



ANALI

PRAVNOG FAKULTETA U BEOGRADU

ANNALS

OF THE FACULTY OF LAW IN BELGRADE

BELGRADE LAW REVIEW

JOURNAL OF LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

UNIVERZITET U BEOGRADU

Glavni urednici Arhiva za pravne i društvene nauke koji je prethodio Analima Pravnog fakulteta u Beogradu bili su:

Kosta Kumanudi i Dragoljub Arandelović (1906 1911), Kosta Kumanudi (1911 1912), Čedomilj Mitrović (1920 1933), Mihailo Ilić (1933 1940), Đorđe Tasić (1940 1941), Jovan Đorđević (1945)

Glavni urednici ovog časopisa bili su:

Mihailo Konstantinović (1953 1960), Milan Bartoš (1960 1966), Vojislav Bakić (1966 1978), Vojislav Simović (1978 1982), Obren Stanković (1982 1995), Dejan Popović (1996), Miodrag Orlić (1997 2004), Danilo N. Basta (2004 2006), Sima Avramović (2006 2012), Miroљjub Labus (2013 2015), Mirko Vasiljević (2016 2018)

Međunarodni izdavački savet

John Cerone (Tufts University, USA), Silvio Ferrari (University of Milan, Italy), Kenneth Einar Himma (University of Washington, USA), Christa Jessel Holst (Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Hamburg, Germany), Thomas Koenig (Northeastern University, USA), Peter Koller (University of Graz, Austria), Janez Kranjc (University of Ljubljana, Slovenia), Werner Krawietz (University of Münster, Germany), Rainer Kulms (Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Hamburg, Germany), Ingeborg Maus (Goethe University Frankfurt, Germany), Thomas Mertens (Radboud University, Netherlands), Slobodan Milačić (University of Bordeaux, France), Paul du Plessis (The University of Edinburgh, Scotland), Vesna Rijavec (University of Maribor, Slovenia), Željko Šević (Sohar University, Oman), Gerhard Thür (Institute for the Study of Ancient Culture, Austria)

Glavni urednik

Marija Karanikić Mirić

Zamenik glavnog urednika

Boris Begović

Redakcija Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu

Zoran Tomić, Nebojša Jovanović, Goran Ilić, Bojan Milisavljević, Vojislav Stanimirović, Danilo Vuković

Sekretari

Miloš Vukotić, Nikola Ilić, Novak Vujičić

Radovi u ovom časopisu podležu anonimnoj recenziji dvoje recenzenata koje određuje redakcija.

Stavovi izraženi u časopisu predstavljaju mišljenje autora i ne odražavaju nužno gledišta redakcije. Za te stavove redakcija ne odgovara.

Izdavač

Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

Lektor i korektor

Irena Popović Grigorov, Vuk Tošić

Tehnički urednik

Jovan Đorđević

Dizajn korica

C. I. B.

Slog i prelom

D©S|J|E
STUDIO

Štampa

JP Službeni glasnik



ANALI

PRAVNOG FAKULTETA U BEOGRADU

ANNALS

OF THE FACULTY OF LAW IN BELGRADE
BELGRADE LAW REVIEW

JOURNAL OF LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

UNIVERZITET U BEOGRADU

SADRŽAJ

ČLANCI

Dejan Popović, Gordana Ilić Popov, (Ne)ustavnost odredbe o testu glavnog cilja transakcije ili aranžmana iz poreskih ugovora -----	7
Zoran R. Tomić, Javni poredak: pojam i struktura -----	34
Slavko Đorđević, Štefan Pirner, Neograničeno tumačenje nemačkog građanskog prava u vreme nacionalsocijalizma -----	49
Aleksandar S. Mojašević, Empirijsko istraživanje efekta uokviravanja kao vida kognitivne pristrasnosti -----	79
Ljubinka Kovačević, Erika Kovács, Change of Employer and Preservation of Employment: Serbian Experience in Light of European Law -----	102
Vladimir Dobrić, Katarina Jovičić, Pravna (ne)sigurnost ugovora o lizingu nepokretnosti u savremenom srpskom pravu -----	128

PRIKAZI

Dimić, Ljubodrag i Nikola Žutić. 2017. <i>Alojzije Stepinac – država, crkva, nadbiskup (1934–1941)</i> . Beograd: Filip Višnjić, 455. (Boris Begović) -----	144
Čvorović, Zoran. 2018. <i>Dušanov zakonik u ruskom ogledalu</i> . Beograd: Catena mundi, 164. (Nina Kršljanin) -----	152

Pürner, Stefan (ur.). 2016. <i>Godišnjak za ustavno pravo 2016 vol. 1</i> . Beograd: Nemačka fondacija za međunarodnu pravnu saradnju – Dosije studio, 343. (Tanasije Marinković)-----	156
Brunkhorst, Hauke, Dragica Vujadinović i Tanasije Marinković (eds.). 2017. <i>European Democracy in Crisis: Politics under Challenge and Social Movements</i> . The Hague: Eleven International Publishing, 189. (Aleksa Nikolić) -----	162
NEKROLOZI	
Milan Škulić, <i>Slobodan Perović</i> (1932–2019) -----	168
Uputstvo za autore -----	173

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

Dejan Popović, Gordana Ilić Popov, (Un)constitutionality of the Provision on the Principal Purpose of Transaction or Arrangement Test from the Tax Treaties-----	7
Zoran R. Tomić, Public Order: Notion and Structure -----	34
Slavko Đorđević, Stefan Pürner, Unrestricted Interpretation of German Civil Law During the National Socialism Period -----	49
Aleksandar S. Mojašević, Empirical Study of the Framing Effect as a Cognitive Bias -----	79
Ljubinka Kovačević, Erika Kovács, Change of Employer and Preservation of Employment: Serbian Experience in Light of European Law -----	102
Vladimir Dobrić, Katarina Jovičić, Legal (In)security under Real Estate Lease Contracts in Contemporary Serbian Law -----	128

BOOK REVIEWS

Dimić, Ljubodrag and Nikola Žutić. 2017. <i>Alojzije Stepinac – država, crkva, nadbiskup (1934–1941)</i> . Beograd: Filip Višnjić, 455. (Boris Begović)-----	144
Čvorović, Zoran. 2018. <i>Dušanov zakonik u ruskom ogledalu</i> . Beograd: Catena mundi, 164. (Nina Kršljanin)-----	152

Pürner, Stefan (ed.). 2016. <i>Godišnjak za ustavno pravo 2016 vol. 1</i> . Beograd: Nemačka fondacija za međunarodnu pravnu saradnju – Dosije studio, 343. (Tanasije Marinković)-----	156
Brunkhorst, Hauke, Dragica Vujadinović and Tanasije Marinković (eds.). 2017. <i>European Democracy in Crisis: Politics under Challenge and Social Movements</i> . The Hague: Eleven International Publishing, 189. (Aleksa Nikolić) -----	162
IN MEMORIAM	
Milan Škulić, <i>Slobodan Perović</i> (1932–2019) -----	168
Instructions to Authors -----	173

UDK 336.227.1/.2(497.11)

CERIF: S110, S130, S141

DOI: 10.5937/AnaliPFB1902007P

Dr Dejan Popović*

Dr Gordana Ilić Popov**

(NE)USTAVNOST ODREDBE O TESTU GLAVNOG CILJA TRANSAKCIJE ILI ARANŽMANA IZ PORESKIH UGOVORA

Stupanjem na snagu Multilateralne konvencije (Multilateral Instrument – MLI) u Srbiji počinje da deluje klauzula o glavnom cilju transakcije ili aranžmana (GCT test), koja dozvoljava poreskim vlastima da ne odobre pogodnost iz obuhvaćenog poreskog ugovora. U članku se analizira struktura GCT i ustanovljava da su im ostavljena široka diskreciona ovlašćenja. Formulacija norme je takva da ne određuje šta će se oporezovati u zemlji izvora pošto pogodnost bude uskraćena. Autori zaključuju da zemlja rezidentstva može da ne da olakšicu kojom eliminiše nastalo dvostruko oporezivanje ako smatra da nije reč o razlikama u nacionalnom pravu već o razlikama u tumačenju odredaba ugovora ili činjenica. Ustavnost GCT testa mogla bi se ocenjivati u odnosu na principe pravne sigurnosti i jednakosti. Poreske vlasti su dobile arbitrarna ovlašćenja da procenjuju da li je reč o abuzivnom, jednom od glavnih ciljeva transakcije ili o legitimnom komercijalnom cilju, kojim će biti narušeni ustavni principi jednakosti i oporezivanja prema ekonomskoj snazi.

Ključne reči: *Glavni cilj transakcije ili aranžmana. – Multilateralni instrument. – Izbegavanje poreza. – Pravna sigurnost. – Ustavnost.*

* Autor je redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, *dejan.popovic@ius.bg.ac.rs*.

** Autorka je redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, *gordana@ius.bg.ac.rs*.

1. UVOD

Pritisak na poreske prihode mnogih država rasprostranjenim isko-rišćavanjem poreskih rajeva i preferencijalnih režima u zemljama sa ina-če visokim (ili „standardnim“) porezima doveo je, naročito po izbivanju globalne finansijske krize 2008. godine, do koordinacije napora da se do-maća poreska osnovica zaštiti od strategija poreskog planiranja multina-cionalnih preduzeća. Već 2013. godine OECD je pripremio akcioni plan *BEPS* (eng. *Base Erosion and Profit Shifting*) (OECD 2013), prihvaćen od lidera G 20, kojim je predviđeno 15 akcija, sa namerom da se spreče erozija osnovice i seljenje dobiti u cilju izbegavanja poreza.¹ U akciji 15 bilo je konstatovano da je poželjno, s obzirom na to da bi u postoje-ćoj mreži od preko 3.000 poreskih ugovora bilateralna usklađivanja bila veoma teška i dugotrajna, doneti „multilateralni instrument“ za primenu *BEPS* mera povezanih sa poreskim ugovorima, kao pravno obavezujuću konvenciju međunarodnog javnog prava (OECD 2015, 10). U tom smi-slu, Srbija je, sa još 67 država, 7. juna 2017. godine bila inicijalni potpi-snik Multilateralne konvencije za primenu mera koje se radi sprečavanja erozije poreske osnovice i premeštanja dobiti odnose na poreske ugovore² (eng. *Multilateral Instrument*, dalje: *MLI*, ili *Multilateralna konvencija*). Konvencija je za Srbiju stupila na snagu 1. oktobra 2018. godine.³ Od 60 država sa kojima 2019. godine Srbija primenjuje poreski ugovor,⁴ njih 48 je potpisalo *MLI*,⁵ pri čemu je on, zaključno sa 1. januarom 2019. godine, stupio na snagu u osam država iz tog kruga.

Srbija je prilikom potpisivanja *MLI* navela da sve svoje poreske ugovore, njih 58 koji su 2017. godine bili na snazi⁶ i šest tada samo pot-

¹ O borbi protiv agresivnog poreskog planiranja na globalnoj osnovi, videti više u Arnold (2016, 187).

² Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting, <http://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-beeps.pdf> (poslednji pristup 10. januar 2019. godine).

³ *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, 3/18.

⁴ To su: Albanija, Austrija, Azerbejdžan, Belgija, Belorusija, Bosna i Hercego-vina, Bugarska, Crna Gora, Češka, Danska, Egipat, Estonija, Finska, Francuska, Grčka, Gruzija, Holandija, Hrvatska, Indija, Indonezija, Iran, Irska, Italija, Jermenija, Kanada, Katar, Kazahstan, Kina, Kipar, DNR Koreja, Republika Koreja, Kuvajt, Letonija, Libija, Litvanija, Luksemburg, Mađarska, Makedonija, Malezija, Malta, Moldavija, Nemačka, Norveška, Pakistan, Poljska, Rumunija, Rusija, San Marino, Slovačka, Slovenija, Sri Lan-ka, Španija, Švajcarska, Švedska, Tunis, Turska, Ujedinjeni Arapski Emirati, Ukrajina, Velika Britanija i Vijetnam.

⁵ Do 1. januara 2019. godine *MLI* nisu pristupile: Albanija, Azerbejdžan, Be-lorusija, Bosna i Hercegovina, Crna Gora, Iran, DNR Koreja, Libija, Makedonija, Molda-vija, Sri Lanka i Vijetnam.

⁶ Samo su poreski ugovori sa Indonezijom i San Marinom zaključeni i stupili na snagu posle potpisivanja *MLI*.

pisanih,⁷ smatra „obuhvaćenim poreskim ugovorima“, ali nekoliko njenih ugovornih partnera nije svrstalo ugovore sa Srbijom među svoje poreske ugovore obuhvaćene Multilateralnom konvencijom.⁸ To ne znači da se time najavljuje prestanak važenja odgovarajućeg poreskog ugovora otkazom, u smislu čl. 31 Model-konvencije OECD o porezima na dohodak i na imovinu (OECD 2017) (dalje: *Model-konvencija OECD*), već samo da taj ugovor ne podleže modifikacijama predviđenim u *MLI*.

Multilateralna konvencija funkcioniše *uporedo* sa postojećim ugovorima o izbegavanju dvostrukog oporezivanja,⁹ *modifikujući njihovu primenu*¹⁰ kako bi se efikasno implementirale *BEPS* mere koje se odnose na poreske ugovore, sa ciljem sprečavanja erozije poreske osnovice i premeštanja dobiti.¹¹

Ako se od 48 strana i potpisnica¹² Multilateralne konvencije sa kojima 2019. godine Srbija ima poreski ugovor oduzme pet koje ugovor sa Srbijom nisu svrstale među „obuhvaćene poreske ugovore“, kao i San Marino, sa kojim je poreski ugovor (u koji su ugrađena simetrično prihvaćena rešenja iz *MLI*) zaključen posle pristupanja *MLI*, ostaje 35 potpisnica (Belgija, Bugarska, Češka, Danska, Egipat, Estonija, Finska, Grčka, Gruzija, Holandija, Hrvatska, Indija, Irska, Italija, Jermenija, Kanada, Katar, Kazahstan, Kina, Kipar, Republika Koreja, Kuvajt, Letonija, Luksemburg, Mađarska, Malta, Norveška, Pakistan, Rumunija, Rusija, Španija, Tunis, Turska, Ujedinjeni Arapski Emirati i Ukrajina) čiji će poreski ugovori podlegati modifikacijama u skladu s odredbama *MLI* nakon što u tim potpisnicama budu stupili na snagu, kao i sedam strana (Austrija, Francuska, Litvanija, Poljska, Slovačka, Slovenija i Velika Britanija), čiji su poreski ugovori zaključno sa 1. januarom 2019. godine stupili na snagu u obe ugovorne jurisdikcije.

U ovom radu analizi je podvrgnuta modifikacija obuhvaćenih poreskih ugovora proistekla iz Akcije 6 *BEPS*, tj. uvođenje, umesto ili usled

⁷ Sa Ganom, Gvinejom, Indonezijom (koji je od 1. januara 2019. godine počeo da se primenjuje), Marokom, Palestinom i Zimbabveom.

⁸ Nemačka, Švedska, Švajcarska, Malezija i Indonezija.

⁹ Upravo se po tome *MLI* razlikuje od „klasične“ multilateralne konvencije o izbegavanju dvostrukog oporezivanja, koja zamenjuje sve bilateralne poreske ugovore koji su postojali između država koje su je zaključile. Videti Popović i Ilić Popov (2017, 16).

¹⁰ Videti Bravo (2016, 293).

¹¹ To su mere iz sledećih *BEPS* akcija: Akcija 2 – Neutralisanje efekata aranžmana sa nepodudaranjem hibrida; Akcija 6 – Sprečavanje pružanja pogodnosti iz poreskih sporazuma u nepodesnim okolnostima; Akcija 7 – Sprečavanje artificalnog izbegavanja statusa stalne poslovne jedinice i Akcija 14 – Činjenje mehanizama rešavanja sporova efikasnijim.

¹² Termin „strana“ označava državu ili jurisdikciju za koju je Konvencija stupila na snagu, a termin „potpisnica“ državu ili jurisdikciju koja je potpisala Konvenciju, ali za koju Konvencija još nije na snazi. Videti čl. 2 (1) (b) i (c) *MLI*.

nepostojanja opšte antiabuzivne mere u obuhvaćenom poreskom ugovoru, testa glavnog cilja transakcije ili aranžmana (eng. *principal purpose test*, dalje: *GCT test*). U tri svoja obuhvaćena poreska ugovora (sa Republikom Korejom, Kazahstanom i Norveškom) Srbija već ima odredbu o parcijalnom (u pogledu vrsta prihoda na koje se primenjuje¹³) GCT testu, koji će, u skladu sa čl. 7 (2) *MLI*, biti zamenjen GCT testom u formulaciji iz čl. 7 (1), koja se odnosi na sve prihode i imovinu koji su navedeni u obuhvaćenom poreskom ugovoru. Imajući u vidu da je posledica GCT testa u tome da se pogodnost iz obuhvaćenog poreskog ugovora neće pružiti poreskom obvezniku u odnosu na deo dohotka ili imovine, ukoliko poreski organ, uzimajući u obzir sve relevantne okolnosti, osnovano može da zaključi da je sticanje pogodnosti bio jedan od osnovnih razloga bilo kojeg aranžmana ili transakcije koji su neposredno ili posredno rezultirali tom pogodnošću, otvara se pitanje ustavnosti takve odredbe, posebno u svetlu zahteva za pravnom sigurnošću, kao jednom od komponenti načela vladavine prava. Zadatak koji smo postavili u ovom radu je da se to pitanje razmotri i s aspekta legitimnosti cilja zbog kojeg se uvodi mera poput GCT testa, tj. suprotstavljanje izbegavanju poreza.

Sve do 2015. godine, u srpskom poreskom pravu nisu se nalazile definicije zakonite i nezakonite poreske evazije.¹⁴ Termin „poreska evazija“ uzet je iz potvrđenog poreskog ugovora sa Norveškom¹⁵ da označi samo nezakonito izbegavanje plaćanja poreza. U Preambuli Multilateralne konvencije sintagma „*tax evasion or avoidance*“ prevedena je kao „poreska evazija ili izbegavanje“, gde se termin „izbegavanje“ odnosi na zakonito a nelegitimno izbegavanje plaćanja poreza. Napomenimo da u pozitivnom srpskom pravu i dalje ne postoji izraz koji bi označio izbegavanje plaćanja poreza *en général* (i nezakonitog i zakonitog¹⁶).

¹³ GCT test se primenjuje u odnosu na dividende, kamate i autorske naknade u sva tri poreska ugovora; u odnosu na ostali dohodak – u poreskim ugovorima sa Republikom Korejom i Norveškom, a u odnosu na kapitalne dobitke – samo u poreskom ugovoru sa Republikom Korejom.

¹⁴ O terminima koji se u finansijskoj literaturi na srpskom i hrvatskom jeziku koriste za označavanje „izbegavanja poreza“, videti Todorović (1930, 182); Lovčević (1993, 151); Jelčić (1998, 190–191); Popović (2018, 54).

¹⁵ *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, 21/15.

¹⁶ Zakonito izbegavanje plaćanja poreza može biti i legitimno (dakle, ne na bazi agresivnog poreskog planiranja), što se u delu literature naziva „poreskom mitigacijom“ (lat. *mitigatio* – ublažavanje, smanjivanje). Uporediti Baker. Tax Avoidance, Tax Mitigation and Tax Evasion, <https://vdocuments.site/tax-avoidance-tax-mitigationphilip-baker.html> (poslednji pristup 25. decembar 2018. godine).

2. STRUKTURA GCT TESTA

U Multilateralnoj konvenciji su izdvojena dva, sa poreskim ugovorom povezana, *obavezna* minimalna standarda, o kojima su se sve strane usaglasile u završnom *BEPS* paketu. Jedan od tih standarda se odnosi na preciziranje cilja obuhvaćenog poreskog ugovora i sprečavanje zloupotrebe ugovora. Izmena koja treba da se sprovede u preambuli poreskih ugovora treba da omogući da se u interpretaciji ugovora otkloni nedoumica u pogledu toga da je cilj ugovora eliminacija dvostrukog oporezivanja, ali bez stvaranja mogućnosti za neoporezivanje ili umanjeno oporezivanje u vidu poreske evazije ili izbegavanja poreza (uključujući *treaty-shopping* aranžmane). Taj minimalni standard zahteva i da se u obuhvaćene poreske ugovore ugradi jedan od sledećih mehanizama:

- (1) opšti antiabuzivni GCT test;
- (2) istovremeno s opštim antiabuzivnim GCT testom, i specijalna antiabuzivna mera u vidu pojednostavljene verzije klauzule o limitiranju pogodnosti (eng. *limitation of benefits* – LOB) ili
- (3) detaljna LOB klauzula i antiabuzivne mere za suprotstavljanje tzv. protočnom finansiranju (eng. *conduit financing*).

Srbija se opredelila za isključivu primenu GCT testa, a tako je postupila i druga strana u šest od sedam njenih obuhvaćenih poreskih ugovora koji su na snazi 1. januara 2019. (Austrija, Francuska, Litvanija, Poljska [privremeno], Slovenija i Velika Britanija). Jedino je Slovačka optirala za paralelnu primenu GCT testa i pojednostavljene LOB klauzule (ali, pošto to nije učinila i Srbija, u poreskom ugovoru je zastupljen samo GCT test). I u naknadno zaključenom poreskom ugovoru sa San Marinom nalazi se GCT test.

U preostalih 35 obuhvaćenih poreskih ugovora Srbije (gde je druga strana pristupila *MLI*, ali ga još nije ratifikovala), 29 država se opredelilo za isključivu primenu GCT testa (Egipat, Estonija, Finska, Grčka, Gruzija, Hrvatska, Italija, Kanada [privremeno], Katar, Kina, Republika Koreja, Kuvajt [privremeno], Letonija, Norveška [privremeno], Rumunija, Španija, Tunis i Turska, kao i Belgija, Češka, Holandija, Irska, Kipar, Luksemburg, Mađarska, Malta, Pakistan, Ujedinjeni Arapski Emirati i Ukrajina¹⁷), dok je šest optiralo za paralelnu primenu GCT testa

¹⁷ Ovih poslednjih 11 država optiralo je za postupak iz čl. 7 (4) *MLI* (tzv. diskreciona olakšica), u kojem bi, ako bi licu na osnovu GCT testa bila uskraćena pogodnost iz poreskog ugovora, nadležni organ ipak mogao da smatra da to lice ima pravo na tu pogodnost ili na različite pogodnosti u odnosu na određeni deo dohotka ili imovine, ukoliko, na zahtev tog lica i nakon razmatranja relevantnih činjenica, utvrdi da bi mu takve pogodnosti bile odobrene u slučaju da nema transakcije ili aranžmana. Ali, pošto Srbija nije optirala za postupak iz čl. 7 (4) *MLI* u obuhvaćenim poreskim ugovorima sa tim državama, diskreciona olakšica se neće primenjivati, kao ni u obuhvaćenim poreskim

i pojednostavljene LOB klauzule (Bugarska, Danska, Indija, Jermenija, Kazahstan i Rusija). Međutim, i u situacijama kada se nije potpuno poklopio izbor obe ugovorne jurisdikcije, u čl. 7 (6) *MLI* precizira se da će se GCT test primenjivati u obe ugovorne jurisdikcije, a pojednostavljena LOB klauzula samo ukoliko su se obe strane za to opredelile.

Da bi se, po osnovu GCT testa, uskratila pogodnost iz poreskog ugovora, moraju kumulativno da budu ispunjeni sledeći uslovi:

1. postojanje aranžmana ili transakcije, koji
2. neposredno ili posredno rezultiraju pogodnošću iz poreskog ugovora, a koji su
3. ustanovljeni sa jednim od glavnih ciljeva da se ostvari ta pogodnost, pri čemu
4. nije utvrđeno da je odobravanje te pogodnosti u skladu sa predmetom i ciljem odgovarajućih odredaba obuhvaćenog poreskog ugovora.¹⁸

2.1. Aranžman ili transakcija i pogodnost iz poreskog ugovora

Termin „aranžman ili transakcija“ treba tumačiti tako da njime bude obuhvaćen svaki sporazum, memorandum o razumevanju, shema (npr. kako se kvalifikovati za rezidentstvo određene države), transakcija ili serija transakcija, bez obzira na to da li su pravno obavezujući.¹⁹

„Pogodnost iz poreskog ugovora“ obuhvata sva ograničenja prava na oporezivanje nametnuta zemlji izvora (u vidu umanjenja poreza, izuzimanja, odlaganja ili povraćaja poreza), olakšicu za eliminaciju dvostrukog oporezivanja primenom metode izuzimanja ili metode kredita, zaštitu koja se pruža rezidentima i državljanima države ugovornice po osnovu zabrane diskriminacije i svako slično ograničenje (npr. kredit za uštedeni porez) (OECD 2017, 589).

2.2. Subjektivni test

Nadležni organ najpre treba da putem GCT testa proveri da li su aranžman ili transakcija bili motivisani ostvarivanjem pogodnosti iz poreskog ugovora. Takav postupak se naziva „subjektivni test“ (Kok 2016, 407). O subjektivnom kriterijumu može se zaključivati na osnovu spoljašnjih činjenica, ali je motiv praktično nemoguće dokazati, pa su retki slučajevi kada donosilac norme fiskalne posledice određenog aranžmana

ugovorima sa Litvanijom i Velikom Britanijom, koji su na dan 1. januara 2019. godine u primeni, pri čemu su se te dve države opredelile za pomenutu opciju.

¹⁸ Vid. čl. 7 (1) *MLI*.

¹⁹ Upor. OECD (2017, 590).

ili transakcije vezuje za postojanje takve namere (Lang 2014, 658). Kada se oni ipak dogode, kao u slučaju GCT testa, ishod je, po pravilu, određen pravilima o teretu dokazivanja. Ukoliko poreska administracija treba da *dokaže* da je jedan od glavnih ciljeva poreskog obveznika bio da ostvari pogodnost iz poreskog ugovora, izgledi za njen uspeh su minimalni. Ali, ako se nadležnom poreskom organu stavi u zadatak „razblažena“ varijanta dokazivanja („ako je razumno zaključiti“ – kako zahteva čl. 7 (1) *MLI*), onda se od njega ne očekuje potpuni dokaz da je postojala namera da se iskoristi pogodnost iz poreskog ugovora.

Istina, Komentar Model-konvencije OECD upućuje na to da bi se do „razumnog zaključka“ moralo doći posle sprovedene objektivne analize relevantnih činjenica u svakom konkretnom slučaju (OECD 2017, 590). Mihael Lang (*Michael Lang*), međutim, smatra da, bez obzira na ulogu koju Komentar Model-konvencije OECD ima u tumačenju poreskog ugovora,²⁰ značaj stava iz Komentara ne može da se meri sa značajem koji ima odredba poreskog ugovora, čije značenje jasno odudara od „zahtevnijeg“ dokazivanja, koje nudi Komentar (Lang 2014, 660). Suprotno je, međutim, stanovište Denisa Vebera (*Dennis Weber*), za koga „razumno zaključiti“ ne znači samo da je težina tereta dokazivanja na poreskim vlastima već da se ocena koju one daju mora dobiti objektivnom analizom zasnovanom na činjenicama, pri čemu ocena ne sme da bude bazirana na pretpostavci niti da samo upućuje na poresku pogodnost kao takvu. Ukoliko poreske vlasti zaključe da je *glavni* cilj transakcije ostvarivanje poreske pogodnosti, onda poreskom obvezniku uvek ostaju na raspolaganju žalba i sudska zaštita (Weber 2017, 51). Međutim, mogućnost korišćenja tih mehanizama zaštite prava poreskih obveznika treba sagledati u svetlu okolnosti da će GCT test najčešće primenjivati zemlja izvora, što rezidentu druge države ugovornice stvara dodatne prepreke, čak i pod (oborivom) pretpostavkom da su drugostepeni poreski organ i sud u zemlji izvora bili nepristrasni i efikasni.

Nepredvidljivost „subjektivnog testa“ dodatno se ogleda u tome što se ne traži da se ustanovi (na nivou razumnog zaključivanja) da je ostvarena pogodnost iz poreskog ugovora predstavljala glavni cilj transakcije, već da je bila samo jedan od glavnih ciljeva. Otuda može da se zaključiti da može da se dogodi da transakcija koja je prvenstveno motivisana legitimnim komercijalnim ciljevima ipak ne prođe GCT test ukoliko je i poreska pogodnost bila jedan od glavnih ciljeva (Koriak 2016, 9). Pošto su porezi važan trošak poslovanja, razuman privrednik mora da vodi računa o poreskim efektima svojih poslovnih odluka. Pod uslovima koji proizlaze iz primene GCT testa, poreski obveznik ne može biti siguran ni ako se pozove na to da su njegov aranžman ili transakcija bili motivisani (kao jednim od važnih ili glavnih ciljeva) pogodnostima koje proizlaze

²⁰ Uporediti Engelen (2004, 439–473); Popović i Kostić (2009, 31–34).

iz drugog izvora (na primer, iz domaćeg prava, prava EU ili poreskog ugovora sa trećom državom) (De Broe i Luts 2015, 132). Veber propušta da zapazi da nije reč o razumnom zaključivanju o jednom, glavnom cilju transakcije ili aranžmana nego o *jednom od glavnih* ciljeva, čime relativizuje težinu izrečenih zamerki (Weber 2017, 51). Nasuprot takvom rešenju, Evropski sud pravde je lestvicu dokazivanja postavio više: u slučaju *Halifax* presuđeno je da za postojanje abuzivne prakse „mora biti očigledno na osnovu jednog broja objektivnih faktora da je *osnovni cilj* date transakcije ostvarivanje poreske pogodnosti“.²¹ Tokom druge decenije XXI veka usvojene su opšte antiabuzivne odredbe (eng. *general anti-abusive rule*, dalje: *GAAR*) u sekundarnom pravu EU u noveliranoj Direktivi o zajedničkom sistemu oporezivanja matičnih kompanija i filijala iz različitih država članica²² i Direktivi protiv izbegavanja poreza.²³ U tim *GAAR*-ovima nalazi se sintagma „glavni cilj ili jedan od glavnih ciljeva“ – koja je šira od „osnovnog cilja“ iz *Halifax*-a, ali u pravu EU Evropski sud pravde ima monopol nad interpretacijom, dok je tumačenje poreskih ugovora u rukama nacionalnih sudova, čime rizik od različitog razumevanja tako formulisanog subjektivnog kriterijuma postaje mnogo veći (Lang 2014, 660). Erik Kemmeren (*Eric C. C. M. Kemmeren*) smatra da i u situaciji kada neki akt sekundarnog prava EU u antiabuzivnoj klauzuli sadrži širu sintagmu „glavni cilj ili jedan od glavnih ciljeva“, minimalni prag za uskraćivanje poreske pogodnosti mora da bude zahtev da je sticanje takve pogodnosti bilo *dominantan* cilj (Kemmeren 2014, 193). On tako zaključuje na osnovu dve presude Evropskog suda pravde. U slučaju *Kofoed*,²⁴ Sud je zauzeo stav da formulacija čl. 15 (1) (a) Direktive o zajedničkom sistemu oporezivanja statusnih promena koje se tiču kompanija iz različitih država članica,²⁵ po kojoj država članica može da odbije da primeni ili da povuče pogodnost iz Direktive kada izgleda da je *glavni cilj ili jedan od glavnih ciljeva* jedne od operacija iz čl. 1 Direktive (npr. statusna promena) poreska evazija ili izbegavanje poreza, odražava opšti princip komunitarnog prava da je zloupotreba prava zabranjena. U slučaju *Part Service*,²⁶ pak, Sud je ocenio da abuzivna praksa postoji kada sticanje poreske pogodnosti predstavlja *suštinski*, odnosno *glavni* cilj transakcije, pa Kemmeren zaključuje da se reči „jedan od glavnih ciljeva“ iz pomenute direktive moraju tumačiti tako da je „suštinski“ ili „glavni“ cilj transakcije obezbeđivanje poreske pogodnosti (Kemmeren 2014, 192–193).

²¹ ECJ, Case C-255/02 [2006], para. 86.

²² Council Directive (EU) 2015/121 amending Directive 2011/96/EU, *Official Journal of the European Union*, L 21, 28. 1. 2015.

²³ Council Directive (EU) 2016/1164, *Official Journal of the European Union*, L 193, 19. 7. 2016.

²⁴ ECJ, Case C-321/05 [2007], para. 38.

²⁵ Council Directive 2009/133/EC, *Official Journal of the European Union*, L 310, 25. 11. 2009.

²⁶ ECJ, Case C-425/06 [2008].

2.3. Objektivni test

Ukoliko subjektivni test ukaže da bi pogodnost iz poreskog ugovora trebalo da bude uskraćena, do toga ipak neće doći ako je utvrđeno da je njeno odobravanje bilo u skladu sa predmetom i ciljem odgovarajućih odredaba poreskog ugovora. U tom slučaju teret dokazivanja je na poreskom obvezniku, a umesto „razumno je zaključiti“, u objektivnom testu zahteva se da je za primenu tog izuzetka neophodno da ispunjenje predviđenog uslova bude „utvrđeno“.

Kao „odgovarajuće odredbe“ poreskog ugovora iz kojih poreski obveznik izvlači pogodnost najčešće se pojavljuju one koje se odnose na: rok od 12 meseci za uspostavljanje građevinske stalne poslovne jedinice, minimalno učešće od 25% u kapitalu isplatioca dividende, koje dopušta primenu snižene stope poreza na dividende od 5%, pravila koja raspodeljuju pravo na oporezivanje dividendi, kamata, autorskih naknada i kapitalnih dobitaka između države izvora i države rezidentstva i dr. (Chand 2018b, 24). Ako bi se dokazivanje svelo na utvrđivanje da li je odobravanje pogodnosti bilo u skladu sa predmetom i ciljem pojedinačne „odgovarajuće odredbe“, izolovano posmatrane, zadatak poreskog obveznika bio bi previše jednostavan, što bi ceo GCT test učinilo besmislenim (Chand 2018b, 24). Primera radi, predmet i cilj čl. 5 (3) Model-konvencije OECD jeste da propiše rok čijim istekom građevinski projekat postaje stalna poslovna jedinica i pogodnost koju obveznik ostvaruje putem aranžmana ili transakcije (da, na primer, građevinski radovi u trajanju do 12 meseci ne obrazuju stalnu poslovnu jedinicu, te da tako ostvarena dobit ne podleže porezu u zemlji izvora) uvek će biti u skladu sa tako interpretiranim predmetom i ciljem te odredbe.

U tumačenju poreskog ugovora određenom izrazu se mora pridati značenje koje proizlazi iz *teksta ugovora* koji se čita u dobroj veri (*bona fide*), u sadejstvu s ostalim elementima za tumačenje (kontekst, predmet i cilj ugovora), koje treba uzeti u obzir na osnovu čl. 31 Bečke konvencije o ugovornom pravu.²⁷ Pošto je neophodno sve elemente primenjivati integralno, može da se dogodi da jezičko značenje neke odredbe iz poreskog ugovora bude izmenjeno, s osloncem na kontekst, predmet i cilj ugovora. To će se, u načelu, desiti samo ako tekst odredbe nije jasan, odnosno ukoliko „jasan tekst“ dovede do rezultata koji je očigledno nerazuman (Engelen 2004, 139). Tumačenje objektivnog uslova iz GCT testa isključivo na osnovu jezičkog značenja moglo bi da dovede do apsurdnog zaključka da je ceo GCT test besmislen (jer će izuzetak postati pravilo pa zloupotrebe poreskih ugovora neće biti sprečavane). Vikram Čand (*Vikram Chand*) zato predlaže da se objektivni test sprovodi u dva stadijuma. U prvom bi poreski obveznik utvrdio predmet i cilj „odgovarajućih odredaba“ u sve-

²⁷ *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, 30/72.

tlu ciljeva poreskog ugovora, uzetog u celini, a u drugom bi dokazivao da transakcija ili aranžman odgovaraju predmetu i cilju „odgovarajućih odredaba“ koje su predmet preispitivanja (Chand 2018b, 26).

Primeru radi,²⁸ ukoliko je u više prethodnih godina kompanija rezident Srbije imala učešće u kapitalu kompanije rezidenta Slovenije od 24%, pa po stupanju na snagu poreskog ugovora, kojim je predviđeno da će zemlja izvora moći da oporezuje dividende po stopi od najviše 5%, ukoliko je učešće primaoca dividende u kapitalu isplatioca najmanje 25%, poveća svoj udeo na 25%, subjektivan uslov iz GCT testa, sprovedenog u zemlji izvora (Sloveniji), biće ispunjen – jedan od glavnih ciljeva transakcije (ako ne i jedini) bio je da se ostvari pogodnost iz poreskog ugovora u vidu snižene stope poreza na dividende. Primenjujući objektivan test, poreski obveznik bi u prvom stadijumu dokazao da su predmet i cilj čl. 10 (2) (1) poreskog ugovora između Srbije i Slovenije – obezbeđivanje snižene stope poreza po odbitku značajnijim akcionarima, a poreskog ugovora između ove dve države: (1) alokacija prava na oporezivanje i eliminacija dvostrukog oporezivanja, u želji da se dalje razvijaju ekonomski odnosi i poboljšava saradnja u poreskoj materiji; (2) sprečavanje poreske evazije i (3) sprečavanje izbegavanja poreza (i, posebno, *treaty shopping-a*). U drugom stadijumu, poreski obveznik bi dokazao da je delovao i u skladu sa predmetom i ciljem odredbe čl. 10 (2) (1) poreskog ugovora između Srbije i Slovenije, ispunjavajući uslov učešća u kapitalu od najmanje 25%, i u skladu sa predmetom i ciljem poreskog ugovora, pošto: (a) je, uvećavajući investiciju (makar za 1 procentni poen), postupio tako da se dalje razvijaju ekonomski odnosi dve države; (b) transakcija ne predstavlja shemu poreske evazije; (v) transakcija nije ni izbegavanje poreza jer je u pitanju suštinsko, a ne artifičijelno povećanje udela u kapitalu.

U drugom primeru,²⁹ kompanija A – rezident Srbije dobila je da gradi fabriku u Sloveniji, pri čemu je ugovoreno da građevinski projekat traje 22 meseca. Imajući u vidu čl. 5 (3) poreskog ugovora između Srbije i Slovenije, kojim je predviđeno da gradilište, građevinski ili montažni radovi čine stalnu poslovnu jedinicu samo ako traju duže od 12 meseci, u toku pregovora o ugovoru o radovima projekat je podeljen u dva različita ugovora, od kojih svaki traje po 11 meseci, pri čemu se kao ugovorna strana u prvom ugovoru pojavljuje kompanija A, a u drugom novoosnovano rezidentno privredno društvo B, čiji je 100% vlasnik kompanija A. Pošto će subjektivni GCT test, sproveden u zemlji izvora (Sloveniji), pokazati da je jedan od glavnih ciljeva (ili jedini cilj) tog aranžmana bilo

²⁸ U pitanju je shema zasnovana na primeru datom u Komentaru Model-konvencije OECD za slučaj kada je opravdana primena izuzetka zbog kojeg pogodnost iz poreskog ugovora ipak neće biti uskraćena. Videti OECD (2017, 593–594). Iz analize je apstrahovana norma čl. 8 (1) *MLI*, koja nalaže da uslovi u pogledu vlasništva budu ispunjeni tokom perioda od 365 dana.

²⁹ Videti OECD (2017, 596–597).

ostvarivanje pogodnosti iz poreskog ugovora da se ugovoreni građevinski projekat ne smatra stalnom poslovnom jedinicom kompanije A – rezidenta Srbije lociranom u Sloveniji, primena objektivnog testa u prvom, kao i u drugom stadijumu, pod prethodno navedenim (a) i (b), utvrdiće da je poreski obveznik delovao u skladu i sa predmetom i ciljem odredbe čl. 5 (3) poreskog ugovora između Srbije i Slovenije i sa predmetom i ciljem tog ugovora u celini, *osim u delu pod (v)*, jer podela ugovora na dva ugovora ne predstavlja suštinsku transakciju već je karakteriše artifičijelnost, koja ukazuje na izbegavanje poreza. Otuda će GCT test ipak imati efekat i poreska pogodnost iz čl. 5 (3) biće uskraćena.

3. PRAVNE POSLEDICE ODREDBE O GCT TESTU

Domaći *GAAR* bi se u većini pravnih sistema mogao kvalifikovati kao *GAAR* sa proširenim efektima jer je njime predviđeno i šta će se događati pošto poreska pogodnost bude uskraćena.³⁰ Norma o GCT testu iz čl. 7 (1) *MLI* ne ide, međutim, dalje od navođenja da se pogodnost iz poreskog ugovora „neće odobriti“, pa se određuje kao *GAAR* s ograničenim efektima (Moreno 2017, 441). Zbog toga kritičari GCT testa postavljaju brojna pitanja, na koja se ne mogu dati jasni odgovori upravo zbog pomenutog nedostatka odredbe (Lang 2014, 661–663). Primera radi, ako holandski akcionar dokapitalizuje privredno društvo – rezidenta Srbije odobravajući mu pozajmicu, a ne ulažući sopstveni kapital, prihod koji bi ostvario po osnovu te investicije potpadaće pod čl. 11 (kamata), a ne pod čl. 10 (dividenda) poreskog ugovora između Srbije i Holandije. Poresku pogodnost predstavlja okolnost da će, umesto da bude podvrgnut srpskom porezu po odbitku na dividende od 5% ili 15% (zavisno od visine učešća u kapitalu), prihod, u obliku kamate, proći bez poreza u zemlji izvora jer je čl. 11 poreskog ugovora dao zemlji rezidentstva (u ovom primeru, Holandiji) ekskluzivno pravo da oporezuje kamate. Ako bi nadležni organ

³⁰ Tako je u čl. 9 (2) srpskog Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji (*Službeni glasnik RS*, 80/02, ..., 95/18) propisano da „ako se simulovanim pravnim poslom prikriva neki drugi pravni posao, za utvrđivanje poreske obaveze osnovu čini disimulovani pravni posao“. Još su obuhvatnije odredbe britanskog *Finance Act* 2013 kojima se predviđa da, ako je utvrđeno da je poreski aranžman abuzivan, poreski organ preduzima protivmeru u odnosu na tako ostvarenu poresku pogodnost, koja mora biti pravična i razumna (čl. 209), kao i određena usklađivanja (čl. 210), kako bi se izbeglo duplo oporezivanje, bilo sâmog poreskog obveznika koji je sproveo abuzivnu transakciju, bilo kada se uzmu u obzir proistekle poreske obaveze drugih lica. Videti https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/396179/gaar-part-abc.pdf (poslednji pristup 26. decembra 2018. godine). Postoje, međutim, i pravni sistemi koji ne sadrže ni indikaciju o tome kakve će biti posledice primene *GAAR*-a. Uporediti na primer čl. 15 (3) španskog *Ley General Tributaria*, <https://www.boe.es/buscarpdf/2003/BOE-A-2003-23186-consolidado.pdf> (poslednji pristup 26. decembar 2018. godine).

Srbije primenio GCT test i uskratio tu pogodnost, to bi značilo da se čl. 11 ne primenjuje.

Ostaje, međutim, dilema šta će poreske vlasti zemlje izvora (Srbije) zaista oporezovati. Da li uskraćivanje poreske pogodnosti znači da se u konkretnom slučaju poreski ugovor uopšte ne primenjuje, pa sledi primena domaće stope poreza po odbitku (u Srbiji – 20%)? Ili će se, ipak, primeniti čl. 10 poreskog ugovora (koji je poreski obveznik želeo da izbegne), što bi Srbiji, kao zemlji izvora, dalo pravo na porez po odbitku od najviše 5% ili 15%, dok bi se od Holandije očekivalo da primeni metodu običnog kredita iz čl. 23? No, ako bi zemlja rezidentstva (Holandija) nastavila da se pridržava čl. 11, koji joj daje isključivo pravo da oporezuje kamate, to bi značilo da ona odbija da pruži poreski kredit i tako bi nastalo dvostruko oporezivanje.

Analiza postaje još složenija ako se u nju uključi i treća država, na primer, Jermenija. Ukoliko holandski akcionar u srpskom privrednom društvu transferiše svoje akcije filijali – rezidentu Jermenije, imajući u vidu poreski ugovor između Srbije i Jermenije, u kojem je stopa poreza po odbitku i na dividende i na kamate 8%, a nadležni srpski poreski organ primeni GCT test i po tom osnovu jermenskoj kompaniji uskrati pogodnost u vidu snižene stope, postavlja se pitanje kako će biti oporezovane dividende koje isplaćuje kompanija rezident Srbije. Pomenimo samo neke od dilema. Da li će srpske poreske vlasti poći od fikcije da se dividende isplaćuju direktno holandskoj kompaniji? Da li će Holandija dopustiti poreski kredit iz čl. 23 poreskog ugovora sa Srbijom, iako je prihod holandskog rezidenta stigao posredno, iz kompanije rezidenta Jermenije? Koji bi poreski ugovor uopšte sadržao osnov za primenu takve mere? Da li Jermenija ima obavezu da pruži kredit za porez po odbitku naplaćen u Srbiji na dividende koje pripadaju kompaniji rezidentu Jermenije, ali po osnovu ugovora između Srbije i Holandije? Ako je odgovor na poslednje pitanje afirmativan, do kojeg iznosa bi poreski kredit bio odobren (8%, 15% ili 20%)?

U pitanju su dileme čije je razrešenje izvan okvira teme ovog rada. Lang na tim nedoumicama nastoji da sruši celokupan koncept GCT testa. Prema njegovom mišljenju, ili pravilo o GCT testu predstavlja odredbu kojom se poništavaju određene poreske pogodnosti u jednoj državi, a to onda vodi dvostrukom oporezivanju, ili ono stvara fikciju koja ide dalje od oslanjanja na aranžman koji se smatra prikladnim (Lang 2014, 663).

U komentaru uz čl. 23 Model-konvencije OECD navodi se da, kada sukob kvalifikacija proizlazi iz *razlika u domaćem pravu*, zemlja rezidentstva mora da otkloni dvostruko oporezivanje pružajući olakšicu po osnovu čl. 23. No, ako sukob kvalifikacija proizlazi iz *razlika u tumačenju odredaba poreskog ugovora ili činjenica*, takva obaveza ne postoji, već se države ugovornice upućuju na postupak zajedničkog dogovaranja

(OECD 2017, 389). Pošto Srbija kao zemlja izvora uskraćuje pogodnost iz poreskog ugovora interpretirajući odredbu o GCT testu, moglo bi se zaključiti da holandske poreske vlasti neće otkloniti dvostruko oporezivanje neposredno nego tek u postupku zajedničkog dogovaranja. Čand smatra da je formulacija čl. 23 Model-konvencije OECD o tome kada se pruža olakšica u vidu metode za otklanjanje dvostrukog oporezivanja³¹ dovoljna da sve dok zemlja izvora oporezuje deo dohotka *u skladu sa poreskim ugovorom* – a efekat primene norme o GCT testu jeste u skladu s ugovorom – zemlja rezidentstva mora da ispuni svoju obavezu iz čl. 23 tog poreskog ugovora (Chand 2018a, 202). Mi se, pak, pitamo da li se primena odredbe o GCT testu sa toliko prostora za arbitrarnost od nadležnih organa zemlje izvora mora prihvatiti u zemlji rezidentstva kao da je *u skladu s odredbama poreskog ugovora* ili se može uvažiti argument da postoji razlika u tumačenju (na primer, da li je reč o jednom od osnovnih ciljeva transakcije), koja – a ne sukob kvalifikacija usled razlika u nacionalnim zakonodavstvima – dovodi do primene različitih odredaba poreskog ugovora u zemlji izvora i u zemlji rezidentstva. U tom drugom slučaju morao bi da usledi postupak zajedničkog dogovaranja da bi se otklonilo dvostruko oporezivanje.

U literaturi se sreću dva pristupa rešavanju dileme koja se odnosi na posledice primene odredbe o GCT testu. Zagovornik prvog, Karlos Palao Taboada (*Carlos Palao Taboada*) smatra da primena svakog GAAR-a, i domaćeg i onog iz poreskog ugovora, zahteva preoblikovanje poreskog tretmana aranžmana na osnovu situacije koja odgovara njenoj ekonomskoj suštini (koju GAAR određuje), a ne formi čijoj se konstrukciji pribeglo sa ciljem izbegavanja poreza (Taboada 2015, 606). Drugi pristup se zasniva na argumentaciji da *de lege lata* nije dopušteno tumačiti GCT test koji predstavlja GAAR s ograničenim efektima, prema parametrima GAAR-a sa proširenim efektima. U tom smislu, Andres Baes Moreno (*Andrés Báez Moreno*) (2017, 442) ističe da nisu sva domaća opšta antiabuzivna pravila GAAR-ovi sa proširenim efektima, te da otuda ne postoji model koji bi predstavljao „prirodnu“ konfiguraciju GAAR-a u pogledu njegovih pravnih posledica. Taj autor smatra da izričita formulacija odredbe o GCT testu, u kojoj se govori samo o uskraćivanju pogodnosti iz poreskog ugovora, ne dopušta korektivna tumačenja s obzirom na čl. 31 (1) Bečke konvencije, o čemu je već bilo više reči. Predmet i cilj odredbe o GCT testu jeste sprečavanje izbegavanja poreza, a upravo to se postiže normom o GAAR-u s ograničenim efektima. Prema mišljenju tog autora, ako bi zemlja rezidentstva odbila da pruži neku od metoda za eliminaciju dvostrukog oporezivanja iz čl. 23 Model-konvencije OECD, odredba o GCT testu bi „u većoj meri sprečavala izbegavanje poreza, pošto bi posledice njegove primene mogle biti teže za poreskog obvezni-

³¹ „Kada rezident države ugovornice ostvaruje dohodak ili poseduje imovinu koji, *u skladu s odredbama ove konvencije*, mogu biti oporezovani u drugoj državi ugovornici.“

ka“ (Báez Moreno 2017, 442). Taj argument, međutim, nema oslonca u formulaciji čl. 7 (1) *MLI*, pa zaključujemo da je dovoljno utvrditi predmet i cilj odredbe o GCT testu, čiji su efekti ograničeni.

Ukoliko bi se, pak, tragal za predmetom i ciljem poreskog ugovora u celini, modifikovana preambula, u koju su, osim sprečavanja dvostrukog oporezivanja, uključeni i sprečavanje poreske evazije i izbegavanja poreza, ne daje razrešenje dileme o hijerarhiji tih ciljeva. Otuda okolnost da GCT test, kao *GAAR* s ograničenim efektima, može dovesti do dvostrukog oporezivanja ne znači da „pada u vodu“ željeni antiabuzivni cilj poreskog ugovora kao sporedan; GCT test, na osnovu kojeg zemlja izvora uskraćuje pogodnost iz poreskog ugovora, praćen odbijanjem zemlje rezidentstva da pruži olakšicu iz čl. 23 Model-konvencije OECD – zato što smatra da zemlja izvora nije pravilno primenila GCT test, odnosno da ona ima pravo da primeni taj test – dovede do dvostrukog oporezivanja, pa zaključujemo da u Model-konvenciju OECD treba *de lege ferenda* ugraditi odredbu koja bi GCT test definisala kao ugovorni *GAAR* sa proširenim efektima.

Imajući u vidu da je za tzv. diskrecionu olakšicu iz čl. 7 (4) *MLI* optimala ukupno samo 31 država, odnosno jurisdikcija,³² od kojih većina pretenduje da, uprkos *BEPS*-u, zadrži atraktivnost režima oporezivanja, kao i okolnost da će se olakšica primenjivati u poreskom ugovoru samo ako su obe obuhvaćene poreske jurisdikcije načinile tu opciju, zaključujemo da se većina država i jurisdikcija odlučila za potencijalno penalizujući pristup ugovornog *GAAR*-a s ograničenim efektima. To svedoči o relativnom značaju divergentnih ciljeva poreskih ugovora koji im ta većina pridaje: *makar i postojalo dvostruko oporezivanje (ako postupak zajedničkog dogovaranja ne dâ rezultat), sprečava se zloupotreba poreskog ugovora*. Stvarne razmere rizika da zemlja rezidentstva odbije da primeni olakšicu iz čl. 23 Model-konvencije OECD i tako ne otkloni dvostruko oporezivanje u uslovima kada je zemlja izvora, po osnovu GCT testa, uskratila pogodnost iz poreskog ugovora, pokazaće se u narednim godinama.

4. USTAVNOPRAVNE PREPREKE ZA GCT TEST

Ustavnost odredbe o GCT testu može se ocenjivati u odnosu na ustavne principe pravne sigurnosti i jednakosti. Članom 16 (2) *in fine* Ustava Republike Srbije propisuje se da potvrđeni međunarodni ugovori moraju biti u skladu s Ustavom što, uprkos njihovom mestu u hijerarhiji

³² Andora, Australija, Belgija, Kostarika, Obala Slonovače, Kurasao, Kipar, Češka, Fidži, Gabon, Gernsi, Mađarska, Irska, Ostrvo Man, Džersi, Lihtenštajn, Litvanija, Luksemburg, Malta, Mauricijus, Holandija, Novi Zeland, Pakistan, San Marino, Senegal, Sejšeli, Singapur, Ukrajina, Ujedinjeni Arapski Emirati, Velika Britanija i Urugvaj.

propisa u odnosu na domaće zakone, ostavlja prostor za ocenu ustavnosti pojedinih njihovih odredaba.

4.1. Pravna sigurnost

Iako Ustav Srbije neposredno ne pominje pravnu sigurnost *en général*, Ustavni sud Srbije je smatra jednim od ustavnih načela,³³ rukovodeći se stavovima Venecijanske komisije Saveta Evrope o ključnim elementima vladavine prava (Van Dijk *et al.* 2011, 10). Operativna definicija pravne sigurnosti svodi se na zahtev da pravna pravila budu jasna i precizna, sa ciljem da obezbede da situacije i pravni odnosi koje uređuje pravo ostanu predvidljivi.³⁴

Ako bi se pod pravnom sigurnošću podrazumevalo da linija razgraničenja između izbegavanja poreza i legitimne poreske mitigacije treba da bude precizno povučena, takva bi očekivanja mogla kompromitovati ideju o *GAAR*-u uopšte, pa i o ugovornom GCT testu. Džudit Fridman (*Judith Freedman*) ukazuje na to da „prioritet treba da ima izrada praktičnog sistema sa fer testom koji je sprovodiv za većinu koja poštuje propise, a nije podložan manipulaciji kojoj bi bio izložen potpuno izvestan test, pod pretpostavkom da bi uopšte mogao da bude koncipiran“ (Freedman 2004, 355). Što je veća preciznost zakonske formulacije, to bi kreativnost poreskih obveznika namernih da izbegnu porez postajala izraženijom.³⁵ I OECD je naglašavao da „poreski obveznici imaju pravo na visok stepen izvesnosti poreskih posledica svojih akcija. Naravno, izvesnost nije uvek moguća. ... Poreske vlasti ne moraju biti u obavezi da poreskom obvezniku pruže sigurnost primene antiabuzivnih odredaba usmerenih ka poreskim obveznicima koji nastoje da izigraju nameru zakonodavca“ (OECD 1990, 12).

Relativno širok manevarski prostor koji opšta antiabuzivna pravila moraju da ostave ne sme da bude teren na kojem će meko ograničena diskreciona ovlašćenja poreskih organa urušiti princip vladavine prava. Otuda bi *GAAR*, uključujući odredbu o GCT testu, trebalo da sadrži jasne i konzistentne standarde, unapred poznate poreskim obveznicima, ali takve da ne uklanjaju potrebu za određenim diskrecionim ovlašćenjima poreske administracije. Dakle, treba pronaći ravnotežu između zahteva za pravnom sigurnošću i zahteva za sprečavanjem izbegavanja poreza. Takvi standardi mogu se potražiti, na primer, u izveštaju Grejema Aronsona (*Graham Aronson*), na osnovu kojeg je pripremljen britanski *GAAR*.³⁶ No, ne može

³³ Odluka Ustavnog suda IUz-138/2016 od 26. aprila 2018. godine.

³⁴ Upor. ECJ, S-63/93 (*Duff and Others*) [1996], para. 20.

³⁵ Videti više u Atkinson (2012, 11).

³⁶ Na primer, aranžman dovodi do potrebe oporezivanja do odbitaka koji su značajno veći od stvarnih ekonomskih rashoda ili gubitaka; uključuje transakciju po vrednosti koja se značajno razlikuje od tržišne ili uopšte nije pod komercijalnim uslo-

se prenebregnuti kritika da u takvim uslovima postoji rizik od pristupa *expressio unius est exclusio alterius* i da *GAAR*, uključujući odredbu o GCT testu, treba da izbegava enumeraciju standarda (Kasoulides Paulson 2013, 47–48). Osim toga, formulisanje sve detaljnijih pravila, kako smo već ukazali, ohrabruje izbegavanje poreza manipulacijom tim pravilima (Freedman 2004, 346). Pri tome, propis postaje sve složeniji,³⁷ što povećava broj sporova i stvara veću pravnu nesigurnost. *GAAR*, pa i GCT test, svoju „efikasnost u suprotstavljanju nepredviđenim i nepredvidljivim oblicima izbegavanja poreza zasnivaju na široko formulisanim terminima i principima, pa bi precizno određivanje njihovih spoljašnjih granica odredbe verovatno učinilo nedelotvornim“ (Atkinson 2012, 11).

Komparativna ustavnosudska praksa pokazuje da potreba da se bude neodređen da bi *GAAR*, uključujući GCT test, bio efikasan ne može biti ostavljena bez granica. Ustavni sud Poljske je presudio da je čl. 24 b, § 1 Poreskog zakona iz 1997. godine (polj. *Ordynacja podatkowa*), koji sadrži *GAAR*, u suprotnosti s Ustavom,³⁸ pošto će ustavni princip vladavine prava, iz kojeg proizlazi princip pravne sigurnosti, biti narušen kada je formulacija pravne norme tako neodređena i neprecizna da kod onih na koje je upućena stvara nesigurnost u pogledu prava i obaveza koje imaju. Takva odredba daje prekomerno širok okvir u kojem organi ovlašćeni da je primenjuju *de facto* preuzimaju ulogu zakonodavca u odnosu na ta neodređeno i neprecizno uređena pitanja.

U situaciji kada su opšta antiabuzivna pravila neophodna mera za suprotstavljanje izbegavanju plaćanja poreza, a njihove široke formulacije stvaraju probleme na terenu ustavnosti, postavlja se pitanje uravnoteženja odnosa između principa pravne sigurnosti i *GAAR*-ova, uključujući GCT test. Ana Paula Durado (*Ana Paula Dourado*) (2015, 56) upozorava da formulacija odredbe o GCT testu znači da, ukoliko je ostvarivanje poreske pogodnosti bio jedan od glavnih ciljeva aranžmana ili transakcije, postoji pretpostavka da poreska pogodnost nije u skladu sa predmetom i ciljem poreskog ugovora, što smatra *disproporcionalnom* merom, koja je u suprotnosti s osnovnim slobodama iz konstitutivnih ugovora EU.³⁹ Takve pretpostavke nema ni u *GAAR*-u iz Direktive protiv izbegavanja poreza ni u principu zabrane zloupotrebe prava, koji je razradio Evrop-

vima; uključuje lokaciju nekog sredstva ili transakcije ili mesto rezidentstva lica, koji ne bi tako bili locirani da aranžman nije urađen da bi se ostvario abuzivni poreski ishod; itd. Videti Aaronson (2011, 47–48), https://web.archive.nationalarchives.gov.uk/20130402163458/http://www.hm-treasury.gov.uk/d/gaar_final_report_111111.pdf (poslednji pristup 7. januar 2019. godine).

³⁷ Uporediti Schwidetzky (1996, 403).

³⁸ Trybunał Konstytucyjny, K 4/03, Wyrok z 11 maja 2004 r., para. 4, 5.

³⁹ Vid. čl. 5 (4) Consolidated version of the Treaty on European Union, *Official Journal of the European Union*, C 83, 30. 3. 2010.

ski sud pravde.⁴⁰ Značaj proporcionalnosti između preduzete mere i cilja koji se nastoji ostvariti prepoznao je i Ustavni sud Srbije. On je tako utvrdio da odredba čl. 9 (1) (16) Zakona o porezu na dohodak građana⁴¹ o izuzimanju iz dohotka za oporezivanje naknada za rad lica u organima za sprovođenje izbora nije u saglasnosti s Ustavom jer narušava princip jednakosti iz čl. 21 (1 i 3) Ustava i princip opštosti poreske obaveze iz čl. 91 (2) Ustava. Sud je konstatovao da ne postoji racionalna srazmernost između poreske mere (propisanog izuzimanja) i legitimnog cilja čijoj se realizaciji u konkretnom slučaju teži.⁴²

Neodređenost i nepreciznost *GAAR*-a, uključujući odredbu o GCT testu, otvara pitanje preširokih diskrecionih ovlašćenja datih nadležnim organima. Oni treba samo da „razumno zaključe“ (a ne i da *utvrde*) da je ostvarivanje pogodnosti iz poreskog ugovora bilo „jedan od glavnih ciljeva transakcije ili aranžmana“, pa da poreskom obvezniku uskrate tu pogodnost, o čemu je već bilo reči. Na arbitrarnost nastalu ovlašćenjem da se o postojanju zloupotrebe prava odlučuje na osnovu „razblaženog“ kriterijuma cilja transakcije pozvao se Ustavni savet Francuske kada je ocenio da odredba čl. 100 Finansijskog zakona za 2014. godinu nije u saglasnosti s Ustavom jer je u njoj raniji test „isključivog cilja“ zamenjen testom „glavnog cilja“ prilikom identifikacije radnje koje čine zloupotrebu poreskog prava iz L. 64 du *Livre des Procédures Fiscales*. Ustavni savet smatra, između ostalog, da je posledica takve promene u definiciji radnje zloupotrebe prava poveravanje poreskoj administraciji prevelike slobode u ocenjivanju, što narušava princip pravne sigurnosti.⁴³

Za razliku od pomenutog Kemerenovog razumevanja norme iz *GAAR*-ova u novijem pravu EU i nacionalnim zakonodavstvima o abuzivnosti „glavnog cilja ili jednog od glavnih ciljeva“, koje taj uslov tumači tako da je ipak reč o *dominantnom* cilju, odredbom čl. 7 (1) *MLI* jasno se dozvoljava da može postojati ne samo jedan „glavni“ cilj transakcije ili aranžmana već da uporedo može egzistirati više takvih ciljeva. Arbitrar-

⁴⁰ Iako Evropski sud pravde nema jurisdikciju da tumači sâm poreski ugovor (tj. da li je zemlja rezidentstva dužna da otkloni dvostruko oporezivanje dela dohotka ili imovine nastalo uskraćivanjem pogodnosti iz poreskog ugovora od organa zemlje izvora), on je nadležan da ocenjuje njegove pravne efekte na ostvarivanje osnovnih sloboda na osnovu predstavljenih činjenica. Videti ECJ, C-128/08 (*Damseaux*) [2009], para. 20, 23. Otuda odredba o GCT testu, kada bude ugrađena u obuhvaćeni poreski ugovor države članice EU, neće moći da izbegne ocenu Evropskog suda pravde s aspekta kompatibilnosti sa pravom EU. Uporediti Koriak (2016, 18).

