeći granice i nepovratno narušavajući naše razumevanje sveta. Sopstvo, oblikovano kroz odraz u Drugom, u spoljašnjem, prirodno se menja. Pojavljuje se novo, fluidno i relacijsko digitalno sopstvo. Pravo ima ključnu ulogu u ovladavanju ovim nadolazećim talasom i u podsticanju nastanka ovog novog sopstva. Tvrdnja je da, kako bi pravo dovoljno ispunito ovu svoju presudnu ulogu, mora obuhvatiti profanost ove nove epohe očima njenog novog subjekta i prepoznati intimni odnos između njih.

The Self, the Other and the Law

Elena Papangelodemou

UDK 342.721



0009-0009-9377-2889

Cite this article:

Papangelodemou, Elena. 1/2025.
The Self, the Other and the Law.
*Eudaimonia – Journal of Legal, Po-
litical and Social Theory and Philoso-
phy* 9: 138–167

DOI: 10.51204/IVRS_25110A

Keywords:

- Technology
- Digital Self
- Other
- Intersubjectivity
- Law

Author for correspondence:

Elena Papangelodemou,
Epapangelodemou@gmail.com

This paper discusses and attempts to explore and illuminate the vivid interplay between Technology, Self, and the Law. Humans are innately technological beings. The current digital and informational epoch advances at an unprecedented speed, bringing forth extraordinary changes, breaking boundaries and irreversibly disrupting our understanding of the world. The Self, constructed by reflecting in the Other, the exterior, is naturally transformed. A novel, fluid, and relational Digital Self emerges. The Law has a paramount role in mastering this coming wave and nurturing the emergence of this new Self. It is argued that for the law to fulfil this defining role sufficiently, it shall capture the profanity of this new epoch through the eyes of its novel subject and realize the intimate relationship between the two.

1. INTRODUCTION-PROLEGOMENA

As humans are innately technological beings, every new wave of technology—every new technological *epoch*—compels us to move, reshapes our human experience, and ultimately transforms our subjectivity. This paper will attempt to explore how the *Self* has been transformed in the new digital age and accordingly ascertain the role of the law in light of this new subjectivity.

The first part of this paper sets the philosophical background to the question of Technics, and the Self, based on which the main questions raised by this paper are to be discussed.

In the second part, this paper will explore the question of the Digital *Self*. Who are we? And who do we become when we internalize the digital realm as the Self's Other? How and to what extent is subjectivity transformed in this era of speed and volatility? A new humanity and new subjectivity emerge as this imminent wave approaches, radically disrupting human existence and life. A novel, processual form of subject arises, encompassing the multitude of relations that shape the digital environment.

The last part pertains to the question of Law. How can it address this new wave and foster digital subjectivity? How does the shifting informational and digital landscape challenge the Law? Is the Law intended to preserve its normative foundations? Or are we entering an age where the Law functions as a meta-technology? We must not underestimate the importance of the Law in this new era; if we do, we may face chaos. To remain significant, the Law needs not only reform but a complete reimagining. Successfully reimagining the Law involves understanding this new epoch, recognising the uniqueness of the digital Self, and importantly, acknowledging the close relationship between them, as well as the potential for a split between the two.

This paper adopts an interdisciplinary approach, as the inherent generality of the matter at hand would otherwise remain unacknowledged. This approach requires heavier reliance on secondary and tertiary sources. By addressing these inquiries and investigating their interactions through diverse fields, the absurdity and fragility of human existence are revealed, along with the continuous incompleteness of the human subject in contemporary times. It concludes that in an epoch where the unimaginable and the unthought prevail, we must depend on imagination and improvisation.

2. THE STEALING OF FIRE

Prometheus ("foresight") and Epimetheus ("hindsight") were sent by Zeus to give gifts of specific qualities to all the creatures of the world for them to survive together harmoniously (they would provide speed to the gazelle, force, and endurance to the

lion, a shell to the turtle etc.) After giving out all the gifts, Epimetheus soon realises that he has forgotten about humans; there are no defining qualities to give to a human that has not already been handed out amongst the other creatures. Humans thus begin life as beings without qualities; unlike the other animals of the world, they have no intrinsic defining characteristics. As Prometheus becomes aware of his brother's mistake, he returns to Mount Olympus, enters the workshop of Hephaestus (the god of fire), and decides to steal the Fire to give to humans as their defining quality. Whereas the other creatures have qualities specific to their ability to survive, humans instead receive the symbolic power of a god- the *Technics*. (Bluemink, 2015)

The Epimetheus myth illustrates the co-originality of the human and *Technics*. *Technics* did not emerge out of the already constituted human or the human out of the already constituted *Technics*, but these two ontological domains co-constituted each other from the very start. 'To have no technology is to be not-human' (Arthur, 2009, p. 216). '*Technics is the unthought*,' Stiegler states, the unimaginable (Stiegler, 1994, preface, ix), and so is [human] life.

2.1. *Technics*

The question of technology, or *Technics*, has been deemed unworthy of philosophical inquiry for most of human history. Only in the past few decades has this question been seriously and urgently raised. As Stiegler explains in the movie *The Ister*, *Technics* evolved along with humans, humans being nothing else than technical life. Still, for most of human history, there was no sense of this technical dimension that constituted human life, making humans unique among living beings. The pivotal moment in understanding *Technics* as constitutive of the human experience and existence came with the Industrial Revolution.

At the beginning of Western philosophy in Ancient Greece, *Tekhnē* – which in Greek refers to the process of creation and construction- was connected with the idea of the Artisan, the *Demiurge*, the creator. *Technics* were understood through two key distinctions: (i) through an epistemological distinction between episteme and *Technics*, and (ii) through a metaphysical distinction between nature and *Technics*. Distinguishing between episteme and *Technics*, Plato denounced technical knowledge as a sophistic instrumentalisation of knowledge and an abuse of power when set in a political framework. For Plato, art/ *Tekhnē* was a mere imitation of nature, nature being, in turn, an imitation of the Eternal Ideas. For Aristotle, technological thought was considered underdeveloped, lacking a unified system of its own as opposed to science. Science was understood to be the universal knowledge, whereas *Tekhnē* was understood as the individual's mere application of such knowledge. The Artisan, the one producing technical objects, could not invent and change

the technical forms according to which the Artisan works. The Artisan's tool and *Tekhnē* are mere instruments with which a pre-existent form fashions matter. As explained by Stiegler in *The Ister*, Technics carried no ontological depth or meaning; appearance was strictly separated from essence, and Becoming was isolated from Being. Episteme was fundamentally opposed to Technics.

Complementing the epistemological distinction between episteme and Technics, a metaphysical distinction was drawn between nature and Technics. Nature and natural beings, in Aristotelian metaphysics, relate to genesis, being autonomous, having an immanent cause of growth. Nature was understood as the *materia prima*, the substance (*ousia*), an essence, carrying self-causality, i.e. the ability to move itself -as opposed to *Tekhnē* and technical entities, which were understood to be passive, subject to animation from the outside as they are a *natura secundum materiam*, their change or movement being contingent rather than necessary. This refers back to *Tekhnē*'s and technical objects' instrumentality as means to be used for an end. Thus, in ancient Greek thought, nature was an essential, autonomous, self-organising principle or form, the divine archetype, the model of a creature in God's mind. In contrast, the technical entities were seen as passive instruments, dependent on the material and external stimuli.

The initial shift in the conception of technology and Technics occurred when humans were compelled towards self-assertion during the late Middle Ages by what Hans Blumenberg refers to as the theological absolutism of nominalism. For the first time in history, humanity had been dethroned as the central being around which everything evolves. In the early Middle Ages, the world was perceived as an anthropocentrically ordered cosmos created by God. However, during the late medieval period, the importance of humanity and its creation as part of God's great plan was questioned by introducing the nominalist notion of the radical intensification of God's freedom, omnipotence, and incalculability. The world was no longer viewed as an ordered cosmos but as an immense, inconceivable and orderless place. Blumenberg contends that the Copernican revolution validated this nominalist perspective, revealing that the universe was not designed for humans; humans are simply participants in a vast cosmos. (Blumenberg, 1985) This, in turn, resulted in a 'new viral self-consciousness.' As explained by Luciano Floridi, Copernicus's heliotropic cosmology displaced the Earth from the centre of the universe. It forced humans to reconsider their place and role in it, causing what he refers to as the first revolution to self-understanding. (Floridi, 2014, p. 87).

Blumenberg further explains that since it was discovered that God did not arrange the world for human benefit, humans could now consider themselves free from the compulsory nature of Nature. Instead, there was space for a second nature to be introduced: that of *the world of culture*, in which humans are no longer required to

imitate the eternal forms of nature – the universals – but can endeavour to invent forms and build a world for themselves from the raw materials provided by nature. Thus, this moment in time can be said to have inaugurated the first instance of the modern human as an active, self-shaping being of a cultured nature out of which it draws its consciousness, to which it relates itself, and in which it relates to others. This moment of existential anguish marked the primary shift to human self-understanding. For the first time, humans considered themselves standing at *the radical moment of Becoming*, in which neither cognition nor action was to be given down from a natural order or be predetermined by any God. This profound lack of natural givenness opened infinite possibilities and instigated a world powered by creativity and invention. As opposed to a world shaped by the divine, God, or by eternal and unchanging forms, where human, technical and artistic production had no choice but to accept the compulsory nature of such forms and things and where everything necessary pre-existed in metaphysical or physical facts – thus, rendering change, invention or creation superfluous. (Aigner, lectures 2023 and Blumenberg, 1988)

Following Blumenberg's analysis, with the rupture with the medieval order of the cosmos and the dethroning of humans from the centre of the universe, the importance of technology and Technics – as well as art – became increasingly apparent in human life. Instead of being bound to the realm of imitation, technology and Technics were now entering *the world of invention and creation*. Science and Technics substituted loss of order, and creativity substituted imitation. Curiosity was rehabilitated as a valuable characteristic; the modern idea of the creative human being arose, and the modern dominance of natural sciences and Technics was born. (analysis above from Aigner, lectures 2023 and Blumenberg, 1988)

However, the most significant disruption of the understanding and role of Technics was the Industrial Revolution, which began with the introduction of the steam engine in 1780. Up until the Industrial Revolution, Stiegler explains in *The Ister*, the periods of *technological rupture* – as referred to by Bertrand Gille – were sporadic and far apart in time, thus leading to a common (mis)belief that the world was stable, identical to itself over the years, a world of *Being*. With the Industrial Revolution, the duration of technical systems' transformative cycles became shorter and shorter. The immense change was measured in decades rather than centuries or millennia (Suleyman & Bhaskar, 2023, p. 29). This led to the emergence of historical consciousness, proclaimed by Hegel, as a new widespread realisation of *a world of Becoming* was introduced. As Marx declared, the 19th century revealed that stasis is the exception, while the “normal” is in perpetual flux. Nietzsche shared the same idea when he declared reality to be a *Becoming*. ‘They will not learn that man has become’, Nietzsche wrote in *Human, All Too Human*, suggesting that such change is somewhat accidental, a statement Stiegler espouses. Deleuze and Guatarri noted

that different technologies have different forms and ways of becoming (Deleuze 1992, Guattari 1995).

By the end of the 18th century and the beginning of the 19th century, a new relation was formulated between science and Technics. This relation upset the established philosophical order. The relationship between science/episteme and Technics was altered from one of *opposition* to one of *composition*. A new dynamism of Technics was introduced, which led to a period of '*permanent innovation*'. Technics and technology were constantly and rapidly transformed due to capitalist competition gradually spreading to the international order and essentially through technical innovation and machine optimisation. The global economic war was translated into a war of science and Technics – a tendency that would only intensify in the following decades. (Stiegler, 1998 and Stiegler in *The Ister*)

The Industrial Revolution and the overriding presence of machines brought about a transformation in self-understanding concerning both the identity and role of humans in the world. The works of Samuel Butler's *Erewhon* (1872) and Darwin's *On the Origin of Species* (1859), written in light of the Industrial Revolution, are prime examples. Butler's fictional story of machines as a potential threat to humankind's dominance created a perception of technology and machines as a threat to human existence, a view still held by many today, particularly in response to Artificial Intelligence. Further, Darwin's finding that all species have evolved over the years from common ancestors through natural selection pronounced the displacement of humans from the centre of the biological kingdom. It rendered the origins of humanity a vexed question. As proposed by Floridi, the Darwinian revolution forms the second revolution in self-understanding – after the Copernican revolution (Floridi, 2014, p. 89).

The Industrial Revolution is widely accepted to have called for the reassessment of technical objects profoundly in a manner that is ever more relevant today. The proliferation of technical objects in the form of machines during the Industrial Revolution demanded – emphatically, according to Simondon and Stiegler – a systematic scientific approach to Technics and technology. As argued by Stiegler, the Industrial Revolution made it clear to the naked eye that Technics and technology were a problem that needed to be seriously and urgently addressed on all levels of thought and reflection. A critical attitude predominated in philosophical discussions about technology by the late 19th and throughout the 20th century. The classical philosophical concepts were considered incapable of grasping either the mode of existence of the technical objects or the experience of living in a world that is now fundamentally shaped by such objects. Technics were considered a challenge to philosophy itself. If philosophy is to play a role in the contemporary world, it must urgently address the question of Technics (Stiegler, 1998). Thus, philosophers embarked on a new quest

to explain and evaluate technology and Technics, as well as their modes of existence, function, nature, and relationship to humans and the Self.

2.2. The Self

The concepts of subjectivity, subject, and identity widely perturbed the thought of theologians, philosophers, sociologists, psychologists, and other theorists. Over the centuries, these ideas have been continuously conceptualized and redefined.

Subjectivity – broadly speaking – [pertains] ‘to the subject and his or her particular perspective, feelings, beliefs, and desire’ (Honderich, 1995, p. 900); it is ‘the [unique] capacity [of human beings] to reflect upon and evaluate their thoughts, feelings, and actions’ (Atkins, 2008, p. 1). The notion of subjectivity in modernity was initiated by Michel de Montaigne (1533–1592), who, during his project of self-exploration with the traditional aim of discovering a universal human nature, ended up discovering himself, his thoughts, feelings, and emotions. Thus, an understanding of subjectivity was introduced, which fostered a notion of the Self as a centralised locus of subjectivity in the hands of Descartes, Rousseau, Kant, and others (Honderich, 1995, p. 71). Descartes’s *ego cogitans*, Kant’s ‘*I think*,’ and Hegel’s ‘*spirit*,’ were based on ‘the [shared] idea that human subjectivity is the source of all reality or truth and the firm belief that human subjectivity is anchored in thought’ (H. Schmidinger, 1991, p. 49.; As quoted in Zima, 2018, p. 3). This dogma of idealism was, however, radically criticized by the Young Hegelians, Kierkegaard and Nietzsche; such critique was intensified in literary modernism – Dostoevsky, Musil, Valéry – and in Adorno’s and Horkheimer’s Critical Theory. Arguing against Jean-Paul Sartre, who followed Descartes in insisting that subjectivity – as ‘*consciousness*’ – was the ontological essence of being human, post-structuralist thinkers – such as Michael Foucault and Jacques Derrida – proclaimed the reverse of idealism’s conception, rejecting the concept of the subject as a fundamental or underlying entity and insisting that it is a subjugated or disintegrating instance: a product of power constellations (Foucault) and ideological interpellations (Althusser) or an unstable epiphenomenon of the unconscious and its impulses (Lacan). Thus, the notion of the subject and subjectivity transitions from its modern apotheosis to its postmodern deconstruction.

Peter V. Zima claims that this development of individual subjectivity from modern self-assertion to postmodern self-abnegation when placed in a sociological context, reveals a strong case of intersubjectivity between the individual and the collective. In Zima’s words, ‘the interdependence of individual and collective instances or actors may imply both an affirmation and a negation of individual subjectivity so that subjectivity [...] appears as a permanent oscillation between self-assertion and self-abnegation.’ (Zima, 2018, pg. xii). Based on this, Zima further maintains that

‘the individual subject is *a contingent construction*, a search for identity fraught with difficulties that can succeed or fail.’ In light of that, ‘[Self] appears as the object of an individual or collective subject trying to realize itself in thought and action.’ (ibid).

Vittorio Gallese, writing in the field of neuroscience, states that it has been convincingly ascertained that the starting point in *Self*-construction is the “*like me*” analogy between the infant and the caregiver (Meltzoff & Brooks, 2001, p. 1), the mirror stage, where we gain knowledge about ourselves through others while simultaneously learning about them. (Gallese, 2005, p. 104). Further, Gallese illustrates how subjectivity emerges from an intricate interaction of environment, culture, brain, and body. Gallese naturalises the question and outlines this interaction in four ways: (i) neotenic nature, (ii) presence of epigenetic mechanisms, (iii) co-evolution of gene and culture, and (iv) neural plasticity and experience.

Human neoteny enables individuals to engage in social relationships and understand others’ behaviours. Our development relies on the quantity and quality of interpersonal relationships we can maintain. As we grow, the complexity of neuronal connections increases depending on such interpersonal relationships. Human neoteny further emphasizes the essential role of embodiment in facilitating social engagement and comprehension of others’ behaviours. Neoteny significantly contributes to the development of human culture as it enhances and prolongs learning processes and strengthens social ties. Epigenetics governs changes in DNA expression, blurring the once-clear line between culture and nature. Gene-cultural co-evolution shows that genes and culture are both inheritable and interact with one another. Culture is not merely a human trait but a dynamic process that has shaped humanity. Culture modifies the natural environment, which influences our genetic evolution, yet cultural transmission and adaptation occur faster than biological changes. Lastly, neural plasticity indicates that the human brain is highly flexible and can undergo functional and structural changes dictated by external environments. (Gallese, lecture 2021) Gallese asserts that human experience is the result, sign, and reward of the interaction between organism and environment, which, when fully realised, transforms the interaction into participation and communication. For human contact, both meaning and presence components are necessary to experience. Experiences, sensual experiences, i.e. form awareness and self-awareness, are bound to the body, Christoph Wulf explains. This is why Thomas Nagel’s question, “*What’s it like to be a bat?*” remains unanswerable (Wulf, 2019, p. 1).

Recent work in philosophy, psychology and cognitive neuroscience has linked bodily self-consciousness to the processing of multisensory bodily signals in the brain, which need to be integrated in order to obtain an accurate sense of *Self*, world, and Other (Blanke and Metzinger, 2009; Deroy *et al.*, 2018; Gallagher, 2000; Tsakiris, 2010 as referenced by Farmer, H., *et al* 2021, p. 366) Thus, establishing sub-

jectivity as pre-reflexive and embodied (Wulf, 2019, p. 1). Similarly, intersubjectivity is founded on intercorporeality, referring to the embodiment of the Other. The Other includes other individuals and parallel realms of representation, such as art, orality, language, and the virtual world. Gallese argues that these parallel worlds we create and inhabit (stories, art, books, photographs, and visual reality) indicate humans' profound dissatisfaction with the physical or natural world. These worlds also confirm that our nature is beyond Nature. *The Self and the Other are reciprocally connected and interconnected.* (Gallese, lecture 2021)

The *Self*, far from being an inherent quality, is a meta-state formation, something we acquire and realise through transindividual individuations, whereby the embodiment of Other(s), our capacity "to affect and be affected" (Spinoza), is synonymous to this very *Self*. The *Self* is an event in culture, not our natural or inevitable state (Mansfield, 2000, p. 178); it is historically and evolutionarily conditioned (Vesting, 2023, p. 35). 'Subjectivity will only emerge in a dialectical movement of selfhood and otherness, in which the Self is kept "from occupying the place of the foundation"' (ibid).

3. NEW EPOCH, NEW SELF

The introduction of a technical system, the arrival of a new 'wave,' signals the onset of a new *epoch* while relegating the preceding one to the background of everyday life. A new *epoch* can only emerge when 'new ways of thinking, new ways of doing, new ways of living [and new ways of being] take shape' (Stiegler, 2019, Part 1, 1). Stiegler proclaims that the digital age represents *an epoch of an absence of epoch, the age of disruption* (ibid). This forthcoming wave approaches with unprecedented, brutal force and speed, undoubtedly infiltrating and altering every facet of our existence and culture. Vesting asserts that the current technological wave has resulted in a revolutionary transformation of human life in every aspect (Vesting, 2023, preface xiv). As this new epoch unfolds, new humanity and new subjectivity are demanded. This part illuminates the nature of the *Digital Self* that exists and operates within this new environment and culture.

3.1. The Digital Epoch

The specificity of this new age lies primarily in the speed of its evolution (Stiegler, 1998, p. 23). The rapid advancement of today's digital age is illuminated by M. Sulleyman's reference to the history of computing in his book *The Coming Wave*. Computing began in academia and was marked by the groundbreaking work of Alan Turing. It first emerged during World War II when Bletchley Park, Britain's

top-secret code-breaking centre, successfully developed a true computer for the first time. By the late 1940s, there were only a few devices; as IBM's president, Thomas J. Watson, allegedly remarked early in the decade, 'I think there is a world market for about five computers.' By 1983, only 562 computers were connected to the early internet, whereas by 2023, when Suleyman published his book, the number of computers, smartphones, and connected devices was estimated to be 14 billion. (Suleyman & Bhaskar, 2023, p. 32–33). According to Statista, the world's total number of connected devices today is approximately 20.1 billion, and by 2030, this number is expected to exceed 32.1 billion. (Statista, 2024)

The rapid transformation of smartphones from a niche product to an essential necessity within a few years has led to a significant increase in internet usage, including social media, online videos, and digital life. And through the internet, another 'mind-boggling proliferation' developed: data. Eighteen million gigabytes of data are added every minute. And through data, meta-data is developed. (Suleyman & Bhaskar, 2023, p. 33)

Technological advances continue with even more significant momentum and increasing levels of abstraction and complexity. According to M. Suleyman, we are nearing an inflection point with the emergence of history's most profound high-order technologies. This upcoming wave primarily relies on two general-purpose technologies: artificial intelligence and synthetic biology. It attempts to reshape, respectively, the two fundamental aspects of human existence: intelligence and life. The ubiquitous Artificial intelligence replicates speech and language, vision, and reasoning, while synthetic biology has now progressed to the point of printing DNA. (Suleyman & Bhaskar, 2023, p. 55–57) By transforming matter into mind, AI upsets the conventional wisdom rooted in our Enlightenment heritage, which viewed matter as passive and the mind as active (Hildebrandt, 2015, p. 182).

Our world is being *re-ontologized*, Floridi explains. *By re-ontologization*, he refers to a very radical form of re-engineering, one that designs, constructs, or structures a system (e.g., a company, a machine, or some artifact) not only anew but with a fully altered intrinsic character/nature at its core. In this sense, for example, nanotechnologies and biotechnologies are not merely re-engineering but re-ontologizing our world. (L. Floridi, 2007, p. 4) The once-imagined futuristic dystopia is now an ongoing reality. What was once regarded as science fiction is now reality, from DeepFace's facial recognition to ChatGPT's and DeepSeek's language models.

Vesting states that the emergence of this new culture 'eludes systematisation and no longer allows for permanently stable forms and institutions', it is '*shaking the boundaries of thinking*' (Vesting, 2023, p. 137). Current technology continually challenges what was once regarded as the limits imposed by 'nature' and seems to progress at a rapid, irreversible, and universal pace. This new wave is extensive and

not confined to singular domains, characterised by creating increasingly complex and advanced relationships at an extreme speed and intensity (Suleyman & Bhaskar, 2023, pp. 55–57).

3.2. Raising the question of the Digital Self

Faced with this new *epoch*, its challenges, and the myriad possibilities it brings, we must imagine a new relationship between humans and technology, or, as Yuk Hui advocates, a new relationship between the [digital] object and the mind. When considering technology, the dimensions of human experience and humanity's identity are always at stake. With its violence and social disruption, the current digital age has brought the question of the *Self* to the forefront and given it a unique intensity (Mansfield, 2000, p. 149).

As Mireille Hildebrandt clarifies, the emerging technological infrastructure – like all technologies – will reconfigure our life world and *de facto* regulate our behaviour. (Hildebrandt, 2015, p. 8) Félix Guattari, enforcing this idea, argues that 'Technological machines of information and communication operate at the heart of human subjectivity, not only within its memory and intelligence but within its sensibility, affects and unconscious fantasms.' (Guattari, 1995, p. 4)

Stiegler's account of this age is rather dark; he argues that there is a suspension of all previous ways of thinking, which were elaborated by appropriating previous changes in the technical system, and there seems to be no place for any new modalities of thought. What emerges is absolute emptiness of thought, a *kenosis* – the ordeal of Nietzsche's nihilism. No new form of thinking can be translated into new organisations, new institutions, new behaviours, and so on, through which an epoch could be properly constituted. This is the Age of Disruption, *the epoch of an absence of epoch*, according to Stiegler, proclaimed by Adorno and Horkheimer as the 'new kind of barbarism' and by Heidegger's 'end of philosophy' (Stiegler, 2019, Part 2, 8).

Mansfield argues that the remapping of limits or breaking of boundaries brought forth by the speed of this *epoch* reconfigures the scope of subjectivity, the conditions of feeling, the interrelationship between the *Self* and *Other*, and, inevitably, the subject and its being in the world (Mansfield, 2000, p. 149). Despite F.T. Marinetti's (1876–1944) unfortunate associations with the Fascist movement, his reflections on speed indicate the Modernist *naïveté* regarding the emancipatory potential of technology. 'We declare that the splendour of the world has been enriched with a new form of beauty, the beauty of speed [...]' Marinetti wrote in 1908 (Mansfield, 2000, p. 150). Speed smashes the softness of the over-civilised Western flesh, Marinetti states, and destroys the sentimental aesthetics of the West. Leaving the glaring co-existence of violence and beauty in Marinetti's words aside, his Futurism is indeed

largely founded upon what Roger Griffin terms “programmatically modernism”, namely, a rejection of Modernity which “expresses itself as a mission to change society, to inaugurate a new epoch, to start time anew” (Griffin, R., 2007, p. 62). It is this sense of *Aufbruch*, of cultural cynicism, transformed into *palingenetic populism*, which constituted the ambiguous affinities between various Modernists/Futurists and Fascists. The machine and speed unleashed a promise for a future of purifying beauty that destroys as it builds, leading to an explosion that will shatter yet renew us. Speed, then, functions as a kind of sublime violence that brings an unparalleled thrill and a sense of human renewal. This renewal will shatter our subjectivity’s physical and sentimental limits to make a wholly new experience of the world possible. Change and disruption are unavoidable and desirable because such disruption will bring forth a new subjectivity (Mansfield, 2000). Stiegler’s work is therefore invaluable, in that it allows us to problematize the lack of a foreseeable new epoch approaching – the lack of a fundamental sense of *Aufbruch* – without falling into the twofold trap of *teleology* and *reaction*, which an ‘epoch of no epoch’ generously lends itself to.

Further, commenting on *Speed*, Paul Virilio reiterates that it has entirely transformed the human experience. Speed has triumphed over space and time by erasing distance and achieving immediacy. The globe has become completely homogenized. Digital aesthetics represent global aesthetics. As Virilio writes: ‘The violence of speed has become both the location and the law, the world’s destiny and its destination’ (Virilio, 1998, p. 57 quoted by Mansfield, 2000, p. 153).

Moving forward, Floridi’s analysis of the revolutions of self-understanding indicates that contemporary technologies have instigated the fourth revolution. Today, we understand that we are not the centre of the universe— as revealed by the Copernican revolution; we are not fundamentally different from the rest of the animal kingdom—according to the Darwinian revolution; and we do not possess a coherent, transparent Cartesian mind—as demonstrated by the Freudian revolution with the discovery of the unconscious (Floridi, 2014, p. 90). Computing and information technologies have provided unprecedented scientific insights into both physical and virtual realities and their associated engineering. Floridi argues that this has cast a ‘new light on who we are, how we are related to the world and each other, and hence how we conceive ourselves’ (Floridi, 2014, p. 93). This fourth revolution, akin to the previous three, dispelled any misconception of human uniqueness by revealing that ‘we are informational organisms, mutually connected and embedded in an informational environment, which we share with other informational agents, both natural and artificial, that also process information logically and autonomously.’ (Floridi, 2014, p. 94). This newly lost uniqueness has arguably made the *perpetual risk of divorce* between humans and Technics more imminent, as will be further discussed below, and prompted a re-examination of what constitutes *Self*.

‘Each epoch must discover its humanism,’ (Simondon, 2017, p. 118). ‘We construct our technologies, and our technologies construct us and our times. Our times make us, we make our machines, our machines make our times.’ (Turkle, 1995, p. 46) As every new technical epoch demands a new humanity, a new form of subjectivity emerges. Following Floridi’s idea and sharing Simondon’s concern, we must wonder: ‘What sort of human can achieve in itself the realization of [digital] reality and introduce that reality into the culture?’ (Simondon, 2017, p. 12) Who is the subject that emerges through this new epoch?

3.3. The Second Skin

We will begin answering this question by positing that that which is the digital *Self* does not cease with our presence in the digital world. Rather, it is a vigorous part of our physical ‘reality,’ including our physical interactions and relations, as our digital experiences are absorbed in our implicit memories and emotional state, thus being carried with us at all times. *Our digital Self is our Self*, or, as a Gen Z representative, a digital native, put it, ‘*Our selfies aren’t just pictures; they represent our ideas of Self*’ (Fang, 2019). Interestingly, Pope Benedict XVI similarly stated that in the digital world, ‘it is not only ideas and information that are shared but, ultimately, our very selves’ (Cep, 2014, quoted by Hildebrandt, 2015, p. 41).

The world we engage with through our screens follows us everywhere and shapes our perception of reality, social relationships, and identity (Gallese, lecture 2021). ‘I am connected, therefore I exist’ (Shavino, 2003 quoted in Savat, 2012, p. 142). Our ‘real’ life is neither online nor offline, but exists within a new kind of world that we are still discovering (Floridi, 2007, p. 6). The boundary between here (analogue, carbon-based, offline) and there (digital, silicon-based, online) is rapidly becoming blurred, as Floridi argues (Floridi, 2007, p. 6). The two realms—physical and digital—merge. This merging is manifested concretely in the *Self* as the entity that realises this newly formed *onlife*. Floridi, adapting Horace’s famous phrase, asserts that “captive cyberspace is conquering its victor” (Floridi, p. 6).

In *Being and Time* (1927), Heidegger argued that our relationship with tools can become so close and familiar through their use that the more we learn to master them, the more seamless their use becomes, blurring the lines between users and tools. Digital technology is a techno-body prosthesis (Gallese, lecture 2021); it *is a second skin* (Morse 1998, quoted by Savat, 2012, p. 108). Even those not connected to the Internet or not engaged with the digital world, by choice or otherwise, are somehow affected and constituted by it. ‘Escape is nearly impossible,’ Shavino states (Shaviro, 2003, p. 4, quoted by Savat, 2012, p. 107). Thus, following the attitude of this epoch, the digital subject *breaks the boundaries* of human nature. The human

subject goes beyond what constitutes the Human -here being understood as the technological being, *Homo Technologicus*. Still, simultaneously, it remains all too human as it develops into the *Homo Digitalis* (Vesting) through and because of the stealing of *Epimetheus's fire*.

