



АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ANNALS

OF THE FACULTY OF LAW IN BELGRADE

BELGRADE LAW REVIEW

JOURNAL OF LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

Главни уредници *Архива за њравне и друшћивене науке* који је претходно *Аналима Правној факултету у Београду* били су:

Коста Кумануди и Драгољуб Аранђеловић (1906 1911), Коста Кумануди (1911 1912), Чедомил Митровић (1920 1933), Михаило Илић (1933 1940), Ђорђе Тасић (1940 1941), Јован Ђорђевић (1945)

Главни уредници овој часопису били су:

Михаило Константиновић (1953 1960), Милан Бартош (1960 1966), Војислав Бакић (1966 1978), Војислав Симовић (1978 1982), Обрен Станковић (1982 1995), Дејан Поповић (1996), Миодраг Орлић (1997 2004), Данило Н. Баста (2004 2006), Сима Аврамовић (2006 2012), Мирољуб Лабус (2013 2015), Мирко Васиљевић (2016 2018)

Међународни издавачки савет

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)

Главни уредник

Марија Караникић Мирић

Заменик главној уредника

Борис Беговић

Редакција Правној факултету Универзитета у Београду

Зоран Томић, Небојша Јовановић, Горан Илић, Бојан Милисављевић, Војислав Станимировић, Данило Вуковић

Секретари

Милош Вукотић, Никола Илић, Новак Вујичић

Радови у овом часопису подлежу анонимној рецензији двоје рецензентата које одређује редакција.

Ставови изражени у часопису представљају мишљење аутора и не одражавају нужно гледишта редакције. За те ставове редакција не одговара.

Издавач

Правни факултет Универзитета у Београду

Лектор и коректор

Ирена Поповић Григоров, Вук Тошић

Технички уредник

Јован Ђорђевић

Дизајн корица

С. I. В.

Слој и њрелом

Д©СИЈЕ
СТУДИО

Штампа

ЈП Службени гласник



АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ANNALS

OF THE FACULTY OF LAW IN BELGRADE

BELGRADE LAW REVIEW

JOURNAL OF LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

Дејан Поповић, Гордана Илић Попов, (Не)уставност одредбе о тесту главног циља трансакције или аранжмана из пореских уговора -----	7
Зоран Р. Томић, Јавни поредак: појам и структура -----	35
Славко Ђорђевић, Штефан Пирнер, Неограничено тумачење немачког грађанског права у време националсоцијализма -----	51
Александар С. Мојашевић, Емпиријско истраживање ефекта уоквиравања као вида когнитивне пристрасности --	83
Ljubinka Kovačević, Erika Kovács, Change of Employer and Preservation of Employment: Serbian Experience in Light of European Law -----	107
Владимир Добрић, Катарина Јовичић, Правна (не)сигурност уговора о лизингу непокретности у савременом српском праву -----	133

ПРИКАЗИ

Димић, Љубодраг и Никола Жутић. 2017. <i>Алојзије Степинац – држава, црква, надбискуп (1934–1941)</i> . Београд: Филип Вишњић, 455. (Борис Беговић) -----	150
Чворовић, Зоран. 2018. <i>Душанов законик у руском огледалу</i> . Београд: Catena mundi, 164. (Нина Кршљанин) -----	158

Pürner, Stefan (ur.). 2016. <i>Godišnjak za ustavno pravo 2016 vol. 1</i> . Beograd: Nemačka fondacija za međunarodnu pravnu saradnju – Dosije studio, 343. (Танасије Маринковић) -----	162
Brunkhorst, Hauke, Dragica Vujadinović и Tanasije Marinković (eds.). 2017. <i>European Democracy in Crisis: Politics under Challenge and Social Movements</i> . The Hague: Eleven International Publishing, 189. (Алекса Николић) -----	169
НЕКРОЛОЗИ	
Милан Шкулић, Слободан Перовић (1932–2019) -----	175
Упутство за ауторе -----	180

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 -----	35
Slavko Đorđević, Stefan Pürner, Unrestricted Interpretation of German Civil Law During the National Socialism Period -----	51
Aleksandar S. Mojašević, Empirical Study of the Framing Effect as a Cognitive Bias -----	83
Ljubinka Kovačević, Erika Kovács, Change of Employer and Preservation of Employment: Serbian Experience in Light of European Law -----	107
Vladimir Dobrić, Katarina Jovičić, Legal (In)security under Real Estate Lease Contracts in Contemporary Serbian Law -----	133