⁴¹ *Službeni glasnik RS*, 24/01, 80/02, 135/04, 62/06, 65/06.

⁴² Odluka Ustavnog suda IUz-128/11 od 8. novembra 2012. godine, *Službeni glasnik RS*, 114/12.

⁴³ Le Conseil constitutionnel, Décision n° 2013–685 DC du 29 décembre 2013, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2013/2013685DC.htm> (poslednji pristup 5. januar 2019. godine).

nost se sastoji u tome što poreski obveznik može da dokaže da je jedan od „glavnih“ ciljeva bio nefiskalne prirode (na primer, ulazak na novo tržište), ali poreski organ ipak može uzeti pogodnost iz poreskog ugovora (na primer, korišćenje snižene stope poreza po odbitku) kao takođe jedan od takvih ciljeva i uskratiti je poreskom obvezniku. Poreski organ ima široko diskreciono ovlašćenje da povlači liniju razgraničenja između „jednog od glavnih ciljeva“ (kada uskraćuje pogodnost iz poreskog ugovora) i „sekundarnog cilja“ (kada je neće uskratiti) i na tom pitanju bi ocena ustavnosti mogla da pokaže da je narušen ustavni princip pravne sigurnosti.

Dodatna razlika između čl. 7 (1) *MLI* i „standardnih“ opštih antibuzivnih formulacija je u tome što se u odredbi o GCT testu ne zahteva da transakcija ili aranžman budu artifičijelni. I jurisprudencija Evropskog suda pravde i sekundarno poresko pravo EU, međutim, sadrže takav zahtev. U slučaju *Cadbury Schweppes*, Evropski sud pravde je zauzeo stav da zloupotreba postoji kada su u pitanju „potpuno artifičijelni aranžmani koji ne odražavaju ekonomsku realnost“.⁴⁴ Da bi se utvrdilo da li je reč o takvim aranžmanima, osim subjektivnog elementa koji se sastoji u nameri da se ostvari poreska pogodnost,⁴⁵ moraju postojati i određene objektivne činjenice, koje odražavaju ekonomsku realnost.⁴⁶ Moraju se uzeti u obzir sve okolnosti kako bi im se dao pravi značaj.⁴⁷ Na artifičijelnosti se insistira u Direktivi protiv izbegavanja poreza i u noveliranoj Direktivi o zajedničkom sistemu oporezivanja matičnih kompanija i filijala iz različitih država članica. Veber, koji smatra da GCT test *eo ipso* ne narušava osnovne slobode iz Ugovora o funkcionisanju EU⁴⁸ (jer dvostruko oporezivanje nastalo uskraćivanjem pogodnosti iz poreskog ugovora ne ugrožava te slobode), ističe da se prilikom osporavanja saglasnosti sa komunitarnim pravom ne može pozivati na princip pravne sigurnosti kao takav, ukoliko nije primenjena neka odredba prava EU.⁴⁹ Pri tome, on smatra da bi jedinu smetnju za primenu GCT testa pred Evropskim sudom pravde moglo da predstavlja to što se u odredbi čl. 7 (1) *MLI* ne zahteva artifičijelnost,

⁴⁴ ECJ, S-196/04 [2006], para. 55.

⁴⁵ Sâma činjenica da postoji poreska pogodnost ne znači da je u pitanju zloupotreba. ECJ, S-196/04 [2006], para. 38.

⁴⁶ ECJ, S-196/04 [2006], para. 64, 65.

⁴⁷ Uporediti ECJ, S-126/10 (*Foggia*) [2011], para. 38, 39.

⁴⁸ Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, *Official Journal of the European Union* C 115, 9. 5. 2008.

⁴⁹ U presudama u slučajevima *Commission v. Greece* (ECJ, C-178/05 [2007]), *SIAT* (ECJ, C-318/10 [2012]) i *Itelcar* (ECJ, C-282/12 [2013]) pozivalo se na narušavanje principa pravne sigurnosti zato što je bilo povređeno neko drugo pravo EU. U prvom slučaju, povređena je Direktiva koja se odnosi na posredne poreze na povećanje kapitala (Council Directive 69/335/EEC, *Official Journal of the European Communities*, L 249/25, 3. 10. 1969), a u drugom i trećem slučaju slobode iz Ugovora o funkcionisanju EU.

na kojoj, pak, insistiraju antiabuzivna pravila iz prava EU (Weber 2017, 56). Zato je Evropska komisija donela Preporuku o primeni mera protiv zloupotrebe poreskog ugovora,⁵⁰ u kojoj državama članicama sugerise da u svoje poreske ugovore uključe odredbu o GCT testu u formulaciji iz čl. 7 (1) *MLI*, uz dopunu da do uskraćivanja pogodnosti iz poreskog ugovora neće doći ne samo kada je ispunjen uslov iz objektivnog testa već ni ukoliko se ustanovi da aranžman ili transakcija odražavaju stvarnu ekonomsku aktivnost. Do sada, međutim, ta preporuka nije sprovedena.

Prema našem mišljenju, nepostojanje zahteva za artificijelnošću u odredbi o GCT testu (ni u čl. 29 (9) Model-konvencije OECD, koji je preuzeo čl. 7 (1) *MLI*, niti u Komentaru) takođe svedoči o narušavanju pravne sigurnosti jer upravo postojanje takvog zahteva u drugim *GAAR*-ovima služi da se ograniče široka diskreciona ovlašćenja poreskih organa nadležnih za primenu antiabuzivnih testova. Takav naš zaključak predstavlja drugu stranu tvrdnje da izostavljanje zahteva da se sprovede test ekonomske realnosti iz slučaja *Cadbury Schweppes* „nosi rizik da bi i aranžmani koji nisu potpuno artificijelni mogli potpasti pod pravilo o GCT“ (Koriak 2016, 24).

Osim pitanja ustavnosti u odnosu na princip pravne sigurnosti *en général*, normom o GCT testu otvara se prostor i za ocenu njene usklađenosti sa čl. 34 Ustava Srbije,⁵¹ prema kojem se „niko... ne može oglasiti krivim za delo koje, pre nego što je učinjeno, zakonom ili drugim propisom zasnovanim na zakonu nije bilo predviđeno kao kažnjivo, niti mu se može izreći kazna koja za to delo nije bila predviđena“. Ne postoji zakonom propisano krivično delo niti prekršaj na koje bi ukazivao GCT test: ovde *per definitionem* nije reč o nezakonitoj evaziji. Prethodna analiza je, međutim, ukazala na to da će se, u situaciji kada zemlja izvora uskrati poreskom obvezniku pogodnost iz poreskog ugovora a zemlja rezidentstva odbije da pruži neku od metoda za eliminaciju dvostrukog oporezivanja, odredba o GCT testu pokazati kao izvor svojevrzne *nepropisane* „sankcije“ jer će poreski obveznik biti izložen dodatnom novčanom teretu (dvostrukom pravnom oporezivanju dela dohotka ili imovine). To bi se moglo smatrati narušavanjem ustavnog načela *nulla poena sine lege*. Napominjemo da Evropski sud za ljudska prava ima etabliranu praksu prema kojoj koncept „kazne“ predstavlja autonoman koncept po Evropskoj konvenciji za ljudska prava, te Sud zadržava pravo da „zađe iza pojavnog (oblika određene mere – *D. P. i G. I. P.*) i za sebe proceni da li određena mera svojom suštinom doseže do ‘kazne’“. ⁵² Zbog toga okolnost da proisteklo penalizujuće dvostruko

⁵⁰ Commission Recommendation on the implementation of measures against tax treaty abuse, *Official Journal of the European Union*, L 25, 2. 2. 2016.

⁵¹ Iznad tog člana stoji naslov „Pravna sigurnost u kaznenom pravu“.

⁵² Uporediti ECtHR (Decision) 21 October 2013, no. 42750/09, *Del Río Prada v. Spain*, para. 81.

oporezivanje ne nosi zakonsko obeležje „kazne“ ne bi mogla da spreči da se ta mera tako kvalifikuje, pri čemu se poreski obveznik kažnjava za delo (nelegitimno, iako zakonito, izbegavanje poreza) koje nije predviđeno kao kažnjivo. U sličnim okolnostima, mada vezanim za domaći *GAAR*, francuski Ustavni savet je ocenio da bi pomenuti čl. 100 Finansijskog zakona za 2014. godinu „takođe narušio zahteve koji proizlaze iz principa zakonitosti delikata i kazni“.⁵³

4.2. Jednakost pred zakonom

Članom 21 Ustava Srbije predviđeno je da su „pred Ustavom i zakonom svi... jednaki“ i da je „zabranjena... svaka diskriminacija, neposredna ili posredna, po bilo kom osnovu...“. Članom 91 (2) Ustava propisano je da je „obaveza plaćanja poreza i drugih dažbina... opšta i zasniva se na ekonomskoj moći obveznika“. Opštost poreske obaveze je, dakle, druga strana principa jednakosti pred (poreskim) zakonom (Popović 2018, 38).

Pitanje saglasnosti odredbe o GCT testu sa principom jednakosti otvara se zbog posledičnog nejednakog tretmana identičnih aranžmana, koji se jedan od drugog razlikuju samo po tome što je jedan poreski obveznik uspeo da, na primer, sniženu stopu poreza po odbitku predstavi kao sekundarni cilj transakcije ili aranžmana (jer je primarni cilj ulazak na novo tržište), pa mu je zato pogodnost iz poreskog ugovora pružena, dok drugi poreski obveznik u tome nije uspeo, pa mu je poreski organ uskratio tu pogodnost, ocenjujući je kao „jedan od glavnih ciljeva“. Pri tome, narušen je i princip plaćanja poreza prema ekonomskoj moći jer nije obezbeđen zahtev za horizontalnom pravičnošću, odnosno da lica s istom ekonomskom snagom treba da plate isti iznos poreza. Zaključujemo da iz formulacije čl. 7 (1) *MLI* proizlazi da poreski organ sprovodi GCT test „od slučaja do slučaja“, što može da dovede do različitih rešenja u istim situacijama.

Iako je „celokupno oporezivanje... u povlačenju razlika“ (Thuronyi 2003, 82), one bi trebalo da budu zasnovane na objektivnim i razumnim opravdanjima, koja će biti vrednovana prema predmetu i cilju poreskog propisa, uzimajući u obzir opšteprihvaćene principe u demokratskom društvu. Ustavni sud Srbije je u nekim slučajevima u poslednjih desetak godina počeo da ocenjuje saglasnost poreskih odredaba sledeći takav pristup i da primenjuje kriterijum srazmernosti između cilja i upotrebljenog sredstva.⁵⁴

⁵³ Le Conseil constitutionnel, para. 113.

⁵⁴ Na primer, Sud je konstatovao da je odredbom čl. 2 (1) Zakona o jednoratnom porezu na ekstra dohodak i ekstra imovinu stečene iskorišćavanjem posebnih pogodnosti (*Službeni glasnik RS*, 36/01, 37/01, 18/02) povredeno načelo zabrane diskriminacije iz čl. 21 Ustava Srbije. Prema toj odredbi, pravna i fizička lica koja su dohodak i imovinu stekla na isti način, tj. „korišćenjem posebnih pogodnosti“, ali posle stupanja na snagu

Smatramo da bi primena testa proporcionalnosti⁵⁵ mogla da dovede do zaključka da je odredbom o GCT testu narušen princip jednakosti. I kada bi se Sud držao doktrine o „jednakosti u istoj pravnoj situaciji“,⁵⁶ teško da bi mogao da zaključi da se primenom norme o GCT testu utvrđena obaveza „jednako odnosi na sve građane koji se nalaze u istoj pravnoj situaciji“ jer će jednome biti pružena, a drugome uskraćena pogodnost iz poreskog ugovora, zavisno od toga da li je kvalifikovana kao sekundarni ili, pak, jedan od glavnih ciljeva aranžmana ili transakcije.

Ako bi se u skladu sa karakterom odredbe o GCT testu, kao *GAAR*-u s ograničenim efektima, dogodilo da, pošto zemlja izvora uskrati pogodnost iz poreskog ugovora, a zemlja rezidentstva ne primeni metodu kredita ili metodu izuzimanja, poreski obveznik bude izložen dvostrukom pravnom oporezivanju, može se otvoriti i pitanje ustavnosti odredbe o GCT testu u zemlji izvora u odnosu na ustavni princip oporezivanja prema ekonomskoj snazi. Primera radi, ukoliko dva poreska obveznika iste ekonomske snage, koji su rezidenti Finske, ulože isti iznos u po jedno privredno društvo – rezidente Srbije, pri čemu prvi odobrava pozajmicu očekujući prihod od kamate (na koju se, prema poreskom ugovoru između Srbije i Finske, ne plaća porez po odbitku u zemlji izvora), dok drugi ulaže sopstveni kapital očekujući prihod od dividende (na koju se plaća porez po odbitku od 5%), njihov poreski tretman bio bi nejednak jer bi prvome bila uskraćena poreska pogodnost na osnovu primene GCT testa. Iako im je sposobnost plaćanja ista,⁵⁷ prvi obveznik – samo zbog toga što je nadležni organ ocenio da je uključen u aranžman čiji je jedan od glavnih ciljeva abuzivni – biće izložen dvostrukom oporezivanju dela svog dohotka. Ustavni sud Srbije bi mogao da smatra da odredba poreskog ugovora koja dovodi do takvog ishoda nije u saglasnosti sa čl. 91 (2) Ustava. Pred Ustavnim sudom Srbije mogao bi, kao kontraargument, da se navede da je do dvostrukog oporezivanja došlo zbog odbijanja zemlje rezidentstva (Finske) da primeni jednu od metoda za eliminaciju dvostrukog oporezivanja, ali je takav ishod rezultat saglasnosti volja ugovornih strana, koje su odlučile da ne optiraju za primenu diskrecione olakšice iz čl. 7 (4) *MLI*.

tog zakona, ne podležu obavezi plaćanja jednokratnog poreza, čime je povređen princip jednakosti pred zakonom. Ostvarivanje cilja kojim se zakonodavac rukovodio ne sme da bude osnov da se bez objektivnog i razumnog opravdanja stvore nove razlike među potencijalnim poreskim obveznicima. Videti Odluku Ustavnog suda IU-221/01 od 14. jula 2011. godine, *Službeni glasnik RS*, 72/11.

⁵⁵ O srazmernosti između cilja i upotrebljenog sredstva, videti više u Bourgeois (2008, 92–93).

⁵⁶ Videti na primer Odluku Ustavnog suda IU-39/04 od 16. septembra 2004. godine, *Službeni glasnik RS*, 122/04.

⁵⁷ Ne razlikuje se ni intenzitet korišćenja javnih dobara u zemlji izvora (Srbiji), te ne postoji opravdanje za ukupno oštrije oporezivanje jednog u odnosu na drugog.

5. ZAKLJUČAK

Ugradnjom odredbe o GCT testu u obuhvaćene poreske ugovore započela je *post-BEPS* era međunarodnog poreskog prava. Naša analiza je pokazala da su toj odredbi inherentne brojne slabosti, od kojih neke, poput narušene pravne sigurnosti, nejednakog tretmana i novčane penalizacije poreskog obveznika usled dvostrukog oporezivanja, mogu ubuduće da budu predmet ocene ustavnosti. Ustavni sudovi u Poljskoj i Francuskoj već su proglašavali neustavnim domaće *GAAR*-ove, čije su odredbe bile slične delovima odredbe o GCT testu, pre svega zbog neodređenosti i nepreciznosti formulacija, kao i zbog „razblaživanja“ elemenata za ispitivanje postojanja zloupotrebe prava („isključivi cilj“ postao je „glavni cilj“). Izazov je, međutim, sada složeniji jer bi odluka da odredba o GCT testu iz poreskih ugovora nije u skladu s ustavom srušila važan deo *BEPS* konstrukcije.

Preciznost norme bi se povećala, a pravna nesigurnost smanjila ukoliko bi se, makar u Komentar Model-konvencije OECD, jasnije odredila granica između „jednog od glavnih ciljeva“ aranžmana ili transakcije i sekundarnog cilja, posebno imajući u vidu rizike koje za *bona fide* poreske obveznike nosi nizak nivo dokaza da je postojala abuzivna namera koji se očekuje od poreskog organa („razumno zaključivanje“) i visok nivo dokaza koji poreski obveznici moraju pružiti u objektivnom testu („ustanovljavanje“ da je odobravanje pogodnosti u datim okolnostima bilo u skladu sa predmetom i ciljem odgovarajućih odredaba poreskog ugovora) da bi se izuzeli od uskraćivanja pogodnosti iz poreskog ugovora. Sem toga, normu o GCT testu trebalo bi upotpuniti zahtevom da aranžman mora da bude artifičijelan da bi se smatrao abuzivnim. Članom 30 *MLI* predviđeno je da odredbe Multilateralne konvencije ne utiču na naknadne izmene obuhvaćenih poreskih ugovora koje mogu biti dogovorene između ugovornih jurisdikcija, što bi značilo da bi države u kojima bi ustavni sud osporio delove odredbe o GCT testu mogle na bilateralnoj osnovi da potraže zadovoljavajuće rešenje. Ukoliko je broj država i jurisdikcija u kojima je ustavni sud našao da te odredbe nisu u saglasnosti s ustavom značajan, mogao bi se u propisanoj proceduri podneti amandman na Multilateralnu konvenciju.

Penalizujući efekat odredbe o GCT testu s ograničenim efektima, za koji bi ustavni sudovi mogli da ocene da nije u saglasnosti s ustavnim principom pravne sigurnosti u kaznenom pravu, nestao bi ako bi se ugovarala primena diskrecione olakšice. Ostao bi prigovor na račun nepreciznosti odredbe o diskrecionoj olakšici, imajući u vidu da poreski organ ima slobodu izbora neabuzivne strukture koju će primeniti.⁵⁸

⁵⁸ Videti više u Pinetz (2016, 299).

Iako je celokupan BEPS projekat, i MLI kao njegov važan deo, rađen u saradnji vodećih eksperata iz domena međunarodnog poreskog prava, pod okriljem OECD-a, uz podršku G 20, te se većina prihvaćenih mera može visoko oceniti,⁵⁹ izgleda da su efekti izbegavanja poreza putem erozije poreske osnovice i premeštanja dobiti, iskazani kroz gubitak poreskih prihoda u iznosu od oko 200 milijardi USD na globalnom nivou godišnje,⁶⁰ uticali na „radikalizaciju“ pojedinih rešenja, pre svega odredbe o GCT testu iz čl. 7 (1) MLI. „Tas“ je prevagnuo na stranu poreske administracije, što se očigledno želelo postići. Osim toga, uz cilj poreskog ugovora definisan kao „izbegavanje dvostrukog oporezivanja bez stvaranja mogućnosti za neoporezivanje ili smanjeno oporezivanje putem poreske evazije ili izbegavanja poreza“, otvoren je prostor da, posle uskraćivanja pogodnosti iz poreskog ugovora u zemlji izvora poreski obveznik ostane dvostruko oporezovan jer nije primenjena jedna od mera za eliminaciju dvostrukog oporezivanja u zemlji rezidentstva, kad god se ona ne složi sa rekonfigurisanim poreskim tretmanom osporenog aranžmana u zemlji izvora.

U predstojećim godinama sticaće se prva iskustva u primeni odredbe o GCT testu i reakciji zemlje rezidentstva, koja će potvrditi ili osporiti iznete primedbe. Takođe će se pokazati u kojoj će meri biti potrebna rekonstrukcija modifikovane mreže poreskih ugovora zbog dejstva eventualnih odluka ustavnih sudova o (ne)ustavnosti norme koja sadrži ovaj test.

LITERATURA (REFERENCES)

- Aaronson, Graham. 2011. *GAAR Study. A Study to Consider whether a General Anti-avoidance Rule Should be Introduced into the UK Tax System*. London: The National Archives, https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20130402163458/http://www.hm-treasury.gov.uk/d/gaar_final_report_111111.pdf (poslednji pristup 7. januar 2019. godine).
- Arnold, Brian J. 2016. *International Tax Primer*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer.
- Atkinson, Chris. 2012. General Anti-Avoidance Rules: Exploring the Balance between the Taxpayer's Need for Certainty and the Government's Need to Prevent Tax Avoidance. *Journal of Australian Taxation* 14: 1–56.

⁵⁹ Za određene zamerke BEPS projektu, uporediti Valderrama (2018, section 3.3).

⁶⁰ <http://www.oecd.org/ctp/oecd-presents-outputs-of-oecd-g20-beps-project-for-discussion-at-g20-finance-ministers-meeting.htm> (poslednji pristup 14. januar 2019. godine).

- Báez Moreno, Andrés. 2017. GAARs and Treaties: From the Guiding Principle to the Principal Purpose Test. What Have We Gained from BEPS Action 6?. *Intertax* 45: 432–446.
- Baker, Philip. Tax Avoidance, Tax Mitigation and Tax Evasion, <https://vdocuments.site/tax-avoidance-tax-mitigationphilip-baker.html> (poslednji pristup 25. decembar 2018. godine).
- Bourgeois, Marc. 2008. Constitutional Framework of the Different Types of Income. 79–183 u *The Concept of Tax*, urednik Bruno Peeters. Amsterdam: IBFD.
- Bravo, Nathalie. 2016. The Multilateral Tax Instrument and Its Relationship with Tax Treaties. *World Tax Journal* 8: 279–304.
- Chand, Vikram. 2018a. *The Interaction of Domestic Anti-Avoidance Rules with Tax Treaties (with special references to the BEPS project)*. Zurich: Schulthess.
- Chand, Vikram. 2018b. The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis. *Intertax* 46: 18–44.
- De Broe, Luc, i Joris Luts. 2015. BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse. *Intertax* 43: 122–146.
- Dourado, Ana Paula. 2015. Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6. *Intertax* 43: 42–57.
- Engelen, Frank. 2004. *Interpretation of Tax Treaties under International Law*. Amsterdam: IBFD.
- Freedman, Judith. 2004. Defining Taxpayer Responsibility: In Support of a General Anti-Avoidance Principle. *British Tax Review* 4: 332–357.
- Jelčić, Božidar. 1998. *Financijsko pravo i financijska znanost*, Zagreb: Informator.
- Kasoulides Paulson, Stella. 2013. *When It Comes to General Anti-Avoidance Rules, is Broader Better?*. Wellington: Victoria University of Wellington, Faculty of Law.
- Kemmeren, Eric C. C. M. 2014. Where is EU Law in the OECD BEPS Discussion?. *EC Tax Review* 23: 190–193.
- Kok, Reinout. 2016. The Principal Purpose Test in Tax Treaties under BEPS 6. *Intertax* 44: 406–412.
- Koriak, Oleksandr. 2016. *The Principal Purpose Test under BEPS Action 6: Does the OECD Proposal Fit the EU Legal Framework*. Lund: School of Economics and Management Lund University.
- Lang, Michael. 2014. BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties. *Tax Notes International* 74: 655–664.

- Lovčević, Jovan. 1993. *Institucije javnih finansija*, Beograd: Službeni list SRJ.
- Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting, <http://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf> (poslednji pristup 10. januar 2019).
- OECD. 2013. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, Paris: OECD.
- OECD. 2015. *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties. Action Plan 15: 2015 Final Report*. Paris: OECD.
- OECD. 2017. *Model Tax Convention on Income and on Capital*, Paris: OECD.
- OECD. 1990. *Taxpayers' Rights and Obligations*. Paris: OECD.
- Pinetz, Erik. 2016. Use of a Principal Purpose Test to Prevent Treaty Abuse. 271–301 u *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS). The Proposals to Revise the OECD Model Convention*, urednici Michael Lang, Pasquale Pistone, Alexander Rust, Josef Schuch i Claus Staringer. Vienna: Linde Verlag.
- Popović, Dejan. 2018. *Poresko pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Popović, Dejan, i Gordana Ilić Popov. 2017. Značaj i efekti BEPS multilateralne konvencije u međunarodnom poreskom pravu. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 75: 13–31.
- Popović, Dejan, i Svetislav V. Kostić. 2009. *Ugovori Srbije o izbegavanju dvostrukog oporezivanja. Pravni okvir i tumačenje*. Beograd: Cekoš in.
- Schwidetzky, Walter D. 1996. Hyperlexis and the Loophole. *Oklahoma Law Review* 49: 403–424.
- Taboada, Carlos Palao. 2015. OECD Base Erosion and Profit Shifting Action 6: The General Anti-Abuse Rule. *Bulletin for International Taxation* 69: 602–608.
- Thuronyi, Victor. 2003. *Comparative Tax Law*. The Hague: Kluwer.
- Tiley, John. 2000. *Revenue Law*. Oxford: Hart Publishing.
- Todorović, Milan. 1930. *Nauka o finansijama. I Nauka o porezima*. Beograd: Geca Kon.)
- Valderrama, Irma Johanna Mosquera. 2018. Output Legitimacy Deficits and the Inclusive Framework of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Initiative. *Bulletin for International Taxation* 72: section 1 – section 4.

- Van Dijk, Pieter, Gret Haller, Jeffrey Jowell i Kaarlo Tuori. 2011. Report on the Rule of Law, Study No. 512/2009. Strasbourg: European Commission for Democracy through Law (Venice Commission).
- Weber, Dennis. 2017. The Reasonableness Test of the Principal Purpose Test Rule in OECD BEPS Action 6 (Tax Treaty Abuse) versus the EU Principle of Legal Certainty and the EU Abuse of Law Case Law. *Erasmus Law Review* 1: 48–59.

Dejan Popović, PhD

Full Professor
University of Belgrade Faculty of Law

Gordana Ilić Popov, PhD

Full Professor
University of Belgrade Faculty of Law

(UN)CONSTITUTIONALITY OF THE PROVISION ON THE
PRINCIPAL PURPOSE OF TRANSACTION OR ARRANGEMENT
TEST FROM THE TAX TREATIES

Summary

The principal purpose of transaction or arrangement test (PPT) contained in MLI authorises tax authorities to deny a treaty benefit. The structure of PPT shows that tax authorities were given wide discretion. Its wording does not determine what will be taxed in the source country once the benefit is denied. In authors' opinion the residence country may decide to deny the relief for elimination of double taxation if it considers that it is the conflict of qualifications that arises from differences in interpretation of treaty or facts rather than from differences in domestic law. The constitutionality of PPT may be assessed with respect to the principles of legal certainty and equality. The tax authorities were given arbitrary authorisation to assess whether it is an abusive "one of the principal purposes of a transaction" or a legitimate commercial objective. This may violate the principles of equality and taxation based on ability-to-pay.

Key words: *Principal purpose of transaction or arrangement test. – Multilateral instrument. – Tax avoidance. – Legal certainty. – Constitutionality.*

Article history:
Received: 11. 2. 2019.
Accepted: 25. 4. 2019.

UDK 342; 321.01

CERIF: S115

DOI: 10.5937/AnaliPFB1902035T

Zoran R. Tomić*

JAVNI POREDAK: POJAM I STRUKTURA

Članak je posvećen traganjima za suštinom i strukturom javnog poretka, kao opšte kategorije u svakom pravnom i društvenom sistemu, ali i kao klauzule u međunarodnom privatnom pravu. Predočeni su složenost, dinamika i važnost javnog poretka. Autor naglašava da javni poredak u najširem smislu obuhvata kako prinudne propise, tako i moralna i običajna pravila, pa i ustaljenu i priznatu sudsku praksu najviših sudova – kao i primerene krucijalne društvene vrednosti, institute, ali i mere/radnje javnih tela. Veli da javni poredak ima najmanje dva cilja: 1) zaštitu – ne samo ljudskih sloboda i prava već i društvene celine, zajednice; 2) regulaciju društvenih tokova, posebno javnih službi. Javni poredak se stoga nipošto ne može svesti na ograničavanja (recimo, autonomije volje, posebno slobode ugovaranja) i naređivanja. Obradena su i najvažnija svojstva javnog poretka, a ponuđena je i klasifikacija odnosne kategorije.

Ključne reči: *Osnovne vrednosti. – Javni poredak. – Javni interes. – Zaštita. – Regulacija.*

En droit public, tout est ordre public

(L. Béquet)¹

1. UVOD

„Javni poredak“ je relativno često korišćen termin i u stručnoj literaturi i u zakonodavstvu, pa i svakodnevnom govoru. Zvuči poznato, lako odredive sadržine. No, da li je baš tako? Nije netačno da se on tiče – u

* Autor je redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, ztomic@ius.bg.ac.rs.

¹ Répertoire du Droit administratif, t. VIII, V Contentieux administratif, n. 932.

određenom smislu – celine javnog prava. Ali takvo definisanje bi bilo daleko od preciznog. A, pri tome, ostaje i pitanje razlikovanja, demarkacione linije (ako uopšte postoji?) javnog i privatnog prava (Vodinić 2017, 586–611). Takođe, pitanje je da li se javni poredak iscrpljuje u pravnim normama, da li je njegova sadržina isključivo normativna. Da li uključuje moralni supstrat, legitimne („dobre“), prihvaćene običaje, uhodanu sudsku praksu najvišeg ranga, čak estetski momenat – i možda još ponešto?

Cilj započetog napisa je da se pronikne u strukturu javnog poretka, posebno u unutrašnjem pravu. Da se pokažu i analiziraju njegova razuđenost, različita značenja i važniji problemi u njegovoj primeni, posebno u sudskoj praksi. Autor članka ima u vidu, u prvom redu (ali ne i jedino!), pravnu stranu javnog poretka – ali i razgraničenje od pravnog poretka! – njegovu prirodu, značaj i mesto u nomenklaturi društvenih pojava i pojmova.

Redosled izlaganja je sledeći: prvo se razmatra kategorija javnog interesa kao osnov i okosnica teme započetog članka. Sledi bliže određivanje javnog poretka, njegovih ključnih elemenata, posebno njihove međusobne veze. Zatim se prelazi na razvrstavanje javnog poretka, na njegove vrste i oblike, da bi se – na koncu – izveli odgovarajući zaključci, pa i rezime o srži izabranog pitanja.

2. JAVNI INTERES

Javni interes i javni poredak su teško odvojivi. S jedne strane, ne može se definisati uloga javnog poretka bez javnog interesa kao njegove podloge (Méadel 2007, 8). S druge strane, javni poredak je – između ostalog – skup javnih interesa, i to onih najznačajnijih, krucijalnih. U tom smislu je javni poredak područje najvažnijih javnih interesa koji se bespogovorno štite od svekolikog ugrožavanja.

Interes se uzima kao nešto što privlači pažnju: „ono što (nam) je važno“, „što (nam) odgovara“, „ono što (nas) pokreće“, „podloga naših aktivnosti ili pak samo htenja/želja“... Ako se to „nešto“ tiče većine, odnosno velikog broja članova jedne društvene zajednice, što je kao takvu održava i unapređuje, s ciljem da se obezbede blagostanje i društveni red, mir i sklad – a opet je to „nešto“ dostupno, načelno otvoreno svima – na tragu smo javnom interesu.

Javno je, s jedne strane, antipod tajnom. S druge strane, javno se stavlja naspram privatnog. Javno je u principu svetlo, vidljivo – a tajno, mračno, teško dokučivo, prikriveno. Ukratko i uprošćeno, javno je načelno otvoreno, a tajno zatvoreno tako da je dostupno samo krugu odabranih/određenih.

Javni interes u velikom delu ne mora da se poklapa sa onim državnim, pa ni sa nacionalnim. Izvorno, javno je lišeno te prioritete političke crte. Znači, kod javnog nije u prvom redu posredi „državni razlog“ (Moreau 1989, 352): nije mu smisao održavanje određene političke garniture na vlasti niti određenog političkog poretka i ostvarivanje ciljeva (političkih, vojnih, ekonomskih, kulturnih...) aktuelnih vlastodržaca. Ujedno, javno se ne tiče odnosa domaće države i onih drugih, stranih – osim posredno, kad je posredi obezbeđenje i održanje spoljne bezbednosti ili zaštite granica. Jer, u središtu pažnje javnog interesa nije država već društvo, zajednica, ali i pojedinci – građani, uzeti i svaki ponaosob i kao pripadnici određene celine. U tom pogledu javno se primiče „opštem“ (Méadel 2007, 8). Dakle, legitiman javni interes nije suprotan – niti bi u savremenom demokratskom civilizacijskom poretku smeo da bude – pojedinačnom interesu, bar najvećem broju njih. Naprotiv, standardni pojedinačni interesi se redovno „pronalaze“ u onom javnom.

Kvantitativno uzev, javno se tiče velikog broja povezanih jedinki, koje zajedno drže baš određeni širi interesi u datoj socijalnoj celini. *Kvalitativno*, javni interes preteže nad onim pojedinačnim i grupnim. Javno je, u svim njegovim vidovima, egzistencijalno i esencijalno za dati društveni milje. Ono je nezamenljivo i stalno, ali nije bespogovorno stabilno, okamenjeno, s obzirom na društvenu pokretljivost angažovanih interesa. Zbog svog kapitalnog značaja, javni interes se pravno izražava i štiti, sankcioniše se njegova povreda. On je u krajnjoj liniji zaštićen monopolom državne sile, koja je podvrgnuta vladavini prava.

Tri su opredeljujuća, konstitutivna elementa javnog interesa. Prvo – puno ostvarivanje i zaštita ljudskih sloboda i prava. Drugo – redovno odvijanje društvenog života u svim njegovim komponentama, uz nužne korekcije i unapređenja. Treće – uredan rad državnih organa i javnih tela.

Oblici javnog interesa su uporišne tačke različitih područja društvenog života, kao što su, primerice: spoljna i unutrašnja bezbednost, javni red i mir, kontinuirano i optimalno snabdevanje energentima i hranom, normalno funkcionisanje drugih javnih službi (zdravstvo, obrazovanje, kultura, komunalni red itd.), regulisan i nesmetan saobraćaj, javne komunikacije/veze, čuvanje životne sredine od zagađenja, skladno uređenje javnog prostora, funkcionisanje svih vrsta tržišta, posebno zaštita konkurencije, pružanje informacija od javnog značaja i zaštita podataka o ličnosti – i drugo.

Ilustracije radi, *Ustav Srbije* veli: „Pravo svojine može biti oduzeto ili ograničeno samo u javnom interesu utvrđenom na osnovu zakona, uz naknadu koja ne može biti niža od tržišne.“² Takođe, u Ustavu se na više mesta pominju javne službe, javni poslovi, javne funkcije i javni

² Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, 98/2006, čl. 58 (2) – *Pravo na imovinu*.

funkcioneri, javna ovlašćenja, javno zdravlje itd. Javni interes je posebno svojstven upravnom postupku, prema *Zakonu o opštem upravnom postupku*,³ znatno manje onoj upravnosudskoj, u smislu *Zakona o upravnim sporovima*.⁴

3. POJAM I ULOGA JAVNOG PORETKA

Pojam *poretka* se zasniva na dve ključne organizacione premise. To su red i sklad. Poredak podrazumeva više elemenata „koji ispunjavaju intelektualne, moralne ili estetske uslove“ (Krokhalev 1992, 23–24). Za Ž.-Ž. Rusoa (*Jean-Jacques Rousseau*) javni poredak je „beton socijalnog poretka“. Presudno je da se tom prilikom postave, konstruišu uslovi zajedničkog života, poduprti pravnim normama. *Charles Debbasch* ukazuje na prostranost kategorije javnog poretka (Debbasch 1978, 75–76). On kaže da se javni poredak sastoji u brizi javne vlasti o „ukupnosti ravnoteža, ekonomskih i socijalnih“; javna vlast je odgovorna za ekonomsku i socijalnu sigurnost građana, to jest za zadovoljenje njegovih društvenih potreba u savremeno doba, pa i za njihovu sreću na makroplanu. S tim u vezi, negativna definicija javnog poretka svodi se na nepostojanje smetnji, poremećaja, odnosno nemira u javnom životu (*M. Bernard*). Ima stanovišta prema kojima je javni poredak čist pravni pojam koji ne prihvata političke, religiozne, ekonomske i moralne kriterijume – ali i onih koja ipak, pod okriljem pravnih normi, uključuju i pojedine od tih sastojaka. Štaviše, javnim poretkom se katkad, prevashodno u pravnoj doktrini, obuhvataju i ciljevi koji se imaju ostvariti (pravda, blagostanje i sl.) (Krokhalev 1992, 25). U svakom slučaju, „javni poredak je takav unutrašnji red koji omogućava jednoj skupini ljudi da bude društvo...“ (Dupuis i Guédon 1988, 11 i dalje). Javni poredak dopušta da svako uživa svoja prava poštujući prava drugih. Javni poredak je ujedno minimalna društvena disciplina za funkcionisanje ustanova javne vlasti i za dobrobit društva.

Javni poredak zahvata celokupno pravo. On ima svoju ulogu i u unutrašnjem i u međunarodnom pravu, posebno u onom privatnom. U unutrašnjem pravu poznaju ga ustavno, krivično, upravno, radno, građansko pravo, materijalno i procesno... Ipak, neka zajednička svojstva javnog poretka mogu se naći, uočiti i analizirati (o tome nešto docnije).

³ Zakon o opštem upravnom postupku, *Službeni glasnik RS*, 18/2016. Tako, javni interes je bilo ograničavajući, bilo zaštitni faktor kod: *Načela ostvarivanja prava građana i ostvarivanja javnog interesa* – čl. 7; garantnog akta – čl. 20 (2); upravnog ugovora – čl. 22 (2); načina pokretanja opostupka – čl. 90 (2); odstupanja od odložnog dejstva žalbe – čl. 155 (2); žalbe u izvršnom postupku i odlaganja izvršenja – čl. 202 (4) itd.

⁴ Zakon o upravnim sporovima, *Službeni glasnik RS*, br. 11/2009. Videti čl. 5 – *Određenje upravne stvari*, i čl. 23 (2) – *Odložno dejstvo tužbe*.

Dva su tradicionalna, osnovna pravna značenja javnog poretka (videti Pak 1986, 596 i dalje; Varadi *et al.* 2010, 154). *Jedno* – da je javni poredak skup pravila kojima se obezbeđuje zaštita sistema vrednosti u jednoj državi, tako da se pravila moraju bespogovorno poštovati. *Drugo* – da je u pitanju institut međunarodnog privatnog prava koji koriguje redovnu primenu merodavne strane pravne norme ili omogućava nepriznavanje strane sudske odluke (Cornu 1987, 561–562 – *Ordre public*), odnosno nepriznavanje dokazne snage strane javne isprave – sve to da bi se zaštitile osnovne domaće/unutrašnje pravne vrednosti (Jakšić 2017, 623, 629; videti Krokhaliev 1992, naročito 6–7). Šire od pravnog poimanja je ono stanovište koje veli da javni poredak čine „posebna pravila kojima se obuhvataju osnovna načela i osnovna shvatanja o moralu, savесnosti, poštenju i dobrim običajima i sankcioniše njihova povreda“ (Pak 1986, 596). Cornu (1987, 562) smatra da se javni poredak – negativno definisano – može uzeti kao društveno stanje u kojem mir, spokojstvo i javna sigurnost nisu poremećeni. Pravila javnog poretka se nameću naročitom snagom i njihova primena se ne može otkloniti. Ona, pisana i nepisana, „u svojoj ukupnosti predstavljaju temelje (socijalne, političke...) ... bitne za funkcionisanje javnih službi, održavanje sigurnosti i moralnosti (u tom smislu obuhvatajući i dobre običaje), za ekonomski promet (ekonomski javni poredak) ili se odnose na staranje o određenim prvorazrednim pojedinačnim interesima (javni poredak individualne zaštite)“ (Cornu 1987, 562).

Javni poredak je s jedne strane uža, a s druge strane šira kategorija od pravnog poretka.⁵ Uži je jer obuhvata samo osnovne, najvažnije temeljne pravne propise jedne države. Moglo bi se čak konstatovati da je javni poredak deo pravnog poretka regulisan javnopravnim normama, to jest onim pravilima koja državi u odnosu na građanina i kolektivitete daju jaču, nadmoćniju poziciju – zabrane, ograničenja, nametanja, kao i regulisanja, u javnom interesu. Javni poredak je, opet, širi od pravnog jer se ne iscrpljuje samo u pravnim propisima i pravnim normama i ponašanju po njima; javni poredak ima, naime, i svoju vrednosnu i institucionalnu stranu.

Prethodni pojam javnog poretka u unutrašnjem pravu svodi se na dve povezane komponente – na ograničenje (okvir, granice, u privatnom pravu osobito), odnosno na zaštitu, i na regulaciju – u javnom pravu, u ustavnom i upravnom pravu naročito. Jer zadaci javne uprave u zadovoljanju javnog interesa svode se i na obezbeđenje javnog poretka i na činidbe u dobrima i u uslugama (Dupuis i Guédon 1988, 396, 398). Tom prilikom se, u skladu sa zakonom i u njegovom izvršenju, upravlja javnim resursima i održavaju postavljene granice slobodama i pravima fizičkih i pravnih lica.

⁵ Ustav Srbije veli da je pravni poredak Srbije jedinstven – čl. 4 (1) i čl. 194 (1).

U javnom pravu, javni poredak je „trasa“ za zadovoljenje krucijalnih javnih interesa, uz neophodna ograničavanja, naročito procesna (Vedel 1978, 23, 551–552) – tako kod upravnih ugovora (videti Richer 2008, 101, 312).

U privatnom pravu, javni poredak je, između ostalog, okvir autonomije volje, naročito kod ugovora. Reč je o imperativnim normama koje pojedinci ne mogu ukloniti ni svojim ponašanjem ni svojim sporazumom (Perović 1990, 162–172; Salma, 1988, 351–352; Cornu 1987, 352). Na delu je „susret“ opšteg i pojedinačnog (Krokhalev 1992, 29 – s pozivom na čl. 6 i 1134 *Code civile français*): sloboda ugovaranja ne može ukloniti principe javnog poretka (i dobrih običaja). Ugovori koji su protivni javnom poretku ništavi su i kao takvi su zabranjeni.

Sve u svemu, *javni poredak je skup krucijalnih društvenih vrednosti, principa, ustanova, normi i mera na temelju javnih interesa kojima se obezbeđuju ostvarivanje i zaštita sloboda i prava građana, normalan tok društvenog života i redovno funkcionisanje javnih službi – i koji se (ti i takvi interesi) mogu, u krajnjoj liniji, izdejsstvovati i primenom državne prinude, pravno propisanim merama javne vlasti za njihovo ostvarenje i obezbeđenje, uz vođenje računa o načelu proporcionalnosti*. Tako je, primerice, u francuskoj sudskoj praksi u pogledu slobode veroispovesti (Long, Weil i Braibant 1984, 85, 88). Znači, ograničenja javnim poretkom se primenjuju samo u meri u kojoj je štite osnovne društvene vrednosti (Krokhalev 1992, 31).

Dakle, *konstitutivni elementi javnog poretka* su: vrednosti, pravni instituti, pravila i radnje (tzv. nenormativne aktivnosti).

1. *Vrednosti* utkane u javni poredak su: one tradicionalne – javni mir, javna sigurnost ljudi i imovine i javno zdravlje, ali i savremene, kao što je uređena konkurencija – zabrana monopola, ili primereni kulturni sadržaji, na granici sa moralom. Takođe, i opšta estetska pitanja mogu da uđu u sferu javnog poretka – recimo zaštita od pokušaja naruživanja prirodnog, istorijskog izgleda grada prilikom narušavanja konzerviranih arhitektonskih zdanja (Moreau 1989, 351–352; Debbasch 1978, 75; Vedel 1978, 23; Moreau 1989, 351; Depuis i Guédon 1988, 11).

2. *Pravni instituti* uklopljeni u javni poredak su, naročito: a) ljudske slobode i prava; b) javne službe; v) nadležnost javnih tela.

a) Ljudske slobode i prava su dvostruko povezani za javnim poretkom. On predstavlja najpre njihov okvir, ograničenje. Jednovremeno, one su i deo javnog poretka. Jer, napad, ugrožavanje ili narušavanje ljudskih sloboda i prava predstavlja udar (i) na javni poredak. Tako je u Francuskoj jedna pozorišna predstava (*Dieudonné*) (videti Stirr 2015, 8–9) bila policijski skinuta sa repertoara (sa sledstvenom sudskom potvrdom) zbog iznetih rasističkih i antisemistških poruka. Takođe, ilustracije radi, u kon-

tekstu borbe protiv terorizma, francuskim Zakonom od 11. oktobra 2010. godine zabranjeno je pokrivanje lica u javnom prostoru).

b) Javne službe premrežavaju celokupno društvo, omogućujući njegovo funkcionisanje. Da bi se to postiglo njihove aktivnosti – autoritativne i neautoritativne – moraju da se obavljaju prema određenim standardima, *lege artis*, ali i uredno, skladno, delotvorno, i da budu pod jednakim uslovima dostupne svima.

v) Nadležnost javnih tela je svakad uređena imperativnim propisima i predstavlja značajno učvršćenje javnog poretka (Foillard 2004, 194; videti i Tomić 2017, 269–270).

3. *Pravila*, pisana i nepisana (ona koja se podrazumevaju i koja proizlaze iz duha društvenog sistema, tradicionalna, običaji) – glavina su javnog poretka. Kod toga, javna uprava obezbeđuje izvršenje, poštovanje javnog poretka, a sud sankcioniše povrede javnog poretka. Ima mišljenja da javni poredak ne čine svi imperativni propisi već samo oni „kojima se štite najosnovnije vrednosti našeg poretka“ (Varadi *et al.* 2010, 156). Izneto gledište smatram neodređenim, fluidnim, te pristajem uz stav da svi imperativni propisi jedne države ulaze u sastav njenog javnog poretka. Ako je tim propisima zaštićen i moral jedne sredine, onda i on, posredno, čini konstitutivni deo javnog poretka.

4. *Nenormativne aktivnosti*, radnje, mere (poglavito policije i /drugih/ javnih službi), posebno one u cilju zaštite osnovnih dobara i društvene regulacije zaokružuju sastav javnog poretka (Cornu 1987, 562). One su preventivne, korektivne i represivne.

Svojstva javnog poretka su brojna:

1) *Neodređenost, relativnost i u vremenu i u prostoru* – globalno i lokalno. Javni poredak je dinamična, promenljiva pojava: usavršavanja njegovog sastava predstavljaju odgovore na izazove vremena i prostora. Javni poredak štiti temeljne interese demokratskog društva, a oni ne mogu da budu dati za svagda i za sve.

2) *Širina/razuđenost, raznovrsnost* (Debbasch 1978, 75), o čemu je bilo reči.

3) *Imperativnost javnog poretka* – bespogovornost primene njegovih akata, mera i instituta.

4) *Temeljni karakter javnog poretka*, kao podloge, ujedno okvira.

5) *Bitnost, važnost* (ranije objašnjena).

6) *Zaštitno-regulacioni karakter* – funkcija mu je: a) da štiti crucialne javne interese; b) da upravlja društvenim rizicima, u slučaju negativnih pojava (ataka na ljudska prava i slobode, nesreća, epidemija, zagađanja, elementarnih nepogoda...), kao i da održava nivo i unapređuje one

pozitivne (na području zdravstva, kulture, pronalazaštva i drugih vidova infrastrukture) (Sève 2015, VIII–IX).

7) *Sistemska kakvoća* – on je omotač društva, natkriljuje sve sfere društvenog života, čuvajući njegovu koherentnost i sklad, odnosno naknadno uspostavljajući narušenu ravnotežu.

8) *Uravnoteženost kod primene* – javna uprava i sud se prilikom tumačenja kod primene javnog poretka kreću u ustavnim i zakonskim okvirima, ali imaju i doziranu diskrecionu ocenu u svakom konkretnom slučaju, prateći civilizacijska shvatanja (kulturalna, moralna i sl.) (Krokhalev 1992, 61). Tako je bilo i kada je predsednik jedne francuske opštine zabranio – s pozivom na odbranu javnog poretka – da se otvori *sex-shop* blizu škole ili neke druge ustanove namenjene mladima, kao i u slučajevima kada se određenim merama težilo suzbijanju prostitucije i osiguranju moralnosti i pristojnosti na morskoj obali.⁶ U praksi je važno izvagati hitnost i proporcionalnost (posebno u odnosu na subjektivne pravne situacije), uz stalno vođenje računa o posledicama, kako opstanka – prekidanja ili održavanja – jedne delikatne konkretne situacije, tako i eventualnih javnih mera preduzetih u pogledu nje.

9) *Normativno-nenormativna/realna priroda javnog poretka* – kombinacija, amalgam pravnih akata i materijalnih radnji, što je već komentarisano.

U doktrinarnom određivanju javnog poretka poznati su različiti pristupi (Perović 1990, 165–167). Sreće se opšta klauzula ili/i nabravanje (Varadi *et al.* 2010, 155, 163). Ostaje i mogućnost užeg i šireg definisanja javnog poretka (ograničavamo se na onaj tzv. unutrašnji – šira objašnjenja u narednom odeljku). Prema užem, javni poredak čine samo imperativni propisi, svi ili samo odabrani. Prema širem, u sastav javnog poretka ulaze: 1) imperativni propisi; 2) moralne društvene norme; 3) „dobri“, valjani, legitimni običaji; 4) ustaljeni i priznati stavovi prakse najviših sudova.

4. KLASIFIKOVANJE JAVNOG PORETKA

1. *Unutrašnji i spoljni, posebno evropski*. Kao što je već nagovešteno, dve su osnovne vrste javnog poretka – spoljni, internacionalni i unutrašnji (domaći, nacionalni). *Spoljni* čine, najpre, opšta pravila međunarodnog prava, opšti međunarodni principi. Oni, prihvaćeni od međunarodne zajednice država, čine *ius cogens* i imaju dve glavne komponente: 1) poštovanje ljudskih prava i 2) izvršavanje međunarodnih obaveza u dobroj veri (*bona fide*) (Krokhalev 1992, 84). U javni poredak Saveta Evrope mogu se ubrojiti, pre svega: a) osnovna ljudska prava, koja se

⁶ C. E. (Conseil d'Etat), 30. 5. 1930, *Beaugé*; C. E., 11. 12. 1946, *Dames Hubert et Crépelle* – Stirr 2015, 10.

direktno primenjuju;⁷ b) norme iz Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (1950), sa dodatnim protokolima – čl. 2–14; v) pravni stavovi Evropskog suda za ljudska prava (dalje: Sud – čije je tumačenje Konvencije evolutivno); g) norme Pakta o građanskim i političkim pravima (1966) – čl. 2–27; d) odredbe Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima (1948) (Jakšić 2017, 664).

Pravila evropskog javnog poretka su obavezna za sve članice Saveta Evrope, imaju imperativni karakter. To je „blok“ vrednosti jedinstven za sve evropske države, vrednosti koje potvrđuju njihovo zajedničko evropsko nasleđe (Krokhalev 1992, 74–75). Konkretno, posređi su: 1) garantije ljudskih prava zasnovane na prirodnom pravu; 2) obaveze svake države prema pojedincima koji se nađu na njenoj teritoriji; 3) dostupnost, „otvoren“ pristup Sudu; 4) podvrgavanje kontroli Suda u postupku izvršenja obaveza država članica; 5) pravna mogućnost da Sud radi i *ex offio* – da i nezavisno od traženja pojedinaca ispituje ispunjenost uslova za primenu evropskog javnog poretka; 6) poštovanje odluka Suda; 7) potčinjenost nacionalnih sudova Sudu u pogledu tumačenja Konvencije.

Dakako, internacionalni javni poredak treba razgraničiti od javnog poretka u međunarodnom privatnom pravu (MPP), klauzule koja ima u vidu unutrašnji, domaći javni poredak kao zaštitni osnov odstupanja od standardnih pravila MPP od primene stranog prava (zakona, sudskih odluka, javnih isprava) konkretno.

Unutrašnji javni poredak – u širem smislu – čine: ustavni propisi, ratifikovane međunarodne konvencije i ugovori, zakoni, sprovedbeni propisi (reglmani), moralna i običajna pravila, kao i ustaljena i priznata sudska praksa najviših sudova.

Kategorijom javnom poretka u domaćem pravu naročito se bave: Zakon o obligacionim odnosima (ZOO),⁸ Zakon o parničnom postupku (ZPP)⁹ i Prednact građanskog zakonika Srbije (PGZ)¹⁰. Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja (ZRSZ)¹¹ govori, umesto o javnom poretku, o „Ustavom... utvrđenim osnovama društvenog uređenja“ kao brani od standardne primene merodavnog stranog prava. Takva kovanica – kao navodna oznaka za javni poredak u MPP – čini mi se

⁷ Upućujem na čl. 18 (1) Ustava Srbije.

⁸ Zakon o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85 i 45/89 – odluka Ustavnog suda i 57/89; *Službeni list SRJ*, br. 31/93 i *Službeni list SCG*, 1/2003, Ustavna povelja – čl. 10 – Autonomija volje.

⁹ Zakon o parničnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 72/11, 49/13 – odluka US, 74/13 – odluka US i 55/14 – čl. 3 (3).

¹⁰ Prednact građanskog zakonika Srbije, čl. 6 – Autonomija volje.

¹¹ Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja, *Službeni list SFRJ*, br. 43/82 i 72/82 – ispr.; *Službeni list SRJ*, br. 46/96 i *Službeni glasnik RS*, 46/06 – drugi zakon, čl. 4, 91, 99 tač. 3

zastarelom, preuskom, neodgovarajućom, jednostrano normativnom, uz svođenje odnosnog bastiona zaštite strogo na ustavni nivo.

Zakon o obligacionim odnosima postavlja ograničenje autonomije volje stranaka, naročito slobode ugovaranja – između ostalog – normom javnog poretka. Naime, „strane u obligacionom odnosima su slobodne, u granicama prinudnih propisa, javnog poretka i dobrih običaja, da svoje odnose urede po svojoj volji“. Iz toga proizlazi da je javni poredak, kao granica o kojoj je reč, nešto izvan prinudnih propisa i dobrih običaja, različito od njih. Da li je to onda, na kraju krajeva, u datom miljeu, nepisana kaučuk norma promenljive sadržine – koja niče iz duha društvenog i pravnog sistema – koja „skuplja“ sva druga/ostala ograničenja u opštem interesu, u prvom redu moralna pravila date sredine (Perović 2002, 19–20)?¹²

Stavljajući branu dispozitivnim radnjama stranaka, ZPP veli: „Sud neće dozvoliti raspolaganja stranaka koja su u suprotnosti sa prinudnim propisima, javnim poretkom, pravilima morala i dobrim običajima.“ Znači, i u parničnom kontekstu – koliko god fluidna – sintagma javni poredak praktično ima suženo polje spram prinudnih propisa, morala (*sic!*) i dobrih običaja. Opasnost vreba iz njenog arbitrarnog i neujednačenog shvatanja.

Gotovo identična formula se javlja u PGZ: „Subjekti građanskih prava su slobodni da svoje odnose urede po svojoj volji u granicama prinudnih propisa, javnog poretka, dobrih običaja i morala.“

Stav pisca ovih redova je da je javni poredak – budući po prirodi „neuhvatljiv“ pojam – dovoljan da sâm, skupno, u širem smislu, obuhvati sva neophodna društvena ograničenja pojedinačnih volja, u javnom interesu.

2. *Zaštitni i regulacioni* (što je predočeno kod svojstava javnog poretka).

3. *Materijalni i formalni/procesni*. Materijalni, sadržinski javni poredak tiče se kako nesmetanog ostvarivanja garatovanih ljudskih sloboda i prava, tako i direktne zaštite krucijalnih društvenih vrednosti od različitih prirodnih i društvenih zala i nevolja. A procesni obuhvata, naročito, različite procesne garantije: pravo stranke na izjašnjavanje, proporcionalnost u preduzimanju upravnih mera, pravo na pravne lekove, pravo na blagovremeno i dosledno izvršavanje pravnosnažih sudskih odluka od javne uprave, ali i preventivne mere zaštite od, primerice, terorizma (prisluškivanja, pretresanja, hapšenja...) i drugo (Stirr 2015, 5; Tomić 2018, 188–223). Pojedini pisci konstruišu i *kolizioni javni poredak* u MPP (Stirr 2015, 7; Jakšić 2017, 629).

¹² Perović naziva sva pomenuta ograničenja „granicom kojom se iskazivao opšti interes zasnovan na opštim principa društvenog uređenja“. Tako se, zbog narečene neodređenosti, teret, kazuistički, uglavnom prebacuje na sudsku praksu.

4. *Policijski i ugovorni*. Policijski javni poredak je izraz sprovedbene, posebno podzakonske moći države – da propiše, da zabrani, da nadzire, da izvrši.... (Moreau 1989, 348–350). Ugovorni javni poredak se rasklapa na dva segmenta: 1) na onaj privatnopravni – gde dominira ne samo ograničenje slobode ugovaranja već i zaštita strana ugovornica, ugovornog tkiva ali i trećih lica; 2) na javnopravni, gde se regulišu upravni ugovori, njihova sadržina, odstupanja od opšteg ugovornog modela i, naročito, cilj, kauza – ostvarenje i zaštita javnog interesa (Tomić 2017, 249, 252–253).

5. *Opšti i posebni javni poredak*. Prema zahvaćenim područjima društvenog života, opšti poredak zahvata celinu društvene stvarnosti, a posebni se tiču njenih određenih oblasti. Tako se mogu razlikovati politički, ekonomski, kulturni, monetarni/finansijski, porodični, ekološki javni poredak i drugi (Debouy 1980, 1–2).

6. *Apsolutni i relativni javni poredak*. Tzv. apsolutni javni poredak je preovlađujući: strog je, rigidan, ne trpi odstupanja od primene – tako je kod akcija policije usmerenih na održavanje javnog reda i mira, zaštitu ljudi i imovine. Relativni javni poredak je na određeni način ublažen, umeren: imaju se u vidu, na podlozi propisa, svi momenti jedne konkretne situacije, tako da se tom prilikom kroz tu prizmu odmeravaju različite pravne vrednosti – na primer, analitički se sagledavaju zahtevi javne službe, stepen društvene opasnosti (tako, visina štete, značaj određenog dobra) i vremenska, razvojna dimenzija jednog odnosa; otuda relativni javni poredak ima i temporalnu crtu (Caroline i Legout 2015, 229).

Za ilustraciju relativnog javnog poretka evo i dve norme srpskog prava. Jedna je iz ZOO:¹³ „Ugovor koji je protivan prinudnim propisima, javnom poretku ili dobrim običajima je ništav ako cilj povređenog pravila ne upućuje na neku drugu sankciju ili ako zakon u određenom slučaju ne propisuje što drugo.“ Druga je iz ZUP-a:¹⁴ „Drugostepeni organ ili nadzorni organ rešenjem može na zahtev stranke ili po službenoj dužnosti u celini ili delimično ukinuti rešenje... ako je ono postalo izvršno, a ukidanje je potrebno radi otklanjanja teške i neposredne opasnosti po život i zdravlje ljudi, javnu bezbednost, javni mir i javni poredak ili radi otklanjanja poremećaja u privredi, ako svrha ukidanja ne može uspešno da se otkloni drugim sredstvima kojima se manje dira u stečena prava.“

5. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Sintetičku definiciju, bliže određenje javnog poretka, ne nalazimo ni u zakonodavstvu ni u sudskoj praksi. A ni u doktrini o njegovoj tačnoj

¹³ Član 103 (1).

¹⁴ Član 184 (1) (1).

sadržini nema jedinstva. No, uglavnom postoji slaganje da su u pitanju najvažniji društveni principi, strogi, iako promenljivi u vremenu i prostoru, koji se moraju poštovati od svih i svakoga. Poduprti, zbirno uzev, javnim interesom.

U najužem značenju, javni poredak se sastoji od prinudnih propisa, i to ne svih nego samo onih nosećih. Šire stanovište izjednačava skup prinudnih propisa jedne države (ili čak i određene zajednice država!) – stvaraoaca društvene discipline – i javni poredak. Pisci, odnosno pravni tekstovi koji javni poredak stavljaju rame uz rame sa prinudnim propisima (*sic!*), običajnim pravilima i moralom date sredine, sva je prilika da javnom poretku daju neki „tajnoviti“ smisao nepisanih, podrazumevajućih krunskih i temeljnih načela i instituta?! Kojih, to ne kažu – ostavljajući, izgleda, sudskoj praksi da ih iznalazi i tumači. Opet, moguće je konstruisati i dva znatno šira poimanja javnog poretka. Prema jednom, javni poredak jedne države obuhvata prinudne propise – uključujući i ratifikovane međunarodne konvencije i ugovore – i običajna pravila, ali i moral. Dakle, nema isključivo pravnonormativnu supstancu. Međutim, potpisnik ovih redova se zalaže za još prostranije određenje javnog poretka. Naime, moje je gledište da on obuhvata – osim već predočena tri reda pravila, uz dodavanje ustaljene, proverene i argumentovane prakse najviših sudova – i primerene društvene vrednosti, institute, ali i mere, odnosno radnje javnih tela. Tako shvaćen javni poredak ima najmanje dva značajna i slojevita cilja: 1) zaštitu ljudskih sloboda i prava čoveka i građanina, ali i održavanje optimalnih relacija sklada i ravnoteže i u međusobnim odnosima pojedinaca i spram celine društvene zajednice, odnosno njenih užih teritorijalnih (pod)celina; 2) regulaciju društvenih tokova, posebno javnih službi. Javni poredak se, stoga, nipošto ne može svesti na ograničavanje (recimo, autonomije volje, posebno slobode ugovaranja) i naređivanje.

U primeni javnog poretka neizbežna je dozirana diskreciona ocena, zakonski uokvirena i oplemenjena znanjem. Važno je da u svakom konkretnom slučaju pozivanje na javni poredak – bilo kroz primerenu klauzulu MPP-a (kao odstupanje od inače merodavnog pravila stranog prava), bilo izvan njega – bude konkretizovano, operacionalizovano i jasno i podrobno obrazloženo, osobito od sudova. Tako se javni poredak potvrđuje i „odozdo“, nanova učvršćuje i dograđuje odgovarajućim sadržajem.

Razvrstavanje javnog poretka moglo bi da ima sledeći izgled: 1. *unutršnji i spoljni, posebno evropski*; 2. *zaštitni i regulacioni*; 3. *materijalni i formalni/procesni*; 4. *policijski i ugovorni*; 5. *opšti i posebni*; 6. *apsolutni i relativni*.

Javni poredak nije antiteza slobode. Naprotiv. Legitimni javni poredak, njegove vrednosti i institucije, uvažavaju i štite i slobodu i demokratiju, ali uključuju i misiju pravednog, razumnog i moralnog prava i drugih pravila u civilizacijskom društvenom miljeu.