In 'A Cyborg Manifesto' (1985) Donna Haraway furthers this idea by stating that in this 'mythic age' that we live in, '[...] we are all chimeras, theorised and fabricated hybrids of machine and organisms; in short, we are all cyborgs [...]' (Haraway, 1991, p. 150 quoted by Mansfield, p. 159). She explains that the cyborg description is appropriate in this age as the distinctions used to differentiate the human from the machine have failed, and this is even more the case as time progresses with the advancement of life engineering. Human and machine actions are now on par. Traits such as intelligence, autonomy, and creativity that were regarded exclusively human are becoming less and less ours. Haraway writes, 'Our machines are disturbingly lively, and we ourselves frighteningly inert' (Haraway, 1991, p. 152 quoted by Mansfield, 2000, p. 159).

Donna Haraway presents a positive perspective on the potential benefits of us as *cyborgs*. The cyborg, this hybrid creature we are becoming, can offer 'women of colour.' Women of colour do not represent a singular, uniform *Self* but rather a 'sea of differences,' a generalised relational and 'oppositional consciousness' that is perpetually *creating interconnections and new systems* to join (Haraway 1991, p. 156, quoted by Mansfield, 2000, p. 160). The creation of these new interconnections can transform the cyborg into a potential vehicle for meaningful and productive change. Mansfield argues that the strength of Haraway's argument lies in its recognition of the interrelation among various domains – the mechanical, the biological, the conceptual, and the political – in which contemporary technology remains inseparable as both a material reality and a cultural fiction. (Mansfield, 2000, pp. 158–161)

3.4. Beyond space and time

Digital reality develops new forms and modes of space, time, aesthetics, and experience for the Self. There is a *shift in the mode of experience* from *Erfahrung* to *Erlebnis*, and a transition *in the medium of experience* from non-sensuous linguistic correspondences to embodied and practical mimetic activity, termed "contact sensuousity". Digital technologies place a new bodily, non-linguistic visuality at the centre of our experience of the world. The body is reinstated at the heart of the relationship with a reality that is increasingly mediated by digital interactive visual representations.

Experiments indicate that our brains read or map physical reality and digital representations in a similar manner (such as the experiment in mirror neurons re-

ported in Caggiano et al., 2011). Gallese refers to this phenomenon as the mirror mechanisms in humans: the same cortical areas are activated during the execution, observation, or imagination of object-directed actions, communicative actions, and bodily movements. For instance, the same parts of the brain are activated when we are touched or when we observe someone else being touched. Consequently, thanks to embodied simulation, we can comprehend the meaning of various actions, emotions, and feelings of others from within, experiencing a quality of understanding that differs from mere intellectual “knowing.” There is no requirement for inferential reasoning in a linguistic format; instead, we employ certain “bodily inferences.” For example, an emoji can now convey a feeling adequately. This signals *a new embodiment of both the Self and the Other*. (Gallese, lecture 2021)

This new embodiment enables us to connect with an increasing number of Others and to internalise many Others. Physical presence is now unnecessary. Geography and distance become inconsequential, along with the constraints of time. What we commonly understand as space and time collapses in the digital world. As argued by Fredric Jameson, in this ‘space’, there is no sense of depth. At most, there is merely the surface of the screen. It is not a space we physically inhabit with our bodies; if anything, it inhabits us, as Savat explains (Savat, 2012, p. 113–114). By surpassing our geographic limitations, we can engage with and embody multiple Others and many parallel worlds of representation. Every locality, and consequently, everything and everyone, is instantly accessible (Mansfield, 2000, p. 150). We are not only connected with our immediate community; we do not only relate to our present; rather, we occupy different spaces simultaneously and preserve different times. *A multiplicity of the Self develops*, creating a ‘plural and polyphonic subjectivity’ (Mikhail Bakhtin’s expression quoted by Guattari, 1995, p. 1). In the words of a digital native, ‘*To grow up with technology, as my generation has, is to constantly question the self, to split into multiplicities, to try to contain our own contradictions.*’ (Fang, 2019).

This expansion of the Self through the annihilation of time and space consists of two key aspects, two key characteristics of this current epoch which we embody in our becoming-Selves: (i) the *perseverance of the past*, and (ii) the *acceleration of the future*.

Yuk Hui’s work on the digital object exemplifies the heightened relationality of our current age and the way in which the past is preserved and the future is accelerated. Yuk Hui argues in Simondonian terms that a digital object forms a network of relations but contends that it transcends the Simondonian technical object; there is a *new architecture of networks* (Hui, 2012). As Stiegler notes, commenting on Yuk Hui’s work, ‘the digital object reconfigures the artefacts emerging from industrial innovation; it allows for new relativities of scale to form and deform, and from this

arise improbabilities that are always in dynamic excess over and above the systems whence they derive' (Stiegler's foreword to Hui, 2016, p. viii).

Digital objects have emerged in the realm of network computing since 1993. A digital object is any object on the Web, such as YouTube videos, Instagram profiles, etc., composed of data and formalized by schemes or ontologies that can be generalized as metadata. Data establish connections and build data networks across various platforms and databases. The digital remains invisible without data or traces of data (Hui, 2012, p. 388). Data's function is to produce formal relations, no matter how arbitrary these relations are. Metadata is, by definition, data about data, i.e., a description of something else. This means that it can extend infinitely. It can grow in time if the database assigns more attributes to it. However, its relation to other digital objects will increase, even if it remains the same. 'When there are more digital objects, there are more relations. Hence, the networks either become larger or new networks are actualized.' (Hui, 2012, p. 390) Being 'utterly relational, the digital object creates a digital milieu along with the sociotechnical artefacts that enable its possibilities (Stiegler's foreword to Hui, 2016, p. ix).

Reverting to Stiegler's prosthesis – which positions the human outside itself and places it in a temporal relationship with the past and anticipation of the future – Yuk Hui raises a concern regarding digital objects as *externalised memories* that condition our retrieval of the past and anticipation of the future, what Stiegler calls – borrowing Husserl's terminology- *tertiary retention*, or Clark and Chambers the *extended mind* (Clarks and Chambers, 1998). Digital objects, through the immense volume of information that they hold, make possible an infinite repertoire of memories, thus allowing *tertiary retention to supplement the finitude of the primary and secondary retentions*, which refer to the memory of "now" and the short/tomorrow memory, respectively. At the same time, tertiary retentions are also the source of primary retentions and the support of secondary retentions, which are also the source of *protention*, encompassing anticipations and projections. Thus, Stiegler writes that digital technology 'creates a new organisation of the circulation of the symbolic. Within this new mode of organisation, suddenly, the production of the symbolic becomes industrial, subject to industrial processes. Here, we encounter the production of the symbols on the one hand and the consuming of such symbols on the other- an aporia because it is impossible to consume a symbol. The symbol is not an object of consumption; it is an object of exchange, of circulation, or of the creation of circuits of trans-individuation. So, the situation suddenly produced what I call a short-circuit of trans-individuation.' (conversation between Stiegler and Rogoff, 2009). Moreover, as Lazzarato demonstrates in his seminal essay on immaterial labour, the product of the latter – the symbol, in this instance – *is itself productive*: precisely because immaterial products cannot possibly be consumed, they are immediately productive of a *social relation* – namely the capital relation itself.

What is suggested is that memory, which, as previously illustrated, enables the emergence of culture, can now be controlled and manipulated. Nothing is forgotten unless expressly requested, thus preserving the past. Additionally, algorithms utilise data to pre-empt our intentions and forecast our future through predictive modelling. Prediction is then seamlessly transformed into prescription, whereby Power is able to select which futurabilities (virtualities) will become actualised and which will be stifled – a process or apparatus that Berardi in his work refers to as the “Statisticon”. Furthermore, this conceptualisation of the extended mind invites a redefinition of the individual as an information processor capable of managing memory, underscoring another way digital technology transcends the boundaries of thought and existence.

Yuk Hui’s analysis emphasizes the fragility and fluidity of digital objects that shape the digital realm. This inherent fragility and fluidity also apply to the relationships and culture these objects create. A digital object can be generated, destroyed, or altered by nearly anyone at the touch of a keyboard key. New objects and their associated relationships can appear and vanish in an instant. There is an ongoing cycle of formation and destruction of ‘forms of life’ (referring to Stiegler’s terminology). Yuk Hui contends that these objects might not achieve transcendence, which could make the system they create in this new era potentially unsustainable.

3.5. The Digital Self

This new epoch and its characteristic *Speed* evoke the breaking of our subjectivity’s physical and emotional boundaries, creating a novel experience of the world. The Self is *shattered and reconstructed*, perpetually forced to be malleable and fluid. With this remapping of limits and the new embodiment comes a reconfiguring of the scope of subjectivity, of the interrelationship between the Self and Other, and, inevitably, of the subject and its being in the world. (Mansfield, 2000, p. 149–150) A “form of excessive subjectivity” -arises – ‘that is never completely one with itself, that never stays completely within itself’ (terminology by Finkelde, 2017, referenced by Vesting, 2023, p. 7).

The Digital Self cannot simply be seen as dichotomies of subject and object, as suggested by Heidegger, nor can it be separated from Technics, as exemplified by Haraway’s cyborg concept. We may indeed be living in the society that Simondon envisioned—a society that moves beyond dichotomies. Mireille Hildebrandt asserts, ‘Dualism is Dead. Long Live Plurality’ (The Onlife Manifesto, 2014, pp. 27–29). In his phenomenological analysis, Charles Ess highlights ‘radically non-dualistic and strongly relational notions of selfhood and embodiment in our knowing and navigating of the world’ (The Onlife Manifesto, 2014, p. 93). Ess posits that the

relational Self is characterised by (1) the fading distinction between reality and virtuality, (2) the diminishing distinction between human, machine, and nature, and (3) a shift from prioritising entities to focusing on interactions (ibid, pp. 93–94). These perspectives reveal a significant transition in selfhood from an individualistic approach to one rooted in relationality.

The postmodern *subject wanders*, Jean-François Lyotard argued. As grand narratives give way to the aleatory event, subjectivity becomes increasingly individuated through a multiplicity of heterogeneous elements. All values are discredited and remain unsubstantiated. This contemporary era is characterised by uncertainty and interruption (Mansfield, 2000, pp. 162–170). It is, after all, the *epoch of an absence of epoch*, as denounced by Stiegler. The predominant sentiments seem to be panic, anxiety, and fear. Arthur and Marilouise Kroker assert that we live in a ‘panic culture [which we experience] as a floating reality, with the actual as a dream world, where we exist on the edge of ecstasy and dread’ (Kroker et al. 1989, pp. 13–14). Florian, sharing his experience as a young teenager at fifteen, dismally states, “When I talk to young people of my generation [...], they all say the same thing: we no longer dream of starting a family, having children, pursuing a trade, or holding ideals [...]. All that is done and over with, because we are certain that we will be the last generation, or one of the last, before the end.” (Florian, in *L’Impensable, L’Effondrement du temps*: Tome 1, Pénétration, Paris: Le Grand Souffle Editions, 2006, p. 7, quoted by Stiegler 2019, Part 1, 5).

Lyotard convincingly argues that an accidental relationship exists with the *Self*; it is *external to us*, a meta-stable formation appearing in transindividual networks. The postmodern condition is simultaneously a confession of defeat, an imperilment of individual thinking, and a celebration of creativity and improvisation (Mansfield, 2000, pp. 162–170). This contradictory essence of the current epoch and its corresponding subject pertains to Heidegger’s contentious interpretation of technology. The only organ worth possessing in this new epoch is *imagination*. We pursue not truth but an open-ended array of possible experiences; we dream of having it all, of being anyone and everyone. The subject becomes infinite and undefined (Mansfield, 2000, pp. 172–173). The “true” and “identifiable” are constantly cast to the wind, opening an enormous world of possibilities (Gergen, 1991, p. 17). Since the early modern age, the subject has been transitioning from the “realm of reality” to the “realm of possibilities” (Vesting, 2023, p. xiv). In an information network, the Self can explore its own virtual lines of flight through imagination and, perhaps, achieve creative recompositing of subjectivity (Vesting, 2023, pp. 37–39). Vesting explains that in the digital world, this creative subjectivity extends to include processes of the emergence of innovations in novel experimental and network-like formations – what Moulrier-Boutang has termed “invention-power”, with its affective

or pre-individual corollary being *libido sciendi* (Moulier-Boutang, Y., 2012). Most importantly, this new Self, Vesting's *Homo Digitalis*, acts in rhizomatic networks of co-operation, in structures, not as an isolated individual (Vesting, 2023, p. 145).

The traditional, autonomous, indivisible, knowing Self is thrust into an ever-widening array of relationships. The Self is continuously constructed, reconstructed, emergent, reformed, and redirected as it moves through ever-changing relations. Self is a *multitude—fluid, relational, and profoundly transindividual*. Thus, in order 'to adapt [...], we must shift our starting point from the fixed, unified self to fluid and complex social processes.' (Gergen, 2024)

4. LAW'S (IR)RELEVANCE

This final part will raise and explore the question of Law. It will inquire into the mode of existence of the law in this *Age of Disruption* in an attempt to (re)assess the law's role and nature and examine how it may be reimagined and redesigned in response to today's reality. With the law's foundations shaking and the *perpetual risk of divorce* between humans and Technics at sight, the discussion is forcefully opened: Are we entering an age of *meta-law*?

Raising the question of the law in Disruption

Modern Western law originates from a pre-digital era, shaped by the communication infrastructure of the printing press. It is grounded in a unified worldview, centred around the nation-state's authority and linked to a rational, autonomous sense of Self, associated with early modern thinkers such as Locke and Kant. Modern law is not merely a mechanism of social control and conflict management; it fundamentally contributes to the organisation of social reality and opens up new possibilities (Vesting, 2023, p. 41). 'Law doesn't just mop up, it defines. It doesn't just correct, it makes possible' (Geertz, 1996, quoted by Vesting, 2023, p. 41).

Given the intensification of processes of deterritorialisation in late modernity, the mode of existence of the law, its normative foundations, and the constitutive role of providing and safeguarding rights have been interrupted. Pagallo's discussion of the impact of the information and digital revolution on Law in the *Onlife Manifesto* is illuminating in this regard. First, Pagallo maintains that a normative conception of the law, such as in Hans Kelsen's *Pure Theory of the Law* of the legal 'ought to', often falls short today (Pagallo, 2015, p. 162). Digital technologies, which are both constitutive and regulative, carry inherent constraints within their spaces and interfaces. Consequently, they shape our behaviour by enabling certain actions

while excluding others before the normative statement of ‘ought to’ is even at play. Comparing legal to technological regulation, Hildebrandt confirms that what she calls *technical regulation* can rule out violating the rule they embody, thus practically forcing compliance with the norm. (Hildebrandt, 2015, pp. 11–12) Further, the technical regulations in question are often inscribed by private entities serving their private interests, as opposed to the legal norms which the *Grundnorm* validates.

A normative conception of law encompasses specific spatiotemporal relations that do not reflect the reality of the digital environment, which, as previously discussed, collapses space and time. The Web is transnational, and so are we. National laws struggle to address challenges such as identity theft, spamming, cyber-attacks, and viruses despite repeated attempts, as Pagallo explains, referencing the US Anti-Spam Act of 2003 (Hildebrandt, 2015, p. 11–12). Additionally, issues like cyber-terrorism and national security have been systemic, transcending the borders of any particular nation. Consequently, other actors and institutions have emerged, considering national law, which includes international and transnational law (Hildebrandt, 2015, p. 11–12). Hildebrandt clarifies that this does not imply that the dreams of cyberspace utopians have been realised; the nation-state has not lost its footing, and territorial jurisdiction has not become meaningless (Hildebrandt, 2015, p. 189). Rather, there is a shift from government to governance. The nation-state is now one of the actors in governance. These various actors often find themselves in conflict, particularly when the interests of private companies clash with those of government institutions, leading to power struggles that are not necessarily resolved according to the principles of fairness and justice. Furthermore, a reduction in state authority raises questions regarding the protection of rights, including human rights, the enforcement of which – at least in theory – lies with the state.

Furthermore, evolutionary processes of spontaneous orders emerge that are technology-dependent, ubiquitous, and complex. Such spontaneous orders can be better understood when contrasted with human planning or, in Friedrich Hayek’s terminology, *kosmos* as opposed to *taxis* (Pagallo, 2015, p. 167). According to Pagallo, empirical evidence confirms that the informational complexity of human interaction cannot be reduced to *taxis* alone; hence, additional orders spontaneously arise from the complexity of the environment through specific laws of evolution (Pagallo, 2015, p. 167). The proliferation of these spontaneous orders and their complexity—often rendering them invisible—makes it difficult to criticise and contest them, if not impossible. Thus, accountability and legal certainty are hindered.

Furthermore, Pagallo suggests that traditional hard and soft law tools, including national rules, regulations, international treaties, and codes of conduct, are increasingly supplemented by design, coding, and architectural mechanisms. These mechanisms did exist in the past (as in the case of installing speed bumps, for instance),

but their application remained exceptional. However, technology has compelled governance actors to develop more sophisticated approaches to legal enforcement. The challenges facing the law today, as Pagallo observes, have called into question the understanding of law as a system composed of commands enforced through physical sanctions within the territory of the sovereign state (Pagallo, 2015, p. 163). This returns to undermining the law's normativity and poses an imminent threat of paternalism or nudging in situations such as privacy by design.

Hildebrandt argues that any attempt to impose administrative written rules to manage the new material and semiotic infrastructures is destined to fail. This is due to the fact that written law alone is ineffective against the distributed, mobile, polymorphous, and real-time nature of the smart computing environment. (Hildebrandt, 2015 pp. 9–10) In reference to the framework concerning data protection, Hildebrandt contends that 'the implications of *Onlife* cannot be reduced to privacy and data protection' (Hildebrandt, 2015, p. 183). The burden placed by the notorious General Data Protection Regulation (EU) 2016/679 (GDPR) on companies—especially start-ups—and individuals, without ultimately offering any essential protection, exemplifies the shortcomings of traditional legal tools. To oversimplify for the sake of argument, companies expend substantial amounts of time and money preparing and maintaining all the requisite documentation so that individual users will tick the box when entering a platform, as failure to do so restricts their access, indicating the extent to which techno-regulations prevail.

Another such example is the Digital Operational Resilience Act Regulation (EU) 2022/2554 (DORA), which came into force only a few days ago and requires all financial institutions to assess their, along with their partner's digital operational resilience, in effect placing an administrative burden of undertaking an exercise that will have a splash over effect to any other entities or related institutions, thus hindering relations and in essence resulting in the production of paperwork around digital security systems – which, for the most part, remain incomprehensible to the general public.

Pagallo posits that traditional legal concepts, including reasonable foreseeability, responsibility, liability, and legal personhood, are increasingly being questioned (Pagallo, 2015, p. 163). As we shift from tangible matters to the realm of AI, (semi) autonomous drones, and self-driving vehicles, these aged legal concepts struggle to adapt and correspond to our contemporary reality. Additionally, the law's attributes, such as certainty, generality, and enforceability—previously mentioned—are now at risk. The varied information channels, the swift pace of change, and the indeterminacy of the digital age challenge core legal principles.

Law constitutes life – *jus vitam Institutet* – it engenders possibilities. One traditional way in which the law has fulfilled this role is by bestowing rights upon its subjects. In his intriguing work on the philosophy of rights, Costas Douzinas explains

that ‘Rights construct a system of relations and juxtapositions, a matrix-like structure in which the different positions are given in advance of our admission.’ (Douzinas, 2019, p. 110) Rights are constructed in a manner that overlooks digital realities and, more importantly, fails to acknowledge the relational nature of the digital Self. This is exemplified by observing how challenging it is to reconcile old and new rights, as in the case of *Scarlet Extended SA v. SABAM* (2011) in the ECJ. In this case, the Court noted that the fundamental right to property, which includes the protection of intellectual property rights, “must be balanced against the protection of other fundamental rights.” The other rights at stake here, alongside the company’s right to conduct business, were the users’ rights to protect personal data and freedom of expression. Moreover, ‘newly’ formed rights appear to burden the subjects rather than contribute to their ‘freedom and well-being’ (Douzinas, 2019, p. 110). For example, the right to an explanation (Article 22 of the GDPR) and the right to be forgotten (Article 17 of the GDPR) can be argued to shift a responsibility traditionally held by the state—to protect its subjects—to the subjects themselves.

Law as Not a relic

As demonstrated above, the forthcoming wave and its profound changes to human life and the *Self* shake the law’s foundations, nature, and role. The *Age of Disruption* disrupts the Law, demanding its radical reassessment. The law must *adopt* the digital, in the Stieglerian sense, if it is to survive.

This *Age of Disruption*, characterised by the dynamic transcendence of boundaries and the continual reconstruction of relations, ‘does not burden itself with reform: it dissolves it and replaces it with a state of fact that renders the very notion of law obsolete.’ (Stiegler, 2019, Part 4, 22) The current order arises from diverse, flexible, decentralised structures that are open to the unknown and can favour *the event over the legal rule*. (Malabou, 2008, p. 42, referenced by Vesting, 2023, p. 138). Stiegler argues that by positioning ourselves ‘outside the law,’ we risk plunging into chaos and ultimately realising the ‘new form of barbarism.’

This contemporary *disruption* embodies the ultra-liberal, as Stiegler suggests, by attempting to absorb the social and political realms into the technological and economic spheres through their complete annihilation, dissolving them into the computational (Malabou, 2008, p. 42, referenced by Vesting, 2023, p. 138). Operating through a continual manufacturing of a ‘competition of speed’ and ‘radical innovation,’ digital technologies create a scenario where the law invariably ‘arrives too late.’ ‘It is a matter of standing outside the law by situating oneself as being prior to it’ (Malabou, 2008, p. 42, referenced by Vesting, 2023, p. 138). As Hildebrandt illustrates in her work, the digital environment is permeated with pre-emptive technologies that consistently outpace us (Hildebrandt, 2015, p. 8).

As discussed above, such technologies hinder the law's normativity by precisely situating themselves *prior to* the law. Nonetheless, it is not only that technology is progressing too rapidly; the law is also lagging too far behind. The issue is reciprocal. There is an abundance of legislation that was simply enacted too late. During a lecture in February 2024, Pagallo critically examined the recently enacted EU AI Act, which he referred to as a 'legal monster' that is likely to become obsolete before it even takes effect. Pagallo also mentioned the nine years it took to prepare the Instant Payment EU Regulation related to e-payments and transactions – covering services such as PayPal – as further evidence of the law's sluggish and inadequate pace.

However, as Hildebrandt states, the law is *not a relic* ready for exhibition in the museum of bygone historical artefacts (Hildebrandt, 2015, p. 9); quite the contrary. As this wave increasingly resembles a tsunami, we must assert the necessity of a new state of law (Stiegler, 2013, p. 30). If we are to preserve life and prevent it from 'just turning into dust' (Stiegler, 2019, Part 4, 22), the law is paramount. To master this *epoch of an absence of epoch*, the law needs not just to be reformed but to be reimagined and redesigned. Creating and negotiating a new legal framework is necessary, Stiegler contends (Stiegler, 2013, p. 30). Hildebrandt concurs, calling for a new framework that will adapt to the evolving socio-technical environment while being robust enough to provide a reliable backbone for the individual (Hildebrandt, 2015, p. 9).

Suppose we understand the law as a stage where we are all actors, invited to perform our shared lives, as Hildebrandt suggests. In that case, we must first recognise that the stage is set amidst a messy, complex, and often chaotic network of relations, where actors internalising the disorder enter a state of meta-stability, perpetually incomplete. Accordingly, the reinvention of the law can only succeed if it comprehends the nature of such a network, acknowledges the *actors' processual becoming*, and, most importantly, understands the intimate relationship between the two. If we do not direct the law in this manner, 'the law will lose hold of our imagination' (Hildebrandt, 2015, p. xiii). With imagination as the dominant force in this new epoch, such a loss could reduce the law to a mere tool or replace it with *technological regulations*, rendering it irrelevant or even obsolete. For the law to remain relevant, it must flow, improvise, and reinvent its creativity. It must be continually renewed and rearranged to retain its provisional nature in a peculiar way (Vesting, 2023, p. 138).

4.1. The perpetual risk of divorce

Technology mediates between humans and nature. In discussing the role and characteristics of technology as a mediator (or technological *in-betweenness*), Floridi notes that technology, in its capacity as the mediator between humans and nature, represents only first-order technology and pertains to simple tools or objects, such

as a pair of sunglasses that mediate between a person and sunlight (nature). Second-order technologies refer to those that mediate between humans and other technologies, such as a screw used with a screwdriver or an engine that provides energy to another machine. The Industrial Revolution and modernity have undoubtedly introduced levels of complexity and abstraction, as our dependency on technologies has rapidly increased; ‘no trains without railways and coal, no cars without petrol stations and oil’. Nevertheless, these second-order technologies imply and sustain a mutual dependency with the first-order ones. (Floridi, 2014, pp. 25–32)

Floridi maintains that the contemporary digital and informational age has led to a third order of technologies, where technology mediates between technology and other technologies. Humans and nature are no longer involved, and technologies directly interact with other technologies, so *third-order technologies* are at play (ibid). In this third order, the human is neither the organiser nor does she play a key role in this invention process: technology can now be *human-independent*. Paul Virilio makes a similar point when discussing the speed of nuclear war. He argues that this technology marginalises humans, as their decisions, location, and initiative become irrelevant in a world where events unfold at a pace no one can match. The machine reduces the human into a series of alternatives; he argues that once a pre-fixed path has been initiated, human invention and indeterminacy become irrelevant, inefficient, and redundant. (Mansfield, 2000, p. 154)

Technics and humanity’s evolution have historically followed an intertwined path. Nevertheless, as Stiegler asserts in *The Ister*, there is a *perpetual risk of divorce*. A risk of *disjointedness*, in Gille’s terminology. Technics create a system, a network, with its own dynamics that can exist independently of the human. Heidegger’s conception of technology, characterised by its non-human essence, further illustrates this. As a system of its own, technology has led to today’s reality: the *third order* of technologies that can exist and operate without humans. Technics have developed to an extent and in a direction that no longer necessarily includes or relates to humanity and the essence of human life. Stiegler explains that, like all living beings, humans seek – at least on a more fundamental level – to preserve themselves; they yearn for stillness, whereas technology is negentropic, pursuing constant transformation and modification. The latter justification may not be entirely convincing; however, it is undeniable that the pace and manner of technological advancement make it extremely difficult—if not impossible—for humanity to keep up. In light of the current reality, we must almost inevitably conjure scenarios of a ‘posthuman world’ (reference by Vesting, 2023, p. 139).

Pagallo asserts that the introduction of third-order technologies necessitates the evolution of law into a meta-technology that encompasses and regulates other technologies. He cites the European Chips Act, which came into effect in September

2023, as an example of legislation functioning as a meta-technology. The European Chips Act establishes a framework of measures aimed at strengthening Europe's semiconductor ecosystem. The regulation focuses on the technology itself. Law, as a meta-technology, serves, among other purposes, as a regulatory technique. Pagallo explains that law is not the sole regulatory system; instead, law as a meta-technology is merely one of the forces at play. Technology itself also functions as a regulatory system. A conflict may arise between technology and law due to their respective regulatory roles. We may be entering a new reality in which law does not always prevail and may not always relate to humanity; we are arguably entering a paradigm of meta-law. (Pagallo lectures 2021 and 2023)

5. CONCLUSION

In our rapidly evolving digital and information reality, we must not seek the “answer” but a constant “process of answering,” not a dialogue but a multilogue. (Gergen, 1991, p. xxiii) This paper seeks to explore *Technology*, *Self*, and the *Law* by raising some crucial questions, thereby stimulating this *process of answering*.

Examining the relationship between Technics and humanity, from their co-originality to their impending separation, it is illuminated and argued that our humanity and subjectivity are intertwined in the development of technology. With the coming of a new technological rupture, a new humanity and a new subjectivity are demanded.

In this *Age of Disruption*, an *era of absence of epoch*, the transformation of the Self from a unified, all-knowing being to a processual becoming is discussed. This subject exists in a state of continuous construction and reconstruction, which is (re-)created within an ever-changing network of relations that constitutes the digital. Such transformation is of a pharmacological nature, both a cure and a poison. Thus, it needs to be stirred in the right direction.

This age of Speed and boundary-breaking nature, along with the transindividual subject it births, arguably threatens the realisation of Adorno and Horkheimer's ‘new kind of barbarism’. As the fact supersedes Law, we and our world are continuously placed ‘*outside the law*’. Thus, the Law is in dire need of change if it is to remain relevant, and the law must remain relevant, or else we are to rescind into chaos. A new framework of Law must be reimagined, one that fully grasps the intimacy between Technics and Self and the *perpetual risk of divorce* between them. Imagination and improvisation must be utilised as the only viable methods in this epoch: ‘If we are to survive, improvisation will be our way of life’ (Gergen, 1991, p. xxiii).