BOOK REVIEWS

Dimić, Ljubodrag and Nikola Žutić. 2017. <i>Alojzije Stepinac – država, crkva, nadbiskup (1934–1941)</i> . Beograd: Filip Višnjić, 455. (Boris Begović)-----	150
Čvorović, Zoran. 2018. <i>Dušanov zakonik u ruskom ogledalu</i> . Beograd: Catena mundi, 164. (Nina Kršljanin)-----	158

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)-----	162
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) -----	169
IN MEMORIAM	
Milan Škulić, <i>Slobodan Perović</i> (1932–2019) -----	175
Instructions to Authors -----	180

УДК 336.227.1/.2(497.11)

CERIF: S110, S130, S141

DOI: 10.5937/AnaliPFB1902007P

Др Дејан Поповић*

Др Гордана Илић Попов**

(НЕ)УСТАВНОСТ ОДРЕДБЕ О ТЕСТУ ГЛАВНОГ ЦИЉА ТРАНСАКЦИЈЕ ИЛИ АРАНЖМАНА ИЗ ПОРЕСКИХ УГОВОРА

Ступањем на снагу Мултилатералне конвенције (Multilateral Instrument – MLI) у Србији почиње да делује клаузула о главном циљу трансакције или аранжмана (ГЦТ тест), која дозвољава пореским властима да не одобре погодност из обухваћеног пореског уговора. У чланку се анализира структура ГЦТ и установљава да су им остављена широка дискрециона овлашћења. Формулација нормe је таква да не одређује шта ће се опорезовати у земљи извора пошто погодност буде ускраћена. Аутори закључују да земља резидентства може да не да олакшицу којом елиминира настало двоструко опорезивање ако сматра да није реч о разликама у националном праву већ о разликама у тумачењу одредаба уговора или чињеница. Уставност ГЦТ теста могла би се оцењивати у односу на принципе правне сигурности и једнакости. Пореске власти су добиле арбитрарна овлашћења да процењују да ли је реч о абузивном, једном од главних циљева трансакције или о легитимном комерцијалном циљу, којим ће бити нарушени уставни принципи једнакости и опорезивања према економској снази.

Кључне речи: Главни циљ трансакције или аранжмана. – Мултилатерални инструмент. – Избегавање пореза. – Правна сигурност. – Уставност.

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, dejan.popovic@ius.bg.ac.rs.

** Ауторка је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, gordana@ius.bg.ac.rs.

1. УВОД

Притисак на пореске приходе многих држава распрострањеним искоришћавањем пореских рајева и преференцијалних режима у земљама са иначе високим (или „стандардним“) порезима довео је, нарочито по избијању глобалне финансијске кризе 2008. године, до координације напора да се домаћа пореска основица заштити од стратегија пореског планирања мултинационалних предузећа. Већ 2013. године ОЕЦД је припремио акциони план *BEPS* (енг. *Base Erosion and Profit Shifting*) (ОЕЦД 2013), прихваћен од лидера Г 20, којим је предвиђено 15 акција, са намером да се спрече ерозија основице и сељење добити у циљу избегавања пореза.¹ У акцији 15 било је констатовано да је пожељно, с обзиром на то да би у постојећој мрежи од преко 3.000 пореских уговора билатерална усклађивања била веома тешка и дуготрајна, донети „мултилатерални инструмент“ за примену *BEPS* мера повезаних са пореским уговорима, као правно обавезујућу конвенцију међународног јавног права (ОЕЦД 2015, 10). У том смислу, Србија је, са још 67 држава, 7. јуна 2017. године била иницијални потписник Мултилатералне конвенције за примену мера које се ради спречавања ерозије пореске основице и премештања добити односе на пореске уговоре² (енг. *Multilateral Instrument*, даље: *MLI*, или *Мултилатерална конвенција*). Конвенција је за Србију ступила на снагу 1. октобра 2018. године.³ Од 60 држава са којима 2019. године Србија примењује порески уговор,⁴ њих 48 је потписало *MLI*,⁵ при чему је он, закључно са 1. јануаром 2019. године, ступио на снагу у осам држава из тог круга.

¹ О борби против агресивног пореског планирања на глобалној основи, видети више у 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-BEPS.pdf> (последњи приступ 10. јануар 2019. године).

³ *Службени гласник РС – Међународни уговори*, 3/18.