Neporecivost i nasušnost javnog poretka najbolje izražava sledeća metaforična formula: *il nous faut un rocher!!* (Drago 2015, 213). Ta stena, bastion i socijalni regulator jeste antiteza dezintegracije društva, zloupotreba, zaštitnik od napada i na zajednicu i na njene članove i kolektivite, antipod nemira, nestabilnosti, prekoračenja ovlašćenja.

LITERATURA (REFERENCES)

- Bénoit, Francis-Paul. 1968. *Le droit administratif français*. Paris.
- Caroline, Marie V., i Vincent Legout. 2015. L'ordre public et le contrat. 215–229 u *L'ordre public, Archives de philosophie du droit*, 58 (urednici: Pierre Caye, Jacques Dagery, Dominique Terré, François Vallançon, Michel Waltz). Paris.
- Cornu, Georges. 1987. *Vocabulaire juridique*. 561–562 (*Ordre public*). Paris.
- Debbasch, Charles. 1978. *Institutions et droit administratif, 2 – L'action et le contrôle de l'administration*. Paris.
- Debouy, Christian. 1980. *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieux*. Paris.
- Drago, Guillaume. 2015. L'ordre public et le Constitution, 199–214 u: *L'ordre public, Archives de philosophie du droit*, 58, (urednici: Pierre Caye, Jacques Dagery, Dominique Terré, François Vallançon, Michel Waltz) Paris.
- Dupuis, Georges, i Marie-José Guédon. 1988. *Institutions administratives, Droit administratif, 2*, éd. Paris.
- Eisenmann, Charles. 1982. *Cours de droit administratif*. tome I. Paris.
- Eisenmann, Charles. 1983. *Cours de droit administratif*. tome II. Paris.
- Foillard, Philipp. 2004. *Droit administratif*. Paris.
- Guggenheim, Daniel. 1970. *L'invalidité des actes juridique en droit suisse et comparé*. Paris.
- Jakšić, Aleksandar. 2017. *Međunarodno privatno pravo*. Beograd.
- Krokhalev, Sergey. 1992. *L'ordre public en droit international privé, comparé français et russe (thèse pour le doctorat en droit)*. Val de Marne.
- Long, Marceau, Prosper Weil i Guy Braibant. 1984. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 8. édition, Paris.
- Méadel, Juliette. 2007. *Les marches financiers et l'ordre public*. Paris.
- Moreau, Jean. 1989. *Droit administratif*. Paris.

- Pak, Milan. 1986. *Međunarodno privatno pravo*. Beograd.
- Perović, Slobodan. 1990. *Obligaciono pravo*. Beograd.
- Perović, Slobodan. 2002. *Predgovor za Zakon o obligacionim odnosima*. Beograd. 18–22.
- Richer, Laurent. 2008. *Droit des contrats administratifs*. 6. édition. Paris.
- Sève, R. 2015. *Avant-Propos: La mesure de l'ordre public, l'ordre public*, dans *L'ordre public, Archives de philosophie du droit*, 58 (urednici: Pierre Caye, Jacques Dagery, Dominique Terré, François Vallançon, Michel Waltz). Paris. VIII–IX.
- Stirr, Bernard. 2015. *Ordre public et libertés publiques*. 8–9 u *L'ordre public, Archives de philosophie du droit*, 58 (urednici: Pierre Caye, Jacques Dagery, Dominique Terré, François Vallançon, Michel Waltz). Paris.
- Salma, Jožef. 1988. *Obligaciono pravo*. Beograd.
- Tomić, Zoran R. 2017. *Komentar Zakona o opštem upravnom postupku, sa sudskom praksom i registrom pojmova*, Beograd.
- Tomić, Zoran R. 2017. *Upravni ugovori, elementi pravnog režima u Srbiji*. *Pravni život* 10/17, II tom, 10: 249–265.
- Tomić, Zoran R. 2018. *Autonomija volje u upravno-procesnom pravu*. *Pravo i privreda* 56: 7–9, 189–206.
- Vedel, Gérard. 1978. *Droit administratif*. 6. éd. Paris.
- Varadi, Tibor, Bernadet Bordaš, Gašo Knežević i Vladimir Pavić. 2010. *Međunarodno privatno pravo*. Beograd.
- Vodinelic, Vladimir V. 2017. *Javno i privatno pravo*. Beograd.

Zoran R. Tomić, PhD

Full Professor

University of Belgrade Faculty of Law

PUBLIC ORDER: NOTION AND STRUCTURE

Summary

The paper explores the essence and structure of public order as a general principle of every legal and social system, as well as a clause in international private law. The complexity, dynamics and importance of public order are described in this paper. The author emphasizes that public order in the broadest sense entails not only mandatory provisions, but also moral rules, accepted standards and judicial practice. This institute covers crucial social values, institutes and actions of public bodies. Public order has at least two objectives: 1) protection – public order protects human rights and freedoms as well as social community, 2) regulation of social processes, especially of public services. For this reason it is not possible to reduce public order to restrictions and/or orders. Finally, the author introduces the most important characteristics of public order and classifications of this institute.

Key words: *Community. – Basic Values. – Public Order. – Public Interest. – Protection. – Regulation.*

Article history:

Received: 24. 12. 2018.

Accepted: 25. 4. 2019.

UDK 340.132:347(430)“1933/1945”; 329.18(430)

CERIF: S130, H300, S115

DOI: 10.5937/AnaliPFB1902051D

Dr Slavko Đorđević*

Dr Štefan Pirner**

NEOGRANIČENO TUMAČENJE NEMAČKOG GRAĐANSKOG PRAVA U VREME NACIONALSOCIJALIZMA***

Dolaskom nacionalsocijalista na vlast promenile su se društveno-političke okolnosti u Nemačkoj koje su nužno uticale na pravo i pravni poredak. Nova vlast je želela da izgradi novi pravni poredak u skladu sa ideologijom nacionalsocijalizma. Pošto zakone, koji su doneti pre 1933. godine, nije bilo moguće promeniti u kratkom vremenskom roku, nacistička pravna teorija je pristupila teorijskom redefinisaju pojma prava i nametnula stanovište da se svi zakoni moraju tumačiti u duhu nacionalsocijalizma, odnosno da im se mora dati novo „nacionalsocijalističko“ značenje. U ovom radu autori analiziraju teorijsko-ideološke osnove takvog tumačenja, koje je posleratna nemačka literatura nazvala „neograničenim tumačenjem prava“, ističući njegovu ulogu u „nacionalsocijalizaciji“ nemačkog građanskog prava, uz prikaz relevantne sudske prakse. Na kraju, autori čine kratak osvrt na proces posleratne „denacifikacije“ nemačkog prava koja se, takođe, sprovodila tumačenjem, ali ovoga puta sa ciljem da se iz pravnih normi koje su donete za vreme Hitlerove diktature „eliminiše“ nacionalsocijalistička ideologija.

Ključne reči: *Nacionalsocijalistički svetonazor. – Neograničeno tumačenje prava. – Neodređeni pravni pojmovi i pravna načela. – Nacionalsocijalizacija nemačkog građanskog prava. – Denacifikacija prava.*

* Autor je vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu, *slavko@jura.kg.ac.rs*.

** Autor je rukovodilac odeljenja Nemačke fondacije za međunarodnopravnu saradnju (*IRZ Stiftung*) za Jugoistočnu Evropu I (Bosnu i Hercegovinu, Makedoniju, Srbiju i Crnu Goru), *puerner@irz.de*.

*** Stavovi autora Štefana Pirnera koji su izneti u ovom radu predstavljaju njegovu lično mišljenje, a ne mišljenje Nemačke fondacije za međunarodnopravnu saradnju.

1. UVOD

Nacionalsocijalizam, odnosno nacionalsocijalistička revolucija u Nemačkoj odnela je pobjedu 30. januara 1933. godine, kada je predsjednik Hindenburg (*Paul von Hindenburg*) imenovao Adolfa Hitlera (*Adolf Hitler*) za novog kancelara Nemačke (videti više Thamer 2005, 138 i dalje). Istovremeno, taj datum predstavlja i početak perioda Hitlerove diktature koji je trajao sve do završetka Drugog svjetskog rata (8. maja 1945. godine). S obzirom na to da je primarni zadatak Hitlerovog režima bilo stvaranje novog državnog poretka utemeljenog na idejama i „vrednostima“ nacionalsocijalizma, nove vlasti su veoma brzo donele nekoliko akata koji su predstavljali temelj za izgradnju novog poretka. U tom smislu su najznačajniji Uredba predsjednika Rajha o zaštiti naroda i države od 28. februara 1933.¹, Zakon o ovlaštenjima od 24. marta 1933.² i Zakon o ponovnom uspostavljanju profesije državnih službenika od 7. aprila 1933. godine³. Temelj novog „(ne)pravnog“ poretka je nešto kasnije upotpunjen tzv. „nirnbërskim rasnim zakonima“, koji su doneti 1935. godine na Kongresu Nacionalsocijalističke partije u Nirnbërgu⁴.

Premda je Hitlerov režim od samog početka krenuo u odlučnu akciju donošenja novih i izmena važećih propisa, ipak sve zakone nije bilo moguće promeniti u jednom danu. Zakoni doneti pre nacionalsocijalističke revolucije, koji su često označavani kao „vajmarski zakoni“, „vajmarsko pravo“, „predrevolucionarno pravo (zakonodavstvo)“ ili „staro pravo“ (videti Mager 2004, 1 i 11; Pürner 2015, 57–58), i dalje su bili na snazi, a mnogi od njih nisu bili menjani ili su pretrpeli manje izmene za vreme Hitlerove diktature. Ta situacija se naročito odnosila na propise nemačkog građanskog prava (pre svega na nemački Građanski zakonik – NGZ⁵), koji su u prvih nekoliko godina vladavine nacionalsoci-

¹ Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat vom 28. Februar 1933, *Reichsgesetzblatt* 1933 I, 83. <http://www.documentarchiv.de/ns/rtbrand.html> (poslednji pristup 2. februar 2019).

² Ermächtigungsgesetz; oficijelni naziv tog zakona glasi: Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich vom 24. März 1933 (Zakon o otklanjanju nevolje za narod i rajh od 24. marta 1933), *Reichsgesetzblatt* 1933 I, 141. <http://www.documentarchiv.de/ns/ermaecht.html> (poslednji pristup 2. februar 2019).

³ Gesetz über die Wiederherstellung des Berufsbeamtentums vom 7. April 1933, *Reichsgesetzblatt* 1933 I, 175–177. <http://www.documentarchiv.de/ns/beamtinges.html> (poslednji pristup 2. februara 2019).

⁴ Reč je o Zakonu o građanima Rajha (Reichsbürgergesetz vom 15. September 1935, *Reichsgesetzblatt* 1935 I, 1146. <http://www.documentarchiv.de/ns/nbgesetze02.html>, poslednji pristup 2. februar 2019) i Zakonu o zaštiti nemačke krvi i nemačke časti (Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre vom 15. September 1935, *Reichsgesetzblatt* 1935 I, 1146–1147. <http://www.documentarchiv.de/ns/nbgesetze01.html>, poslednji pristup 2. februar 2019).

⁵ Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) vom 18. August 1896, *Reichsgesetzblatt* 1896, 195, Nr. 21 (ausgegeben am 24. 8. 1896, in Kraft seit 1. 1. 1900). Prvobitni tekst ne-

cijalista ostali netaknuti⁶. Iz tog razloga bilo je neophodno osmisliti nove instrumente sa ciljem da se, bez odgađanja (dakle, pre promene pravnih propisa), temeljno pristupi izgradnji novog pravnog poretka za potrebe nacionalsocijalističkog režima. Jedan takav „instrument“ pronađen je u samom tumačenju i primeni postojećeg (važećeg) vajmarskog prava u duhu nove nacionalsocijalističke ideologije, koji je sudovima pružio mogućnost da preuzmu ulogu zakonodavca, tako što bi odbili primenu normi važećih zakona koje su u suprotnosti sa novom ideologijom ili bi ih pak „modifikovano“ tumačili i primenili u skladu sa novom ideologijom (tako Rütters 2012, 145–148, 175–183; Galin 1999, 53). Upotreba novog instrumenta, za koji u ovom radu koristimo termin „neograničeno tumačenje prava“ (koji je skovao nemački profesor Bernd Rütters [*Bernd Rütters*]), zahtevala je da se najpre postojeće pravne ideje redefinišu potpuno u skladu sa nacionalsocijalizmom, zatim da se uvedu odgovarajući (novi) izvori prava kojima se u prvom redu štite vrednosti nove ideologije, te da se tumačenje i primena postojećih zakona i propisa (tj. važećeg vajmarskog prava) prilagodi potrebama nove nacističke vlasti (tako Rütters 2012, 111–117; Galin 1999, 54; Mager 2004, 1, 6–7). Na taj način su se stvarali nova pravna teorija, nova metodologija prava i novi pravi pojmovi koji treba da omoguće rekonstrukciju prava i pravnog sistema u nacionalsocijalističkom režimu, uz minimalno donošenje novih pravnih propisa (u tom smislu Galin 1999, 54).

U izlaganjima koja slede objasnićemo teorijske (ideološke) osnove i metodološke karakteristike neograničenog tumačenja prava u nacističkoj Nemačkoj, sa posebnim osvrtom na njegovu ulogu u „nacionalsocijalizaciji“ nemačkog građanskog prava, koju ćemo prikazati u analizi odabranih građanskopravnih slučajeva iz nacističke sudske prakse. Nakon toga, kratko ćemo se osvrnuti i na tzv. denacifikaciju nemačkog prava, koja se takođe sprovodila tumačenjem, s obzirom na to da je nakon Drugog svetskog rata pravne norme, koje su nastale za vreme nacionalsocijalizma, trebalo tumačiti „u duhu“ novog posleratnog društvenog poretka, sa ciljem da se iz pravnih normi eliminišu ideje nacionalsocijalizma i unesu vrednosti novog poretka.

mačkog Građanskog zakonika može se naći na <http://www.koeblergerhard.de/Fontes/BGBDR18961900.htm> (poslednji pristup 2. februar 2019).

⁶ Kasnije su izvršene određene izmene u oblasti porodičnog (bračnog) prava, naslednog prava i stambenog prava (videti Pürner 2015, 58–59).

2. NEOGRANIČENO TUMAČENJE PRAVA KAO SREDSTVO IZGRADNJE NOVOG NEMAČKOG NARODNOG (PRAVNOG) PORETKA

2.1. Uvođenje nove pravne ideje i redefinisane pojma prava

Za novo (izmenjeno) tumačenje važećih nemačkih (vajmarskih) zakona i propisa (bez formalne promene njihovog teksta), odnosno za promenu pravne dogmatike i metoda tumačenja prava, neophodno je bilo promeniti samo shvatanje prava. Tako nešto se moglo postići negiranjem vrednosti na kojima je počivao vajmarski pravni poredak i promovisanjem nove pravne ideje koja se temeljila na vrednostima nacionalsocijalističke ideologije, odnosno, kako se u to vreme često govorilo, na vrednostima „nacionalsocijalističkog svetonazora“ („*nationalsozialistische Weltanschauung*“) (videti Rüthers 2012, 98–100, 101–111, 117–121; Mager 2004, 2–3). Važnu ulogu u ostvarenju tog cilja imale su nemačka pravna nauka i struka, čiji je zadatak bio da u svojim naučnim i stručnim radovima razviju nove pravne ideje, da redefinišu shvatanje samog prava i pravnih pojmova u duhu nacionalsocijalizma (koji će biti prihvaćeni u sudskoj i pravnoj praksi) i da postave nove temelje za obrazovanje budućih pravnika (videti Galin 1999, 51, 54–55). Radi efikasnijeg ispunjenja tih zadataka, nacionalsocijalistički režim je 1933. godine osnovao Akademiju za nemačko pravo⁷, koja je okupila nemačke pravnike tog vremena koji su bili bliski režimu i osmislio projekat tzv. kilske škole prava na Pravnom fakultetu Univerziteta u Kilu (*Juristische Fakultät, Christian-Albrechts-Universität in Kiel*)⁸, čiju su okosnicu (tzv. političku udarnu truppu – „*politische Stro-*

⁷ Akademija za nemačko pravo osnovana je 26. juna 1933. godine u Minhenu i predstavljala je centralnu javnu naučno-stručnu ustanovu, osnovanu sa ciljem da radi na obnovi nemačkog prava i njegovom daljem razvoju u duhu nacionalsocijalizma prema strogim naučnim metodama. Akademija je aktivno učestvovala u zakonodavnim postupcima i uticala na pravno-političke odluke Rajha. Prvi predsednik akademije bio je nemački pravnik Hans Frank (*Hans Frank*), komesar Rajha za ujedinjavanje pravosuđa. Članovi akademije bili su poznati pravници i nacisti tog vremena, kao što su Karl Šmit (*Carl Schmitt*), Herman Gering (*Herman Gering*), Teodor Maunc (*Theodor Maunz*) i Roland Flajslar (*Roland Fleisler*). Akademija je izdavala *Časopis Akademije za nemačko pravo* od 1934. do 1945. godine. O Akademiji za nemačko pravo videti više u Hattenhauer (1986, 680–684); JuraForum.de (2019); Wikipedia (2019). Videti i Zakon o Akademiji za nemačko pravo od 11. jula 1934. godine (*Gesetz über die Akademie für deutsches Recht vom 11. Juli 1934, Reichsgesetzblatt 1934, 605*). <http://alex.onb.ac.at/cgi-content/alex?aid=dra&datum=1934&page=719&size=45> (poslednji pristup 2. februar 2019); Satzung der Akademie für deutsches Recht (Statut Akademije za nemačko pravo), *Reichsgesetzblatt 1934, 605*.

⁸ Formiranje kilske škole prava vezuje se za donošenje Zakona o ponovnom uspostavljanju profesije državnih službenika od 7. aprila 1933. godine, čiji je cilj bilo otpuštanje službenika-protivnika nacionalsocijalizma, u koje su spadali kritičari režima i nearijevci, naročito Jevreji. Na osnovu tog zakona, Pravni fakultet Univerziteta u Kilu moralo je do 1935. godine da napusti devet od deset profesora, na čija mesta su dovedeni

sstrup“) činili mladi pravni naučnici Karl Larenc (*Karl Larenz*), Georg Dam (*Georg Dahm*), Ernst Rudolf Huber (*Ernst Rudolf Huber*) i drugi, koji su delili izrazito snažna nacionalsocijalistička ubedenja i bili „željni“ da se dokažu kao naučnici kod novih vlasti. Upravo su ti pravници stvarali novu nacionalsocijalističku pravnu teoriju koja je oštro kritikovala ideje i vrednosti vajmarskog državnog i pravnog poretka i uporno se zalagala za uvođenje novih ideja čija je podloga bio nacionalsocijalistički svetonazor.

Naime, u Vajmarskoj republici su važili liberalizam i liberalni ustavnopravni poredak, čiji je osnovni princip bila zaštita slobode pojedinca. U to vreme pravna nauka je bila principijelno nepolitizovana i neutralna. Vladalo je shvatanje da se pravo nalazi isključivo u zakonima i da se iz njih mora saznati (tzv. pravni pozitivizam; videti više Rùthers 2012, 91–98; Mager 2004, 2; Pürner 2015, 57). Ta shvatanja su, nakon pobeđe nacionalsocijalizma, naišla na oštru kritiku nove nacionalsocijalističke pravne teorije (predstavnik Akademije za nemačko pravo i kilske škole prava), koja je promovisala nove ideje i shvatanja utemeljena na nacionalsocijalističkoj ideologiji. Prema novoj ideji, odnosno novom shvatanju, osnovni princip ne može biti sloboda pojedinca već očuvanje i podsticanje zajednice, i to nemačke zajednice po krvi (tako Hitler, Adolf. 1940. *Mein Kampf*. München: Zentralverlag der NSDAP – Franz Eher Nachfolge, 433⁹), pri čemu je „krv“, odnosno „narodnost po krvi“, bio konstitutivni element te zajednice (tako Pfenning 1936, 312–313; Höhn 1935, 97; videti i analizu kod Gutmann 2018, 2–4). To znači da se smisao života pojedinca nalazi u življenju u zajednici i za zajednicu, a ne u njegovoj individualnoj dobrobiti. Ističe se da „*pravo ne potiče od volje pojedinca već iz volje zajednice – ono predstavlja istinsku (živu) zajedničku volju odnosno obavezujući životni poredak i ima za cilj održanje i unapređenje zajednice kojoj duguje svoje postojanje*“ (Larenz 1934, 6). Prema tome, zaštita zajednice se stavlja u prvi plan, a individualna prava prestaju da budu poseban predmet pravne zaštite (tako Gutmann 2018, 4). Opšta dobrobit mora imati prednost u odnosu na dobrobit pojedinca, a to znači da zaštita individualnih interesa ustupa svoje mesto „*obavezi dužnosti prema zajednici*“ (Siebert 1935, 960), tako da primarni zadatak prava postaje vaspitavanje naroda da se stavi u službu zajednice (tako

mladi ambiciozni pravni naučnici koji su imali snažna nacionalsocijalistička ubedenja. Tako je mladi Karl Larenc (*Karl Larenz*) preuzeo Katedru za građansko pravo i filozofiju prava od nearijevca Gerharta Huserla (*Gehart Hussert*), dok je mladi Georg Dam (*Georg Dahm*) preuzeo katedru od jevrejskog demokrate Hermana Kontorovica (*Hermann Kontorowicz*). Cilj kilske škole bio je, između ostalog, da razvije svojevrstu nemačku pravnu misao koja je konkretna i potpuna, da „prilagodi“ nemačku pravnu teoriju vrednostima nacionalsocijalističkog svetonazora, da promoviše novo tumačenje pravnih propisa u duhu nacionalsocijalizma i da propagira princip državnog vođe (*Führerprinzip*) kao primarnog izvora prava. O tzv. kilskoj školi prava videti Eckert (2004, 18–32); Wiener (2013, 61 i dalje).

⁹ Citirano prema Mager (2004, 4).

Gutmann 2018, 4). Otuda, nemačka zajednica po krvi, kao istinsko živo biće, uzdiže život pojedinca (naravno samo u slučajevima istokrvnosti), a iz te zajednice nastaje sve, pa i pravo (tako Mager 2004, 4 koji se poziva na stavove Freisler 1938, 54 i Larenz 1938, 28). To shvatanje možda na najbolji način ilustruje često citirana rečenica nemačkog pravnika-nacionalsocijaliste Hansa Franka (*Hans Frank*): „Pravo je ono što nemačkom narodu koristi, a nepravo ono što mu šteti“ (Frank 1933, 20).

Takva instrumentalizacija objektivnog prava za ostvarivanje ciljeva nemačke zajednice po krvi istovremeno povlači i instrumentalizaciju (funkcionalizaciju) subjektivnog prava, odnosno pravnog položaja pojedinca (videti analizu kod Gutmann 2018, 5–7; Rùthers 2012, 339–343). Prema novom shvatanju, pripadnik narodne zajednice nije više privatno lice, odnosno pojedinac koji je sam sebi cilj već zajedno sa ostalim sunarodnicima postaje nosilac života narodne zajednice koja mu je u krvi. Kao član zajednice, on ima određeni položaj koji označava njegovu dužnost prema zajednici, njegovu ulogu koja mu u zajednici pripada, njegovu ličnu čast i njegovu vrednost u zajednici (tako Larenz 1936a, 32). Na taj način pojedinac postaje neodvojivi „organski deo“ narodne zajednice (tako Gutmann 2018, 5) i samo u njoj može uživati pravnu zaštitu, dok je svako ko je izvan narodne zajednice po krvi istovremeno i izvan prava (Larenz 1935a, 241). Osim toga, i u okviru narodne zajednice po krvi pravi se razlika između njenih pripadnika prema njihovoj funkcionalnoj sposobnosti. Pojedinac, kao član nemačke zajednice po krvi, zauzima ono mesto u zajednici koje odgovara njegovoj sposobnosti da doprinese napretku zajednice. Ako je doprinos pojedinca za zajednicu manji, njemu pripadaju i manja prava, što znači da među pripadnicima nemačke zajednice po krvi postoji funkcionalna nejednakost (videti više Gutmann 2018, 6, 9–10). Prema tome, princip jednakosti, kao osnovna vrednost svakog demokratskog pravnog poretka, potpuno je napušten.

Stavljanjem u prvi plan zaštite nemačke zajednice po krvi, kao osnovne „vrednosti“ nacionalističkog svetonazora, i redefinisanjem pojma prava u skladu sa tom pravnom idejom nacistička nemačka pravna teorija je postavila polaznu osnovu za kreiranje tzv. neograničenog tumačenja prava kao sredstva za uspostavljanje novog pravnog poretka. Naredni i, istovremeno, nužni korak ka tom cilju bilo je uvođenje novih izvora prava, koji bi omogućili sudovima da u važeće pravo unesu „vrednosti“ nacionalsocijalističkog svetonazora i time utiču na promenu pravnog poretka bez ikakve uloge zakonodavca (videti Rùthers 2012, 121–136; Galin 1999, 53, 56).

2.2. Uvođenje novih izvora prava

Promenjeno poimanje prava u nacionalsocijalizmu nužno je imalo za posledicu preispitivanje zadataka sudova koji su takođe morali biti

promenjeni. Nacistička pravna teorija je insistirala na tome da sudovi ne mogu, prilikom odlučivanja, ignorisati vrednosti nacionalsocijalističke ideologije. Naprotiv, oni su bili dužni da tumače i primenjuju važeće pravo u duhu nacionalsocijalizma (videti Schmitt 1933, 2793–2794; Dahm *et al.* 1936, 123–124), a to se jedino moglo postići uvođenjem novih izvora prava koji bi omogućili sudovima da „taj duh“ unesu u važeće zakone. U tu svrhu postavljena je potpuno nova teorija o izvorima prava. Prema toj teoriji, klasični izvori prava (kao što su ustav, zakon, uredbe, odluke) smatraju se „starim“ i „prevaziđenim“ izvorima, odnosno samo jednim od mogućih pokaznih formi prava, s obzirom na to da se u nacionalsocijalizmu pravo primarno mora saznati iz firerove volje, osnovnih vrednosti nacionalsocijalističke ideologije (svetonazora) i programa Nacionalsocijalističke nemačke radničke partije (nem. NSDAP¹⁰ – ćir. NSDAP) jer se u njima nalazi pravo i oni su izvori prava (videti i uporediti Rütters 2012, 121–136; Rütters 2006, 41; Mager 2004, 7; Galin 1999, 56; Pürner 2015, 57). Svi ostali izvori (naročito vajmarski zakoni) morali su biti u skladu sa tim novim izvorima prava¹¹.

Nacistička pravna teorija je proglasila *firerovu volju* (tzv. *Führerprinzip*) za najviši izvor prava (videti više Rütters 2012, 127–132), što je vrlo brzo bilo prihvaćeno i u sudskoj praksi¹². Svi drugi izvori prava su bili, po rangu, ispod firerove volje, koja je izražavana u njegovim (bilo formalnim bilo neformalnim) naređenjima i odlukama. Isticano je da firer štiti pravo od zloupotreba i da je on vrhovni sudija jer „*pravi firer je uvek sudija*“, odnosno iz njegovog „*vođstva proizilazi sudstvo*“ i njegovo delanje ne podleže kontroli sudske vlasti već je samo po sebi najviša sudska vlast (Schmitt 1934a, 946). Proglašenje firerove volje za izvor prava osiguralo je legalizaciju njegove diktature. Firer je predstavljen kao najviša vlast u državi, a njegova naređenja i odluke ne samo da predstavljaju izvor prava već imaju i funkciju stvaranja prava. Sudstvo nije više „čuvar“ ustavnosti i zakonitosti već je to postao firer koji može da štiti i stvara pravo i koji je iznad prava (tako Galin 1999, 57).

Imajući u vidu da su nacisti, od dolaska na vlast, uspostavili jedinstvo partije (politike) i države, novi izvor prava postao je i *Program Nacionalsocijalističke nemačke radničke partije (NSDAP)* od 20. februara 1920. godine, koji je sadržao dvadeset pet tačaka. Odredbe tačaka 4 i 5 tog programa su često u literaturi i sudskoj praksi tretirane kao pravne norme koje imaju neposrednu primenu i prednost u odnosu na

¹⁰ *Nationalsocialistische Deutsche Arbeiterpartei* – NSDAP.

¹¹ U dokumentu „Osnovna pravila o položaju i zadacima sudija“ iz 1936. godine se, između ostalog, navodi da je „*temelj tumačenja svih izvora prava nacionalsocijalistički svetonazor; koji naročito nalazi svoj izraz u programu partije i u ispoljavanju volje narodnog vođe*“ (videti Dahm *et al.* 1936, 123).

¹² Videti, na primer, odluku Arbeitsgericht (ArbG) Plauen, *Arbeitsrechts-Sammlung* 27/1936, 165 (citirano prema Rütters 2012, 131).

„stare vajmarske“ zakone (videti Rùthers 2012, 122–123; Mager 2004, 9; Rùthers 2006, 42). U tački 4 se navodi da „građanin može biti samo onaj ko je pripadnik nemačkog naroda (*Volksgenosse*)“, a da „pripadnik nemačkog naroda može biti samo onaj ko je nemačke krvi, bez obzira na veroispovest“, te da „Jevreji nisu pripadnici nemačkog naroda“. Tačka 5 dopunjuje tačku 4 tako što ističe da „ko nije građanin, može samo kao gost živeti u Nemačkoj i podvrgava se zakonima koji važe za strance“. Koliki je bio značaj NSDAP i njenog programa, možda najbolje ilustruje činjenica da je 1. decembra 1933. godine donet Zakon o obezbeđenju jedinstva partije i države¹³, u čijem se paragrafu 1 izričito navodi da je „*Nacionalsocijalistička nemačka radnička partija nosilac nemačkih državnih ideja i sa državom je neraskidivo povezana*“. NSDAP je bila „glas naroda“ i pod pravom je smatrala samo ono što štiti suštinske vrednosti nemačkog naroda, odnosno arijevsku rasu (tako Mager 2004, 8–9; Rùthers 2012, 132–133).

Najzad, *nacionalsocijalistički svetonazor*, koji obuhvata sva stannovišta i ideje nacionalsocijalizma, postao je takođe novi izvor prava. Njegovu osnovu čine zaštita suštinskih vrednosti nemačkog naroda, rasna ideologija, koja nalaže uklanjanje svega što je staro i jevrejsko, i jedinstvo partije i države (videti i uporediti Mager 2004, 8; Rùthers 2012, 101–103, 125–127; Pürner 2015, 57–58). Sudska praksa se često pozivala na nacionalsocijalistički svetonazor kada je trebalo zaobići, *ad hoc* izmeniti ili dopuniti zakonske norme čija bi regularna primena vodila rezultatu koji nije u duhu nacionalsocijalizma¹⁴. S obzirom na širinu i nedovoljnu preciznost pojma nacionalsocijalističkog svetonazora, sudovi su gotovo imali „odrešene ruke“ u tumačenju i primeni prava. Pritom, posebno treba izdvojiti pozivanje na tzv. „*zdrava osećanja nemačkog naroda*“ („*gesund des Volksempfinden*“) kao važno sredstvo za unošenje nacionalsocijalističke ideologije u važeće pravo (videti Mager 2004, 10; Rùthers 2006, 42; Pürner 2015, 57). „Zdravo osećanje naroda“ je bilo određeno kao dominantno osećanje pravičnosti koje dele samo pripadnici nemačke zajednice po krvi. Ono je, dakle, bilo vezano za arijevsku rasu i odnosilo se na čistotu krvi, jačanje životne snage nemačkog naroda, primat zajedničke dobrobiti naroda u odnosu na dobrobit pojedinca i na zaštitu države (Mager 2004, 10). Smatralo se da su svakom pripadniku nemačkog naroda uvek poznati „zdravo osećanje“, kao i njegova promena, jer mu je to „u krvi“. Tako (ne)određeni izvor prava vodio je gubitku pravne sigurnosti za one koji ne pripadaju nemačkoj zajednici po krvi, s obzirom na to da se pravna sigurnost odnosi samo na predvidljivost onih radnji koje proističu iz „zdravog osećanja nemačkog naroda“, dok je, s druge strane,

¹³ Gesetz zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat vom 1. Dezember 1933, *Reichsgesetzblatt* 1933 I, 1016. <http://www.documentarchiv.de/ns/partei-staat.html> (poslednji pristup 2. februar 2019).

¹⁴ Videti slučajeve iz sudske prakse u odeljku 3. ovog rada.

svaki pripadnik nemačke zajednice po krvi, po prirodi stvari, nosio u sebi to zdravo osećanje i „živeo“ u punoj pravnoj sigurnosti (tako, odnosno u tom smislu, Mager 2004, 10). Pritom, „zdravo osećanje naroda“ nije bilo samo merilo za tumačenje neodređenih pravnih pojmova (generalnih klauzula, pravnih standarda i pravnih načela) sadržanih u zakonskim normama već je sudija bio ovlašćen da u slučaju sukoba zakonskih normi sa „zdravim osećanjima naroda“ ne primeni te zakonske norme (Larenz 1938, 25; Mager 2004, 10).

2.3. Neograničeno tumačenje prava – nova pravila (metodi) tumačenja i stvaranje novih pravnih pojmova

2.3.1. Nova pravila (metodi) tumačenja

Uvođenjem novih izvora prava koji, kao izvori višeg ranga u odnosu na vajmarske (stare) zakone, treba da obezbede implementaciju ideje da je sadržina prava uslovljena vrednostima nacionalsocijalističkog svetonazora kao merila svake pravičnosti, ukorenilo se stanovište da nemački zakoni isključivo mogu predstavljati sredstvo kojim se izražavaju vrednosti nacionalsocijalističkog svetonazora (tako Larenz 1938, 10). Zbog toga se „slepo“ poštovanje vajmarskih zakona označava praznim formalnim pozitivizmom koji treba odbaciti, a sudovima se daje sloboda da norme sadržane u vajmarskim zakonima tumače u „duhu“ novog državnog poretka (videti Rüthers 2012, 122–123; Mager 2004, 4). Takvo shvatanje je nužno povuklo za sobom izmenu i dopunu pravila tumačenja koja su, kao osobena metodološka obeležja „neograničenog tumačenja prava“, dobila novi smisao i ulogu (videti Rüthers 2012, 175–183).

Prvo i osnovno pravilo bilo je da se zakoni iz vajmarskog vremena, koji su na bilo koji način bili u suprotnosti sa nacionalsocijalističkim svetonazorom ili zakonima koje su doneli nacionalsocijalisti, ne primenjuju jer su smatrani „neprijateljskim“ prema nemačkom narodu (videti Dahm *et al.* 1936, 124, tačka IV). Do takvog rešenja se, metodološki posmatrano, dolazilo tako što se strogim objektivnim teleološkim tumačenjem¹⁵ utvrđivalo značenje teksta vajmarskog zakona prema trenutno postojećim društvenim okolnostima (pri čemu su volja i motivi zakonodavca u trenutku donošenja zakona imali sekundarni značaj i često su bili zanemarivani) ili subjektivno-teleološkim tumačenjem¹⁶ teksta novih nacističkih zakona uz strogo pridržavanje njegovog jezičkog značenja (tako Mager 2004, 11). Pritom, sudovi su, zarad postizanja željenog cilja,

¹⁵ O objektivnom teleološkom tumačenju videti više Zippelius (2012, 17–18, 41–42); Bydlinski (2012, 41–50).

¹⁶ O subjektivnom teleološkom tumačenju videti više Zippelius (2012, 17–19); Bydlinski (2012, 34–40).

zloupotrebljavali osnovna pravila tumačenja pravnih normi koja služe za popunjavanje pravnih praznina, naročito pravilo o analogiji i pravilo o teleološkoj redukciji pravne norme (videti više Rùthers 2012, 203–210). Pod analogijom se podrazumeva analogna, odnosno proširena (shodna) primena pravne norme na slučajeve koji njome nisu obuhvaćeni, ukoliko su ti slučajevi slični ili bitno slični slučajevima na koje se ta norma nedvosmisleno odnosi (Vodinelić 2012, 176; Lukić i Košutić 2003, 454; Zippelius 2012, 55; Bydlinski 2012, 85). Sudovi su to pravilo zloupotrebljavali tako što su pravne norme analogno primenjivali i na one slučajeve na koje se, prema uobičajenom i pravilnom tumačenju pravnih normi (tj. utvrđivanju njihovog smisla i cilja), one ni u kom slučaju ne bi mogle primeniti (videti Rùthers 2012, 203–208). Isto je bilo i sa pravilom o teleološkoj redukciji pravne norme, koje dopušta da se konkretna pravna norma ne primeni na slučaj koji je, shodno tekstu norme, njome obuhvaćen, iz razloga što bi to bilo protivno njenom smislu i cilju, te da se umesto nje na taj slučaj primeni suprotna norma ili inače drugačija norma (Vodinelić 2012, 178; Zippelius 2012, 56; Bydlinski 2012, 90–92). To pravilo se zloupotrebljavalo tako što su se smisao i cilj norme „proizvoljno“ utvrđivali u skladu sa nacionalsocijalističkom ideologijom, pa su mnogi slučajevi iz ideoloških razloga bili isključeni (tj. teleološki/ideološki redukovani) iz polja primene važeće pravne norme i na njih je primenjivana suprotna, odnosno drugačija (ideološki adekvatna) pravna norma (videti Rùthers 2012, 208–209). Na taj način, nacionalsocijalistička sudska praksa je uspeła da razvije tzv. „*borbenu klauzulu*“ („*Kampfklausel*“) koja je služila kao osnov za odbijanje primene starih (vajmarskih) zakona (videti Rùthers 2012, 148–174; Rùthers 2006, 42; Mager 2004, 12).

Drugo novo pravilo se odnosilo na promenjeno tumačenje neodređenih pravnih pojmova (generalnih klauzula, pravnih standarda) i pravnih načela koji su sadržani u vajmarskim zakonima, koji su u nacionalsocijalizmu postali važan instrument za unošenje nove ideologije u važeće pravo (videti više Rùthers 2012, 214–216, 217–219; Mager 2004, 12–14; Haferkamp 2005, 17–19; Börner 1989, 205). U tom smislu naročiti značaj dobija načelo savesnosti i poštenja (*Treu und Glauben*) iz par. 242 NGZ, koje se više ne tumači objektivno uz vrednovanje interesa učesnika pravnog odnosa već se prilikom njegove konkretizacije vrednuju i neposredni interesi za dobrobit nemačke zajednice po krvi, što može voditi potpuno drugačijem i „iskrivljenom“ tumačenju velikog broja pravnih normi u NGZ (videti više Rùthers 2012, 224–237, naročito 231–233; Mager 2004, 13; Haferkamp 2005, 17–18). Na isti način su zloupotrebljavani opšte klauzule, pravni standardi i pravna načela u drugim oblastima prava (videti Mager 2004, 13; Rùthers 2012, 219–224).

Treće novo (i veoma važno) pravilo tumačenja bilo je pozivanje na tzv. *klauzulu opšte dobrobiti* („*Gemeinwohlformeln*“), koja je, tako-

đe, služila za unošenje nacionalsocijalističke ideologije u važeće pravo i uklanjanje neželjenih rezultata primene važećih pravnih normi (videti Stolleis 1972, 16–38; 1974; 2010, 175–193). „Opšta dobrobit“ se na različite načine spominjala u programu NSDAP – kao „opšti interes“ u tački 10, „nacionalna potreba“ u tački 17, „zajednički interesi“ u tački 18, „opšta dobrobit“ u tački 23 i kao „zajednička korist“ u tački 24 (Mager 2004, 14). Otuda je „opšta dobrobit“ postala sastavni deo svake primene prava i zbog svoje sadržinske neodređenosti davala je sudovima gotovo neograničenu slobodu u tumačenju vajmarskih zakona (videti Stolleis 2010, 182–184; 1974, 85; u tom smislu i Mager 2004, 14).

Posledice primene tih novih pravila tumačenja ogledale su se u ignorisanju i menjanju jasnog jezičkog značenja teksta pravne norme (tzv. izmenjeno jezičko tumačenje – tako Schröder 2016, 23), kao i u očiglednom i nedvosmislenom odstupanju od takvog jezičkog značenja, sa ciljem da se staro vajmarsko pravo ispuni novom nacionalsocijalističkom sadržinom i na taj način izgradi novi (ne)pravni poredak (tako Rùthers 2012, 175–176; Galin 1999, 54).

2.3.2. Stvaranje novih pravnih pojmova

Uspostavljanje i primena neograničenog tumačenja prava, kao važnog pravno-političkog instrumenta u nacionalsocijalizmu, nužno je imalo za posledicu stvaranje novih tzv. „konkretno-opštih“ pravnih pojmova koji su, s jedne strane, trebali da zadrže svojstvo „opšteg“, dok su, s druge strane, morali biti „konkretizovani“ tako što bi se njihova sadržina ispunita nacionalsocijalističkim svetonazorom koji je postao ideja vodilja svakog pravnog pojma (videti i uporediti Larenz 1935b, 166; 1936a, 31–39; 1935a, 225–260¹⁷; Schmitt 1934b; takođe videti Rùthers 2012, 304–321; Galin 1999, 62–65; Mager 2004, 15). Na taj način se, zapravo, vršilo redefinisavanje pravnih pojmova koji su se nalazili u zakonskim normama. Time se naročito bavio Karl Larenz (*Karl Larenz*), mladi nemački profesor i jedan od najznačajnijih predstavnika tzv. kilske škole prava, koji je, između ostalog, kreirao „novi“ pojam fizičkog lica kao subjekta prava, tj. „novi“ pojam pravne sposobnosti fizičkog lica (Larenz 1935a, 225–260), i „novi“ pojam ugovora i slobode ugovaranja (Larenz 1936b, 31 i dalje)¹⁸.

Naime, prema stanovištu koje je Larenz razvio u vreme nacionalsocijalizma, pojedinac ne može samostalno da bude imalac prava i obaveza i da zasniva pravne odnose, već on to može činiti samo kao član narodne zajednice po krvi, jer samo ukoliko živi u zajednici sa ostalim sunarodnicima, istovremeno postaje konkretna ličnost koja uživa pravnu

¹⁷ Prilikom formulisanja „konkretno-opštih“ pravnih pojmova Larenz se oslanjao na Hegelova filozofska učenja.

¹⁸ Videti analizu i razmatranja tih pojmova u Larenčevim radovima kod Rùthers (2012, 323–336, 360–379).

zaštitu. Otuda, kako Larenc zaključuje, „pravni subjekt može biti samo onaj ko je pripadnik narodne zajednice po krvi“, te da se upravo ta definicija pravnog subjekta „može staviti umesto pojma pravne sposobnosti svakog čoveka definisanog u par. 1 NGZ“ (Larenz 1935a, 241). Iz tog zaključka proizilazi da onaj ko ne pripada nemačkoj zajednici po krvi nije subjekt prava, odnosno nije pravno sposoban.

Takođe, veoma je interesantno i njegovo novo poimanje ugovornog prava i slobode ugovaranja u novim društvenim okolnostima. Larenc, naime, ističe da, nasuprot shvatanju koje vlada u liberalizmu, ugovor između dva pripadnika narodne zajednice po krvi treba posmatrati „kao bližu konkretizaciju narodnog poretka u koji se mora integrisati svaki ugovor koji je, kao sastavni deo tog poretka, određen njegovim principima“ (Larenz 1936b, 31). Na taj način sloboda ugovaranja, prema Larencu, dobija novo značenje koje je potpuno drugačije od onog koje postoji u liberalizmu jer „narodna zajednica, koja ne može sve sama da uređuje i kojoj je neophodno odgovorno sudelovanje njenih sunarodnika, daje svojim članovima (sunarodnicima) ograničenu mogućnost sastavljanja ugovora koja je od početka uslovljena ciljem narodne zajednice po krvi“. Pritom, to nikako ne znači da članovi narodne zajednice imaju slobodu da zaključuju ugovore po svojoj volji već samo da je njima dopušteno „da svoje posebne pravne odnose sami uredi u okviru narodnog poretka i u skladu sa njegovim principima“ (Larenz 1936b, 31 i dalje). Kao što se može videti, Larenc je izmenio pojam ugovora i slobode ugovaranja tako što je za funkcionalni cilj ugovora postavio doprinos pojedinaca ispunjenju zadataka narodne zajednice po krvi (u istom smislu zaključuje i Gutmann 2018, 9).

3. NEOGRANIČENO TUMAČENJE GRAĐANSKOG PRAVA U NACIONALSOCIJALISTIČKOJ SUDSKOJ PRAKSI

Kada se govori o „perverziji“ prava i pravnog sistema u nacional-socijalizmu, obično se prvo pomisli na oblasti krivičnog i javnog prava. Međutim, od samog dolaska nacionalsocijalista na vlast, u tim oblastima prava su vršene temeljnije izmene pravnih propisa, tako da je nepravda brzo bila legalizovana, pa je ređe postojala potreba da se dovrtljivim i izmenjenim (tj. neograničenim) tumačenjima menjaju značenje i smisao teksta normi krivičnog i javnog prava, koje su, po pravilu, jasno diskriminisale Jevreje i druge nearijevce (u tom smislu Pürner 2015, 58–59). S druge strane, građanskopravni propisi nisu isprva uopšte bili menjani¹⁹, tako da je neograničeno tumačenje prava postalo osnovno sredstvo

¹⁹ Verovatno zato što se želelo da se građansko pravo sveobuhvatno uredi u novom Narodnom zakoniku (*Volksgesetzbuch*) koji nikada nije bio dovršen (o prednacrtnu Narodnog zakonika videti Hedemann, Lehmann i Siebert 1942).

za ostvarivanje ciljeva novog režima u materiji građanskog prava. Kada su nešto kasnije izvršene određene izmene (u bračnom pravu, naslednom pravu i stambenom pravu), novi propisi su, takođe, bili tumačeni „neograničeno“ u duhu nacionalsocijalizma, pa se može reći da je neograničeno tumačenje prava, za sve vreme vladavine nacionalsocijalista, imalo značajnu ulogu u redefinisaju i uobličavanju građanskog prava. Osim toga, dodatni razlog za „uspešnu“ upotrebu instrumenta neograničenog tumačenja prava mogao bi se naći i u činjenici da građansko pravo, za razliku od krivičnog i javnog prava, pruža više prostora sudovima za takva tumačenja pravnih normi koja mogu dovesti do sudske izgradnje i razvoja prava, s obzirom na to da norme građanskog prava sadrže veliki broj neodređenih pravnih pojmova (generalnih klauzula, pravnih standarda) i pravnih načela kojima treba dati određeno značenje u svakom konkretnom slučaju. Nažalost, taj „prostor“ može biti zloupotrebljen, što su nemački sudovi i činili u vreme nacionalsocijalizma.

Postoji veliki broj slučajeva iz sudske prakse Trećeg rajha u kojima je sprovedeno neograničeno tumačenje normi građanskog i građanskoprocenog prava, sa ciljem da se postignu rezultati koji su u skladu sa nacionalsocijalističkom ideologijom. U izlaganjima, koja slede, osvrnućemo se na odabrane slučajeve u kojima su raspravljana pitanja iz ugovornog prava, trgovinskog prava, bračnog prava i prava prinudnog izvršenja²⁰.

3.1. Ugovorno pravo

Kada je reč o primeni neograničenog tumačenja u ugovornom pravu, često se spominje slučaj raskida ugovora o angažovanju jevrejskog reditelja Erika Karela (*Eric Charell*)²¹. Naime, nemačko privredno društvo za produkciju filmova UEFA zaključilo je 24. februara 1933. godine sa rediteljem Erikom Karelom ugovor o režiranju jednog igranog filma. Ugovor je sadržao odredbu prema kojoj je UEFA mogla da raskine ugovor „u slučaju smrti ili bolesti druge ugovorne strane ili iz drugih sličnih razloga“. Iako je Uredbom predsednika Rajha o zaštiti naroda i države od 28. februara 1933. godine zvanično uvedena diktatura, UEFA je 1. marta 1933. godine isplatila reditelju, u skladu sa ugovorom, prvu ratu honorara u iznosu od 26.000 rajhsmaraka. Međutim, pet dana kasnije, UEFA je raskinula ugovor, pozivajući se na pomenutu ugovornu odredbu, i zahtevala povraćaj isplaćenog honorara.

Vrhovni sud Rajha (*Reichsgericht* – RG) potvrdio je odluke nižih sudova kojima je taj tužbeni zahtev usvojen. Razlog za usvajanje tužbenog zahteva bio je da postoji jasna razlika između pravnog položaja arije-

²⁰ Neki od tih slučajeva su prikazani i u Pürner (2015, 59 i dalje), na šta je ukazano na odgovarajućim mestima u ovom radu.

²¹ Reichsgerichts (RG), Urteil vom 27.6.1936, *Juristische Wochenschrift* 65 1936, 2529–2531.

vaca i nearijevaca koji, prema novom društvenom shvatanju, nisu pravno sposobni. U svojoj odluci RG je, između ostalog, naveo da se „*prema nacionalsocijalističkom svetonazoru pravno sposobnim smatra samo onaj ko je nemačkog porekla*“, da treba prihvatiti „*ideje koje se temelje na razlikovanju potpuno pravno sposobnih lica i lica koja imaju manja prava*“, te da se „*stepen potpunog gubitka pravne sposobnosti izjednačava sa fizičkom smrću*“. Prema tome, kada se u ugovoru navodi „*da tužilac zbog bolesti, smrti ili drugih sličnih razloga*“ nije u stanju da izvrši svoju obavezu režiranja filma, „*nesumnjivo je da se promenjeno shvatanje pravne sposobnosti (do kojeg je došlo zbog novih rasnopoličkih stavova koji su utvrđeni zakonom) mora upodobiti navedenim razlozima za raskid ugovora*“²². Drugim rečima, promenom političkog sistema pripadnost jevrejskoj religiji dobila je negativno značenje u društvenom životu, zbog čega su Jevreji izgubili pravnu sposobnost, odnosno smatrani su „mrtvima“ i „bolesnima“ u građanskopravnom smislu, pa zato izjavljeni raskid ugovora proizvodi dejstva. Na taj način je sud „iskrivljenim“ ekstenzivnim teleološkim tumačenjem, tj. analognom primenom pomenute ugovorne odredbe na slučaj koji njome nije obuhvaćen (niti bi, pravilnim tumačenjem, mogao biti obuhvaćen), došao do rezultata koji je u skladu sa nacionalsocijalističkim svetonazorom²³.

3.2. Trgovačko pravo

Neograničeno tumačenje, opet putem „iskrivljenog“ ekstenzivnog teleološkog tumačenja (analogija), primenjivalo se i u slučajevima iz trgovačkog prava (kao specijalnog privatnog, odnosno građanskog prava koje je uređeno Trgovačkim zakonikom, ali i Građanskim zakonikom kao opštim izvorom privatnog prava koji se primenjuje supsidijerno²⁴). Našu pažnju je privukao slučaj u kojem se postavilo pitanje da li jedno preduzeće upotrebljava naziv firme koji stvara zabunu u pravnom i privrednom prometu²⁵. Naime, preduzetnik, koji je rođen u jednoj jevrejskoj porodici

²² Reichsgerichts (RG), Urteil vom 27. 6. 1936, *Juristische Wochenschrift* 65 1936, 2529–2531.

²³ U vezi sa ovom presudom vredna je pomena i okolnost da je ugovor zaključen nakon dolaska nacista na vlast, kao i da je isplata honorara usledila nakon donošenja pomenutog zakona, tako da ništa nije išlo u prilog reditelja.

²⁴ U nemačkoj pravnoj teoriji i praksi pravo se deli na javno i privatno pravo, a privatno pravo na građansko pravo, koje se označava kao opšte privatno pravo, i na posebno privatno (građansko) pravo, koje se razvilo za određene grupe lica ili za određene specifične oblasti. Trgovačko pravo spada u posebno privatno pravo koje je uređeno Trgovačkim zakonikom, ali i Građanskim zakonikom koji se primenjuje supsidijerno ukoliko Trgovački zakonik ne određuje drugačije. Videti više Đorđević (2018, 15), koji se poziva na relevantnu nemačku pravnu literaturu.

²⁵ Videti Landgericht (LG) Breslau, Urteil vom 21.07.1933, *Das Recht* 1934, 571 (citirano prema Worbel 1983, 354, fn. 34). Videti ovu odluku i kod Pürner 2015, 66. *Breslau* je danas grad *Wroclaw* u Poljskoj.

i koji je tokom svog života „prešao“ u hrišćansku veru, nazvao je svoje preduzeće „Hrišćanska kuća specijalne obuće“ („*Christliches Spezialschuhhaus*“). Konkurent tog preduzeća zahtevao je od njega da prestane sa daljom upotrebom takvog naziva firme, pozivajući se na to da taj naziv stvara zabunu u pravnom prometu jer nije reč o „hrišćanskom“ preduzeću. Prema njegovom mišljenju, takav naziv firme dovodi učesnike u privrednom prometu u zabunu jer bi oni polazili od pretpostavke da je reč ne samo o „hrišćanskom“ nego i o „arijevskom“ preduzeću. Sud je prihvatio taj argument tužioca i utvrdio da je reč o prevari u pravnom prometu koju uzrokuje naziv firme²⁶. Prema tome, iako preduzetnik u religioznom smislu više nije bio Jevrejin, on je, prema nacionalsocijalističkoj ideologiji, svrstan u tzv. jevrejsku rasu i zbog toga nije mogao da koristi naziv firme koji sadrži reč „hrišćanski“.

3.3. Bračno pravo

3.3.1. Poništaj tzv. mešovitih brakova – neograničeno tumačenje odredaba nemačkog Građanskog zakonika

Nema sumnje da su duh nacionalsocijalizma i tzv. neograničeno tumačenje prava našli svoje snažno uporište u porodičnom pravu, i to posebno u bračnom pravu. Najupečatljiviji slučajevi neograničenog tumačenja vezuju se za tzv. mešovite brakove između „arijevaca“ i „Jevreja“ (zaključene pre dolaska nacista na vlast), koje je trebalo razrešiti po želji arijevske partnera (videti analizu slučajeva u Pürner 2015, 59–60; Rütters 2012, 155–162; Wrobel 1983, 354 i dalje; Müller 1987, 98 i dalje). S obzirom na to da je do donošenja novog (nacističkog) Zakona o braku iz 1938. godine²⁷ razvod bio moguć jedino zbog skrivljene povrede bračnih obaveza, jedini pravni put za prestanak tih mešovitih brakova bilo je njihovo poništenje zbog zablude na osnovu odredaba NGZ.

U tadašnje vreme poništaj braka zbog zablude bio je uređen u par. 1333 i 1339 NGZ. Prema odredbama par. 1333 NGZ, brak se mogao poništiti ako je supružnik koji traži poništaj prilikom sklapanja braka bio u zabludi o takvim ličnim osobinama drugog supružnika koje bi ga, uz razumno poštovanje suštine braka, sprečile da zaključi brak da je znao za te osobine. Rok u kojem se može zahtevati poništaj iznosio je, shodno par. 1339 NGZ, šest meseci od dana kada je supružnik saznao za razlog zbog kojeg traži poništaj braka. Prema tome, za „uspešan“ poništaj braka morala su se ispuniti dva uslova – postojanje zablude o bitnim ličnim osobinama supružnika i zahtevanje poništaja u roku od šest meseci od saznanja za zabludu (videti detaljnije Pürner 2015, 60). U vezi sa uslovima za poništaj

²⁶ Landgericht (LG) Breslau, Urteil vom 21.07.1933, *Das Recht* 1934, 571.

²⁷ Ehegesetz – Gesetz zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung im Lande Österreich und im übrigen Reichsgebiet vom 6. Juli 1938, *Reichsgesetzblatt* I 807, Nr. 106 vom 8. Juli 1938.

braka pred sudovima u nacističkoj Nemačkoj postavilo se pitanje da li pripadnost supružnika jevrejskoj religiji predstavlja ličnu osobinu povodom koje, u smislu par. 1333 NGZ, može postojati zabluda, te da li je rok za poništaj od šest meseci iz par. 1339 NGZ protekao.

Ako se odgovor traži s osloncem na uobičajena pravila tumačenja i stavove sudske prakse zauzete do dolaska nacionalsocijalista na vlast, odgovor bi morao biti negativan jer se pripadnost određenoj religiji nije smatrala bitnom ličnom osobinom supružnika. Osim toga, supružnicima-arijevcima iz tzv. mešovitih brakova koji su sklopljeni pre 1933. godine bilo je poznata religijska pripadnost drugog supružnika u vreme sklapanja braka, tako da je bilo potpuno bespredmetno raspravljati o njihovoj zabludi. S druge strane, šestomesečni rok za poništaj iz par. 1339 NGZ u većini slučajeva je odavno istekao (čak i ako bi se utvrdilo da je zabluda postojala), tako da ni taj uslov nije mogao da bude ispunjen (videti Pürner 2015, 60). Međutim, sudovi²⁸ i pravni teoretičari novog nacionalsocijalističkog režima (videti Wöhrmann 1933, 2041; Schneider 1934, 868–869; Stoll 1934, 567–569)²⁹ izmenili su tumačenje tih odredaba NGZ, dajući im novo značenje koje do tada nisu imali. Oni su, najpre, konstruisali zabludu o „značaju“ religijske pripadnosti (naročito pripadnosti jevrejskoj religiji), odnosno o „značaju“ rase (naročito tzv. jevrejske rase) drugog supružnika, kako bi se ta okolnost mogla smatrati bitnom ličnom osobinom supružnika koja može važiti kao razlog za poništaj (videti posebno Wöhrmann 1933, 2041³⁰). Novo „značenje“ je dala nacionalsocijalistička ideologija koja je kod svakog Nemca razvila svest o „čistoti sopstvene rase“, što povlači sa sobom i svest o tome da se ne zaključuju brakovi sa partnerima koji pripadaju drugoj rasi (naročito tzv. jevrejskoj rasi) jer bi se deca iz takvih brakova smatrala strancima koji ne uživaju sva prava koja pripadaju članovima nemačke zajednice po krvi³¹ (videti Pürner 2015, 60–61; Wrobel 1983, 358–359). Isticano je da supružnik arijevac sigurno ne bi zaključio brak sa partnerom druge rase da je imao priliku da shvati to „značenje“, te mu zato sada treba pružiti mogućnost da tu svoju zabludu otkloni (tako Wöhrmann 1933, 2041³²). Kada je reč o šestomesečnom roku za poništaj braka zbog zablude, sudovi su pomerili po-

²⁸ Videti, na primer, Urteil des Landgerichts (LG) Köln – Az. 5 R 66/33, *Deutsche Justiz* 1933, 819 (prevedeni delovi te odluke prikazani su u Pürner 2015, 61–62); Reichsgericht (RG), 12. 7. 1934, *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ)* 145 1934, 1 (ta odluka je detaljnije razmatrana takođe u Pürner 2015, 63).

²⁹ Pregled i analizu stavova tih nacističkih pravnikar videti u Wrobel (1983, 362–365); videti i stavove i razmatranja u Pürner (2015, 62–63).

³⁰ Citirano prema Wrobel (1983, 355).

³¹ Videti Urteil des Landgericht (LG) Köln – Az. 5 R 66/33, *Deutsche Justiz* 1933, 819.

³² Citirano prema Wrobel (1983, 355–356). Prevod stavova Vormana (Wöhrmann) videti u Pürner (2015, 60–61).

četak njegovog trajanja na vremenski trenutak kada su nacionalsocijalisti preuzeli vlast, odnosno kada je donet Zakon o ponovnom uspostavljanju profesije državnih službenika³³ (15. aprila 1933. godine). Tako je omogućen poništaj mešovitih brakova koji su trajali više godina³⁴ (videti Pürner 2015, 61–62; Wrobel 1983, 358–359; Rùthers 2012, 155–162).

3.3.2. Neograničeno tumačenje Zakona o braku iz 1938. godine

Kao što smo već istakli, nacionalsocijalisti nisu odmah po dolasku na vlast menjali odredbe NGZ niti su to kasnije činili u značajnijem obimu. Oni isprva nisu imali jasan i gotov koncept za buduće bračno i porodično pravo već su ga (kako je već rečeno) menjali neograničenim tumačenjem važećih odredaba NGZ (uporediti Diederichsen 1989, 247). Nakon što su se iskristalisali stavovi o tome kakav je brak potreban nacionalsocijalizmu, 1938. godine je donet Zakon o braku³⁵ kojim su ukinute odredbe NGZ o zaključenju i razvodu braka.

Prema par. 55, st. 1 Zakona o braku iz 1938. godine, svaki supružnik može zahtevati razvod braka, ako supružnici žive odvojeno više od tri godine i ako se, zbog nepopravljivo narušenih bračnih odnosa, ne može očekivati ponovno uspostavljanje zajednice života koja bi odgovarala suštini braka. Međutim, tuženi supružnik se, shodno stavu 2 par. 55, mogao protiviti razvodu braka ukoliko je podnosilac zahteva za razvod potpuno ili delimično kriv za narušavanje bračnih odnosa. Taj prigovor se nije morao uvažiti ako održanje braka ne bi bilo „opravdano shodno običajima“, uz pravičnu procenu „suštine braka“ i ukupnog ponašanja oba supružnika. Već se na prvi pogled može videti da ova pravila sadrže neodređene pravne pojmove „suština braka“ i „opravdanost održanja braka shodno običajima“, koji su u nacionalsocijalizmu bili tumačeni gotovo bez ikakvih jasnih ograničenja (videti više Diederichsen 1989, 245 i dalje; Heller 2015, 284–292; Rùthers 2012, 400–411).

U ranijem periodu tumačenje takvih pojmova bilo bi u skladu sa tradicionalnim i religioznim shvatanjima prema kojima je brak, u načelu, smatran nerazrešivim (videti Heller 2015, 285). Takođe, okolnost kao što je strpljivo podnošenje lošeg ponašanja drugog supružnika uvećala bi

³³ To je bio prvi zakon koji je sadržao odredbe o isključenju Jevreja iz nemačkog javnog života.

³⁴ Videti Landgericht (LG) Köln – Az. 5 R 66/33, *Deutsche Justiz* 1933, 819. Treba napomenuti da takvo mišljenje nisu sledili svi nemački sudovi već je bilo i onih koji su odbijali da ponište takve mešovite brakove, naročito u početnoj fazi vladavine nacionalsocijalizma (videti više Pürner 2015, 61).

³⁵ Ehegesetz – Gesetz zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung im Lande Österreich und im übrigen Reichsgebiet vom 6. Juli 1938, *Reichsgesetzblatt* I, 807, Nr. 106 vom 8. Juli 1938. https://www.jku.at/fileadmin/gruppen/142/Ehegesetz_1938.pdf (poslednji pristup 2. februar 2019).