REFERENCES

Bibliography:

1. Papacharissi, Z. (Ed.). (2010). *A networked self: Identity, community, and culture on social network sites*. New York, NY: Taylor & Francis.
2. Alam, T. (2018). *A reliable communication framework and its use in Internet of Things (IoT)*.
3. Arthur, W. B. (2010). *The nature of technology: What it is and how it evolves*. London, UK: Penguin Books.
4. Arthur, W. B. (2009). *The nature of technology: What it is and how it evolves*. London, UK: Penguin Books Limited.
5. Atkins, K. (2008). *Self and subjectivity*. Hoboken, NJ: John Wiley & Sons.
6. Berardi, F. (2017). *Futurability: The age of impotence and the horizon of possibility*. London, UK: Verso Books.
7. Blumenberg, H. (1985). *The legitimacy of the modern age*. Cambridge, MA: MIT Press.
8. Caggiano, V., Fogassi, L., Rizzolatti, G., Pomper, J. K., Thier, P., Giese, M. A., & Casile, A. (2011). View-based encoding of actions in mirror neurons of area F5 in macaque premotor cortex. *Current Biology*, 21(2), 144–148. <https://doi.org/10.1016/j.cub.2010.12.022>
9. Clark, A., & Chalmers, D. (1998). The extended mind. *Analysis*, 58(1), 7–19. <https://doi.org/10.1093/analys/58.1.7>
10. Clemens, J., & Nash, A. (2019). Irremediability: On the very concept of digital ontology. In A. Lagerkvist (Ed.), *Digital existence* (pp. 29–60). London, UK: Routledge.
11. Deleuze, G. (1992). Postscript on the societies of control. *October*, 59, 3–7.
12. Deleuze, G., & Guattari, F. (1977). *Anti-Oedipus* (R. Hurley, M. Seem, & H. Lane, Trans.). Minneapolis, MN: University of Minnesota Press.
13. Lagerkvist, A. (Ed.). (2018). *Digital existence: Ontology, ethics and transcendence in digital culture*. London, UK: Taylor & Francis.
14. Douzinas, C. (2019). *The radical philosophy of rights*. London, UK: Taylor & Francis.
15. Durante, M. (2017). *Ethics, law and the politics of information: A guide to the philosophy of Luciano Floridi*. Dordrecht, Netherlands: Springer.
16. Farmer, H., Cataldo, A., Adel, N., Wignall, E., Gallese, V., Deroy, O., Hamilton, A., & Ciaunica, A. (2021). The detached self: Investigating the effect of depersonalisation on self-bias in the visual remapping of touch. *Multisensory Research*, 34(4), 365–386. <https://doi.org/10.1163/22134808-bja10046>
17. Finkelde, D. (2017). *Excessive subjectivity: Kant, Hegel, Lacan, and the foundations of ethics*. New York, NY: Columbia University Press.
18. Floridi, L. (2014). *The fourth revolution: How the infosphere is reshaping human reality*. Oxford, UK: Oxford University Press.
19. Floridi, L. (2007). A look into the future impact of ICT on our lives. *The Information Society*, 23(1), 59–64. <https://doi.org/10.1080/01972240601059094>

20. Floridi, L., Mittelstadt, B., & et al. (Eds.). (2015). *The onlife manifesto: Being human in a hyperconnected era*. Cham, Switzerland: Springer. <https://doi.org/10.1007/978-3-319-04093-6>
21. Gallese, V. (2005). Being like me: Self-other identity, mirror neurons, and empathy. In S. Hurley & N. Chater (Eds.), *Perspectives on imitation: From neuroscience to social science*. Vol. 1. Mechanisms of imitation and imitation in animals (pp. 101–118). Cambridge, MA: MIT Press.
22. Gallese, V. (2007). Before and below “theory of mind”: Embodied simulation and the neural correlates of social cognition. *Philosophical Transactions of the Royal Society B: Biological Sciences*, 362(1480), 659–669. <https://doi.org/10.1098/rstb.2006.2002>
23. Geertz, C. (1996). Off echoes: Some comments on anthropology and law. *Political and Legal Anthropology Review*, 19(2), 33–37.
24. Gergen, K. J. (1991). *The saturated self*. New York, NY: Basic Books.
25. Griffin, R. W., & Moorhead, G. (2007). *Organizational behavior: Managing people and organizations* (18th ed.). Boston, MA: Houghton Mifflin.
26. Guattari, F. (1993). Machinic heterogenesis. In V. A. Conley (Ed.), *Rethinking technologies* (J. Creech, Trans.). Minneapolis, MN: University of Minnesota Press.
27. Guattari, F. (1995). *Chaosmosis: An ethico-aesthetic paradigm* (P. Bains & J. Pefanis, Trans.). Sydney, Australia: Power Publications.
28. Habermas, J. (1971). *Toward a rational society: Student protest, science, and politics* (J. J. Shapiro, Trans.). London, UK: Heinemann Educational.
29. Hansen, M. B. N. (2004). *New philosophy for new media*. Cambridge, MA: MIT Press.
30. Harcourt, B. E. (2015). *Exposed: Desire and disobedience in the digital age*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
31. Heidegger, M. (1962). *Being and time*. London, UK: SCM Press.
32. Heidegger, M. (1977). *The question concerning technology, and other essays*. New York, NY: Garland Publishing.
33. Hildebrandt, M. (2015). *Smart technologies and the end(s) of law: Novel entanglements of law and technology*. Cheltenham, UK: Edward Elgar.
34. Honderich, T. (1995). *The Oxford companion to philosophy*. Oxford, UK: Oxford University Press.
35. Hui, Y. (2012). What is a digital object? *Metaphilosophy*, 43(4), 380–395. <https://doi.org/10.1111/j.1467-9973.2012.01764.x>
36. Hui, Y. (2016). *On the existence of digital objects*. Minneapolis, MN: University of Minnesota Press.
37. Jameson, F. (1991). *Postmodernism, or, the cultural logic of late capitalism*. Durham, NC: Duke University Press.
38. Kroker, A., Kroker, M., & Cook, D. (1989). *Panic encyclopedia: The definitive guide to the postmodern scene*. New York, NY: St. Martin's Press.
39. Leroi-Gourhan, A. (1993). *Gesture and speech*. Cambridge, MA: MIT Press.

40. Lindberg, S. (2019). Being with technique—Technique as being-with: The technological communities of Gilbert Simondon. *Continental Philosophy Review*, 52(3), 299–310. <https://doi.org/10.1007/s11007-019-09471-5>
41. Malaspina, C. (2022). Simondon and the birds of the apocalypse. *Journal of the CIPH*, 101(1), 66–81.
42. Mansfield, N. (2000). *Subjectivity: Theories of the self from Freud to Haraway*. New York, NY: NYU Press.
43. Meltzoff, A. N., & Brooks, R. (2001). “Like me” as a building block for understanding other minds: Bodily acts, attention, and intention. In B. F. Malle, L. J. Moses, & D. A. Baldwin (Eds.), *Intentions and intentionality: Foundations of social cognition* (pp. 171–191). Cambridge, MA: MIT Press.
44. Moulrier Boutang, Y. (2012). *Cognitive capitalism*. Cambridge, UK: Polity Press.
45. Pagallo, U. (2022). The politics of data in EU law: Will it succeed? *Digital Society*, 1(20). <https://doi.org/10.1007/s44206-022-00020-9>
46. Read, J. (2015). *The politics of transindividuality*. Leiden, Netherlands: Brill.
47. Savat, D. (2012). *Uncoding the digital: Technology, subjectivity and action in the control society*. Basingstoke, UK: Palgrave Macmillan.
48. Shaviro, S. (2003). *Connected, or, what it means to live in the network society*. Minneapolis, MN: University of Minnesota Press.
49. Simondon, G. (2017). *On the mode of existence of technical objects* (C. Malaspina & J. Rogove, Trans.). Minneapolis, MN: Univocal.
50. Simondon, G. (2012). *Being and technology*. Edinburgh, UK: Edinburgh University Press.
51. Spelda, D. (2013). Theological absolutism and human self-affirmation: Blumenberg’s conception of the modern age. *Filosofický Časopis*, 61(2), 181–205.
52. Stiegler, B. (1998). *Technics and time: The fault of Epimetheus*. Stanford, CA: Stanford University Press.
53. Stiegler, B. (2013). *What makes life worth living: On pharmacology*. Cambridge, UK: Polity Press.
54. Stiegler, B. (2019). *The age of disruption: Technology and madness in computational capitalism*. Cambridge, UK: Polity Press.
55. Stiegler, B., & Rogoff, I. (2009). *Transindividuation*. (Conversation as part of “Pharmaconomics” at Goldsmiths in February and March 2010)
56. Suleyman, M., & Bhaskar, M. (2023). *The coming wave: Technology, power and the twenty-first century’s greatest dilemma*. London, UK: Jonathan Cape.
57. Floridi, L., et al. (Eds.). (2014). *The onlife manifesto: Being human in a hyperconnected era*. Cham, Switzerland: Springer.
58. Springer International. (2022). *The rule of law in cyberspace*. Cham, Switzerland: Springer.
59. Turkle, S. (1995). *Life on the screen: Identity in the age of the internet*. New York, NY: Simon & Schuster.
60. Vesting, T. (2018). *Legal theory and the media of law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar.
61. Vesting, T. (2023). *Subjectivity transformed: The cultural foundation of liberty in modernity*. Cambridge, UK: Polity Press.

62. Virilio, P. (1998). *The Virilio reader* (J. Der Derian, Ed.). Oxford, UK: Blackwell.
63. Wulf, C. (2019). The formation of the subject in the digital culture: Some considerations, hypotheses and research results concerning the education of young people. *Azimuth*, 7(14), 157–169.
64. Zima, P. V. (2015). *Subjectivity and identity: Between modernity and postmodernity*. London, UK: Bloomsbury.

Websites, online articles:

1. Bluemink, M. 2015, . *Man, the animal without essence*. Blue Labyrinths. <https://bluelabyrinths.com/2015/03/02/man-the-animal-without-essence/> (Posted by Matt Bluemink, March 2, 2015)
2. Cep, C. 2014. The pointlessness of unplugging. *The New Yorker*. <https://www.newyorker.com/culture/culture-desk/the-pointlessness-of-unplugging> (Posted by Casey Cep, March 19, 2014)
3. Fang, T. 2019. We asked teenagers what adults are missing about technology. This was the best response. *MIT Technology Review*. <https://www.technologyreview.com/2019/12/21/131163/youth-essay-contest-adults-dont-understand-kid-technology/> (Posted by Taylor Fang, December 21, 2019)
4. Judy. 2018. *Bernard Steigler's Technics and Time 1: The Fault of Epimetheus*. The Simulation Space. <https://thesimulationsspace.wordpress.com/2014/09/08/bernard-steiglers-technics-and-time-1-the-fault-of-epimetheus/> (Posted by Judy Ehrentraut, September 8, 2014)
5. 2007. *Phenomenological Approaches to Ethics and Information Technology* (Stanford Encyclopedia of Philosophy). <https://plato.stanford.edu/entries/ethics-it-phenomenology/#OrigTechHumaBein> (First published Sat Feb 19, 2005; substantive revision Thu Jun 29, 2017)
6. Sshaviro. 2004. *Simondon on technology – The Pinocchio Theory*. <http://www.shaviro.com/Blog/?p=298> (Posted April 30, 2004)
7. Statista. 2024. *Number of IoT connections worldwide 2022–2033*. <https://www.statista.com/statistics/1183457/iot-connected-devices-worldwide/>
8. Gergen. Kenneth J. 2024. *There is no unified self*. IAI TV – Changing how the world thinks. <https://iai.tv/articles/there-is-no-unified-self-auid-2951> (Posted by Kenneth J. Gergen, September 19, 2024)

Movies and lectures:

1. Aigner, Franziska 2023. *Bernard Stiegler's Thought on Technics*
2. Gallese, Vittorio 2021., *Seminar: Embodied simulation and experimental aesthetics*
3. Huk, Yui, 2017. *Simondon & Technology*
4. Malaspina, Cecile, 2023. *Human Nature & the Technical Object, Reading Simondon*
5. Movie *The ISTER*, Pagallo Ugo 2021., *Technology and the Philosophy of Law*
6. Pagallo Ugo 2023. *Technology and the Philosophy of Law*

The Impact of Artificial Intelligence on Academic Success: A Case Study of Law Students at the University of Belgrade

Iva I. Stefanović

University of Belgrade – Faculty of Law

UDK 34:004.8



0009-0004-3583-220X

Cite this article:

Stefanović, I. Iva. 1/2025. Istraživanje upotrebe veštačke inteligencije od strane studenata Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. *Eudaimonia – Journal of Legal, Political and Social Theory and Philosophy* 9: 168–183

DOI: 10.51204/IVRS_25103A

Keywords:

- Artificial Intelligence
- Law Students
- Technology Misuse
- Sociological Research
- Student Surveys

Author for correspondence:

Iva I. Stefanović,
iva.stefanovic5@gmail.com

Artificial intelligence, as a relatively new technology, has the potential to significantly influence both everyday life and academic activities. Its ability to process large amounts of data and provide personalized support represents one of the main factors that could shape the academic experience. In this context, this paper aims to explore the extent and manner in which artificial intelligence is used among students (if it is used at all) and overall academic success, based on research and surveys conducted at the Faculty of Law, University of Belgrade.

Through the analysis of this topic, we aim to gain insights into how students use artificial intelligence in their studies and identify potential areas for further research and development. Additionally, it seeks to understand students' views regarding moral dilemmas and ethical issues, such as delineating legitimate use from potential misuse, which could undermine the establishment of a fair and ethical academic environment.

Istraživanje upotrebe veštačke inteligencije od strane studenata Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu

Iva I. Stefanović

Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet

UDK 34:004.8



0009-0004-3583-220X

Referenca:

Stefanović, I. Iva. 1/2025. Istraživanje upotrebe veštačke inteligencije od strane studenata Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. *Eudaimonia – Journal of Legal, Political and Social Theory and Philosophy* 9: 168–183

DOI: 10.51204/IVRS_25103A

Ključne reči:

- Veštačka inteligencija
- Studenti Pravnog fakulteta
- Zloupotreba tehnologije
- Sociološko istraživanje
- Studentske ankete

Autor za korespodenciju:

Iva I. Stefanović,
iva.stefanovic5@gmail.com

Veštačka inteligencija, kao relativno nova oblast tehnologije, može značajno uticati na nivo obaavljanja svakodnevni i akademskih aktivnosti. Njena sposobnost analize obimnog broja podataka i pružanja personalizovane podrške predstavlja potencijalni aspekt uticaja na akademsko iskustvo. U tom kontekstu, ovaj rad ima za cilj da istraži u kojoj meri i na koji se način veštačka inteligencija koristi među studentima (ako se uopšte i koristi), da izuči uticaj veštačke inteligencije na opšti akademski uspeh, na osnovu istraživanja i ankete izvršenih na studentima Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Analizom se nastoji otkriti načine na koje studenti koriste veštačku inteligenciju u svrhu studija, potencijalne oblasti za dalje istraživanje i razvoj ove teme. Takođe, ovo istraživanje ima i za cilj da stekne uvid u stavove studenata u pogledu moralnih dilema i etničkih pitanja koja proističu iz upotrebe veštačke inteligencije, poput onih koji definišu razgraničenje upotrebe od potencijalne zloupotrebe, koja bi remetila obezbeđenje pravične, etičke akademske sredine.

1. UVOD

U kontekstu savremenih društvenih promena, tehnološki napredak igra ključnu ulogu, prodirući sve više u različite sfere ljudskog života, među kojima je i obrazovanje. Jedna od ključnih inovacija koje proističu iz ovog tehnološkog napretka jeste veštačka inteligencija (u daljem tekstu: V. I.), na čemu je akcenat ovog rada. Fokus rada stavljen je na izučavanje potrebe studenata za upotrebom ove vrste tehnologije pri pohađanju akademskih studija Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, ali i o njihovim stavovima prema V. I, što su ujedno i dve teme na koje je ovaj rad podeljen.

Rad se zasniva na istraživanju, izvršenom među studentima sve četiri godine akademskih studija na Pravnom fakultetu, čije rezultate ćemo analizirati i izneti u zaključku. Analizom istraživanja dolazimo do raznih odgovora na pitanja poput: *Da li i u kojoj meri studenti koriste V.I?, U koje svrhe?, Na koji način?* kao i *Koje su njihove percepcije o moralnim, etičkim i praktičnim aspektima vezanim za njeno korišćenje?, Da li smatraju da je ovaj način rada varanje?* Odgovore na ova pitanja, kao i na mnoga druga iznećemo u radu.

Kroz sistematsku analizu dobijenih rezultata, ovaj rad doprinosi boljem razumevanju uloge V. I, ne samo u obrazovanju, već i svakodnevnom životu jednog studenta Pravnog fakulteta. Pored toga, komparativnom metodom upoređićemo tradicionalne metode učenja, izrade zadataka, radova i istraživanja u odnosu na nove, tehnološke alate koje pruža veštačka inteligencija.

Najpre ćemo se baviti uopštenim pojmom V. I, definisaćemo je, objasniti i uporediti sa prirodnom, ljudskom inteligencijom, kako bismo mogli da pristupimo V. I. u sferi obrazovanja, gde ćemo analizirati način na koji ona funkcioniše pri pružanju podrške učenicima i studentima. To je neophodno kako bismo, na osnovu datih analiza pristupili narednom delu istraživanja koji se sastoji iz proučavanja percepcije studenata o moralnim aspektima korišćenja veštačke inteligencije u obrazovanju.

2. VEŠTAČKA INTELIGENCIJA – TEORIJSKI I KONCEPTUALNI OKVIR

U poslednjih nekoliko godina, V. I, kao relativno nov domen načina istraživanja koji putem savremenih tehnoloških inovacija i društvenih promena dobija na značaju i popularnosti, koji je, pomoću koncepata logike, verovatnoće, optimizacije i zaključivanja u stanju da nam, u izuzetno kratkom vremenskom periodu, bolje rečeno u sekundama, pruži odgovor na postavljeno pitanje, reši određeni zadatak, pa čak nam može služiti kao personalizovani asistent kome svako od nas ima pri-

stup, jednostavnom upotrebom računara. Međutim, ovaj koncept sa sobom povlači mnoga kompleksna pitanja, počevši sa najširim: *Šta je zapravo V. I?* Jedan od fascinantnih aspekata oblasti V. I. jeste da je preciznu prirodu njenog predmeta iznenađujuće teško definisati. Problem se sastoji iz dva dela, budući da bi sticanje adekvatnog shvatanja prirode *veštačkog* bilo dovoljno samo ako već imamo odgovarajuće razumevanje ideje *inteligencije*. Ono što se smatra *veštačkim* u V. I, nesumnjivo, ima veze sa njenim poreklom i načinom stvaranja, nastajući kao proizvod ljudskog izuma i ljudske genijalnosti umesto kao rezultat prirodnog (posebno biološkog ili evolutivnog) uticaja. Stvari koje su veštački inteligentne, drugim rečima, razlikuju se od onih koje su prirodno inteligentne kao artefakti koji poseduju posebna svojstva. Dakle, to su stvari koje imaju određeno svojstvo (inteligenciju) kao rezultat određenog procesa, jer su kreirane, dizajnirane ili proizvedene na ovaj način (James 1990, 3). Ukoliko bismo ovaj okvir prihvatili kao polazište, nameće se pitanje: *Ukoliko mašine mogu obavljati složene zadatke, pa čak i delovati racionalno, u čemu se onda razlikuju od ljudi koji takođe obavljaju zadatke i donose odluke?* Upravo u tome leži potreba za jasnim razdvajanjem: inteligencija koju čovek poseduje neodvojiva je od svesti, iskustava i unutrašnje percepcije, dok je inteligencija veštačkih sistema spoljašnja, funkcionalna i u potpunosti zavisna od algoritama. Stoga, ne govorimo o dve vrste iste inteligencije, već o suštinski različitim pojavama, čija je osnovna razlika u načinu nastanka, ali i u onome ko ili šta tu inteligenciju *poseduje*. Ljudska bića, očigledno, proizvod su njihovog biološkog nastanka, ali problem nastaje postavljanjem narednog pitanja: *Da li su nežive mašine, za razliku od ljudi, sposobne da poseduju određeno svojstvo koje se očekuje od ljudi?* Problem se vrti oko identifikacije ili definisanja onoga što se smatra *inteligentnim* u vezi sa V. I. Rečnik inteligenciju definiše kao: a) sposobnost učenja ili razumevanja na osnovu iskustva, sposobnost sticanja i zadržavanja znanja, mentalna sposobnost; b) sposobnost brzog i uspešnog reagovanja na novu situaciju, upotreba sposobnosti razmišljanja u rešavanju problema, usmeravanje, efikasno ponašanje; v) u psihologiji, izmeren uspeh u korišćenju svih sposobnosti da se obave određeni zadaci.¹ Da li i u kojoj meri ove definicije inteligencije možemo svesti pod inteligenciju koju poseduje V. I, odnosno *nežive mašine*, očigledno, nije dobar pristup razumevanju ovog koncepta- jer one, moraju biti inteligentne, ako ne u praksi, barem po svojoj definiciji.

U ovom slučaju, uspostavljanje odgovarajuće definicije za *inteligenciju* postaje ekvivalentno teoriji prirode inteligencije kao fenomena koji se susreće u svetu. Stoga, na primer, svaka analiza koja ima efekat isključivanja ljudi iz klase inteligentnih stvari, s jedne strane, ili koja ima efekat uključivanja stolova i stolica u klasu inteligentnih stvari, s druge strane, time bi pokazala sopstvenu nedovoljnost.

1 Merriam Webster dictionary. <https://www.merriam-webster.com/dictionary/intelligence> poslednji pristup: 14. maja 2024. godine.

Razmatranjem *uzora* svojstva u pitanju primera u kojima prisustvo ili odsustvo i druge karakteristike ovih stvari nisu sumnjivi – trebalo bi da bude moguće postići konceptualno razjašnjenje, ako ne i obezbediti potpuno saglasje, o ključnim karakteristikama same inteligencije, što je prototipna teorija (James 1990, 4). Jasno je da je ovo izuzetno komplikovan fenomen za definisanje, stoga držaćemo se već date, jednostavnije, definicije, bez uspostavljanja filozofskih teorija i problema, koje, očigledno razumevanje ovog pojama sa sobom nosi.

Dakle, V. I. nije samostalna naučna grana, već složeno i razvojno područje u kojem se, kroz primenu raznih disciplina, nastoji izgraditi sistem koji oponaša ili replicira određene oblike ljudske inteligencije. Ona koristi spoljne podatke poput velikih podataka kako bi postigla izvanredne rezultate za date zadatke. Krajnji je rezultat inovacija i razvoja računara, računarskih tehnologija, mašina i informaciono-komunikacionih tehnologija, dajući računarima sposobnost obavljanja funkcija koje su bliske ili slične ljudskim (Chen, Chen, Lin 2020. 9). Može se reći da je to, u osnovi, interdisciplinarno polje nauke i tehnologije koja obuhvata i potpuno proučavanje procesa u ljudskom mozgu i načina na koji analitička obrada podataka nastaje unutar našeg uma, sa krajnjim ciljem da se zadaci izvršavaju (na pametniji način)(Patel 2021, 48). Međutim, s obzirom na stalne promene i novine koje nastaju tehnologijom, definicija V. I. se konstantno menja (Kemmeren 2023, 15), zbog toga, čak i da postoji usaglašenje o univerzalnoj definiciji, pitanje bi bilo trenutka u kome bi se ona promenila.

Od svog „rođenja” na konferenciji u Dortmundu, 1956. godine, oblast V. I. nastavila je da privlači pažnju kako akademske zajednice, tako i industrije. Malo je tehnoloških razvoja kojima je u skoroj istoriji posvećena tolika pažnja kao V. I. Iako je V. I. prisutna već gotovo 60 godina, ipak je ostala na marginama tehnološkog razvoja sve do nedavno zbog značajnih promena u poslednjih nekoliko godina (nazvanih *the big leap*), što podrazumeva obilje podataka (*big data*), ekonomski pristup računarskoj snazi i napredak u mašinskom učenju (Pedro et al. 2019, 39–40).

Pružna nam podršku i pomoć na najrazličitijim poljima: od medicine, finansija, transporta (Uber, Tesla...), prava, a sve češće upotrebljuju ga i mnoge nove start-up kompanije. Nedavno su mnogi virtuelni asistenti razvijeni od strane kompanija poput Gugla (Google), Epla (Apple), Amazona (Amazon) i Majkrosofta (Microsoft). Gugl je kreirao Gugl asistenta (Google Assistant), Epl- Siri (Siri), Amazon – Aleksu (Alexa), Majkrosoft- Kortanu (Cortana). Korisnik može da komunicira sa njima na svom jeziku. Virtuelni asistenti nam pomažu da obavljamo različite zadatke kao što su upravljanje rasporedom, puštanje muzike, audio zapisa, ali i da odgovoraju na postavljena pitanja. Pored navedenih polja, upotreba V. I. u poslednje vreme sve više raste u oblasti obrazovanja i edukacije, širom sveta.

3. METODOLOGIJA ISTRAŽIVANJA

Istraživanje na osnovu koga je napisan ovaj rad sprovedeno je u okviru programa seminarske grupe *Osnovi sociologije prava* Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Istraživačke hipoteze i osnovne elemente upitnika sastavio je autor. Za prikupljanje podataka korišćen je kvantitativni metod, odnosno kao istraživački instrument korišćen je anketni upitnik zatvorenog tipa sa 77 pitanja. Uz konsultacije sa mentorima, referentna istraživanja sprovedena u Srbiji i Evropi prilagođena su specifičnoj strukturi uzorka koji je bio sačinjen isključivo od studenata Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, te nacionalnom kontekstu u Srbiji. Autori su se odlučili za takav pristup zbog toga što samostalno konstruisanje upitnika zahteva značajno viši nivo naučne veštine u empirijskom istraživanju. Preuzimanjem već isprobanih formulacija pitanja i formiranjem specifičnih grupa srodnih pitanja uspeali smo da smanjimo mogućnost nastajanja metodoloških grešaka u početnim fazama istraživanja i da obezbedimo mogućnost komparativne analize podataka. Konstruisan je anketni upitnik koji je testiran u pilot-istraživanju. Dizajn uzorka je kvotni uzorak sa principom slučajne selekcije konačnih jedinica. Ispitano je 475 studenata, a uzorak je usklađen sa brojem studenata Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu uzimajući u obzir godinu studija i polnu strukturu studenata, čime je obezbeđena reprezentativnost ispitanika. Struktura uzorka prema osnovnim obeležjima – polu, godini studija, obrazovanju roditelja (tabela 1. Struktura uzorka prema osnovnim obeležjima ispitanika) odgovara ciljnoj grupi u prihvatljivim granicama tako da uzorak nije formisan sa pristrasnošću ni prema jednom obeležju ili grupi. Prikupljanje anketnih podataka sprovedeno je u periodu od 25. marta do 16. aprila 2024. godine. Za analizu kvantitativnih podataka korišćen je statistički program SPSS.

4. ANALIZA PODATAKA

4.1. Zastupljenost upotrebe veštačke inteligencije među studentima na Pravnom fakultetu

U proteklih 25 godina, oblast V. I. u obrazovanju (AIED) postigla je uspeh u pogledu tehnoloških razvoja (VanLehn 2006, 227), teorijskih doprinosa i uticaja na obrazovanje (Koedinger, Corbett 2006, 61–78).

Kako proizlazi iz različitih studija, veštačka inteligencija koristi mašinsko učenje, pomoću koga je u stanju da proceni sposobnosti i potrebe, a zatim, na osnovu takve analize, razvija i distribuira personalizovani ili prilagođeni sadržaj, što osigurava veću usvojenost što je, upravo tim svojim kvalitetima čini idealnom za upo-

trebu među studentima i učenicima. Takođe, V. I. pruža studentima praktična ili digitalna iskustva učenja, posebno kada se koristi zajedno sa drugim tehnologijama, čime se poboljšava iskustvo učenja. Sa sve češćim interakcijama obrazovnog procesa, V. I. sistemi će generisati sve više podataka kako bi pružili jasniju sliku procesa nastave i učenja, što omogućava preciznije informacije (Chen, Chen, Lin 2020). Imajući u vidu sve veću zastupljenost V. I, obradićemo podatke kako bismo najpre odredili njenu zastupljenost na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu.

Istraživanje pokazuje da su studenti ovog fakulteta i te kako upoznati sa alatima koje V. I. nudi, o tome nam i govore rezultati koji pokazuju da je čak 76,7% odgovorilo pozitivnim odgovorom na ovo pitanje. Ovakva statistika predstavlja izuzetnu polaznu tačku za dalje istraživanje, s obzirom da se radi o relativno novoj vrsti tehnologije, koja se i dalje nije razvila u potpunosti, ali i da je činjenica da je ljudima na našim područjima potrebno više vremena da se upoznaju i prilagode novinama koje se stvaraju u svetu. Upravo ta, druga pretpostavka, može i biti razlog što je procenat pozitivnih odgovora opao pitanjem: *Da li ste imali priliku da koristite V. I. tokom studija*, pri čemu blagu prevagu preuzimaju studenti koji se do sada nisu susreli sa V. I. i to 54,4% studenata, dok je ostatak bio u mogućnosti da koristi ovu vrstu tehnologije. Pritom, bitno je napomenuti da su svi pomoćni alati koje ova vrsta tehnologije pruža u potpunosti besplatne i relativno prisutne svakome ko ima uređaj sa pristupom internet konekciji. Mala je verovatnoća da to može predstavljati poteškoću studentima, odnosno biti uticajan razlog zbog kojeg preko jedne polovine ispitanika nije bila u poziciji da istraži ili isproba ovaj vid *pametne* inteligencije.² Što bi moglo povući sa sobom hipotezu da je studentima sam koncept V. I. nejasan.

Istraživanje pokazuje da su studenti dobro upoznati sa konceptom V. I, s obzirom na podatke koji ukazuju na to da čak 48,4% smatra da se *uglavnom razume* u koncept V.I. i 10.1% studenata koji su potpunosti ovladali konceptom V.I. (*Grafikon 1. Razumevanje koncepta V. I. od strane studenata*).

Dakle, pogrešno bi bilo reći da mladi ne razumeju način na koji inovativne tehnologije funkcionišu, što zbog činjenice da su tehnološka dostignuća deo svakodnevnog života savremenih studenata, i mladih generalno, jer bi danas bilo nezamislivo za mlađe generacije da obavljaju određene aktivnosti bez ikakve upotrebe uređaja kao što su mobilni telefon ili računar, uz internet konekciju. Ali i zbog neograničenog sadržaja informacija kojima imaju pristup u svakom trenutku, upravo zahvaljujući takvim uređajima. To se može smatrati razlogom relativno niske stati-

2 Treba uzeti u obzir da je anketa na osnovu koje je sprovedeno istraživanje bila u elektronskom formatu. Dakle, svaki ispitanik je u trenutku istraživanja posedovao neku vrstu mobilnog uređaja sa internet konekcijom kako bi pristupio samoj anketi i odgovorio na postavljena pitanja, u suprotnom njihovi odgovori ne bi ni bili zabeleženi u samoj anketi.

stike negativnih odgovora.³ No, ipak je drugi najzastupljeniji odgovor, odgovor studenata koji se *niti razumeju, niti ne razumeju* u koncept V. I. iz čega se zaključuje da razlog tome može biti ili njihova nezainteresovanost, ili nedostatak informacija koji se ispoljava prenosom tehnologije, koji često predstavlja poseban izazov za zapadnom Balkanu, dok snažne interakcije između industrije i nauke u suštini nedostaju (Correa, Zuniga 2013).

Kako bismo preciznije utvrdili podatke istraživanja, nužno je uočiti pravilnosti u vezi sa profilima naših ispitanika, njih dobijamo poređenjem, povezivanjem i ukrštanjem podataka koji smo dosad izneli. Ono što nas najpre zanima je da li i u kojoj meri starosna dob (u našem slučaju godina na fakultetu) utiče na razumevanje, poznavanje i korišćenje V. I, s obzirom na činjenicu da uglavnom mlađe generacije, prateći trendove, ranije dolaze u susret sa inovacijama poput ovih.

Prikaz koji govori o upoznatosti studenata sa V. I. po godinama naveden je u tabeli 2 (*Tabela 2. Upoznatost studenata sa V. I. po godinama studija*).⁴

Iz navedenog prikaza jasno se vidi da se prva godina osnovnih studija izuzetno izdvaja po pitanju informisanosti. To potvrđuje tezu da upravo oni imaju najveći i najbrži uvid i saznanja o tehnološkim dostignućima, verovatno zbog komunikacija koje se odvijaju putem društvenih mreža, među kojima su mlađi najaktivniji, iako razlika u godinama nije drastična.

Međutim, odgovor na jedno pitanje nije dovoljan kako bi se u potpunosti mogla utvrditi razlika po godinama. Zbog toga je neophodno, pored upoznatosti, proceniti i razumevanje koncepta V. I. po godinama (tabela 3).