⁴ То су: Албанија, Аустрија, Азербејџан, Белгија, Белорусија, Босна и Херцеговина, Бугарска, Црна Гора, Чешка, Данска, Египат, Естонија, Финска, Француска, Грчка, Грузија, Холандија, Хрватска, Индија, Индонезија, Иран, Ирска, Италија, Јерменија, Канада, Катар, Казахстан, Кина, Кипар, ДНР Кореја, Република Кореја, Кувајт, Летонија, Либија, Литванија, Луксембург, Мађарска, Македонија, Малезија, Малта, Молдавија, Немачка, Норвешка, Пакистан, Пољска, Румунија, Русија, Сан Марино, Словачка, Словенија, Сри Ланка, Шпанија, Швајцарска, Шведска, Тунис, Турска, Уједињени Арапски Емирати, Украјина, Велика Британија и Вијетнам.

⁵ До 1. јануара 2019. године *MLI* нису приступиле: Албанија, Азербејџан, Белорусија, Босна и Херцеговина, Црна Гора, Иран, ДНР Кореја, Либија, Македонија, Молдавија, Сри Ланка и Вијетнам.

Србија је приликом потписивања *MLI* навела да све своје пореске уговоре, њих 58 који су 2017. године били на снази⁶ и шест тада само потписаних,⁷ сматра „обухваћеним пореским уговорима“, али неколико њених уговорних партнера није сврстало уговоре са Србијом међу своје пореске уговоре обухваћене Мултилатералном конвенцијом.⁸ То не значи да се тиме најављује престанак важења одговарајућег пореског уговора отказом, у смислу чл. 31 Модел-конвенције ОЕЦД о порезима на доходак и на имовину (OECD 2017) (даље: *Модел-конвенција ОЕЦД*), већ само да тај уговор не подлеже модификацијама предвиђеним у *MLI*.

Мултилатерална конвенција функционише *упоредо* са постојећим уговорима о избегавању двоструког опорезивања,⁹ *модификујући њихову примену*¹⁰ како би се ефикасно имплементирале *BEPS* мере које се односе на пореске уговоре, са циљем спречавања ерозије пореске основице и премештања добити.¹¹

Ако се од 48 страна и потписница¹² Мултилатералне конвенције са којима 2019. године Србија има порески уговор одузме пет које уговор са Србијом нису сврстале међу „обухваћене пореске уговоре“, као и Сан Марино, са којим је порески уговор (у који су уграђена симетрично прихваћена решења из *MLI*) закључен после приступања *MLI*, остаје 35 потписница (Белгија, Бугарска, Чешка, Данска, Египат, Естонија, Финска, Грчка, Грузија, Холандија, Хрватска, Индија, Ирска, Италија, Јерменија, Канада, Катар, Казахстан, Кина, Кипар, Република Кореја, Кувајт, Летонија, Луксембург, Мађарска, Малта, Норвешка, Пакистан, Румунија, Русија, Шпанија, Тунис, Турска, Уједињени Арапски Емирати и Украјина) чији ће порески уговори подлегати модификацијама у складу с одредбама *MLI* након што

⁶ Само су порески уговори са Индонезијом и Сан Марином закључени и ступили на снагу после потписивања *MLI*.

⁷ Са Ганом, Гвинејом, Индонезијом (који је од 1. јануара 2019. године почео да се примењује), Мароком, Палестином и Зимбабвеом.

⁸ Немачка, Шведска, Швајцарска, Малезија и Индонезија.

⁹ Управо се по томе *MLI* разликује од „класичне“ мултилатералне конвенције о избегавању двоструког опорезивања, која замењује све билатералне пореске уговоре који су постојали између држава које су је закључиле. Видети Поповић и Илић Попов (2017, 16).

¹⁰ Видети Bravo (2016, 293).

¹¹ То су мере из следећих *BEPS* акција: Акција 2 – Неутралисање ефеката аранжмана са неподударањем хибрида; Акција 6 – Спречавање пружања погодности из пореских споразума у неподесним околностима; Акција 7 – Спречавање артифицијелног избегавања статуса сталне пословне јединице и Акција 14 – Чињене механизми решавања спорова ефикаснијим.

¹² Термин „страна“ означава државу или јурисдикцију за коју је Конвенција ступила на снагу, а термин „потписница“ државу или јурисдикцију која је потписала Конвенцију, али за коју Конвенција још није на снази. Видети чл. 2 (1) (б) и (ц) *MLI*.