šanse da se prigovor uzme u razmatranje. Međutim, u svetu nacionalsocijalizma „suština braka“ dobija novo značenje. Ona se nije više određivala na osnovu pravičnog razmatranja svih okolnosti konkretnog slučaja i gledišta o strogom seksualnom moralu, već je kao primarni kriterijum postavljeno ostvarenje cilja da „arijevci“ sa „pravom i zdravom“ partnerkom intenzivno „rade“ na stvaranju novog potomstva. Otuda, seksualni moral, planiranje porodice i rađanje potomstva nisu bili privatna stvar pojedinca već nacionalno pitanje (videti više u Diederichsen 1989, 245 i dalje). To stanovište je predstavljalo jednu od osnovnih ideja nacionalsocijalističkog svetonazora, koje je često bilo isticano u nacionalsocijalističkoj literaturi i moglo se koristiti kao izvor za neograničeno tumačenje prava. Naime, Adolf Hitler se izjasnio o suštini braka već u svojoj autobiografiji *Moja borba (Mein Kampf)* (Hitler 1940, 274 i dalje)³⁶, navodeći da „brak ne može biti sam sebi cilj već mora služiti jednom višem cilju koji se ogleda u razmnožavanju i održanju vrste i rase“, da je za svaku osudu „kada se naciji uskraćuju zdrava deca“, te da „država mora voditi računa da se ne ograničava plodnost zdravih žena“. Isto tako je Alfred Rozenberg (*Alfred Rosenberg*), jedan od vodećih ideologa nacionalsocijalizma, jasno istakao u svom delu *Mit 20. veka* (Rosenberg 1934, 592–593) da je reprodukcija primarni cilj braka, a tek nakon toga seksualni moral, kao i da radi postizanja najvećeg mogućeg uspeha u reprodukciji treba odbaciti monogamiju kako bi nemački narod dostigao svoj nekadašnji „obim“, s obzirom na to da su Germani u prošlosti odstupali od monogamije³⁷.

U vezi sa pravnim posledicama koje mogu proisteći iz postavljanja reproduktivne funkcije braka za osnovni cilj te ustanove, interesantna je izjava tadašnjeg direktora Zemaljskog suda Gfrörer-a (1934, 153)³⁸:

„Država suštinski ima interes za brak samo ako on predstavlja najbolje sredstvo za stvaranje i održanje nasledno zdrave i nemačkokrvne narodne zajednice koja se stvara rađanjem i odgajanjem odgovarajućeg potomstva. Država nema interesa da postoje i da se održavaju brakovi koji ne mogu ostvariti taj cilj, kao ni da se oni zaključuju. Iz toga sledi da se razrešenje takvih brakova mora, bez sumnje, olakšati... Prilikom razvoda jednog takvog braka ne može se uzeti u obzir krivica, pošto se razlog za razvod nalazi u činjenici da je reč o jednom promašenom braku“.

³⁶ Citirano prema Diederichsen (1989, 245).

³⁷ Rozenberg (*Rosenberg*) konkretno navodi sledeće: „Sigurno da treba štiti monogamiju i zadržati je kao organsku ćeliju naroda, ali već je prof. Vit-Knudsen (*Wieth-Knudsen*) s pravom ukazao na to da bez povremene poligamije germanska reka naroda iz ranijih godina nikada ne bi nastala, o čemu toliko govori činjenica da sve pretpostavke za kulturu zapadnog sveta ne bi postojale... Kasnije su postojala i vremena, kada je broj žena premašio znatno broj muškaraca...“ (Rosenberg 1934, 592–593).

³⁸ Citirano prema Diederichsen (1989, 248); videti i komentar Gfrörer-ovog članka u Heller (2015, 278–279).

Na koji način je uzimanje u obzir takvih ideja i stavova nacional-socijalističkog svetonazora uticalo na tumačenje neodređenih pojmova, kao što su „suština braka“ i „opravdanost postojanja braka shodno običajima“, jasno se može videti iz sledećeg pojednostavljenog slučaja (koji je iz spisa Zemaljskog suda u Berlinu [*LG Berlin*] „kreirala“ Mammeri-Latzel [2002, 86–87]). Nemač, direktor jednog preduzeća, i evangelistkinja, domaćica, bili su deset godina u braku i imali su jednu ćerku. U njihovom braku je bilo velikih problema za koje je bio odgovoran suprug, koji ne samo da je provodio noći na parkingu oko berlinskog zoološkog vrta (koji je u to vreme bio mesto sastajališta homoseksualaca) već je zbog čestih vanbračnih afera oboleo od polne bolesti kojom se zarazila i njegova supruga koja zbog toga više nije mogla da rađa decu. Uprkos tome, supruga je oprostila svome mužu „sve njegove grehe“ i ostala uz njega. Međutim, suprug, na kojeg polna bolest nije ostavila trajne neželjene posledice, započeo je vanbračnu vezu sa svojom mladom sekretaricom koju je želeo da oženi. Pošto je njegova supruga imala 45 godina i nije više mogla da rađa, on je podneo zahtev za razvod braka. Supruga je, s druge strane, uložila prigovor na taj zahtev, ukazujući na razloge zbog kojih se brak ne može razvesti. Ako bi se pošlo od konzervativnih moralnih shvatanja, uzimajući u obzir i činjenicu da je suprug kriv za narušavanje bračnih odnosa, ogromna je verovatnoća da bi sud taj prigovor usvojio i odbio da razvede brak. Međutim, prema nacionalsocijalističkom svetonazoru, ta moralna shvatanja, odnosno sve navedene činjenice koje su išle u prilog supruzi nisu igrale više nikakvu ulogu jer je za tumačenje „suštine braka“ bilo jedino važno da suprug želi da zaključi novi brak sa mladom i zdravom ženom iz kojeg može da proistekne zdravo (i društveno poželjno) potomstvo. Iz tog razloga prigovor supruge nije uzet u razmatranje i brak je razveden (videti Mammeri-Latzel 2002, 86–87).

Na kraju, treba naglasiti da u navedenom slučaju žrtva neograničenog tumačenja prava nije bila supruga Jevrejka, što znači da su pod „udar“ dolazila i druga lica (ponekad čak i arijevci) koja nisu bila od koristi za ostvarenje ideja i ciljeva nacionalsocijalizma, a naročito starije žene koje nisu više mogle da rađaju decu u tzv. čisto arijevskim brakovima.

3.4. Pravo prinudnog izvršenja

Iako je na prvi pogled teško zamisliti da su ideje nacionalsocijalizma mogle da utiču na pravo prinudnog izvršenja za koje se obično tvrdi da ima „tehnički“ karakter, upravo u toj oblasti nalazimo neke od najzanimljivijih (i možda najupečatljivijih) slučajeva neograničenog tumačenja prava³⁹. Naime, kada su nacionalsocijalisti došli na vlast, u sudskoj praksi se postavilo pitanje da li se radio-prijemnik (radio-ure-

³⁹ Videti i uporediti sa detaljnom analizom slučajeva iz te oblasti u Pirner (2015, 64–65) i Wrobel (1985, 57 i dalje).

đaj), tj. „narodni prijemnik“ („*Volksempfänger*“), kako su ga nazivali nacionalsocijalisti, može zapleniti u izvršnom postupku. To pitanje se postavilo u kontekstu primene odredbe čl. 811, tač. 1 nemačkog Zakona o građanskom sudskom postupku koja je uređivala prinudno izvršenje na dužnikovoj imovini i predviđala brojne izuzetke od plenidbe dužnikovih stvari sa ciljem da mu se ostavi dovoljno imovine da može da vodi dostojanstven život. Jedan od tih izuzetaka odnosio se na predmete koji su nužni za domaćinstvo, tako da se u vezi sa tim postavilo pitanje da li se radio-prijemnik može svrstati u takve „nužne“ predmete koji se izuzimaju od izvršenja ili možda predstavlja luksuzni predmet koji se može zapleniti (videti Pürner 2015, 64; Wrobel 1985, 57).

Na to pitanje se može odgovoriti samo ako se uzmu u obzir troškovi koji su u to vreme bili potrebni za pribavljanje radio-prijemnika i tadašnji opšti životni standard (tako Pürner 2015, 64). Do dolaska nacionalsocijalista na vlast radio-prijemnici su bili skupi, tako da nisu predstavljali uobičajene predmete koje ima svako domaćinstvo već su redovno bili kvalifikovani kao luksuzni predmeti koji su mogli biti zaplenjeni u postupku prinudnog izvršenja (Wrobel 1985, 57–58). Nakon što su nacionalsocijalisti preuzeli vlast ubrzo je razvijen radio-prijemnik čija je cena nabavke bila nešto niža, odnosno pristupačnija za domaćinstva i pojedince, što je omogućilo nešto lakšu nabavku i, samim tim, veću distribuciju tih prijemnika u Nemačkoj. Ipak, čini se da se, uprkos pojeftinjenju i široj distribuciji, radio-prijemnik i dalje imao smatrati luksuznim predmetom koji se mogao zapleniti u izvršnom postupku. Međutim, nacionalsocijalisti su, uz kriterijum cene i opšteg životnog standarda, uzeli u obzir i kriterijum ideološke prirode koji se ogledao u ogromnom značaju medija za širenje propagande nacionalsocijalizma (videti Wrobel 1985, 58; Pürner 2015, 64–65). Taj kriterijum je odneo prevagu u tumačenju pojmova „luksuzni predmet“ i „predmet koji je nužan za domaćinstvo“, tako da su sudovi odbijali da zaplene tzv. narodne prijemnike jer bi se u suprotnom građanima oduzela mogućnost da slušaju firerove govore i nacionalsocijalističku propagandu⁴⁰. U jednoj sudskoj odluci⁴¹ navedeno je da se radio-prijemnik smatra predmetom koji se ne može zapleniti iz razloga što postoji javni interes da dužnici putem radio-prijemnika učestvuju u nastanku i razvoju nacionalsocijalističke nemačke države⁴².

⁴⁰ Videti analizu nemačke sudske prakse u pogledu tog pitanja u Wrobel (1985, 58–59).

⁴¹ Landgericht (LG) Frankfurt am Main, Beschluss vom 12. 1. 1934, *Juristische Wochenschrift* 63 1934, 572 (citirano prema Wrobel (1985, 58 i dalje), koji detaljno analizira tu odluku). Ova ista odluka je navedena i u Pürner (2015, 65).

⁴² Važno je napomenuti da taj stav nije sledila kompletna sudska praksa već da je bilo sudova koji su se zalagali za *lege artis* tumačenje. Na primer, Landgericht (LG) Stuttgart (Zemaljski sud u Štutgartu) ukinuo je odluku osnovnog suda kojim je odbijena za-

Međutim, od te „novouspostavljene“ sudske prakse često se odstupalo kada je dužnik bio Jevrej. Radio-uređaji koji su pripadali dužnicima Jevrejima ostali su i dalje predmet zaplene u izvršnom postupku jer Jevreji nisu bili članovi nemačke zajednice po krvi, te zato nije postojao nikakav interes da im se omogućí pristup nacionalsocijalističkoj propagandi⁴³.

3.5. Zaključna ocena

Iz prikazanih građanskopravnih slučajeva proizilazi da se instrument neograničenog tumačenja prava, po pravilu, koristio za određivanje značenja (konkretizaciju) neodređenih pravnih pojmova (generalnih klauzula, pravnih standarda) i pravnih načela sadržanih u pravnim normama, s obzirom na to da je, prema prirodi stvari, upravo tu bilo najviše prostora za unošenje nacionalsocijalističke ideologije u građansko pravo. Osim toga, sudovi su zloupotrebljavali pravila teleološkog tumačenja, naročito analogiju (što se može jasno videti u slučajevima iz ugovornog i trgovinskog prava) i teleološku redukciju (što je vidljivo u slučajevima iz bračnog prava i prava prinudnog izvršenja) kako bi popunjavali pravne praznine čak i tamo gde ih nije ni bilo. Te zloupotrebe su, neretko, imale za posledicu da se odstupi od jasnog jezičkog značenja teksta pravne norme radi postizanja rezultata primene prava koji je u skladu sa nacionalsocijalističkim svetonazorom. To je naročito bilo očigledno kod računanja roka za poništaj tzv. mešovitih brakova, gde su sudovi izmenili jezičko značenje odredbe par. 1339 NGZ kako bi omogućili da se početak trajanja tog roka pomeri za nekoliko godina unapred.

4. TUMAČENJE KAO SREDSTVO „DENACIFIKACIJE“ PRAVA – KRATAK OSVRT

U prethodnim izlaganjima prikazali smo kako su se, u skladu sa nacionalsocijalističkim svetonazorom, neograničeno tumačile pravne norme koje su poticale iz vajmarske republike (tj. ranijeg liberalnog društvenog poretka), kao i pravne norme koje su nastale za vreme nacionalsocijalizma. Međutim, tumačenje prava u skladu sa novim (promenjenim)

plena radio-prijemnika u vlasništvu arijevca i pritom je u svojoj odluci jasno naveo da se pitanje plenidbe ili neplenidbe isključivo rešava uzimanjem u obzir ekonomskih razloga (o toj odluci videti u Wrobel 1985, 59, koji se poziva na saopštenje koje je dao Baumbach 1934, 264). Takođe, o toj odluci i o drugim odstupajućim mišljenjima u nemačkoj sudskoj praksi i literaturi za vreme nacionalsocijalizma videti u Pürner (2015, 65).

⁴³ Videti Landgericht (LG) Schöenberg, Beschluss vom 1934 – ta odluka se spominje u jednoj drugoj odluci istog tog suda od 22. maja 1938. godine koja je objavljena u *Juristische Wochenschrift* 67, 1938, 1917 (citirano prema Wrobel 1985, 64, fn. 34). I ovde treba napomenuti da sudska praksa u pogledu tog pitanja nije bila jedinstvena (videti više Pürner 2015, 65).

društvenim shvatanjima nije postojalo samo u periodu vladavine nacionalsocijalista (1933–1945), koji su nemačko pravo „nacionalsocijalizovali“, već i nakon 1945. godine, kada je pravo, odnosno pravne norme koje su nastale u nacionalsocijalizmu trebalo tumačiti „u duhu“ novog posleratnog društvenog poretka, sa ciljem „denacifikacije“ („denacionalsocijalizacije“) nemačkog prava.

Takva denacifikacija prava bila je neophodna, s obzirom na to da je Kontrolni savet Saveznika nakon kapitulacije Trećeg rajha (8. maja 1945. godine) ukinuo samo one zakone (pravne norme) koji su očigledno imali nacionalsocijalističku sadržinu. Zakonske norme čiji tekst nije bio očigledno nacionalsocijalističkog karaktera ostale su na snazi čak i ako je njihovo donošenje bilo (potpuno ili delimično) zasnovano na nacionalsocijalističkoj, odnosno rasističkoj ideologiji (Löhnig 2010, 11). Taj postupak je obrazložen time da nije bilo potrebno utvrđivati iz kojih razloga je donet neki zakon (odnosno pravna norma) već da je jedino bitno na koji način bi takav zakon u novom pravnom poretku trebalo primenjivati. Dakle, jedino je bilo važno utvrditi da li se primenom važećeg teksta zakona, uzimajući u obzir promenjene društvene okolnosti, mogu postići razumni i vrednosno željeni rezultati (Löhnig 2010, 138). Iako su se procesi „nacifikacije“ i „denacifikacije“ nemačkog prava kretali u različitim smerovima, reč je, kako ističe Löhnig (2010, 138), o formalno istim pojavama, tj. u oba ta procesa se „konkretna pravna norma izdvaja iz konteksta njenog nastanka, odnosno istorijsko tumačenje norme zamenjuje se objektivno-teleološkim tumačenjem prema cilju norme koji nije u skladu sa ciljem koji je dao zakonodavac već je na osnovu promenjenih političkih okolnosti kasnije unet u pravnu normu“. Treba istaći da je proces denacifikacije prava u Nemačkoj naročito interesantan jer je Treći rajh, nakon kapitulacije, podeljen na dve države – Saveznu Republiku Nemačku (tzv. Zapadna Nemačka) i Nemačku Demokratsku Republiku (tzv. Istočna Nemačka), u kojima su uspostavljeni potpuno različiti društveno-politički sistemi, tako da se taj proces odvijao u dvema novim državama na različite načine⁴⁴. Kako je to u konkretnom slučaju izgledalo u novim nemačkim državama, prikazaćemo na primeru tumačenja (već razmatranih) odredaba par. 55, st. 2 Zakona o braku iz 1938. godine, kojima se uređuje prigovor na zahtev za razvod braka. Različito tumačenje tih odredaba bilo je uslovljeno različitim shvatanjem uloge žene u društvu u novonastalim pravnim porecima.

Društveno-političke razlike, koje su postojale između Zapadne i Istočne Nemačke, reflektovale su se i na poimanje pitanja bračnog prava i položaja žene u društvu. U Zapadnoj Nemačkoj je, u osnovi, bio

⁴⁴ U suštini, moguće je proučavati primenu jedne iste pravne norme (tj. norme istog jezičkog značenja) u tri različita društvena sistema (tj. u Trećem rajhu, Zapadnoj Nemačkoj i Istočnoj Nemačkoj).

prihvaćen raniji (pre nacionalsocijalizma razvijeni) koncept tradicionalnog shvatanja braka, u kojem je žena (uprkos ustavnopravnom principu jednakosti iz čl. 3 Osnovnog zakona) imala manja prava od muža, ali je istovremeno stupanjem u brak dobijala društveni status koji joj je garantovao određena prava i ako brak „propadne“. S druge strane, u Istočnoj Nemačkoj žene su bile izjednačene sa muževima, pri čemu se istovremeno želelo da se ona stavi u funkciju proizvodnje kako bi se socijalizam izgradio na najbrži mogući način. Prema tome, „zapad“ je želeo da vidi ženu za šporetom (u kuhinji), dok je „istok“ želeo da je vidi na radnom mestu (videti i uporediti Löhnig 2010, 135–136, 139–140; Rùthers 1987).

Kada se ti različiti koncepti o ulozi žene u društvu stave u kontekst tumačenja i primene odredaba o prigovoru na zahtev za razvod braka (par. 55, st. 2 Zakona o braku iz 1938. godine), jasno je da je sudska praksa u dvema državama različito postupala. U Zapadnoj Nemačkoj ponovo se počeo primenjivati religijski motivisani princip o načelnoj nerazrešivosti braka koji je, između ostalog, vodio rezultatu da se supruge, koja je verna svome mužu, može osloniti na to da će zadržati socijalni i finansijski status koji je stekla u braku (tzv. zbrinuti brak; videti Löhnig 2010, 136; Etzel 1992, 92–93)⁴⁵. Iz tog razloga se prigovor na zahtev za razvod braka, po pravilu, često uvažavao, tako da su se brakovi veoma retko razvodili, što znači da je sudska praksa Zapadne Nemačke napustila stavove koje je imao RG za vreme vladavine nacionalsocijalizma i zauzela dijametralno suprotno stanovište. S druge strane, sudska praksa u sovjetskoj zoni, odnosno u Istočnoj Nemačkoj, s obzirom na promenjenu ulogu žene u društvu, potpuno je drugačije postupala, pa je pretpostavke za usvajanje prigovora restriktivnije tumačila nego što je to činio RG za vreme nacionalsocijalizma, tako da je taj prigovor veoma retko usvajala (Löhnig 2010, 135–136), odnosno on se u većini slučajeva smatrao irelevantnim i bivao je odbijen, tako da su se brakovi češće razvodili⁴⁶.

Prema tome, iako je denacifikacija prava postavljena kao osnovni cilj u oba pravna poretka, upravo na ovom primeru se jasno može videti kako se taj proces, zbog različitih društveno-političkih (ideoloških) shvatanja, odvijao na različite načine. Ideološke razlike su uslovile različito tumačenje i različit rezultat primene jedne (sadržinski) iste pravne norme o razvodu braka: u Istočnoj Nemačkoj brakovi su se, po pravilu, mogli razvesti, dok je u Zapadnoj Nemačkoj razvod braka, po pravilu, bio otežan.

⁴⁵ Na sličan način se izjasnio *Oberlandesgericht (OLG) Hamburg* u svojim opštim društveno-političkim promišljanjima o suštini braka, u kojima je istakao da se nakon poraza u Drugom svetskom ratu teži „ponovnoj moralnoj izgradnji“ braka (videti OLG Hamburg, Urteil vom 15. 2. 1946, *Süddeutsche Juristen-Zeitung I* 1946, 94; prikaz i komentar ove odluke videti u Löhnig 2010, 86–87).

⁴⁶ Videti pregled sudske prakse u Löhnig (2010, 80 i dalje, 87 i dalje).

5. ZAKLJUČAK

Nacionalsocijalistička pravna teorija i praksa pronašle su u tumačenju prava pogodno političko sredstvo za brzu izgradnju novog (ne)pravnog poretka u skladu sa novom državnom ideologijom, bez prethodne promene pravnih propisa. Izmenom pravila tumačenja prava (kojom je kreiran instrument koji smo u ovom radu nazvali neograničeno tumačenje prava) sudovima je data mogućnost da preuzmu ulogu zakonodavca i važeće zakonske norme tumače u duhu nacionalsocijalizma, što je imalo za posledicu da se „neželjene“ pravne norme ne primene ili da im se pripiše drugačiji smisao i značenje. S obzirom na to da su norme građanskog prava pretrpele manje izmene za vreme vladavine nacionalsocijalista, neograničeno tumačenje prava bilo je značajno političko sredstvo za ostvarivanje ciljeva nacionalsocijalizma u građanskom pravu. Iz prikazanih slučajeva iz nemačke sudske prakse može se videti da se neograničeno tumačenje prava, najčešće, koristilo za konkretizaciju neodređenih pravnih pojmova (generalnih klauzula, pravnih standarda) i pravnih načela koja su sadržana u građanskopravnim normama, sa ciljem da se građansko pravo ispuni nacionalsocijalističkom ideologijom. Takođe, videli smo da je tumačenje prava, kao sredstvo izgradnje novog pravnog poretka, dobilo značaj i nakon Drugog svetskog rata, kada je pravne norme, koje su doneli nacionalsocijalisti, trebalo tumačiti u duhu novog posleratnog pravnog poretka, pa je građansko pravo opet postalo „značajan teren tumačenja“. Reč je o formalno istom procesu kao i u nacionalsocijalizmu, ali sada sa drugačijim (potpuno suprotnim) ciljem i motivima – tumačenjem je trebalo izvršiti „denacifikaciju“ prava, odnosno iz pravnog sistema izbaciti ideje nacionalsocijalizma i uneti nove vrednosti, što se na različite načine odvijalo u Zapadnoj Nemačkoj i Istočnoj Nemačkoj (zbog društveno-političkih razlika između te dve nove nemačke države).

Postavlja se pitanje kakav se zaključak može izvući o tumačenju prava u promenjenim društvenim okolnostima. Prva zamisliva i istovremeno instinktivna reakcija bi mogla biti da se neodređeni pravni pojmovi i pravna načela potpuno izbace iz normi građanskog prava jer njihova konkretizacija, koja se sprovodi tumačenjem, može voditi zloupotrebama. To bi, dalje, značilo da bi trebalo uvesti kazuističko normiranje koje bi u velikoj meri ograničilo slobodu sudskog tumačenja. Ipak, čini se da to nije ispravan put jer zakonodavac ne može unapred da predvidi sve moguće slučajeve koje treba normirati niti svaku promenu društvenih okolnosti koja može inicirati nastanak novih slučajeva za koje treba pronaći rešenje. Osim toga, izbacivanje neodređenih pravnih pojmova (generalnih klauzula, pravnih standarda) i pravnih načela iz zakonskih normi ne bi samo strogo „ograničilo“ pravo (i time uslovlilo da se društvo može razvijati isključivo pod plaštom pisanog zakonskog prava) već bi vodilo jednoj primitivnoj jurisprudenciji u kojoj bi sudovi „tehnički“ (kao kompjuteri)

primenjivali pravo i, pritom, imali velike probleme da prilagode pravne norme novim društvenim promenama. Prema tome, generalne klauzule, pravni standardi i pravna načela ne mogu se izbaciti iz zakonskih normi jer su neophodni u uslovima stalnih i ubrzanih društvenih promena koje zakonodavac ne može pravovremeno da prati u svim oblastima života. Pa, kako onda osigurati da njihovo tumačenje ne podlegne zloupotreba-ma? Odgovor na to pitanje treba tražiti u zahtevima da sudije budu odlič-ni poznavaooci pravne struke, da tumače zakone *lege artis* i da, oslanjajući se na zdrav ljudski razum i moral, razviju svest o tome da se, prilikom tumačenja pravnih normi čiji tekst nema jasno jezičko značenje, moraju suprotstaviti svakom pritisku da se političko-ideološki interesi stave iznad prava i pravde⁴⁷.

LITERATURA (REFERENCES)

- Baumbach, Adolf. 1934. Juristische Rundschau. *Deutsche Juristen-Zeitu-
ng* 39: 264.
- Börner, Fritjof. 1989. *Die Bedeutung der Generalklauseln für die Umge-
staltung der Rechtsordnung in der nationalsozialistischen Zeit*.
Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH.
- Bydlinski, Franz. 2012. *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*. 2.
Aufl. Wien: Facultas Verlags- und Buchhandels AG.
- Dahm, Georg, Karl August Eckhardt, Reinhard Höhn, Paul Ritterbusch i
Wolfgang Siebert. 1936. Leitsätze über die Stellung und Aufgaben
des Richters. *Deutsche Rechtswissenschaft* I: 123–124.
- Diederichsen, Uwe. 1989. Nationalsozialistische Ideologie in der Re-
chtsprechung des Reichsgerichts zum Ehe- und Familienrecht.
241–272 u *Recht und Justiz im „Dritten Reich“*, Hrsg. Ralf Dreier,
Wolfgang Sellert. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag AG.
- Dorđević, Slavko. 2018. *Opšti deo Građanskog zakonika u prevodu (All-
gemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches in Übersetzung)*.
Kragujevac: Deutsche Stiftung für Internationale Rechtliche
Zusammenarbeit.
- Eckert, Jörn. 2004. „Hinter den Kulissen“. Die Kieler Rechtswissen-
schaftliche Fakultät im Nationalsozialismus. 18–32 u *Forschungen
und Berichte aus der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel* 58,
Hrsg. Christiana Albertina, Kiel: Christian-Albrechts-Universität
zu Kiel. [https://www.uni-kiel.de/ns-zeit/allgemein/eckert-kulissen.
pdf](https://www.uni-kiel.de/ns-zeit/allgemein/eckert-kulissen.pdf) (poslednji pristup 2. februar 2019).

⁴⁷ Videti i uporediti Pürner (2015, 68).

- Etzel, Matthias. 1992. *Die Aufhebung von nationalsozialistischen Gesetzen durch den Alliierten Kontrollrat (1945–1948)*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Frank, Hans. 1933. Die Einwirkung des nationalsozialistischen Ideengutes auf das deutsche Rechtsleben. *Deutsche Juristen-Zeitung* 38: 1169–1174.
- Freisler, Roland. 1938. *Nationalsozialistisches Recht und Rechtsdenken*, Berlin: Industrieverlag Spaeth & Linde.
- Galín, Isabel. 1999. *Rechtsetzung ist Machtsetzung: Die deutsche Rechtsetzung in den Niederlanden 1940–1945*. Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH.
- Gfrörer (bez imena). 1934. Das Recht der Familie im Dritten Reich. *Deutsches Recht*: 151–154.
- Gutmann, Thomas. 2018. Ideologie der Gemeinschaft und die Abschaffung des subjektiven Rechts – Recht und Rechtswissenschaft im Nationalsozialismus. <https://www.jura.uni-muenster.de/de/institute/lehrstuhl-fuer-buergerliches-recht-rechtsphilosophie-und-medizinrecht/studieren/recht-und-rechtswissenschaft-im-nationalsozialismus/> (poslednji pristup 2. februar 2019).
- Haferkamp, Hans-Peter. 2005. *Das Bürgerliche Gesetzbuch während des Nationalsozialismus und in der DDR – mögliche Aspekte und Grenzen eines Vergleichs*. Köln: Dr. Otto Schmidt Verlag.
- Hattenhauer, Hans. 1986. Die Akademie für Deutsches Recht. *Juristische Schulung (JuS)*: 680–684.
- Hedemann, Justus Wilhelm, Heinrich Lehmann i Wolfgang Siebert. 1942. *Volksgesetzbuch, Grundregeln und Buch I – Entwurf und Erläuterungen*. München – Berlin: C.H. Beck Verlag.
- Heller, Hans-Detlef. 2015. *Die Zivilrechtsgesetzgebung im Dritten Reich*, Münster: Monsenstein und Vannerdat.
- Höhn, Reinhard. 1935. *Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft*. Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt.
- JuraForum.de. 2019. Erklärung zum Begriff Akademie für deutsches Recht. <https://www.juraforum.de/lexikon/akademie-fuer-deutsches-recht> (poslednji pristup 2. februar 2019).
- Larenz, Karl. 1934. *Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie*. Tübingen: J.C.B. Mohr.
- Larenz, Karl. 1935a. Rechtsperson und subjektives Recht. 225–260 u *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Hrsg. Georg Dahm, Ernst Rudolf Huber, Karl Larenz, Karl Michaelis, Friedrich Schaffstein, Wolfgang Siebert. Berlin: Junker und Dünhaupt.

- Larenz, Karl. 1935b. *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart*. 2. Aufl. Berlin: Junker und Dünnhaupt.
- Larenz, Karl. 1936a. Gemeinschaft und Rechtsstellung. *Deutsche Rechtswissenschaft I*: 31–39.
- Larenz, Karl. 1936b. *Vertrag und Unrecht. Band 1*. Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt.
- Larenz, Karl. 1938. *Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenken*. Berlin: Junker und Dünnhaupt.
- Löhnig, Martin. 2010. *Die Justiz als Gesetzgeber – Zur Anwendung nationalsozialistischen Rechts in der Nachkriegszeit*. Regenstauf: H. Gietl Verlag & Publikationsservice GmbH.
- Lukić, Radomir i Budimir Košutić. 2003. *Uvod u pravo*. Beograd: Službeni list SCG.
- Mager, Lutz. 2004. Das Recht im Nationalsozialismus, Wege völkischer Rechtserneuerung: Rechtsquellenlehre und Auslegung als Gesetzgebersersatz. <http://www.juracafe.de/ausbildung/seminar/self/rechtserneuerung.pdf> (poslednji pristup 2. februar 2019).
- Mammeri-Latzel, Maria. 2002. *Justizpraxis in Ehesachen im Dritten Reich, Eine Untersuchung von Prozeßakten des Landgerichts Berlin unter besonderer Berücksichtigung der Ideologie des Nationalsozialismus*. Berlin: Berlin-Verlag.
- Müller, Ingo. 1987. *Furchtbare Juristen – Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz*. München: Kindler.
- Pfenning, Andreas. 1936. Gemeinschaft und Staatswissenschaft, Versuch einer systematischen Bestimmung des Gemeinschaftsbegriffs. *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 96: 299–318.
- Pürner, Stefan. 2015. Mračna strana njemačkog prava: (ne)pravo u nacionalsocijalizmu na primjeru diskriminacije pripadnika židovske vjeroispovijesti u građanskom pravu. *Nova pravna revija* 10: 54–69.
- Rosenberg, Alfred. 1934. *Der Mythos des 20. Jahrhunderts. Eine Wertung der seelisch-geistigen Gestaltenkämpfe unserer Zeit*. 33–34. Aufl. München: Hoheneichen – Verlag.
- Rüthers, Bernd. 1987. *Wir denken die Rechtsbegriffe um – Weltanschauung als Auslegungsprinzip*. Zürich: Edition Interfrom.
- Rüthers, Bernd, 2006. Die Umgestaltung von Rechtsordnungen in Systemwechseln – Motive, Instrumente und Mentalitäten von Wendeliteraturen. 31–56 u *Justiz im Nationalsozialismus*, Hrsg. Hans-Peter Haferkamp, Margit Szöllösi-Janze. Hamburg: LIT Verlag.
- Rüthers, Bernd. 2012. *Die unbegrenzte Auslegung, Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*. 6. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck.

- Schmitt, Carl. 1933. Neue Leitsätze für die Rechtspraxis. *Juristische Wochenschrift* 62: 2793–2794.
- Schmitt, Carl. 1934a. Der Führer schützt das Recht. *Deutsche Juristen-Zeitung* 39: 945–950.
- Schmitt, Carl. 1934b. *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg: Schriften der Akademie für deutsches Recht.
- Schneider, Herbert. 1934. Anfechtung der Ehe wegen Irrtums über die Bedeutung der Rasse. *Juristische Wochenschrift* 63: 868–869.
- Schröder, Jan. 2016. *Rechtswissenschaft in Diktaturen – Die juristische Methodenlehre im NS-Staat und in der DDR*, München: C.H. Beck Verlag.
- Siebert, Wolfgang. 1935. Die Volksgemeinschaft im bürgerlichen Recht. 957–970 u *Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung*, Hrsg. Hans Frank. München: Zentralverlag der NSDAP – Franz Eher Nachfolge.
- Stoll, Heinrich. 1934. Die Auflösung einer Mischehe. *Deutsche Juristen-Zeitung* 39: 561–570.
- Stolleis, Michael. 1972. Gemeinschaft und Volksgemeinschaft, Zur juristischen Terminologie im Nationalsozialismus. *Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte* 20: 16–38.
- Stolleis, Michael. 1974. *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*. Berlin: J. Schweitzer.
- Stolleis, Michael. 2010. Gemeinschaft und Volksgemeinschaft im Recht des Nationalsozialismus. 175–193 u *Gemeinschaftskonzepte im 20. Jahrhundert zwischen Wissenschaft und Ideologie*, Hrsg. Lucia Scherzberg. Münster: Monsenstein und Vannerdat.
- Thamer, Hans-Urlich. 2005. Beginn der nationalsozialistischen Herrschaft. 138–163 u *Nationalsozialismus und Zweiter Weltkrieg*. Bonn: Bundeszentrale für politische Ausbildung. https://www.bpb.de/system/files/pdf_pdflib/pdflib-39529.pdf (poslednji pristup 11. april 2019).
- Vodinić, Vladimir. 2012. *Građansko pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu – Javno preduzeće Službeni glasnik.
- Wiener, Christina. 2013. *Kieler Fakultät und „Kieler Schule“*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.
- Wikipedia. 2019. Akademie für deutsches Recht, https://de.wikipedia.org/wiki/Akademie_f%C3%BCr_Deutsches_Recht (poslednji pristup 2. februar 2019).

- Worbel, Hans. 1983. Die Anfechtung der Rassenmischehe – Diskriminierung und Entrechtlichung der Juden in den Jahren 1933 bis 1935, *Kritische Justiz* 16: 349–374.
- Wrobel, Hans. 1985. Die Pfändbarkeit des Volksempfängers – oder: wie der vermeintlich unpolitische und neutrale § 811 Ziffer 1 ZPO nach 1933 im Sinne der NS-Ideologie ausgelegt wurde. *Kritische Justiz* 18: 57–67.
- Wöhrmann, Oto. 1933. Die Auflösung der Ehe zwischen Juden und Nichtariern. *Juristische Wochenschrift* 62: 2041.
- Zippelius, Reinhold. 2012. *Juristische Methodenlehre*. 11. Aufl. München: C.H. Beck Verlag.

Slavko Đorđević, PhD

Associate Professor
University of Kragujevac Faculty of Law

Stefan Pürner, PhD

Head of Section for „South East Europe I“
IRZ Stiftung, Germany

UNRESTRICTED INTERPRETATION OF GERMAN CIVIL LAW DURING THE NATIONAL SOCIALISM PERIOD

Summary

When the Nazis came to power in 1933, they began to rebuild the German legal system in accordance with the National Socialism ideology. Considering it was impossible to complete this task “overnight”, the Nazi legal theory established the view that all acts and statutes enacted prior to 1933 must be interpreted in the interest of National Socialism. In this paper the authors analyse the theoretical foundations of such interpretation, which was marked as “unrestricted interpretation of law” in post-war legal theory, focusing on its role in the process of Nazification of German civil law that was actively practiced by German courts. The authors also briefly analyse the post-war process of “denazification” of the laws enacted during the Nazi era, which was also performed by the mean of legal interpretation, but this time with the aim of eliminating the Nazi ideology from legal rules.

Key words: *National Socialism. – Unrestricted interpretation of law. – Undetermined legal notions and legal principles. – Nazification of German civil law. – Denazification of German law.*

Article history:

Received: 11. 3. 2019.

Accepted: 25. 4. 2019.

UDK 159.95:347.9; 316.647.8

CERIF: S260, S180, S142

DOI: 10.5937/AnaliPFB1902083M

Dr Aleksandar S. Mojašević*

EMPIRIJSKO ISTRAŽIVANJE EFEKTA UOKVIRAVANJA KAO VIDA KOGNITIVNE PRISTRASNOSTI**

U radu se prikazuju tipične kognitivne pristrasnosti predstavnika pravnih profesija (sudija, arbitara, advokata, medijatora) i drugih učesnika sudskog (parničnog) postupka (porotnika, parničnih stranaka). Poseban deo rada posvećen je teoriji izgleda i efektu uokviravanja zbog njihovog značaja za proučavanje i predviđanje ponašanja stranaka u postupku. S tim u vezi, sprovedeno je empirijsko istraživanje na uzorku studenata prava. Pošli smo od toga da između grupe tužilaca i tuženih postoji značajna razlika u izboru poravnjanja u parnicama sa umerenom ili visokom verovatnoćom dobitaka ili gubitaka, odnosno parnicama sa niskom verovatnoćom dobitaka ili gubitaka. Rezultati istraživanja potvrđuju da su ispitanici podložni efektu uokviravanja samo u parnicama sa umerenom ili visokom verovatnoćom dobitaka ili gubitaka. To istraživanje otvara i određena pitanja, a pre svega ko je u najboljoj poziciji da utiče na okvir u kojem stranke odlučuju. Autor iznosi stav da su, uprkos određenim ograničenjima, u takvoj poziciji medijatori.

Ključne reči: *Kognitivne pristrasnosti. – Efekat uokviravanja. – Teorija izgleda. – Pravne profesije.*

* Autor je vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu, mojasevic@prafak.ni.ac.rs.

** Ovaj članak je rezultat rada u okviru projekta *Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru* (referentni broj 179046) koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

1. UVOD

Teorija donošenja odluka (*decision-making theory*) poslednjih decenija zaokuplja pažnju istraživača različitih naučnih usmerenja. Među plejadom tih istraživača neizostavna su imena Danijela Kanemana (*Kahneman*) i Ejmosa Tverskog (*Tversky*). U radu iz 1974. godine (Tversky i Kahneman 1974) ovi autori dokazuju da se pojedinci oslanjaju na heuristike (mentalne prečice ili pravila procesuiranja informacija) u donošenju kompleksnih odluka, a pre svega prilikom subjektivnih procena verovatnoće i predviđanja vrednosti. Te heuristike su uglavnom korisne, ali ponekad dovode do ozbiljnih i sistematskih grešaka u odlučivanju (Tversky i Kahneman 1974, 1124). U stvari, oslanjanje na te mentalne prečice dovodi do tzv. *kognitivnih pristrasnosti* (*cognitive biases*) u rasuđivanju i odlučivanju.

Kognitivne pristrasnosti, kao posledica heurističkih pravila, svode se na pristrasnosti intuicije. Iako nekada pomaže u rasuđivanju i donošenju odluka, odlučivanje na osnovu intuicije ne samo običnih ljudi, nego i stručnjaka može biti pogrešno. Upravo opisujući ponašanje stručnjaka u radu iz 1992. godine (Simon 1992, 150–161), Herbert Sajmon (*Simon*) intuiciju svodi ni manje ni više nego na prepoznavanje poznatih elemenata u novoj situaciji, što je posledica učenja na osnovu prethodnog iskustva.

Danas je opšteprihvaćen stav da su kognitivne pristrasnosti sistematske greške u razmišljanju (Samson 2018, 125) da i, kao takve, one odstupaju od norme racionalnosti u rasuđivanju. Racionalnost je ključna pretpostavka modela racionalnog aktera (*homo economicus*) u neoklasičnoj ekonomskoj teoriji. No, na shvatanje racionalnosti bitno su uticali pojava i razvoj naučnih disciplina biheviorističke ekonomije i biheviorističkog prava i ekonomije (videti posebno Jolls, Sunstein i Thaler 1998). Zagovornici tih disciplina empirijski potvrđuju da se stvarni ljudi razlikuju od zamišljenog racionalnog aktera iz ekonomskih modela. To ne znači da ljudi sistematski donose iracionalne odluke već samo da model racionalnog aktera ljude ne opisuje dovoljno dobro (Kaneman 2015, 386). Jednostavno rečeno, pristrasnost intuicije, kao jednog dela našeg kognitivnog aparata (tzv. sistem 1) i spora kontrola njegovog drugog, promišljenog, racionalnog dela (tzv. sistem 2) čine da naše stvarne odluke nisu onakve kakve ih donosi racionalni akter u ekonomskim modelima.

Do sada je identifikovano 186 kognitivnih pristrasnosti u opštoj populaciji, a one se razvrstavaju na: pristrasnosti u donošenju odluka, verovanju i ponašanju; društvene pristrasnosti; memorijske greške i pristrasnosti. Pošto su kognitivne pristrasnosti specifikum ustrojstva našeg kognitivnog aparata, logično je pretpostaviti da važe podjednako i za brojne donosiocje odluka u specifičnim sferama društvenog života. Polazeći od toga, u nastavku rada ispituju se kognitivne pristrasnosti donosilaca odluka u pravnoj oblasti.

2. KOGNITIVNE PRISTRASNOSTI SUDIJA I ARBITARA

Brojna istraživanja ukazuju na to da su sudije, takođe, podložne sistematskim greškama u rasuđivanju i odlučivanju (videti posebno Guthrie, Rachlinski i Wictrich 2001, 777–830).¹ Davno je rečeno iz ugla pravnog realizma da se moramo suočiti sa činjenicom da su sudije samo ljudska bića (citirano u Guthrie, Rachlinski i Wictrich 2001, 784). Polazeći upravo od te premise, empirijskim istraživanjima (Guthrie, Rachlinski i Wictrich 2001, 777–830) dokumentovano je postojanje kognitivnih pristrasnosti sudija u rasuđivanju i donošenju odluka, i to: 1. efekta usidraavanja, 2. efekta uokviravanja, 3. pristrasnosti naknadnog uvida, 4. heuristike reprezentativnosti i 5. sklonosti ka egocentrizmu.²

Pod *efektom usidraavanja* podrazumeva se tendencija da se prilikom donošenja sudova oslanjamo na delić neke informacije (tzv. sidro), makar on bio i beznačajan. Taj efekat se najčešće javlja kada ljudi vrše numeričke procene, recimo, procenu tržišne vrednosti nepokretnosti (Kaneman 2015, 111). U pravnoj oblasti, pregovarači su manje-više skloni prihvatanju konačne ponude za sklapanje poravnjanja, zavisno od toga kakva je bila početna (inicijalna) ponuda druge strane. Očigledno je da ta prva, početna ponuda oblikuje očekivanja pregovarača i njihove preferencije u pregovorima (videti Korobkin i Guthrie 1994a, 1–22).

Pristrasnost naknadnog uvida jeste ljudska tendencija da se prošli događaji naknadno ocenjuju kao predvidljivi u vreme kada su se zaista i desili (Kaneman 2015, 190). Ta pristrasnost može imati značajne efekte u pravnoj oblasti, pre svega sudskoj praksi, što potvrđuju određene studije kada je reč o ustanovljavanju odgovornosti za naknadu štete usled nepažnje (videti Kamin i Rachlinski 1995, 89–104).

¹ Izdvajamo i neka ranija istraživanja. U jednom istraživanju iz 1993. godine (Anderson, Lowe i Reckers 1993, 711–737) ispitivana je pristrasnost naknadnog uvida na uzorku sudija i revizora. Potom se u studiji iz 1994. godine (Eisenberg 1994, 979–995) dokazuje postojanje egocentrične sklonosti sudija i advokata i uticaj te sklonosti na različitu percepciju (visine) honorara advokata u stečajnom postupku, dok se u drugoj eksperimentalnoj studiji (Landsman i Rakos 1994, 113–126) dokazuje da su i sudije i porotnici podjednako podložni pristrasnostima. Zatim, Viscusi (1999, 26–62) dokazuje da su sudije pristrasne u proceni rizika, naročito u slučaju nižih verovatnoća velikih gubitaka. U drugoj studiji iz 1999. godine (Wissler, Hart i Saks 1999, 751–826) ispitivani su faktori procene ozbiljnosti štete i određivanja naknade štete triju grupa: sudija, advokata i porotnika – razlike su ispoljavane upravo u određivanju naknade štete između porotnika, s jedne strane, i sudija i advokata, s druge strane. To je objašnjeno time što porotnici nemaju, poput sudija ili advokata, referentnu tačku (recimo, ranije slučajeve) za određivanje visine naknade štete. Konačno, i Posner (1988, 858–861) naglašava, suprotno uvreženom mišljenju, da postoje ograničenja u pravnom rezonovanju (odlučivanju) sudija, kao što postoje i u svakodnevnom životu.

² U trećem delu rada biće posebno obrađen efekat uokviravanja, a u nastavku objašnjavam preostale.

Pod *reprezentativnošću* se podrazumeva procena verovatnoće nekog neizvesnog događaja (ili uzorka) na osnovu stepena u kojem je on sličan, u svojim osnovnim karakteristikama, populaciji kojoj pripada i u kojem odražava istaknute osobine procesa koji ga je generisao (Kahneman i Tversky 1972, 431). Jednostavnije rečeno, ako je događaj 1 reprezentativniji od događaja 2, onda je događaj 1 verovatniji od događaja 2, i to je suština ove heuristike. Ona dolazi do izražaja u krivičnopravnoj oblasti. Recimo, verovatnoća da li je neko krivično odgovoran ili ne (kategorijsko ocenjivanje) ocenjuje se na osnovu reprezentativnosti dokaznog materijala (npr. optuženi je nervozan, verovatno je odgovoran). I u građanskopravnoj materiji dešava se da se verovatnoća neke hipoteze na osnovu datih dokaza izjednačava sa verovatnoćom dokaza na osnovu date hipoteze (tzv. *inverzna zabluda*).³ Recimo, verovatnoća da je tuženi odgovoran jer je tužilac pretrpeo štetu izjednačava se sa verovatnoćom da bi tužilac bio oštećen ako bi tuženi bio odgovoran (Guthrie, Rachlinski i Wictrich 2001, 807).

Egocentrična pristrasnost podrazumeva sklonost ka precenjivanju sopstvenih sposobnosti.⁴ Razumno je pretpostaviti da su toj pristrasnosti u pogledu sopstvenih sposobnosti, kvaliteta zastupanja i relativne vrednosti njihovog predmeta sklone i stranke u parničnom postupku i njihovi advokati, što može značajno da podrije proces sklapanja poravnjanja (videti Babcock i Loewenstein 1997, 109–126).

Ni pripadnici drugih pravnih profesija nisu pošteđeni kognitivnih pristrasnosti. Jedno novije istraživanje (Franck *et al.* 2017, 1115–1173) potvrđuje da su u donošenju odluka pristrasni i (međunarodni) arbitri, odnosno da su podložni: 1. efektu usidravanja, 2. efektu uokviravanja, 3. heuristici reprezentativnosti i 4. egocentrizmu. To istraživanje pokazuje da su i arbitri, poput sudija, ljudska bića sklona (brzom) intuitivnom promišljanju i sistematskim greškama koje iz toga proizilaze. Time se ukazuje na to koliko je bitno da oni koji presudno utiču na karakter sistema rešavanja sporova obrate više pažnje na strukturalne karakteristike i proceduralne mehanizme zaštite koji će povećati verovatnoću da donosioci odluka (sudije, arbitri i drugi) pravično odluče, odnosno da donesu odluke koje su koliko-toliko lišene grešaka i pristrasnosti.

³ U domenu verovatnoće, ta zabluda (*inverse fallacy*) iskazuje se u pretpostavci da je verovatnoća da će događaj A nastupiti na osnovu toga što je događaj B već nastupio identična verovatnoći da bi događaj B nastupio da je događaj A nastupio.

⁴ Uprkos sličnosti i često konfuziji, treba praviti razliku između egocentrične sklonosti i sklonosti ka pripisivanju zasluga sebi u slučaju uspeha, i okrivljavanja drugih (ljudi ili okolnosti) u slučaju neuspeha (*self-serving bias*). Ova druga sklonost može se označiti kao favorizovanje sebe i sopstvenog interesa (Forsyth 2007, 429). Takođe, direktna posledica egocentrične sklonosti jeste i efekat lažnog konsenzusa (*false-consensus effect*). To je tendencija da ljudi veruju da su njihova uverenja ili postupci u mnogo većoj meri zajednički nego što zaista jesu (videti na primer Ross, Greene i House 1977, 279–301).

S tim u vezi, u nastavku se detaljnije objašnjava efekat uokviravanja, posebno na one koji odlučuju u pravnoj oblasti, čime se postavlja konceptualni okvir za sprovođenje empirijskog istraživanja te pristrasnosti na uzorku studenata prava.

3. EFEKAT UOKVIRAVANJA U PRAVNOJ OBLASTI

Prema teoriji korisnosti, na kojoj je zasnovan ekonomski model racionalnog aktera, i korisnost dobitka i nekorisnost gubitka procenjuju se poređenjem dva stanja bogatstva. U teoriji korisnosti ne postoji način da se predstavi da je nekorisnost gubitka veća od korisnosti dobitka identične veličine, što Kaneman naziva „slepilom indukovanim teorijom“ (Kaneman 2015, 260). Očigledno je da teorija korisnosti zanemaruje psihološku osetljivost na gubitke, što je bila osnova za postavljanje jedne drugačije, kompleksnije teorije odlučivanja u uslovima rizika – teorije izgleda.

Srž teorije izgleda (Kahneman i Tversky 1979, 263–292) i njene nove verzije – kumulativne teorije izgleda (Tversky i Kahneman 1992, 297–323) čini efekat uokviravanja, pod kojim se podrazumeva sklonost ljudi da donose različite odluke (rizične ili manje rizične) zavisno od okvira (pozitivnog ili negativnog) u kome to čine. U pozitivnom okviru ispoljavaju averziju prema riziku, za razliku od negativnog okvira, u kome iskazuju sklonost ka riziku. Recimo, ljudi preferiraju 100 dinara sigurnog dobitka u odnosu na 50% šanse da dobiju 200 dinara, ali preferiraju 50% šanse da izgube 200 dinara u odnosu na 100 dinara sigurnog gubitka. Iako su to, ekonomski gledano, identični izbori,⁵ odluke su drugačije zbog okvira u kome se donose. To je posledica toga što ljudi najčešće ne razmišljaju o malim ishodima u smislu stanja ukupnog bogatstva nego u smislu dobitaka, gubitaka ili neutralnih ishoda, kao što je, recimo, očuvanje trenutnog stanja. Polazeći od toga, gubici se negativnije procenjuju nego dobici sa određene referentne tačke (videti posebno Kahneman 1992, 89–104), što je u teoriji označeno kao averzija prema gubicima (Kahneman i Tversky 1984, 342). Shodno rečenom, psihološke vrednosti dobitaka i gubitaka procenjene sa određene referentne tačke čine okosnicu teorije izgleda, za razliku od teorije korisnosti u kojoj je to stanje bogatstva.

Efekta uokviravanja ima značajne implikacije u parničnom postupku kada se parnične stranke suočavaju sa izborom između suđenja i poravnanja. Tužiocima se često suočavaju sa izborom da prihvate poravnanje

⁵ Sto dinara dobitka (gubitka) sada je isto što i očekivanih 100 dinara dobitka ili gubitka ($50\% \times 200 \text{ dinara} = 100 \text{ dinara}$).

ili da nastave sa postupkom, nadajući se većem dobitku, za razliku od tuženih koji treba da odluče da li da prihvate da plate poravnanje ili da to ne učine, očekujući manji iznos po osnovu sudske presude. S obzirom na to da tužioci najčešće odlučuju u pozitivnom okviru, oni su skloni manje rizičnim odlukama, odnosno da prihvate poravnanje, za razliku od tuženih koji odlučuju u negativnom okviru, te su više skloni riziku, odnosno nastavku postupka. Taj značajan nalaz (da tužioci preferiraju poravnanje, a tuženi suđenje u parnicama sa umerenom ili visokom verovatnoćom dobitaka ili gubitaka, odnosno pobeđe ili poraza na suđenju)⁶ proizilazi iz toga što parnica, u stvari, predstavlja prirodni okvir za parnične stranke.⁷ No, drugi značajan nalaz jeste da se preferencije stranaka prema riziku menjaju u parnicama sa niskom verovatnoćom dobitaka ili gubitaka, odnosno pobeđe ili poraza na suđenju.⁸ Naime, u tim parnicama tužioci biraju između dobitaka male verovatnoće, a tuženi između gubitaka male verovatnoće. Shodno tome, tužioci preferiraju suđenje, a tuženi poravnanje. Dakle, kada je mala šansa da nešto dobiju, tužioci su skloni riziku, a kada je mala šansa da nešto izgube, tuženi ispoljavaju averziju prema riziku. Nasuprot tome, kada je velika šansa da nešto dobiju, odnosno izgube, tužioci iskazuju odbojnost, a tuženi sklonost ka riziku.

⁶ Guthrie (2000, 168) navodi da su parnice sa umerenom ili visokom verovatnoćom dobitaka ili gubitaka u stvari uobičajene parnice. Ovdje se misli ili na dobitak ili gubitak po osnovu presude ili na dobitak ili gubitak po osnovu poravnjanja, što znači da je implicitna pretpostavka da je postupak već pokrenut i da parničari nakon utuženja sagledavaju te ishode. Dodajmo i to da se dobitak ili gubitak po osnovu presude svodi na pobeđu ili poraz na suđenju, odnosno (ne)ostvarenje zahteva za naknadu štete.

⁷ Rachlinski (1996, 129) ističe da je parnica prirodni okvir jer tužioci konzistentno biraju između sigurnog dobitka po osnovu poravnjanja i izgleda za veći dobitak na suđenju (po osnovu presude). Suprotno, tuženi konzistentno biraju između sigurnog gubitka po osnovu poravnjanja i izgleda za veći gubitak po osnovu presude. Te izgleda za veći dobitak ili gubitak na suđenju (pobeđu ili poraz na suđenju), u uobičajenoj parnici, Kris Gatri svodi na umerenu ili visoku verovatnoću dobitaka ili gubitaka, navodeći obilje eksperimentalnih dokaza koji potvrđuju da tužioci iskazuju averziju prema riziku suočeni sa umerenom ili visokom verovatnoćom dobitaka, odnosno da tuženi ispoljavaju sklonost ka riziku suočeni sa umerenom ili visokom verovatnoćom gubitaka. U tim istraživanjima (Guthrie 2000, 182, fn. 84) umerena do visoka verovatnoća dobitaka ili gubitaka kreće se od 30% do 80%.

⁸ Upravo u parnicama sa niskom verovatnoćom dobitaka ili gubitaka, Gatri razmatra ponašanje parničara, razvijajući posebnu teoriju (*Frivolous Framing Theory*), koja se oslanja na teoriju izgleda. Guthrie (2000, 185–187) polazi od definicije da su *neosnovane parnice (frivolous litigation) one parnice u kojima obe strane (tužilac i tuženi) unapred znaju da su male šanse da će tužilac na kraju odneti pobeđu*, i shodno tome operacionalizuje neosnovane parnice kao parnice sa malom verovatnoćom pobeđe tužioca. Takođe, kada govori o dobitcima ili gubicima, Guthrie (2000, 187, fn. 105) misli na novčani iznos (naknadu štete) po osnovu presude ili poravnjanja.

Tabela 1.
Četvorostruki obrazac odnosa prema riziku

VISOKA VEROVATNOĆA (<i>efekat izvesnosti</i>)	DOBICI Strah od razočaranja AVERZIJA PREMA RIZIKU	GUBICI Nada u izbegavanje gubitka SKLONOST RIZIKU
NISKA VEROVATNOĆA (<i>efekat mogućnosti</i>)	Nada u veliki dobitak SKLONOST RIZIKU	Strah od velikog gubitka AVERZIJA PREMA RIZIKU

Ta dva važna nalaza oslanjaju se na Kanemanov četvorostruki obrazac odnosa prema riziku (tabela 1), koji se zasniva na dva faktora (Kaneman 2015, 295–299). Prvi je opadajuća osetljivost na dobitak ili gubitak, a drugi je procenjivanje važnosti odluke koja prati određenu verovatnoću.⁹ Tako u slučaju parnica sa niskom verovatnoćom dobitaka ili gubitaka, precenjivanje važnosti malih verovatnoća potiskuje prvi faktor (opadajuću osetljivost) i proizvodi obrazac rizikovanja u slučaju dobitaka i opreza u slučaju gubitaka. Recimo, kada je mala verovatnoća da će tužilac ostvariti dobitak po osnovu presude, kao ljudi koji igraju lutriju, više je sklon riziku, odnosno odlasku na suđenje (donji levi pravougaonik na tabeli 1). U slučaju parnica sa visokom verovatnoćom dobitaka, odnosno gubitaka, prvi faktor (pad osetljivosti) zajedno sa drugim faktorom (potcenjivanje važnosti velikih verovatnoća) generiše drugačiji obrazac odnosa prema riziku: rizikovanje u slučaju gubitaka i oprez u slučaju dobitaka. Recimo, kada tuženi razmatra siguran gubitak po osnovu poravnjanja i rizik još većeg gubitka po osnovu presude, zbog opadajuće osetljivosti na gubitak, osećaće veću odbojnost prema sigurnom gubitku (poravnanju). Istovremeno, usled potcenjivanja visoke verovatnoće gubitka po osnovu presude, smanjuje se odbojnost prema riziku (gornji desni pravougaonik).¹⁰ Tim faktorima objašnjava se i ponašanje tužioca kada očekuje dobitak po osnovu presude sa visokom verovatnoćom, samo što se u tom slučaju aktivira psihološki mehanizam u vidu straha od razočarenja i, posledično, averzija prema riziku (gornji levi pravougaonik).

⁹ Ako je mala verovatnoća dobitka, recimo 2%, onda je važnost odluke koja prati tu verovatnoću značajno veća (8,1). Suprotno, ako je velika verovatnoća dobitka, recimo 95%, onda je važnost odluke koja ide uz tu visoku verovatnoću dosta niža (79,3). To pokazuje da su ljudi skloni da precenjuju male verovatnoće dobitaka (efekat mogućnosti) i potcenjuju velike verovatnoće dobitaka (efekat izvesnosti). Isto važi i za gubitke. Više o tome u Kaneman (2015, 293–295).

¹⁰ Tim nalazom mogu se objasniti mnogi fenomeni, kao što je, recimo, tendencija kompanija da uzaludno troše resurse u trci sa svojim konkurentima jer je prihvatanje poraza veoma bolno. U parničnom postupku, tuženi, zbog averzije prema gubitku i sklonosti riziku (odlasku na suđenje) može imati bolju pregovaračku poziciju od tužioca, što za posledicu može imati da tužilac prihvati nepovoljnije poravnanje (u odnosu na ono što bi ostvario na sudu).

Postojanje efekta uokviravanja potvrđeno je i empirijskim nalazima među parničnim strankama u stvarnim parnicama (Rachlinski 1996, 150–160).¹¹ No, osim parničnih stranaka, efektu uokviravanja su sklone, kao što smo naveli, i sudije. U poznatoj studiji (Guthrie, Rachlinski i Wictrich 2001, 796–799) sudije su, pod uticajem okvira, različito procenjivale da li stranke treba da prihvate poravnanje ili ne. Neočekivan rezultat te studije bio je da je većina sudija (67,5%) smatrala da stranke ne treba da se poravnaju uprkos tome što je očekivana vrednost poravnanja bila veća od očekivane vrednosti suđenja. Autori su taj fenomen objasnili psihološkim faktorom. Naime, poravnati se značilo je i pristati da značajan deo vrednosti spora (70%) pripadne suprotnoj strani. Budući da su stranke imale jednako pravo na imovinu koja je predmet spora, sudije su smatrale da je čak i podela na jednake delove prikladnija. Da bi opravdali taj nalaz, autori su se pozvali na druga istraživanja (videti Camerer i Thaler 1995, 209–219).¹²

Nalaz da su sudije podložne efektu uokviravanja ima značajne implikacije na njihov uticaj na stranke da sklope poravnanje, naročito uzimajući u obzir da se sudije često nalaze u ulozi medijatora.¹³ Naime, taj uticaj treba da bude usmeren na tužene jer oni pokazuju veći otpor ka sklapanju poravnanja nego tužioci. No, u toj studiji se ukazuje na to da sudije (medijatori) to neće činiti ili će propustiti da to učine, usled čega će stvarni broj poravnanja biti niži od optimalnog. S tim u vezi, ako sudije (medijatori) ne podstiču tužene da prihvate poravnanje, odnosno ako podstiču tužioce da prihvate niže iznose poravnanja, posledice su da tužioci neće u dovoljnoj meri zadovoljiti svoje tužbene zahteve, dok tuženi neće biti u dovoljnoj meri odvraceni od činjenja budućih štetnih radnji (Guthrie, Rachlinski i Wictrich 2001, 798). Konačno, u toj studiji se zaključuje i to da stranke prilikom pregovaranja u prisustvu medijatora treba da opravdaju svoje ponude za sklapanje poravnanja ne samo u smislu ekonomske racionalnosti već i u pogledu pravičnosti (Guthrie, Rachlinski i Wictrich 2001, 799).

¹¹ Inače, to istraživanje (Rachlinski 1996, 159) pokazuje da su u skoro četvrtini slučajeva (23%) tuženi platili visoku cenu jer su nastavili sa parnicom. Odbijanje da se poravnaju koštalo je tužene u proseku 66.106 \$ po slučaju, plus parnični troškovi. S druge strane, i tužioci su platili visoku cenu zbog averzije prema riziku i odbijanja da nastave sa postupkom (23% onih koji su nastavili sa postupkom dobilo je ogromnu odštetu od 354.949 \$ po slučaju, minus parnični troškovi). U suštini, istraživanje potvrđuje predviđanja teorije izgleda o različitim preferencijama tuženih (sklonosti ka riziku) i tužilaca (odbojnosti ka riziku).

¹² To istraživanje pokazuje da učesnici, suočeni sa podelom unapred fiksiranog dela imovine (fiksno kolača), sve osim podele na jednake delove smatraju nepravičnim.

¹³ U američkoj sudskoj praksi to su tzv. konferencije za sklapanje poravnanja. I u našoj praksi sudije su često medijatori, pri čemu mogu posredovati samo van radnog vremena i bez naknade. Videti član 33 (6) Zakona o posredovanju u rešavanju sporova, *Službeni glasnik RS*, 55/14.