Kombinovanjem podataka iz prethodne dve tabele (tabele 2. i tabele 3), sa posebnim osvrtom na odgovore studenata prve godine akademskih studija jasno vidimo da statistička značajnost postoji, odnosno da su upravo studenti prve godine najaktivniji pri upotrebi i razumevanju modernih pronalazaka, poput V. I. u našem slučaju (*Tabela 3. Razumevanje koncepta V.I. po godinama studija*).⁵

4.1.1. Načini na koji studenti koriste V.I.

Bezbrojni su načini i komande koji olakšavaju upotrebu V. I, što značajno doprinosi efikasnosti i pomoći pri učenju. Što se pisanja radova tiče, ovaj vid tehnologije pruža mogućnosti poput korekcije radova, pronalazak i ispravljanje stilskih i

3 Prema našem istraživanju, na pitanje: *Kako biste ocenili svoje trenutno znanje o konceptu V.I?*, samo se 4,8% studenata izjasnilo da se *uopšte ne razume*, dok 7,2% studenata smatra da se *uglavnom ne razume* u koncept V. I.

4 Phi- 1,419, approximate significance 0,000
Cramer's V- 0,819, approximate significance 0,000

5 Phi- 1,430, approximate significance 0,000
Cramer's V- 0,640, approximate significance 0,000

gramatičkih grešaka, strukture rečenica, u stanju je da formuliše rečenice na drugačiji način, daje predloge tema za rad, ali i na kraju čak i da samostalno napiše argumentovani rad. Pored toga, postoje i opcije analize drugih radova, uz objašnjenja i dodatne primere.

Naše istraživanje pokazuje da studenti u najvećoj meri koriste V. I. za pronalaženje informacija i objašnjenja koja su u vezi s nastavnim programom, konkretnije, njih 40,5%. Dok pomoć pri analizi tekstova i dokumenata traži manji broj studenata, i to 27,7%. Najmanji broj studenata je navelo da koriste V. I. pri pisanju radova, samo 16,8%, što je veoma bitno, s obzirom na to da pisanje radova na fakultetima doprinosi razvoju kritičkog mišljenja, kreativnosti, dubljem razumevanju materije, kao i razvoju samodiscipline i organizacije. Bez obzira na sve navedene prednosti kojima V. I. raspolaže, njena sve zastupljenija upotreba može dovesti do gubitka ovih kvaliteta koje studenti grade neposredno na fakultetu. Zbog toga je bitno uspostaviti balans između ljudske i V. I. radi njihovog međusobnog napretka. Ljudska inteligencija treba da napreduje sa veštačkom, ali bi nadmoć veštačke nad ljudskom inteligencijom doveo do zavisnosti ljudi od tehnologije, što bi ujedno i uticalo na smanjenje kognitivnih sposobnosti i kreativnosti.

Uvođenje i uspostavljanje etičkih kodeksa ili smernica bi moglo dovesti do regulisanja upotrebe V. I. i načina njenog korišćenja. To je stav koji zastupa 48,1% studenata (*Grafikon 2. Stavovi studenata o uvođenju i uspostavljanju etičkih kodeksa ili smernica*).

Takvi kodeksi ili smernice mogli bi odrediti granicu autonomije koju bi studenti uživali pri upotrebi V. I, a samim tim zabraniti svako delovanje izvan tih granica. Ovo bi uskoro mogao postati i nužan uslov, s obzirom na brz napredni razvoj tehnologija koji možemo očekivati u narednom periodu.

4.1.2. Uticaj V.I. na efikasnost i poređenje sa tradicionalnim metodama

Efikasnost V. I. ogleda se u brzini i preciznošću pružanja odgovora ili zadatog zahteva. V. I. je u stanju da ispuni zahtev u sekundama, što je nešto za šta ljudski mozak nije sposoban. Zanimljiv primer koji oslikava efikasnost V.I. je studija *LawGeex-a*, koja je sprovedena 2018. u saradnji sa Pravnim fakultetima univerziteta Djuk (*Duke*) i Stanford (*Stanford*), suprotstavila je V. I. sa 20 vrhunskih američkih advokata sa decenijama iskustva u pregledanju ugovora o poverljivosti (*NDA*). Pravni sistem veštačke inteligencije je završio pregled za 26 sekundi. Ljudskim advokatima je u proseku bilo potrebno više od 92 minuta. Sistem V. I. je postigao tačnost od 94% u identifikovanju preciznosti, dok su iskusni advokati u proseku postigli tačnost od 85% za isti zadatak (Ivković 2024, 33).

Uprkos rastućem značaju V. I. u obrazovanju, samo 25,2% studenata Pravnog fakulteta bira V. I. naspram tradicionalnih metoda, većina studenata i dalje preferira tradicionalne metode učenja (*Grafikon 3*. Da li bi studenti voleli da imaju veću autonomiju u korišćenju alata zasnovanih na V. I). Tradicionalni pristupi, kao što su predavanja, čitanje udžbenika i direktna interakcija sa nastavnicima, pružaju strukturiran i proveren okvir za sticanje znanja. Ove metode omogućavaju studentima da razvijaju kritičko mišljenje, veštine rešavanja problema i međusobnu komunikaciju u realnom vremenu. Pored toga, tradicionalne metode često zahtevaju više samodiscipline i organizacije, što doprinosi razvoju važnih životnih veština. Stoga, iako tehnologija ima svoje prednosti, tradicionalni načini učenja i dalje igraju ključnu ulogu u obrazovanju studenata.

4.2. Percepcija studenata o moralnim aspektima korišćenja V.I. u obrazovanju

Obrazovne institucije bore se protiv upotrebe V. I. od kada je zloupotreba postala značajan problem u akademskoj zajednici pre nekoliko decenija (Schiff 2022). Sa širom dostupnošću tehnologije i interneta, zloupotreba u akademske svrhe postala je sve prisutnija. V. I. predstavlja sredstvo koje u značajnoj meri pojednostavljuje i ubrzava izradu istraživačkih radova, pri čemu se kao poseban izazov ističe kompleksnost pouzdanog prepoznavanja njegove upotrebe. Visokoobrazovne institucije širom sveta bore se sa zloupotrebom ove tehnologije lošim ocenama, u nekim slučajevima čak i isključenjem iz ustanove. Takva pravila sve više postaju imperativ, jer su jedini način u borbi protiv varanja.

Na našim prostorima V. I. nije u celosti zastupljena, pa na taj način i zloupotreba nije dostigla taj nivo koji bi mogao da stvara probleme i remeti funkcionisanje obrazovnih ustanova.

Na pitanje: *Da li smatrate da je V. I. vid varanja?* (*Grafikon 4*. V.I. kao vid varanja), studenti prava u najvećoj meri opredelili su se za opciju *niti se slažem, niti se ne slažem*- 35,5%. Ovo je pokazatelj da, s obzirom da je upravo ovaj odgovor bio najčešći odgovor tokom celog istraživanja, studenti i dalje nemaju u potpunosti оформljene stavove i mišljenja na ovu temu, što je moguće da će se protekom vremena izmeniti, kako se tehnologija bude razvijala i postajala sve češći činilac u našim životima. Negativan odgovor na ovo pitanje dalo je 32% studenata, što je mala razlika u odnosu na 29,4% studenata koji smatraju da je V. I. vid varanja.

Teško je uspostaviti univerzalan odgovor na dato pitanje, pogotovo ukoliko ono nije regulisano pravilima fakulteta ili univerziteta, ali svakako da je upotreba u svrhe pisanja i izrade testova neetičko ponašanje. Odgovor na ovo pitanje ne treba tražiti od studenata, već od viših lica ili tela. Studenti se (uglavnom) ponašaju u skladu sa

normama koje su uspostavljene, a tiču se njihovog studentskog života. Regulisanjem ovog pitanja na nivou Univerziteta dalo bi studentima, ali i profesorima, smernice u ponašanju i rešavanju problema do kojih može doći u vezi s novim tehnologijama. Bez njih, studenti nemaju u vidu posledice koje mogu proizlaziti iz ovakvih postupaka, te i nemaju obavezu poštovanja takvih normi.

ZAKLJUČAK

Sveobuhvatna analiza pojma V. I, istraživanja o njenoj zastupljenosti, potrebi za njom među studentima Pravnog fakulteta, ali i o njihovim stavovima nesumnjivo ukazuje na prisutnost ove vrste tehnologije u ovakvom akademskom okruženju.

Naši ispitanici, kako istraživanje pokazuje, upoznati su sa postojanjem V. I, većina je bila u mogućnosti da isproba alate koje ova tehnologija nudi, a određeni broj studenata V. I. koristi u svakodnevnom životu, uključujući i za svrhe pomoći pri obavljanju raznih akademskih zadataka. Ono što je posebno značajno naglasiti je činjenica da se studenti prve godine najviše služe V. I, kao i da upravo oni imaju najbolje razumevanje ovog koncepta. Može se smatrati da je ovo delom zbog toga što su mlađi studenti generalno tehnološki pismeniji, a takođe i da imaju veći pristup savremenim digitalnim alatima u odnosu na ostale generacije. Studentima, posebno onima sa Pravnog fakulteta, ovaj vid tehnologije može pružiti asistenciju koja bi značajno uticala na njihove istraživačke mogućnosti, pomagala pri bržoj i preciznijoj analizi, izradi radova, razumevanju materije. Ipak, kako se do sada mogao primetiti ogroman napredak u razvitku tehnologije, očekuje se da će V. I. izuzetnom brzinom nastaviti da unapređuje svoju primenu. Samim tim, moguće je predvideti znatno zastupljeniju upotrebu V. I. u narednih nekoliko godina.

Ipak, takav napredak može izazvati prekomereno oslanjanje na tehnologiju, što bi moglo negativno uticati na razvoj kritičkog mišljenja, kreativnosti, samodiscipli-
ne. Bez obzira na sve navedene prednosti kojima V. I. raspolaže, njena sve zastupljenija upotreba može dovesti do gubitka ovih kvaliteta koje studenti grade neposredno na fakultetu. Iz tih razloga je neophodno uspostaviti ravnotežu između inteligencije – veštačke i prirodne, ljudske. Ljudska inteligencija treba da napreduje zajedno sa veštačkom, ali bi nadmoć veštačke nad ljudskom inteligencijom doveo do zavisnosti ljudi od tehnologije, što bi ujedno i uticalo na smanjenje kognitivnih sposobnosti i kreativnosti. Potrebno je pronaći meru, biti u koraku sa inovacijama koje nam donosi novo doba. Korišćenje V. I. bazirano je (barem za sada) na dobroj volji, a dok se to ne promeni, da li će se tehnologija koristiti kako bi unapredila obrazovne veštine ili ih zloupotrebila, ostaje na pojedincu (Kuč 2023).

Svakako da se ne može reći da su V. I. i ostali vidovi tehnologije inherentno dobri ili loši, oni su stvoreni i služe sa ciljem da nam olakšaju svakodnevni život, ali uprkos tome stvaraju ozbiljan potencijal za zloupotrebu. U cilju sprečavanja zloupotreba i omogućavanja odgovornog korišćenja alata V. I, kao i obezbeđenja pravične, etičke akademske sredine, nužno je raditi na uspostavljanju i edukaciji studenata o etičkim akademskim pravilima u aspektima korišćenja V. I. Na taj način, neophodno je pristupiti radu na uspostavljanju smernica ili pravilnika ne samo za studente, već i za profesore, jer se samo tako može omogućiti korišćenje V. I. koje bi tim pravilima bilo ograničeno, samim tim i dopuštalo svima određenu, dozvoljenu granicu autonomije u korišćenju.

Tabela 1. Struktura uzorka prema osnovnim obeležjima ispitanika (u %)

POL	Muški	33,5
	Ženski	66,5
GODINA STUDIJA	Prva godina	38,3
	Druga godina	19,6
	Treća godina	22,1
	Četvrta godina i apsolvanti	20,0
OBRAZOVANJE MAJKE	Osnovna škola	1,7
	Srednja škola	39,8
	Visoka škola	40,4
	Mr/dr	18,1
	Bez škole	0,0
OBRAZOVANJE OCA	Osnovna škola	1,5
	Srednja škola	36,6
	Visoka škola	40,4
	Mr/dr	21,5
	Bez škole	0,0

Grafikon 1. Razumevanje koncepta V. I. od strane studenata

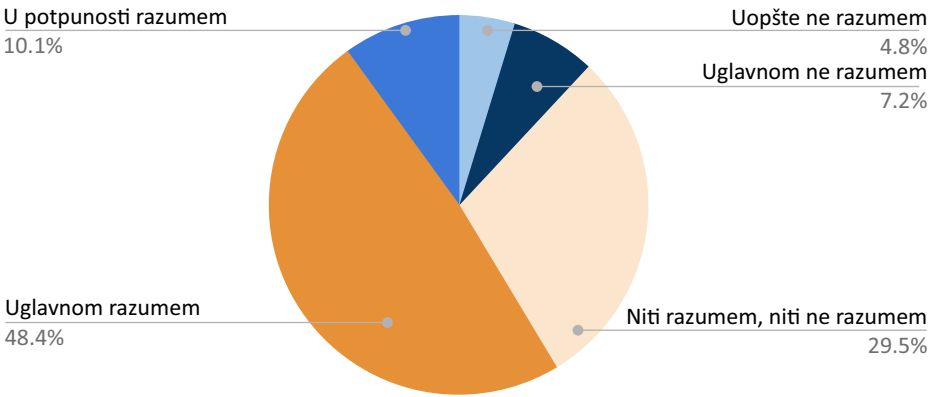


Tabela 2. Upoznatost studenata sa V. I. po godinama studija.⁶

Godina osnovnih studija	Upoznati	Nisu upoznati
Prva godina	82,4% (150)	17,6% (32)
Druga godina	72,0% (67)	28,0% (26)
Treća godina	76,2% (80)	23,8% (25)
Četvrta godina	71,6% (68)	28,4% (27)

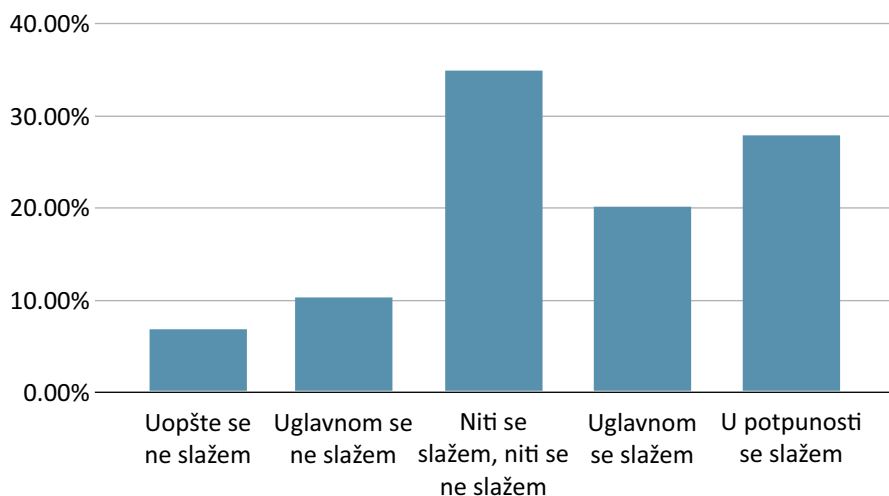
Tabela 3. Razumevanje koncepta V.I. po godinama studija⁷

Godina studija	Uopšte se ne razumem	Uglavnom se ne razumem	Niti se razumem niti se ne razumem	Uglavnom se razumem	U potpunosti se razumem
Prva godina	3,8% (7)	8,2% (15)	22,5% (41)	50,5% (92)	14,8% (27)
Druga godina	6,5% (6)	6,5% (6)	36,6% (34)	46,2% (43)	4,3% (4)
Treća godina	8,6% (9)	6,7% (7)	28,6% (30)	46,7% (49)	9,5% (10)
Četvrta godina	1,1,% (1)	6,3% (6)	36,8% (35)	48,4% (46)	7,4% (7)

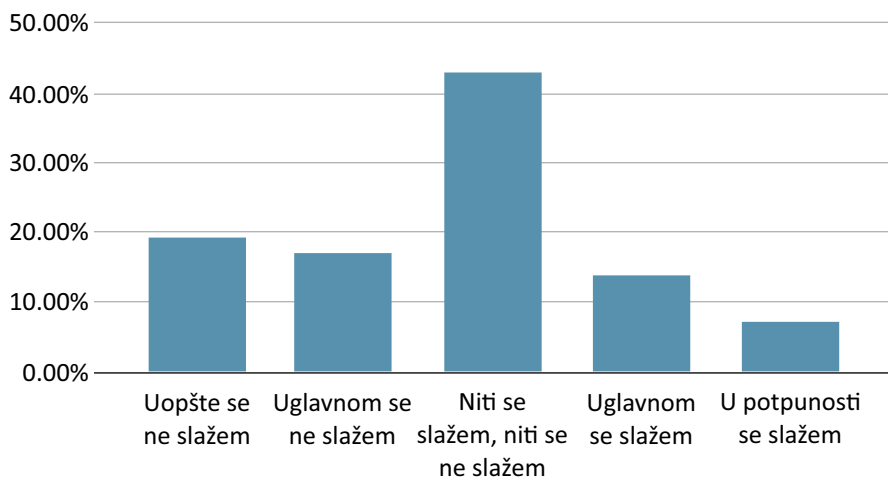
6 Phi- 1,419, approximate significance 0,000
Cramer's V- 0,819, approximate significance 0,000

7 Phi- 1,430, approximate significance 0,000
Cramer's V- 0,640, approximate significance 0,000

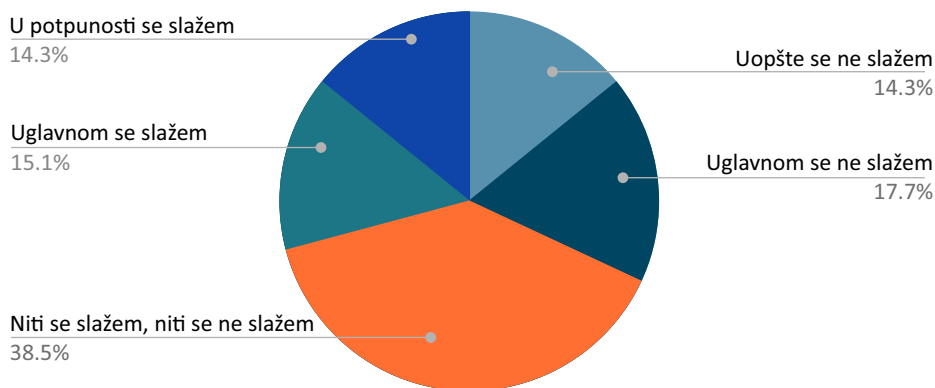
Grafikon 2. Stavovi studenata o uvođenju i uspostavljanju etičkih kodeksa ili smernica



Grafikon 3. Da li bi studenti voleli da imaju veću autonomiju u korišćenju alata zasnovanih na V. I.



Grafikon 4. V.I. kao vid varanja



LITERATURA

1. Ivković, Nikola Z. 2024. The Transformation of the Legal Profession in Serbia – Experiences and Perceptions on the Impact of ICT in Legal Practice. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
2. Chen, Lijia, Pingping Chen, Zhijian Lin. 2020. Artificial Intelligence in Education: A Review. *IEEE Access* 8: 75264–75278.
3. Pedro, Francisc, Miguel Subosa, Axel Rivas, Paula Valverde. 2019. Artificial Intelligence in Education: Challenges and Opportunities for Sustainable Development. Paris: UNESCO.
4. Kemmeren, D.J.L.M.K. 2023. Artificial intelligence in everyday life. Tilburg: Tilburg University.
5. Patel, Shraddha. 2021. Aspects of Artificial Intelligence. 48–55. In: Learning Outcomes of Classroom Research (ed. J. Karthikeyan, Ting Su Hie, Ng Yu Jin). India: L'Ordine Nuovo Publication.
6. Koedinger, K. R., A. T. Corbett. 2006. Cognitive tutors: technology bringing learning science to the classroom. 61–78. In: The Cambridge Handbook of the Learning Sciences (ed. K. Sawyer). New York: Cambridge University Press.
7. Schiff, D. 3/2021. Education for AI, not AI for Education: the role of education and ethics in national AI policy strategies. *International Journal of Artificial Intelligence in Education* 32: 527–563.
8. VanLehn, K. 3/2006. The behavior of tutoring systems. *International Journal of Artificial Intelligence in Education* 16: 227–265.

9. Kuč, Nemanja. 2023. Veštačka inteligencija u obrazovanju – primena i zloupotreba. Mingl, Beogradska otvorena škola. <https://www.mingl.rs/rubrike/mingl-kutak/2/5872/vestacka-inteligencija-u-obrazovanju--primena-i-zloupotreba.html>, poslednji pristup 9. septembra 2025.
10. James, Fetzer H. 1990. What is artificial intelligence?. 3–27. In: Artificial Intelligence: Its Scope and Limits (ed. Fetzer H. James). Dordrecht/Boston/London: Kluwer Academic Publishers.
11. Correa, Paulo, Pluvia Zuniga. 2013. Western Balkans regional strategy for innovation, Overview of the Research and Innovation Sector in the Western Balkans. World Bank Technical Assistance Project. <https://www.worldbank.org/content/dam/Worldbank/document/eca/Western-Balkans-Research&Innovation-Overview.pdf>, poslednji pristup: 9. septembar 2025.

Pouzdanost stručnjaka u utvrđivanju činjenica u sudskom postupku

Simona Trocino

Univerzitet u Milanu, Odsek za pravne studije „Čezare Bekarija“

UDK 347.94



0009-0001-3205-1502

Referenca:

Trocino, Simona. 1/2025. The Reliability of Experts in Judicial Fact-Finding. *Eudaimonia – Journal of Legal, Political and Social Theory and Philosophy* 9: 184–196

DOI: 10.51204/IVRS_25104A

Ključne reči:

- Poverenje
- Ekspert
- Sudija
- Pouzdanost
- Stručnost

Autor za korespondenciju:

Simona Trocino,
simona.trocino@unimi.it

Problem razvoja specijalizovanog znanja postaje sve značajniji u savremenoj pravnoj praksi, usled istaknute uloge koju stručnjaci imaju u sudskim postupcima. Suočena s tim izazovom, pravna teorija nastoji da odgovori na pitanje o prirodi odnosa koji se uspostavlja između sudije i eksperata pozvanih da pruže svoje stručno znanje o predmetu odlučivanja. Ovaj rad daje pregled različitih teorijskih pristupa koji analiziraju kada stručnjak zasluži poverenje pravnog autoriteta. Cilj teksta je da ponudi odgovor na dva ključna pitanja: kada lice poseduje odgovarajuće znanje da bi bilo smatrano stručnjakom i u kojoj meri oslanjanje na eksperta utiče na sudijsku odluku.

The Reliability of Experts in Judicial Fact-Finding*

Simona Trocino

University of Milan, Department Legal Studies “Cesare Beccaria”

UDK 347.94

 0009-0001-3205-1502

Cite this article:

Trocino, Simona. 1/2025. The Reliability of Experts in Judicial Fact-Finding. *Eudaimonia – Journal of Legal, Political and Social Theory and Philosophy* 9: 184–196

DOI: 10.51204/IVRS_25104A

Keywords:

- Deference
- Expert
- Judge
- Reliability
- Trustworthiness

Author for correspondence:

Simona Trocino,
simona.trocino@unimi.it

The problem of the development of specialized knowledge is becoming increasingly relevant in legal practice, because of the significant role played by experts in judicial trials. Faced with this problem, legal theory has tried to answer the question about the relationship that is established between the judge and the experts who are summoned in the trials to provide their own knowledge about the matter of the judgement. This article provides an overview of the different theories which have analyzed when an expert deserves the trust of the legal authority. This essay aims to answer two questions: when does a person possess the necessary knowledge to be considered an expert and to what extent does reliance on the expert influence the judge's decision.

* This essay is a revised and expanded version of the article “*Quale fiducia? Riflessioni circa l'affidabilità degli esperti*” which is being published in the journal “*Collana Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza di Trento – edizioni Editoriale Scientifica*”.

1. INTRODUCTION

In recent years, there has been a constant increase in the relevance of expert knowledge in judicial fact-finding. Indeed, the use of technical and scientific expertise in trials and investigations continues to grow. This highlights the need to consider how courts incorporate the information provided by experts into their reasoning, given that such information is not directly accessible to factfinders. As suggested by Harold L. Korn (1966, 1080), in this context, the legal system faces the challenge of keeping up with the rapid pace of scientific progress.

The trend just outlined generates a number of issues that have long attracted the attention of legal theory and warrant careful analysis.

On one hand, the availability of advanced and sophisticated knowledge makes fact-finding more precise and reliable. Today, judges have access to a vast array of technological tools that enable them to reconstruct facts with greater accuracy. Whereas in the past one could only rely on traditional forensic evidence – such as handwriting, firearms, bullet, toolmark and fingerprint identification – the evolution of science now allows the use of more advanced and, therefore, more reliable tools. Consider, for example, new forensic technologies such as DNA typing, biometric scanning, and electronic location tracking¹. Although these new forensic technologies undoubtedly offer an unprecedented degree of certainty and reliability, this does not make them less troublesome.

On the other hand, in fact, it is becoming increasingly evident that such specialized knowledge is not equally accessible to all members of society. As previously noted, knowledge is becoming more specialized and the division of cognitive labor between experts and legal decision-makers increases (see Philip Kitcher 1990, 5–22). This means that fewer people possess the expertise required to understand the underlying mechanisms of a certain phenomenon. Consequently, relevant knowledge in trials often resides within an increasingly narrow circle of individuals, commonly referred to as *experts*. This highlights the growing importance of the role of non-legal experts in the application of legal rules.

This essay seeks to understand when an expert deserves the trust of legal authorities and how this trust influences the authorities' behavior and their final decision.

The issue of expert reliability will be addressed by answering two questions. First (§2), who can be defined as an expert? In other words, which characteristics must a person possess to be considered an expert and, therefore, trustworthy?

¹ For more about new forensic sciences see Erin Murphy 2007, 721–789. The author faces the challenge of rewrite the taxonomy of forensics sciences, illustrating their characteristics and pointing out the problems and the risks associated to their improper use.

Then (§3), to what extent does the judge's reliance on the expert should influence her decision?

2. ON WHAT IT TAKES TO BE AN EXPERT

As mentioned above, the first question one is confronted with when discussing experts' reliability, is how to define an expert. Although this question may seem trivial, it has long been a difficult issue for legal theory, which still seem unable to provide an unambiguous answer. This concept is clearly expressed by Christian Quast and Markus Seidel (2018, 1–2) who state: “however, despite the pervasive use of experts not only in scientific practices and the increasing interest in the conceptual and epistemological issues concerning expertise, the philosophical discussion about experts and expertise must be said to be still in fledgling stages”.

The first way to identify a person as an expert is based on her reputation. The so-called *reputational expert* is someone who, in a specific cognitive domain, is considered to have superior knowledge compared to laypeople. Being a reputational expert means inspiring a great amount of trust within the community.

Trust is, therefore, a fundamental characteristic of the relationship between judges and experts, as it plays a fundamental role regarding both the epistemic and procedural aspects of fact-finding.

Judges are often unable to personally verify whether a statement relevant to the case is true or false and, therefore must rely on an expert who, in the reputational model, is chosen because of her reputation. As Alessandro Pizzorno (2006, 243) says “reputation essentially denotes credibility”. In this model, reliability depends on the origin of the testimony rather than its content.

For instance, reliability may be determined by the expert's adherence to the shared values of the scientific community of reference. Alternatively, trust may stem from their celebrity status, which can make an expert appear authoritative even to those who are unable to judge her expertise. According to Andrea Rubin (2020, 25–42), reputation differs from visibility because the latter is determined not by the group to which the expert belongs, but by the judgement of laypeople.

The risk of the reputational theory lies in the possibility that an individual is considered an expert solely due to her reputation, regardless of her actual expertise. This concept is clearly expressed by Alvin Goldman (2001, 91) who says that “a reputational expert is someone widely believed to be an expert (in the objective sense), whether or not he really is one”.

This may lead legal decision-maker to defer judgement to the authority identified by reputation, passively accepting what the expert says. As John Hardwig

(1985, 343) says “the conclusion that it is sometimes irrational to think for one-self – that rationality sometimes consists in deferring to epistemic authority and, consequently, in passively and uncritically accepting what we are given to believe – will strike those wedded to epistemic individualism as odd and unacceptable, for it undermines their paradigm of rationality. To others, it may seem too obvious for such belaboring. But in either case, I submit, we should recast our epistemologies and our accounts of rationality to make them congruent with this important fact of modern life”.

For these reasons, reputation is no longer considered an acceptable criterion for identifying forensic experts and, consequently, the reputational theory is not usually incorporated into current legal systems. Nevertheless, it is important to mention it, because analyzing it provides insight into the evolution of the concept of expertise.

Having rejected the idea that reputation is the key element that distinguishes an expert from a layperson, the epistemological debate has shifted to identifying experts through *comparison*. Therefore, someone can be considered an expert if she possesses a superior level of skills or knowledges compared to laypeople in a certain domain, and according to Quast (2018, 12) “is competent enough to reliably and creditably fulfill difficult service-activities accurately for which she is particularly responsible”.

According to this view that is prevalent in current epistemology (Goldman 2018, 4) someone is considered an expert if they are better than others at ascertaining the truth of factual assertions in a specific cognitive domain, while simultaneously avoiding errors.

Consequently, this comparative identification of experts allows for a more objective assessment of an individual competence than mere reputation. Indeed, using this benchmark, an expert can be recognized even if her knowledge and expertise are not widely known to the public.

In summary, we define someone as an expert regardless her reputation among third parties because her reliability depends exclusively on the information she possesses.

However, merely possessing more knowledge than others is not a sufficient condition for qualifying someone as an expert. If this were the only characteristic required to identify someone as an expert, there would be a risk of falling again into a reputational view, in which expertise is based solely on others’ perceptions of superiority. Both theories, in fact, depend on external evaluations of individual expertise. The key difference between the comparative and the reputational theories is that the former focuses on actual knowledge, while the latter relies solely on public perception. Moreover, it would be extremely difficult – if not impossible – to determine whether someone truly possesses more knowledge than others. The challenge in applying the comparative theory stems from the fact that “more

knowledge” is not a measurable factor. Expertise cannot always be directly observed or easily compared, especially in highly specialized fields. It is not enough to claim that one person has more knowledge than another; the real challenge lies in assessing the relevance and applicability of that knowledge within specific contexts. As Michael Polanyi (1967, 4) states “we can know more than we can tell”.

For these reasons, the legal theory has expanded the comparative approach and introduced some correctives to improve it². To be identified as an expert in a specific cognitive domain, an individual must hold a very high number of true beliefs within that domain. Michel Croce (2019a, 5), discussing Goldman’s theories, states that “the notion of an expert requires a minimum threshold of true beliefs in D below which someone should not be considered expert, no matter if they are better informed on D than most people in their (or other) communities”. In other words, the expert must achieve a certain non-comparative threshold of truth. Moreover, within the same domain, the expert must have more true beliefs (or higher beliefs) and fewer false beliefs than laypeople. Goldman (2001, 91) clearly explains this concept: “as a first pass, experts in given domain (the E-domain) have more beliefs (or high degrees of belief) in true propositions and/or fewer beliefs in false propositions within that domain than most people do (or better: than the vast majority of people do). According to this proposal, expertise is largely a comparative matter”.