у тим потписницама буду ступили на снагу, као и седам страна (Аустрија, Француска, Литванија, Пољска, Словачка, Словенија и Велика Британија), чији су порески уговори закључно са 1. јануаром 2019. године ступили на снагу у обе уговорне јурисдикције.

У овом раду анализи је подвргнута модификација обухваћених пореских уговора проистекла из Акције 6 *BEPS*, тј. увођење, уместо или услед непостојања опште антибузивне мере у обухваћеном пореском уговору, теста главног циља трансакције или аранжмана (енг. *principal purpose test*, даље: *ГЦТ тест*). У три своја обухваћена пореска уговора (са Републиком Корејом, Казахстаном и Норвешком) Србија већ има одредбу о парцијалном (у погледу врста прихода на које се примењује¹³) ГЦТ тесту, који ће, у складу са чл. 7 (2) *MLI*, бити замењен ГЦТ тестом у формулацији из чл. 7 (1), која се односи на све приходе и имовину који су наведени у обухваћеном пореском уговору. Имајући у виду да је последица ГЦТ теста у томе да се погодност из обухваћеног пореског уговора неће пружити пореском обвезнику у односу на део дохотка или имовине, уколико порески орган, узимајући у обзир све релевантне околности, основано може да закључи да је стицање погодности био један од основних разлога било којег аранжмана или трансакције који су непосредно или посредно резултирали том погодношћу, отвара се питање уставности такве одредбе, посебно у светлу захтева за правном сигурношћу, као једном од компоненти начела владавине права. Задатак који смо поставили у овом раду је да се то питање размотри и с аспекта легитимности циља због којег се уводи мера попут ГЦТ теста, тј. супротстављање избегавању пореза.

Све до 2015. године, у српском пореском праву нису се налазиле дефиниције законите и незаконите пореске евазије.¹⁴ Термин „пореска евазија“ узет је из потврђеног пореског уговора са Норвешком¹⁵ да значи само незаконито избегавање плаћања пореза. У Преамбули Мултилатералне конвенције синтагма „*tax evasion or avoidance*“ преведена је као „пореска евазија или избегавање“, где се термин „избегавање“ односи на законито а нелегитимно избегавање плаћања пореза. Напоменимо да у позитивном српском праву и даље не постоји израз који би означио избегавање плаћања пореза *en général* (и незаконитог и законитог¹⁶).

¹³ ГЦТ тест се примењује у односу на дивиденде, камате и ауторске накнаде у сва три пореска уговора; у односу на остали доходак – у пореским уговорима са Републиком Корејом и Норвешком, а у односу на капиталне добитке – само у пореском уговору са Републиком Корејом.

¹⁴ О терминима који се у финансијској литератури на српском и хрватском језику користе за означавање „избегавања пореза“, видети Тодоровић (1930, 182); Ловчевић (1993, 151); Jelčić (1998, 190–191); Поповић (2018, 54).

¹⁵ *Службени гласник РС – Међународни уговори*, 21/15.

¹⁶ Законито избегавање плаћања пореза може бити и легитимно (дакле, не на бази агресивног пореског планирања), што се у делу литературе назива „поре-

2. СТРУКТУРА ГЦТ ТЕСТА

У Мултилатералној конвенцији су издвојена два, са пореским уговором повезана, *обавезна* минимална стандарда, о којима су се све стране усагласиле у завршном *BEPS* пакету. Један од тих стандарда се односи на прецизирање циља обухваћеног пореског уговора и спречавање злоупотребе уговора. Измена која треба да се спроведе у преамбули пореских уговора треба да омогући да се у интерпретацији уговора отклони недоумица у погледу тога да је циљ уговора елиминација двоструког опорезивања, али без стварања могућности за неопорезивање или умањено опорезивање у виду пореске евазије или избегавања пореза (укључујући *treaty-shopping* аранжмане). Тај минимални стандард захтева и да се у обухваћене пореске уговоре угради један од следећих механизма:

- (1) општи антиабузивни ГЦТ тест;
- (2) истовремено с општим антиабузивним ГЦТ тестом, и специјална антиабузивна мера у виду поједностављене верзије клаузуле о лимитирању погодности (енг. *limitation of benefits – LOB*) или
- (3) детаљна *LOB* клаузула и антиабузивне мере за супротстављање тзв. проточном финансирању (енг. *conduit financing*).