4. METODOLOŠKI PRISTUP

4.1. Ciljevi i hipoteze istraživanja

Polazna premisa našeg istraživanja jeste da su kognitivne pristrasnosti svojstvene svim ljudima, nezavisno od toga da li su laici ili stručnjaci. Dalje, ključno je i polazište da pripadnici pravnih profesija (sudije, arbitri, advokati i drugi učesnici sudskog postupka) nisu pošteđeni pristrasnosti u rasuđivanju i odlučivanju. Pritom, budući da nije moguće ispitati sve pomenute kognitivne pristrasnosti u jednom radu, istraživanje je ograničeno na efekat uokviravanja. Izbor te pristrasnosti posledica je značaja teorije izgleda i efekta uokviravanja u društvenim naukama.

Dva ključna nalaza želeli smo da proverimo. Prvi nalaz je da tužioc preferiraju poravnanje, a tuženi suđenje u parnicama sa umerenom ili visokom verovatnoćom dobitaka ili gubitaka. Drugi nalaz je da tužioc preferiraju suđenje, a tuženi poravnanje u parnicama sa niskom verovatnoćom dobitaka ili gubitaka. Drugim rečima, pošli smo od toga da postoji statistički značajna razlika između dve grupe (tužilaca i tuženih) u izboru poravnanja u parnicama sa umerenom ili visokom verovatnoćom dobitaka ili gubitaka (prva hipoteza), odnosno parnicama sa niskom verovatnoćom dobitaka ili gubitaka (druga hipoteza).

Očekivanje da će rezultati istraživanja potvrditi da su ispitanici podložni efektu uokviravanja u parnicama sa umerenom ili visokom verovatnoćom dobitaka ili gubitaka zasnovano je, pre svega, na rezultatima sličnog istraživanja na malom uzorku studenata prava (Rachlinski 1996, 128–129),¹⁴ a posredno i na rezultatima drugih sličnih istraživanja (Korobkin i Guthrie 1994b, 118–138).¹⁵ Takođe, budući da su slična istraživanja na uzorku studenata dokazala tu pristrasnost u parnicama sa niskom verovatnoćom dobitaka ili gubitaka (Guthrie 2000, 188–191),¹⁶ očekivali smo identičan rezultat.

¹⁴ Ukupno trinaestoro ispitanika (studenata prve godine Pravne škole Kornel) činilo je uzorak istraživanja u vidu hipotetičkog slučaja povrede autorskih prava. Rezultat je takav da je desetoro od trinaestoro studenata (77%) biralo poravnanje u ulozi tužioca, dok je četvoro od trinaestoro studenata (31%) biralo poravnanje u ulozi tuženog. Uprkos maloj veličini uzorka, razlika u procentu izbora poravnanja između dve grupe bila je statistički značajna ($\chi^2(1) = 15,6, p < 0,01$). Videti Rachlinski (1996, 128–129, fn. 63).

¹⁵ U pitanju su tri eksperimentalne studije u kontekstu parnice (u slučaju saobraćajne nesreće, susedskih odnosa i razvoda) na ukupnom uzorku od 445 studenata Univerziteta Stenford, koje potvrđuju postojanje tog efekta. Pregled drugih simulacionih studija na ovu temu videti u Rachlinski (1996, 130–144). Uprkos određenim neujednačenim rezultatima, te studije, generalno, potvrđuju da okvir menja preferencije stranaka prema riziku i otkrivaju da na to utiču dva ključna faktora: uloga zainteresovane strane u parnici – stejkholodera (koja po pravilu više pripada tuženom) i prethodna očekivanja stranaka. Detaljnije o tome u Rachlinski (1996, 144–149).

¹⁶ U pitanju su dva eksperimentalna istraživanja na uzorku studenata suočenih sa hipotetičkim izborom suđenja, odnosno poravnanja, koja potvrđuju navedeni nalaz. U prvom istraživanju, ukupan uzorak činilo je četrdesetoro studenata prava Univerziteta

4.2. Opis uzorka i način sprovođenja istraživanja

Empirijsko istraživanje efekta uokviravanja na slučajnom uzorku studenata prava sprovedeno je u Nišu 21. i 23. marta 2018. godine. Ukupno je ispitano 65 studenata Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu. Ukupan uzorak je bio podeljen na dva poduzorka. Iz prvog poduzorka ispitan je 31 student,¹⁷ a iz drugog 34 studenta.¹⁸ U pitanju su studenti treće i četvrte godine osnovnih akademskih studija prava, koji su učestvovali u projektu „Praktični pravnici“.

Istraživanje je sprovedeno putem ankete, kojom je od ispitanika traženo da iskažu svoje preferencije prilikom izbora između suđenja i poravnanja.¹⁹ Pitanje je postavljeno studentima tako što su prethodno podeljeni u dve grupe: grupu tužilaca i grupu tuženih u oba poduzorka. Na postavljeno pitanje studenti su pružali odgovore *da* ili *ne* (studenti iz prvog poduzorka) ili je trebalo da zaokruže ponuđene odgovore pod *a* ili *b* (studenti iz drugog poduzorka).

Studenti iz prvog poduzorka zamoljeni su da sebe zamisle u ulozi tužioca, odnosno tuženog u parnici u identičnoj hipotetičkoj situaciji, u kojoj je trebalo da se opredele da li bi prihvatili ponuđeno poravnanje ili ne bi. Ukupno petnaestoro studenata našlo se u ulozi tužioca, a šesnaestoro u ulozi tuženog. Razlika između grupe tužilaca i grupe tuženih bila je u tome što su studenti iz grupe tužilaca davali odgovore u pozitivnom okviru, a studenti iz grupe tuženih u negativnom okviru. Drugim rečima, u ulozi tužioca studenti su birali između sigurnog dobitka na osnovu poravnanja i određene verovatnoće da dobiju na osnovu sudske presude, dok su studenti u ulozi tuženog birali između gubitka (plaćanja poravnanja) i određene verovatnoće da izgube u parnici. Dakle, u prvom slučaju (tužilac/dobici uslov) izbor je između dobitka (sadašnjeg i očekivanog), a u drugom slučaju (tuženi/gubici uslov) između gubitka (sadašnjeg i očekivanog).

Misuri (otprilike po dvadesetoro u ulozi tužioca, odnosno tuženog). Rezultat je takav da je 62% studenata-tužilaca biralo suđenje, a 84% studenata-tuženih poravnanje (razlika između dve grupe ima visoku statističku značajnost, $p = 0,004$) i ukazuje na to da su tužioci snažno preferirali suđenje u odnosu na fer ponudu poravnanja, dok su tuženi jako preferirali poravnanje uprkos veoma niskoj verovatnoći da će izgubiti na suđenju (1%). U drugom istraživanju na većem uzorku studenata (74) i znatno sadržajnijoj formulaciji problema izbora suđenja, odnosno poravnanja, većina studenata-tužilaca birala je suđenje, a više od dve trećine studenata-tuženih biralo je poravnanje (razlika je statistički značajna, $p = 0,06$). Tim istraživanjem se opet potvrđuje navedeni nalaz o preferencijama stranaka prema riziku u parnicama sa niskom verovatnoćom dobitaka ili gubitaka (u tom slučaju verovatnoća je iznosila 5%). Pregled drugih istraživanja na tu temu, ali u drugačijem kontekstu i sa drugačijim subjektima (rukovodiocima firmi), koja potvrđuju ovaj nalaz, videti u Guthrie (2000, 183–184).

¹⁷ Ovaj poduzorak je veći u odnosu na slično istraživanje na uzorku studenata Pravne škole Kornel (vid. fn. 14).

¹⁸ U odnosu na istraživanje na uzorku studenata Univerziteta Misuri, ovaj poduzorak je malo manji (vid. fn. 16).

¹⁹ U prilogu rada nalaze se ankete.

Tabela 2.
Izbor sa kojim su suočeni studenti iz prvog poduzorka

	Poravnanje	Suđenje	Ukupan iznos
<i>Pozitivan okvir za tužioca</i>	Dobitak: 250.000 dinara	Dobitak: 50% x 500.000 dinara	500.000 dinara
<i>Negativan okvir za tuženog</i>	Gubitak: 250.000 dinara	Gubitak: 50% x 500.000 dinara	

Prva grupa (tabela 2) suočena je sa izborom između dobitka od 250.000 dinara odmah i 50% šanse da se dobije 500.000 dinara na osnovu presude (i 50% šanse da se ne dobije ništa).²⁰ S druge strane, druga grupa je suočena sa izborom između gubitka od 250.000 dinara odmah i 50% šanse da se izgubi 500.000 dinara na osnovu sudske presude (i 50% šanse da se dobije u parnici, odnosno da se ne izgubi ništa).²¹ U pitanju su identični izbori za procenu,²² a jedina razlika je u tome kome će iznos od 500.000 dinara pripasti po okončanju parnice: tužiocu ili tuženom. Upravo taj ishod predstavlja svojevrsnu referentnu tačku za tužioca, odnosno tuženog, na osnovu koje i treba da odluče u ovoj hipotetičkoj situaciji.

Studenti iz drugog poduzorka takođe su zamoljeni da sebe zamisle u ulozi tužioca, odnosno tuženog u parnici u identičnoj hipotetičkoj situaciji, u kojoj je trebalo da se opredele između niske verovatnoće da dobiju novac na osnovu sudske presude i sigurnog iznosa poravnjanja. Po sedamnaestoro studenata našlo se u ulozi tužioca, odnosno tuženog. Opet je razlika između dve grupe bila je u tome što su studenti iz grupe tužilaca davali odgovore u pozitivnom okviru, a studenti iz grupe tuženih u negativnom okviru. Drugim rečima, u ulozi tužioca studenti su birali između sigurnog dobitka na osnovu poravnjanja i niske verovatnoće da dobiju na osnovu sudske presude, dok su studenti u ulozi tuženog birali između gubitka (plaćanja poravnjanja) i niske verovatnoće da izgube u parnici. Dakle, i sada je u prvom slučaju (tužilac/dobici uslov) izbor između dobitka (sadašnjeg i očekivanog), a u drugom slučaju (tuženi/gubici uslov) između gubitka (sadašnjeg i očekivanog), dok je ključna razlika u odnosu na prvi poduzorak u tome što su studenti bili suočeni sa niskom verovatnoćom dobitka, odnosno gubitka.

²⁰ Očekivana vrednost dobitka na osnovu sudske presude je: $50\% \times 500.000 \text{ dinara} + 50\% \times 0 \text{ dinara} = + 250.000 \text{ dinara}$. U tom slučaju dobija se 250.000 dinara odmah ili se očekuje dobitak od 250.000 dinara na osnovu sudske presude. Vremenska vrednost novca je zanemarena u istraživanju.

²¹ Očekivana vrednost gubitka na osnovu sudske presude je: $50\% \times - 500.000 \text{ dinara} + 50\% \times 0 \text{ dinara} = - 250.000 \text{ dinara}$. U ovom slučaju gubi se 250.000 dinara odmah ili se očekuje gubitak od 250.000 dinara na osnovu sudske presude.

²² Pod pretpostavkom neutralnosti prema riziku.

Tabela 3.
Izbor sa kojim su suočeni studenti iz drugog poduzorka

	Poravnanje	Suđenje	Ukupan iznos
<i>Pozitivan okvir za tužioca</i>	Dobitak: 100 evra	Dobitak: 1% x 10.000 evra	10.000 evra
<i>Negativan okvir za tuženog</i>	Gubitak: 100 evra	Gubitak: 1% x 10.000 evra	

Prva grupa (tabela 3) suočena je sa izborom između dobitka od 100 evra odmah i 1% šanse da dobiju 10.000 evra na osnovu presude (i 99% šanse da ne dobiju ništa).²³ S druge strane, druga grupa (tuženih) suočena je sa izborom između gubitka od 100 evra odmah i 1% šanse da izgube 10.000 evra na osnovu sudske presude (i 99% šanse da dobiju u parnici, odnosno ne izgube ništa).²⁴ U pitanju su opet identični izbori za procenu, a jedina razlika je u tome kome će na kraju parnice pripasti iznos od 10.000 evra: tužiocu ili tuženom.

4.3. Prikaz rezultata: prvi poduzorak

Tabela 4.
Distribucija odgovora u pogledu izbora poravnanja

	Poravnanje		Ukupno
	Ne	Da	
Grupa tužilaca	2 (13,3%)	13 (86,7%)	15
Grupa tuženih	8 (50%)	8 (50%)	16

Tabela 4 pokazuje da je iz grupe tužilaca trinaestoro studenata, ili 87%, biralo poravnanje, a dvoje nije. S druge strane, iz grupe tuženih osmoro studenata, ili 50%, biralo je poravnanje, a osmoro nije.

²³ Očekivana vrednost dobitka na osnovu sudske presude je: $1\% \times 10.000 \text{ evra} + 99\% \times 0 \text{ evra} = + 100 \text{ evra}$. U tom slučaju dobija se 100 evra odmah ili se očekuje dobitak od 100 evra na osnovu sudske presude. U tom istraživanju zanemarena je vrsta valute, budući da se samo proveravaju nalazi ranijih istraživanja u vezi sa dve vrste parnica – sa visokom (50%) i niskom verovatnoćom dobitaka, odnosno gubitaka (1%) koji su iskazani u dolarima. Osim toga, dva poduzorka u našem istraživanju nezavisna su i ne upoređuju se direktno, te iskazivanje dobitaka ili gubitaka u dinarima, odnosno evrima nema veliki značaj. Moguće je da bi se izbor ispitanika menjao da su razmatrali dobitke ili gubitke niske verovatnoće u dinarima, a ne evrima, i to može biti predmet zasebnog istraživanja. Osim toga, i različite *veličine dobitaka ili gubitaka*, koje su svesno izostavljene u našem istraživanju, mogu biti obuhvaćene budućim istraživanjem.

²⁴ Očekivana vrednost gubitka na osnovu sudske presude je: $1\% \times - 10.000 \text{ evra} + 99\% \times 0 \text{ evra} = - 100 \text{ evra}$. U tom slučaju gubi se 100 evra odmah ili se očekuje gubitak od 100 evra na osnovu sudske presude.

Analiza²⁵ ukazuje na to da je razlika između dve grupe studenata, kada je reč o izboru poravnanja, upečatljiva i statistički značajna.²⁶ Zatim, u prvoj grupi (tužilaca) ispoljila se statistički značajna razlika u izboru poravnanja, za razliku od druge grupe (tuženih), gde razlika ne postoji.²⁷

Budući da postoji statistički značajna razlika između dve grupe u izboru poravnanja, prva hipoteza je potvrđena. Značajno veći broj tužilaca birao je poravnanje u odnosu na tužene. Može se reći da je okvir uticao na preferencije ispitanika prema riziku u parnicama sa umerenom ili visokom verovatnoćom dobitaka ili gubitaka.²⁸ No, taj uticaj nije bio ujednačen u obema grupama. Naime, istraživanje otkriva da je ogromna većina studenata-tužilaca očekivano ispoljila preferencije prema poravnanju (13 od 15), ali ne i studenti-tuženi u pogledu izbora rizičnije opcije (sudeња). Polovina studenata-tuženih birala je suđenje, a očekivanje je bilo da će to učiniti znatno više njih.²⁹ Dakle, nije dokazano da tuženi u negativnom okviru značajno preferiraju rizičniju opciju jer ponuđeno poravnanje vide kao siguran gubitak koji žele da izbegnu. Pre se može reći da oni, kao grupa, nisu konzistentno ni prihvatili ni odbijali poravnanje. Moguće je da su neki tuženi uzimali u obzir i troškove postupka, iako u anketi troškovi nisu eksplicitno navedeni. Ako su to činili, onda bi odbijanje poravnanja i odlazak na suđenje predstavljali rizičnu opciju. Štaviše, postoje istraživanja (Van Koppen 1990, 151–165) koja pokazuju da tuže-

²⁵ Za statističku obradu prikupljenih podataka korišćen je program SPSS, verzija 19.

²⁶ U toj vrsti istraživanja korišćen je Fišerov test (*Fisher exact test*) za merenje povezanosti između dve binarne varijable – kategoričke varijable koje mogu imati samo jednu od dve moguće vrednosti (u našem slučaju, jedna varijabla su „studenti“ podeljeni u dve kategorije: tužilac i tuženi, a druga varijabla je „poravnanje“ sa dve vrednosti: birao-la/nije birao-la). Kada se ukrštaju po tri i više varijabli (3 x 3) ili kada je reč o većim uzorcima, koristi se χ^2 test (*Chi-Square test*). O toj razlici ukazano je u Lawless, Robbenolt i Ulen (2010, 258–260). U našem istraživanju, Fišerov test pokazuje da postoji značajna razlika između dve grupe studenata u izboru poravnanja ($p = 0,035$).

²⁷ U tom slučaju, korišćen je neparametarski z-test za proporciju (binomni test), koji meri da li je proporcija iz pojedinačne binarne varijable jednaka pretpostavljenoj vrednosti populacije. U slučaju prve grupe (tužioc), binomni test pokazuje da je proporcija onih iz grupe tužilaca koji nisu birali poravnanje (13%) manja od očekivane proporcije (50%), a da je proporcija onih koji su birali poravnanje (87%) veća od očekivane proporcije (50%), $p = 0,007$. U slučaju druge grupe (tuženi), proporcija i onih koji su birali i onih koji nisu birali poravnanje jednaka je očekivanoj (test) proporciji (50%), $p = 1,000$. Znači, u prvoj grupi, za razliku od druge grupe, postoji značajno odstupanje od pretpostavljene vrednosti.

²⁸ U istraživanju Reklinskog na manjem uzorku studenata prava (vid. fn. 14), pretpostavka o verovatnoći dobitaka ili gubitaka na suđenju identična je verovatnoći u našem istraživanju (50%) i, kao što je rečeno, takođe je utvrđena statistički značajna razlika između dve grupe.

²⁹ U istraživanju Reklinskog, procenat studenata-tuženih koji je birao suđenje bio je veći (69%).

ni, kao i tužioci, ispoljavaju averziju prema riziku.³⁰ U svakom slučaju, podatak da 50% tuženih bira poravnanje nije iznenađenje u poređenju sa drugim istraživanjima. Recimo, jedno veoma sadržajno istraživanje na većem uzorku (Rachlinski 1996, 135–140) pokazuje da ukupna stopa poravnanja u slučaju tuženih iznosi 45,5%. No, bez obzira na taj nalaz o grupi tuženih, naše istraživanje, poput drugih, jasno pokazuje da je stopa poravnanja u slučaju tužilaca veća u odnosu na grupu tuženih, što znači da je poravnanje viđeno iz pozitivne perspektive tužioca privlačnije nego iz negativne perspektive tuženog, a to je upravo ono na šta teorija izgleda i ukazuje.

4.4. Prikaz rezultata: drugi poduzorak

Tabela 5.
Distribucija odgovora u pogledu izbora poravnanja

	Poravnanje		Ukupno
	Ne	Da	
Grupa tužilaca	8 (47,1%)	9 (52,9%)	17
Grupa tuženih	11 (64,7%)	6 (35,3%)	17

Tabela 5 pokazuje da je iz grupe tužilaca devetoro studenata, ili 53%, biralo poravnanje, a osmoro nije. S druge strane, iz grupe tuženih šestoro studenata, ili 35%, biralo je poravnanje, a jedanaestoro nije.

Analiza ukazuje na to da razlika između dve grupe studenata u izboru poravnanja nije statistički značajna.³¹ Zatim, ni u prvoj grupi (tužilaca) ni u drugoj grupi (tuženih) nije se ispoljila statistički značajna razlika u izboru poravnanja.³²

Rezultati istraživanja na drugom poduzorku nisu potvrdili drugu hipotezu, kao ni nalaze dosadašnjih istraživanja o obrnutim preferencijama

³⁰ U tom istraživanju pokazalo se da kada su bili plaćeni, i ispitanici u ulozi tuženog i ispitanici u ulozi tužioca, ispoljili su averziju prema riziku. Isti rezultat dobijen je i kada su ispitanici sami procenjivali uspeh na suđenju. Dakle, to istraživanje pokazuje da u slučaju preferencija prema riziku *tuženih* nije potvrđeno predviđanje teorije izgleda. Takođe, još jedno istraživanje (Coursey i Stanley 1988, 161–179) pokazuje da su, nezavisno od uloga tužioca i tuženog, ispitanici ispoljili averziju prema riziku. Kritički pogled na ta istraživanja, u smislu da ona, ipak, ne podrivaju predviđanja teorije izgleda i da generalno potvrđuju zaključak da je poravnanje viđeno kao dobitak privlačnije od poravnanja viđenog kao gubitak, videti u Rachlinski (1996, 134–135).

³¹ U tom slučaju, Fišerov test pokazuje da ne postoji značajna razlika između dve grupe studenata u pogledu izbora poravnanja, $p = 0,245$.

³² U slučaju grupe tužilaca, binomni test pokazuje da ne postoji značajno odstupanje od pretpostavljene vrednosti (50%), $p = 1,000$. I u slučaju grupe tuženih, binomni test pokazuje da nema značajnog odstupanja od te vrednosti, $p = 0,332$.

prema riziku tužilaca i tuženih u parnicama sa niskom verovatnoćom dobitaka ili gubitaka.³³ Drugim rečima, na drugom poduzorku nije potvrđen nalaz da u parnicama sa niskom verovatnoćom dobitaka ili gubitaka tužiocima preferiraju suđenje, a tuženi poravnanje. Očekivanje je bilo da će veći broj tuženih birati poravnanje, a ispalo je suprotno – skoro 65% tuženih (11 od 17) biralo je suđenje. Takođe, očekivalo se da će veći broj tužilaca birati rizičniju opciju (suđenje), a rezultat je da je njih osmoro to učinilo, dok je devetoro biralo sigurniju opciju (poravnanje). Dakle, ni tužiocima ni tuženi nisu precenili malu verovatnoću dobitaka, odnosno gubitaka i nisu ispoljili klasičan obrazac prema riziku: sklonost, odnosno averziju. Pritom, nalaz da je većina tuženih (65%) odbila plaćanje poravnjanja zavređuje pažnju. Nalaz je takav da su, u stvari, oni iskazali sklonost ka riziku (odlasku na suđenje), što je u kontradikciji sa predviđanjem teorije izgleda i nalazima sličnih istraživanja na uzorku studenata.³⁴ No, jedno istraživanje (Gross i Syverud 1991, 343) stvarnih slučajeva (ukupno 529) iz parnične materije pred Vrhovnim sudom države Kalifornija pokazuje da u 26,3% svih slučajeva iz uzorka tuženi nisu ponudili ništa drugoj strani u pregovorima o sklapanju poravnjanja, sugerišući time da su oni iskazali sklonost ka suđenju. Guthrie (2000, 191, fn. 117) ističe da, iako na prvi pogled deluje da taj nalaz nije u skladu sa predviđanjem teorije izgleda, u tom istraživanju nisu pruženi čvrsti dokazi da su to slučajevi sa niskom verovatnoćom. U svakom slučaju, naš nalaz protivreči predviđanju teorije izgleda, a njegove normativne implikacije iznosimo u zaključku.

5. ZAKLJUČAK

Empirijsko istraživanje efekta uokviravanja na uzorku studenata prava pruža „šarolike“ rezultate, budući da se potvrđuje postojanje ove pristrasnosti u parnici sa umerenom ili visokom verovatnoćom dobitaka ili gubitaka, ali ne i u parnici sa niskom verovatnoćom dobitaka ili gubitaka.

Prvi nalaz, koji je bio očekivan, otvara nekoliko pitanja. Naime, dobro je poznato da je parnica neizvesna od momenta podnošenja tužbe do donošenja pravnosnažne presude, a i kasnije, u postupku po pravnim lekovima. U okviru u kome parnica teče, stranke i drugi učesnici postupka donose brojne odluke, koje, između ostalog, zavise i od odbojnosti ili sklonosti ka riziku. Brojna istraživanja pokazuju da odnos prema riziku,

³³ U našem istraživanju pretpostavka o verovatnoći dobitaka ili gubitaka na suđenju od 1% identična je verovatnoći u eksperimentalnoj studiji na uzorku studenata prava Univerziteta Misuri, s tim što je u tom istraživanju utvrđena značajna razlika između dve grupe (vid. fn. 16).

³⁴ Vid. fn. 16 gde su navedena dva istraživanja na uzorku studenata.

zauzvrat, varira zavisno od toga da li se te odluke percipiraju, odnosno procenjuju kao dobitak ili gubitak. Pritom, jedna od važnijih odluka u parničnom postupku jeste da li će se stranke poravnati. Poravnanje ima brojnih prednosti u odnosu na sudsku presudu, a jedna od njih je i to što odlukom da se poravnaju stranke štede značajne resurse. Kao što je pokazano (između ostalog, i u prvom delu našeg istraživanja), da li će doći do poravnanja umnogome zavisi od odnosa stranaka prema riziku, a taj odnos varira zavisno od stranačke uloge, sagledavanja ishoda (dobitak ili gubitak) i vrste parnice – u parnicama sa umerenom ili visokom verovatnoćom dobitaka ili gubitaka, tužiocu su skloniji poravnanju, a tuženi odlasku na suđenje, i *vice versa* u parnicama sa niskom verovatnoćom. I tu se nameće sledeće važno pitanje: ko je u najboljoj poziciji da utiče na okvir u kojem stranke odlučuju, pre svega, na odluku tuženih da se poravnaju ili parniče?

Iako i drugi subjekti mogu uticati na stranke da se poravnaju (recimo, sudije), ograničićemo se na advokate i medijatore. Kada je reč o advokatima, istraživanja (videti na primer Miller 1987, 189–215) pokazuju da, zavisno od toga kako su plaćeni,³⁵ oni mogu značajno uticati na stranke (klijente) da sklope poravnanje. Takođe, advokati mogu podstaći konstruktivan dijalog između svojih klijenata i time smanjiti mogućnost nastanka zatvorenikove dileme (Gilson i Mnookin 1994, 522–534).³⁶ No, uprkos snažnom uticaju advokata na klijente, a i s obzirom na istraživanja koja pokazuju da oni mogu da imaju i drugačije podsticaje za sklapanje poravnanja (Polinsky i Rubinfeld 2002, 217–225;³⁷ Bebchuk i Guzman 1996, 53–63;³⁸ Rickman 1999, 295–317³⁹), smatramo da su medijatori,

³⁵ Ako se advokat plaća procentualno od ishoda parnice, tj. od novčanog iznosa presude ili novčanog iznosa poravnanja (tzv. kontingencijska naknada), on deli uspeh u parnici sa svojim klijentom i snosi sve parnične troškove. U tom slučaju, advokat ima snažan podsticaj da smanji troškove svog klijenta, između ostalog, i sklapanjem poravnanja (Miller 1987, 198–202).

³⁶ Zatvorenikova dilema se manifestuje u nemogućnosti kooperacije između stranaka u parnici jer imaju snažan podsticaj da agresivnim ponašanjem (recimo, brzim podnošenjem tužbe, odbijanjem da učestvuje u postupku medijacije ili odbijanjem sklapanja poravnanja itd.) izdejstvuje za sebe najveću moguću korist. Upravo takvo ponašanje, iako optimalno sa stanovišta interesa stranaka, nije optimalno iz ugla zajedničkih interesa jer sprečava saradnju i postizanje efikasnijeg rešenja. Zato Gilson i Mnookin (1994, 525) ističu da advokati, naročito oni sa reputacijom kooperativnih, mogu da imaju aktivnu ulogu u „razbijanju“ te zatvorenikove dileme i podsticanju saradnje između stranaka.

³⁷ U ovom radu autori osporavaju tezu da ugovaranje kontingencijske naknade češće dovodi do sklapanja poravnanja.

³⁸ U ovom radu autori pokazuju da ugovaranje kontingencijske naknade stranci pruža stratejsku prednost u pregovorima o poravnanju, budući da nije suočena sa plaćanjem dodatnih troškova na suđenju, u odnosu na situaciju kada je ugovorena fiksna naknada.

³⁹ Taj autor ističe stratejski aspekt pregovaranja, generisan troškovima pregovaranja, što dovodi do toga da advokat zahteva viši iznos poravnanja.

ipak, u boljoj poziciji da usmeravaju odluke stranaka ka poravnanju. Njihova uloga je neutralnija i nezavisnija od uloge advokata. U krajnjem, i sam cilj medijacije je sklapanje poravnanja. No, tu postoje određena ograničenja. Pre svega, kao što pokazuje poznato istraživanje Gatrija i grupe autora (Guthrie, Rachlinski i Wictrich 2001, 796–799), sudije u ulozi medijatora mogu biti pod uticajem okvira u kojem odlučuju. Osim toga, medijatori su podložni i drugim kognitivnim pristrasnostima. Recimo, istraživanja navedena u Carnevale i Pruitt (1992, 567–568) pokazuju da su medijatori podložni efektu uokviravanja, ali i preteranom pouzdanju da mogu rešiti spor u medijaciji. No, postoji istraživanje (Smith 1995, 363–372) koje ukazuje na to da i pristrasan medijator može biti od koristi u pregovaračkom procesu. Uprkos tim ograničenjima, medijatori su u povoljnijoj poziciji nego druge pravne profesije (advokati i sudije) da podstaknu pregovaranje i poravnanje. Oni mogu da umanje brojne prepreke efikasnom rešenju spora, između ostalog, i kognitivne pristrasnosti strana u sporu (videti Munsinger i Philbin 2017, 311–362). S tim u vezi, otvaramo još jedno pitanje: ako je to tačno, zbog čega je u brojnim pravnim sistemima, pa tako i u našem,⁴⁰ profesija medijatora nedovoljno „iskorišćena“ za promociju politike pregovaranja i poravnanja. To može biti predmet nekog budućeg istraživanja.

Kada je reč o drugom delu našeg istraživanja, raniji nalaz nije potvrđen. S tim u vezi, naglašavamo dve stvari. Prvo, najveći broj parnica jesu parnice sa umerenom ili visokom verovatnoćom dobitaka ili gubitaka. Kao što smo rekli, to su uobičajene parnice. Samim tim, prvi nalaz ima veći praktičan značaj. Drugo, ako bi naš nalaz u vezi sa parnicama sa niskom verovatnoćom ostao validan, to bi uticalo na normativne implikacije teorije izgleda u delu koji se odnosi na te parnice. Drugim rečima, prema toj teoriji, radi povećanja stope poravnanja, intervencija treba da bude usmerena na tužioce (*a ne na tužene* – kako naš nalaz sugerise) jer su oni više skloni suđenju u takvim parnicama. U svakom slučaju, ostaje da se u ponovljenim, znatno sadržajnijim (eksperimentalnim i stvarnim) istraživanjima dalje proverava nalaz koji se odnosi na parnice sa niskom verovatnoćom dobitaka ili gubitaka.

⁴⁰ U Srbiji je 2015. godine stupio na snagu novi Zakon o posredovanju u rešavanju sporova. U međuvremenu, Ministarstvo pravde je usvojilo i *Uputstvo za unapređenje medijacije u Republici Srbiji po Zakonu o posredovanju u rešavanju sporova*. Očigledno je da se od stupanja na snagu tog novog zakona na godišnjem nivou povećava broj medijacija (i medijatora), ali je to još uvek izuzetno mali broj u odnosu na broj sudskih postupaka. Recimo, prema Ministarstvu pravde (2018), 2017. godine evidentirano je 619 sporazuma o pristupanju medijaciji, što je skoro tri puta više nego 2016. Takođe, manje od četvrtine registrovanih medijatora (22% od ukupnog broja registrovanih ili 131 medijator) zaista je i obavljalo medijaciju 2017. godine.

PRILOG A

Tabela A1.
Četvorostruki obrazac odnosa prema riziku

VISOKA VEROVATNOĆA <i>(efekat izvesnosti)</i>	DOBICI Strah od razočaranja AVERZIJA PREMA RIZIKU	GUBICI Nada u izbegavanje gubitka SKLONOST RIZIKU
NISKA VEROVATNOĆA <i>(efekat mogućnosti)</i>	Nada u veliki dobitak SKLONOST RIZIKU	Strah od velikog gubitka AVERZIJA PREMA RIZIKU

Tabela A2.
Izbor sa kojim su suočeni studenti iz prvog poduzorka

	Poravnanje	Suđenje	Ukupan iznos
<i>Pozitivan okvir za tužioca</i>	Dobitak: 250.000 dinara	Dobitak: 50% x 500.000 dinara	500.000 dinara
<i>Negativan okvir za tuženog</i>	Gubitak: 250.000 dinara	Gubitak: 50% x 500.000 dinara	

Tabela A3.
Izbor sa kojim su suočeni studenti iz drugog poduzorka

	Poravnanje	Suđenje	Ukupan iznos
<i>Pozitivan okvir za tužioca</i>	Dobitak: 100 evra	Dobitak: 1% x 10.000 evra	10.000 evra
<i>Negativan okvir za tuženog</i>	Gubitak: 100 evra	Gubitak: 1% x 10.000 evra	

Tabela A4.
Distribucija odgovora u pogledu izbora poravnanja

	Poravnanje		Ukupno
	Ne	Da	
Grupa tužilaca	2 (13,3%)	13 (86,7%)	15
Grupa tuženih	8 (50%)	8 (50%)	16

Tabela A5.
Distribucija odgovora u pogledu izbora poravnanja

	Poravnanje		Ukupno
	Ne	Da	
Grupa tužilaca	8 (47,1%)	9 (52,9%)	17
Grupa tuženih	11 (64,7%)	6 (35,3%)	17

PRILOG B

- Zamislite da ste tužilac u parnici kome je naneta šteta zbog povrede ugovorne obaveze. Tužbenim zahtevom tražite naknadu štete od druge strane u iznosu od 500.000 dinara. Suđenje treba da počne za dva dana i Vi dobijate poslednju ponudu tuženog da Vam isplati poravnanje u iznosu od 250.000 dinara. Ako biste odbili ponuđeno poravnanje, očekuje Vas suđenje na kome biste imali 50% šanse da dobijete 500.000 dinara na osnovu sudske presude.

Da li biste prihvatili ponuđeno poravnanje?

DA NE

- Zamislite da ste tuženi u parnici zbog povrede ugovora. Tužilac traži naknadu štete od Vas u iznosu od 500.000 dinara zbog navodne povrede ugovorne obaveze. Suđenje treba da počne za dva dana i Vi dobijate poslednju ponudu tužioca da mu platite poravnanje u iznosu od 250.000 dinara. Ako biste odbili tu ponudu, očekuje Vas suđenje na kome biste imali 50% šanse da izgubite 500.000 dinara po osnovu sudske presude.

Da li biste prihvatili da platite poravnanje?

DA NE

- Zamislite da ste tužilac koji je tužio drugo lice radi naknade štete u iznosu od 10.000 evra. Pod pretpostavkom da nećete snositi nikakve troškove u parnici, koju biste opciju izabrali od ove dve:
 - 1% šanse da dobijete 10.000 evra po osnovu sudske presude ili
 - sigurnih 100 evra od tuženog lica na osnovu poravnanja.
- Zamislite da ste lice koje je tuženo za naknadu štete u iznosu od 10.000 evra. Pod pretpostavkom da nećete snositi nikakve troškove u parnici, koju biste opciju izabrali od ove dve:
 - 1% šanse da izgubite 10.000 evra po osnovu sudske presude ili
 - sigurnih 100 evra plaćanja tužiocu po osnovu poravnanja.

LITERATURA (REFERENCES)

- Anderson, C. John, David Lowe i Philip Reckers. 1993. Evaluation of Auditor Decisions: Hindsight Bias Effects and the Expectation Gap. *Journal of Economic Psychology* 14: 711–737.
- Babcock, Linda i George Loewenstein. 1997. Explaining Bargaining Impasse: The Role of Self-Serving Biases. *Journal of Economic Perspectives* 11: 109–126.
- Bebchuk, Lucian A. i Andrew Guzman. 1996. How Would You Like to Pay for That? The Strategic Effects of Fee Arrangements on Settlement Terms. *Harvard Negotiation Law Review* 1: 53–63.
- Camerer, Colin i Richard H. Thaler. 1995. Anomalies, Ultimatums, Dictators and Manners. *The Journal of Economic Perspectives* 9: 209–219.
- Carnevale, Peter J. i Dean G. Pruitt. 1992. Negotiation and Mediation. *Annual Reviews Psychology* 43: 532–582.
- Coursey, Don L. i Linda R. Stanley. 1988. Pretrial Bargaining Behavior Within the Shadow of the Law: Theory and Experimental Evidence. *International Review of Law and Economics* 8: 161–179.
- Eisenberg, Theodore. 1994. Differing Perceptions of Attorney Fees in Bankruptcy Cases. *Washington University Law Review* 72: 979–995.
- Forsyth, Donelson R. 2007. Self-Serving Bias. 429 u *International Encyclopedia of the Social Sciences*, ed. William A. Darity. Detroit: Macmillan Reference.
- Franck, Susan D., Anne van Aaken, James Freda, Chris Guthrie i Jeffrey J. Rachlinski. 2017. Inside the Arbitrator's Mind. *Emory Law Journal* 66: 1115–1173.
- Gilson, Ronald J. i Robert H. Mnookin. 1994. Disputing Through Agents: Cooperation and Conflict Between Lawyers in Litigation. *Columbia Law Review* 94: 509–566.
- Gross, Samuel R. i Kent D. Syverud. 1991. Getting To No: A Study of Settlement Negotiations and the Selection of Cases for Trial. *Michigan Law Review* 90: 319–393.
- Guthrie, Chris. 2000. Framing Frivolous Litigation: A Psychological Theory. *The University of Chicago Law Review* 67: 163–216.
- Guthrie, Chris, Jeffrey J. Rachlinski i Andrew J. Wictrich. 2001. Inside the Judicial Mind. *Cornell Law Review* 86: 777–830.
- Jolls, Christine, Cass R. Sunstein i Richard H. Thaler. 1998. A Behavioral Approach to Law and Economics. *Stanford Law Review* 50: 1471–1550.

- Kahneman, Daniel i Amos Tversky. 1972. Subjective Probability: A Judgment of Representativeness. *Cognitive Psychology* 3: 430–454.
- Kahneman, Daniel i Amos Tversky. 1979. Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk. *Econometrica* 47: 263–292.
- Kahneman, Daniel i Amos Tversky. 1984. Choices, Values, and Frames. *American Psychologist* 39: 341–350.
- Kahneman, Daniel. 1992. Reference Points, Anchors, Norms and Mixed Feelings. *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 51: 296–312.
- Kamin, Kim A. i Jeffrey J. Rachlinski. 1995. Ex Post # Ex Ante: Determining Liability in Hindsight. *Law and Human Behavior* 19: 89–104.
- Kaneman, Daniel. 2015. *Misliti brzo i sporo*. Smederevo: Heliks.
- Korobkin, Russell i Chris Guthrie. 1994a. Opening Offers and Out-of-Court Settlement: A Little Moderation May Not Go a Long Way. *The Ohio State Journal on Dispute Resolution* 10: 1–22.
- Korobkin, Russell i Chris Guthrie. 1994b. Psychological Barriers to Litigation Settlement: An Experimental Approach. *Michigan Law Review* 93: 107–192.
- Landsman, Stephan i Richard F. Rakos. 1994. Preliminary Inquiry into the Effect of Potentially Biasing Information on Judges and Juries in Civil Litigation. *Behavioral Science and the Law* 12: 113–126.
- Lawless, Robert M., Jennifer K. Robbennolt i Thomas S. Ulen. 2010. *Empirical Methods in Law*. New York: Aspen Publisher.
- Miller, Geoffrey P. 1987. Some Agency Problems in Settlement. *Journal of Legal Studies* 16: 189–215.
- Ministarstvo pravde Republike Srbije. 2018. Najveći broj medijacija iz oblasti bankarskih usluga, lizinga i osiguranja. <https://www.mpravde.gov.rs/vest/21396/najveci-broj-medijacija-iz-oblasti-bankarskih-usluga-lizinga-i-osiguranja-php> (poslednji pristup 10. mart 2019).
- Munsinger, Harry L. i Donald R. Philbin. 2017. Why Can't They Settle? The Psychology of Relational Disputes. *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 18: 311–362.
- Polinsky, Mitchell i Daniel L. Rubinfeld. 2002. A Note on Settlements under the Contingent Fee Method of Compensating Lawyers. *International Review of Law and Economics* 22: 217–225.
- Posner, Richard A. 1988. The Jurisprudence of Skepticism. *Michigan Law Review* 86: 827–891.
- Rachlinski, Jeffrey J. 1996. Gains, Losses, and the Psychology of Litigation. *Southern California Law Review* 70: 113–185.

- Rickman, Neil. 1999. Contingent Fees and Litigation Settlement. *International Review of Law and Economics* 19: 295–317.
- Ross, Lee, David Greene i Pamela House. 1977. The „False Consensus Effect“: An Egocentric Bias in Social Perception and Attributional Processes. *Journal of Experimental Social Psychology* 13: 279–301.
- Samson, Alain (ed.). 2018. The Behavioral Economics Guide 2018. <https://www.behavioraleconomics.com> (poslednji pristup 11. jul 2018).
- Simon, Herbert A. 1992. What is an ‘Explanation’ of Behavior? *Psychological Science* 3: 150–161.
- Smith, William P. 1985. Effectiveness of the Biased Mediator. *Negotiation Journal* 1: 363–372.
- Tversky, Amos i Daniel Kahneman. 1974. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. *Science* 185: 1124–1131.
- Tversky, Amos i Daniel Kahneman. 1992. Advances in Prospect Theory: Cumulative Representation of Uncertainty. *Journal of Risk and Uncertainty* 5: 297–323.
- Van Koppen, Peter J. 1990. Risk Taking in Civil Law Negotiations. *Law and Human Behavior* 14: 151–165.
- Viscusi, W. Kipp, 1999. How Do Judges Think About Risk? *American Law and Economics Review* 1: 26–62.
- Wissler, Roselle L., Allen J. Hart i Michael J. Saks. 1999. Decisionmaking about General Damages: A Comparison of Jurors, Judges, and Lawyers. *Michigan Law Review* 98: 751–826.

Aleksandar S. Mojašević, PhD

Associate Professor

University of Niš Faculty of Law

EMPIRICAL STUDY OF THE FRAMING EFFECT AS A COGNITIVE BIAS

Summary

The paper presents typical cognitive biases of legal professionals (judges, arbitrators, lawyers, mediators) and other participants in judicial (civil) proceedings (jurors, parties). A special part is devoted to prospect theory and the framing effect. In this regard, an empirical study was conducted on a sample of law students. We started from the fact that between the two groups there is a significant difference in the choice of settlement in litigation, with moderate or high likelihood of gains or losses, as well as in litigation with low likelihood of gains or losses. The results confirm that the respondents were susceptible to framing effect only in litigation with moderate/high probability of gains/losses. This study raises some questions, primarily who is in the best position to affect the framework within which the parties decide. The author expresses the view that, despite certain limitations, mediators are in such a position.

Key words: *Cognitive biases. – Framing effect. – Prospect theory. – Legal professions.*

Article history:

Received: 31. 7. 2018.

Accepted: 25. 4. 2019.

UDK 349.2(497.11)

CERIF: S110, S143, S146

DOI: 10.5937/AnalipFB1902107K

Ljubinka Kovačević, PhD*

Erika Kovács, PhD**

CHANGE OF EMPLOYER AND PRESERVATION
OF EMPLOYMENT: SERBIAN EXPERIENCE IN
LIGHT OF EUROPEAN LAW***

Protection of employees in the event of a change of employer in Serbia was first regulated by the Labour Act (2005). This was a result of the harmonization of Serbian legislation with Council Directive 2001/23/EC, while the effect of the European Court of Justice jurisprudence was negligible. Protection is guaranteed regardless of whether the company identity has been preserved or not, thereby making it more favourable than the European concept of transfer of undertaking. Nevertheless, the relevant provisions of the Labour Act have often been evaded in practice, especially when it comes to the application of the principle of preservation of employment. This was facilitated by the content of certain legal provisions. There is a notable need for their improvements, in order to enable employees to continue to work for the transferee under the same working conditions and be protected from dismissals exclusively or predominantly motivated by the change of employer.

Key words: *Change of employer. – Consent of employee. – Labour law harmonization. – Transfer of employment contracts. – Transfer-related dismissal.*

* Associate Professor, University of Belgrade Faculty of Law, ljubinka@ius.bg.ac.rs.

** Assistant Professor, Vienna University of Economics and Business, erika.kovacs@wu.ac.at.

*** This paper was developed in the framework of the IMPULSE programme scientific project „Restructuring of Companies and the EU Law“, financed by the Austrian Agency for International Cooperation in Education and Research (OeAD).

1. INTRODUCTION

Certainty is the very essence of the law. This is especially true for labour law, which seeks to ensure the stability of employment relationships through the creation of instruments for the preservation of employment. The most powerful instruments for defending job security are the rules on termination of employment at the initiative of the employer. In spite of the hotly contested developments in the past several years (see especially Laulom 2014; Kovács 2016), still one of the objectives of labour law is, in fact, to guarantee the stability of open-ended employment contracts (Martinon 2005, 30; Weiss 2013, 278). Therefore, job security appears as an important segment of employee protection in case of change of employer.

In order to limit job insecurity, Council Directive 2001/23/EC¹ stated two basic rules in cases of transfer of undertakings: first, the rights and obligations of the transferor, arising from the employment relationship being in effect on the date of the transfer, are transferred to the transferee; and second, the transfer of the undertaking, in itself, cannot constitute a valid ground for termination of employment by the transferor or the transferee (Freedland, 507). Additionally, as suggested by Barnard (2012, 579), the “third pillar” of employee protection in the case of transfer of undertakings has emerged in the form of the obligation of the transferor and the transferee to inform and consult employees’ representatives regarding the planned change. All three pillars of protection have been included in Serbian legislation, modelled after Council Directive 2001/23/EC. More precisely, protection of employees in the event of transfer of undertakings was first directly regulated by the provisions of the Labour Act of 2005 which is still in force. Nevertheless, the impact of the decisions of the European Court of Justice (Court of Justice of the EU) on the Serbian labour legislation and case-law is almost negligible, if not entirely non-existent.

The Serbian Labour Act does not use the term “transfer of undertakings”, but contains provisions on this issue.² Transfer of undertakings is regulated as a “change of employer”, via the following rule: “in the event of a status change, and/or change of employer, in conformity with the act, the successor employer shall take over from the predecessor employer the general act and all employment contracts that are valid on

¹ Council Directive 2001/23/EC of 12 March 2001 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees’ rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses, OJ L 82 of 22/3/2001, 16.

² Zakon o radu [Labour Act – LA], 20 *Službeni glasnik RS*, 24/05, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017, 113/2017, and 95/2018, Article 147–152.

the day of the change of employer.”³ This type of succession applies to all cases of change of employer, regardless of whether the economic identity of the enterprise has been preserved or not, i.e. regardless of the changes introduced by the transferee. This solution is more favourable than the EU concept of transfer of undertakings and formally creates conditions for ensuring proper and full protection of employees. It does, however, lack precision, because it is difficult to identify cases that qualify as change of employer in a reliable manner. Also, this covers the absence of clear rules on the status of employees who do not wish to continue working for the transferee and who were not dismissed by the transferor. On the other hand, the Labour Act does not regulate the issue of liability for employees’ claims due before the change of employer, nor is there consistent and uniform case law regarding this issue. Finally, the rules on information and consultation of employees do not establish the moment of initiation of consultations and do not provide effective and deterring penalties for employers who violate the employees’ right to information and consultation (see Kovačević 2018).

In addition to the need to make relevant provisions clearer and more reliable, it is essential to directly regulate the issue of protection of employees against dismissal. Although guarantees of this protection can be derived from the provisions of the Labour Act regulating protection against unjustified dismissal, for the purpose of clarity it is required to restrict the rights of the transferor and the transferee to initiate termination of employment during the period immediately preceding and following the restructuring of companies or other subjects.

The frequent evasion of the mentioned rules represents a serious problem in a period when corporate restructuring has been promoted as one of the main pillars of transition in Serbia (due to the alleged better utilization of means of production, more efficient management, higher profitability, etc.). More precisely, we refer to the period that followed after the decision to replace the socialist system with a free market system. As suggested by Jovanović (1997, 46), this process ran in parallel with changes in other spheres of life, however, the changes were very slow and the results modest, especially in the case of transformation of ownership.

2. PROBLEMS WITH DEFINING THE TERM “CHANGE OF EMPLOYER”

2.1. The term “transfer of undertaking” in the EU law

In the EU and the law of its Member States, the greatest uncertainty in the implementation of the principle of preservation of employment

³ LA, Article 147 [translated by author].

in the event of change of employer concerns the legal qualification of “transfer of undertaking”. According to the case law of the European Court of Justice (ECJ) a transfer of undertaking presupposes the following two conditions: 1) change of employer, and 2) preservation of identity of an undertaking. The fulfilment of the first criterion assumes that there was a change in the legal or natural person who is responsible for carrying on the business and who by virtue of that fact incurs the obligations of an employer *vis-à-vis* the employees of the undertaking.⁴ On the other hand, the preservation of the identity of an undertaking requires that the transferee continues the same or similar activities. However, a temporary interruption for a period of several weeks or even months does not do any harm.⁵ The evaluation of these criteria has been left to the national courts (European Commission 2004, point 2.4.2).

However, the transferee retaining the same economic activities will not alone guarantee the preservation of the economic identity of an undertaking. Therefore, in addition to continued activities, for the preservation of the economic identity some elements of the so-called *Spijkers* criteria must be fulfilled. It is believed that the economic identity of the transferor has not been preserved if the transferee continues to carry out the economic activity in different premises, applying different methods and operating processes, using different materials and equipment, etc. The same applies to cases in which the identity of the undertaking has not been preserved, because the nature and objectives of the undertaking have changed.⁶ Nevertheless, the ECJ clarified in the *Klarenberg* case that the alteration in the organisational structure of the entity transferred was not such as to prevent the application of Directive 2001/23/EC.⁷ According to

⁴ See: ECJ, case 287/86 *Landsorganisationen i Danmark for Tjenerforbundet i Danmark v. Ny Mølle Kro*, ECLI:EU:C:1987:573, para. 12; ECJ, case 324/86, *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark v. Daddy's Dance Hall A/S*, ECLI:EU:C:1988:72, para. 9; ECJ, case C-234/98, *Allen and Others v. Amalgamated Construction Co. Ltd*, ECLI:EU:C:1999:594, para. 16; ECJ, case 242/09, *Albron Catering BV v. FNV Bondgenoten and John Roest*, ECLI:EU:C:2010:625, para. 28.

⁵ ECJ, case 24/85, *Jozef Maria Antonius Spijkers v. Gebroeders Benedik Abattoir CV and Alfred Benedik en Zonen BV*, ECLI:EU:C:1986:127, para. 13.

⁶ For example, an association for adapting working conditions for persons with reduced working capacities in France terminated a service agreement on food preparation with a restaurant, in order to entrust these services to a workshop for professional rehabilitation of persons with disabilities. Although in this case all the materials needed for food preparation services have been retained, the French Court of Cassation rightly decided that there is no room to qualify this as transfer of undertaking, because the activities of the aforementioned workshop are not carried out with a sole objective of preparing food but also with the objective of providing training by professional trainers for persons with disabilities. *Chambre sociale de la Cour de cassation*, 12 July 2010, *Revue de jurisprudence sociale* (F. Lefebvre), 10/10, No. 723.

⁷ ECJ, case C-466/07, *Dietmar Klarenberg v. Ferrotron Technologies GmbH*, ECLI:EU:C:2009:85, para. 43–45.

this case it falls under the exception for organizational reasons, when the transferee breaks down part of the business that it acquired and integrates it into its own larger organizational structure. When, as a consequence of this organizational change, there is no existing position for the earlier head of the transferred unit, his dismissal can be justified.⁸

The maintenance of the economic identity of an undertaking, as a requirement for protection of the rights of employees, has been correctly criticized in literature as a solution that creates an obstacle for achieving full and proper protection of employees. As suggested by Kenner (2003, 34), the employer who continues or renews the activity of his predecessor is thus given an opportunity to evade his obligations. Obligations of the transferee from the Council Directive 2001/23/EC shall be considered fulfilled, if the activities of the transferor have been preserved at the moment of the transfer (and only at that particular date). If he was to decide to change the organization of activities after the transfer, his decision would not have any effect on the transfer of employment contracts and preservation of employment, but could have an effect on the termination of employment due to the needs of the employer.

Following Pélissier (1990, 154), we argue that appropriate protection of employees could be provided only if the scope of the employment preservation principle includes all variations of the transfer of undertakings, regardless of the changes introduced by the transferee and the date on which the changes took place. Exactly this solution has been included in Serbian legislation, as the guarantee is attached to all cases of change of employer, regardless of whether the economic identity of the undertaking has been preserved.

2.2. Definition of the term “employer” in Serbian law

The Serbian Labour Act does not define the expression “change of employer”, although we can conclude that this implies some kind of alterations of the stronger party (*potentior persona*) to the employment relationship. In practice, it is not always easy to identify these situations, especially if one takes into account a fairly broad legal definition of the term employer (“domestic or foreign legal or natural person who employs one person or more”)⁹ and the lack of a statutory definition of the notions an employment relationship and an employment contract. The elements of the definition of the term employer can be deduced indirectly from the legal provisions regulating essential rights and obligations of employers and employees. In relation thereto, one should bear in mind that employers, as persons organizing an activity, need to instruct other persons to carry

⁸ *Ibid.*

⁹ LA, Article 5 (2). Translated by author.

out those activities for their benefit. Therefore, this is the subject who organizes the work of employees, issues orders and instructions related to work performance, oversees their activities, controls the results of their work, and pays their salaries, as counter-prestation for the work performed. According to Peskine (2008, 87), here we can spot the dual roles of the employer – the organizer and the recipient (addressee) of work. Šunderić (2002, 41) thus defines an employer as “a person who organizes the work and hires other people for the purpose of working in an organizational unit” or as a person who “organizes the work, employs people, and manages the work and assets” (for a functional approach to the legal concept of an employer see Prassl, 2016). This is close to Radé’s (2011, 65) definition of an employer as the “owner of the equipment, who becomes the owner of objects and services generated as a product of employee’s activities and who has the prerogative to issue orders and take the necessary measures to ensure compliance with those orders.”¹⁰ In addition to having and executing certain prerogatives, an employer’s status is fundamentally determined by the fact that the employer is the sole bearer of the risk of doing business. Hence, the prerogative to issue orders to perform the work, control that performance and verify the results can be viewed as certain counter-benefit for bearing the risk, as demonstrated by Laroque (1992, 93).

Brajić (1974, 54) argues that in former Yugoslavian case law, subordination was not regarded as an element of the employment relationship, and other elements were qualified as such, primarily the exclusive, personal and full-time work for the employer. The almost unanimous view in recent Serbian literature states that in addition to voluntariness, personal performance of work, and pay, subordination is a basic element of an employment relationship (see Jašarević 2014; Kovačević 2015). The legal position of the employers is determined, to a large extent, by the fact that they are the owners of the resources, which makes the employees economically dependent on them. Ownership of the resources, together with the employment contract, represents the basis of employer’s (administrative, normative and disciplinary) prerogatives. This significantly limits the legislator, who recognizes the individual and collective rights of employees, but also takes into account the efforts of the employers to limit labour costs, as well as their need to validate their sovereignty in decision making.

2.3. Change of employer cases in Serbian law

The Labour Act of the Republic of Serbia associates the term change of employer to “the change of employer’s status, i.e. the change

¹⁰ Translated by author.

of employer, in conformity with the act.”¹¹ This means that, in terms of the provisions of the Labour Act, a change of employer occurs following the death of a natural person as the employer, if her/his heirs enter into all rights and obligations at the moment of her/his death, unless the personality of the employer is considered to be essential for the conclusion of the employment contract (e.g. if the employer is a person with disabilities and the employee is his assistant). On the other hand, a change of employer as a legal person occurs most commonly through status changes, i.e. in the event of status changes of companies or other legal entities.¹² Furthermore, the change of employer can occur in all other cases of change of employer, if they stipulated by an act. We believe that this provision should be interpreted more broadly, since the concept of change of employer is broader than the concept of status changes. Such an interpretation is in accordance with one of the basic principles of labour law, the favourability principle (*in favor laborem*) and enjoys support in the practice of the Ministry of Labour of the Republic of Serbia.¹³ On the other hand, Serbian labour legislation does not regulate the legal (contractual) transfer of specific business activities from the transferor to the transferee, if there is no status change or any other type of change of employer, as established by the act.¹⁴

Thus, if the employer is a company, operations such as merger by acquisition, merger by formation of a new companies and division are carried out by transfer of all the rights and obligations from the transferor to the transferee, where upon the merged company shall be dissolved without being liquidated.¹⁵ The Serbian Act on Companies also recognizes separation, where a company continues to exist, but transfers part of its assets and liabilities to one or more existing and/or newly established

¹¹ LA, Article 147. Translated by author.

¹² See: Zakon o udruženjima [Act on Associations – AA], *Službeni glasnik RS*, 51/2009, 99/2011 and 44/2018, Article 45–48; Zakon o zadužbinama i fondacijama [Act on Endowments and Funds – AEF], *Službeni glasnik RS*, 88/2010, 99/2011 and 44/2018, Article 54; Zakon o zadrugama [Act on Cooperatives], *Službeni glasnik RS*, 112/2015, Article 65; Zakon o sportu [Act on Sports – AS], *Službeni glasnik RS*, 10/2016, Articles 78–85; Zakon o naučnoistraživačkoj delatnosti [Act on Scientific Research Activities], *Službeni glasnik RS*, 110/2005, 50/2006, 18/2010 and 112/15, Article 37.

¹³ Opinion of the Ministry of Labour and Social Policy, 001-00–787/2010–02, 29 October 2010.

¹⁴ Such direct transfers of undertakings, i.e., an asset deal, are, however, allowed and possible under Serbian law. Liability of the transferee for obligations in relation to the transferred company is regulated under the Obligation Relations Act (Article 452) as assumption of debt (see Radović 2017).

¹⁵ Zakon o privrednim društvima [Act on Companies – AC], *Službeni glasnik RS*, 36/2011, 99/2011, 44/2018, and 95/2018, Article 485–488. These provisions apply to the status changes of public companies, Zakon o javnim preduzećima [Act on Public Companies], *Službeni glasnik RS*, 15/2016, Article 76.

companies.¹⁶ The principle of employment preservation applies to all of these forms of status change. On the other hand, Pélissier, Supiot, and Jeammaud (2002, 421) suggest there is a change of employer in the case of a separation, as one company with multiple organizational parts (plants, factories etc.) transfers one of its parts to another company, so the employer changes for those employees, while employees in other parts of the company remain with the same employer. Hence, the employees in the transferred part must be guaranteed job security, which means that all employment contracts remain in force. This interpretation is supported by the law of the EU and the laws of EU Member States, which, in terms of the protection of the rights of employees, equates the partial transfer of assets and liabilities with the transfer of all assets and liabilities from one company to another.

The recent separation of four technological and business units from one of the largest enterprises in Serbia, the Serbian Railways company, illustrates this case. Three companies were formed from these units (Infrastruktura železnice Srbije, Srbija Voz, and Srbija Kargo), while the existing enterprise Serbian Railways company retained the fourth unit. The employees in the fourth unit retained their employment with the enterprise, while the issue of responsibility for payment of outstanding remuneration for shift work before the status change was raised before the courts (see Gajić 2016).¹⁷ These rulings are interesting simply because they are among the rare court decisions in Serbia in which the judges, by teleologically interpreting the relevant regulations, directly referred to the provisions of the Council Directive 2001/23/EC, bearing in mind that this source of EU law served as a template for Serbian legislators in regulating the change of employer. The views expressed in these rulings are also important because the Labour Act does not explicitly establish joint and several liabilities of the transferor and the transferee. Pursuant to the provisions of the Council Directive 2001/23/EC, the transferor is, as a result of the transfer of undertaking, completely relieved of obligations towards his employees, although, as suggested by Blanpain (2012, 787), this consequence is not dependent on the consent of employees.¹⁸ However, there is a possibility for EU Member States to establish joint and several liability of the transferor and the transferee

¹⁶ AC, Article 489.

¹⁷ Osnovni sud u Nišu, 6P1.1539/15, 3 June 2016; Osnovni sud u Nišu, 4P1.654/15, 20 June 2016; Osnovni sud u Zaječaru, 17.P1. 142/15, 20 April 2016; Apelacioni sud u Nišu, 19Gžl. 2640/16, 7 October 2016; Apelacioni sud u Nišu, 19Gžl. 1763/16, 14 October 2016; Apelacioni sud u Nišu, 19Gžl. 3452/16, 10 November 2016; Apelacioni sud u Nišu, 19Gžl. 3436/16, 10 November 2016.

¹⁸ ECJ, joined cases 144 and 145/87, Harry Berg and Johannes Theodorus Maria Busschers v. Ivo Martin Besselsen, ECLI:EU:C:1988:236, para. 14.

for the aforementioned obligations,¹⁹ from the date of realization of the transfer of the undertaking,²⁰ and only for claims by persons who were employed at the moment of the change of employer and not for the claims by persons who had already left the company (e.g. holiday pay and compensation for termination of employment for persons whose employment ended before the change of employer).²¹

Due to the absence of rules on liability from the Labour Act, it can be concluded that the transferee is solely responsible for claims that were due prior to the transfer of the employment contracts to the transferee.²² However, the possibility of abuse in the case of status changes is restricted by special acts that provide limited and joint several liability.²³ As the implementation of rules on joint and several liability cannot be assumed, it follows that in other cases the general rule of law on contracts and torts will be applied for the obligations that occurred before the change of employer. In this regard, one can notice the need for the Serbian legislator

¹⁹ Following the report of the Commission (2007), Member States have regulated this issue differently. The labour legislation of the Czech Republic, Cyprus, Denmark, Ireland, Latvia, Lithuania, Malta, and Slovakia stipulate the exclusive liability of the transferee for contractual obligations that arose before a change in status occurred, while the legislation of Austria, Finland, Greece, Iceland, Italy, Liechtenstein, Luxembourg, and Sweden stipulate joint and several liability of the transferor and the transferee. Other European countries have rules on joint and several liability, but exclude them in certain cases, e.g. in the event of a change of employer in bankruptcy procedure in France. On the other hand, certain countries limit the application of the rules on joint and several liability only to certain cases of change of employer (transfer of a part of an undertaking in Poland), or only to certain employee claims (e.g. damages for violating the obligation to inform and consult employees in Great Britain), or only to a certain period of time (e.g. for a period of one year in Estonia, Germany, the Netherlands and Portugal, or three years in Spain, from the date of the change of employer, after which the rule on exclusive liability of the transferee applies).

²⁰ Council Directive 2001/23/EC, Article 3 (1).

²¹ ECJ, case 19/83, Knud Wendelboe and others v. L.J. Music ApS, in liquidation, ECLI:EU:C:1985:54, para 17. Blanpain (2012a, 787) argues that the Directive does not provide protection for employees who worked for the transferor on the day of the transfer of undertakings but did not continue their employment with the transferee.