Being an expert means not only possessing a substantial amount of true information or more true than false information in a certain domain, but also being able to correctly apply that knowledge to address new questions that may arise within that domain. As Goldman (2001, 92) writes: “expertise features a propensity element as well as an element of actual attainment”.

Based on these considerations, both jurisprudence and case law in Italy have developed objective and subjective criteria for identifying experts.

On one hand, objective criteria refer to the quality of the experts’ scientific evidence, rather than to their personal qualifications or expertise. These criteria assess the scientific value of the evidence provided by the experts, including the breadth, rigorousness and objectivity of the research, its recognition within the scientific community, and the extent of the debate it has generated within the scientific field. Since the focus of this paper is on the expert’s qualification, it is appropriate to mention these criteria briefly, without going into further detail, as they are not the focus of this examination.

On the other hand, subjective criteria directly aim to evaluate an individual’s personal characteristics, ensuring that a true expert is selected for the case. The first judgement that established these criteria in Italy was the so-called Cozzini

2 The theories that will be exposed are by A. I. Goldman (2001, 91) that defines cognitive expertise in *veritistic terms*, i.e. related to truth.

judgement, pronounced by the Italian Supreme Court on 17 September 2010³. This judgement established that the subjective criteria for qualifying someone as an expert essentially consist of the personal qualities that the expert must possess. Examples of these criteria include the identity of the expert, i.e. what distinguishes that person from anyone else; the authority of the expert (see for example Croce 2019b; Linda Zagzebski 2012) i.e. the qualities recognized by others, and the independence and autonomy of the person in the management of the research⁴ (see especially Carlizzi, Tuzet 2018, 85–122; Carlizzi 2017, 27–47).

3. RELIABILITY OR DEFERENCE?

Having outlined the characteristics that a person must possess to be considered an expert; it is now possible to address the second question: under what conditions can an expert be considered trustworthy?

A person is considered an expert for the reasons stated above and, as such, participates in the trial to provide her knowledge. Consequently, what relationship should be established between the expert and the judge? Or rather: how should judges evaluate the expert's testimony and how significantly does this testimony influence legal decision-making?

The main question is whether fact finders should be educated by an expert or should simply defer to one (see Allen, Miller 1993). This question has often been investigated in legal theory and is still an open question as it lacks an unambiguous answer. For example, Damiano Canale (2021, 509–543) raises this question regarding the issue of the opacity of law. This phenomenon occurs when a legal authority determines the meaning of a normative text based on an expert's opinion, without fully understanding the content of the law it is applying. In this context, opacity depends not only on the complexity of the law, but also on the lack of proper interaction between the two parties, which can undermine the transparency and legitimacy of the final decision. In this sense, judges should be familiar with the inferential rules of the sciences, just as experts should be familiar with legal language.

Other authors who have addressed this issue are Ronald Allen and Joseph Miller (1993, 1131), whose theories I will refer to in the following.

According to the educational model, judges must be trained so that they can understand both the experts' words and the methodological accuracy of their argu-

3 Cassazione Penale, sezione IV, 17. September 2010, sentenza n. 43786.

4 The original Italian text of the Cozzini judgement is: "Infine, dal punto di vista del giudice, che risolve casi ed esamina conflitti aspri, è di preminente rilievo l'identità, l'autorità indiscussa, l'indipendenza del soggetto che gestisce la ricerca, e le finalità per le quali si muove".

ments. Thus, the education of judges implies the acquisition of a background of knowledges to understand the arguments presented by experts, avoiding the risk of relying on an authority solely because of its status. As suggested by Allen (2013, 53) “if the central aspiration of trials is to be achieved, the parties must educate the fact finder in all instances. [...] Making all witnesses, including what are now called expert witnesses explain their testimony will largely eliminate this problem because false propositions resist comprehensible explanations”.

In this so-called *educational model*, the Court should learn from the experts and understand the inferential rules they use. Only if the Court understands the theory applied by the expert, it will be able to decide appropriately.

Although this model has long been accepted in jurisprudence, today it is increasingly inapplicable due to the before mentioned growing division of cognitive labor. As knowledge becomes more specialized, each expert focuses on increasingly technical aspects, making it impossible for the Court to be fully educated on every relevant topic. The growing complexity of specialized knowledge means that relying on expert testimony is more reasonable than expecting judges to be educated on every technical detail. The risk of this model is that it could lead to an intolerable raising of the evidentiary standard, making it difficult for the Court to effectively evaluate the expert's testimony.

One fundamental characteristic of the relationship between the judge and the expert is trust, which often holds greater epistemological significance than the information provided by the experts themselves. Trust is a fundamental element of knowledge and is generally defined as “the confidence in or reliance on some quality or attribute of a person or thing, or the truth of a statement”. This definition, provided by Anthony Giddens (1990, 30), highlights the connection between trust and reliance on the qualities of an individual. In the context of the relationship between an expert and a layperson, trust is an epistemological mechanism that allows laypeople to access knowledge that they cannot personally verify. Laypeople trust experts because they possess knowledges that enables them to solve complex problems through mechanisms that are beyond the reach of laypeople. In other words, trust in expert knowledge necessarily depends on society's trust in experts. As Hardwig (1991, 694) points out, “in an important sense, then, trust is often epistemologically even more basic than empirical data or logical arguments: the data and the argument are available only through trust. If the metaphor of foundation is still useful, the trustworthiness of members of epistemic communities is the ultimate foundation for much of our knowledge”.

From this perspective, obtaining information relies on the trust that established between the expert and the judge.

This second model, which is based on trust, is known as the *deferential model*. A system based on trust leads to an inevitable deference that judges or jurors exhibit towards those experts who have passed a certain credibility threshold.

As Robert Pierson (1994, 398) states: “all of us defer to the authority of experts”; however, some clarifications are necessary, as reliance on an expert can manifest in two different attitudes in the judge, as clearly exposed by Michele Ubertone (2022a).

On one hand, the judge may use the testimony of an expert simply out of trust. In this case, the judge adopts an approach known as *epistemic deference*. This reflects the situation described earlier: the judge trusts the expert due to her credibility and expertise.

Here, deference entails accepting another’s view as correct solely based on trust. According to Allen (2013, 50) “here ‘to defer’ means to adopt someone else’s views as correct, not because you understand and agree, but because you are simply delegating that decision to someone else”.

Thus, it is crucial to understand when a person is genuinely an expert, as only those who has crossed a specific credibility threshold can foster this level of trust in judges.

This reliance is both inevitable and physiological, as judges require experts to make specialized knowledge accessible that would otherwise be incomprehensible to them. It is, in fact, an attitude directly linked to the judge’s scientific incompetence and the consequent need for help from an epistemic authority. As Ubertone (2022b, 242) says “deference in this sense is a necessary consequence of the recognition of any expert as such”.

On the other hand, deference may become problematic if the judge not only relies on experts, but also defers to them the definition of the terms used both in the testimony and in the legal texts.

In legal theory, this phenomenon is known as *semantic deference*. Ubertone (2022b, 261) defines it as “the phenomenon whereby a non-expert uses an expert as a means to identify the reference of certain concepts or words”. Essentially, lay people defer to experts to elucidate the meanings and proper usage of specific technical terms that belong to the specific lexicon of a science but are also used by ordinary speakers. For example, Diego Marconi (2012, 273) names some words that have a deferential use e.g. ‘*acid*’, or ‘*insect*’ as they are used by both ordinary speakers and scientists.

This phenomenon can be described as a *division of linguistic labor* and follows the previously mentioned division of cognitive labor. Indeed, the more epistemic dependence on experts grows, the more terms acquire this dual function.

Marconi (2012, 274) identifies episodes of semantic deference when:

- “1. Ordinary, non-expert speakers know that the word *W* has an expert usage that may differ from their own,
2. They believe that such expert use is the correct one,
3. They assume that their own use of *W* is consistent with the experts’,
4. However, they are prepared to amend it if it is shown to be inconsistent with the expert’s use.

When all of 1–4 hold, we say that word *W* is used deferentially by ordinary speakers”.

Having defined semantic deference, it is essential to return to our earlier discussion. While epistemic deference is an unavoidable feature of the expert-judge relationship based on trust, in the opposite, semantic deference is pathological.

This attitude can lead judges to lose control over fact-finding, not because judges must understand every underlying reason for expert testimony – which would be unreasonable given their lay status – but because they must understand the meaning of what the expert articulates regarding the legal fact.

This understanding is the only way for judges to maintain control over of the legal decision-making process and avoid basing their decisions solely on expert testimony.

If the terms used by the expert are incomprehensible to the judges, they will struggle to justify the ruling (See Ubertone 2022a, 258)⁵.

Consequently, the judgement may end up following the expert’s assertions, thus replacing the judge’s opinion. This situation must be avoided, as only the judge has the authority and power to adjudicate. And to do so effectively, judges must comprehend the rational for preferring one expert’s reconstruction over the another’s.

5 M. Ubertone 2022a, 258. Here is the text in original language: “È irragionevole richiedere ai giudici di conoscere sempre nel dettaglio le ragioni che portano l’esperto a dire che un determinato fatto si è verificato o che una determinata proposizione è vera. Ma è indispensabile esigere che i giudici comprendano il significato delle proposizioni che descrivono il fatto giuridicamente rilevante che in virtù della deposizione dell’esperto considereranno avvenuto. Se il giudice è semanticamente deferente nell’uso dei termini con cui per il tramite dell’esperto descrive il fatto concreto, non disporrà delle risorse concettuali necessarie per sussumere in modo autonomo il fatto nella norma da applicare. Delegando all’esperto il compito di determinare il riferimento di concetti chiave, il giudice perde il controllo sulla rilevanza giuridica del fatto provato. Se il riferimento dei termini utilizzati dall’esperto gli è incomprensibile, non sarà in grado di motivare la decisione dal punto di vista giuridico. In questo modo, la deferenza semantica del giudice rischia di far fuoriuscire importanti questioni di diritto dal circuito di legittimazione e controllo in cui dovrebbero essere trattate”.

4. CONCLUSION

In this essay, I have analyzed the problematic aspects of the relationship between judge and experts.

This issue is becoming increasingly significant due to the specialization of knowledge. In fact, I examined the phenomenon of cognitive labor division, which is making scientific knowledge largely inaccessible to laypeople. As a natural consequence, judges are increasingly relying on those who master this knowledge.

Only individuals with a comprehensive set of skills and knowledge — what is referred to as expertise — can be qualified experts.

In this paper, I first sought to identify who can be deemed an expert. The selection of a truly competent authority is crucial for the system to function effectively, as it establishes trust in the expert. To illustrate this, in Section 2, I discussed various theories that the doctrine has developed to identify an expert. First, I have analyzed the reputational theory, which selects an expert based on their reputation as an authority within a scientific community. Then, I have addressed the comparative theory and its corrections that are developed by legal theory to select not only a person who is more expert than another in a certain cognitive domain, but also to select someone who is genuinely an expert within that domain. Lastly, I referenced the criteria established in Italian case law for making this selection.

Secondly, in Section 3, I focused on the relationship between the judge and the selected expert. I explored the different approaches and models that have been developed to classify this relationship, distinguishing between the concepts of reliability and deference. Furthermore, I have classified deference into physiological (epistemic deference) and pathological (semantic deference) attitudes, explaining why the latter attitude should be avoided.

For all the reasons outlined in this essay, it is increasingly important to select a genuinely expert individual who can instill the necessary trust in the judging authority. In this context, a true expert must not be chosen because of her reputation within the scientific community, but rather according to her specialization and ability to provide objective opinions. The trust placed in an expert must result from a comprehensive assessment of qualifications, including also her methodological rigor and impartiality. This trust is essential, as it forms the basis upon which the expert's reliance on the testimony is built. Without it, the judge's ability to make informed and fair decisions could be seriously compromised.

Simultaneously, judges should be encouraged to retain their understanding of the underlying reasons behind the experts' opinion. This means that, while relying on the expertise of specialists, judges must be able to understand the logical and methodological path that leads to the experts' conclusions. This is the only way in

which judges can maintain their decision-making authority and avoid undue influence from experts. If judges do not maintain a critical perspective and an in-depth understanding of the expert's opinion, they risk losing their independence, thereby delegating the responsibility of judgment and compromising the legitimacy and effectiveness of the decision-making process.

In conclusion, I opine that judges may not yet be fully aware of the risk associated with semantic deference and the substantial difference this attitude has compared to epistemic deference or simple reliance. Only by providing judges with adequate tools to recognize these differences, can they identify them and avoid passive attitudes regarding expert opinion.

In essence, this is the only way for judges to retain their authority and act as the ultimate *peritus peritorum* in the judgement process.

REFERENCES

1. Allen, Ronald J., Joseph S. Miller. 4/1993. The Common Law Theory of Experts: Deference or Education?. *Northwestern University Law Review* 87: 1131–1147.
2. Allen, Ronald J. 23/2013, The conceptual Challenge of Expert Evidence. *Discusiones Filosóficas* 14: 41–65.
3. Canale, Damiano. 10/2021. The opacity of law: on the hidden impact of experts' opinion on legal decision-making. *Law and philosophy* 40: 509–543.
4. Carlizzi, Gaetano. 2/2017. Iudex peritus peritorum. A contribution to the Theory of Specialist Evidence. *Diritto penale contemporaneo*: 27–47.
5. Carlizzi, Gaetano, Giovanni Tuzet. 2018. La valutazione del sapere specialistico tra requisiti di affidabilità e oneri probatori. 85–122. In *La prova scientifica nel processo penale*, (eds. by Gaetano Carlizzi and Giovanni Tuzet). Torino: G. Giappichelli editore.
6. Croce, Michel. 274/2019a. On what it takes to be an expert. *The Philosophical quarterly* 69: 1–21.
7. Croce, Michel. 2019b. Di chi posso fidarmi. Autorità ed esperti nella filosofia analitica contemporanea. Bologna: Il Mulino.
8. Giddens, Anthony. 1990. The consequences of modernity. Cambridge: Polity Press.
9. Goldman, Alvin I. 1/2001. Experts: which ones should you trust?. *Philosophy and Phenomenological research* 63: 85–110.
10. Goldman, Alvin I. 1/2018. Expertise. *Topoi* 37: 3–10.
11. Hardwig, John. 7/1985. Epistemic Dependence. *The Journal of Philosophy* 82: 335–349.
12. Hardwig, John. 12/1991. The role of trust in knowledge. *The Journal of Philosophy* 88: 693–708.
13. Kitcher, Philip. 1/1990. The Division of Cognitive Labor. *The Journal of Philosophy* 87: 5–22.

14. Korn, Harold L. 6/1966. Law, Fact, and Science in the Courts. *Columbia Law Review* 66: 1080–1116.
15. Marconi, Diego. 2/2012. Semantic Normativity, Deference and Reference. *Dialectica* 66: 273–287.
16. Murphy, Erin. 3/2007. The New Forensics: Criminal Justice, False Certainty, and the Second Generation of Scientific Evidence. *California Law Review* 95: 721–789.
17. Pierson, Robert. 1/1994. The epistemic authority of expertise. *PSA (Proceedings of the Biennial Meeting of the Philosophy of Science Association)* 1994: 398–405.
18. Pizzorno, Alessandro. 4/2006. Capitale sociale, reputazione, visibilità. *Sociologia del Lavoro* 104: 236–259.
19. Polanyi, Michael. 1967. *The tacit dimension*. London: Routledge & K. Paul.
20. Quast, Christian, Seidel, Markus. 1/2018. Introduction: The Philosophy of Expertise – What is Expertise?. *Topoi* 37: 1–2.
21. Quast, Christian. 1/2018. Expertise: a practical explication. *Topoi* 37: 11–27.
22. Rubin, Andrea. 64/2020. Fiducia, reputazione sociale e visibilità degli esperti. Il caso studio della Notte dei Ricercatori. *Quaderni di sociologia* 82: 25–42.
23. Ubertone, Michele. 2022a. *Il giudice e l'esperto. Deferenza epistemica e deferenza semantica nel processo*. Torino: G. Giappichelli editore.
24. Ubertone, Michele. 2/2022b. A Deference-Based Theory of Expert Evidence Why Epistemic Deference is Fine, and Semantic Deference is Not. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 108: 241–269.
25. Zagzebski, Linda. 2012. *Epistemic Authority: a Theory of Trust, Authority and Autonomy in Belief*. Oxford: Oxford University Press.

Election Procedure of National Minority Councils in Serbia

Mina Čeperković

University of Belgrade – Faculty of Law

UDK 316.774:323.15]:324(497.11)



0009-0001-2299-7556

Cite this article:

Čeperković, Mina. 1/2025. Postupak izbora nacionalnih saveta nacionalnih manjina u Srbiji. *Eudaimonia – Journal of Legal, Political and Social Theory and Philosophy* 9: 198–229

DOI: 10.51204/IVRS_25106A

Keywords:

- National Minorities
- Cultural Autonomy
- Non-Territorial Autonomy
- National Minority Councils
- Procedure of the Election of National Minority Councils.

Author for correspondence:

Mina Čeperković,
minaceperkovic@gmail.com

National Minority Councils play a significant role in preserving the interest of national minority communities, especially in ethnically heterogeneous countries, in order to avoid the assimilation of members of minorities and, consequently, the national homogenization of respective countries. It seems that the mentioned problem is particularly pronounced in Serbia, which has been the target of criticism that the national minorities that inhabit it are in the phase of cultural and linguistic assimilation. In order to avoid these problems, it is necessary to develop mechanisms that allow members of minorities to protect the distinctive characteristics of the national minority that they belong to. These mechanisms, among other things, are reflected in the rights of national minorities to non-territorial autonomy, which is realized in Serbia in the form of national minority councils. However, in order for the national minority councils to perform their role, the process of their election is of crucial importance. The representativeness and (un)successful performance of the role assigned to them directly depends on the electoral process of these bodies, and the subject of this paper will be the analysis of the procedure of election of national minority councils.

Postupak izbora nacionalnih saveta nacionalnih manjina u Srbiji*

Mina Čeperković

Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet

UDK 316.774:323.15]:324(497.11)



0009-0001-2299-7556

Referenca:

Čeperković, Mina. 1/2025. Postupak izbora nacionalnih saveta nacionalnih manjina u Srbiji. *Eudaimonia – Journal of Legal, Political and Social Theory and Philosophy* 9: 198–229

DOI: 10.51204/IVRS_25106A

Ključne reči:

- Nacionalne manjine
- Kulturna autonomija
- Neteritorijalna autonomija
- Nacionalni saveti nacionalnih manjina
- Postupak izbora nacionalnih saveta

Autor za korespodenciju:

Mina Čeperković,

minaceperkovic@gmail.com

Nacionalni saveti nacionalnih manjina ostvaruju značajnu ulogu u očuvanju interesa manjinskih zajednica kako bi se izbegla asimilacija pripadnika manjina i, posledično, nacionalna homogenizacija odnosnih država. Kako bi se ovi problemi izbegli, potrebno je razviti mehanizme koji omogućavaju pripadnicima manjina da zaštite distinktivne karakteristike nacionalne manjine kojoj pripadaju. Ti mehanizmi se, između ostalog, ogledaju u pravu nacionalnih manjina na neteritorijalnu autonomiju, koje je u Srbiji ostvareno u vidu nacionalnih saveta nacionalnih manjina. Ipak, da bi nacionalni save ti mogli da vrše svoju ulogu od krucijalnog značaja je postupak njihovog konstituisanja. Od izbornog modela ovih tela direktno zavisi reprezentativnost i uspešnost ostvarivanja uloge koja im je dodeljena, te će predmet ovog rada biti upravo analiza postupka izbora nacionalnih saveta.

* Zahvaljujem se prof. dr Vuku Cuciću, na korisnim savetima i kritičkim osvrtima koje je pružao tokom različitih faza izrade ovog rada, kao i na spremnosti da pruži pomoć kada god je to bilo potrebno.

1. UVOD

„...vladavina manjine nad samom sobom
u oblasti od ekskluzivnog značaja za nju...”

Arend Lijphart

Sednica parlamenta Novog Zelanda, održana u novembru 2024. godine, prekinuta je kada je Hana Klark (Hana-Rawhiti Maipi-Clarke) iz Maori partije (Te Pāti Māori) pocepala kopiju predloga zakona o čijem usvajanju se tada glasalo, te je nakon toga, protestno izvela haku¹. Pomenuti zakon ima za cilj uklanjanje ustanovljenih principa koji proističu iz ugovora iz Vaitangija (the treaty of Waitangi) potpisanog 1840. godine između britanske krune i preko 500 maorskih poglavara. Ugovor iz Vaitangija se smatra ključnim u očuvanju prava pripadnika Maorske manjinske zajednice, a principi u njemu razvijani su od strane sudova, tribunala i vlada, kako bi doprineli održavanju odnosa između vlasti i Maora, kao i da bi se razrešile razlike u tumačenjima Engleskog i Maorskog teksta ugovora. Principi nastavljaju da se razvijaju, a najpoznatiji među njima su *participacija*, *partnerstvo*, *zaštita* i *obeštećenje* [isticanje]. Između ostalog, dali su značajan doprinos revitalizaciji jezika Maora, što je rezultiralo njegovim uvođenjem među službene jezike.²

Događaj iz parlamenta Novog Zelanda deluje da je posledica onoga što je Čarls Tejlor (Charles Taylor) primetio u vezi procesa izgradnje i unapređenja zajedničke nacije koji privileguje većinske kulture. Naime, „ako jedno moderno društvo ima „službeni” jezik u najpotpunijem značenju te reči, kao od strane države sponzorisani, promovisani i definisani jezik i kulturu, na čijoj osnovi funkcionišu i ekonomija i država, tada su ljudi koji pripadaju ovom jeziku i kulturi očigledno u neizmernoj prednosti. Ljudi koji govore druge jezike značajno su hendikepirani” (Kymlicka 1999, 26). Odnosno, kada javne institucije funkcionišu na jeziku koji je različit od jezika pripadnika manjina, u odnosu na njih postoji rizik od marginalizacije ili isključivanja iz najznačajnijih ekonomskih, akademskih ili političkih institucija društva u kome žive. Prema Tejloru, pripadnici manjina su u predočenom scenariju suočeni sa izborom između tri opcije: prihvatiće njihovu integraciju u većinsku kulturu (pri čemu će imati prilike da vode dijalog o uslovima integracije), prihvatiće trajnu marginalizaciju ili će zahtevati ljudska prava i autonomiju koji su nužni za održavanje njihove socijetalne kulture, odnosno mogućnosti da kreiraju sopstvene ekonomske, političke i obrazovne institucije na svom jeziku (Kymlicka 1999, 26).

1 Haka je tradicionalni ples Maori plemena sa Novog Zelanda, koji simbolizuje kulturni ponos, snagu i jedinstvo. <https://www.britannica.com/topic/Maori>

2 The Guardian. Insults and a haka in New Zealand parliament as MPs debate Maori rights Bill. <https://www.theguardian.com/world/2024/nov/14/nz-parliament-maori-rights-bill-mps-debate-haka-new-zealand> 2024. poslednji pristup: 18. novembra 2024. godine

Naime, u multikulturalnim državama, pripadnici manjine i većine imaju zajedničke interese koji su u vezi sa njihovim statusom građanina date države, te u primerice ekonomskim ili pitanjima bezbednosti njihovi interesi nisu etnički determinisani. Ipak, u onim oblastima društvenog života koje jesu etnički senzitivne prirode primerice u upotrebi jezika, ističe se da je većina „u najboljem slučaju neutralna” (Korhecz 2002, 163 fn. 10). I pored toga, u procesima odlučivanja (*public decision making*) u onim pitanjima koja su etnički i kulturno osetljiva, postoji opasnost da etnička manjina, u odnosu na većinu, bude preglasana (Korhecz 2002, 161). Naime, ističe se da državni aparat nije neutralan u etnički osetljivim pitanjima kao i da je sklon odlučivanju uz nipodaštavanje interesa nacionalne manjine (Korhec 2015, 87), odnosno da bi „organi vlasti pod demokratskom kontrolom većine u etnički osetljivim pitanjima redovno donosili odluke protiv interesa nacionalnih manjina” (Korhec 2015, 87).

Kako bi se mogućnost preglasavanja u procesima donošenja odluka predupredila, a u cilju zaštite pripadnika nacionalnih manjina, države razvijaju različite mehanizme i garantuju pripadnicima manjina određena prava kojim omogućavaju njihovo učešće u javnom životu i odlučivanju. Na taj način, pripadnici manjina sami odlučuju ili (delotvorno) učestvuju u donošenju akata javnih vlasti koji se tiču nacionalne manjine. To pravo se može obezbediti različitim merama države: pozitivne mere (kojima se obezbeđuje prisustvo pripadnika manjina u predstavničkim i zakonodavnim telima), učešćem pripadnika nacionalnih manjina u organima izvršne vlasti i uprave, odnosno merama kojima je pripadnicima manjina omogućeno da o javnim poslovima koji za njih imaju poseban značaj – putem teritorijalne ili neteritorijalne samouprave (Korhec 2015, 76–77).³ Kod teritorijalne samouprave, na teritorijalnu jedinicu koja ima poseban status u okviru države i čiju teritoriju pretežno i tradicionalno nastanjuju pripadnici nacionalnih manjina, prenose se neka izvršna i normativna (ređe sudska) ovlašćenja. Sa druge strane, kod neteritorijalne samouprave, pripadnici manjina biraju tela i organe, nezavisno od oblasti u kojima žive, na koje država prenosi nadležnosti (najčešće) u oblasti kulture i obrazovanja (Korhec 2015, 77). U literaturi se smatra da je prednost neteritorijalne u odnosu na teritorijalnu samoupravu mogućnost njene primene na područja koja su nacionalno mešovita kao i da je ona ostvariva u pogledu onih nacionalnih manjina koje nisu brojčano velike i skoncentrisane na nekom delu

3 O delotvornom učešću nacionalnih manjina u javnom životu, između ostalog, u Preporukama iz Lunda stoji da: „delotvorno učešće manjina u javnom životu može zahtevati neteritorijalna ili teritorijalna rešenja samouprave, ili kombinaciju ta dva tipa” (paragraf 14), te da su „neteritorijalni oblici uprave korisni za očuvanje i razvoj identiteta i kulture nacionalnih manjina” (paragraf 17) a „oblasti na koje bi se najbolje moglo uticati uspostavljanjem ovakvih rešenja obuhvataju obrazovanje, kulturu, upotrebu manjinskog jezika, veru i ostala pitanja ključna za identitet ili način života nacionalnih manjina” (paragraf 18). <https://www.osce.org/files/f/documents/3/6/30338.pdf>

državne teritorije (Korhec 2015, 77).⁴ Najrazvijeniji oblici neteritorijalne autonomije koja je etnički zasnovana postoje u Estoniji, Finskoj, Mađarskoj i Hrvatskoj i ona se u literaturi definiše kao „samouprava grupe osoba koju ona ostvaruje kroz sub-državni entitet sa neteritorijalnim karakterom u stvarima koje se smatraju vitalnim za održavanje i reprodukciju njihovih [manjinskih] distinktivnih kulturnih osobenosti koje mogu da se odnose na jezik, kulturu, religiju ili običaje” (Đurić 2022, 408).

U Srbiji se neteritorijalna autonomija ostvaruje kroz nacionalne savete nacionalnih manjina [u daljem tekstu NSNM]. Naime, NSNM su definisani u članu 1a Zakona o nacionalnim savetima nacionalnih manjina [u daljem tekstu ZNSNM] kao – „organizacija kojoj se zakonom poveravaju određena javna ovlašćenja da učestvuje u odlučivanju ili da samostalno odlučuje o pojedinim pitanjima iz oblasti kulture, obrazovanja, obaveštavanja i službene upotrebe jezika i pisma u cilju ostvarivanja kolektivnih prava nacionalne manjine na samoupravu u tim oblastima”. NSNM se osnivaju na osnovu odredbe Ustava Republike Srbije [u daljem tekstu Ustav] iz člana 75 (Ustav RS čl. 75.) koji u prvom stavu pripadnicima manjina jemči „dodatna, individualna ili kolektivna prava”, pri čemu se individualna ostvaruju pojedinačno a kolektivna u zajednici sa drugima. Ustav u drugom stavu istog člana dodaje da se kolektivna prava mogu vršiti „neposredno ili preko svojih predstavnika” (Ustav RS čl. 75. st. 2.) te da pripadnici nacionalnih manjina mogu izabrati svoje nacionalne savete „radi ostvarenja prava na samoupravu u kulturi, obrazovanju, obaveštavanju i službenoj upotrebi jezika i pisma” (Ustav RS čl. 75. st. 3.).⁵ Iako nedostaje *expressis verbis* ustavnopravna definicija NSNM kao oblika neteritorijalne samouprave, u skladu sa definicijom ZNSNM i teorijskim shvaćanjima, NSNM se mogu definisati kao „specifični organi neteritorijalne samouprave, preko kojih pripadnici nacionalnih manjina u ustavnopravnom sistemu Republike Srbije ostvaruju prava u oblasti kulture, obrazovanja, obaveštavanja i službene upotrebe jezika i pisma” (Jovanović 2013, 265). ZNSNM pripadnicima nacionalnih manjina ostavlja na izbor da li će osnovati svoje nacionalne savete, te putem njih ostvarivati svoja kolektivna prava, ili ne (ZNSNM čl. 2. st. 2.), pri

4 Teritorijalna autonomija je najrazvijenija u zapadnoevropskim demokratijama, za razliku od neteritorijalne autonomije koja je karakteristična za istočnoevropske „nove demokratije” koje datiraju od devedesetih godina dvadesetog veka. Primer ovih demokratija su Srbija, Slovenija, Hrvatska i Mađarska. Ipak, postoje razlike između modela neteritorijalne manjinske samouprave u Srbiji u odnosu na druge tri države. Naime, ovi modeli u Srbiji se ne biraju na lokalnom nivou već na nivou čitave države i imaju znatno šira ovlašćenja (Korhec 2014, 151–152).

5 Ipak, Jovanović ovde ukazuje na konceptijsku nedoslednost ustavotvorca. Naime, čitanjem stava 1 člana 75 stiče se utisak da se kolektivna prava mogu vršiti samo u zajednici sa drugima, dok se u stavu 2 ukazuje na to da kolektivna prava mogu vršiti neposredno pripadnici nacionalnih manjina ali i posredno putem svojih predstavnika (Jovanović 2013, 261, fn 1).

čemu ako optiraju da izaberu NSNM, onda mogu izabrati samo jedan nacionalni savet (ZNSNM čl. 1a st. 1.).⁶

Suština manjinske zaštite ogleda se u obezbeđenju manjinama i njihovim pripadnicima uslova u kojima mogu neometano, u miru i bez pritisa da opstanu, žive i razvijaju se kao individue i pripadnici kolektiviteta, sa svim posebnostima koje ih karakterišu (Paunović, Krivokapić, Krstić 2007, 321). Preduslov toga je postojanje adekvatnog normativnog okvira kojim će prava manjina biti garantovana, dakle prevashodno *de iure*, a onda *de facto* sprovođenje i poštovanje pomenutog okvira. Sve to jer suština nije u tome koliko je ljudskih prava garantovano već koliko se ljudskih prava ostvaruje u životu, dakle da li i pored garancija kojim su ljudska prava zajemčena postoje i delotvorni mehanizmi njihove zaštite (Marinković 2019, 104). Zato, da bi NSNM mogli da vrše svoju ulogu usmerenu na ostvarivanje kolektivnih prava pripadnika nacionalnih manjina, od krucijalnog značaja je postupak njihovog konstituisanja. Od izbornog modela ovih tela direktno zavisi reprezentativnost i (ne)uspešnost ostvarivanja uloge koja im je dodeljena. Sve to naročito jer se u radovima pojedinih autora konstatuje da „su izborni modeli za izbor tela neteritorijalne autonomije [u Srbiji] ograničenog demokratskog domašaja i da je njihova reprezentativna uloga upitna” (Đurić 2024, 203). Zato je neophodno analizirati postupak izbora NSNM. Pored toga, ZNSNM–u kojim je regulisan način izbora NSNM, upućen je izvestan broj kritika, pri čemu je i (ne)ustavnost pojedinih normi ovog zakona dovođena u pitanje.⁷ Zato je evidentna potreba sistematizacije i analize glavnih problema koji se ističu u literaturi i praksi povodom izbora NSNM, te će, stoga, to u radu biti učinjeno.

Ipak pre toga, kako se od čitaoca ne može očekivati da je upoznat sa normativnim okvirom položaja nacionalnih manjina i njihovih prava garantovanim tim okvirom u četiri već pomenute najznačajnije oblasti društvenog života (kultura, obrazovanje, obaveštavanje i službena upotreba jezika i pisma) prvo ćemo razmotriti normativni okvir u Srbiji, zatim ćemo izložiti i kritički sagledati važeća zakonodavna rešenja koja se tiču izbora NSNM, pri čemu će na adekvatnim mestima biti napravljena paralela sa zakonodavnim rešenjima neteritorijalne manjinske samoupra-

6 Pored toga ZNSNM ostavlja mogućnost nacionalnim savetima da osnuju i ustanove, privredna društva i/ili druge organizacije u već pomenute četiri značajne oblasti društvenog života za pripadnike nacionalnih manjina (ZNSNM čl. 2. st. 3.).

7 Varadi, međutim, pozivajući se na Deklaraciju Generalne Skupštine UN od 18. decembra 1992. godine o pravima pripadnika etničkih, verskih i jezičkih manjina (br. A/Rez/47/135): unapređivanje i zaštita prava etničkih, jezičkih i verskih manjina doprinosi društvenoj i političkoj stabilnosti zemalja u kojima te manjine žive; ističe da „ZNSNM predstavlja veoma značajan korak u pravcu takve stabilnosti, odnosno u pravcu da svi građani – bez obzira na etničku pripadnost – prihvate Srbiju kao svoju državu (Varady 2013, 419).” Videti više: Varady, 2013.

ve u uporednom pravu, da bismo konačno, predložili izmenu pojedinih zakonskih rešenja u Srbiji u pogledu izbora NSNM.

2. NORMATIVNI OKVIR POLOŽAJA NACIONALNIH MANJINA

Položaj nacionalnih manjina u Republici Srbiji regulisan je, pre svega, važećim Ustavom iz 2006. godine [u daljem tekstu Ustav]. Pored toga, za prava nacionalnih manjina značajan je Zakon o zaštiti prava i sloboda nacionalnih manjina, Zakon o službenoj upotrebi jezika i pisma, Zakon o osnovama sistema obrazovanja i vaspitanja, Zakon o lokalnoj samoupravi i, konačno, Zakon o nacionalnim savetima nacionalnih manjina. Kao posebno značajnu ističemo i Okvirnu konvenciju za zaštitu nacionalnih manjina⁸ [u daljem tekstu Konvencija].⁹

Napominjemo da će, radi sistematičnijeg i jasnijeg izlaganja, zakonski okvir biti izložen u odnosu na garantovana prava pripadnika nacionalnih manjina u oblasti ma koje su prepoznate kao značajne za očuvanje identiteta nacionalne manjine¹⁰.

2.1. Ustavnopravni položaj pripadnika nacionalnih manjina

Prevashodno, Ustav propisuje neposrednu primenu manjinskih prava koja se njime jemče (Ustav RS čl. 18. st. 1.), pri čemu ta prava mogu zakonom biti ograničena ako ograničenje dopušta Ustav, u svrhe radi kojih ga Ustav dopušta (Ustav RS čl. 20. st. 1.) a dostignuti nivo manjinskih prava ne može smanjivati (Ustav RS čl. 20. st. 2). Takođe, Ustavom je zabranjena svaka diskriminacija a naročito ona na osno-

8 Koju je Srbija ratifikovala 2001. godine (ne stavlajući rezervacije) i koju je potvrdila kroz Zakon o potvrđivanju Okvirne konvencije za zaštitu nacionalnih manjina. <https://www.coe.int/en/web/minorities/etats-partie>; <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=declarations-by-treaty&numSte=157&codeNature=0>

9 Konvencija je prvi pravnoobavezujući multilateralni instrument posvećen zaštiti nacionalnih manjina uopšte. Ona ima za cilj da precizira principe koje se države obavezuju da poštuju kako bi osigurale zaštitu nacionalnih manjina. Usvojena je u Strazburu 10. novembra 1995. godine a stupila je na snagu 1. februara 1998. godine.

Videti više: Framework Convention for The Protection of Natinal Minorities and Explanatory Report, Strasbourg, February 1995.

10 U jednoj od svojih odluka u kojoj definiše NSNM, Ustavni sud se poziva na čl. 75. Ustava u kome su, kao značajne, prepoznate ove 4 oblasti: „nacionalni savet nacionalne manjine ima karakter posebnog (nedržavnog) tela – organizacije koja predstavlja institucionalni oblik putem koga se u Ustavom utvrđenim oblastima društvenog života koje su značajne za očuvanje identiteta nacionalne manjine ostvaruju kolektivna prava nacionalne manjine u tim oblastima, tako što se nacionalnom savetu poveravaju javna ovlašćenja da učestvuje u odlučivanju ili da samostalno odlučuje u pojedinim pitanjima iz ovih oblasti...”

Odluka Ustavnog suda Srbije IUz-882/2010, Službeni glasnik RS, br. 20/14.

vu nacionalne pripadnosti, jezika, kulture i veroispovesti (Ustav RS čl. 21. st. 3.). Ustavotvorac *expressis verbis* zabranjuje diskriminaciju zbog pripadnosti nacionalnoj manjini (Ustav RS čl. 76.). Zajemčena je i sudska zaštita¹¹ u slučaju povrede ili uskraćivanja manjinskih prava garantovanih ustavom (Ustav RS čl. 22. st. 1.). Dalje, pripadnicima nacionalnih manjina Ustav jemči i dodatna individualna ili kolektivna prava (Ustav RS čl. 75. st. 1.)¹², prva se ostvaruju individualno a potomja u zajednici sa drugima. Konkretnije, putem kolektivnih prava pripadnici nacionalnih manjina, neposredno ili preko svojih predstavnika, učestvuju u odlučivanju ili sami odlučuju o pojedinim pitanjima vezanim za svoju kulturu, obrazovanje, obaveštavanje i službenu upotrebu jezika i pisma, u skladu sa zakonom (Ustav RS čl. 75. st. 2.). Ustav takođe zabranjuje nasilnu asimilaciju (Ustav RS čl. 78. st. 1.) pripadnika nacionalnih manjina kao i preduzimanje mera koje bi prouzrokovale veštačko menjanje nacionalnog sastava stanovništva na područjima gde pripadnici nacionalnih manjina žive tradicionalno i u značajnom broju (Ustav RS čl. 78. st. 3.). Konačno, pripadnicima nacionalnih manjina Ustavom se garantuje i „pravo na očuvanje posebnosti” (Ustav RS čl. 79. st. 1.).

2.2. Prava pripadnika nacionalnih manjina u oblasti službene upotrebe jezika i pisma

Prema Zakonu od službenoj upotrebi jezika i pisma, a u skladu sa Ustavom i Konvencijom¹³, na onim teritorijama jedinica lokalne samouprave gde tradicionalno žive pripadnici nacionalnih manjina, njihov jezik i pismo može biti u ravnopravnoj službenoj upotrebi. Takođe, ako procenat pripadnika nacionalne manjine predstavlja 15% u ukupnom broju stanovnika na teritoriji jedinice lokalne samouprave prema rezultatima poslednjeg popisa stanovništva onda je jedinica lokalne samouprave obavezna da svojim statutom uvede u ravnopravnu službenu upotrebu jezik i pismo te nacionalne manjine.¹⁴ Isti procenat predviđen je kao uslov da imena organa koji vrše javna ovlašćenja, nazivi jedinica lokalne samouprave, naseljenih mesta i drugih topograma budu ispisani i na jeziku određene nacionalne manjine.¹⁵ Dodatno, na područjima gde su određeni jezici nacionalnih manjina u službenoj upotrebi, omogućeno

11 Garantuje se i obraćanje građana međunarodnim institucijama radi zaštite svojih sloboda i prava zajemčenih Ustavom (Ustav RS čl. 22. st. 2.).

12 Ustavna odredba i njena kritika su ranije u radu već pomenute ali nam sistematičnost nalaže da je pomenemo i u ovom delu rada, pri čemu kritiku nećemo ponavljati.

13 Zakon o potvrđivanju Okvirne konvencije za zaštitu nacionalnih manjina, *Sl. list SRJ – Međunarodni ugovori*, br. 6/98, čl. 10. i čl. 11.

14 Zakon o službenoj upotrebi jezika i pisma, *Sl. glasnik RS*, br. 45/91, 53/93, 67/93, 48/94, 101/2005 – dr. zakon, 30/2010, 47/2018 i 48/2018 – ispr., čl. 11. st. 1. i 2.

15 *Isto*, čl. 11. st. 5.

je i da javne isprave, kao i druge isprave koje su od interesa za ostvarivanje zakonom utvrđenih prava građana budu, na zahtev pripadnika određene nacionalne manjine, izdate na jeziku manjine kojoj pripada.¹⁶ Takođe, na područjima gde su određeni jezici nacionalnih manjina u službenoj upotrebi, ovim zakonom je propisano da se nazivi mesta i drugi geografski nazivi organizacija, obaveštenja i upozorenja za javnost i drugi javni natpisi ispisuju i na jezicima nacionalnih manjina.¹⁷ Pripadnici nacionalnih manjina imaju pravo i da se republičkim organima¹⁸ obraćaju na jeziku nacionalne manjine kojoj pripadaju i da dobiju odgovor na tom jeziku, ako broj manjine kojoj pripadaju prema poslednjem popisu stanovništva dostiže najmanje 2%.¹⁹ Pored toga, pripadnicima nacionalnih manjina omogućeno je da se prvostepeni²⁰ upravni, krivični, parnični ili drugi postupak u kome se rešava o pravima i dužnostima građana može voditi na jeziku nacionalnih manjina koji je u službenoj upotrebi u organu, odnosno u organizaciji koja vodi postupak.²¹

2.3. Prava pripadnika nacionalnih manjina u oblasti obrazovanja

Ratifikovanjem Konvencije strane ugovornice [u daljem tekstu SU] su se obavezale da će, gde je to potrebno, preduzeti mere u oblasti obrazovanja kako bi se negovala kultura, jezik i vera nacionalnih manjina. Dalje, SU se obavezuju i da obezbede jednaku mogućnost pristupa obrazovanju na svim nivoima za pripadnike nacionalnih manjina. One će takođe obezbediti odgovarajuće mogućnosti za obuku nastavnika i dostupnost nastavnih materijala, i olakšaće kontakte između učenika i nastavnika različitih zajednica.²² Pored toga, u okviru svojih obrazovnih sistema SU će priznati pravo pripadnicima nacionalnih manjina da ustanove i vode sopstvene privatne institucije za obrazovanje i obuku.²³

16 Isto, čl. 18. st. 1.

17 Isto, čl. 19. st. 1.

18 Takođe, narodni poslanik na sednicama Narodne skupštine može da govori i pisane dokumente u radu Narodne skupštine, predviđene Poslovníkom, podnosi na jeziku nacionalne manjine čiji je pripadnik.

Zakon o službenoj upotrebi jezika i pisma, *Sl. glasnik RS*, br. 45/91, 53/93, 67/93, 48/94, 101/2005 – dr. zakon, 30/2010, 47/2018 i 48/2018 – ispr., čl. 11. st. 11.

19 Isto, čl. 11. st. 9.

20 Isto važi za drugostepeni postupak, kao i za područja na kojima jezici nacionalnih manjina nisu u službenoj upotrebi.

Zakon o službenoj upotrebi jezika i pisma, *Sl. glasnik RS*, br. 45/91, 53/93, 67/93, 48/94, 101/2005 – dr. zakon, 30/2010, 47/2018 i 48/2018 – ispr., čl. 15. st. 1. i čl. 16. st. 1. tačka 1, 2 i 3.

21 Isto, čl. 12. st. 1.

22 Zakon o potvrđivanju Okvirne konvencije za zaštitu nacionalnih manjina, *Sl. list SRJ – Međunarodni ugovori*, br. 6/98, čl. 12. st. 1, st. 2. i st. 3.

23 Isto, čl. 13. st. 1.

Takođe, SU su se obavezale²⁴ da priznaju pravo svakom pripadniku nacionalne manjine da uči svoj manjinski jezik te da, u skladu sa tim, u oblastima koje su naseljene pripadnicima nacionalnih manjina tradicionalno ili u znatnom broju (uz uslov da za tako nešto ima dovoljno zahteva) nastoje da obezbede, „u meri u kojoj je to moguće i u okviru svojih obrazovnih sistema, da pripadnici tih manjina imaju odgovarajuće mogućnosti da uče jezik manjine ili da se obučavaju na tom jeziku”²⁵. Obaveze preuzete Konvencijom, dalje razrađuje i Zakon o osnovama sistema obrazovanja i vaspitanja. Pre svega, pripadnici nacionalnih manjina imaju pravo na vaspitanje i obrazovanje na svom jeziku u ustanovama predškolskog, osnovnog i srednjeg vaspitanja i obrazovanja.²⁶ Shodno tome, iako se obrazovno-vaspitni rad ostvaruje se na srpskom jeziku, Zakonom o osnovama sistema obrazovanja i vaspitanja je propisano da se obrazovno-vaspitni rad za pripadnike manjina ostvaruje na jeziku i pismu nacionalne manjine.²⁷ Pored toga, osnovne i srednje škole mogu da ostvaruju individualni školski program i na jeziku nacionalne manjine za učenike koji ne poznaju jezik na kome se izvodi nastava.²⁸

2.4. Prava pripadnika nacionalnih manjina u oblasti kulture i obaveštavanja

U skladu sa Ustavom, pripadnici nacionalnih manjina u Srbiji imaju pravo na izražavanje, primanje, slanje i razmenu obaveštenja i ideja na svom jeziku; na potpuno, blagovremeno i nepristrasno obaveštavanje na svom jeziku, kao i na osnivanje sopstvenih sredstava javnog obaveštavanja.²⁹ Dalje, u skladu sa Zakonom o potvrđivanju Okvirne konvencije za zaštitu nacionalnih manjina, Srbija se obavezala da će, „u cilju povećanja tolerancije i omogućavanja kulturnog pluralizma”, preduzeti potrebne mere kako bi pripadnicima manjina olakšala pristup medijima.³⁰ Takođe, Srbija se ratifikovanjem Konvencije obavezala „da će priznati da pravo na slobodu izražavanja svakog pripadnika nacionalne manjine uključuje slobodu mišljenja, i primanja i prenošenja informacija i ideja na jeziku manjine bez mešanja javnih

24 Pomenute obaveze država su ujedno deo prava nacionalnih manjina na obrazovanje ali i prava u oblasti službene upotrebe jezika i pisma.

25 *Isto*, čl. 14. st. 1. i st. 2.

26 Zakon o zaštiti prava i sloboda nacionalnih manjina, *Sl. list SRJ*, br. 11/2002, *Sl. list SCG*, br. 1/2003 – Ustavna povelja i *Sl. glasnik RS*, br. 72/2009 – dr. zakon, 97/2013 – odluka US i 47/2018, čl. 13. st. 1.

27 Zakon o osnovama sistema obrazovanja i vaspitanja, *Sl. glasnik RS*, br. 88/2017, 27/2018 – dr. zakon, 10/2019, 27/2018 – dr. zakon, 6/2020, 129/2021 i 92/2023, čl. 5. st. 2.

28 *Isto*, čl. 56. st. 2. i 3.

29 Ustav Republike Srbije, *Sl. glasnik RS*, br. 98/2006 i 115/2021, čl. 79. st. 1.

30 Zakon o potvrđivanju Okvirne konvencije za zaštitu nacionalnih manjina, *Sl. list SRJ – Međunarodni ugovori*, br. 6/98, čl. 9. st. 4.

organa i bez obzira na granice”, te da će u okviru svog pravnog sistema osigurati da pripadnici nacionalnih manjina ne budu diskriminirani u svom pristupu sredstvima javnog informisanja.³¹ Konačno, obavezala se i da stvara potrebne uslove kako bi pripadnici nacionalnih manjina očuvali i razvijali svoju kulturu i sačuvali neophodne elemente svog identiteta, odnosno religiju, jezik, tradicije i kulturno nasleđe.³²

3. DEFINISANJE NACIONALNE MANJINE

Pre nego što razmotrimo postupak izbora NSNM potrebno je i da, kratko, čitaocu predložimo definiciju nacionalne manjine u srpskom pravu jer je definisanje pripadnika nacionalne manje u direktnoj vezi sa određenim pitanjima postupka izbora.

Imajući u vidu da se, komentarisanjem izbornih pravila koja se odnose na konstituisanje tela manjinske autonomije ističe da je svim tim aranžmanima zajednički problem kako obrazovati takva tela kao i na koji način izabrati predstavnike koji će imati demokratski legitimitet da predstavljaju manjine u takvim telima (Đurić 2017, 101–102), neophodno je upravo iz tog razloga razmotriti pojam nacionalne manjine. Radi sistematičnijeg izlaganja, pojam nacionalne manjine ćemo u ovom delu rada prvo razmotriti, iako kratko, onako kako je to učinjeno na međunarodnom nivou a onda ćemo se osvrnuti na njegovo regulisanje u srpskom pravu. Detaljnije razmatranje ovog pitanja, kako bi se izbegla ponavljanja, biće učinjeno kasnije (videti 3.6.).

Pre svega, treba reći da na međunarodnom nivou nema univerzalno prihvaćene definicije nacionalne manjine. Međutim, najpoznatija je definicija koju je u svom izveštaju 1977. godine predložio Frančesko Kapotorti (Francesco Kapotorti), Specijalni izvestilac UN Potkomisije za prevenciju od diskriminacije i zaštitu manjina. Prema Kapotortijevoj definiciji manjinom se smatra grupa „brojčano manja od ostatka stanovništva države, koja je u nedominantnom položaju, a čiji članovi – državljani te države – imaju etničke, verske ili jezičke karakteristike drugačije od ostatka stanovništva i iskazuju, makar i implicitno, osećaj solidarnosti koji je usmeren na očuvanje svoje kulture, tradicije, vere i jezika” (Jončić 2012, 56).³³

U srpskom zakonodavstvu³⁴, shodno članu 2 stavu 1 Zakona o zaštiti prava i sloboda nacionalnih manjina, nacionalnom manjinom se smatra „svaka grupa državljanina Republike Srbije koja je po brojnosti dovoljno reprezentativna, iako predstavlja

31 Isto, čl. 9. st. 1.

32 Isto, čl. 5. st. 1.

33 Videti: Capotorti, F. (1979). *Study on the rights of persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities* (E_CN.4_Sub.2_384_Rev.1-EN). United Nations.

34 Druga mogućnost, namesto zakonskog definisanja nacionalne manjine, pruža slovenački model zaštite manjina. Naime, ovaj model ne poznaje posebnu definiciju nacionalne manjine, već su u Ustavu navedene manjine koje su predmet posebne zaštite (Komac 2021, 143). Ovakvo norma-

manjinu na teritoriji Republike Srbije, pripada nekoj od grupa stanovništva koje su u dugotrajnoj i čvrstoj vezi sa teritorijom Republike Srbije i poseduje obeležja kao što su jezik, kultura, nacionalna ili etnička pripadnost, poreklo ili veroispovest, po kojima se razlikuje od većine stanovništva, i čiji se pripadnici odlikuju brigom da zajedno održavaju svoj zajednički identitet, uključujući kulturu, tradiciju, jezik ili religiju". Iako, treba imati na umu da je izložena definicija široka te u izvesnoj meri otvorena za različita tumačenja pa tako i podložna, pre svega, diskreciji a onda potencijalnim teškoćama u njenoj primeni u praksi; uočljivo je i pohvalno da se ona u pretežnom delu poklapa sa Kapotortijevom definicijom.

4. POSTUPAK IZBORA NSNM U SRBIJI

Pre nego li počnemo sa razmatranjem postupka izbora NSNM korisno je učiniti jednu napomenu. Naime, kako je ranije pomenuto, postupak izbora NSNM regulisan je, pre svega, Zakonom o nacionalnim savetima nacionalnih manjina³⁵. Treba dalje napomenuti da se, u upravnim stvarima, koja ovim zakonom nisu regulisana, primenjuju norme Zakona o opštem upravnom postupku [u daljem tekstu ZUP] (ZNSM čl. 43 st. 2). Pored toga, ZNSNM propisuje shodnu primenu Zakona o izboru narodnih poslanika i Zakona o upravnim sporovima (ZNSNM čl. 43 st. 1).

4.1. Izborni model NSNM

Srpski zakonodavac se, za razliku od uporednopravnih sistema, nije opredelio za jedan izborni model NSNM što se i vidi u članu 29 stavu 1 ZNSNM, kojim pro-

tivno rešenje deluje kruto i ograničeno u odnosu na druge nacionalne manjine, ipak, kako to nije predmet ovog rada zadržaćemo se samo na ovom komentaru.

- 35 ZNSNM je donet 2009. godine i njime su regulisani položaj, ovlašćenja i postupak izbora NSNM. Nakon njegovog donošenja, ZNSNM se našao na meti brojnih kritika stručne i političke javnosti, pri čemu su posebno kritikovane široke nadležnosti NSNM u odnosu na javne ustanove u oblasti obrazovanja i obaveštavanja i sistem neposrednog izbora NSNM na osnovu posebnog biračkog spiska (Antić 2021, 93).

ZNSNM je bio predmet izmena i dopuna 2014. godine (ove izmene su se mahom odnosile na postupak izbora NSNM) i 2018. godine (izmene zakona ticale su se ovlašćenja nacionalnih saveta i bližeg regulisanja pojedinih pitanja) (Antić 2021, 100–101). Takođe u skladu sa preporukama Savetodavnog komiteta, koji nadzire primenu Konvencije, da je izmenama NSNM potrebno smanjiti politizaciju NSNM i obezbediti „podelu vlasti” u izvesnom smislu; u ZNSNM je unesena odredba da „predsednik nacionalnog saveta i član izvršnog odbora ne može biti član rukovodećih organa političke stranke” odnosno da „Predsednik nacionalnog saveta i član izvršnog odbora ne može biti izabrano ili postavljeno lice u državnom organu, pokrajinskom organu, odnosno organu jedinice lokalne samouprave koji u okvirima svojih nadležnosti odlučuje o pitanjima koja se tiču rada nacionalnih saveta” (ZNSNM čl. 7a st. 1. i 2.) (Antić 2021, 103).

pisano da se članovi NSNM biraju na neposrednim izborima ili putem elektorske skupštine. Zakonodavac precizira član 29, ističući u stavu 2, da je za održavanje neposrednih izbora 24 časa pre raspisivanja izbora u birački spisak potrebno da bude upisano više od 40% pripadnika nacionalne manjine prema poslednjem popisu stanovništva, u suprotnom, održavaju se izbori putem elektorske skupštine^{36, 37}

Ovom zakonskom rešenju se, u literaturi, zamera procenat pripadnika nacionalnih manjina koji je prag za održavanje neposrednih izbora. Konkretno, uslovni procenat za održavanje neposrednih izbora smanjen je sa 50% na 40%. Ipak, treba istaći da 40% nije čak ni polovina pripadnika manjina upisan u poseban birački spisak odnosno 50% plus jedan je minimum koji bi trebalo zahtevati kako bi se osigurao legitimitet na ovaj način izabranih tela. U suprotnom se postavlja pitanje kako NSNM koji predstavljaju i vrše svoja ovlašćenja u interesu svih pripadnika određene manjine, mogu da predstavljaju sve pomenute pripadnike ako nisu odraz iskazane izborne volje većine pripadnika manjinske zajednice. Odnosno, postavlja se pitanje legitimiteta na ovaj način izabranih tela i, posledično, odluka koje ona donose.

Intencija zakonodavca ka smanjivanju potrebnog procenta za neposredne izbore nije sasvim jasna. Čini se da bi jedan od razloga mogao da bude nizak broj nacionalnih saveta izabranih na neposrednim izborima. Međutim, pre promene zakona 2018. godine, na izborima za NSNM 2014. godine birao se 21 nacionalni savet, od čega je prema Izveštaju Republičke izborne komisije³⁸ za 2014. godinu, čak 17 izabrano na neposrednim izborima, dok je 4 saveta izabrano putem elektorskih izbora. Treba napomenuti da nam podaci za 2010. godinu, u trenutku pisanja rada, nisu bili dostupni jer je nadležnost Republičke izborne komisije u vezi sa sprovođenjem izbora za nacionalne savete nacionalnih manjina uspostavljena 2014. godine donošenjem Zakona o izmenama i dopunama Zakona o nacionalnim savetima nacionalnih manjina koji je stupio na snagu 31. maja 2014. godine. Međutim, da se zaključiti da 17 NSNM izabranih neposredno nije izrazito mali broj. Intencija zakonodavca mogla bi se onda, možda, okarakterisati kao „svojevrсна afirmativna mera usvojena

36 Ovde treba napomenuti da je ovakav izborni sistem, gde se NSNM biraju ili neposredno ili putem elektora stran uporednopravnim modelima neteritorijalne manjinske samouprave. Ni ovde, međutim, nije jasna intencija zakonodavca. Jedan od razloga bi mogla da bude želja zakonodavca da se izbori za NSNM ipak održe, odnosno da „ukoliko izbori ne mogu da se sprovedu na ovaj način [neposrednim izborima] zbog nedostatka volje (interesa) zajednice, sistem izbora putem elektora može se koristiti kao alternativa” (Korhecz 2014, 154). Deluje da ovaj razlog jedini koji bi mogao da bude uzrok ovakvog opredeljenja zakonodavca, naročito jer smo i ranije pomenuli da je zakonodavac izmenama ZNSNM smanjio traženi procenat od 50% na 40% za održavanje neposrednih izbora.

37 ZNSNM reguliše obustavljenje postupka izbora NSNM na osnovu razloga propisanih čl. 37a ZNSNM.

38 Izveštaj o sprovedenim izborima za članove nacionalnih saveta nacionalnih manjina, 23. novembar 2014. godine, 02 Broj 013-1525/14.

kao „odgovor” zakonodavca na kritike prema kojima je srpskom pristupu inherentna jaka tendencija ka uniformnim rešenjima za različite potrebe” ili „na opaske prema kojima je pretežna većina nacionalnih manjina relativno male brojnosti, disperzivna i u podmakloj fazi kulturno-jezičke asimilacije” (Đurić 2024, 212–213).

Konačno, razmotrićemo i način na koji je zakonodavac regulisao izbore za NSNM putem elektorske skupštine.³⁹ Naime, shodno zakonskom rešenju „elektorska skupština bira članove nacionalnog saveta ako nisu ispunjeni uslovi za neposredne izbore i ako se posle raspuštanja nacionalnog saveta novi izbori raspisuju u roku od 60 dana od raspuštanja” (ZNSNM čl. 100. st. 1.). Iako, *prima facie*, deluje da zakonodavac zahteva kumulativnu ispunjenost ova dva uslova, dovođenjem u vezu ovog i prethodno razmotrenog člana 29 ZNSNM treba smatrati da je zakonodavac prilikom normiranja napravio grešku odnosno da se izbori putem elektorske skupštine održavaju ako je ispunjen makar jedan od ova dva uslova. Postupak izbora za NSNM se putem elektorske skupštine pokreće odlukom o raspisivanju izbora (ZNSNM čl. 100. st. 2.). Pravo da bude elektor ima pripadnik nacionalne manjine koji je upisan u PBS i čiju kandidaturu je podržao određeni broj pripadnika nacionalne manjine, u zavisnosti od brojnosti te manjine prema poslednjem popisu stanovništva (ZNSNM čl. 101.), pri čemu pripadnik nacionalne manjine može da podrži samo jednog elektora (ZNSNM čl. 102. st. 3.).

Treba napomenuti da lica koja steknu status elektora nemaju propisane obaveze povodom prisustva elektorskoj skupštini, kao ni u pogledu predlaganja kandidata za izbor NSNM (Đurić 2020, 163). Ipak, nemanje propisane obaveze povodom prisustva skupštini elektora nije logično. Naime, kandidat za elektora podnosi elektronsku prijavu Ministarstvu koje onda odbija ili potvrđuje prijavu, dakle podnosi je svojevolljno. Pored toga, kako bi se elektorska skupština uopšte održala neophodan je propisan kvorum jer se u suprotnom ne održava. Sve to naročito jer se elektorska skupština takođe neće održati ako njoj ne prisustvuje ili nije potvrđen ZNSNM-om određeni broj elektora u zavisnosti od veličine te nacionalne manjine prema poslednjem popisu stanovništva. Dakle, bilo to malo verovatno ili ne, ako određeni broj elektora odluči da ne prisustvuje skupštini ona se neće ni održati te se članovi NSNM neće ni izabrati. Zato, pre svega predlažemo izmenu ZNSNM dodavanjem norme koja propisuje niži kvorum za održavanje elektorske skupštine u slučaju prvog neodržavanja usled neispunjenja uslova kvoruma. Takođe, kako elektori svojevolljno mogu da podnesu ili ne podnesu elektronsku prijavu Ministarstvu smatramo

39 Treba istaći da pojedina pitanja povodom izbora putem elektorske skupštine nisu uređenja ZNSNM-om već Uputstvom za sprovođenje elektorske skupštine za izbor članova nacionalnih saveta nacionalnih manjina koje je doneo RIK.

<https://www.rik.parlament.gov.rs/extfile/sr/301/UPUTSTVO-elektorske-skupstine-PRECIS-CEN-TEKST-2018-LAT.pdf>

da zakonom treba propisati obavezu prisustva elektorskoj skupštini kako bi se dodatno osigurao izbor NSNM.