²² It is therefore important to mention the legal obligation of the transferor to fully and truthfully inform the transferee about the rights and obligations stemming from the employment contract, the collective agreement, and the labour rulebook. The aforementioned provision of the Serbian Labour Act was inspired by Council Directive 2001/23/EC, Article 3 (2), although it would be more acceptable if the Labour Act required that this information be provided in writing, as well as if it regulated the issue of the consequences of the failure of the transferor to fulfil this obligation. Therefore, the most favourable solution seems to be the rule confirmed by the Council Directive 2001/23/EC, that the failure of the transferor to inform the transferee of due obligations does not affect the exercising of the rights of employees.

²³ AC, Article 505 (1–4); AEF, Article 54 (7); AA, Article 48 (5); AS, Article 84 (6).

to consider and “weigh” all the advantages and disadvantages of the rules on exclusive and (un)limited joint and several liability for claims that were due before the change of employer,²⁴ and, in the name of legal certainty, to regulate this issue within the Labour Act.

Finally, it should be noted that the Labour Act does not regulate transfer of employment contracts in bankruptcy proceedings. This is nonetheless in line with Article 5 of Directive 2001/23/EC, which allows the exclusion of transfers of undertakings in insolvency from its scope (see Barnard 2012, 619). The Act on Bankruptcy regulates bankruptcy proceedings by reorganisation if the measures for realisation of the bankruptcy debtor’s reorganisation plan envisage status changes or the transfer of part or the entire assets of one or more existing or newly formed entities.²⁵ Reorganization plans can, however, include measures such as dismissal of employees, whereby the mere fact of opening of bankruptcy proceedings represents grounds for dismissal. This ultimately means that the provisions of the Act on Bankruptcy derogate the provisions of *lex generalis* in the sense that taking over the employment contracts in the event of change of employer exists only as a possibility, if envisaged in the reorganisation plan.

2.4. Change of company capital ownership and privatization

The change of ownership of a company’s capital is not considered as a change of employer according to the Directive because it does not entail changing the subjectivity of the company. This further means that changes in the ownership of the capital of a legal entity appearing as an employer do not affect the continuity of employment, regardless of the possible change of the person authorized to represent the employer or to exercise the employer’s prerogatives. Nevertheless, in the Republic of Serbia, the Labour Act extended the scope of application of the rules on protection of employees, in the event of change of employer, to the “change of ownership of capital of a company or another legal entity”. We can assume that the legislator envisioned this solution with the intent to emphasize the protective function of the employment preservation principle, i.e. to ensure that the continuity of employment of an employee working for an employer whose owner has changed is not called into question. This was a significant decision, as a company restructuring plan from the majority owner can significantly affect the status of employees,

²⁴ Pursuant to Radović (2017a, 151), this creates the need to protect, through appropriate rules, both the claims of employees and the interests of employers, because rules that are too strict will make certain status changes, as a way of restructuring the company, less appealing.

²⁵ Zakon o stečaju [Act on Bankruptcy], *Službeni glasnik RS*, 104/2009, 99/2011, 71/2012, 83/2014, 113/2017, 44/2018, and 95/2018, Article 157 (1) (12–15).

as suggested by Dragičević (2017, 343), since the privatization process can be preceded by the restructuring of the subject of privatization.

This solution testifies to the peculiarities of the legal framework to protect the rights of employees in Serbia, many of which are related to the privatization process and the transition from a state-run economy to a market economy. The status of employees in the privatized companies was quite unique, due to the fact that during the period of socialist self-management, employees were granted certain prerogatives that traditionally belonged to the employers. The self-management political system encompassed affirmation of self-management rights of workers, which included the right to self-govern the undertaking (either directly or through bodies that they themselves elected and recalled), without owners or appointed managers. Thus, the employees were formally granted the right to decide all business matters, including the management of company assets and structural changes. Moreover, they were granted control of operations and working conditions as well as the right to decide on entering into or terminating employment relationships. According to Jovanović (2000, 31), the legal solutions from this period had a “reinforcing effect on the stability of employment which, in practice, almost created an employee monopoly over their jobs and employment relationships, which was at odds with the risk of losing a job.” This made it unnecessary to regulate the status of employees in cases of change of employers. On the other hand, one should bear in mind that this period featured employment policies that were not economically justified, which is why the workers remained employed even after the need for their services ended. As suggested by Šunderić (1993, 290), this can be explained by the fact that “employment was a means of achieving social peace that the politocracy needed for the sake of its own reign.”

The Amendments to the Labour Act of 2014 removed from the Act the provisions on protection of employees in cases of change in ownership of the capital. One reason for this is the fact that the 31 December 2015 deadline for mandatory privatization of socially-owned capital had passed. In the meantime, a new Act on Privatization was adopted and its provisions are now applicable only in the privatization of the capital owned by the Republic of Serbia, the autonomous provinces, and the local self-government units. The privatization of public capital and property of the entities operating this capital has still being carried out on the basis of the decision of the Government, or the competent authority of the autonomous province or the local self-government unit.²⁶ More precisely, the action plan of the Government of the Republic of Serbia for the restructuring of companies, dated 31 January 2015, allowed for

²⁶ Zakon o privatizaciji [Act on Privatization – AP], *Službeni glasnik RS*, 83/2014, 46/2015, 112/2015, and 20/2016, Article 6 (2, 5).

the initiation of bankruptcy proceedings against 188 enterprises with poor prospects of privatization, where the state is the majority owner, as well as the privatization of 512 enterprises. Additionally, it provided for the restructuring of some of the largest enterprises, such as the Electric Power Industry of Serbia company (reducing the number of sectors, in order to eliminate the need for state aid), the Srbijagas company (separation of the transport and transport system management, as well as distribution and distribution system management, to ensure secure natural gas supply), the Roads of Serbia company (merging the roads company with the Corridors of Serbia company into a single enterprise for road construction and maintenance), and the Serbian Railways company (which was mentioned above, in the context of forming separate companies for infrastructure, passenger transport, and cargo transport).

It should be noted that the change of ownership of capital due to the privatization of socially-owned or state-owned companies and other legal entities, as well as state-owned capital expressed in shares or stakes, brought about specific and complex legal consequences that affected the status of employees. Their status was regulated in a specific manner, because the privatization process could have been preceded by the restructuring of the subject of privatization, had the competent body estimated that their capital or assets could not be sold via public tender or a public auction. Given that the restructuring could have been carried out through status changes of the subject of privatization, labour law rules on the protection of employees in the event of change of employer would have applied to the employees. Moreover, their rights were further guaranteed by the obligation to enact a restructuring program, which includes a social program with employment-preservation measures (e.g. transfer to another job or to a different (geographic) place of work, part-time work, etc.), and measures for protection in the event of dismissal, assuming the dismissals are necessary (e.g. right to a notice period and right to severance pay).²⁷

There is a difference between a social program enacted as part of the restructuring ahead of the sale of the state-owned capital and a social program enacted in the process of the sale, as a part of the agreement on the sale of capital or assets. The latter social program is adopted in cases of privatization of entities that are well-positioned in the market. In the case of such enterprises, which have a competitive and profitable

²⁷ The state adopted programs for dealing with redundancies in the process of restructuring but also allocated funds from the budget for their implementation. Odluka o utvrđivanju programa za rešavanje viška zaposlenih u postupku privatizacije za 2015, 2016, 2017, 2018. i 2019. godinu [Decision on Establishing the Program for Dealing with Redundancies in the Process of Privatization for 2015, 2016, 2017, 2018, and 2019], *Službeni glasnik RS*, No. 9/15, 84/2015, 109/2015, 16/2016, 82/2016, 5/2017, 92/2017, 29/2018, 59/2018, and 3/2019.

business, the social program or rather the social agreements (individual acts or social clauses in contracts that represent the legal basis for the change of the owner) were aimed at preserving the working conditions and the rights of employees who will continue to work for the employer, and at providing certain rights in the event of termination of employment due to the reorganization of the business processes.²⁸

Finally we should note that the mechanism for termination of a contract on the sale of capital or assets ensured a type of guarantee of the agreed level of employee rights arising from the employment relationship with the entities that were to be privatized. Namely, a contract is deemed to be terminated, for failure to fulfil the contract, if, within the additional deadline, the buyer fails to fulfil their employees-related obligations, as well as if they fail to pay in full the minimum wage and corresponding mandatory social insurance contributions for employees of the enterprise to be privatized, for a period of no less than nine months during a calendar year.²⁹

Although these and other provisions formally provided a solid framework for protection of employees, in reality their position in the privatized companies was extremely unfavourable.³⁰ The new owners had much greater real power over the employees than entitled by law, which included not only mass dismissals, but also bypassing the rules on collective redundancies (today employees in privatized companies make up only 7% of the total number of employees in Serbia),³¹ as well as creating and maintaining intolerable working conditions, such as non-payment of salaries from the moment of privatization or, unjustifiably, paying only minimum wage (see Permanent Working Body of the Social

²⁸ This can be illustrated by the social program drafted in 2008 by the Government of the Republic of Serbia, the Oil Industry of Serbia company, and representative trade unions (at the level of the employer, the relevant sector (energy and petrochemicals), and the Republic of Serbia).

²⁹ Zakon o privatizaciji [Act on Privatization], *Službeni glasnik RS*, 38/2001, 18/2003, 45/2005, 123/2007, 123/2007, 30/2010, 93/2012, 119/2012, 51/2014, and 52/14, Article 41a.

³⁰ According to the research of the Permanent Working Body of the Social and Economic Council of the Republic of Serbia (2011, 83), it is estimated that in the process of privatization, nearly three quarters (74,41%) of employees in socially-owned enterprises lost their jobs, mainly due to closure of the production facilities.

³¹ According to Andrić (2017, 66), between 2001 and 2008, more than 400,000 workers were dismissed due to privatization, whereby some of them found employment again in the public sector, while a minority found work in private retail and artisan shops and other „small“ businesses. From 2008 to 2016, an additional 300,000 workers lost their jobs. This data confirms the conclusion that the privatization process in Serbia led to the impoverishment and marginalization of a very large number of workers, but also the conclusion that, despite some dissonant tones, has prevailed in international literature (see Pendelton 2016) stating that almost all changes in ownership lead to loss of employment.

and Economic Council of the Republic of Serbia, 2011). There are concerns that the privatization of public capital will be accompanied by abuses similar to those that occurred during previous period. This is in spite of the fact that the current regulations envisage specific measures to protect 93,000 employees at enterprises founded by the Republic of Serbia, and 69,000 employees at enterprises founded by local self-government units, such as the rule that the social program represents an integral part of the sale of assets of the entity to be privatized, i.e. that the assets sale contract may prohibit the reduction in the number of employees who were hired on the basis of an open-ended employment contract for the following two (exceptionally, three) years.³²

3. THE PRINCIPLE OF PRESERVATION OF EMPLOYMENT

3.1. *Ex lege* transfer of employment contracts

Following Vasiljević (1999, 42), every company represents an organisational unity of material (right of ownership, industrial property rights, copyright, claims, and other property rights) and personal elements (founders, employees, managers) that enable the performance of certain activities. Since employees represent an integral part of the company, the transfer of employment contracts represents an especial aspect of the transfer of the company to a third party. *Mutatis mutandis*, this is valid for legal entities. In the event of a change of employer, the person who assumed the rights and obligations becomes the new employer of the employees. This type of succession does not depend on the will of the respective entities, but assumes a certain state intervention – succession occurs automatically as a matter of law. This principle was adopted into the Serbian Labour Act via the previously cited rule that status change, and/or change of employer, in conformity with the act, includes transfer of the general act (i.e. collective agreement or labour rulebook) and of all employment contracts that are valid on the day of the change of employer.³³ Employment contracts, therefore, remain in effect between the employees and the new employer, which is why persons who were employed at the time of the change have the same contractual rights and obligations towards the transferee as before the change occurred. According to Lubarda (2004, 286), this further means that employees become *ex lege* creditors of the person being substituted to the employer,

³² AP, Articles 37, 50 and 52.

³³ LA, Article 147. The provisions of the AC take the same tone: „The employees of the transferring company who are assigned to the receiving company under the status change agreement or division plan shall continue working for the receiving company in accordance with labour legislation“, Article 505 (1) (6).

regardless of whether the employee has established a standard or flexible form of employment.³⁴

When a change of employer occurs, the content of the employment contract binds both the employee and the transferee in the same way that it obliges the employee and the transferor. The transferee is therefore able to exercise all the rights, such as the right to require employees to abide by the non-compete clause, if such a clause exists in the contract. Moreover, the transferee may impose a disciplinary sanction if an employee violated work discipline before the change of employer took place, provided that, in the meantime, the statute of limitations has not expired. On the other hand, employees can exercise all the rights and privileges derived from their employment contracts, including the ones whose exercise is dependent on the length of service. This is recognized under Serbian law in terms of the right to severance pay and the right to a notice period, which is in line with the jurisprudence of the Court of Justice of the EU.³⁵

Since the rights and obligations of employees are governed by collective agreements or unilateral general legal acts adopted by employer (labour rulebooks), the principle of preserving employment in the event of change of employer presumes the preservation of rights arising from these acts. Thus, the Labour Act establishes the obligation of the transferee to implement the collective agreement or labour rulebook of the transferor for no less than one year following the change of employer, unless the collective agreement, concluded with the transferor, expires beforehand or the transferee concludes a new collective agreement with a representative trade union(s).³⁶ This obligation represents a guarantee for

³⁴ This is *explicite* confirmed in the authentic interpretation of the Labour Act (*Službeni glasnik RS*, No. 95/18) regarding fixed-term employment contracts. On the other hand, the view of the French jurisprudence that the transfer includes the employment contracts of employees who the transferor temporarily allocated to another employer (which is why their employment relationship with the transferor is temporarily suspended) seems justified. Terminated employment contracts are also transferred if, at the moment of change of employer, the notice period to which the employee is entitled has not yet expired. The contract shall be terminated upon the expiration of this period. Cour de cassation, 14 May 1997, *Revue de jurisprudence sociale* (F. Lefebvre), 8–9/97, No. 951; Cour de cassation, 6 November 1991, *Revue de jurisprudence sociale* (F. Lefebvre), 1991, No. 1296.

³⁵ ECJ, case C-343/98, Renato Collino and Luisella Chiappero v. Telecom Italia SpA, ECLI:EU:C:2000:441, para. 51.

³⁶ LA, Article 150. According to the research of the Permanent Working Body of the Social and Economic Council of the Republic of Serbia (2011), the number of signed collective agreements after the conclusion of the privatization process decreased by 28%, which illustrates the reduction of the protection of rights of employees at the privatized enterprises. This is prompted by high unemployment rates and weakening of the trade unions, primarily due to falling rates of unionization (less than 30% of employees in Serbia are members of trade unions) and lack of agility on the part of the trade unions in terms of ensuring effective implementation of labour legislation. We also must take into

preservation of working conditions, which is why they cannot deteriorate during the said period of time.³⁷ Also, it should be noted that the obligation to apply the collective agreement concluded by the transferor exists even if the transferee is bound by a collective agreement entered into with the representative trade union from his company. According to Grgurev (2013, 106), in this case, there is a “competition” between collective agreements, which could jeopardize the protection of employees from discrimination. This is due to the fact that the application of two different agreements to two different categories of employees working for the transferee may result in the employees of the same employer having different working conditions, including different pay for the same work or different work of the same value. However, it seems that such varying treatment is justified by the legal obligation of the transferee to preserve the working conditions of the employees covered by the transfer. There is also the issue regarding the position of employees if the collective agreement entered into with the transferee includes more rights and better working conditions than the rights and working conditions included in the collective agreement entered into with the transferor. Following Senčur Peček (2016, 437), it is possible to propose a solution *de lege ferenda*, according to which the provisions of the collective agreement with better working conditions or more rights are applied to the employees covered by the transfer of undertaking. Any other solution would be contrary to the principle *in favor laborem*.

3.2. Employee consent to the transfer of employment contract

The rule of preservation of employment in the event of change of employer aims at providing employees the opportunity to continue to work for the transferee under the conditions previously agreed with the transferor and not to force them work for another employer, if they do not wish to do so. Any other interpretation of the preservation of employment principle would be contrary to the guarantee of the right of each person to earn a living from freely chosen occupation and employment (the right to work). As demonstrated elsewhere (Samuel 2002, 19; O’Cinneide 2015), there is no freedom of work if people are working against their will, including cases in which they were hired at their own free will but no

account the demanding conditions for obtaining the status of representative trade union in Serbia (membership of at least 15% of the total number of company employees), which the International Labour Organization’s Committee on Freedom of Association considered to be too high.

³⁷ Following Blanpain (2012, 400), some segments of this ban may last longer, because the collective agreement entered into with the transferor produces indirect effects even after its expiration if (more favourable) working conditions and rights have been incorporated into the employment contract; in this case, the collective agreement with the transferor permanently modifies the employment contracts.

longer wish to continue working in general or for a particular employer. The consent of an employee to work includes her/his ability to stop working for someone else, if she/he chooses so. Relatedly, it should be noted that any solution to the contrary would be in contravention of the principle of freedom of contract and freedom of the employee to choose his employer without the obligation to work for an employer whom they have not freely chosen.³⁸ In relation thereto, one should keep in mind that the Council Directive 2001/23/EC does not regulate the consequences of employees' refusal to work for the transferee, which was left to the Member States to regulate.³⁹ Following Blanpain (2012a, 788), this further means that, unless the national legislation claims otherwise, an employee who chooses not to continue the employment relationship with the transferee can still be bound by the employment contract concluded with the transferor. More precisely, the fact that an employee exercised her/his right to refuse the transfer of the employment contract does not automatically lead to the termination of her/his employment. Instead, employment relationship between the employee and the transferor can be preserved, while dismissal by the transferor can be the final consequence of exercising of the right to refuse the transfer.

According to the Serbian Labour Act, the transferor is obliged to notify employees of the transfer of contracts onto the transferee.⁴⁰ Once the employees agree to this, their contracts are deemed transferred. Conversely, if an employee refuses the transfer of the employment contract to a third party, the transferor may terminate their contract. The reason for dismissal is justified if the employee categorically refuses the transfer or if she/he fails to respond within five working days from the day of receipt of the employer's notification of the transfer.⁴¹ The Labour Act does not stipulate the obligation of the transferor to maintain, after the transfer, an employment relationship with an employee who refused the transfer of their employment contract, as far as is practically possible (e.g. in the part of the undertaking that was not included in the status change). However, when we have a situation where the transferor decides to dismiss an employee (even when the employee could have been offered a transfer to the part of the undertaking that was not included in the status change), the Labour Act does not explicitly confirm that such an employee can enjoy all (material and procedural) guarantees of protection, as in other cases of

³⁸ ECJ, joined cases C-132/91, C-138/91, and C-139/91 *Grigorios Katsikas v. Angelos Konstantinidis and Uwe Skreb and Günter Schroll v. PCO Stauereibetrieb Paetz & Co. Nachfolger GmbH*, ECLI:EU:C:1992:517, para. 32.

³⁹ For example, in French case law it is accepted that the refusal of the employee to continue working for the new employer produces the same effect as the employee's resignation (Cour de cassation, 10. 10. 2006, *Recueil Dalloz*, 2007, 472).

⁴⁰ LA, Article 149 (1).

⁴¹ LA, Article 149 (2).

“economic” dismissal by the employer. Following the research in A.-C. Hartzén *et al.* (2008, 10–15, 33), we believe that this legal vacuum should be interpreted in such a way that the employee is entitled to adequate protection, including the right to severance pay.

Since the employee’s categorical refusal of transfer or absence of response within the deadline represents valid grounds for dismissal, this raises the question of the status of employees who were not fired by the transferor, even though they did not accept to continue working for the new employer or did not declare by the given deadline whether they accept the transfer of their contract to a third party. According to Ivošević and Ivošević (2006, 277), a possible solution to this dilemma is the use of legal fiction for entering into an open-ended employment contract on the day that the person who has not previously entered into an employment contract with the employer comes in to work, meaning that just by coming to work after refusing the transfer of the employment contract would be enough to continue employment with the transferee. According to an alternative and more acceptable interpretation, if an employee opposes the transfer of his contract, and the transferor does not dismiss him, that means that the right to refuse the transfer of the contract aims to prevent the consequences of such transfer. The employment contract will still be transferred, only it will be without effect, i.e. the employee’s right to refuse the transfer of the employment contract, in fact, means that she/he has the right not to accept the legal consequences of the transfer of undertaking, in the part concerning his employment contract, of course. Finally, this means that, as suggested by Santoro-Passarelli (2007, 325), this means that an acceptable interpretation would be that the refusal of an employee, in the case that he was not dismissed by the transferor, means that his contract is transferred to the transferee (since all employment contracts are transferred *ex lege*), only it will be without effect.

3.3. Prohibition of transfer-related dismissal

In addition to the transfer of employment contracts from the transferor to the transferee, implementation of the principle of employment preservation in the event of change of employer presupposes that this change, in itself, does not constitute justified grounds for dismissal. Thus, EU labour law does not consider the transfer of undertaking to be valid grounds for dismissal by the transferor or the transferee.⁴² Article 4 (1) of the Directive prohibits transfer-related dismissal, i.e. dismissal solely by reason of the transfer. However, dismissals for “economic, technical or organizational reasons” are permitted. The distinction between economic reason on the one hand and transfer of undertaking as a reason, with obvious economic content, on the other hand is controversial. It is highly

⁴² Council Directive 2001/23/EC, Article 4 (1).

debated whether cost-cutting measures that intend to introduce more flexibility constitute permitted grounds for dismissal. In British case law these circumstances are not accepted as a valid economic reason, especially because the reason itself does not entail any change in the workforce (see, for example, Barnard 2012, 615; Kountouris and Njoya, 442). In contrast, according to Winter (2016, para. 7), in German literature scholars usually take the opposite view claiming that the Directive does not affect the capacity of the transferor and transferee for rationalization.

Following the report of the Commission (2007) and the research in Rogovsky *et al.* (2005, 31), EU Member States have the right to exclude certain specific categories of employees who are not covered by national legislation or practice in respect of protection against dismissal (e.g. senior managers, persons who enjoy special support or employment protection, and relatives of the employer or employees who perform paid work in the employer's household in Sweden). This, however, does not include the possibility of depriving of protection against dismissal the categories of employees who, in accordance with national legislation, enjoy even limited protection against dismissal.⁴³

In Serbian law the rule on protection against dismissal is not directly stated, but it is derived from the provisions of the Labour Act regarding change of employer and termination of employment. We can conclude that prohibition of dismissal by the transferor or the transferee does not mean the prohibition of dismissal due to (otherwise) legitimate reasons⁴⁴ related to the employee's abilities and conduct, or technological, economic or organizational changes that lead to the discontinuation of the need for a particular job or the reduction of the work volume.⁴⁵

The rule on the transfer of employment contracts would have no practical significance if an employer could easily terminate employment contracts several days, or even weeks before the company's restructuring.⁴⁶ Serbian law did not devise mechanisms for employers to be dissuaded in

⁴³ ECJ, case 237/84, *Commission of the European Communities v. Kingdom of Belgium*, ECLI:EU:C:1986:149.

⁴⁴ In relation to that, we should bear in mind that, modelled on ratified International Labour Organisation Convention No. 158, one of the basic rules of Serbian labour law reads: the employer may not terminate the contract of employment, unless there is a valid reason related to the ability or conduct of the employee or the needs of the employer. The requirement for valid reasons for dismissal was met by establishing a list of permissible reasons for dismissal in accordance with the Labour Act (Article 179).

⁴⁵ As suggested by McMullen (2007, 370), this does not mean that the transferor has the right to dismiss employees solely because they believe that the transferee will not need them. The wish of the transferor to achieve a higher sale price clearly does not constitute an economic reason.

⁴⁶ Following McMullen (2012, 358), the circumstances of each individual case will determine the length of period after which the dismissal can no longer be considered related to the transfer of undertakings, i.e. after which it will be safe to assume that

their intention to use termination of employment as a means of avoiding the rules on protection of employees in the event of a change of employer. On the other hand, there are efforts in the legislation of some European countries to limit the rights of the transferor to initiate termination of employment, but they are accompanied by the issue of determining the fair scope of restrictions, as well as the way in which the violations are sanctioned, as suggested by Pélissier (1990, 157). The prevailing solution in the law of several Member States is not to prohibit the employers from firing their employees before the restructuring in a general way, but rather to specify that restructuring does not represent justified grounds for dismissal. The proximity of the dismissal to the date of transfer represents a strong indication that the actual reason of dismissal was the transfer. This also means that dismissal of an employee by the employer for the purpose of future restructuring, or rather before the restructuring to facilitate this process, is deemed unlawful. According to Senčur Peček (2010, 312), this is important because often in practice a transferor will dismiss a number of employees immediately before the status change, so that the transferee can hire the same people after the transfer of undertaking, only under unfavourable conditions. This risk has been recognized in ECJ (CJEU) case law, where it has been held that employees whom the transferor unlawfully dismissed immediately before the transfer of undertaking, may file a request for protection against unlawful dismissal against the transferee as well.⁴⁷

On the other hand, the rule on the transfer of employment contract does not assume that the transferee cannot, after certain status changes, initiate the amendment or even termination of the employment contract. As concluded by Pélissier (1990, 155), the principle of employment preservation no longer protects the employees after the amendment has been made. They have the same status as any (other) employee, while the transferee has all the rights that an employer is entitled to by law. This further means that the transferee may offer an employee an amendment to the agreed working conditions, or even terminate their contract of employment in the event that she/he refuses the amendment. Following Smit (2005, 1873), we argue that the new employer may dismiss an employee who does not deliver appropriate results (poor performance)

even indirect links between the transfer of undertakings and the employer's decision on dismissal have been broken.

⁴⁷ This is because their employment contracts should be considered in force. The first reason is that the person whom the employer dismissed just prior to the transfer of undertaking should be considered an employee of the company on the day of the transfer, while the other reason concerns the obligatory nature of protection of employees from dismissal due to the change of employer, making the provision of the Directive confirming such protection unacceptable for derogation at the expense of the employee. ECJ, case C/319–94, Jules Déthier Équipement SA v. Jules Dassy and Sovam SPRL, ECLI:EU:C:1998:99, para. 39–40.

or does not have the necessary knowledge and skills to perform her/his tasks. He can also fire an employee due to disciplinary offences that occurred before the status change. These dismissal examples have certain specificities, reflected in the fact that the transferee must comply with all the benefits and limitations related to the exercising of the right to terminate employment regarding the facts that occurred before the change of employer, as is the case of severance pay and length of the notice period in the case of Serbian law.

Employees also need to be protected against dismissal by the transferee, assuming it has occurred immediately after the transfer of undertaking. Unfortunately, this need has not been recognized in Serbian legislation, while other legal systems deem unfair the dismissal by the transferee if the employee in question did not accept the offer to amend the employment contract which was submitted shortly after the transfer (e.g. offer to transfer to a lower-level job made one day after the transfer).⁴⁸ The employee has the right to refuse the offer of the transferee and it cannot be qualified as genuine and serious grounds for dismissal. Also, European Union law has adopted the view that the employer is held accountable for termination of employment if it occurred because the transfer of undertaking was accompanied by a fundamental change in working conditions to the detriment of the employee.⁴⁹

4. CONCLUDING REMARKS

Legal rules often differ from reality. In fact, employers often have much greater actual impact on the survival of the employment relationship than they are entitled to by law. Although the rules of change of employer formally ensure a greater degree of protection of employee rights, we should not lose sight of the fact that the prerogative to assess whether the requirements for termination of employment have been met and to terminate employment via declaration of will lies in the hands of every employer. The risk of abuse of this prerogative is intensified due to the lack of precise legal provisions regulating change of employer as well as certain (valid) reasons for dismissal (see Kovačević 2016, 580–586). This can deprive the legal guarantee for safeguarding employee rights of its legal substance and separate it from its original purpose. This is prompted by high unemployment rates, the weakness of the trade unions and insufficient capacities of the labour inspection and authorities in charge of effective implementation of protective legislation in the Republic of Serbia.

⁴⁸ Cour de cassation, 14 January 2004, *Bulletin des arrêts des Chambres civiles de la Cour de cassation*, V, No. 9.

⁴⁹ Council Directive 2001/23/EC, Article 4 (2).

Although we can conclude that the substantive and procedural rules related to the preservation of the employment relationship in cases of a transfer of undertakings in Serbian law are solid, abuses of prerogatives by employers in the event of transfer of undertakings have been facilitated due to the content of certain legal provisions on change of employer. First, the definition of the term “change of employer” is not clear at all, as the Labour Act does not provide a definition of it. The adopted term “change of employer” obviously has a broader meaning than “transfer of undertaking” in the sense of Directive 2001/23/EC, even if there are some uncertainties regarding the scope of this expression. The application of the transfer rules in cases of changes of company capital ownership and in certain privatization issues is uncertain. The Labour Act does not regulate the issue of liability for employee claims due before the change of employer, nor is there consistent and uniform case law on this issue. There is very little case law and literature on other aspects of protection of employees in the event of change of employer, where changes related to the employer invoke the application of the rule on transfer. Moreover, Serbian courts usually do not consider CJEU case law as guidance in contested issues.

Serbian law also contains significant uncertainties regarding the preservation of the employment relationship in cases of transfer of undertaking. The Labour Act states the obligation of the transferee to take on all rights and obligations arising from the employment relationships on the date of the change of employer. However, the transfer of the employment contracts depends on the declaration of each employee by a given deadline. The consequences of the omission of the declaration are unclear. Also, there is no specific prohibition of transfer-related dismissal, although it is regarded as implied in the rules on change of employer. The content and details of such a prohibition of dismissal are vague and unsettled. In this regard, employees in Serbia would be able to count on better protection if the aforementioned rules were clearer and more reliable, in order to enable the employees to continue to work for the transferee under the same working conditions and be protected from dismissal exclusively or predominantly motivated by the transfer of undertakings, particularly when termination of employment is initiated shortly before or immediately after the transfer.

REFERENCES

- Andrić, Čedanka. 2017. Protection of Employees’ Rights in the Processes of Companies Restructuring in Serbia: Views from the Trade Unions. 66–72 in *Restructuring of Companies and Protection of Employees’ Rights: Views from the EU, Austria, Serbia and*

- Macedonia*, edited by Ljubinka Kovačević, Mirjana Radović. Belgrade: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Barnard, Catherine. 2012. *EU Employment Law*. 4th ed. Oxford: Oxford University Press.
- Blanpain, Roger. 2012. *Belgium*. The Hague: Wolters Kluwer.
- Blanpain, Roger. 2012a. *European Labour Law*. 13th ed. The Hague – London: Kluwer Law International.
- Brajić, Vlajko. 1974. *Radno pravo u praksi: Priručnik sudske prakse*. Belgrade: Službeni list SFRJ.
- Dragičević, Marija. 2017. Odgovornost za dospelu potraživanja iz radnog odnosa u slučaju promene poslodavca. 335–356 in *Nacionalno i međunarodno pravo – aktuelna pitanja i teme*, edited by Olga Jović-Prlainović. Kosovska Mitrovica: Pravni fakultet Univerziteta u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici.
- European Commission. 2004. *Memorandum on Rights of Workers in Cases of Transfers of Undertakings*. Commission Services' Working Document. Brussels.
- European Commission. 2007. Report on Council Directive 2001/23/EC of 12 March 2001 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses [SEC(2007) 812], COM/2007/0334 fin.
- Freedland, Mark. 2003. *The Personal Employment Contract*. New York: Oxford University Press.
- Gajić, Borivoje. 2016. Solidarna odgovornost i statusna promena privrednog društva. *Bilten Vrhovnog kasacionog suda* 3: 153–174.
- Grgurev, Ivana. 2013. *Croatia*. The Hague: Wolters Kluwer.
- Hartzén, A.-C., Nikolett Hös *et al.* 2008. The Right of the Employee to Refuse to Be Transferred. A Comparative and Theoretical Analysis. EUI Working Paper LAW No. 2008/20. European University Institute, Florence.
- Ivošević, Zoran M., Milan Z. Ivošević. 2006. *Komentar Zakona o radu*. Belgrade: Službeni glasnik.
- Jašarević, Senad. 2014. Radni odnos: Tendencije u svetu i u Srbiji. 299–308 in *Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, edited by Silvija Petrić. Mostar: Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru.
- Jovanović, Aleksandra. 1997. Restrukturiranje preduzeća u tranziciji i svojinska struktura uspostavljena privatizacionim zakonom. 37–48 in *Srbija – Hvatanje koraka. Prilozi projektu „Konstituisanje*

- Srbije kao pravne države*,, edited by Svetislav Taboroši. Belgrade: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Jovanović, Predrag. 2000. Stabilnost radnog odnosa u uslovima tehničko-tehnoloških, organizacionih i drugih promena u procesu rada. *Radno i socijalno pravo* 4: 26–35.
- Kenner, Jeff. 2003. *EU Employment Law: From Rome to Amsterdam and Beyond*. Oxford – Portland, Oregon: Hart Publishing.
- Kountouris, Nicola, and Wanjiru Njoya. 2015. 2001/23/EC: Transfer of Undertakings. 425–432 in *EU Labour Law – A Commentary*, edited by Monika Schlachter. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer.
- Kovács, Erika. 2016. Individual Dismissal Law and the Financial Crisis: An Evaluation of Recent Developments. *European Labour Law Journal* 3: 368–386.
- Kovačević, Ljubinka. 2015. Évolution du concept de la relation de travail dans le droit serbe: d'un concept autogestionnaire authentique à une (ré)affirmation tardive du concept contractuel. *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale* 1: 28–37.
- Kovačević, Ljubinka. 2016. *Valjani razlozi za otkaz ugovora o radu*. Belgrade: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Kovačević, Ljubinka. 2018. Information and Consultation of Employees in the Case of Collective Redundancy and Transfer of Undertakings – (In)Compatibility of Serbian Legislation and Case Law with International and European Standards. 39–68 in *Restructuring of Companies and Their Consequences in Relation to Employees: Conditions, Dilemmas and Challenges in the Laws of the EU, Austria, Macedonia and Serbia*, edited by Todor Kalamatiev. Skopje: St. Cyril and Methodius University – Iustinianus Primus Faculty of Law.
- Laroque, Jean. 1992. Conclusion. *Droit social* 1: 93–94.
- Laulom, Sylvaine. 2014. Dismissal Law under Challenge: New Risks for Workers. *European Labour Law Journal* 3: 231–254.
- Lubarda, Branko. 2004. *Evropsko radno pravo*. Podgorica: CID.
- Martinon, Arnaud. 2005. *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*. Paris: Dalloz.
- McMullen, John. 2007. Some Problems and Themes in the Application in Member States of Directive 2001/23/EC on Transfer of Undertakings. *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 3: 335–374.
- McMullen, John. 2012. Re-structuring and TUPE. *Industrial Law Journal* 3: 358–362.

- O’Cinneide, Colm. 2015. The Right to Work in International Human Rights Law. 99–122 in *The Right to Work: Legal and Philosophical Perspectives*, edited by Virginia Mantouvalou. Oxford: Hart Publishing.
- Pélissier, Jean. 1990. Les restructurations d’entreprises et leur effets sur l’emploi. *Revue internationale de droit comparé* 1: 149–165.
- Pélissier, Jean, Gilles Auzero, and Emmanuel Dockès. 2013. *Droit du travail*. 27th ed. Paris: Dalloz.
- Pélissier, Jean, Alain Supiot, and Antoine Jeammaud. 2002. *Droit du travail*. 21st ed. Paris: Dalloz.
- Pendelton, Andrew. 2016. The Employment Effects of Takeovers. 71–85 in *Takeovers with or without worker voice: workers’ rights under the EU Takeover Bids Directive*, edited by Jan Cremers and Sigurt Vitols. Brussels: ETUI.
- Peskine, Elsa. 2008. *Réseaux d’entreprises et droit du travail*. Paris: L.G.D.J.
- Prassl, Jeremias. 2016. *The Concept of the Employer*. New York: Oxford University Press.
- Radé, Christophe. 2011. *Droit du travail*. 5th ed. Paris: Montchrestien – Lextenso éditions.
- Radović, Mirjana. 2017. Odgovornost sticaoca za obaveze prenosioaca u slučaju prenosa preduzeća. *Pravo i privreda* 4–6: 95–117.
- Radović, Mirjana. 2017a. Odgovornost društva sticaoca za obaveze društva prenosioaca kod statusnih promena podele i izdvajanja. 145–178 in *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije*, edited by Vuk Radović. Belgrade: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Rogovsky, Nikolai, Patrick Ozoux, Daniel Esser, Tory Marpe, and Andrea Broughton. 2005. *Restructuring for Corporate Success. A Socially Sensitive Approach*. Geneva: International Labour Office.
- Samuel, Lenia. 2002. *Droits sociaux fondamentaux: Jurisprudence de la Charte sociale européenne*. 2nd ed. Strasbourg 2002: Editions du Conseil de l’Europe.
- Santoro-Passarelli, Giuseppe. 2007. The Transfer of Undertaking: Striking a Balance Between Individual Workers’ Rights and Business Needs. *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 3: 311–334.
- Senčur Peček, Darja. 2010. Aktualna vprašanja spremembe delodalajca. *Delavci in delodajalci* 2–3: 287–324.

- Senčur Peček, Darja. 2016. Article 75. Sprememba delodajalca. 427–444 in *Zakon o delovnih razmerjih s komentarjem*, edited by Darja Senčur Peček, Nataša Belopavlovič and Miran Kalčič. Ljubljana: GV Založba.
- Smit, Nicola. 2005. A Chronicle of Issues Raised in the Course of Dismissals by the Transferor and/or Transferee in Circumstances Involving the Transfer of an Undertaking. *Industrial Law Journal Jura* 26: 1853–1895.
- Stalno radno telo Socijalno-ekonomskog saveta za ekonomska pitanja [Social and Economic Council of the Republic of Serbia, Permanent Working Body for Economic Issues]. 2011. *Efekti privatizacije u Srbiji*. Belgrade: Socijalno ekonomski savet Republike Srbije – Solidar Suisse/Swiss Labour Assistance SLA –Office in Serbia.
- Šunderić, Borivoje. 1993. Analiza Nacrta zakona o osnovima radnih odnosa sa aspekta njegove tržišnosti. *Radno i socijalno pravo* 3–6: 289301.
- Šunderić, Borivoje. 2002. Radni odnos. *Radno i socijalno pravo* 4–6: 39–54.
- Vasiljević, Mirko. 1999. *Poslovno pravo (Trgovinsko i privredno pravo)*. Belgrade: Savremena administracija.
- Weiss, Manfred. 2013. Job Security: A Challenge for EU Social Policy. 278–289 in *Resocialising Europe in a Time of Crisis*, edited by Nicola Countouris, Mark Freedland. Cambridge: Cambridge University Press.
- Winter, Regine. 2016. RL 2001/23/EG. 1591–1718 in *Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht*, edited by Martin Franzen, Inken Gallner and Hartmut Oetker. München: C.H. Beck.

Article history:

Received: 30. 3. 2019.

Accepted: 30. 5. 2019.

UDK 347.453(497.11)

CERIF: S130

DOI: 10.5937/AnalPF1902133D

Vladimir Dobrić*

Katarina Jovičić**

PRAVNA (NE)SIGURNOST UGOVORA O LIZINGU NEPOKRETNOSTI U SAVREMENOM SRPSKOM PRAVU

Predmet rada je istraživanje pravne nesigurnosti različitih oblika ugovora o lizingu nepokretnosti, koji se javljaju u savremenom srpskom pravu. Primenom pravnodogmatskog i uporednopravnog metoda, autori istražuju karakteristike domaćeg pravnog režima ugovora o lizingu nepokretnosti, sa posebnim naglaskom na pitanje mogućnosti primene pravila drugih, imenovanih ugovora na ugovore o lizingu nepokretnosti. U savremenom srpskom pravu uređen je samo oblik finansijskog lizinga, ali ne i drugi oblici lizinga nepokretnosti. Mogući problemi koji se javljaju zbog nedovoljne pravne regulative očigledni su i u odlukama sudova u sporu koji je proistekao iz jednog od neimenovanih oblika lizinga nepokretnosti u Srbiji. Analiza tih odluka ukazuje na pitanja koja su izvor pravne nesigurnosti ugovora o lizingu nepokretnosti, a koja se mogu prevazići odgovarajućim izmenama i dopunama zakonske regulative. Autori u radu daju predloge za regulisanje ugovora o lizingu nepokretnosti što je, kako zaključuju, najbolji način da se uočeni nedostaci prevaziđu.

Ključne reči: *Ugovor o lizingu. – Lizing nepokretnosti. – Povratni lizing. – Lizing sa pozajmljenim kapitalom. – Lizing nepokretnosti de lege ferenda.*

1. UVOD

Ugovor o lizingu je tipični ugovor trgovinskog prava, koji se razvio u vezi sa nabavkom opreme i drugih investicionih dobara bez ulaganja

* Autor je advokat u advokatskoj kancelariji, „Dobrić“, vladimir.dobric@dobriclaw.rs.

** Autorka je naučni saradnik Instituta za uporedno pravo u Beogradu, k.jovicic@iup.rs.

sopstvenih sredstava i bez stupanja u klasične kreditne odnose. Posebna povoljnost za primaoca lizinga je u tome što on prihoduje poslujući predmetom lizinga i time stvara uslove da iz tog prihoda plaća lizing naknadu. Davalac lizinga, takođe, ima jasan ekonomski interes da učestvuje u tom poslu jer putem lizinga dobija veću naknadu nego što je uložio u stvar koju daje u lizing. U domaćoj praksi je prepoznat potencijal tog pravnog posla i on se često koristi. Prvobitno, njegov predmet je bio ograničen na pokretne stvari (putnička i komercijalna vozila, mašine i opremu), a vremenom se proširio i na nepokretnosti (rezidencijalne, komercijalne, industrijske i poslovne komplekse). Centralno pitanje koje se razmatra u ovom radu jeste lizing nepokretnosti, koji se u domaćoj praksi javlja u više oblika, ali je samo finansijski lizing uređen zakonom, dok su povratni lizing nepokretnosti i lizing nepokretnosti pozajmljenim sredstvima neimenovani ugovori.¹ Pošto te ugovore zaključuju subjekti čiji finansijski, organizacioni i stručni potencijal nije jednak na tržištu, moguće je da jača ugovorna strana, po pravilu davalac lizinga, stipuliše klauzule koje mu daju bolji položaj u ugovoru. Imajući u vidu veliku vrednost pravnog posla koji je tako zaključen, zbog vrednosti nepokretnosti koja se daje pod lizing, neravnomerno raspoređena ugovorna prava i obaveze slabijoj strani mogu naneti nenadoknadivu štetu. Štetu, međutim, može pretrpeti i davalac lizinga, uprkos svim povoljnostima koje je za sebe eventualno uspeo da ugovori, ako primalac lizinga pred sudom dovede u pitanje ugovor odnosno njegove pojedine odredbe kojima se stvara ugovorni disbalans. Naime, sud će, zbog nedostatka posebne regulative, sporni odnos raspraviti na osnovu postojećih pravila za koja oceni da su relevantna u konkretnoj situaciji, što će zavisiti od slučaja do slučaja. U radu se detaljno analizira odluka u jednom predmetu vođenom pred domaćim sudovima, koja adekvatno ilustruje pomenuti problem.

Cilj autora rada je da ukažu na potrebu zakonskog regulisanja neimenovanih oblika lizinga nepokretnosti, i to povratnog lizinga nepokretnosti, kao i lizinga nepokretnosti sa pozajmljenim sredstvima. Ta potreba proizlazi iz zahteva da se zaštiti bitni interes i davaoca i primaoca lizinga da unapred, pre nego što zakluče ugovor o lizingu nepokretnosti, znaju po kojim pravilima će njihovi odnosi u slučaju spora biti rešeni.

2. OSNOVNI OBLICI UGOVORA O LIZINGU I NJIHOVO REGULISANJE U ZEMLJAMA U OKRUŽENJU

Najznačajnije podele ugovora o lizingu su na direktni i indirektni i na finansijski i operativni lizing. Kriterijum prve podele je broj učesnika u pravnom poslu, tako da u direktnom lizingu učestvuju dva, a u indi-

¹ Perović (2003, 52–55) objašnjava razloge koji su zakonodavca opredelili da reguliše samo ugovor o finansijskom lizingu.

rektnom najmanje tri lica. Druga podela lizinga na finansijski i operativni se vrši prema više kriterijuma, među kojima su: dužina roka na koji se zaključuje ugovor, na koga pada rizik oštećenja ili propasti predmeta lizinga, da li je ugovorena opcija otkupa predmeta lizinga prema unapred utvrđenim uslovima i drugi (Vasiljević 2000, 756–758; Spasić 1990, 43–47; Brkić 2014, 280–288). Ugovor o finansijskom lizingu je jedini imenovani oblik lizinga u srpskom pravu. Uređen je Zakonom o finansijskom lizingu, koji ga definiše kao trostrani odnos, čime je izjednačen sa jednom vrstom indirektnog lizinga.²

U zemljama u okruženju pravni posao lizinga detaljnije je uređen i obuhvata više oblika lizinga. Tako, u Zakonu o *leasingu* Republike Hrvatske razlikuju se finansijski od operativnog lizinga prema kriterijumu dužine trajanja ugovora, zavisno od toga da li se plaćanjem lizing naknade nadoknađuje celokupna ili samo deo vrednosti predmeta lizinga, ko snosi troškove amortizacije predmeta lizinga i da li postoji opcija otkupa predmeta lizinga.³ U finansijskom lizingu primalac lizinga plaća naknadu za korišćenje predmeta lizinga koja je veća od nabavne vrednosti, primalac lizinga snosi troškove amortizacije i ima mogućnost da otkupi predmet lizinga prema unapred ugovorenoj ceni koja je manja od tržišne vrednosti predmeta lizinga, odnosno po pravilu jednaka ostatku te vrednosti. U slučaju operativnog lizinga, lizing naknada se plaća za korišćenje predmeta lizinga u ugovorenom roku i manja je od nabavne vrednosti, troškove amortizacije snosi davalac lizinga i nema opcije otkupa predmeta lizinga. Ugovor o finansijskom lizingu se zaključuje na duži, a ugovor o operativnom lizingu na kraći rok. Prema položaju i broju subjekata, razlikuju se direktni (izravni), indirektni (neizravni) i povratni lizing. Direktni lizing je posao u kojem se javljaju samo dva lica, davalac i primalac lizinga, indirektni lizing je višestrani pravni odnos sa najmanje tri lica (prodavac predmeta lizinga, davalac i primalac lizinga) i najmanje dva ugovora (ugovor o nabavci predmeta lizinga i ugovor o lizingu u užem smislu). Povratni lizing je pravni posao u kojem učestvuju dva lica i u tom smislu ima karakteristike direktnog lizinga, s tim što ima elemente i finansijskog lizinga, naročito kada je ugovorena opcija otkupa predmeta lizinga. Ugovorne strane kod povratnog lizinga su primalac lizinga koji prodaje svoju nepokretnost davaocu lizinga, koji je potom daje na korišćenje primaocu lizinga uz obavezu da plaća lizing naknadu.⁴ Isto to je predviđeno i u Zakonu o lizingu Federacije Bosne i Hercegovine.⁵ Zako-

² Zakon o finansijskom lizingu, *Službeni glasnik RS*, br. 55/2003, 61/2005, 31/2011 i 99/2011.

³ Zakon o *leasingu*, *Narodne novine*, br. 141/12.

⁴ Kriterijumi razlikovanja finansijskog od operativnog lizinga, direktnog od indirektnog lizinga, kao i specifičnosti povratnog lizinga u odnosu na finansijski i direktni lizing precizirani su u članu 5 (1) – (7) Zakona o *leasingu*.

⁵ Zakon o lizingu, *Službene novine Federacije BiH*, br. 85/08, 39/00, 65/13 i 104/16.

nom o finansijskom lizingu, faktoringu, otkupu potraživanja, mikrokreditiranju i kreditno-garantnim poslovima detaljno se reguliše i finansijski lizing u Crnoj Gori (na način kao u srpskom pravu), s tim što u crnogorskom zakonodavstvu odranije postoji institut fiducijarnog prenosa prava svojine, pa je posebno regulisan slučaj zloupotrebe prava davaoca lizinga.⁶ Zakon o lizingu Republike Srpske razlikuje finansijski i operativni lizing, zavisno od toga da li se u lizing poslu javlja i isporučilac predmeta lizinga.⁷ U Mađarskoj je lizing uređen Građanskim zakonikom iz 2013. godine (Glava LIX), u kojem se kao kriterijum kvalifikacije finansijskog lizinga predviđa ugovaranje prenosa svojine na predmetu lizinga ili opcije kupovine tog predmeta (Toth 2017; Eichwald 2012, 81).

3. OBLICI UGOVORA O LIZINGU NEPOKRETNOSTI U SRBIJI

3.1. Finansijski i operativni lizing nepokretnosti

Finansijski lizing nepokretnosti je složen pravni posao koji se realizuje zaključenjem dva povezana ugovora: prvi o nabavci nepokretnosti, koji zaključuju davalac lizinga i prodavac nepokretnosti, koji može biti lice koje gradi nepokretnost ili je već ima u svojini, i drugi, ugovor o lizingu u užem smislu, koji zaključuju davalac lizinga i primalac lizinga. Osnovni izvor prava za finansijski lizing nepokretnosti stvari je Zakon o finansijskom lizingu (u daljem tekstu: Zakon), kao *lex specialis*, kao i Zakon o obligacionim odnosima (u daljem tekstu: ZOO), kao opšti propis za ugovorne odnose, koji se uz pomenuti zakon primenjuje kao dopunski propis.⁸ Za određena pitanja, na te ugovore bi se primenjivao i Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga.⁹

Ugovor o isporuci i ugovor o lizingu nepokretnosti u užem smislu međusobno su uslovljeni i povezani jer se prvi zaključuje u vezi sa drugim ugovorom. Kao i Simonović (2009, 82), smatramo da prvi i drugi ugovor u pravnom prometu predstavljaju jedinstvenu pravnu celinu. Nji-

⁶ Zakon o finansijskom lizingu, faktoringu, otkupu potraživanja, mikrokreditiranju i kreditno-garantnim poslovima, *Službeni list Crne Gore*, br. 73/17.

U članu 35 tog zakona propisano je: „U slučaju zloupotrebe prava davaoca lizinga na vraćanje predmeta lizinga, primalac lizinga može pokrenuti postupak za naknadu štete, koja uključuje naročito: naknadu za uznemiravanje mirne državine i prava korišćenja predmeta lizinga, naknadu za izgubljeni prihod koji bi bio ostvaren korišćenjem predmeta lizinga i naknadu za izgubljeno pravo otkupa predmeta lizinga.“

⁷ Zakon o lizingu, *Službeni glasnik RS*, br. 70/07 i 116/11.

⁸ Zakon o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89, *Službeni list SRJ*, br. 31/93 i *Službeni list SCG*, br. 1/2003 – Ustavna povelja.

⁹ Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga, *Službeni glasnik RS*, br. 36/2011 i 139/2014.

hovo pravno jedinstvo se potvrđuje povezanošću u pogledu subjekata i u pogledu kauze, i to tako što se davalac lizinga pojavljuje kao ugovorna strana u oba ugovora, a ugovor o lizingu predstavlja kauzu zaključenja ugovora o finansiranju kupovine predmeta lizinga.¹⁰

Ugovor o finansijskom lizingu nepokretnosti ima sličnosti sa ugovorom o zakupu jer primalac lizinga stiče pravo na korišćenje nepokretnosti u ugovorenom periodu, ali se od njega razlikuje po tome što primalac lizinga putem lizing naknade plaća ne samo naknadu za korišćenje nepokretnosti (zakupninu) već i naknadu za korišćenje novčanih sredstava koja je davalac lizinga angažovao za nabavku ili proizvodnju nepokretnosti.¹¹ Sličan je odnos i između finansijskog lizinga nepokretnosti i ugovora o zajmu, odnosno kreditu, kod kojih se plaća samo kamata kao naknada za upotrebu tuđeg novca, dok se kod ugovora o finansijskom lizingu nepokretnosti, osim naknade za upotrebu novca davaoca lizinga, plaća i naknada za korišćenje nepokretnosti. Primalac lizinga, osim toga, dužan je i da nepokretnost vrati ili otkupi, ako je tako ugovoreno, dok u slučaju ugovora o zajmu, odnosno kreditu, dužnik ima obavezu da vrati pozajmljeni novac. Kombinacijom elemenata različitih imenovanih ugovora stvara se specifičan ugovorni odnos, kojim se štite pravni interes davaoca lizinga nepokretnosti u pogledu ulaganja novca u kupovinu nepokretnosti i pravni interes korisnika lizinga da bez angažovanja sopstvenih sredstava, uz plaćanje ugovorene lizing naknade, ima pravo da u ugovorenom roku koristi predmet lizinga.

Operativni lizing nepokretnosti nije tako čest u praksi već se više koristi za lizing opreme i prevoznih sredstava. Taj oblik lizinga može da se javi kada je davalac lizinga istovremeno i primalac lizinga po ugovoru o finansijskom lizingu nepokretnosti, a u tom slučaju je reč o svojevrsnom podlizingu. Ugovor o operativnom lizingu nepokretnosti ima velike sličnosti sa ugovorom o zakupu, zbog čega se na taj posao analogno primenjuju odredbe ZOO, a pod predviđenim uslovima i Zakona o zaštiti potrošača (u daljem tekstu: ZZP).¹²

¹⁰ Kangas (2009, 69–100) ukazuje na to da specifična priroda posla finansijskog lizinga čini da ugovor o finansijskom lizingu, na isti način kao i ugovor o isporuci, proizvodi izvesne pravne posledice koje predstavljaju odstupanja od pravila o *inter partes* dejstvu ugovora, protežući svoje dejstvo i na treće lice – isporučioca, koji nije strana u tom ugovornom odnosu.

¹¹ Kronke (2011, 27) navodi da se u francuskom pravu smatra da je osnovna funkcija finansijskog lizinga finansiranje transakcije, pošto ukupna vrednost lizing naknade uključuje više nego što je vrednost samog prava korišćenja predmeta lizinga, odnosno obuhvata i deo amortizacije i dobit davaoca lizinga. Wang i Yang (2016, 97–98), analizirajući finansijski lizing nepokretnosti, naglašavaju da je finansijski lizing sličan finansijskoj usluzi koju daje poslovna banka po osnovu hipoteke.

¹² Zakon o zaštiti potrošača, *Službeni glasnik RS*, br. 62/2014, 6/2016 i 44/2018..

3.2. Povratni lizing nepokretnosti

Povratni lizing nepokretnosti se koristi da bi vlasnik nepokretnosti njenom prodajom obezbedio likvidna novčana sredstva za svoje poslovanje, a potom nastavio da koristi istu nepokretnost uz obavezu plaćanja lizing naknade i opciju njenog otkupa na kraju ugovornog perioda.¹³ I taj pravni posao se realizuje zaključenjem dva povezana ugovora: ugovora o prodaji i ugovora o lizingu. Iako je sličnost povratnog lizinga sa finansijskim lizingom očigledna, između njih postoji bitna razlika, a to je da u povratnom lizingu učestvuju dva lica: prodavac, koji je istovremeno primalac lizinga u ugovoru o lizingu, i kupac, koji je istovremeno davalac lizinga u ugovoru o lizingu, dok u pravnom poslu finansijskog lizinga nužno učestvuju tri lica. Najčešći predmet ugovora o povratnom lizingu je upravo nepokretnost, koja se stavlja u funkciju obezbeđenja likvidnog kapitala, uz istovremeno zadržavanje prava na njeno korišćenje.¹⁴

Kao i Mäntysaari (2010, 36), smatramo da se u toj karakteristici povratnog lizinga krije i sličnost sa fiducijarnim prenosom prava svojine radi obezbeđenja kreditnog potraživanja poverioca, što stvara rizik za ugovorne strane u onim pravnim sistemima koji ne omogućavaju taj vid obezbeđenja potraživanja. I za povratni lizing, kao neimenovani ugovor, osnovni formalni izvor prava je ZOO, odnosno ZZP kad su za to ispunjeni predviđeni uslovi.

U slučaju ugovaranja klauzule da primalac lizinga ima pravo da otkupi predmet lizinga, postoji sličnost, s jedne strane, sa klauzulom o zadržavanju prava svojine na prodatoj stvari (*pactum reservati dominii*) koja se primenjuje na prodaju pokretnih stvari (član 540 ZOO) i, s druge strane, sa ugovorom o prodaji sa pravom otkupa regulisanog § 661 i § 664 Srpskog građanskog zakonika, koji se odnosi na prodaju i pokretnih i nepokretnih stvari.¹⁵ Klauzula zadržavanja prava svojine na prodatoj stvari štiti prodavca jer je do momenta isplate cene prodavac vlasnik a kupac držalac stvari. Prodavac uslovno prodaje stvar kupcu, a neisplata cene je

¹³ Laušević (2014, 30) označava ugovor *sale and leaseback* kao povratni lizing. Ugovor *sale and leaseback* se pominje prvi put u vezi sa sudskim slučajem iz 1882. godine (Cary, 1948, 1), dok Organek, Partyka i Scott (1968, 294) primećuju da je taj ugovor dobio značaj tek nakon Drugog svetskog rata. O tome vid. i Hodge (1986, 721–756); McPherson (1949, 482–501) povratni lizing označava i kao „*purchaselease*“, „*leaseback*“, „*net lease*“, „*buy-build-sell-lease*“ i „*lend-lease*“; Wilson (1953, 318–335) i Shurtz (1982, 385–438).

¹⁴ Whitby (2013, 5) navodi da se preko 76% svih *sale and leaseback* ugovora odnosilo na nepokretnosti. Povratni lizing nepokretnosti se, prema Ross, Westerfield i Jaffe (2002, 588), koristi i za obezbeđenje budžetskih sredstava. Oni s tim u vezi navode primer grada Oaklanda u Kaliforniji, koji je prodao zgradu gradske skupštine i još 23 druge nepokretnosti u svojini grada, kako bi obezbedio sredstva za izmirenje obaveza od 150 miliona dolara za određene budžetske rashode, uz istovremeno ugovaranje lizinga istih tih nepokretnosti radi daljeg korišćenja.

¹⁵ Srpski građanski zakonik od 25. marta 1844. godine.

razlog za raskid ugovora i povraćaj stvari. Zadržavanje prava svojine na prodatoj stvari ima funkciju obezbeđenja potraživanja i u tome je sličnost sa povratnim lizingom, gde primalac lizinga prenosi na davaoca lizinga svojину na nepokretnosti radi obezbeđenja plaćanja lizing naknade. Međutim, razlika je očigledna jer klauzula zadržavanja prava svojine služi za obezbeđenje potraživanja prodavca stvari, dok u povratnom lizingu davalac lizinga pribavlja svojину na nepokretnosti i zadržava je sve dok se ne steknu uslovi za otkup radi obezbeđenja potraživanja lizing naknade. U prvom slučaju obezbeđuje se potraživanje prodavca stvari, a u drugom slučaju potraživanje kupca nepokretnosti. Za razliku od zadržavanja prava svojine na prodatoj stvari, kada se ugovara pravo na otkup prodate stvari, nije reč o obezbeđenju potraživanja već o mogućnosti prodavca da pod određenim uslovima ponovo stekne svojину na prodatoj stvari ukoliko vrati kupcu cenu koju je primio. Sličnost postoji u delu vraćanja prava svojine na prodatoj nepokretnosti, s tim što se razlikuju uslovi za ostvarivanje tog prava. U slučaju ugovora o prodaji sa pravom otkupa iz Srpskog građanskog zakonika, prodavac stvari ima obavezu da vrati primljenu cenu, dok u povratnom lizingu, kao i finansijskom lizingu, gde je ta opcija ugovorena, davalac lizinga, kao kupac, ne vraća primljenu cenu primaocu lizinga kao prodavcu. Zbog toga smatramo da nema uslova za analognu primenu pravila o klauzuli zadržavanja prava svojine na prodatoj stvari i pravila iz Srpskog građanskog zakonika o ugovoru o prodaji sa pravom otkupa.

3.3. Lizing nepokretnosti sa pozajmljenim sredstvima

Lizing sa pozajmljenim sredstvima (*leveraged lease, balanced lease, rent-reducing lease, on-equity trading financial leasing*) noviji je modalitet lizinga, koji često ima za predmet nepokretnosti. On se od klasičnog finansijskog lizinga razlikuje po tome što davalac lizinga nabavlja nepokretnost delimično iz sopstvenih sredstava (20–40%), a za razliku koristi sredstva koja putem kredita pribavlja od poslovne banke, osiguravajućeg društva ili investicionog fonda (Wang i Yang, 100–101).¹⁶ Za tu vrstu posla karakteristično je da se iz lizing naknade prvo naplaćuje potraživanje kreditora, tako što davalac lizinga ima obavezu da na kreditora prenese potraživanje po osnovu lizing naknade i da uspostavi zalogu na tom potraživanju. Ukoliko preneti lizing naknada nije dovoljna da se namiri kreditno potraživanje, kreditor može svoje potraživanje od davaoca lizinga naplatiti samo iz cene ostvarene prodajom nepokretnosti. Taj oblik lizinga nepokretnosti posebno je pogodan za velike investicione nepokretnosti, čije finansiranje prevazilazi finansijske mogućnosti davaoca lizinga.¹⁷ Davalac lizinga u od-

¹⁶ Hodge (721–722), kao i Vernimmen *et al.* (2005, 527), smatra da je taj pravni posao, osim *sale and leaseback*, jedan od oblika finansijskog lizinga.

¹⁷ Berk i DeMarzo (2014, 860) konstatuju da se u uporednom pravu javlja više pojava oblika ugovora o lizingu nepokretnosti sa pozajmljenim sredstvima, pa se, na

nosu na kreditora ima položaj sličan kreditoru kod subordiniranih kredita. U domaćem pravu (kao i u pravima susednih zemalja) taj pravni posao nije regulisan, te je on, kao i ostali neimenovani ugovori, u režimu ZOO odnosno ZZP.