Kandidat za elektora podnosi elektronsku prijavu Ministarstvu (ZNSNM čl. 102. st. 1.) najkasnije 30 dana pre održavanja elektorske skupštine (ZNSNM čl. 102. st. 5.), koje je onda potvrđuje ili odbija u roku od 48h od prijema (ZNSNM čl. 102. st. 6.).⁴⁰ Kvorum za održavanje elektorske skupštine je prisustvo više od polovine elektora čije je elektronske prijave potvrdilo Ministarstvo (ZNSNM čl. 105. st. 1.). Izuzetno od prethodnog člana, elektorska skupština se neće održati ako ne bude potvrđeno ili ako elektorskoj skupštini ne prisustvuje čl. 105. st. 2. propisan broj elektora u zavisnosti od veličine nacionalne manjine prema poslednjem popisu stanovništva. Organ za sprovođenje izbora na elektorskoj skupštini je Odbor koji ima tri člana i koji imenuje RIK (ZNSNM čl. 106. st. 1.). Listu kandidata za članove NSNM može da predloži jedna četvrtina prisutnih elektora na sednici elektorske skupštine (ZNSNM čl. 109. st. 3.), a uz pomenutu listu potrebno je i priložiti izjavu predloženog kandidata o prihvatanju kandidature (ZNSNM čl. 109. st. 4.). Elektorska skupština bira članove NSNM iz reda birača koji su upisani u PBS (ZNSNM čl. 109. st. 1.) po proporcionalnom izbornom sistemu (ZNSNM čl. 109. st. 2.), mandati se raspodeljuju sistemom najvećeg količnika (ZNSNM čl. 109. st. 9.), a elektor može svojim glasom da podrži samo jednu listu (ZNSNM čl. 109. st. 6.).

4.2. Centralizovani NSNM

Izmenama i dopunama ZNSNM iz 2018. godine unesena je odredba stava 2 člana 1a u skladu sa kojom pripadnici nacionalne manjine ne moraju (a mogu) da izaberu jedan nacionalni savet. Imajući u vidu da je moguće izabrati samo jedan NSNM, ako bude izabran, on onda predstavlja i štiti interese pripadnika nacionalnih manjina nezavisno od mesta u Srbiji u kome ti pripadnici žive (Đurić 2024, 211).

U vezi sa centralizovanim izborom NSNM za koji se Srbija opredelila, u najskorijem mišljenju Savetodavnog komiteta [u daljem tekstu Komiteta] Okvirne konvencije za zaštitu nacionalnih manjina usvojenom 2019. godine, posebno je naglašena preporuka da se izbor NSNM u Srbiji decentralizuje. Konkretno, u mišljenju Savetodavnog komiteta naročito se ističe da „centralizovani izborni sistem Nacionalnih saveta otežava efektivno ostvarivanje prava nacionalnih manjina koje ne žive u tradicionalno naseljenijim područjima – poput velikih gradova – uključujući Beograd – ali takođe pripadnika nacionalnih manjina koji žive u velikom

⁴⁰ Ministarstvo će rešenjem, koje se donosi 25 dana pre elektorske skupštine, da obustavi postupak izbora nacionalnog saveta ako nije potvrđen najmanji broj elektora koji propisuje ZNSNM (ZNSNM čl. 37a st. 1.).

broju opština – poput Roma, ili lica koja pripadaju brojčano manjim nacionalnim manjinama”.⁴¹

Iako decentralizovani izborni sistem saveta nacionalnih manjina nije stran u uporednom pravu, ovakvo rešenje ne treba olako prepisivati u Srbiji. Svakako da decentralizacija, u odnosu na centralizovani izborni sistem, ima svojih prednosti te se u tom pogledu slažemo sa preporukom Komiteta. Ipak, treba razmotriti nekoliko stvari. Ako bi se izbori za NSNM održavali na lokalnom nivou umesto na nivou države, to ne bi značilo da bi se na nivou svake opštine birao određeni broj NSNM koji odgovara broju nacionalnih manjina nastanjenih u toj opštini. Naime, broj nacionalnih manjina nastanjenih u određenim opštinama je izrazito nizak. Podsećanja radi, Srbija ima 145 opština i 23 nacionalne manjine. Ipak, ne žive u svakoj opštini pripadnici svake nacionalne manjine što bi, naravno, značilo da se u tim opštinama određeni NSNM neće ni birati. Pored toga, u velikom broju pomenutih opština živi izrazito nizak broj pripadnika nekih nacionalnih manjina, recimo, u opštini Vrnjačka Banja prema najskorijem Popisu stanovništva, domaćinstva i gradova iz 2022. godine živi 5 pripadnika albanske nacionalne manjina i 3 pripadnika bošnjačke nacionalne manjine. Uloga NSNM se, kako smo ranije objasnili, ogleda u ostvarivanju kolektivnih prava nacionalnih manjina vršenjem javnih ovlašćenja da učestvuju u odlučivanju ili da samostalno odlučuju u pojedinim pitanjima značajnim za očuvanje kulturnih osobenosti manjine o čijim interesima se staraju.

Prema ZNSNM proces izbora NSNM, koji ćemo kasnije detaljnije razraditi, je složen. Postavlja se, pre svega, pitanje celishodnosti angažovanja resursa radi organizovanja izbora za NSNM u svih 145 jedinica lokalne samouprave gde je prisutan izrazito mali broj pripadnika određene manjine. Sve to jer ranije pomenuti primeri o kvantitativnoj prisutnosti pripadnika određenih manjina na teritorijama jedinica lokalne samouprave u Srbiji nisu izolovani slučajevi samo tih opština. *Ergo*, cilj normativne regulacije NSNM jeste omogućavanje pripadnicima nacionalnih manjina da potpunije ostvaruju svoja prava, ali taj cilj ne treba ostvarivati na uštrb preopterećivanja organa državne uprave naročito jer se i u Konvenciji koriste termini

41 Council of Europe. Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities. Fourth Opinion on Serbia adopted on 26 June 2019 – Summary, pg. 67. <https://rm.coe.int/4th-com-serbia-en/16809943d9>.

U svom odgovoru Komitetu Srbija ističe da se, pre svega, većina ovlašćenja NSNM ostvaruje na državnom a ne na lokalnom nivou. Takođe, ističe se da bi decentralizovani izborni sistem isključio mogućnost izbora NSNM za određene manjine koje ne žive u određenom broju na teritoriji određenih opština i dodaje se da nema preterane logike (i opravdanja) za izborima za NSNM u opštinama gde određene manjine žive u zanemarljivo malom broju.

Comments of the Government of Serbia on the Fourth Opinion of the Advisory Committee on the implementation of the Framework Convention for the Protection of National Minorities by Serbia received on 4 November 2019, pg. 69–70. <https://rm.coe.int/4th-com-serbia-en/16809943d9>

poput „u meri u kojoj je to moguće” ili „ako ima dovoljno zahteva”. Dakle, iako je potrebno omogućiti pripadnicima manjina uživanje njihovih kolektivnih i individualnih prava, države to čine u skladu sa svojim mogućnostima i proceni potrebe za određenim normativnim rešenjima. Ovde treba naćiniti napomenu da nema taćnog odnosno netaćnog normativnog rešenja, već samo onog koje ima najviše prednosti. Ćini se da je elegantnije rešenje od onog koje je trenutno u vaćećem zakonu a koje bi uvaćilo i preporuku Saveta Evrope, da se NSNM biraju na lokalnom nivou i na nivou okruga. Naime, u jedinicama lokalne samouprave u kojima űivi odrećen broj pripadnika manjina birali bi se NSNM te jedinice lokalne samouprave. Kada to nije moguće, npr. u onim općtinama gde je broj pripadnika odrećene manjine izrazito nizak, onda bi se za više takvih općtina birao NSNM na nivou okruga u Srbiji. To bi naravno zahtevalo da zakonodavac postavi odrećeni prag koji bi morao da bude ispunjen kako bi se determinisalo da li će NSNM biti birani na nivou jedinica lokalne samouprave ili okruga. Svaki broj koji zakonodavac odredi svakako da bi bio arbitreran u izvesnom smislu, ali je tako nećto nućno zarad kreiranja potrebnog normativnog okvira. Dalje, postavlja se pitanje odnosa ovako izabranih lokalnih NSNM i onih izabranih na okrućnom nivou. Ćini se da bi adekvatno rešenje bilo ne uspostavljanje odnosa hijerarhije već saradnje izmeću saveta izabranih na lokalnom i okrućnom nivou radi ućećća u procesu odlućivanja ili odlućivanju u oblastima obrazovanja, kulture, obavećtavanja i slućbene upotrebe jezika i pisma.

Druga mogućnost je izbor NSNM na lokalnom i drćavnom nivou. NSNM izabrani na lokalnom nivou imali bi ovlaććenja u pogledu kolektivnih prava pripadnika nacionalnih manjina koja se ostvaruju na lokalnom nivou, pri ćemu bi se, kao i u prethodno izloćenoj mogućnosti NSNM birali u onim općtinama gde postoji dovoljan broj pripadnika nacionalnih manjina prema poslednjem popisu stanovnićtva. Sa druge strane, u nadlećnosti NSNM izabranih na drćavnom nivou bila bi ona ovlaććenja koja se tiću kolektivnih prava pripadnika nacionalnih manjina koja se ostvaruju na drćavnom nivou. Odnos ovako izabranih tela, na lokalnom i drćavnom nivou moće biti hijerarhijski i u vidu saradnje, te ako bi zakonodavac menjao izborni model, morao bi da reguliće odnos i izmeću ova dva nivoa NSNM. Ipak, joć jednom naglaćavamo da nema univerzalno taćnog odgovora već samo onog koji drćava proceni kao najćelishodniji za manjine na sopstvenoj teritoriji.

4.3. Aktivno i pasivno biraćko pravo pripadnika nacionalnih manjina

Ćlanom 31 ZNSNM regulisano je izborno pravo⁴² pripadnika nacionalnih manjina da biraju NSNM i ono obuhvata: aktivno i pasivno biraćko pravo, pravo da

42 Treba samo kratko razjasniti da pravo pripadnika nacionalnih manjina da biraju NSNM ne znaći da one „raspolau sa dva glasa űto vodi nejednakosti u politićkoj sferi i u procesima javnog odlućivanja” (Ćurić 2012, 156). Odredbe Ustava i ZNSNM omogućavaju pripadnicima nacionalnih

budu upisani u poseban birački spisak, pravo da predlažu kandidate za članove nacionalnog saveta, pravo da budu informisani o izborima i kandidatima za NSNM, kao i pravo na zaštitu prava vezanih za izbor NSNM.

Kako bi pripadnik nacionalne manjine stekao pravo da bira članove nacionalnog saveta, u skladu sa članom 32. ZNSNM, mora da ispuni Ustavom i zakonom propisane opšte uslove za sticanje aktivnog biračkog prava (ZNSNM čl. 32. st. 1.). Opšti uslovi za sticanje aktivnog i pasivnog biračkog prava u Republici Srbiji regulisani su Ustavom (Ustav RS čl. 52. st. 1.) i Zakonom o izboru narodnih poslanika [u daljem tekstu ZINP] (ZINP čl. 3.). Oba ova pravna akta, kao uslove propisuju da nosilac ovih prava mora da bude punoletan, poslovno sposoban i da bude državljanin Republike Srbije. Ipak, članom 3, stavom 2 ZINP-a propisano je da titular aktivnog odnosno posebnog biračkog prava ne mora da bude potpuno poslovno sposoban već je dovoljno da bude delimično poslovno sposoban ako sud rešenjem o delimičnoj poslovnoj sposobnosti nije utvrdio da je lice nesposobno da vrši izbornu pravo. U skladu sa tim, smatramo da nema prepreka da se pomenute zakonske norme u vezi poslovne sposobnosti primene i na pripadnika nacionalne manjine. Pored pomenutih opštih uslova, ZNSNM u članu 32, stavovima 2. i 3. propisuje i dva posebna uslova za sticanje aktivnog biračkog prava. Naime, poseban uslov za sticanje aktivnog biračkog prava za izbor članova NSNM je upis pripadnika nacionalne manjine u poseban birački spisak, a poseban uslov za sticanje aktivnog biračkog prava za izbor NSNM putem elektorske skupštine je status elektora⁴³. Konačno, u članu 33. ZNSNM propisano je da, pored opštih uslova propisanih Ustavom i zakonom, kao i uslova iz člana 32. ZNSNM, kojim je regulisano aktivno biračko pravo, pripadnik nacionalne manjine može biti biran za člana nacionalnog saveta ako ispunjava i poseban uslov – da ne obavlja funkciju sudije, tužioca ili sudije Ustavnog suda.

4.4. Poseban birački spisak

Poseban birački spisak⁴⁴ nacionalne manjine [u daljem tekstu PBS] je službena evidencija u koju se upisuju pripadnici nacionalne manjine koji imaju biračko

manjina da biraju NSNM i da na taj način ostvaruju manjinsku samoupravu u onim oblastima koje su prepoznate kao *značajne za očuvanje njihovog identiteta*. Ovu mogućnost datu nacionalnim manjinama nikako ne treba tumačiti kao uzrok nejednakosti građana jer nije isto onemogućiti punoletne, poslovno sposobne državljane Republike Srbije da biraju i budu birani za institucije čije odluke se odnose na *sve građane* Srbije i onemogućiti im da biraju NSNM. Odluke ovog tela i njegovo postojanje od značaja su za pripadnike nacionalne manjine što svi građani Srbije svakako da nisu.

43 Uslove za sticanje ovog statusa propisuje ZNSNM.

44 Poseban birački spisak regulisan je članovima 47–59 ZNSNM i Pravilnikom o načinu vođenja posebnog biračkog spiska nacionalne manjine koji donosi Ministar državne uprave i lokalne samouprave.

pravo. PBS obrazuje Ministarstvo državne uprave i lokalne samouprave [u daljem tekstu Ministarstvo/Ministar] *na zahtev za obrazovanje PBS-a* [isticanje] koji mora da bude podržan od strane najmanje 5% punoletnih pripadnika nacionalne manjine prema poslednjem popisu stanovništva, pri čemu njihov broj ne može da bude manji od 300 (ZNSNM čl. 44. st. 1.). Oblik i sadržinu obrasca izjave o podržavanju zahteva za obrazovanje PBS-a propisuje Ministar (ZNSNM čl. 44. st. 3.) i ona je sastavni deo Pravilnika o načinu vođenja posebnog biračkog spiska nacionalne manjine [u daljem tekstu Pravilnik] koji on donosi. Treba napomenuti da je rešenje prema kome se PBS obrazuje na zahtev određenog broja pripadnika nacionalnih manjina u skladu sa, ranije pomenutom, mogućnošću (dakle ne i obavezom) obrazovanja NSNM koju Ustav pruža pripadnicima nacionalnih manjina.

O podnetom zahtevu za obrazovanjem PBS-a odlučuje Ministarstvo rešenjem koje je konačno, te protiv koga nije dozvoljena žalba ali postoji mogućnost vođenja upravnog spora (ZNSNM čl. 44. st. 4. i st. 6.). Ministarstvo će odbiti zahtev za obrazovanje PBS-a ako zahtev nije podržao propisan broj pripadnika nacionalnih manjina ili ako se podnosilac zahteva ne smatra nacionalnom manjinom u skladu sa zakonom (ZNSNM čl. 44. st. 5.). Iako je članom 44, stavom 5. ZNSNM propisano da Ministar odbija zahtev za formiranje PBS-a ako se podnosilac zahteva ne smatra nacionalnom manjinom u skladu sa zakonom treba smatrati da se ova zakonska formulacija odnosi ne samo na podnosioca zahteva već i na svako lice koje je izjavom podržalo zahtev za formiranje PBS-a. Sve to zato jer ovde govorimo o zahtevu za formiranje spiska bez koga nije moguće sprovesti izbore za NSNM te se podrazumeva da je ne samo podnosilac zahteva za obrazovanje PBS pripadnik određene nacionalne manjine već da su i ona lica koja su podržala zahtev za njegovim formiranjem pripadnici određene nacionalne manjine. U suprotnom se otvara prostor zloupotrebama u praksi gde bi, primerice, PBS mogao da se obrazuje ako ga podrže građani koji ne pripadaju nacionalnoj manjini na koju se PBS odnosio, da su pripadnici druge nacionalne manjine ili da uopšte nisu pripadnici nijedne nacionalne manjine. Ovakav zaključak proizilazi i iz sistemskog tumačenja odredaba ZNSNM-a, naročito člana 44, stav 1 koji govori o tome da zahtev za obrazovanje PBS-a, kako je ranije pomenuto, mora da podrži najmanje 5% pripadnika nacionalne manjine prema poslednjem popisu stanovništva.

Takođe, treba razmisliti o mogućnosti da se podnosilac zahteva odnosno izjavio na izjavi o podržavanju zahteva za obrazovanje PBS-a, u slučaju donošenja rešenja kojim se zahtev usvaja, izjasne da li žele da budu i upisana u PBS. To naročito jer se podnošenjem zahteva odnosno izjavom o podržavanju zahteva iskazuje želja za formiranjem PBS-a, te na ovaj način ova lica ne bi morala da podnose i zahtev za upis u PBS nakon njegovog obrazovanje a organi državne uprave ne bi naknadno morali da razmatraju njihov zahtev.

PBS vodi Ministarstvo državne uprave i lokalne samouprave (ZNSNM čl. 48. st. 1.), pri čemu u delu PBS-a za područje jedinice lokalne samouprave upis i promene

u njemu vrši opštinska, odnosno gradska uprava, kao poveren posao, do zaključenja PBS-a (ZNSNM čl. 48. st. 3.). ZNSNM u članu 55, stavu 1. propisuje da ministar bliže propisuje način vođenja PBS-a i druga pitanja od značaja za njegovo vođenje, na početku ovog dela rada pomenutim, Pravilnikom.

Članom 3, stavovima 1. i 2. Pravilnika propisano je da se upis u PBS vrši isključivo na lični zahtev pripadnika nacionalne manjine. Lični zahtev se svojeručno potpisuje i podnosi u pisanoj formi, na posebnom obrascu koji je sastavni deo Pravilnika, organu uprave jedinice lokalne samouprave prema mestu prebivališta odnosno boravišta za interno raseljena lica. Nakon podnošenja zahteva, u skladu sa članom 4. stavovima 1 i 2 Pravilnika, organ uprave jedinice lokalne samouprave po službenoj dužnosti vrši uvid u jedinstveni birački spisak koji se vodi u Republici Srbiji kako bi utvrdio da li postoje opšti uslovi za sticanje aktivnog biračkog prava podnosioca zahteva, te ako utvrdi ispunjenost opštih uslova donosi rešenje o upisu u PBS.

Pravilnikom (čl. 4. st. 3.) je propisano da organ uprave jedinice lokalne samouprave odbija zahtev za upis u PBS ako utvrdi da podnosilac zahteva ne ispunjava opšte uslove za sticanje aktivnog biračkog prava, dakle, ako nije poslovno sposoban, punoletan i državljanin Srbije. Ipak smatramo da bi trebalo dodati još dva razloga za odbijanje zahteva. Jedan od razloga proizilazi iz zakonske nemogućnosti da pripadnik nacionalne manjine bude upisan u dva PBS-a (ZNSNM čl. 52. st. 2.). Dakle, organ uprave jedinice lokalne samouprave treba po službenoj dužnosti da proveri da li je podnosilac zahteva upisan u PBS druge nacionalne manjine i da, u slučaju da jeste, odbije njegov zahtev. Provera podataka iz drugih PBS-ova naročito je olakšana jer se oni vode i ažuriraju kao jedinstvena elektronska baza podataka (ZNSNM čl. 48. st. 4.). U suprotnom, zamislivo je da ako organ uprave jedinice lokalne samouprave proverava samo ispunjenost opštih uslova za sticanje aktivnog biračkog prava, a ne proveri druge PBS-ove, može doći do situacije da, i pored toga što to ZNSNM izričito ne dopušta, podnosilac zahteva bude upisan u dva PBS-a što dalje otvara put podnosiocu zahteva da zloupotrebi pravo koje stiče upisom u PBS. Drugi razlog za odbijanje zahteva koji smatramo da treba dodati tiče se pripadnosti podnosioca zahteva drugoj nacionalnoj manjini⁴⁵ a ne onoj za čiji PBS je podneo zahtev, odnosno ne pripadanje podnosioca zahteva nijednoj nacionalnoj manjini.

Ni u ZNSNM ni u Pravilniku nije propisan rok u kome organ uprave jedinice lokalne samouprave odlučuje o zahtevu za upis u poseban birački spisak, međutim, u članu 43. stavu 2. ZNSNM propisano je da se na pitanja postupanja u upravnim stvarima koja nisu drugačije regulisana ZNSNM primenjuju pravila zakona kojim je uređen upravni postupak odnosno pravila Zakona o opštem

45 Pri čemu ne mora nužno da bude upisan u PBS manjine čiji jeste pripadnik, već smatramo da bi za ispunjenost ovog uslova za odbijanje zahteva trebalo da bude dovoljno da podnosilac ne pripada nacionalnoj manjini u čiji PBS želi da bude upisan.

upravnom postupku.⁴⁶ Shodno tome, treba smatrati da je organ dužan da donese rešenje u roku od 15 dana od pokretanja postupka odnosno od trenutka kada organ primi zahtev stranke za upis u PBS, neposrednim odlučivanjem bez sprovođenja ispitnog postupka u skladu sa ZUP-om. ZNSNM takođe ne propisuje da li se zahtev podnosioca smatra usvojenim ili odbijenim u slučaju ćutanja uprave, ipak u skladu sa negativnom pretpostavkom ZUP-a, treba smatrati da zahtev nije usvojen. Konačno, iako ZNSNM ne propisuje rok u okviru koga je moguće podneti zahtev za upis u PBS, po prirodni stvari treba smatrati da je to moguće do donošenja rešenja o zaključenju PBS-a.

Promene i brisanje podataka iz PBS-a vrše se po službenoj dužnosti⁴⁷ ili na zahtev (ZNSNM čl. 48. st. 5; ZNSNM čl. 53 st. 1). Zahtev za brisanje iz PBS-a podnosi birač organu uprave jedinice lokalne samouprave prema mestu svog prebivališta, odnosno mesta boravišta za lica koja su interno raseljena, svojeručno potpisan zahtev se podnosi u pisanoj formi, na posebnom obrascu koji propisuje ministar (ZNSNM čl. 53. st. 3.). Iako to nije eksplicitno regulisano već je u članu 48. stavu 3 ZNSNM propisano da do zaključenja PBS-a upis i promene vrši opštinska odnosno gradska uprava, treba smatrati da se zahtev za upis odnosno promene, kao i prilikom zahteva za brisanje, podnosi organu uprave jedinice lokalne samouprave prema mestu prebivališta odnosno boravišta za interno raseljena lica. Nakon zaključenja PBS-a upis, brisanje, izmene, dopune i ispravke vrši Ministarstvo, na osnovu rešenja koje donosi najkasnije 72 časa pre dana održavanja izbora, pri čemu je to rešenje konačno, te nije moguće izjaviti žalbu ali se protiv njega može voditi upravni spor (ZNSNM čl. 57. stavovi 1. i 2.). Konačno, u slučaju da u postupku upisa u PBS ili brisanja iz spiska, organ uprave jedinice lokalne samouprave koji vodi birački spisak odbije da izvrši upis birača u PBS ili brisanje iz spiska, birač ima pravo da podnese žalbu Ministarstvu⁴⁸ (ZNSNM čl. 56. st. 1.).

4.5. Pripadnost nacionalnoj manjini

Pomenuli smo da prilikom odlučivanja o zahtevu za upis u PBS organ uprave jedinice lokalne samouprave utvrđuje ispunjenost samo opštih uslova za sticanje aktivnog biračkog prava ali ne i da li je podnosilac zahteva zaista i pripadnik nacionalne

46 Za razliku od prethodnog stava istog člana zakonodavac propušta da propiše da li je reč o shodnoj ili supsidijarnoj primeni odredaba ZUP-a, međutim treba smatrati da je, kao i u prethodnom stavu, reč o shodnoj primeni pravila ZUP-a koja su prilagođena prirodi postupka upisa u PBS i pitanjima koja uređuje ZNSNM.

47 Brisanje iz PBS-a se vrši po službenoj dužnosti u slučaju smrti upisanog pripadnika nacionalne manjine ili gubitka biračkog prava zbog toga što je prestao da ispunjava jedan od opštih uslova koje zakon propisuje za njegovo sticanje (ZNSNM čl. 53 st. 2).

48 Rešenje Ministarstva je konačno te je protiv njega moguće pokrenuti spor pred Upravnim sudom (ZNSNM čl. 56 st. 1). Ministarstvo odlučuje o žalbi u roku od 15 dana (ZNSNM čl. 56 st. 2).

manjine kojoj se na podnetom zahtevu izjasnio da pripada. Zato u ovom delu treba podrobnije razmotriti to pitanje. Naime, zamislivo je da podnosilac zahteva ispunjava opšte uslove za sticanje aktivnog biračkog prava, da njegov zahtev bude usvojen, te samim ti podnosilac bude i upisan u PBS, a da taj podnosilac zapravo nije pripadnik nacionalne manjine za čiji PBS je podneo zahtev, odnosno da uopšte nije pripadnik nijedne nacionalne manjine ali da se na zahtevu za upis izjasnio da jeste.

Mogućnost ovakvih upisa bi, u konačnici, dovela do toga da nacionalne savete određene manjine biraju ili lica koja pripadaju drugoj manjini ili ne pripadaju manjini uopšte što je u direktnoj vezi sa legitimitetom NSNM za čiji izbor su ova lica glasala. Kako legitimitet NSNM ne bi bio neposredno ugrožen, a onda posredno i odluke koje taj NSNM donese, smatramo da bi bilo korisno razmisliti o propisivanju određenih objektivnih kriterijuma koji bi omogućili da se utvrdi da li podnosilac zahteva zaista pripada nacionalnoj manjini kojoj se izjasnio da pripada. Na ovaj način bi bio prenebregnut još jedan potencijalni problem koji se ogleda u mogućnosti da se podnosilac zahteva izjasni kao pripadnik određene manjine za jedne izbore za NSNM a da se onda prilikom sledećih izbora izjasni kao pripadnik sasvim druge nacionalne manjine. Samim tim bi se smanjila mogućnost izigravanja propisa⁴⁹ čiji je cilj da omogući nacionalnim manjinama da izaberu tela putem kojih će ostvarivati pravo na manjinsku samoupravu. Problem određivanja (ne)pripadnosti nacionalnoj manjini na osnovu subjektivnih i/ili objektivnih kriterijuma u vezi je sa definicijom nacionalne manjine koju smo ranije samo pominjali. Zato ćemo se u ovom delu rada, kako bi ponavljanja bila izbegnuta, osvrnuti na kriterijume u domaćem i uporednom pravu.

Dakle, pitanje koje se pred nama postavlja jeste na koji način će se procenjivati da li je podnosilac zahteva za upis u PBS pripadnik nacionalne manjine u čiji PBS želi da bude upisan, te da na taj način stekne aktivno biračko pravo. U vezi sa tim je i dilema da li je za ocenu pripadnosti manjinskoj grupi dovoljan subjektiv-

49 Primeri izigravanja propisa uočeni su, primerice, 2012. godine kada je politički analitičar Đorđe Vukadinović bio poslanik stranke Vlaha ili kada je Republička izborna komisija odbacila listu bunjevačke nacionalne manjine Radeta Baste upravo radi sprečavanja izigravanja propisa koji olakšavaju dobijanje mandata pripadnicima nacionalnih manjina.

Naravno, *prima facie* deluje da lica koja nisu pripadnici nacionalne manjine nemaju interes da pokušaju da izigraju propise kako bi bili nosioci aktivnog i/ili pasivnog biračkog prava za izbore za NSNM kao što je uočljivo zašto bi pokušali da izigraju propise i dobiju mandat u predstavničkom telu odnosno Narodnoj skupštini, međutim, NSNM imaju relativno široka ovlašćenja te svakako da treba preduprediti svaku mogućnost zloupotrebe normi koje se odnose na sticanje aktivnog i/ili pasivnog biračkog prava manjina onih lica koja to nisu. Eklatantan primer zloupotrebe ovlašćenja nacionalnog saveta jeste utvrđivanje Zoološkog vrta Palić kao ustanove od posebnog značaja za očuvanje, unapređenje i razvoj posebnosti i nacionalnog identiteta u Subotici od strane Nacionalnog vijeća Hrvatske nacionalne manjine i Nacionalnog saveta Romske nacionalne manjine (Kovačević, Nikola, Nevena Nikolić, Dušan Pokuševski, 2013, 13).

ni element koji se ogleda u samoidentifikaciji podnosioca zahteva ili je potrebno propisati i objektivne kriterijume na osnovu kojih će procena biti izvršena.⁵⁰ Iako su u međunarodnom pravu prisutni dokumenti koji daju prednost samoidentifikaciji pojedinca, poput primerice, Kopenhaškog dokumenta⁵¹ sa sastanka o ljudskoj dimenziji KEBS-a⁵² koji u paragrafu 32 predviđa da je „pripadnost nacionalnoj manjini stvar izbora pojedinca”⁵³. Takođe, član 3. Okvirne Konvencije za zaštitu nacionalnih manjina predviđa da „svaki pripadnik nacionalne manjine ima pravo da slobodno bira da se prema njemu ophode ili ne ophode kao takvom”⁵⁴. Ipak, primetna su i mišljenja u kojima je istaknuta potreba za kombinovanjem obe vrste kriterijuma. Primerice, u Komentaru Okvirne konvencije za zaštitu nacionalnih manjina, uz objašnjenje člana 3 u kome se ističe da svaki pripadnik nacionalne manjine ima pravo da slobodno izabere da se prema njemu ophode ili ne ophode kao takvom, ističe se da pomenuta odredba „ne podrazumeva pravo pojedinca da jednostavno odluči da pripada nekoj nacionalnoj manjini” i dodaje se „subjektivni izbor pojedinca neodvojivo povezan sa objektivnim kriterijumima relevantnim za njegov identitet”⁵⁵. Takođe, u literaturi je prisutno i mišljenje da novija međunarodnopravna praksa, kao polaznu osnovu utvrđivanja pripadnosti nacionalnoj manjini, uzima subjektivne elemente i dopunjava ih objektivnim elementima (Đurić 2017, 101). Ipak, u uporednom pravu, pravna regulativa je po ovom pitanju heterogena i nema jedinstvenog rešenja. Dok neke države optiraju za subjektivni kriterijum, druge propisuju subjektivne i objektivne kriterijume za procenu (ne)pripadnosti nacionalnoj manjini. Analizom odredaba ZNSNM koje govore o tome da organ uprave jedinice lokalne samouprave prilikom odlučivanja o zahtevu za upis u PBS procenjuje ispunjenost samo opštih uslova za sticanje aktivnog biračkog prava i, ranije pomenute, definicije nacionalne manjine iz Zakona o zaštiti prava i sloboda nacionalnih manjina, zaključujemo da se srpsko zakonodavstvo opredelilo za subjektivni kriterijum samoidentifikacije. Suprotno tome, smatramo da je potrebno razmisliti o propisivanju objektivnih kriterijuma koji bi bili dopuna subjektivnom kriterijumu samoidentifikacije. Kombinovanje ove dve vrste kriterijuma bi značajno

50 Videti više: Nagy Noemi, Vizi, Balazs. 2024. Conceptualization and operationalisation of minorities in international law – Past experiences and new avenues. 65: Hungarian Journal of Legal Studies 4: 378–404.