4. ANALIZA ODLUKE DOMAĆEG SUDA U SPORU NASTALOM POVODOM NEIMENOVANOG PRAVNOG POSLA LIZINGA NEPOKRETNOSTI

U jednom slučaju ugovorne strane su, u skladu sa načelom slobode ugovaranja, zaključile posao lizinga nepokretnosti koji se realizovao putem tri ugovora.¹⁸ Prvim ugovorom vlasnik nepokretnosti je prodao svoju nepokretnost davaocu lizinga za cenu od oko 6.000.000 CHF, iako je u sudskom sporu sudski veštak procenio da je tržišna vrednost te nepokretnosti preko 9.800.000 CHF. Drugim ugovorom je dogovoren zakup iste nepokretnosti sa ranijim vlasnikom kao zakupcem. Trećim ugovorom, koji je označen kao dopunski ugovor, ista lica su ugovorila da će zakup trajati 144 meseca, te da će prodana nepokretnost služiti kao sredstvo obezbeđenja vraćanja novčanog iznosa, koji je u ugovoru označen kao investicioni trošak (oko 6.000.000 CHF), sa ugovornom kamatom za ceo period od 144 meseca.¹⁹ Zakupodavac je sredstva za obezbeđenje kupovine predmetne nepokretnosti obezbedio po osnovu inostranog zajma od poslovne banke i trošak kamate je uključio u ugovornu kamatu iz predmetnih ugovora. Ugovorne strane su se sporazumele da će zakupac, pod uslovom da uredno plati ukupno ugovoreni iznos, povratiti pravo svojine na predmetnoj nepokretnosti, bez zaključivanja posebnog ugovora o prodaji i plaćanja posebne prodajne cene. Takva ugovorna klauzula je tipična za finansijski, povratni i lizing nepokretnosti sa pozajmljenim sredstvima, što predstavlja odstupanje od pravnog režima prenosa prava svojine u domaćem pravu, gde je uslov punovažnosti prenosa zaključenje ugovora u posebnoj formi.

primer, u slučaju više kreditora zaključuje ugovor o sindiciranom kreditu sa davaocem lizinga. Osim toga, navode oni, u praksi se nekada ugovor o lizingu nepokretnosti realizuje i posredstvom posebno osnovanog privrednog društva.

¹⁸ Razmatrani slučaj ugovora o lizingu nepokretnosti bio je jedan od nekoliko hiljada ugovora koje su davaoci lizinga zaključili sa primaocima lizinga, prema unapred sačinjenom modelu ugovora. Svi ugovori su sastavljeni prema modelu koji je predložio davalac lizinga. Sudovi se nisu bavili pitanjem da li je davalac lizinga predlaganjem tog modela ugovora želeo da prikrije da se bavi odobravanjem kredita, kao bankarskim poslom.

¹⁹ Svi ugovori su zaključeni u pismenoj formi, istog dana, sa različitim datumom overe potpisa u sudu. Prvo su sudski overeni potpisi na drugom (ugovor o zakupu) i trećem (dopunskom) ugovoru, a tek naknadno i potpisi na prvom ugovoru (o prodaji nepokretnosti). Sudovi svoje presude nisu zasnivali na tim okolnostima.

Spor je nastao kada je zakupac pao u docnju sa plaćanjem četiri mesečne rate, nakon čega je zakupodavac raskinuo ugovore. Odmah nakon raskida ugovora nad zakupcem je otvoren stečaj, pa je zakupodavac podneo zahtev za izlučenje nepokretnosti iz stečajne mase zakupca. Istovremeno je prijavio i potraživanje u tom postupku u visini nenaplaćenog potraživanja iz pomenutih ugovora.

Zakupac, sada stečajni dužnik, prihvatio je izlučni zahtev zakupodavca za predmetnu nepokretnost, ali je istovremeno podneo tužbu za utvrđenje ništavosti sva tri ugovora, sa obrazloženjem da je reč o simulovanim poslovima, iza kojih se krije posao obezbeđenja potraživanja uz ugovaranje klauzule *lex commissoria*. Tužbom je traženo od suda da obaveže tuženog da tužiocu preda u svojinu i državinu predmetnu nepokretnost i da vrati ukupno naplaćeni novčani iznos po osnovu takvih ugovora. Stav tuženog je bio da sva tri ugovora treba posmatrati kao jedan povezan poslovni odnos, da je reč o neimenovanom ugovoru, koji je poznat kao prodaja i povratni zakup, te da kao takav predstavlja vrstu operativnog lizinga. Tuženi je naveo da su ugovorne strane mogle da zaključe i ugovor o zajmu uz davanje obezbeđenja, da takav ugovor ne bi bio zabranjen, ali da su se svesno opredelili za ugovore koji su, prema njegovom mišljenju, punovažni i dozvoljeni.²⁰

Sporni odnos je raspravljan u sve tri sudske instance, tako da je delimično usvojen tužbeni zahtev sa utvrđenjem da su sva tri ugovora ništava.²¹ Tuženi je obavezan da tužiocu preda (vrati) nepokretnost u svojini i nesmetanu državinu. Zahtev tužioca da mu tuženi vrati i naplaćene novčane iznose sud je odbio sa obrazloženjem da je prava volja ugovornih strana bila iskazana u disimulovanom ugovoru o zajmu (koji je prikriiven zaključivanjem simulovanih ugovora o prodaji, zakupu i dopunskog ugovora). Sud je takođe ocenio da davanje u svojinu nepokretnosti nije zakonom predviđeno kao način obezbeđenja potraživanja zajmodavca.

Analiziraćemo dve situacije: prvu, hipotetičku, da su ugovori koji su bili predmet sudskog spora ocenjeni kao pravno valjani, i drugu, u skladu sa sudskom odlukom kojom je utvrđena ništavost pomenutih ugovora. U prvoj situaciji zakupodavac, kao davalac lizinga, nakon raskida ugovora, zadržava u svojini nepokretnost koju je kupio za oko 6.000.000 CHF, uz pravo da od zakupca, kao primaoca lizinga, potražuje iznos ugovorenih a nenaplaćenih lizing rata. Na taj način, davalac lizinga u

²⁰ Na ništavost ugovora pozvao se primalac lizinga, imajući u vidu da je bio slabija ugovorna strana, koja je zaključila pomenute ugovore u tekstu kako ih je davalac lizinga predložio.

²¹ Privredni sud u Beogradu 27 P. 1957/13, 12. maj 2015; Privredni apelacioni sud 1. Pž. 4764/15, 21. januar 2016; Vrhovni kasacioni sud Prev. 129/16, 14. jul 2016; Privredni sud u Beogradu 17. P. 692/16, 21. mart 2018 i Privredni apelacioni sud 3 Pž. 3879/18, 5. jul 2018 (sve presude nalaze se u arhivi advokatske kancelarije „Dobrić“).

celini vraća svoju investiciju, odnosno ulaganje u kupovinu predmetne nepokretnosti, sa zaradom po osnovu ugovorne kamate, uz istovremeno zadržavanje same nepokretnosti. Zakupac, odnosno primalac lizinga ima obavezu ne samo da plati sve lizing rate, već gubi i pravo na reotkup nepokretnosti. U tom slučaju, pravna praznina u regulisanju tog vida lizinga nepokretnosti je na štetu primaoca lizinga, uz očiglednu povredu načela jednake vrednosti davanja.

U drugoj situaciji, nakon što je sud utvrdio ništavost predmetnih ugovora i obavezu tuženog, kao davaoca lizinga, da tužiocu, kao primaocu lizinga, preda u svojinu i državinu predmetnu nepokretnost, uspostavljeno je stanje prava svojine na nepokretnosti kao da predmetni ugovori nisu ni zaključeni. Tužilac stiče pravo da povрати nepokretnost, a na tuženom je rizik da li će i u kojoj meri naplatiti dospelo a nenaplaćeno potraživanje po osnovu zajma u stečajnom postupku tužioca, imajući u vidu da nema realno sredstvo obezbeđenja potraživanja. U tom slučaju, pravna praznina u regulisanju tog vida lizinga nepokretnosti je na štetu davaoca lizinga.

U opisanom primeru sve tri sudske instance su stale na stanovište da su zaključivanjem pomenutih ugovora ugovorne strane prikrile pravu nameru da zaključe ugovor o zajmu, vodeći se činjenicom da je tuženi pozajmio novac tužiocu uz obavezu plaćanja kamate a da je tužilac preneo pravo svojine na nepokretnosti na tuženog kao sredstvo obezbeđenja potraživanja tuženog kao zajmodavca. I u drugim pravnim sistemima, koji imaju detaljno normirane sve oblike lizinga nepokretnosti i kriterijume za njihovo razgraničenje od fiducijarnog prenosa prava svojine, sudovi imaju težak zadatak da pravno kvalifikuju konkretan pravni posao. To je posebno slučaj sa povratnim lizingom, gde se, ugovaranjem opcije povraćaja prava svojine sa isplatom ukupne lizing rate, davalac lizinga u odnosu prema primaocu lizinga stavlja u pravni položaj sličan onom koji ima fiducijant u odnosu na fiducijara. U domaćem pravu nisu regulisana pravila o povratnom lizingu niti postoje kriterijumi za razlikovanje povratnog lizinga od fiducijarnog prenosa prava svojine, te sudovi imaju još teži zadatak da daju pravnu ocenu o kom pravnom poslu je reč, što stvara pravnu nesigurnost u prometu.

Opisani slučaj iz sudske prakse dobar je povod za dalju analizu mogućih rizika za pravnu sigurnost ugovornih strana u prometu. Polazeći od činjenice da je spor u konkretnom primeru nastao nakon što je davalac lizinga raskinuo ugovor usled docnje primaoca lizinga sa plaćanjem lizing naknade, postavlja se pitanje da li je na posao koji ima elemente povratnog lizinga nepokretnosti sud mogao analogno da primeni pravila o finansijskom lizingu na osnovu sličnosti između tih ugovora koja se ogleđa u tome što davalac lizinga, u oba slučaja, zadržava pravo svojine na nepokretnosti na osnovu činjenice da je ona kupljena njegovim sredstvima. Sem toga, i u povratnom i u finansijskom lizingu davalac lizinga ima

mogućnost i da potražuje naknadu štete u visini izmakle koristi po osnovu ugovorene a neplaćene lizing naknade, koju bi naplatio po redovnom toku stvari da ugovor nije raskinut krivicom primaoca lizinga.

Smatramo da potvrđan odgovor na to pitanje ne bi bio opravdan ne samo zato što je finansijski lizing trostrani a povratni lizing dvostrani pravni posao, već i zbog toga što davalac finansijskog lizinga nabavlja predmet lizinga po tržišnim uslovima, dok se u slučaju povratnog lizinga, zbog specifične situacije u kojoj se nalazi korisnik lizinga usled akutne potrebe za finansijskim ulaganjem u poslovanje, predmet lizinga, kako ukazuje i Ling (2012, 503), kupuje po pravilu po ceni koja je niža od tržišne.

U slučaju povratnog lizinga može se dosledno primeniti pravilo da raskid ugovora o lizingu u užem smislu ima za posledicu da se raskida i ugovor o prodaji jer su to međusobno uslovljeni ugovori, dok bi automatski raskid ugovora o nabavci nepokretnosti u slučaju finansijskog lizinga i lizinga sa pozajmljenim sredstvima ugrozio pravnu sigurnost trećeg lica koje je prenelo pravo svojine na nepokretnosti na davaoca lizinga. U svetlu tih okolnosti, shodna primena pravila o finansijskom lizingu na rešavanje pravnih posledica raskida ugovora o povratnom lizingu dovela bi davaoca lizinga u poziciju da može da zloupotrebi pravo na raskid ugovora, uz povredu načela jednake vrednosti davanja, bez mogućnosti primaoca lizinga da se takvoj zloupotrebi usprotivi pravnim sredstvima. U povratnom lizingu mogućnost zloupotrebe je izraženija nego u finansijskom lizingu, mada se i u slučaju finansijskog lizinga može postaviti pitanje opravdanosti prava davaoca lizinga da zadrži pravo svojine na nepokretnosti i naplaćeni deo lizing naknade, uz mogućnost da potražuje preostali deo lizing naknade koja se sastoji od neotplaćenog dela glavnice i ugovorne kamate.

De lege ferenda, rešenje bi trebalo tražiti u pravcu prevazilaženja rizika pravne nesigurnosti za slučaj ništavosti ugovora koji čine povratni lizing, tako što bi se normirala pravila o svim oblicima lizinga nepokretnosti, uz omogućavanje primaocu lizinga da ima efikasna pravna sredstva kojim bi sprečio zloupotrebu prava davaoca lizinga na raskid ugovora. Sa tim ciljem bi ugovore o finansijskom lizingu nepokretnosti, povratnom lizingu nepokretnosti i lizingu sa pozajmljenim sredstvima trebalo pravno posmatrati kao složene ugovore, koji se sastoje od povezanih ugovora o nabavci i ugovora o lizingu nepokretnosti u užem smislu. Međusobna vezanost ugovora o lizingu u užem smislu i ugovora o nabavci nepokretnosti značila bi da raskid prvog ugovora ima za posledicu i raskid ugovora o nabavci nepokretnosti u slučaju povratnog lizinga. U slučaju finansijskog i lizinga nepokretnosti sa pozajmljenim sredstvima, međutim, raskid ugovora o lizingu u užem smislu ne bi trebalo da ima za posledicu automatski raskid ugovora o nabavci nepokretnosti već bi pravni položaj davaoca

lizinga trebalo regulisati tako da on ima pravo da prema primaocu lizinga ističe one zahteve koji bi ga doveli u položaj kao da je primalac lizinga ispunio sve ugovorne obaveze. Tako, ako bi davalac lizinga zadržao pravo svojine na kupljenoj nepokretnosti, od primaoca bi mogao da zahteva plaćanje ukupne lizing naknade umanjene za tržišnu vrednost zadržane nepokretnosti, a ako bi od primaoca lizinga naplatio ukupnu lizing naknadu, imao bi obavezu da na njega prenese pravo svojine na predmetnoj nepokretnosti.

5. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Između finansijskog lizinga nepokretnosti, kao imenovanog, i povratnog lizinga nepokretnosti, kao neimenovanog ugovora, postoje sličnosti i razlike. Sličnosti su u tome što je u oba slučaja reč o složenom poslu, koji obuhvata i nabavku (kupovinu) i davanje nepokretnosti u lizing, uz ugovaranje opcije otkupa nepokretnosti sa isplatom ukupne lizing naknade. Razlika je u tome što se u finansijskom lizingu javljaju tri, a u povratnom lizingu nepokretnosti dva učesnika u poslu. Prvi je indirektni, a drugi direktni lizing. Trostranost i dvostranost posla pokazuju suštinski razlog zbog kojeg se u prvom slučaju zaključuje finansijski, a u drugom slučaju povratni lizing nepokretnosti. U prvom slučaju primalac lizinga želi da sredstvima davaoca lizinga nabavi nepokretnost koju nema, koja mu je neophodna za poslovanje, a u drugom slučaju primalac lizinga želi da svoju nepokretnost stavi u funkciju obezbeđenja nedostajućih novčanih sredstava. U prvom slučaju, cilj opcije kupovine nepokretnosti jeste da primalac lizinga stekne ne samo pravo korišćenja već i pravo svojine na nepokretnosti nakon plaćanja ukupne lizing naknade, a u drugom slučaju, cilj opcije otkupa nepokretnosti jeste da primalac lizinga nakon plaćanja ukupne lizing naknade povрати svojinu na toj nepokretnosti. Prema našem shvatanju, to je osnovni razlog što se u uporednom pravu posebno reguliše povratni lizing. Isti razlog postoji i u pogledu lizinga nepokretnosti sa pozajmljenim sredstvima. Razlika u odnosu na ugovore o finansijskom i povratnom lizingu postoji samo u tome što kod lizinga sa pozajmljenim sredstvima davalac lizinga nije jedini kreditor primaoca lizinga, dok je pravni odnos između davaoca i primaoca lizinga isti kao u finansijskom i povratnom lizingu nepokretnosti.

U svim pomenutim oblicima lizinga nepokretnosti postoji opcija prenosa prava svojine na nepokretnosti na korisnika lizinga, za razliku od operativnog lizinga, gde ta opcija ne postoji i gde se mogu shodno primenjivati pravila ugovora o zakupu iz ZOO. Zbog toga, smatramo da bi zakonom trebalo regulisati ne samo finansijski već i povratni lizing nepokretnosti, kao i lizing nepokretnosti sa pozajmljenim sredstvima.

Prema mišljenju autora ovog rada, to je naročito važno za povratni lizing nepokretnosti. Nepostojanje pravila o povratnom lizingu nepovoljno utiče na pravnu sigurnost jer učesnici u poslu nemaju predvidljiva pravila o tome da li je povratni lizing dozvoljeni pravni posao. Smatramo da treba normirati kriterijume za razlikovanje povratnog lizinga nepokretnosti od fiducijarnog prenosa prava svojine.

Buduće normiranje povratnog lizinga i lizinga sa pozajmljenim sredstvima prilika je da se preispitaju i pravila kojima se reguliše finansijski lizing, naročito u svetlu međusobnih odnosa davaoca i primaoca lizinga u slučaju raskida ugovora. U skladu sa načelom savesnosti i zabrane zloupotrebe prava trebalo bi obavezati davaoca lizinga da pre raskida ugovora pokuša da naplati dospele a neplaćene lizing rate putem nekog od ugovorenih sredstava obezbeđenja (menice, zaloga na potraživanju po osnovu zakupnine u slučaju podzakupa i sl.).²² Nema razloga da postoji odredba člana 28 (6) Zakona o finansijskom lizingu, po kojoj primalac lizinga može održati ugovor na snazi ukoliko dâ odgovarajuće obezbeđenje, ako ne postoji obaveza davaoca lizinga da pre raskida ugovora prvo iskoristi postojeća sredstva obezbeđenja. Osim toga, trebalo bi regulisati slučajevne proizvoljnog i diskrecionog postupanja davaoca lizinga prilikom raskida ugovora, u skladu sa pravilom da se ugovor ne može raskinuti zbog neizvršenja neznatnog dela ugovorne obaveze.²³

U interesu pravne sigurnosti učesnika u prometu je da se podaci o svim ugovorima o lizingu nepokretnosti upisuju u registar lizing ugovora, ali i u katastar nepokretnosti radi evidentiranja podataka bitnih za promet nepokretnosti, u skladu sa načelom javnosti upisa.

Nepostojanje pravnog okvira kojim se uređuje pravni režim svih oblika lizinga, posebno povratnog lizinga nepokretnosti i lizinga nepokretnosti sa pozajmljenim sredstvima, stvara neprihvatljiv rizik za učesnike lizinga. To je naročito izraženo u pravnim režimima, kojima pripada i srpsko pravo, koji ne poznaju tzv. fiducijarni prenos prava svojine (*fiducia cum creditore*), odnosno ne pružaju pravnu zaštitu klauzuli *lex commissoria*.

Sve o čemu je bilo reči u ovom radu jasno ukazuje na to da bi zakonsko regulisanje pomenutih pojava oblika lizinga nepokretnosti bitno unapredilo pravnu sigurnost ugovornih strana koje učestvuju u tim pravnim poslovima, a posebno primaoca lizinga.

²² Čl. 12–13 ZOO.

²³ Član 131 ZOO.

LITERATURA (REFERENCES)

- Berk, Johnatan i De Marzo, Peter. 2014. *Corporate finance*. Boston: Pearson.
- Brkić, Alaudin. 2014. Zaštita potrošača kod ugovora o finansijskom leasingu. *Anali Pravnog fakulteta u Zenici* 14: 275–326.
- Cary, William. 1948. Corporate Financing Through the Sale and Lease-Back of Property: Business, Tax, and Policy Considerations. *Harvard Law Review* 62: 1–41.
- Eichwald, Denis. 2012. Financing real estate – concepts and collateralization. 77–100 u *Real estate investmenst in Germany*, ed. Michael Mütze, Thomas Senff, Jutta C. Möller. Berlin, Heidelberg: Springer.
- Hodge, Steven. 1986. Sale-leaseback, a search for economic substance. *Indiana Law Journal* 61: 721–756.
- Kangas, Tanja. 2009. Privity on Contract in Financial Leasing. *Helsinki Law Review* 3: 69–100.
- Kronke, Herbert. 2011. Financial leasing and its unification by UNIDROIT– General report. *Uniform Law Review, Revue de Droit Uniforme* 16: 23–44.
- Laušević, Ljubica. 2014. Povratni lizing – alternativni izvor povećanja obrtnog kapitala preduzeća. *Bankarstvo* br. 1/2014: 30–63.
- Ling, Nur Lesya Firsia Johaimi. 2012. Analysis of factors and the impacts of sale and leaseback. *Procedia – Social and Behavioral Sciences* 36: 502–510.
- Mäntysaari, Peter. 2010. *The Law of corporate finance: General principles and EU law*. Berlin, Heidelberg: Springer.
- McPherson, John. 1949. Some economic and legal aspects of the purchase and lease of real estate by life insurance company. *University of Pennsylvania Law Review* 97: 482–501.
- Organeck, Joel., Partyka Robert i Scott Bruce. 1968. Financing business activity through sale and leaseback of real property – A Comment. *Osgoode Hall Law Journal* 6: 294–304.
- Perović, Jelena. 2003. *Komentar Zakona o finansijskom lizingu*. Beograd: Glosarijum.
- Ross, Steven. Westerfield Randolph. i Jaffe Jeffrey. 2002. *Corporate finance*. 6. ed. New York: Mac Grow Hill/ Irving.
- Shurtz, Nancy. 1982. A Decision model for lease parties in sale leasebacks of real estate. *William and Mary Law Review* 23: 385–438.

- Simonović, Dragoljub. 2009. *Ugovorna čitanka*. Beograd: Službeni glasnik.
- Spasić, Ivanka. 1990. *Ugovor o leasingu*. Beograd: Institut za uporedno pravo u Beogradu.
- Toth Arpad. 2017. *Lease regulation and future trends in Hungary*, (pristupljeno 30. aprila 2019). https://kgk.sze.hu/images/dokumentumok/kautzkiadvany2017/Toth_Kautz_2017.pdf (pristupljeno 2. juna 2019).
- Vasiljević, Mirko. 2000. *Poslovno pravo*. Beograd: Savremena administracija.
- Vernimmen, Pierre. Quiry Pascal, Dallochio Maurizio, Le Fur Yann i Salvi Antonio. 2005. *Corporate finance, Theory & practice*. West Sussex: Willey.
- Wang, Jiazhuo i Yang, Juan. 2016. *Financing without bank loans, new alternatives for funding SMEs in China*. Singapore: Springer.
- Whitby, Ryan. 2013. Market responses to sale and leasebacks. *Real Estate Finance* 29: 1–7.
- Wilson, John. 1953. Sale and lease-back – A Re-Appraisal. *Case Western Reserve Law Review* 4: 318–335.

Vladimir Dobrić

Attorney at Law
Law Office „Dobrić“, Belgrade

Katarina Jovičić, PhD

Research Fellow
Institute of Comparative Law, Belgrade

LEGAL (IN)SECURITY UNDER REAL ESTATE LEASE CONTRACTS IN CONTEMPORARY SERBIAN LAW

Summary

The article focuses on legal insecurity under different forms of real estate lease contracts, present in contemporary Serbian law. Applying dogmatic and comparative legal methods, the authors explore the characteristics of domestic legal regime of real estate lease contracts, with special emphasis on possible application of rules of other nominate contracts to real estate lease contracts. In contemporary Serbian law only real estate financial leases are regulated, while other forms of real estate leases are not. Potential problems stemming from insufficient regulation are also evidenced in court decisions related to disputes originating from one of the innominate forms of real estate leases in Serbia. The analysis of these decisions points to issues causing legal insecurity under real estate lease contracts, which could be overcome through adequate amendments and supplements to the regulations. In this article, the authors propose specific solutions for regulating real estate lease contracts *de lege ferenda*, which the authors conclude are the best approach for overcoming the existing shortcomings.

Key words: *Lease contract. – Real estate lease. – Sale and leaseback. – Leveraged lease. – Real estate lease de lege ferenda.*

Article history:
Received: 25. 11. 2018.
Accepted: 30. 5. 2019.

Dr Boris Begović*

Dimić, Ljubodrag i Nikola Žutić. 2017. *Alojzije Stepinac – država, crkva, nadbiskup (1934–1941)*. Beograd: Filip Višnjić, 455.

Za neke je svetac, za neke – zločinac. Za jedne je junak pred komunističkim sudom, za druge – duhovni pokrovitelj ustaškog genocida nad Srbima. Za vrsne istoričare, poput Ljubodraga Dimića i Nikole Žutića, Alojzije Stepinac je istorijska ličnost i pojava koja, kako pišu, „mora biti objašnjena svojim vremenom“ (str. 7). Ali autori knjige već na samom njenom početku jasno stavljaju do znanja da je „Istorijsko, društveno, političko, versko i kulturno okruženje u kojem pojedinac ostavlja svoj istorijski trag uvek izazov, ali ono nije neizbežnost, nije sudbina, već samo nametnuta mogućnost koja se može prihvatiti ili, uz određenu cenu, odbaciti“ (str. 9). To je knjiga, pre svega, o okruženju u kojem je Alojzije Stepinac donosio odluke, ali i o tome kakav je on čovek bio i kakve je odluke taj čovek doneo. Stoga je i najveći broj poglavlja, od ukupno 17, posvećeno tom okruženju, sagledanom od početka XX veka, pa zaključno sa aprilom 1941. godine, sa formiranjem Nezavisne Države Hrvatske i donošenjem zloglasnih zakonskih odredaba, poput one za odbranu naroda i države. U ta, okruženju posvećena poglavlja, vešto su utkana ona o samom Alojziju Stepincu, o njegovoj mladosti, odrastanju, vaspitanju, vrednosnim sudovima i odlukama koje je donosio. Odlukama o činjenju i nečinjenju. Za koje je, zajedno sa onim kasnijima, ratnim i poratnim, na posleratnom suđenju odlučno rekao: „Moja savjest je čista.“

Okruženje u kome je Alojzije Stepinac donosio odluke počinje da se formira, kako navode autori, krajem XIX veka, u doba kada čak i najkonzervativnije evropske zemlje, poput Austrougarske monarhije, potresaju brojne, nikad ranije viđene promene: sekularizacija društva, prodor liberalizma, jačanje otpora tradiciji konzervativizma, uvođenje političkih sloboda i stidljivo uvođenje demokratije, osvajanje građanskih sloboda, poput slobode štampe, započinjanje javne debate o mnoštvu društvenih

* Autor je redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, *begovic@ius.bg.ac.rs*.

pitanja itd. Ukratko, sve je manja uloga crkve u društvu i, time, sve je manja moć koju poseduje. Na to je papa Leon XIII 1900. godinu proglasio za godinu koju će svi katolički narodi obeležiti manifestacijama odanosti veri. Hrvatski katolici su to znali da učine – leta te godine organizuju Prvi hrvatski katolički kongres. Taj kongres složno glasa i donosi rezolucije, koje nisu ništa drugo do programi klerikalizacije društva i obračuna sa brojnim pošastima njegove sekularizacije, poput „otrovnog duha bezvjerske štampe“. Autori skreću pažnju na to da vrhunac kongresa predstavlja govor Josipa Štadlera, biskupa vrhbosanskog, za koga nema dileme: „Mi smo Hrvati i katolici, i to hoćemo da budemo.“ Pojam hrvatstva se spaja sa rimokatoličkom crkvenom organizacijom – hrvatsko rodoljublje dobija jasnu versku, rimokatoličku dimenziju. Autori ukazuju na to da je rimokatolički klerikalizam tog vremena karakterisao „strah od liberalne države zasnovane na demokratskim načelima i sklone verskoj toleranciji,¹ neprihvatanje ideala o jedinstvu jugoslovenskih naroda, uočljiva netrpeljivost prema svemu novom... i izražena rezervisanost prema mogućnosti da [katolici] egzistiraju izvan granica katoličke države, a posebno u državi u kojoj postoji pravoslavna većina stanovništva“ (str. 26).

Program klerikalizacije hrvatskog društva vrlo se dobro, naglašavaju autori, uklapa u političke programe Eugena Kvaternika i Ante Starčevića, hrvatskih pravaša, koje na početku XX veka baštine Josip Frank i njegova Čista stranka prava. Njihovi politički programi se zasnivaju na ideji hrvatskog državnog prava, a to pravo se prostire svuda gde su Hrvati. Odatle sledi i konačni cilj takvog programa: „zahtev da bude formirana celovita Hrvatska u etničkim i državno-istorijskim granicama; da ta država bude etnički čista Hrvatska; da to bude rimokatolička Hrvatska“ (str. 39). Da ne bi bilo zabune: „Reka Drina bila je u tim planovima granična međa katoličkog Zapada i pravoslavnog Istoka“ (str. 40). Međutim, dok je Drina bila „državna“ granica, ona nije sputavala duhovno jugoslovenstvo Josipa Juraja Štrosmajera, koje se svodilo na nepokolebljivi misionarski rad sa ciljem preverivanja svih pravoslavnih južnih Slovena, uključujući i one istočno od Drine, u katolike.²

Oba ta programa, duhovni i svetovni, ubrzo su se, kako navode autori, suočila sa novim izazovom: jedinstvenom državom južnosloven-

¹ Odbojnost prema verskoj toleranciji hrvatskih katolika ne čudi, budući da je jasno iskazuje poglavar njihove crkve. Papa Pije X u pismu francuskom episkopatu 1910. godine navodi: „Samim tim što se uspostavlja sloboda svih vjera bez razlike, brka se istina sa zabludom i postavljaju se u isti red sa svetom i čistom nevjestom Kristovom (Rimokatolička crkva – prim. prikazivača) heretičke sekte (pravoslavne crkve – prim. prikazivača), pa čak i podla laž židovska“ (str. 26, fn. 32).

² Josip J. Štrosmajer u pismu iz 1886. godine upućenom papskom nunciju u Beču Serafinu Vanuteliju navodi: „Hrvati katolici [su] od Boga predodređeni da kao kvasac cjelokupno tijesto južnih Slovena prožmemo i malo po malo ga k svetom jedinstvu Katoličke crkve privedemo“ (str. 43, fn. 3).

skih naroda, i to sa pravoslavnim Srbinom kao monarhom. A ta nova država bila je izuzetno heterogena: etnički, konfesionalno, ekonomski, socijalno i politički, ne samo u pogledu političkih tradicija i opredeljenja, nego i u pogledu nasleđenih političkih institucija i načina na koji su se donosile političke odluke. Veoma brzo se uspostavila podela na Istok i na Zapad. Da li je to bila podela na zaostali, lenji i „bizantski“ Istok, u čijem društvenom, a naročito političkom životu dominiraju dvoličnost i verolomstvo, i moderni, marljivi i „europski“ Zapad, čijim javnim i političkim životom dominiraju iskreni i časni ljudi od reči? Ta podela je veoma draga hrvatskoj političkoj propagandi tog i ne samo tog vremena i jedan je od osnovnih nalaza hrvatske rodoljubive historiografije, čiji uticaj nije zanemarljiv u savremenoj srpskoj historiografiji. Nasuprot tome, autori argumentovano pokazuju da podela nije išla tom linijom. Naprotiv, jedna od osnovnih podela bila je ona između političkih ideja liberalne, sekularizovane i demokratske, verski tolerantne države, ideja zasnovanih, pre svega, na idejama francuskih prosvetitelja, ideja koje je zastupala većina srpske političke elite, s jedne strane, i ideja klerikalne, neliberalne države, države u kojoj ne samo da država i crkva nisu razdvojene nego su srasle, države u kojoj verska tolerancija nije poželjna već apsolutni primat treba da ima katoličanstvo i u kojoj će Rimokatolička crkva imati upliv u rešavanje svih onih svetovnih pitanja za koje je zainteresovana – vizija koju, doduše, nije podržavala baš celokupna hrvatska politička elita – s druge strane. Dvojna monarhija jeste propala, ali je njen klerikalni duh, očigledno, nastavio da živi.

Nije podela na sekularni Istok i klerikalni Zapad bila jedina podela u okviru dozlaboga heterogene države južnoslovenskih naroda. Međutim, ta je podela, pokazuju autori, izuzetno značajna za razumevanje tog vremena, konteksta u kome se Alojzije Stepinac uspeo do nadbiskupa zagrebačkog, do prvog čoveka Rimokatoličke crkve u Hrvatskoj, i u kome je kao nadbiskup delovao, birajući između različitih puteva koji su mu stajali na raspolaganju. A to je vreme političkih, u dobroj meri ideoloških sukoba, a njihova osnova bila su, obrazlažu autori, neslaganja o položaju (katoličke) crkve u društvu, njenom uplivu u javni život, pre svega u oblasti prosvete i kulture, ali i neslaganja u pogledu osnovnih ustavnih rešenja, kao i razlika u shvatanju slobode vere i njene veze sa slobodom savesti. Dakle, kako navode autori, „pravu pojedinca da veruje u šta želi i da o Bogu misli šta hoće, čime je, po mišljenju klerikalaca, dopuštena laicizacija društva“ (str. 84). Autori detaljno razmatraju kako se u Vidovdanskom ustavu rešava položaj verskih zajednica i ocenjuju da su „Donošenje članova Ustava koji nisu odgovarali Rimokatoličkoj crkvi klerikalci tumačili kao nasrtaj pravoslavlja i liberalizma na katolicizam“ (str. 85).

To je vreme u kome deluje Katolička akcija, pokret koji je obnarodovao papa Pije XI krajem 1922. godine, a koji u Hrvatskoj na svojim plećima nosili „Hrvatski orlovski savez“ i organizacija „Križ“, čiji

su pripadnici sebe maštovito nazivali križarima, koji će, prema rečima hrvatskih biskupa, „u svom naletu pobedonosno kročiti ostvarenju velikih nacрта nove, mlade i božije Hrvatske, u kojoj će imati reč samo Bog i Hrvati“ (str. 139). To je, takođe, vreme u kome se vode rovovske političke borbe povodom zakona o obrazovanju i njegovih rešenja koja se odnose na upliv crkve u prosvetne poslove. To i je vreme dugotrajnih, mučnih i, ispostavilo se, neuspešnih pregovora o sklapanju konkordata, kojem autori posvećuju veliku pažnju, u kojima se, prema njihovom mišljenju, ispostavilo da nije politički izvodljivo da se u multikonfesionalnoj zajednici u kojoj postoje elementarne političke slobode jedna verska zajednica stavlja iznad svih drugih.

To je vreme u kojemu je Alojzije Stepinac donosio ključne odluke. I njegovo činjenje ili nečinjenje u tom vremenu odredilo ga je kao istorijsku ličnost i stvorilo osnovu za njegovo delanje u vremenima koja su tek sledila. Kakav je to bio čovek? Na osnovu činjenica koje su izneli autori, čitalac može zaključiti da je bio slab, neodlučan čovek, nevelike hrabrosti, a svakako bez ikakve harizme, bez elementarne sposobnosti komunikacije sa ljudima. Čovek koji je verni podanik i nemilosrdni nadređeni. Čovek vaspitan na jezuitskom kolegijumu Germanikumumu, pa možda stoga neupitan u pogledu katoličke duhovne i moralne superiornosti, a time i neprijemčiv za svaku ideju verske tolerancije i slobode. Sasvim prirodno, kada smo mi uvek u pravu, a u pravu smo zato što smo superiorni, a superiorni smo zato što smo katolici, oni drugi su, ukoliko se ne slažu sa nama, uvek – grešni.

Možda se karakter Alojzija Stepinca najbolje može sagledati iz njegove kratke i izuzetno neuspešne karijera kao župnika. Kako pišu autori, imenovan je, 1932. godine, za župnika u Samoboru, ali ga župljani nisu prihvatili, pa tu dužnost nije dugo obavljao. Naredne godine se to u još izraženijem obliku ponovilo i župi Sv. Ivana Zeline, gde meštani nisu hteli da puste svog novog župnika u crkvu. Nisu pomogle ni Stepinčeve pretnje kanonskim kaznama župljanima, pa je ubrzo povučen sa tog mesta. Ništa od toga nije zaboravio i samo godinu dana kasnije, kada je već bio postavljen za nadbiskupa-koadjutora, posetio je tu župu da bi im rekao da im sve oprašta. Na tome se nije zadržao: „Ali iako opraštam sve, što je bilo, naglasujem posebice da sam tražio i da ću uvijek tražiti poslušnost poglavarima i neću dopustiti, da itko dira u crkvenu setgu [disciplinu – prim. prikazivača]“ (str. 161 –162). Upravo taj detalj uverljivo svedoči o Stepinčevom karakteru: osvetoljubiv, uskogrud i dvoličan mali čovek, koji snagom ličnog autoriteta nije uspeo da u bilo šta ubedi župljane, dolazi, pošto je postao nadbiskup-koadjutor, u tu malenu župu da se osveti i da im pokaže kolika je on postao vlast, da im nanovo preti, sada sa nadbiskupskog položaja, a sve govoreći o praštanju.

Opravdano je, imajući sve to u vidu, postaviti pitanje: kako to da je Alojzije Stepinac uopšte postao nadbiskup? U katoličkim krugovima u Hrvatskoj još se tada, navode autori, govorilo da je isuviše mlad, da u svom poslu nije imao mnogo iskustva, a sudeći po župskim epizodama, ni pažnje vrednih rezultata. Kako to da je za admirala postavljen neko ko nije uspeo da komanduje ni malenim brodom? Odgovor treba potražiti u 1928. godini, u kojoj je, kako navode autori, započela realizacija ideje tadašnjeg, već ostarelog nadbiskupa zagrebačkog, Antuna Bauera, prvog čoveka Katoličke crkve u Hrvatskoj, da za života sebi izabere naslednika. A o nasledniku su se pitali Hrvatska biskupska konferencija, Vatikan, ali i svetovne vlasti u Beogradu, pre svih tadašnji jugoslovenski monarh. Dok je jedan kandidat odgovarao jednima, drugi su ga odbacivali i obrnuto – jedni su odbacivali kandidata koji je odgovarao drugima. Kompromis je postignut šest godina kasnije, i to tako što je nadbiskup-koadjutor postao čovek sa samo tri i po godine svešteničkog rada – Alojzije Stepinac. Kako je to papskom nunciju obrazložio nadbiskup Bauer, onaj koji ga je predložio: „Evo, to vam je bijeli, neispisani list, tome ne može nitko ništa prigovoriti“ (str. 10).

Metafora neispisanog lista je prilično jasna. Uočavaju je autori, kada navode izveštaj iz tog vremena: „...čovijek kojega su jezuitski odgojitelji svarili i ispekli do maksimuma, a bez vlastite inicijative, bez ličnosti i bez svijesti ali s mnogo pripremnosti da bude svojim nadležnima slijepo pokoran, da povjereni posao povuče s velikim žarom fanatizma. Čovijek povrh toga s manjkavim znanjem, pa i onim teološkim. Upravo zato taj i takav čovijek treba trajno vođe, učitelje i mentore“ (str. 168).

Format tog „neispisanog“ lista, međutim, veoma je dobro određen. Određen je klerikalnim programom zasnovanim na odlukama Prvog hrvatskog katoličkog kongresa iz 1900. godine. Određen je programom Katoličke akcije i dostignućima svih organizacija koje su ga tako zdušno sprovodile. Određen je lagano modifikovanim i ponešto radikalizovanim devetnaestovekovnim političkim programima Kvaternika i Starčevića, zasnovanim na ideji hrvatskog državnog prava na svim područjima na kojima žive Hrvati, nezavisno od toga da li na njima žive i neki drugi narodi. I margine tog lista jasno su definisane. Stepinčevom uskogrudošću, verskom i ljudskom netolerancijom, njegovim fanatizmom i osvetoljubivošću, pa makar prema nepokornim župljanima. A kakva je tek netolerancija prema pravoslavicima i Jevrejima.³

³ Primera radi, u svom dnevniku Alojzije Stepinac piše (12. oktobra 1936) da jugoslovenskom državom vlada „masonerija, odnosno Židovi, jer je masonerija njihovo oružje“, napominjući da „ni Jugoslavija neće imati mira dok se ne riješi ovog prokletog sjemena masonskog, koje se poput šišmiša skriva i iz busje udara Sv. crkvu katoličku najjače uporište naroda i domovine i moralnog poretka“ (str. 370). A o pravoslavlju piše da je „šizma [pravoslavlje – prim. prikazivača] najveće prokletstvo Evrope... Tu nema morala, nema načela, nema istine, nema pravde, nema poštenja“ (str. 399).

I upravo ta kombinacija Bauerovog neispisanog lista i njegovog formata, doduše ni margine ne treba zaboraviti, navodi čitaoca na pomisao da je Alojzije Stepinac jednostavno samo šraf u jednom velikom, dobro podmazanom mehanizmu. Da je format tog lista program koji leti u režimu autopilota i da je za njegov uspješan dolazak na odredište, a to je nezavisna Hrvatska kao *civitas dei*, svejedno ko sedi na pilotskom mestu. Jedino je bitno da taj pilot nikako, zbog svoje savesti, ljudske širine, verske tolerancije ili milosrđa, ne isključi autopilot i preuzme kontrolu u svoje ruke. Oni koji su postavili Alojzija Stepinca na mesto nadbiskupa zagrebačkog od njega to nikako nisu očekivali. A on je potpuno opravdao njihova očekivanja. Naravno, metafora autopilota ne znači da je pilot tog zlokobnog aviona oslobođen odgovornosti. Ne samo da je svojom slobodnom voljom seo na pilotsko mesto, nego mu nije palo na pamet da isključi taj kobni mehanizam.

Dva su uvida ključna za razumevanje ponašanja Alojzija Stepinca na mestu pilota. Jedan se zasniva na njegovom dnevničkom zapisu (17. januar 1940): „Najidealnije bi bilo da se Srbi vrate vjeri svojih otaca, to jest da prignu glave pred namjesnikom Hristom – Svetim Ocem“ (str. 358). Taj iskaz čitalac treba da posmatra u svetlosti teze da Srba nema zapadno od Drine, da su svi pravoslavni na tom području u stvari Hrvati, koji su, pod turskim pritiskom, prevedeni u pravoslavlje, što je dovelo do ulaska „Srpske pravoslavne crkve u hrvatski prostor“ (str. 328).⁴ Kada se ta teza stavi u kontekst geneze rasnih teorija na kojima se zasnivalo zakonodavstvo Nezavisne Države Hrvatske (Bartulin 2014; Mirković 2016, 45–74), onda se dâ zaključiti da je Alojzije Stepinac prihvatio zlokobnu podelu na Srbijance (rasni talog, po jednom od vodećih rasnih ideologa NDH), koji žive istočno od Drine, i ljude koji se privremeno nazivaju Srbi, a u stvari su turskom prisilom pokršteni Hrvati, koje samo treba vratiti u „vjeru njihovih otaca“. Na stranu uverljivost teze da su Osmanlije katolike preverivali u pravoslavlje, a ne u islam, bečka deventaestovekovna podela na Srbe i Srbijance, pri čemu postoji presek skupa, deluje kao benigna pošalica u odnosu na tu zlokobnu tezu, koja je i bila osnova za prisilno pokrštavanje Srba u NDH.

A zlokobnost te Stepinčeve teze samo se pojačava zapisom iz njegovog dnevnika unesenom u avgustu 1940. godine, na koji ukazuju autori: „Iz svega se vidi da se Srbi nisu ni za trenutak opametili i da će na koncu izgubiti sve... A radi svog nemoralna i izopačenosti... drugo nisu ni zaslužili“ (str. 358). U toj belešci su jasni Stepinčevi svetonazori. Oni koji se razlikuju, oni koji imaju druge interes, oni koji misle drugojačije, oni kojima se s nama ne slažu – oni su nemoralni i izopačeni i stoga, naravno,

⁴ Autori se pozivaju na radove objavljene u *Katoličkom tjedniku* br. 10 od 8. marta 1938. Navedene teze su razrađene na skupu klerikalaca održanom 1939. godine na Sveučilištu u Zagrebu.

treba da izgube sve. Nema u Stepinčevom srcu milosrđa za one koji se sa njim i njegovima ne slažu.

Drugi uvid odnosi se na Stepinčeve javno izrečene reči – pozdravni govor princu Pavlu sredinom januara 1940. Godine, u kome je, kako navode autori, aluzijama doduše, istakao da je autoritet Katoličke crkve koja služi Bogu iznad svetovne vlasti i da svako preziranje „njegovih zapovedi, prelaženjem kompetencije i diranjem u tuđa prava, prava crkve ili prava naroda... znači za svakog nosioca vlasti sjeći vlastitu granu na kojoj se drži, rušiti mu temelj koji nosi vlastiti mu presto“ (str. 356). Autori, s pravom navode da je: „ovo bila [ne samo] uvreda kneza namesnika, već i omalovažavanje države... uzurpiranje prava da se u verski mešovitoj državi autoritarno govori u božje ime“ (str. 356). Zasnovano na tom uvidu autora, čitalac ne može da ne primeti šta je neminovni rezultat klerikalizma, ne samo katoličkog i ne samo u Hrvatskoj tog vremena: zahtev za političkim uticajem, za slobodom političkog odlučivanja, bez ikakve političke odgovornosti. Kada se politički dela, onda crkva nije iznad svetovne vlasti, nije iznad politike, već je duboko zaglibljena u nju, naravno „služeći Bogu“, ali kada se postavi pitanje polaganja računa i odgovornosti, onda je ona iznad politike – ona je božanska.

Knjiga se završava razmatranjima događaja iz aprila 1941. godine i Stepinčevog učestvovanja u njima. Zvaničnim susretom sa poglavnikom već osnovane Nezavisne Države Hrvatske 27. aprila te godine i dnevničkom beleškom u kojoj se navodi: „rekao je [poglavnik – prim. prikazivača] da neće biti tolerantan prema srpsko-pravoslavnoj crkvi, jer to za njega nije crkva nego politička organizacija“ (str. 406). A već dan kasnije nadbiskup zagrebački je, kako navode autori, poslanicom pozvao kler na „uzvišeni rad oko čuvanja i unapređenja Nezavisne Države Hrvatske“, naglasivši da „dobro poznaje vođstvo ustaškog pokreta“ (str. 408). Autori oporo konstatuju da to nije bilo iznenađenje. Nije ni čitaocu kome su u knjizi ponudili obilje dokaza o karakteru ličnosti Alojzija Stepinca i prirodni pokreta kome je pripadao, a u određenoj meri i rukovodio.

Knjiga Ljubodraga Dimića i Nikole Žutića pažnje je vredan istoriografski poduhvat. Pisana je jasnim, jezgrovitim stilom, zasnovana je na obilju primarnih i sekundarnih istorijskih izvora, a čitaocu nudi ne samo jasne, nedvosmislene i dobro obrazložene zaključke nego i obilje materijala za naknadna razmišljanja – o istorijskoj ličnosti Alojzija Stepinca i njegovom vremenu, ali i, generalno, o fenomenima netolerancije, isključivosti i beskrupuloznosti, na koje niko nema monopol. U vreme objavljivanja ove knjige još uvek nije izvesno da li će, za katolike blaženi, Alojzije Stepinac biti kanonizovan. Za one koji jednog dana budu donosili tu odluku nalazi ove knjige, dopadalo se to njima ili ne, biće nezaobilazni. Da im „savjest“ zaista bude čista!

LITERATURA (REFERENCES)

- Bartulin, Nevenko. 2014. *The Racial Idea in the Independent State of Croatia: Origins and Theory*. Leiden and Boston: Brill.
- Mirković, Zoran. 2016. Rasno zakonodavstvo u Nezavisnoj Državi Hrvatskoj. 45–74 u *Pravni poredak Nezavisne Države Hrvatske*, ur. Boris Begović, Zoran Mirković. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

Dr Nina Kršljanin*

Čvorović, Zoran. 2018. *Dušanov zakonik u ruskom ogledalu*.
Beograd: Catena mundi, 164.

Iz pera Zorana Čvorovića, docenta na Pravnom fakultetu Univerziteta u Kragujevcu, stigla nam je knjiga na danas retku temu – uporednopravne analize instituta iz srpske i ruske pravne istorije. Mada, na prvi pogled, poređenje prava etnički, verski i istorijski bliskih zemalja predstavlja logičnu temu za istraživanje, ozbiljnijih radova te vrste suštinski nije bilo poslednjih stotina godina. Kako i sam Čvorović primećuje, poslednji autori koji su bili ozbiljno potkovani za takvu analizu – Teodor Taranovski i Aleksandar Solovjev – u svom radu u Jugoslaviji fokusirali su se na istoriju srpskog prava, tek ponegde i uzgred praveći paralele sa pravom Rusije.

U knjizi se propisi Dušanovog zakonika porede sa propisima tri ruska pravna zbornika iz perioda ujedinjene Moskovske države – Sudebnika Ivana III iz 1497, Sudebnika Ivana IV iz 1550, te Sabornog uloženija iz 1649. godine. Hronološku diskrepancu koja ovde naizgled postoji autor umesno objašnjava time da u istraživanjima iz pravne istorije glavnu ulogu igra ne hronologija, već faze razvoja prava koje se porede. Tako upravo u razmatranom periodu – kada su ujedinjene udeone kneževine, a pisano pravo počelo da se uzdiže iznad običajnog, ali pre vesternizacije pod Petrom Velikim – rusko pravo po stepenu svog razvoja, kao i romejskog (vizantijskog) uticaja odgovara onoj fazi u kojoj je bilo pravo nemañjičke Srbije od Milutina do Dušana. Autor ističe i često zanemarivane ili namerno prećutkivane veze između srednjovekovne srpske i ruske države, te uticaj koji je Zakonopravilo Svetog Save – „Krmčija“ – ostvarilo na rusko pravo.

Knjiga ima tri dela, u kojima autor analizira tri kategorije instituta upravljenih na zaštitu tri u srednjem veku najvažnija dobra: vere, države i svojine. U prvom delu, naslovljenom „Zaštita pravoslavlja“, autor poredi kažnjavanje jeretika i propise protiv katoličkog prozelitizma u Dušano-

* Autor je docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, nina.krsljanin@ius.bg.ac.rs.

vom zakoniku sa propisima protiv islamizacije u Sabornom uloženiju (kao i nekim ukazima ruskih careva iz 17. veka), izvodeći poreklo obe grupe propisa iz odredaba protiv preobraćenja hrišćana u judaizam ili islam u Prohironu, odnosno „Zakonu gradskom“ u Zakonopravilu Svetog Save. Na osnovu tog poređenja on izvodi zaključak da se norma o jeretiku iz čl. 10 Dušanovog zakonika odnosi, kao i one iz prethodnih članova, na katolika, a ne na bogumila, te da kažnjavanje popa latinskog za prevođenje pravoslavca u katoličku veru „po Zakonu svetih otaca“ iz čl. 8 Zakonika upućuje na smrtnu kaznu, a ne na duhovnu sankciju ili zabranu zaveštanja i nasleđivanja, kako su smatrali raniji istraživači. Za svoje zaključke autor nalazi i neke dokaze iz prakse, te obrazlaže i kako ti propisi nisu u neskladu sa multikonfesionalnom prirodom srednjovekovnog srpskog carstva, odnosno tolerancijom drugih vera osim državne pravoslavne.

U drugom delu, pod nazivom „Zaštita države“, govori se o obavezi vlastele na vernost vladaru i kažnjavanju izdaje (nevere). Propisi Dušanovog zakonika i uopšte regulativa srpskog prava u toj oblasti porede se sa dugom evolucijom tog instituta u ruskom pravu. Počev od uvođenja prakse davanja zakletvi vernosti u moskovskom pravu, kojom je pri centralizaciji države lagano ukinuto ranije običajno pravo bojara da pređu iz službe jednom udeonom knezu u službu drugom, čime je nastala izdaja kao krivično delo (uz izričit pristanak da u slučaju kršenja zakletve mogu biti kažnjeni izdajnik i njegova porodica), preko propisa oba Sudebnika u kojima se ona kažnjava smrtnom kaznom, stiglo se do strogih propisa Sabornog uloženija o smrtnoj kazni i konfiskaciji imovine, nekažnjivosti ubistva izdajnika, te kažnjavanju i srodnika koji su znali za njegovu nameru a nisu ga prijavili. Iz tog razvojnog toka Čvorović zaključuje da ni odredba Dušanovog zakonika o kažnjavanju srodnika koji žive u istom domaćinstvu zajedno sa učiniocem nevere ne predstavlja, kako je još Taranovski smatrao, sužavanje ranije odgovornosti čitavog roda (jer takve ni u ruskom pravu nikada nije bilo) već samo fiksiranje u zakonu kolektivne imovinske odgovornosti, koja je i inače bila uobičajena s obzirom na kolektivni karakter porodične imovine. On naglašava da i činjenica da je za neveru u Srbiji vlasteli sudio sam car (a ne sud jednakih) svedoči o jakoj centralnoj vlasti i potčinjavanju vlastele vladaru, a da se ni tu ne može govoriti o bilo kakvoj staleškoj povlastici.

Treći i najobimniji deo, „Zaštita svojine“, obuhvata klasična krivična dela protiv imovine, krađu (tatbu) i razbojništvo. Pridajući veliki značaj leksičko-semantičkoj dimenziji kod tih delikata, autor objašnjava da je etimologija reči *tatba* ista kao i latinske *furtum*, te da se oba termina izvorno odnose na prisvajanje tuđe stvari tajno, krišom, što se u slovenskim pravima verovatno smatralo naročito teškim. Međutim, rusko pravo, osim razbojništva, poznaje još jedan delikt koji podrazumeva otvoreno (i, po romejskom shvatanju, nasilno) oduzimanje imovine: grabež, oduzimanje imovine od vršilaca vlasti, državne ili patrimonijalne (u latinskoj

paraleli, *rapina*, nasuprot razbojništvu, *latrocinium*). Ni narativni ni zakonski izvori u Srbiji, po Čvoroviću, ne poznaju takvo delo kao posebno formirano, ali se u Dušanovom zakoniku, naročito u čl. 180, može primetiti začetak njegovog izdvajanja. Pokazujući evoluciju grabeža u ruskom pravu od 11. do 17. veka, autor ukazuje na to da su se kao glavni elementi koji ga određuju izdvojili to što učinioci nisu imali dominantnu nameru sticanja protivpravne imovinske koristi i to što se nisu bavili kriminalnom delatnošću kao zanimanjem. S tim na umu, on nalazi elemente takvog delikta u još pet članova Dušanovog zakonika i pokazuje kako u njima raste element zaštite javnog poretka, a ne samo privatne imovine.

Osim toga, Čvorović ističe da su srednjovekovna Srbija i Rusija, kao i mnoge druge srednjovekovne države, imale iste probleme sa organizovanim kriminalitetom, tj. profesionalnim lopovima i razbojnicima, te da su ih i rešavale na sličan način – uvođenjem opšte istrage u kojoj su, u nedostatku razvijenog državnog aparata, važnu ulogu igrale lokalne zajednice. Još u Sudebniku iz 1497. godine postojao je institut potvrđivanja da je reč o poznatom zločincu zakletvom pet ili šest dobrih ljudi, a u Sudebniku iz 1550. godine status dokaznog sredstva dobila je i opšta istraga lokalnih samoupravnih organa, koja se ubrzo morala sprovoditi barem jednom godišnje, pod pretnjom čak i smrtne kazne za starešine koje bi nemarno vršile tu dužnost. Sve je to veoma slično kolektivnoj odgovornosti sela i vlastelina za slučajeve profesionalne krađe i razbojništva u Dušanovom zakoniku. Zajednički su i daleko strože kažnjavanje profesionalnog nego običnog lopova i mnogi procesni momenti kod gonjenja tih krivičnih dela, a naročito zabrana mirenja u slučaju gonjenja po privatnoj tužbi, odnosno, kasnije, gonjenje po službenoj dužnosti. Čvorović ovde, pomoću paralele sa ruskim pravom, pokazuje da se iza termina *obličenije* srednjovekovnog srpskog prava krije ne samo dokaz hvatanjem učinioca na delu ili sa ukradenom stvari (*licem*) već i ukazivanje na njega kao na profesionalnog zločinca od strane lokalne zajednice, te da greše oni autori koji umesto dva u srednjovekovnom srpskom pravu vide tri oblika krađe i razbojništva. No, autor ukazuje i na razlike između srpskog i ruskog prava u kažnjavanju tih delikata, a naročito na veći značaj koji je rusko pravo, pod romejskim uticajem, u kažnjavanju obične krađe pripisivalo povratu – koji se često dokazivao primenom torture, takođe nepoznate srednjovekovnom srpskom pravu.

Knjiga je pisana pitko, lepim stilom i jezikom. Za svaku pohvalu je težnja autora da razume i rasvetli duh epohe i podneblja o kojem piše, i to ne samo u pravnim pitanjima – kao što se može videti, recimo, u napomeni da nadimak Ivana IV *Grozni* nema u ruskom jeziku isto značenje kao u srpskom. Glavni, direktni cilj ove knjige bio je da se neke nepoznanice u vezi sa Dušanovim zakonikom razjasne poređenjem sa sadržinski bliskim odredbama ruskih pravnih spomenika, koji su bolje očuvani, a naročito je

nesrazmerno više podataka o njihovoj primeni u praksi. Iako se, naravno, takva poređenja ne mogu smatrati konačnim dokazom, a neki od zaključaka koje autor izvodi su smeli i znatno odstupaju od dosadašnjih stavova u nauci, svi su u okvirima mogućeg dobro obrazloženi i utemeljeni, te pružaju dobar materijal za razmišljanje i podstrek za dalja istraživanja. I upravo zbog toga je značaj ove knjige veći od značaja konkretnih tumačenja Dušanovog zakonika koja su u njoj izneta: ona otvara vrata i pokazuje put za daleko širi krug uporednih istraživanja srpskog i ruskog srednjovekovnog prava, gde svakako postoje mogućnosti za sticanje novih saznanja i uvida o pravima obeju zemalja. Možda lagano dolazi vreme da se, sada bez pristrasnih romantičarskih poriva 19. veka, ponovo pojavi disciplina Istorija slovenskih prava – ovoga puta u zrelijem, objektivnijem i pouzdanijem obliku.

Dr Tanasije Marinković*

Pürner, Stefan (ur.). 2016. *Godišnjak za ustavno pravo 2016 Vol. 1*. Beograd: Nemačka fondacija za međunarodnu pravnu saradnju – Dosije studio, 343.

Sloboda izražavanja je ugrađena u temelje demokratskog društva i „jedan je od osnovnih uslova za njegov napredak i za razvoj svakog čoveka. [...] Ona se ne primenjuje samo na ‘informacije’ ili ‘ideje’ koje se primaju s odobravanjem, zato što se smatraju nenapadnim ili je javnost prema njima ravnodušna, nego isto tako i na one koje mogu da uvrede, zapanje i uznemire državu ili neki deo stanovništva. Takvi su zahtevi pluralizma, tolerancije i širine duha bez kojih ne može biti ‘demokratskog društva’.“¹

Tim stavom Evropskog suda za ljudska prava, koga se on dosledno drži od presude *Hendisajd protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (videti Dollé i Ovey 2012, 545–546), rezimiraju se osnovni argumenti za slobodu izražavanja koji su se vekovima kristalisali u političkoj i pravnoj filozofiji i isticali u borbi za istinu, demokratiju i samoostvarenje pojedinaca i grupa. Istorijski posmatrano, sloboda izražavanja se najpre branila argumentom istine, odnosno značajem otvorene rasprave za saznavanje istine (Barendt 2005, 7). Kako je primetio Džon Stjuart Mil (*John Stuart Mill*) (Mill 1991, 21), „prava šteta od gušenja mišljenja jeste u tome što se time potkrada ceo ljudski rod; i potomstvo i savremenici, više oni koji to mišljenje ne dele, nego oni koji ga dele. Ako je mišljenje ispravno, njima se uskraćuje mogućnost da zabludu zamene istinom; a ako je ono pogrešno, gube gotovo podjednaku korist da jasnije upoznaju i življe osete istinu, suočavajući je sa zabludom“. Argument demokratije je verovatno najpoznatiji i najčešće navođeni u prilog slobode izražavanja. Njega nadahnuto zastupa sudija Vrhovnog suda SAD Luis Brendajs (*Louis Brandeis*): „Oni koji su se izborili za našu nezavisnost verovali su da [...] u upravljanju

* Autor je vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, *tanasije.marinkovic@ius.bg.ac.rs*.

¹ *Handyside v. The United Kingdom*, no. 5493/72, 7. 12. 1976, §49.

državom deliberativnost treba da prevlada arbitrarnost. [...] Verovali su da je sloboda mišljenja po sopstvenom nahodjenju i govora po sopstvenom mišljenju neophodna za otkrivanje i širenje političke istine; [...] da je javna rasprava politička obaveza; i da to treba da bude osnovno načelo američke države.² Drugim rečima, „građanima su potrebne precizne informacije da bi izgradili svoje političke stavove i na taj način doprineli procesu kolektivnog odlučivanja. Raspolaganje pravim činjenicama nije ništa manje značajno u politici negoli u drugim oblastima života. U stvari, u meri u kojoj se politika uobičajeno tiče osnovnih interesa i u kojoj su odluke koje se u njoj donose su izuzetno ozbiljne, još je važnije da se obezbedi da građani raspolažu relevantnim informacijama“ (Comella 2006, 86). Konačno, sloboda izražavanja se brani i sa stanovišta njenog značaja za samoostvarenje i napredak pojedinca. Zadiranja u ono što nam je dopušteno da kažemo i pišemo, da čujemo i da vidimo, sputava našu ličnost i njen razvoj. Smatrajući da je individualnost jedan od elemenata ljudskog blagostanja, Mil (1991, 62–82) ukazivao je na to da paternalizam, odnosno svako ograničavanje preduzetništva i samoinicijativnosti ljudi, vodi moralnom i intelektualnom zaostajanju i čini ljude podložnim zavodjenju i manipulaciji.

Uvažavajući značaj slobode izražavanja, prvi broj *Godišnjaka za ustavno pravo (Jahrbuch für Verfassungsrecht)*, koga uređuje i izdaje IRZ – Nemačka fondacija za međunarodnu pravnu saradnju (*Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit*), posvećen je upravo njoj. S obzirom na duge i uspešne stručne veze između IRZ i ustavnih sudova Jugoistočne Evrope, ne iznenađuje to što se u *Godišnjaku* sagledavaju različita i složena pitanja slobode izražavanja upravo iz ustavnosudskog ugla. Okosnicu *Godišnjaka* čine referati sa dve regionalne konferencije, jedna je organizovana u Crnoj Gori na temu „Slobode mišljenja i slobode medija“, a druga u Srbiji na temu „Ustavni sudovi i mediji“. *Godišnjaku* su zatim pridruženi primeri dobre prakse, to jest odabrane odluke ustavnih sudova Bosne i Hercegovine, Crne Gore, Makedonije, Hrvatske i Srbije iz oblasti slobode izražavanja, i odabrana saopštenja za javnost Saveznog ustavnog suda Nemačke.

Prvi, uvodni deo *Godišnjaka za ustavno pravo* ima programski karakter, a potpisuje ga dr Štefan Pirner (*Stefan Pürner*), advokat i rukovodilac Odeljenja IRZ za Bosnu i Hercegovinu, Crnu Goru, Makedoniju i Srbiju. U njemu su izloženi poreklo ideje o *Godišnjaku*, njegov koncept i ideje za budući razvoj.

Drugi deo sadrži referate sudija ustavnih sudova Bosne i Hercegovine (Mate Tadića), Crne Gore (mr Hamdije Šarkinovića), Makedonije (Elene Goševce), Hrvatske (Mate Arlovića) i Srbije (mr Tomislava Stojko-

² *Whitney v. California*, 274 U. S. 357–8 (1927), 378.

vića), izložene na regionalnoj konferenciji „Sloboda mišljenja i sloboda medija“. U njima se ispituje usklađenost unutrašnjeg pravnog okvira i prakse svojih ustavnih sudova, u oblasti slobode izražavanja, sa evropskim pravom ljudskih prava. Odabrani metodološki pristup nije slučajna jer je to pravo, koje se razvija pod okriljem Evropskog suda za ljudska prava, a na osnovu Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, najrazvijeniji nadnacionalni sistem zaštite ljudskih prava, uključujući i oblast slobode izražavanja. U pomenutim zemljama, Konvencija, kao ratifikovani međunarodni ugovor, ima nadzakonsku snagu i njene odredbe se neposredno primenjuju. Štaviše, u Bosni i Hercegovini ona je izričito navedena u Ustavu, što znači da ima ne samo nadzakonsku već i ustavnu snagu; a u Ustavu Srbije se propisuje da se „odredbe o ljudskim i manjinskim prava tumače [...] u korist unapređenja vrednosti demokratskog društva, saglasno važećim međunarodnim standardima ljudskih i manjinskih prava, kao i praksi međunarodnih institucija koje nadziru njihovo sprovođenje“, iz čega proizlazi da je za pojamovno određenje ljudskih prava u Srbiji neophodno poznavati, *inter alia*, i praksu Evropskog suda za ljudska prava.

Otuda svi referati posvećuju dužnju pažnju najvažnijim presudama Evropskog suda u oblasti slobode izražavanja i jurisprudenciji koja se iz njih izrodila. Slede izlaganja o unutrašnjem pravnom okviru slobode mišljenja i slobode medija. Ona potvrđuju svu razgranatost medijskog prava, čije norme se definišu, osim relevantnim odredbama ustava, i različitim zakonima specijalnog (zakon o javnom informisanju, zakon o medijama, zakon o javnim medijskim servisima, zakon o telekomunikacijama) i generalnog karaktera (krivični zakonik, zakon o obligacionim odnosima, zakon o parničnom postupku), kao i onima koji su između te dve kategorije (zakon o pristupu informacijama od javnog značaja, zakon o zaštiti ličnih podataka). Pojedini referati svedoče o izazovima s kojima su se suočile države Jugoistočne Evrope nakon dekriminalizacije klevete (i uvrede), usled čega su donele poseban Zakon o zaštiti od klevete (Bosna i Hercegovina), odnosno Zakon o građanskoj odgovornosti za klevetu i uvredu (Makedonija).

Konačno, referati sadrže i prikaze najznačajnijih odluka pomenutih ustavnih sudova u oblasti slobode mišljenja i slobode medija i presuda Evropskog suda protiv države na koje se odnose. Iz tih prikaza može se zaključiti da se najčešći problemi u praksi javljaju povodom zaštite časti i ugleda, kao pravozaštitnog cilja koji je legitiman osnov ograničenja slobode mišljenja i slobode medija. U tom kontekstu, u gotovo svim pomenutim državama primećuje se da se redovno i ustavno sudstvo suočavaju sa istovetnim poteškoćama u prihvatanju različitog pravnog režima dokazivanja činjenica i vrednosnih sudova o licima i pojavama, s obzirom na doslednu jurisprudenciju Evropskog suda da samo činjenični stavovi

podležu ispitivanju tačnosti. Taj zaključak potvrđuju i odabrane odluke ustavnih sudova sadržane u četvrtom delu *Godišnjaka*, proistekle i iz normativne kontrole i iz postupaka po ustavnim žalbama.

Osim priloga u kojima se obrađuju sloboda mišljenja i sloboda medija iz ustavnosudskog ugla država Jugoistočne Evrope, *Godišnjak za ustavno pravo* sadrži i referat prof. dr Uda Štajnera (*Udo Steiner*), bivšeg sudije Saveznog ustavnog suda Nemačke, pod nazivom „Zaštita slobode mišljenja u Ustavu Savezne Republike Nemačke“. U radu se najpre ukazuje na položaj i značaj slobode mišljenja u ustavnom sistemu Nemačke, a zatim se izlažu činjenično stanje i osnovna pravna pitanja najpoznatijih predmeta Saveznog ustavnog suda Nemačke o toj slobodi: od presude *Lüth* koja se ticala poziva na bojkot režisera koji je nekada, u vreme Trećeg rajha, snimio antisemitski film, preko odlučivanja o osudi novinara koji je nekadašnjeg predsednika bavarske vlade nazvao „prisilnim demokratom“, preispitivanja krivične osude pacifista zbog reči „vojnici su ubice“, sve do presude donete po žalbi povodom zabrane održavanja javnog skupa „Sećanje na Rudolfa Hesa“, zamenika Adolfa Hitlera. Sumarni pogled na praksu Saveznog ustavnog suda Nemačke biće dragocen ne samo uskoj već i široj stručnoj publici jer taj sud gradi jurisprudenciju koja je, kada je reč o vaganju slobode mišljenja, s jedne strane, i zaštite privatnosti, s druge strane, na sredini između francuske i angloameričke tradicije. Naime, francuska je poznata po insistiranju na zaštiti privatnosti, a angloamerička po davanju prednosti slobodi izražavanja. Boljem upoznavanju sa jurisprudencijom Saveznog ustavnog suda Nemačke u oblasti slobode izražavanja doprineće i popis njegovih presuda, sadržan u petom delu *Godišnjaka*.

U trećem delu *Godišnjaka za ustavno pravo* okupljeni su radovi s regionalne konferencije „Ustavni sudovi i mediji“. U pitanju su prilozi dr Ditera Hemiha (*Dieter Hömig*), bivšeg sudije Saveznog ustavnog suda Nemačke, „Ustavni sudovi i mediji“, dr Volkfanga Janiša (*Wolfgang Janisch*), novinara-dopisnika pri Saveznom ustavnom sudu Nemačke, „Savezni ustavni sud i mediji“ i Nine Salomon (*Nina Salomon*), referentkinje za medije Evropskog suda za ljudska prava, „Odnosi s medijima Evropskog suda za ljudska prava“. Ta razmatranja dolaze u trenutku kada smo svedoci učestalih i oštrih kritika u medijima pripadnika pravosudne profesije, kao i kvazisudskih i kvaziistražnih medijskih procesa. Da li se takve pojave mogu okarakterisati kao dobrodošla kritika sudija i sudskih postupaka ili u njima treba videti oblike pritiska ili čak napada na sudstvo i njegovu nezavisnost? Dakle, opravdano se postavlja pitanje odnosa između slobode medija i autoriteta i nepristrasnosti sudstva (videti više u Marinković 2015, 39–59).

Radovi sadržani u *Godišnjaku* nastoje da prevaziđu uočeni jaz i ponekada čak neprijateljske odnose sudova i medija, rukovodeći se sta-

vom da mediji treba da budu spona između sudova i javnosti. S pravom se primećuje da su u demokratskoj državi mediji potrebni ustavnom sudu da bi mogao da bude prihvaćen kao temelj pravne kulture društva – da bi mogao da prodre do svesti građana. Ovo će naročito biti slučaj kada se odlučuje o predmetima koji su osetljivi, bilo politički (finansiranje stranaka, izborni sporovi) bilo društveno (abortus, surogat materinstvo, homoseksualni brakovi).

Otuda se, polazeći od uspešnog iskustva kako Saveznog ustavnog suda Nemačke tako i Evropskog suda za ljudska prava, preporučuje obrazovanje posebne službe za medije ustavnog suda. Njen osnovni zadatak je da sastavlja saopštenja za medije o javnim raspravama suda, da najavljuje donošenje odluka suda, a kada su one donete, da objavljuje njihove sažetke. I, naravno, sve to se mora činiti na jeziku koji je razumljiv široj čitalačkoj publici. Samo na ovaj način, zaključuje se, približavanjem ustavnog suda medijima, javnost može razumeti zbog čega je data odluka doneta i obrazložena na dati način, što je sve preduslov delotvornosti odluka ustavnog suda, odnosno njihovog izvršenja, pa samim time i istinske vladavine prava.

Izlazeći u susret ustavnim sudovima Jugoistočne Evrope, u ovom pogledu, Godišnjak, u petom i šestom delu, donosi primere različitih saopštenja za javnost Saveznog ustavnog suda Nemačke.

Vraćajući se na argumente iznete na početku ovog prikaza, lako se može uočiti na primeru javnog izveštavanja o sudstvu, značaj slobode izražavanja ne samo za učesnike u sporu nego i za društvo uopšte.³ Tako, argument istine pravda slobodu javne kritike sudstva time što ono, kao i druge grane vlasti, i te kako ima koristi od svestrane razmene mišljenja. Naime, deljenju pravde više služe obavешteni učesnici, negoli neznanje, pa sloboda izražavanja može doprineti potpunoj i strogoj proceni informacija u postupku presuđivanja. Čini se da argument istine u ovom kontekstu, kao i u drugim oblastima ljudskog delovanja, naročito uzima u obzir to da i sudije mogu biti nestručne, loše raspoložene ili imati predrasude, te da je apsurdno posmatrati ih kao objektivne i nepogrešive mislioce (tako Addo 2000, 14–16). Nadovezujući se na potencijalnu subjektivnost procesa presuđivanja i podsećajući na to da su i sudije nosioci javnih funkcija, argument demokratije nalaže da njihovi razlozi za odluku budu podvrgnuti pažljivoj kontroli. Osim što doprinosi većoj sudijskoj odgovornosti, kritika sudstva, posmatrano s demokratskog stanovišta, pruža i jednu od retkih mogućnosti javnosti da učestvuje u radu sudske grane vlasti (videti Addo 2000, 4). Konačno, u meri u kojoj sloboda izražavanja doprinosi razvoju i ispunjenosti pojedinca, ovaj argument ima svoj značaj ne samo u smislu pomenutog demokratskog učešća građana u obavljanju

³ O argumentima kojima se brani sloboda izražavanja i njihovoj primeni na kritiku sudstva videti Cram, I. 2002. *A Virtue Less Cloistered – Courts, Speech and Constitutions*, Oxford – Portland – Oregon: Hart Publishing, 6–21.

sudske vlasti nego naročito u pogledu ličnog i profesionalnog ostvarenja pravnih teoretičara i praktičara, kao i novinara koji su se specijalizovali za sudske postupke (videti Addo 2000, 16).

Objavljujući referate o slobodi izražavanja, i posebno praksi ustavnih sudova Jugoistočne Evrope i Savezne Republike Nemačke u vezi sa njom, kao i odnosu ovih sudova prema medijima, Godišnjaka za ustavno pravo se uključuje u borbu za istinu, demokratiju i samoostvarenje pojedinaca i grupa. Tom naporu se mora odati pohvala, i odmah uz nju izraziti i nada da će Godišnjak nastaviti tako da se razvija, jačajući svoj praktični, ali i teorijski uticaj kako u Jugoistočnoj Evropi tako i van njen, i doprinoseći na taj način međunarodnoj pravnoj saradnji.

LITERATURA (REFERENCES)

- Addo, M. K. 2000. Can the Independence of the Judiciary Withstand Criticism? An Introduction to the Criticism of Judges in Europe. *Freedom of Expression and the Criticism of Judges – A comparative study of European legal standards*, urednik M. K. Addo, Aldershot – Burlington: Ashgate.
- Barendt, E. 2005. *Freedom of Speech*. Oxford University Press: Oxford – New York.
- Comella, V. F. 2006. Freedom of Expression in Political Contexts: Some Reflections on the Case Law of the European Court of Human Rights. *Political Rights under Stress in 21st Century Europe*, urednik W. Sadurski. Oxford New York: Oxford University Press.
- Dollé, S., i C. Ovey. 2012. Handyside, 35 years down the road. *Freedom of Expression – Essays in Honour of Nicolas Bratza*, urednici J. Casadevall, E. Myjer, M. O’Boyle i A. Austin. Oisterwijk: Wolg Legal Publishers.
- Marinković, T. 2015. Očuvanje autoriteta i nepristrasnosti sudstva kao osnov ograničenja slobode izražavanja, u *Standardi Evropskog suda za ljudska prava i sporna pravna pitanja u nacionalnoj sudskoj praksi* 1–2: 39–59, priredila Ivana Krstić. Beograd: Savet Evrope.
- Mill, J. S. 1991. On Liberty, u knjizi John Stuart Mill, *On Liberty and Other Essays*, urednik J. Gray, Oxford – New York: Oxford University Press.

Aleksa Nikolić, master*

Brunkhorst, Hauke, Dragica Vujadinović i Tanasija Marinković (eds.). 2017. *European Democracy in Crisis: Politics under Challenge and Social Movements*. The Hague: Eleven International Publishing, 189.

Ekonomska kriza koja se 2008. godine iz Sjedinjenih Američkih Država (SAD) „preselila“ u Evropsku uniju (EU) potvrdila je ono što neuspeli referendum o Ustavu EU već pokazao – da je EU ušla u fazu krize. Sprovedenjem neoliberalnih reformi uspostavljena je nova institucionalna arhitektura EU koja je prouzrokovala veliko nezadovoljstvo građana. Tekuća društveno-ekonomska transformacija ugrozila je demokratski poredak na više načina: izazvala je delegitimizaciju demokratskih institucija, zanemarivanje pluralizma, a na kraju i reakciju nezadovoljnih građana, ali i radikalnih političkih grupacija. Tako do danas postoji raskorak na evropskom nivou između javnog mnjenja i javne volje, s jedne strane, i politikâ koje se sprovode, s druge strane. S tim u vezi, možemo postaviti sledeća pitanja: kakvu Evropu zapravo želimo? Kako da Evropa birokratije opet postane Evropa građana? Kako da ponovo „osvojimo demokratiju“? Odgovore na ta, ali i mnoga druga pitanja možemo pronaći u zborniku *Evropska demokratija u krizi: poreci pod znakom pitanja i društveni pokreti* (*European Democracy in Crisis: Politics under Challenge and Social Movements*) urednika Haukea Brunkhorsta (*Hauke Brunkhorst*), Dragice Vujadinović i Tanasija Marinkovića.

Sâm zbornik je nastao kao rezultat međunarodne konferencije održane u Dubrovniku 2015. godine, na kojoj su učesnici izložili različita gledišta o tome kako prevazići postojeću krizu evropske demokratije. Postojanje velikog broja otvorenih i nerešenih pitanja predstavlja neizmernu vrednost tog zbornika, koji je zaista vredelo čekati.

Već na osnovu letimičnog pogleda na sadržaj zbornika čitalac može da zaključi da je u njegovo sastavljanje uloženo dosta truda i energije,

* Autor je demonstrator Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, *aleksanikolic.pravni@gmail.com*.

naročito imajući u vidu kvalitet sistematizacije ključnih pitanja. Svi radovi su grupisani u dve celine. U celini „Poreci pod znakom pitanja“ („Politics under Challenge“) analiziraju se izazovi pred kojima se nalazi savremena evropska demokratija, dok je druga celina „Društveni pokreti“ („Social Movements“) posvećena ulozi i značaju društvenih snaga u prevazilaženju postojeće krize.

Prvi deo zbornika započinje raspravom Patrisa Kaniveza (*Patrice Canivez*) „Ideja transnacionalne demokratije“ („The Idea of Transnational Democracy“). U uvodu autor ističe složenost pojma transnacionalne demokratije, upoređujući ga sa idealnim tipom nacionalne države. Kanivez ističe dva moguća pogleda na pojam transnacionalne demokratije, prvi, koji označava odnos države i društva, i drugi, u kome se ističe odnos predstavničkog tela i birača. U daljem tekstu, na osnovu analize tri primera, autor ukazuje na specifičnu ulogu države koja može biti: (1) podređena supranacionalnoj strukturi, (2) izjednačena sa supranacionalnim institucijama te (3) iznad takve strukture. Međutim, svaki od ta tri primera u sebi sadrži slabosti, koje autor pažljivo analizira, zaključujući da će se transnacionalna demokratija u budućnosti razvijati kao kombinacija tri pomenuta primera, u svom *sui generis* obliku, koji sam po sebi neće nužno garantovati njen opstanak.

Petar Marković se u svom radu „Kritika teorije EU kao višenarodne vladavine – lekcije iz evro krize“ („Critique of the Theory of the EU as a Democracy – Lessons from Euro Crisis“) bavi pitanjem višenarodne vladavine (*demoi-cracy*) kao alternative nacionalnoj i supranacionalnoj demokratiji. Međutim, taj transnacionalni koncept, koji se zasniva na principima nedominacije i međusobnog priznanja, pokazao je brojne slabosti u kriznom periodu. Depolitizacija i centralizacija jedan su od osnovnih problema tog teorijskog koncepta, zahvaljujući kojem je, kako navodi Marković, omogućena koncentracija vlasti u rukama Evropske komisije, odnosno višenarodna vladavina bez vladavine samog naroda.¹

Naredni prilog „Nova transformacija javne sfere – lekcije iz grčke/ evropske krize“ („The New Transformation of the Public Sphere – Lessons from Greek/European Crisis“) kritički prati problematičnu uzurpaciju konstitutivne moći ljudi putem ekonomskog sistema. Hauke Brunkhorst (*Hauke Brunkhorst*) u tom, kao i u svojim ranijim tekstovima, ističe tamnu stranu tehnokratije iza koje stoje pojedine institucije EU, poput Evropske centralne banke, Evrogrupe, Komisije i Evropskog suda pravde.² Stvaranjem novog, autoritarnog liberalizma, odluke se donose

¹ O značaju demokratske legitimnosti pojedinih evropskih institucija piše i Habermas (*Jürgen Habermas*), koji ukazuje na to da „bez pojedinaca – građana EU, koji će činiti evropski narod, Unija predstavlja samo građevinu na pesku“. Detaljnije videti Habermas (2012, 41–43).

² Interesantno je da i Klaus Ofe (*Claus Offe*) ističe da upravo te institucije imaju najveći uticaj na svakodnevni život ljudi u EU, a da su najdalje od demokratske odgovor-

isključivo u tajnosti birokratskog aparata, čime je marginalizovana snaga Parlamenta. Međutim, autor optimistično zaključuje da su takvom obliku vladavine „odbrojani dani“, navodeći da vladajuće strukture u EU po svaku cenu treba da teže demokratskom legitimitetu.

U članku „Uzroci tekuće krize i izlazi iz nje – pogled iz ugla evropskog socijalnog modela“ („Causes of the Current Crisis and Ways Out – Seen through the Lens of the European Social Model“) Dragica Vujadinović ističe da je neoliberalni zaokret u razvoju liberalnog kapitalizma prouzrokovao trenutnu globalnu krizu, naročito na nivou EU. Nakon istorijskog osvrta na odnos između krize kapitalizma i sistema socijalne zaštite, autorka se bavi uzrocima i razvojem krize, ističući da je trenutno poveravanje vlasti bankama kratkoročno rešenje problema. Međutim, da bi se problemi zaista otklonili, neophodna je korenita ekonomska i politička reforma u EU, smatra Vujadinović.

Tanasije Marinković je u članku „Religija u javnim prostorima – kontroverze u jurisprudenciji Evropskog suda za ljudska prava“ („Religion in Public Spaces – Controversies in the European Court of Human Rights’ Case Law“) najpre ukazao na značaj legitimnosti vlasti, naročito imajući u vidu terorističke napade koji su ugrozili najosnovnije ljudske vrednosti: život i slobodu. U nastavku je posebnu pažnju posvetio proučavanju međusobnog odnosa dve najdominantnije religije na svetu: hrišćanstva i islama, i njihovom (ne)posrednom uticaju na državu. Kao odgovor na rastući multikulturalizam i globalizaciju, Marinković je naveo neophodnost sekularizacije države, ali i etničkog, religijskog i kulturnog pluralizma, naročito imajući u vidu član 9, stav 2 Evropske konvencije o ljudskim pravima.³ Međutim, autor ukazuje i na pojedine protivrečne odluke Evropskog suda za ljudska prava u kojima je Sud primenio dvostruke aršine ignorišući multikulturalizam i religijsku šarolikost, što se neminovno odražava na stabilnost demokratije u Evropi.

Žerar Role (*Gérard Raulet*) „zatvara“ prvi deo zbornika člankom „Neslaganje i priznanje“ („Disagreement and Recognition“). Role ističe značaj politikoloških teorija i debata o pitanju preraspodele i priznanja i istovremeno analizira debatu između Aksela Honeta (*Axel Honneth*) i Nensi Frejzer (*Nancy Fraser*). On se slaže sa tim autorima da redistribuciju i priznavanje ne bi trebalo podeliti na praktičnom nivou i kritički se osvrće na to da upravo ti pojmovi treba da reprodukuju pomenuti dualizam na analitičkom nivou, potiskujući socijalnu nepravdu u kulture nejednakosti i politiku identiteta. Autor takođe iznosi i kritiku multikulturalnih pokušaja da se priznaju kulturne razlike u liberalnodemokratskom poretku, iznoseći svoj stav da razlike treba da budu prihvaćene kao neslaganja o osnovnim vrednostima civilizacije, koje kao takve treba poštovati.

nosti. Videti Offe (2013, 34).

³ O neophodnosti sekularizacije države, ali i o etničkom, religijskom i kulturnom pluralizmu detaljnije videti Petrušić, Krstić i Marinković (2014).

Drugi deo zbornika otvara rad Nenada Dimitrijevića „Odgovor na krizu demokratije – društveni pokreti kao ustanovljavajuća vlast“ („Responding to Crisis of Democracy – Social Movements as Constituent Power“). U uvodu autor konstatuje da su protesti početkom novog milenijuma na Islandu, u Španiji, Portugaliji, Grčkoj, SAD i drugim državama pokazali jednu zajedničku osobinu: radikalno poricanje legitimiteta liberalne, predstavničke demokratije. U nastavku rada, Dimitrijević objašnjava značaj društvenih pokreta, ustanovljavajuće vlasti, ali i krize političke legitimnosti. Kao odgovor na tu krizu, autor izdvaja ulogu društvenih pokreta koji, kritikujući kapitalizam, žele da stvore novi, pravedniji poredak (*Novus ordo saeculorum*) koji bi se zasnivao na neposrednoj demokratiji.⁴ Međutim, Dimitrijević je svestan da je takav koncept „utopijski“ i nudi drugačija rešenja za prevazilaženje postojeće krize.

Štefan Kirste (*Stephan Kirste*) u članku „Opravdanost učešća civilnog društva u Evropi zasnovano na individualnom pravu“ („A Rights-Based Justification of the Participation of Civil Society in Europe“) najpre ističe značaj principa participacije za evropsko kulturno i političko nasleđe, a potom analizira kritiku pojma participativne demokratije. Autor se slaže s tim da su neke od kritika opravdane, međutim, ističe da se značaj participativne demokratije „ogleđa“ u konceptu individualnih prava. U zaključku, Kirste navodi da participacija garantuje proceduralni minimum delotvorne zaštite osnovnih prava i da kao takva ima značaj u izgradnji evropskog identiteta, ali i unapređenju same demokratije u Evropi uopšte.

U članku „Demokratija protiv kapitalizma“ („Democracy against Capitalism“), Hauk Brunkhorst kao da se nadovezuje na tezu Štefana Kirstea kada piše o značaju participativne demokratije u borbi protiv destruktivnih moći neoliberalnog kapitalizma. Alternativa koju nam autor nudi jeste gotovo utopijski projekat demokratskog socijalizma. Svestan njegovih manjkavosti, Brunkhorst izdvaja četiri ključna problema i zaključuje da bi ih potencijalno bilo moguće prevazići jedino demokratski legitimnim, transnacionalnim zakonodavnim strukturama na globalnom i regionalnom nivou, naročito imajući u vidu EU.

U članku „Drugo arapsko proleće i promenjeni kontekst javnog razuma“ („The Second Arab Awakening and the Changing Context of Public Reason“) Dejvid Rasmusen (*David Rasmussen*) bavi se odnosom liberalnog narativa i arapskog proleća, ističući da „arapsko proleće“ ne predstavlja ništa drugo do liberalnu revoluciju, pravdajući takav stav najpre istorijskom analizom, a potom i analizom pojedinih pozitivnopravnih propisa koji su se odatle „izrodili“, poput Ustava Tunisa od 2014. godine.

⁴ Autor je taj koncept preuzeo od Hane Arent (*Hannah Arendt*), koja je smatrala da je pojam slobode suštinski povezan sa pojmom političke jednakosti. Detaljnije vid. Arendt (1973, 31–32).

Analizom pojedinih odredaba tog ustavnog rešenja, opravdano možemo postaviti pitanje: da li je taj ustav retrogradni dokument koji je samo „konzervirao“ postojeće probleme? Međutim, isto tako možemo postaviti i kontrapitanje: da li to onda nužno znači da se „arapskim prolećem“ ništa nije promenilo? Rasmusenov odgovor na drugo pitanje bi bio negativan s obzirom na činjenicu da je „arapsko proleće“ ipak donelo jedan evolutivni iskorak, imajući u vidu da ono nije negiralo postojeći pluralizam već ga je prilagodilo društvenoj stvarnosti.

Zbornik zatvara rad Ane Rajhold (*Anne Reichold*) „Gnev i društvena transformacija – pravilom potkrepljen argument protiv kritike besa Marte Nusbaum“ („Resentment and Societal Transformation – A Rule-Related Argument against Martha Nussbaum’s Critique of Anger“). U uvodnom razmatranju autorka navodi da „gnev“ u budućnosti može da odigra transformativnu ulogu u procesu društvenih i političkih promena. Tu tezu argumentuje tvrdnjom da „gnev ne predstavlja primarno samo emociju već i reaktivni stav na kršenje određenih prava i normi“. U nastavku rada Rajhold analizira rad Marte Nusbaum (*Martha Nussbaum*) „Bes i opraštanje“ („Anger and Forgiveness“) i izražava neslaganje s njenom tezom da je gnev konstitutivno povezan sa željom za osvetom, te stoga nije orijentisan ka budućnosti. Naprotiv, Ana Rajhold smatra da je gnev itekako usmeren ka budućnosti, posebno svojim konstruktivnim upućivanjem na pravila kao razlogom za normativno vrednovanje. Autorka svoje razmatranje zaključuje stavom da artikulisan gnev u sebi nosi veliki potencijal socijalne transformacije društva.

Ostaje nam da zaključimo da je značaj zbornika *European Democracy in Crisis: Politics under Challenge and Social Movements* nesumnjivo veliki s obzirom na to da je on svojim pluralističkim pristupom na jedinstven način ukazao na najspornija pitanja pred kojima se trenutno nalazi EU, poput pitanja kontradiktornosti u garantovanju i ostvarivanju prava. Potom, on je ponovo aktuelizovao pitanje demokratske legitimnosti pojedinih evropskih institucija, naročito imajući u vidu da su preduzete ekonomske reforme sprovedene na štetu građana Evrope. Na kraju, proučavajući neoliberalni odgovor na ekonomsku krizu, pokrenuto je još jedno važno pitanje: pitanje suverenosti. Koje su granice suverenosti? U kojoj meri su sprovedene reforme uticale na sužavanje suverenosti u oblasti ekonomije?

Međutim, ne treba gubiti iz vida da su ambicije tog zbornika pre svega usmerene na pokretanje javne debate, koja je u prethodnom periodu neopravdano izostala. Bez nje se, čini se, neoliberalni pristup nelegitimno „nametnuo“ kao dominantan, ignorišući pritom realne potrebe društva koje se našlo u krizi. S tim u vezi, možemo oceniti da taj zbornik čitaoca neće ostaviti ravnodušnim, imajući u vidu da su tekstovi u njemu istovremeno i provokativni i intelektualno stimulatívni. Multidisciplinar-

ni pristup koji su urednici koristili u uređivanju zbornika zaslužuje sve pohvale, imajući u vidu da je on omogućio da se ta kompleksna tema sagleda iz različitih uglova, ostavljajući čitaocu dovoljno prostora za izvođenje sopstvenih zaključaka. Stoga zbornik predstavlja vrlo važno štivo za razumevanje promena koje su se dogodile u Evropi, kome ćemo se i u budućnosti iznova i iznova vraćati prilikom analize ovog perioda.

LITERATURA (REFERENCES)

- Arendt, Hannah. 1973. *On Revolution*. Harmondsworth: Penguin Books.
- Habermas, Jürgen. 2012. *Ogled o Ustavu Evrope*. Sarajevo: Fondacija Centar za javno pravo.
- Offe, Claus. 2013. Europe Entrapped: Does the European Union Have the Political Capacity to Overcome Its Current Crisis?. 34 u *Identity, Political and Human Rights Culture as Prerequisites of Constitutional Democracy*, eds. Miodrag Jovanović, Dragica Vujadinović. The Hague: Eleven International Publishing.
- Petrušić, Nevena, Ivana Krstić i Tanasije Marinković. 2014. *Komentar zakona o zabrani diskriminacije*. Beograd: Službeni glasnik.

Dr Milan Škulić*

SLOBODAN PEROVIĆ
(1932–2019)

Profesor Perović je rođen 1932. godine, diplomirao je na Pravnom fakultetu u Beogradu 1956, na istom fakultetu doktorirao 1963. godine, na kome je biran u sva univerzitetska zvanja. Matični predmet mu je bilo građansko pravo, posebno obligaciono pravo. Bio je dugogodišnji šef Katedre za građansko pravo i predsednik postdiplomskih studija. Veliki broj doktorskih i magistarskih disertacija rađen je pod njegovim mentorstvom. Profesor Perović je bio i dugogodišnji član i predsednik brojnih univerzitetskih tela, a bio je profesor po pozivu na brojnim pravnim fakultetima u Srbiji i tzv. regionu.

Profesor Perović je bio dugogodišnji predsednik Izbranog suda (arbitraže) Privredne komore Srbije, četiri mandata, ukupno šesnaest godina član zakonodavnoppravne komisije Skupštine Republike Srbije (četiri uzastopna mandata), dugogodišnji arbitar međunarodnih arbitraža, institucionalnih i povremenih arbitraža u oblasti privrednih i trgovinskopravnih odnosa, predsednik Odbora za polaganje pravosudnog ispita Ministarstva pravde Srbije, član i glavni urednik više pravnih časopisa, komentara zakona, edicija i enciklopedija prava, kao i glavni urednik časopisa *Pravni život* od 1980. godine, pa do svoje smrti. Bio je dugogodišnji predsednik Naučnog društva Srbije u četiri mandata (član od 1972. godine, a od 2006. godine član *International Academy of Comparative Law* i član *Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Francaise* (1998), *Correspondant* za Jugoslaviju.

Autor je više knjiga, udžbenika i monografija, naučnih studija i velikog broja radova iz oblasti građanskog prava, komparativnog prava i filozofije prava. Neka od ovih dela objavljena su na francuskom, nemačkom i engleskom jeziku, kao i na mađarskom, poljskom, ruskom,

* Autor je redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, *skulic@ius.bg.ac.rs*.

španskom i kineskom. Posebno se izdvajaju sledeće njegova dela: *Obligaciono pravo*, aktuelni univerzitetski udžbenik, sedam izdanja, *Opšta teorija ugovora*, „Naučna knjiga“ Beograd 1968, *Zabranjeni ugovori u građanskom pravu*, „Službeni list Jugoslavije“, Beograd 1975, *Formalni ugovori u građanskom pravu*, „Naučna knjiga, Beograd 1964, *Retroaktivnost zakona i drugih opštih akata, teorija sukoba zakona u vremenu*, Naučna knjiga, Beograd 1987, *Ugovor kao akt moralne i pravne civilizacije*, Beograd 1993, *Punovažnost ugovora u spoljnoj trgovini*, izdanje Pravnog fakulteta u Beogradu 1977, *Die Kodifikation des Obligationenrechts in Jugoslawien*, Archiv für die civilistische Praxis, Tübingen 1982, Heft 4, *Predgovor Zakona o obligacionim odnosima (1978)*, Službeni list Jugoslavije, *Raskid ugovora zbog promenjenih okolnosti i načelo pravne sigurnosti*, studija objavljena u časopisu *Naučni pregled*, Beograd 1974, *Le rôle des normes non juridiques dans le droit*, XI Congrès internationale de droit comparé, rapports nationaux Yougoslaves, 1982, rad je bio publikovan i saopšten na XI kongresu uporednog prava u Venecueli kao nacionalni referat Jugoslavije, *Kriza pravnog sistema (1987)*, studija saopštena u Jugoslavenskoj akademiji znanosti i umetnosti u Zagrebu, kao i na Pravnom fakultetu u Ljubljani (1987) i na Univerzitetskoj tribini u Beogradu (1989), objavljena je u Zborniku radova „Kriza pravnog sistema“, u izdanju Univerziteta u Beogradu (1990), *Obligacija*, produbljena studija (sedam autorskih tabaka), objavljena u Enciklopediji imovinskog prava u izdanju Službenog lista Jugoslavije (1978), tom II, *L'influence de l'ordre public sur la validité des contrats*, Université de Paris I, Panthéon-Sorbonne et Université de Belgrade, Paris 1982, studija je publikovana i u časopisu *Yugoslav law*, 1982, br. 2, *Les principes et les règles générales de la nouvelle loi Yougoslave sur les Obligations en matière de contrats*, Revue Internationale de droit comparé, Paris, 1979, br. 4, *Pravno filozofske rasprave*, izdanje Službenog lista Jugoslavije, 1995, *Prirodno pravo i sud*, monografija, 1996, str. 130, u izdanju Pravnog fakulteta u Beogradu i Udruženja pravnika Srbije, *Extra-legal factors and legal order universal values and cultural identity*, rad je objavljen u zborniku radova Civil Law Forum for South East Europe, izdanje Nemačke fondacije GTZ, knjiga I, Beograd 2010, uvodni članak, *Objective liability for damage*, objavljen u zborniku radova Civil Law Forum for South East Europe, izdanje Nemačke fondacije GTZ, knjiga I, Beograd 2010.

Izuzetno su značajne *Besede sa Kopaonika*, devetnaest dopunjenih izdanja, str. 1060, izdanje Kopaoničke škole prirodnog prava, Beograd 2017, zbirka uvodnih izlaganja profesora Perovića na godišnjim sesijama Kopaoničke škole prirodnog prava, od 1990. do 2017. godine, kao i *Deklaracija Kopaoničke škole prirodnog prava*, 2002, str. 63, koja sadrži tri dela: Uvod, Opšte odredbe, Katedre Heksagona, što predstavlja sintezu radova profesora Perovića u tridesetogodišnjem opusu Kopaoničke škole

prirodnog prava. Deklaracija je objavljena na šest velikih jezika: engleskom, francuskom, nemačkom, španskom, ruskom i kineskom.

Profesor Perović je stekao dugogodišnje iskustvo u radu određenih zakonodavnih odbora, komisija i saveta, naročito Pravnog saveta Jugoslavije i Zakonodavno-pravne komisije Skupštine Srbije, te je bio član mnogih radnih grupa i komisija za izradu različitih projekata i nacрта zakona. Posebno je značajno što je profesor Perović od novembra 2006. bio predsednik Komisije za izradu Građanskog zakonika Republike Srbije, koji treba da obuhvati klasična područja građanskog prava: ustanove opšteg dela građanskog prava; stvarno pravo sa svojinom kao centralnom ustanovom društvenog i pravnog poretka i pravima izvedenim iz svojine – službenosti, založno (hipotekarno) pravo; obligaciono pravo sa ustanovama ugovora i prouzrokovanja štete kao osnovnih izvora obligacionih odnosa; nasledno pravo sa testamentom i zakonskim naslednim redom kao osnovama za nasleđivanje; porodičnopravni odnosi, a posebno imovinski odnosi, kao i druge izvedene discipline koje su u tesnoj vezi sa klasičnim građanskim pravom, a koje su se u našem pravnom sistemu razvile do stepena mogućnosti njihove kodifikacije.

Profesor Perović je uvek isticao da je Srbija donela svoj Građanski zakonik još 1844. godine koji je bio na snazi punih više od 100 godina – sve do 1946. godine, kada je, zajedno sa svim zakonima Srbije i predratne Jugoslavije, izgubio pravnu snagu pod dejstvom „revolucionarne svesti“, kojom je izvršena abrogacija do tada važećeg celokupnog pravnog sistema. Za taj Građanski zakonik Srbije profesor Perović je isticao da je u ovoj oblasti pravnog sistema izražavao tekovine evropske pravne civilizacije, te da je žalosno što od tog revolucionarnog vremena pa sve do danas Srbija nije izvršila kodifikaciju u vidu opšteg Građanskog zakonika, iako je u prvoj polovini 19. veka bila jedna od prvih evropskih država koja je imala svoj Građanski zakonik, pa se u tom pogledu danas nalazi u docnji u odnosu na druge zemlje evropske familije prava.

Bio je predsednik Saveza Udruženja pravnika Srbije i Republike Srpske, a ranije predsednik Udruženja pravnika Jugoslavije. Osnivač je Kopaoničke škole prirodnog prava, koja je od 2005. pod pokroviteljstvom UNESCO-a. Bio je predsednik Suda Srbije i Crne Gore od njegovog osnivanja 2004. godine pa do prestanka Državne zajednice Srbija i Crna Gora, član nekoliko akademija nauka i umetnosti: slovenačke, crnogorske, Republike Srpske, makedonske, a odnedavno i Ruske akademije prirodnih nauka. Nosilac je ordena Karađorđeve zvezde i brojnih povelja i priznanja.

Nakon nabranjanja samo delića onoga što je profesor Perović bio, vredi istaći i šta *nikada nije bio*. Nikada nije bio član nijedne političke partije. Danas kada, nažalost, mnogi sve što jesu duguju „preletima“ iz partije u partiju, ovaj podatak ima posebnu težinu.

Veoma lepe i dalekosežne *misli* je profesor Perović godinama upućivao stotinama učesnika Kopaoničke škole prirodnog prava. Profesor Perović je na dostojanstven način, koristeći sjajne ilustrativne primere, objašnjavao značaj *razuma* za pravo, ističući da u osobenoj borbi između čulnosti i racionalnosti, kada je reč o pravu, racionalnost mora odneti prevagu jer samo tada *pravo ostaje pravo* i samo tada snaga prava pobeđuje nepravu. Sjajno je profesor Perović modifikovao onu poznatu Paskalovu misao o čoveku koji je jedna *trska*, ali *trska koja misli*, tako što ju je veoma efektno povezao sa mislima velikog Njegoša o *jednoj slamci među vihorove, ali slamci koja misli*.

Kada je reč o Kopaoničkoj školi prirodnog prava, koju je osnovao i više od tri decenije vodio profesor Perović, utemeljenoj na *heksagonu prirodnog prava*, opšte teme tog velikog skupa, u čijem je formulisanju uloga prof. Perovića bila ključna, sve za sebe govore... navešću samo neke od tih tema: *Pravda i postojeće pravo, Sud i pravo, Moć i nemoć prava, Kultura i snaga zakona, Pravo i svetski poredak, Pravo i vreme, Pravo i prostor, Pravo i moral, Pravo i sloboda, Pravo i dostojanstvo, Pravo i načelo savesnosti i poštenja, Pravo i zapovest razuma...* Ovo su bile velike teme o kojima je sjajno govorio jedan veliki profesor i veliki čovek.

Profesor Perović je svojim radovima i svojim izlaganjima jasno ukazivao na činjenicu da pravo nisu samo norme i jezik norme već mnogo više od toga... To znači da je profesor Perović sjajno objašnjavao da se bez osećaja za pravdu i pravičnost i bez davanja prevage razumu ne može pravilno ni shvatiti niti interpretirati pravna norma. U tome se krije ogromna razlika između *dve kategorije pravnika* – pravog i dobrog pravnika, koji poznaje suštinu prava, i pravnika „zanatlije“, koji je često u praksi samo bleđa „kopija“ i „imitacija“ pravnika... Hvala profesoru Peroviću što je kod nas usadio ideju da suštinsko pravo ne može postojati i imati smisla bez pravde.

Čuveni kineski mislilac Lao Ce govorio je da i put od hiljadu milja počinje prvim korakom, a prvi korak je *misao*... Prof. Perović je svojim mislima uspeo da mnoge pravnike stimuliše na prvi korak, a mnogi od njih su potom nastavili da koračaju i daleko stigli na svom putu.

U isticanju značaja razuma za pravo profesor Perović ipak nije isključio i značaj osećaja i osećanja, koji nisu uvek racionalni. I tu se možemo podsetiti Paskala, koji je smatrao da su „dve preteranosti: isključiti razum i priznati samo razum“, te isticao da „istinu saznajemo ne samo razumom nego i srcem“. Kada je reč o takvom načinu saznanja istine, treba se setiti da je profesor Perović ostavio mnogo pisanih radova iza sebe, a davno je rečeno i da *olovka piše srcem*.

Izuzetno su vredne misli profesora Perovića kojima je ukazivao na veliku nepravdu, ali i *vrhunsko nepravu*, koji su učinjeni prema našoj ze-

mlji i našem narodu. Sjajno je objasnio da bombardovanje *osiromašenim uranijumom* suštinski proizlazi iz osiromašenih umova moralno osiromašene civilizacije i njene jadne osiromašene kulture.

Misao o osiromašenom *uranijumu osiromašenih umova* sjajno se nadovezuje na onu poznatu lepu misao Njegoša koji je rekao – *Kome zakon leži u topuzu, tragovi mu smrde nečovještvom*, a profesor Perović je u mnogo navrata odlično objasnio da topuz može biti i „topuz (ne)prava“, tako da i tragovi takvih „nepravnik“ smrde nečovještvom.

Uzvišena je i jedna tužna misao profesora Perovića kada je ukazivao na to da je danas *najteža bolest* u svetu *bolest gladi*. I ta strašna bolest, po svemu sudeći, kao i bombardovanje osiromašenim uranijumom, proizlazi iz delovanja osiromašenih umova.

Profesor Perović je bio sjajan primer da ono poznato – *malo rukah, malena i snaga*, ne mora baš uvek biti tako, pa je tako profesor Perović svojim delom, brojem svojih knjiga i drugih radova, Prednactom Građanskog zakonika, ali i svojim velikim predavanjima i govorima, pokazao da se nekada i sa malo „ruka“ može postići mnogo.

Živeće delo ovog velikog profesora. Neka je večna slava profesoru Peroviću, kojim će se uvek ponositi Udruženje pravnik Srbije i Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

UPUTSTVO ZA AUTORE

Anali Pravnog fakulteta u Beogradu objavljuju tekstove na srpskom i engleskom jeziku.

Autori zadržavaju autorsko pravo na svome delu. Međutim, uslov za objavljivanje u *Analima Pravnog fakulteta* jeste da autori izdavaču dozvole objavljivanje dela, da garantuju pravo da *Anali* budu navedeni kao izvorni izdavač u slučaju ponovnog objavljivanja i da neisključivo ustupe ovlašćenje na umnožavanje te ovlašćenje da se tekst učini dostupnim javnosti i da se distribuira u svim oblicima i medijima. Objavljeni tekstovi distribuiraju se pod uslovima licence „Creative Commons Attribution 4.0 International License (CC BY)“.

Predajom teksta, autor izjavljuje da tekst nije ni objavljen ni prihvaćen za objavljivanje te da neće biti predat za objavljivanje u bilo kom drugom mediju. Autor takođe izjavljuje da je nosilac autorskog prava, da je obavešten o pravima trećih lica i da je ispunio zahteve koji proizlaze iz tih prava.

Prijem svih tekstova biće potvrđen putem elektronske pošte. Redakcija će razmotriti podobnost svih radova da budu podvrgnuti postupku recenziranja. Podobni tekstovi šalju se na dvostruku anonimnu recenziju.

Za više informacija o uredničkoj politici *Anala Pravnog fakulteta u Beogradu* videti: <http://ojs.ius.bg.ac.rs/index.php/anali/about/editorialPolicies#openAccessPolicy>.

Molimo vas da pratite sledeća uputstva ako želite da predate svoj rad *Analima Pravnog fakulteta u Beogradu*.

Rukopis treba da bude uređen na sledeći način:

1. naslovna strana,
2. apstrakt i ključne reči,
3. rukopis i spisak literature,
4. dodaci, tabele i slike.

1. NASLOVNA STRANA

Naslovna strana rukopisa treba da sadrži sledeće podatke:

- naslov teksta,
- ime, prezime i afilijaciju svih autora,
- punu adresu za korespondenciju, uključujući broj telefona i adresu elektronske pošte. Ako je tekst koautorski, molimo vas da dostavite tražene podatke za svakog autora.

2. APSTRAKT I KLJUČNE REČI

Tekstu prethodi apstrakt koji je strogo ograničen na 150 reči. Apstrakt ne sme da sadrži neodređene skraćenice ili reference.

Molimo vas da navedete pet ključnih reči koje su prikladne za indeksiranje.

Radovi na srpskom jeziku treba da sadrže apstrakt i ključne reči i na srpskom i na engleskom jeziku. U tom slučaju, apstrakt i ključne reči na engleskom jeziku treba da se nalaze iza spiska literature.

3. RUKOPIS I SPISAK LITERATURE

Zbog anonimnog recenziranja, imena autora i njihove afilijacije ne treba navoditi na stranicama rukopisa.

Tekstovi moraju da budu napisani u sledećem formatu:

- veličina stranice: A4,
- margine: 2,5 cm,
- font: Times New Roman,
- razmak između redova u glavnom tekstu: 1,5,
- razmak između redova u fusnotama: Easy,
- veličina slova u glavnom tekstu: 12 pt,

- veličina slova u fusnotama: 10 pt,
- numeracija stranica: arapski broj u donjem desnom uglu stranice.

Druge autore treba navoditi po imenu i prezimenu kada se prvi put pominju (Petar Petrović), a zatim samo po prezimenu (Petrović). Ne treba navoditi „profesor“, „dr“, „g.“ niti bilo kakve titule.

Svaka slika i tabela mora da bude pomenuta u tekstu po redosledu po kojem se pojavljuje. Sve slike i tabele moraju da budu pomenute u tekstu.

Sve akronime treba objasniti prilikom prvog korišćenja, a zatim se navode velikim slovima.

Evropska unija – EU,

The United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL

Brojevi od jedan do devet pišu se slovima, veći brojevi pišu se ciframa. Datumi se pišu na sledeći način: 1. januar 2012; 2011–2012; tokom tridesetih godina 20. veka.

Fusnote se koriste za objašnjenja, a ne za navođenje literature. Prosto navođenje mora da bude u glavnom tekstu, sa izuzetkom zakona i sudskih odluka.

Podnaslove treba pisati na sledeći način:

1. VELIKA SLOVA

1.1. Prvo slovo veliko

1.1.1 Prvo slovo veliko kurziv

Citiranje

Svi citati, u tekstu i fusnotama, treba da budu napisani na sledeći način: autor/godina/broj strane ili više strana.

Poželjno je da u citatima u tekstu bude naveden podatak o broju strane na kojoj se nalazi deo dela koje se citira.

Isto tako i/Isto/Kao i Konstantinović (1969, 125–127);

Prema Bartoš (1959, 89, fn. 100) – *tamo gde je fusnota 100 na 89. strani;*

Kao što je predložio Bartoš (1959, 88 i fn. 98) – *tamo gde fusnota 98 nije na 88. strani.*

Pre broja strane ne treba stavljati oznaku „str.“, „p.“, „f.“ ili slično.

Izuzetno, tamo gde je to prikladno, autori mogu da koriste citate u tekstu bez navođenja broja strane dela koja se citira. U tom slučaju autori mogu, ali ne moraju da koriste neku od naznaka kao što su: *videti, posebno videti, videti na primer i dr.*

(videti na primer Bartoš 1959; Simović 1972)

(videti posebno Bakić 1959)

(Stanković i Orlić 2014)

Jedan autor

Citat u tekstu (T): Kao i Ely (1980, broj strane), tvrdimo da

Navođenje u spisku literature (L): Ely, John Hart. 1980. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

T: Isto kao i Avramović (2008, broj strane), tvrdimo da

L: Avramović, Sima. 2008. *Rhetorike techne – veština besedništva i javni nastup*. Beograd: Službeni glasnik – Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

T: Vasiljević (2007, broj strane),

L: Vasiljević, Mirko. 2007. *Korporativno upravljanje: pravni aspekti*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

Dva autora

T: Kao što je ukazano u (Daniels i Martin 1995, broj strane),

L: Daniels, Stephen i Joanne Martin. 1995. *Civil Injuries and the Politics of Reform*. Evanston, Ill.: Northwestern University Press.

T: Kao što je pokazano u (Stanković i Orlić 2014, broj strane),

L: Stanković, Obren i Miodrag Orlić. 2014. *Stvarno pravo*. Beograd: Nomos.

Tri autora

T: Kao što su predložili Cecil, Lind i Bermant (1987, broj strane),

L: Cecil, Joe S., E. Allan Lind i Gordon Bermant. 1987. *Jury Service in Lengthy Civil Trials*. Washington, D.C.: Federal Judicial Center.

Više od tri autora

T: Prema istraživanju u Turner *et al.* (2002, broj strane),

L: Turner, Charles F., Susan M. Rogers, Heather G. Miller, William C. Miller, James N. Gribble, James R. Chromy, Peter A. Leone, Phillip C. Cooley, Thomas C. Quinn i Jonathan M. Zenilman. 2002. Untreated Gonococcal and Chlamydial Infection in a Probability Sample of Adults. *Journal of the American Medical Association* 287: 726–733.

T: Prema Varadi *et al.* (2012, broj strane),

L: Varadi, Tibor, Bernadet Bordaš, Gašo Knežević i Vladimir Pačić. 2012. *Međunarodno privatno pravo*. 14. izdanje. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

Institucija kao autor

T: (U.S. Department of Justice 1992, broj strane)

L: U.S. Department of Justice. Office of Justice Programs. Bureau of Justice Statistics. 1992. *Civil Justice Survey of State Courts*. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office.

T: (Zavod za intelektualnu svojinu Republike Srbije 2015, broj strane)

L: Zavod za intelektualnu svojinu Republike Srbije. 2015. *95 godina zaštite intelektualne svojine u Srbiji*. Beograd: Colorgrafx.

Delo bez autora

T: (*Journal of the Assembly* 1822, broj strane).

L: *Journal of the Assembly of the State of New York at Their Forty-Fifth Session, Begun and Held at the Capitol, in the City of Albany, the First Day of January, 1822*. 1822. Albany: Cantine & Leake.

Citiranje više dela istog autora

Clermont i Eisenberg (1992, broj strane; 1998, broj strane)

Basta (2001, broj strane; 2003, broj strane)

Citiranje više dela istog autora iz iste godine

T: (White 1991a, page)

L: White, James A. 1991a. Shareholder-Rights Movement Sways a Number of Big Companies. *Wall Street Journal*, April 4.

Istovremeno citiranje više autora i dela

(Grogger 1991, broj strane; Witte 1980, broj strane; Levitt 1997, broj strane)

(Popović 2017, broj strane; Labus 2014, broj strane; Vasiljević 2013, broj strane)

Poglavlje u knjizi

T: Holmes (1988, broj strane) tvrdi

L: Holmes, Stephen. 1988. Precommitment and the Paradox of Democracy. 195–240 u *Constitutionalism and Democracy*, ed. John Elster, Rune Slagstad. Cambridge: Cambridge University Press.

Poglavlje u delu koje je izdato u više tomova

T: Schwartz i Sykes (1998, broj strane) tvrdi suprotno.

L: Schwartz, Warren F. i Alan O. Sykes. 1998. Most-Favoured-Nation Obligations in International Trade. 660–64 u knjizi 2 *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, urednik Peter Newman. London: MacMillan.

Knjiga sa više izdanja

T: Koristeći metodu Greene (1997), napravili smo model koji predstavljamo

L: Greene, William H. 1997. *Econometric Analysis*. 3. ed. Upper Saddle River, N.J.: Prentice Hall.

T: Videti Popović (2018),

R: Popović, Dejan. 2018. *Poresko pravo*. 16. izdanje. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

Navođenje broja izdanja nije obavezno.

Ponovno izdanje – reprint

T: (Angell i Ames [1832] 1972, 24)

L: Angell, Joseph Kinniaut i Samuel Ames. [1832] 1972. *A Treatise on the Law of Private Corporations Aggregate*. Reprint, New York: Arno Press.

Članak

T: Predmetni model je korišćen u Levine *et al.* (1999, broj strane)

L: Levine, Phillip B., Douglas Staiger, Thomas J. Kane i David J. Zimmerman. 1999. *Roe v. Wade and American Fertility. American Journal of Public Health* 89: 199–203.

T: Na ovo pravilo je ukazano u Vasiljević (2018, broj strane)

L: Vasiljević, Mirko. 2008. Arbitražni ugovor i interkompanijsko-pravni sporovi. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 66: 7–46.

Citiranje celog broja časopisa

T: O pravednosti ili efikasnosti pravila o manama volje podrobno je raspravljano u *Texas Law Review* (1994)

L: *Texas Law Review*. 1994. *Symposium: Law of Bad Faith in Contracts and Insurance*, specijalno izdanje. 72: 1203–1702.

T: Pitanja iz prava osiguranja su detaljno analizirana u časopisu *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* (1982).

L: *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*. 1982. *Savetovanje: Neka aktuelna pitanja osiguranja od građanske odgovornosti*, 30: 939–1288.

Komentari

T: Smith (1983, broj strane) tvrdi

L: Smith, John. 1983. Član 175. Unjust Enrichment. 195–240 u *Commentary to the Law on Obligations*, urednica Jane Foster. Cambridge: Cambridge University Press.

T: Schmalenbach (2018, broj strane) tvrdi

L: Schmalenbach, Kirsten. 2018. Član 2. Use of Terms. 29–55 u *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, urednici Oliver Dörr, Kirsten Schmalenbach. Berlin: Springer-Verlag GmbH Germany.

T: Perović (1980, broj strane) tvrdi

L: Perović, Slobodan. 1980. Član 45. Predugovor. 224 u *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, redaktori Slobodan Perović i Dragoljub Stojanović. Gornji Milanovac: Kulturni centar – Kragujevac: Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu.

Članak u časopisu ili dnevnim novinama bez autora

T: objavljeno u *Politici* (2019)

L: *Politika*. 2019. Srbija snažno posvećena evropskom putu. Mart 2019.

T: had appeared in *Newsweek* (2000).

L: *Newsweek*. 2000. MP3.com Gets Ripped. September 18.

Članak u časopisu ili dnevnim novinama sa autorom (autorima)

T: (Švarn i Georgijev 2018)

L: Švarn, Filip i Slobodan Georgijev. 2018. Razgraničenje je model u skladu sa politikom etničkog čišćenja. *Vreme*. Avgust 2018.

T: (Mathews and DeBaise 2000)

L: Mathews, Anna Wilde and Colleen DeBaise. 2000. MP3.com Deal Ends Lawsuit on Copyrights. *Wall Street Journal*, November 11.

Neobjavljeni rukopis

T: (Avramović i Todorović 2017)

L: Avramović, Pavle i Nenad Todorović. 2017. Sticanje bez osnova u rimskom pravu. Neobjavljen rukopis. Univerzitet u Nišu, Pravni fakultet, avgust.

T: (Daughety and Reinganum 2002)

L: Daughety, Andrew F., and Jennifer F. Reinganum. 2002. Exploiting Future Settlements: A Signaling Model of Most-Favored-Nation Clauses in Settlement Bargaining. Unpublished manuscript. Vanderbilt University, Department of Economics, August.

Radni dokument

T: (Stojanović i Savić 2017)

L: Stojanović, Ognjen i Martin Savić. 2017. Pravna priroda ugovora o kreditu. Radni dokument. Institut za pravo i finansije, Beograd, RS.

T: (Eisenberg and Wells 2002)

L: Eisenberg, Theodore, and Martin T. Wells. 2002. Trial Outcomes and Demographics: Is There a Bronx Effect? Working paper. Cornell University Law School, Ithaca, NY.

Numerisani radni dokument

T: (Tomić i Pavlović 2018)

L: Tomić, Janko i Saša Pavlović. 2018. Uporednopravna analiza propisa u oblasti radnog prava. Radni dokument br. 7676. Institut za uporedno pravo, Beograd, RS.

T: (Glaeser and Sacerdote 2000)

L: Glaeser, Edward L., and Bruce Sacerdote. 2000. The Determinants of Punishment: Deterrence, Incapacitation and Vengeance. Working Paper No. 7676. National Bureau of Economic Research, Cambridge, Mass.

Lična korespondencija/komunikacija

T: kao što tvrdi Damnjanović (2017)

L: Damnjanović, Vićentije. 2017. Pismo autoru, 15. januar.

T: as asserted by Welch (1998)

L: Welch, Thomas. 1998. Letter to author, 15 January.

Stabilni internet protokol (URL)

T: Prema Zavodu za intelektualnu svojinu Republike Srbije (2018)

R: Zavod za intelektualnu svojinu Republike Srbije. 2018. Godišnji izveštaj o radu za 2017. godinu. <http://www.zis.gov.rs/o-zavodu/godisnji-izvestaji.50.html> (poslednji pristup 28. mart 2018).

T: According to the Intellectual Property Office (2018)

L: R.S. Intellectual Property Office. 2018. Annual Report for 2017. <http://www.zis.gov.rs/about-us/annual-report.106.html> (last updated February 28, 2019).

U štampi

T: (Bogdanović 2019, strana)

L: Bogdanović, Luka. 2019. Ekonomske posledice ugovaranja klauzule najpovlašćenije nacije u bilateralnim investicionim sporazumima. *Nomos*, tom 11, u štampi.

T: (Spier 2003, page)

L: Spier, Kathryn E. 2003. The Use of Most-Favored-Nations Clauses in Settlement of Litigation. *RAND Journal of Economics*, vol. 34, in press.

Prihvaćeno za objavljivanje

T: U jednom istraživanju (Petrović, prihvaćeno za objavljivanje) posebno se ističe značaj prava manjinskih akcionara za funkcionisanje akcionarskog društva.

L: Petrović, Marko. Prihvaćeno za objavljivanje. Prava manjinskih akcionara u kontekstu funkcionisanja skupštine akcionarskog društva. *Pravni život*.

T: One study (Joyce, forthcoming) includes the District of Columbia

L: Joyce, Ted. Forthcoming. Did Legalized Abortion Lower Crime? *Journal of Human Resources*.

Sudska praksa

F(usnote): Vrhovni sud Srbije, Rev. 1354/06, 6. 9. 2006, Paragraf Lex; Vrhovni sud Srbije, Rev. 2331/96, 3. 7. 1996, *Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije* 4/96, 27; CJEU, case C-20/12, Giersch and Others, ECLI:EU:C:2013:411, para. 16; Opinion of AG Mengozzi to CJEU, case C-20/12, Giersch and Others, ECLI:EU:C:2013:411, para. 16.

T: Za reference u tekstu koristiti skraćenice (VSS Rev. 1354/06; CJEU C-20/12, ili Giersch and Others; Opinion of AG Mengozzi) konzistentno u celom članku.

L: Ne treba navoditi sudsku praksu u spisku korišćene literature.

Zakoni i drugi propisi

F: Zakonik o krivičnom postupku, *Službeni glasnik RS*, 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014; Regulation (EU) No. 1052/2013 establishing the European Border Surveillance System (Eurosur), OJ L 295 of 6/11/2013, 1; Directive 2013/32/EU on common procedures for granting and withdrawing international protection (recast), OJ L 180 of 29/6/2013, 60.

T: Za reference u tekstu koristiti skraćenice (ZKP ili ZKP RS; Regulation No. 1052/2013; Directive 2013/32) konzistentno u celom članku.

L: Ne treba navoditi propise u spisku korišćene literature.

Članovi zakona itd.

Član 8 (1) (2); Član 6–13.

4. PRILOZI, TABELE I SLIKE

Fusnote u priložima se numerišu bez prekida kao nastavak na one u ostatku teksta.

Numeracija jednačina, tabela i slika u priložima počinje sa 1 (jednačina A1, tabela A1, slika A1 itd., za prilog A; jednačina B1, tabela B1, slika B1 itd., za prilog B).

Na strani može biti samo jedna tabela. Tabela može zauzimati više od jedne strane.

Tabele imaju kratke naslove. Dodatna objašnjenja se navode u napomenama na dnu tabele.

Identifikovati sve količine, jedinice mere i skraćenice za sve unose u tabeli.

Izvori se navode u celini na dnu tabele, bez unakrsnih referenci na fusnote ili izvore na drugim mestima u članku.

Slike se prilažu u fajlovima odvojeno od teksta i treba da budu jasno obeležene.

Ne koristiti senčenje ili boju na grafičkim prikazima. Ako je potrebno vizuelno istaći pojedine razlike, molimo vas da koristite šrafiranje i unakrsno šrafiranje ili drugo sredstvo označavanja.

Ne treba koristiti okvir za tekst ispod ili oko slike.

Molimo vas da koristite font Times New Roman ako postoji bilo kakvo slovo ili tekst na slici. Veličina fonta mora biti najmanje 7.

Grafici ne sadrže bilo kakvu boju.

Naslovi slika su navedeni i na zasebnoj stranici sa dvostrukim proredom pod nazivom – Legenda korišćenih slika.

Slike ne mogu biti veće od 10 cm x 18 cm. Da bi se izbeglo da slika bude značajno smanjena, objašnjenja pojedinih delova slike treba da budu postavljena unutar ili ispod slike.

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд
34(497.11)

АНАЛИ Правног факултета у Београду : часопис
за правне и друштвене науке = Annals of the Faculty of
Law in Belgrade : Belgrade Law review : Journal of Legal
and Social Sciences / главни уредник Марија Караникић
Мирић. – [Српско изд.]. – Год. 1, бр. 1 (1953)– . –
Београд : Правни факултет, 1953– (Београд : Службени
гласник). – 24 cm

Тромесечно. – Сваки 4. број у години на енгл. језику.
– Друго издање на другом медијуму: Анали Правног
факултета у Београду (Online) = ISSN 2406-2693. –
ISSN 0003-2565 = Анали Правног факултета у Београду
COBISS.SR-ID 6016514

U OVOM BROJU:

Dejan POPOVIĆ, Gordana ILIĆ POPOV

/(Ne)ustavnost odredbe o testu glavnog cilja transakcije ili aranžmana iz poreskih ugovora

Zoran R. TOMIĆ

/Javni poredak: pojam i struktura

Slavko ĐORĐEVIĆ, Štefan PIRNER

/Neograničeno tumačenje nemačkog građanskog prava u vreme nacionalsocijalizma

Aleksandar S. MOJAŠEVIĆ

/Empirijsko istraživanje efekta uokviravanja kao vida kognitivne pristrasnosti

Ljubinka KOVAČEVIĆ, Erika KOVÁCS

/Change of Employer and Preservation of Employment: Serbian Experience in Light of European Law

Vladimir DOBRIĆ, Katarina JOVIČIĆ

/Pravna (ne)sigurnost ugovora o lizingu nepokretnosti u savremenom srpskom pravu

ISSN 0003 2565