51 Document of the Copenhagen Meeting of the Conference on the Human Dimension of the CSE.

52 Konferencije o evropskoj bezbednosti i saradnji.

53 Videti više: Đurić, Vladimir. 2017. Pripadnost nacionalnoj manjini i biračko pravo za izbor manjinskih tela i predstavnika, 99.

54 Okvirna konvencija za zaštitu nacionalnih manjina, član 3, stav 1. <https://rm.coe.int/okvirna-konvencija-za-zastitu-nacionalnih-manjina/168094dfe6>

55 Explanatory Report to the Framework Convention for the Protection of National Minorities, par. 34, 35.

doprinelo rešavanju problema legitimeteta tela manjinske neteritorijalne samouprave na koji smo u ovom radu ukazali. Ujedno, na ovaj način bi se predupredile ranije pomenute zloupotrebe izjašnjavanja pojedinca kao pripadnika nacionalne manjine kojoj zapravo ne pripada.

Stoga ćemo izložiti uporednopravna rešenja koja se, pored kriterijuma samoidentifikacije, oslanjaju i na objektivne kriterijume, a na koje je ukazao Đurić analizirajući rešenja od kojih se polazi u zakonima drugih država. Primer dopune subjektivnih kriterijuma objektivnim je Finska koja u članu 3 Zakona o Sami parlamentu propisuje da se pripadnikom Sami naroda smatra lice koje sebe smatra pripadnikom Sami naroda (kriterijum samoidentifikacije) i koje dokaže da ispunjava minimalno jedan od tri propisana kriterijuma: da je ono samo, ili jedan od njegovih roditelja, ili deda i baba učilo Sami jezik kao prvi jezik; da je potomak lica koje je bilo uvršteno u zemljišne, poreske ili populacione registre kao pripadnik Sami naroda odnosno da je jedan od njegovih roditelja registrovan, ili mogao da bude registrovan kao birač za izbor Sami delegacije (telo koje je postojalo pre Sami parlamenta) ili Sami parlamenta (Đurić 2017, 102–103).⁵⁶ Zakonodavstvom Mađarske iz 2005. bilo je propisano da se, za sticanje pasivnog biračkog prava, od kandidata zahteva da dostave informacije o poznavanju jezika manjine, o članstvu u nekoj manjinskoj samoupravi, kao i o poznavanju kulture i tradicije nacionalne manjine (Đurić 2017, 106). Problem sa ovim objektivnim kriterijumi bilo je njihovo praktično svođenje na „da” ili „ne” izjavu lica koje se samoidentifikuje kao pripadnik nacionalne manjine jer su samo ovi odgovori bili ponuđeni na formularu izjave. Dakle, iako je cilj bio propisivanje objektivnih kriterijuma, bez adekvatne provere nije moguće utvrditi poznavanje jezika manjine kao ni kulture i tradicije, te se ovaj objektivni uslov zapravo sveo na verovanje u izjavu lica koje tvrdi da je pripadnik manjine odnosno da poznaje jezik, kulturu i tradiciju date manjine. U Slove-

56 Interesantna je odredba istog zakona prema kojoj Odbor za izbore (organ nadležan da vodi PBS Sami naroda) može u birački spisak da uvrsti dete lica koje ima pravo glasa po sopstvenoj inicijativi, ali samo ako se ono pismenim putem izjasni da pripada Sami narodu (Đurić 2017, 103). U ovom slučaju izjava o pripadnosti ispunila bi subjektivni kriterijum dok bi se, po analogiji, dete lica koje je ostvarilo pravo glasa (kombinacijom obe vrste kriterijuma) takođe smatralo titularom biračkog prava te bi u izvesnom smislu ispunjenost objektivnog kriterijuma zamenilo poreklo od roditelja koji je ispunio propisane uslove i koji se, dakle, pravno smatra pripadnikom Sami naroda za potrebe izbora.

Iako odredba ovakvog tipa znatno olakšava sticanje biračkog prava lica koje sebe smatra pripadnikom Sami naroda smatramo da ona ne bi bila adekvatna u srpskom zakonodavstvu iz više razloga. Naime, u skladu sa članom 47 stavom 1 Ustava Republike Srbije izražavanje nacionalne pripadnosti je slobodno što znači da pripadnik nacionalne manjine može da izabere da ne izrazi svoju nacionalnu pripadnost te da, u skladu sa tim, ne želi da podnese zahtev za upis u PBS. Kada bi se po automatizmu upisivali, pripadnici bi onda morali da podnose zahtev za brisanje iz PBS-a ako ne žele da njihovi osetljivi podaci (između ostalog i podatak o nacionalnoj pripadnosti) ne budu u sistemu.

niji, Zakonom o biračkim spiskovima iz 2013. godine propisano je da lice može da bude upisano u birački spisak etničke zajednice, koja ima pravo na samoupravu, na osnovu izjave da pripada toj zajednici (kriterijum samoidentifikacije), uz uzimanje u obzir drugih (objektivnih) kriterijuma – dugotrajna veza sa zajednicom, briga i interesovanje za zaštitu identiteta zajednice ili na osnovu porodičnih veza sa licima koja pripadaju zajednici (Đurić 2017, 110).

Na osnovu navedenih primera da se uočiti da ni među uporednopravnim rešenjima nema jedinstvenog odgovora. Ipak, smatramo da zakonodovac treba da razmisli o propisivanju objektivnih kriterijuma koji bi, prilikom procenjivanja pripadnosti nacionalnoj manjini, bili razmatrani zajedno sa subjektivnim kriterijumom samoidentifikacije.⁵⁷ Sve to zato jer je kako smo više puta u radu isticali, zajednički problem neteritorijalnih aranžmana manjinske samouprave leži u teškoćama da se obezbedi izbor tela koja imaju demokratski legitimitet da predstavljaju pripadnike određene nacionalne manjine. Jedan od preduslova uspostavljanja takvog legitimiteta je i njihov izbor od strane lica koja jesu pripadnici nacionalne manjine. Stoga je neophodno iznaći način na koji bi se vršila procena pripadništva nacionalnoj manjini koja se ne bi svela na samoidentifikaciju, upravo kako bi se izbeglo da NSNM biraju lica koja ili uopšte nisu pripadnici nacionalne manjine ili su pripadnici druge nacionalne manjine a ne one čiji NSNM biraju.

Konačno, u ovom delu potrebno je razmotriti još i odredbu iz člana 47. Ustava Srbije koji govori o slobodi izražavanja nacionalne pripadnosti. Naime, izražavanje nacionalne pripadnosti je slobodno (Ustav RS čl. 47. st. 1.) i niko nije dužan da se izjašnjava o svojoj nacionalnoj pripadnosti (Ustav RS čl. 47. st. 2.). Obradujući postupak izbora NSNM u literaturi se dovodi u pitanje ustavnost⁵⁸ obaveze pripadnika nacionalne manjine da se izjasne o svojoj nacionalnosti prilikom podnošenja zahteva za upis u PBS.⁵⁹ Međutim, zahtev za obrazovanje PBS-a, izjava o podržavanju zahteva za formiranje PBS-a kao i zahtev za upis u PBS podnose se isključivo na inicijativu pripadnika nacionalne manjine pri čemu pripadnik nacionalne manjine može biti upisan samo u jedan PBS (ZNSNM čl. 52. st. 2.). *Ergo*, pripadnik nacionalne manjine *ne mora da podnese zahtev* [isticanje] na kome bi izrazio svoju nacionalnu pripadnost jer je podnošenje ovih zahteva opciono. Naravno, ako se pripadnik nacionalne manjine odluči da podnese ovaj zahtev neophodno je da na njemu izrazi svoju nacionalnu pripadnost, međutim, to se čini upravo radi zaštite pripadnika nacionalnih manjina, kako bi se izbegle situacije da lica koja nisu pripadnici nacio-

57 Zasebno pitanje, u vezi sa ovim, je i ko je nadležan da takve kriterijume propisuje odnosno da procenjuje njihovu ispunjenost – država ili manjinska zajednica. Ipak, zbog predviđenog obima ovog rada ova pitanja neće biti razmatrana.

58 Za suprotno rezonovanje, sa kojim se u ovom radu slažemo, videti: Korhecz 2002, 174.

59 Videti npr: Antić 2021, 102–103; Đurić 2020, 70.

nalne manjine budu upisana u PBS ili daju izjavu kojom podržavaju zahtev za formiranje PBS-a, odnosno da to učine lica koja su pripadnici neke druge nacionalne manjine. Naime, „logika ustavno-pravnog priznanja posebnog položaja manjinskih kolektiviteta nalaže rešenje koje se sastoji u stvaranju posebnog predstavničkog tela manjinske zajednice [...] čiji bi personalni sastav birali *sâmi predstavnici manjinskih zajednica* [isticanje], kako bi interesi tog kolektiviteta na što autentičniji i reprezentativniji način bili zastupani i čime bi se, istovremeno, obezbedio demokratski legitimitet takvih tela” (Đurić 2020, 69).⁶⁰ Ergo, u interesu pripadnika nacionalnih manjina je da se, u slučaju podnošenja zahteva, kao takvi izjasne.

4.6. Organi za sprovođenje izbora⁶¹

U skladu sa članom 60 stavom 1 ZNSNM izbore za NSNM sprovode organi nadležni za sprovođenje izbora za narodne poslanike. Treba dodati da ZNSNM ne reguliše detaljno ni zajednička pravila za organe koji sprovode izbore ni posebna pravila o imenovanju i sastavu članova pomenutih organa, te ove norme treba tražiti u Zakonu o izboru narodnih poslanika⁶². Naime, u skladu sa članom 43 stavom 1 ZNSNM, na pitanja koja nisu regulisana ovim zakonom primenjuju se shodno odredbe Zakona o izboru narodnih poslanika. U skladu sa prethodno rečenim, prema članu 7 stavu 1 ZINP, izbore za NSNM sprovode Republička izborna komisija⁶³ [u daljem tekstu RIK], lokalne izborne komisije i birački odbori. Takođe, u skladu

60 Naime, cilj ovakve normativne regulacije je da se izbegnu situacije da manjinske predstavnike biraju lica koja ne pripadaju manjini čije predstavnike biraju već nekoj drugoj ili ne pripadaju manjini uopšte. U drugom slučaju, postoji rizik od paradoksalne situacije da manjinske predstavnike biraju pripadnici većine a ne manjine. Isti rizik postoji i u slučajevima kada je svima, dakle i većini, dozvoljeno da glasa i bira manjinske predstavnike ili da budu birani kao manjinski predstavnici. Primerice, u Ustavu Mađarske je ranije bilo propisano da svi punoletni građani Mađarske mogu da biraju i da budu birani na izborima za tela manjinske samouprave (Korhetz 2002, 171). To je u konačnici dovelo i do ostvarenja rizika koji pominjemo u praksi. Naime, lica koja nisu pripadnici nacionalnih manjina kandidovana su i izabrana za članove ovih tela na izborima. Pored toga, rezultatima izbora je utvrđeno da je veliki broj Mađara učestvovao na izborima za tela manjinske nateritorijalne autonomije (Korhecz 2002, 170).

61 Izbore za NSNM raspisuje Ministar odlukom koju donosi najranije 120 a najkasnije 90 pre nego što istekne mandat poslednje konstituisanog NSNM (ZNSNM čl. 35 st. 1 i 2) pri čemu je pravilo da se izbori za sve NSNM održavaju istog dana (ZNSNM čl. 36 st. 1).

Ovakvo rešenje je u literaturi, smatramo opravdano, kritikovano. Videti: Đurić 2020, 37.

62 ZINP član 7–41.

63 Ranijim zakonskim rešenjem iz 2009. godine je bilo predviđeno da izbore za NSNM sprovode Centralna izborna komisija, Izborna komisija za biračko područje i birački odbori. Pri tom je u nadležnosti Centralne izborne komisije bilo određivanje biračkih područja koji su činile teritorije jedne ili više jedinica lokalne samouprave, a u nadležnosti Izbornih komisija za biračko područje bila je samo primopredaja izbornog materijala između biračkih odbora i Centralne izborne komisije (Đurić 2012, 159).

sa članom 60 ZNSNM stavom 2, rad organa za sprovođenje izbora mogu da nadgledaju predstavnici predlagača proglašenih izbornih lista, međutim, tu se ZNSNM zaustavlja i ne reguliše način na koji se predstavnici predlagača proglašenih lista određuju, koliki je njihov broj i kakav je njihov položaj. Ova pitanja uređena su Uputstvima RIK-a za sprovođenje neposrednih izbora za NSNM. Pre svega, predstavnik/ci treba da ispuni sledeće uslove – da je punoletni državljanin Republike Srbije, da nije kandidat za člana nacionalnog saveta⁶⁴ ni član organa ni tela angažovanih na sprovođenju izbora. Takođe, u skladu sa članom 65 stavom 5 Uputstva iz 2022. godine (u daljem tekstu Uputstvo), predstavnici predlagača proglašene izborne liste mogu da nadgledaju rad samo onih biračkih odbora koji sprovode izbore za članove nacionalnih saveta na kojima učestvuje predlagač proglašene izborne liste. Citirano Uputstvo iz 2022. godine propušta da reguliše broj ovih predstavnika kao i njihov položaj odnosno ovlašćenja⁶⁵, koji je detaljno regulisan Uputstvom iz 2018. godine, već upućuje na norme ZINP-a. Smatramo da je rešenje Uputstva iz 2022. godine adekvatnim jer su pomenuta pitanja detaljno regulisana normama ZIPN-a koje se odnose na posmatranje rada organa za sprovođenje izbora (ZINP čl. 161–168.). Ipak, kako je ranije napomenuto, potrebno je Uputstvom regulisati, odnosno ograničiti, broj predstavnika predlagača proglašenih izbornih lista. Takođe, celishodno bi bilo regulisati njihovu mogućnost stavljanja primedbi na rad biračkog odbora kao što je to učinjeno Uputstvom iz 2018. godine, jer to nije učinjeno ZINP-om. Odnosno ne pominje se izričito mogućnost posmatrača izbora da stavljaju primedbe na rad članova biračkog odbora, što je jasno iz članova 104 i 105 ZINP koji pominju samo *primedbe članova biračkog odbora* a to posmatrači svakako nisu.⁶⁶

Birački odbor čini predsednik i najmanje četiri člana (ZNSNM čl. 65. st. 1.), pri čemu predsednik i članovi biračkog odbora mogu imati zamenike (ZNSNM čl. 65. st. 2.). RIK donosi rešenje kojim utvrđuje predsednika, članove i zamenike biračkog odbora najkasnije 10 dana pre održavanja izbora za NSNM (Uputstvo 2022, čl. 9. st. 2.). Ističemo da ni ZNSNM ni Uputstvo ne regulišu mogućnost žalbe na rešenje

64 Ovakvo rešenje smatramo ispravnim upravo zbog, u prethodnom pasusu pomenutom, riziku od pristrasnosti.

65 U skladu sa Uputstvom iz 2018. godine, članom 55. stavom 2, organi za sprovođenje izbora su dužni da predstavnicima predlagača izbornih lista omoguće nesmetano nadgledanje, odnosno praćenje svake izborne radnje. Takođe, shodno članu 55. stavu 5 istog Uputstva, predstavnici predlagača izbornih lista imaju pravo da iznesu primedbe na rad biračkog odbora prilikom sprovođenja glasanja i utvrđivanja rezultata glasanja, koje se onda unose u zapisnik o radu biračkog odbora.

66 Međutim, tumačenjem člana 108. stava 3. ZINP-a koji propisuje da se u izveštaju o kontroli zapisnika o radu biračkog odbora konstatuje se da li postoje primedbe članova biračkog odbora i posmatrača rada biračkog odbora može se zaključiti da, iako ne izričito normirano, posmatrači svakako imaju ovo pravo.

kojim se usvaja ili odbija predlog za imenovanje člana biračkog odbora odnosno rešenje o imenovanju člana biračkog odbora, u čijoj je nadležnosti odlučivanje o rešenju i u kom roku nadležni organ odlučuje. Ipak, u tom slučaju treba shodno primeniti ZINP (ZNSNM čl. 43. st. 1.). Sastav, predlagače, predsednika i članove, kriterijume za njihovo predlaganje, ograničenja u pogledu njihovog imenovanja, kao i način vršenja promene lica u biračkom odboru utvrđen je Uputstvom koji donosi RIK. Predlog za imenovanje lica u biračke odbore dostavljaju načelnici uprava (Uputstvo 2022, čl. 10, st. 1.) (opština odnosno gradskih uprava), pri čemu je Uputstvom posebno propisano da prilikom predlaganja predsednika treba dati prednost licu koje ima visoko obrazovanje i iskustvo u sprovođenju izbora (Uputstvo 2022, čl. 8, st. 4.). Sličnu odredbu sadrži i ZINP u pogledu člana odnosno zamenika člana u birački odbor u stalnom sastavu kojim je propisano da „po mogućnosti” prednost treba dati licu koje je prošlo obuku za rad u biračkom odboru i koje ima iskustvo u sprovođenju izbora (ZINP čl. 37, st. 3). Smatramo da nije nužno odredbu iz Uputstva ograničiti samo na predsednika biračkog odbora kao i da bi bilo celishodno da se pomenuta odredba iz ZINP-a nađe i u Uputstvu.

4.7. Kandidovanje i izborne liste

Ovlašćeni predlagači izbornih lista su registrovane političke stranke nacionalne manjine, (*registrovana*)⁶⁷ [isticanje] udruženja čiji se ciljevi ostvaruju u oblasti zaštite prava nacionalne manjine i grupa birača⁶⁸ upisanih u PBS (ZNSNM čl. 71. st. .). Treba nalasiti da je neophodno da listu ovlašćenih predlagača podrži najmanje 1%, ali ne i manje od 50, birača upisanih u PBS (ZNSNM čl. 71. st. 3.). Pri čemu birač može da podrži samo jednu izbornu listu ovlašćenog predlagača⁶⁹ (ZNSNM čl. 71. st. 4.).⁷⁰ Na izornoj listi mora da se nalazi najmanje jedna trećina kandidata od broja članova NSNM koji se bira, a najviše onoliko kandidata koliko se članova nacionalnog saveta bira (ZNSNM čl. 72. st. 1.) pri čemu, predlagač sam određuje redosled kandidata na listi (ZNSNM čl. 72. st. 4.). Izborna lista se podnosi RIK-u 15 dana pre održavanja izbora (ZNSNM čl. 76. st. 1.), koji je ujedno i proglašava

67 Videti više: Đurić 2022, 229.

68 Grupu birača obrazuje najmanje tri birača pismenim sporazumom overenim kod organa nadležnog za overu potpisa (ZNSNM čl. 71. st. 2.). Elementi sporazuma regulisani su u ZNSNM i Uputstvu 2022. godine.

69 Za utvrđivanje najmanjeg broja potpisa koji se zahteva, merodavno je rešenje Ministarstva nadležnog za vođenje PBS-a o privremenom zaključenju PBS-a (Uputstvo 2022, čl. 24. st. 2.).

70 Pomenuto pravo političkih stranaka da predlažu izbornu listu utvrđeno je izmenama i dopunama ZNSNM iz 2014. godine, ipak, u literaturi se ističe da su „stručnjaci, nevladine organizacije, Zaštitnik građana, i dobar deo javne uprave ukazali na štetne posledice direktne veze političkih stranaka nacionalnih manjina i manjinskih samouprava” (Bašić, Pajvančić 2015, 27.).

odmah po prijemu a najkasnije 24h od prijema (ZNSNM čl. 77. st. 1.). Prema članu 78. stavu 1. ZNSNM, ukoliko RIK utvrdi da izborna lista nije podneta blagovremeno, donosi rešenje o odbacivanju⁷¹ izborne liste zaključkom.⁷² Konačno, predlagač može da povuče izbornu listu najkasnije do dana utvrđivanja zbirne izborne liste⁷³ (ZNSNM čl. 73. st. 1.).

4.8. Glasanje i raspodela mandata

Glasanje za NSNM se odvija na biračkim mestima koje određuje RIK (ZNSNM čl. 67. st. 1.), a način određivanja (ZNSNM čl. 68, Uputstvo 2022, članovi 30–33.) i uređivanje biračkih mesta (Uputstvo 2022, čl. 34.) bliže određuje Uputstvo. Interesantna je odredba prema kojoj RIK određuje i proglašava biračka mesta na kojima će se glasati na izborima najkasnije 20 dana pre održavanja izbora (Uputstvo 2022, čl. 29. st. 1.). Ipak, prema ZNSNM Ministarstvo zaključuje poseban birački spisak 15 dana pre održavanja izbora (ZNSNM čl. 80. st. 1.), kada se ova dva člana dovedu u vezu postavlja se pitanje na koji način će onda RIK znati koliko ima birača te kakav je njihov geografski položaj kako bi mogla da odredi biračka mesta (Đurić 2022, 225).⁷⁴ Konačno, birač glasa na biračkom mestu na koje je upisan u izvod iz PBS-a (ZNSNM čl. 84. st. 1.), ili izuzetno, može da glasa i izvan biračkog mesta (ZNSNM čl. 84. st. 2.). Glasanje je tajno (ZNSNM čl. 86. st. 3.), birač glasa lično (ZNSNM čl. 86 st. 1) i u toku održavanja izbora može glasati samo jednom (ZNSNM čl. 86. st. 2.).

Broj mandata koji se raspodeljuje izbornim listama srazmeran je broju glasova koje je ta izborna lista dobila (ZNSNM čl. 98. st. 1.), dakle u pitanju je sistem srazmernog predstavnštva. Najveći broj evropskih demokratija prihvata ovaj izborni sistem, pri čemu se razlikuju u pogledu odabira matematičkog metoda preračunavanja dobijenih glasova u (poslaničke) mandate (Marinković 2019, 267).

71 Prema članu 78 stavu 2 ZNSNM, ako RIK utvrdi da izborna lista sadrži nedostatke koji „one-mogućavaju njeno proglašenje” donosi zaključak kojim predlagaču nalaže da u ostavljenom roku otkloni te nedostatke. Načelno, pretpostavljamo da se ovde misli na elemente koje izborna lista treba da sadrži ali napominjemo da su oni propisani ne ZNSNM-om već Uputstvom (Uputstvo 2022) koje donosi RIK. Tek ukoliko nedostaci ne budu uopšte ili ne budu uklonjeni u ostavljenom roku RIK donosi rešenje kojim odbija proglašenje izborne liste (ZNSNM čl. 78. st. 3.).

72 Napomena: ovde se misli, prema ZUP-u, na rešenje o odbacivanju.

73 Zbirnu izbornu listu utvrđuje RIK, za svaku nacionalnu manjinu posebno, 10 dana pre održavanja izbora (ZNSNM čl. 79. st. 1.). Naročit problem sa zbirnom izbornom listom je takođe nepropisivanje roka za izjavljivanje žalbe na odluku o zbirnoj izbornoj listi te se i u ovom slučaju shodno primenjuju norme ZINP-a (ZINP čl. 84.), iako i ovde napominjemo da ni ZINP ne propisuje rok za odlučivanje po prigovoru na odluku o zbirnoj izbornoj listi.

74 Iako se u Komentaru ZNSNM ističe da je mogući odgovor propisana saradnja koju RIK ostvaruje sa opštinskim-gradskim odnosno organima uprave gradskih opština grada Beograda (Đurić 2022, 226).

ZNSNM se opredeljuje za sistem najvećeg količnika⁷⁵ (ZNSNM čl. 98. st. 2.) odnosno D'Ontov sistem.⁷⁶

ZAKLJUČAK

Kako bi zaštitile pripadnike nacionalnih manjina odnosno kako bi se mogućnost njihovog preglasavanja u procesima donošenja odluka predupredila, države su razvile različite mehanizme i propisale garancije pripadnicima manjina u vidu određenih prava kojim omogućavaju njihovo učešće u javnom životu i odlučivanju. Jedan od tih mehanizama je i neteritorijalna manjinska samouprava koja je u Srbiji ostvarena kroz nacionalne savete nacionalnih manjina, čiji je postupak izbora u Srbiji regulisan ZNSNM-om.

Međutim, od njegovog donošenja, ZNSNM-u je upućen izvestan broj kritika, pri čemu je i ustavnost pojedinih normi ovog zakona dovođena u pitanje. U vezi sa tim, a da bi NSNM mogli da vrše svoju ulogu usmerenu na ostvarivanje kolektivnih prava pripadnika nacionalnih manjina, naročito je značajan postupak njihovog konstituisanja od koga neposredno zavisi legitimitet NSNM. Zato je u radu detaljno analiziran postupak izbora NSNM. Konkretno, predložili smo zakonodavcu da razmisli o izmena zakona koje bi se kretale u pravcu preispitivanja adekvatnosti centralizovanog izbornog sistema NSNM za koji je zakonodavac optirao. Dalje, predložili smo propisivanje dodatnih uslova za aktivno biračko pravo pripadnika nacionalnih manjina, izmenu odnosno propisivanje normi kojima je regulisan PBS, odnosno predložili smo određene izmene kojima bi bila omogućena usklađenost ZNSNM-a sa ZUP-om i ZINP-om u zajedničkim pitanjima. Konačno, kako bi se problem (ne)legitimnosti NSNM rešio, predložili smo zakonodavcu da po uzoru na uporednopravne modele razmisli o propisivanju objektivnih kriterijuma na osnovu kojih bi se utvrdilo da li je neko lice pripadnik nacionalne manjine. Ovaj predlog je

75 Videti više: Marinković 2019, 275–276.

76 Prema ovom sistemu prvo se izračunava broj glasova koji je dobila svaka izborna lista. Zatim se ukupan broj glasova deli brojevima 1, 2, 3... n , pri čemu je n broj članova nacionalnog saveta koji se bira u izornoj jedinici, u slučaju NSNM Srbija je jedna izborna jedinica (ZNSNM čl. 98 st. 3). Od tako dobijenih rezultata, količnici koji su dobijeni razvrstavaju se po veličini, a izdvaja se onoliko najvećih količnika koliko članova NSNM se bira (ZNSNM čl. 98. st. 4.). Broj mandata koji će jedna lista da dobije zavisi od broja najvećih količnika koji se u njoj sadrže, pri čemu ako dve ili više izbornih lista dobiju iste količnike na osnovu kojih se dodeljuje mandat, a nema neraspoređenih mandata, onda se mandat dodeljuje izornoj listi koja ima veći broj glasova (ZNSNM čl. 98. st. 5.). U slučaju da je izornoj listi pripalo više mandata od broja kandidata na njoj, mandat se dodeljuje onoj izornoj listi koja ima sledeći najveći količnik (ZNSNM čl. 98. st. 6.). Konačno, mandati koji su pripali izbornim listama dodeljuju se kandidatima onim redosledom kojim se ti kandidati nalaze na izornoj listi (ZNSNM čl. 98. st. 7.).

naročito značajan ne samo kako bi se predupredile zloupotrebe zakonskog okvira za ostvarivanje kolektivnih prava pripadnika nacionalnih manjina već i kako bi se obezbedio legitimitet NSNM jer se kriterijum samoidentifikacije u praksi pokazao kao nedovoljan.

LITERATURA:

1. Marinković, Tanasije. 2019. Rasprava o pravu na slobodne izbore. Beograd: Dosije studio.
2. Đurić, Vladimir. 2022. Komentar Zakona o nacionalnim savetima nacionalnih manjina. Beograd: Dosije Studio.
3. Đurić, Vladimir. 2017. Pripadnost nacionalnoj manjini i biračko pravo za izbor manjinskih tela i predstavnika. Strani pravni život 3: 97–113.
4. Đurić, Vladimir. 2024. Izbori za tela manjinske neteritorijalne autonomije/samouprave. Pravo i javne delatnosti: liber amicorum Jovica Trkulja: 203–227.
5. Đurić, Vladimir. 2012. Izbori i delotvorno učešće nacionalnih manjina u javnim poslovima. Izbori u domaćem i stvarnom pravu: 133–161.
6. Đurić, Vladimir. 2022. Protivrečja savremenog pravnog regulisanja neteritorijalne manjinske autonomije. Zbornik radova „Protivrečja savremenog prava”: 407–425.
7. Đurić, Vladimir. 3/2020. Opravdanja i ograničenja aranžmana neteritorijalne manjinske autonomije u liberalnoj demokratiji. Srpska politička misao 69: 63–82.
8. Đurić, Vladimir. 2020. Neteritorijalna manjinska autonomija/samouprava knj. 3. Neteritorijalna manjinska samouprava u Republici Srbiji: izbori. Beograd: Institut za uporedno pravo.
9. Bašić, Goran. Marijana Pajvančić. 2015. Od segregativne ka integrativnoj politici multikulturalnosti. Beograd: Centar za istraživanje etniciteta.
10. Korhecz, Tamas. 2002. Democratic Legitimacy and Election Rules of National Ethnic Minority Bodies and Representatives – Reflections on Legal Solutions in Hungary and Slovenia. International Journal on Minority and Group Rights 9: 161–181.
11. Kovačević, Nikola, Nevena Nikolić, Dušan Pokuševski. 2013. Ostvarivanje prava nacionalnih manjina – sprovođenje preporuka nezavisnih institucija za zaštitu ljudskih prava u Srbiji. Beograd: Beogradski centar za ljudska prava.
12. Jončić, Miloš. 2012. Položaj i zaštita manjina u međunarodnom pravu. LXIII Međunarodna politika 1147: 53–72.
13. Korhec, Tamaš. 1/2015. Neteritorijalna samouprava nacionalnih manjina u Srbiji. LXIII Anali Pravnog fakulteta u Beogradu: 75–96.
14. Jovanović, Miodrag. 2/2013. O pravnoj prirodi nacionalnih saveta nacionalnih manjina. LXI Anali Pravnog fakulteta u Beogradu: 261–265.
15. Varady, Tibor. 2/2013. Mišljenje o ustavnopravnim pitanjima koja se postavljaju povodom osporenih odredaba Zakona o nacionalnim savetima. IV Pravni zapisi: 419–435.

16. Antić, Petar. 2021. Ostvarivanje prava na manjinsku samoupravu (odlučivanje) u Srbiji. Zbornik „Kulturna autonomija nacionalnih manjina u svetlu činjenica”. Institut društvenih nauka, Srpska akademija nauka i umetnosti, Akademska mreža za saradnju u Jugoistočnoj Evropi: 92–115.
17. Komac, Miran. 2021. Različiti modeli manjinske samouprave i kulturne autonomije – opravdanje razlike ili diskriminacija na etničkoj osnovi? Zbornik „Kulturna autonomija nacionalnih manjina u svetlu činjenica”. Institut društvenih nauka, Srpska akademija nauka i umetnosti, Akademska mreža za saradnju u Jugoistočnoj Evropi: 142–167.
18. Korhecz, Tamas. 2014. Non-territorial Autonomy in Practice: The Hungarian National Council in Serbia. In Zoltán Kántor (ed.), *Autonomies in Europe: Solutions and Challenges*, National Policy Research Institute: 151–164.
19. Paunović, Milan, Boris Krivokapić, Ivana Krstić. 2007. *Osnovi međunarodnih ljudskih prava*. Beograd, Megatrend Univerzitet.
20. Kymlicka, Will. 1999. *Etnički odnosi i zapadna politička teorija*. Novi Sad, Habitus: 17–63.