Србија се определила за искључиву примену ГЦТ теста, а тако је поступила и друга страна у шест од седам њених обухваћених пореских уговора који су на снази 1. јануара 2019. (Аустрија, Француска, Литванија, Пољска [привремено], Словенија и Велика Британија). Једино је Словачка оптирала за паралелну примену ГЦТ теста и поједностављене *LOB* клаузуле (али, пошто то није учинила и Србија, у пореском уговору је заступљен само ГЦТ тест). И у накнадно закљученом пореском уговору са Сан Марином налази се ГЦТ тест.

У преосталих 35 обухваћених пореских уговора Србије (где је друга страна приступила *MLI*, али га још није ратификовала), 29 држава се определило за искључиву примену ГЦТ теста (Египат, Естонија, Финска, Грчка, Грузија, Хрватска, Италија, Канада [привремено], Катар, Кина, Република Кореја, Кувајт [привремено], Летонија, Норвешка [привремено], Румунија, Шпанија, Тунис и Турска, као и Белгија, Чешка, Холандија, Ирска, Кипар, Луксембург, Мађарска, Малта, Пакистан, Уједињени Арапски Емирати и

ском митигацијом“ (лат. *mitigatio* – ублажавање, смањивање). Упоредити Baker. Tax Avoidance, Tax Mitigation and Tax Evasion, <https://vdocuments.site/tax-avoidance-tax-mitigationphilip-baker.html> (последњи приступ 25. децембар 2018. године).

Украјина¹⁷), док је шест оптирало за паралелну примену ГЦТ теста и поједностављене LOB клаузуле (Бугарска, Данска, Индија, Јерменија, Казахстан и Русија). Међутим, и у ситуацијама када се није потпуно поклопио избор обе уговорне јурисдикције, у чл. 7 (6) *MLI* прецизира се да ће се ГЦТ тест примењивати у обе уговорне јурисдикције, а поједностављена LOB клаузула само уколико су се обе стране за то определиле.

Да би се, по основу ГЦТ теста, ускратила погодност из пореског уговора, морају кумулативно да буду испуњени следећи услови:

1. постојање аранжмана или трансакције, који
2. непосредно или посредно резултирају погодношћу из пореског уговора, а који су
3. установљени са једним од главних циљева да се оствари та погодност, при чему
4. није утврђено да је одобравање те погодности у складу са предметом и циљем одговарајућих одредаба обухваћеног пореског уговора.¹⁸

2.1. Аранжман или трансакција и погодност из пореског уговора

Термин „аранжман или трансакција“ треба тумачити тако да њиме буде обухваћен сваки споразум, меморандум о разумевању, схема (нпр. како се квалификовати за резидентство одређене државе), трансакција или серија трансакција, без обзира на то да ли су правно обавезујући.¹⁹

„Погодност из пореског уговора“ обухвата сва ограничења права на опорезивање наметнута земљи извора (у виду умањења пореза, изузимања, одлагања или повраћаја пореза), олакшицу за елиминацију двоструког опорезивања применом методе изузимања или методе кредита, заштиту која се пружа резидентима и држављанима држа-

¹⁷ Ових последњих 11 држава оптирало је за поступак из чл. 7 (4) *MLI* (тзв. дискрециона олакшица), у којем би, ако би лицу на основу ГЦТ теста била ускраћена погодност из пореског уговора, надлежни орган ипак могао да сматра да то лице има право на ту погодност или на различите погодности у односу на одређени део дохотка или имовине, уколико, на захтев тог лица и након разматрања релеванних чињеница, утврди да би му такве погодности биле одобрене у случају да нема трансакције или аранжмана. Али, пошто Србија није оптирала за поступак из чл. 7 (4) *MLI* у обухваћеним пореским уговорима са тим државама, дискрециона олакшица се неће примењивати, као ни у обухваћеним пореским уговорима са Литванијом и Великом Британијом, који су на дан 1. јануара 2019. године у примени, при чему су се те две државе определиле за поменути опцију.

¹⁸ Вид. чл. 7 (1) *MLI*.

¹⁹ Упор. OECD (2017, 590).

ве уговорнице по основу забране дискриминације и свако слично ограничење (нпр. кредит за уштеђени порез) (OECD 2017, 589).

2.2. Субјективни тест

Надлежни орган најпре треба да путем ГЦТ теста провери да ли су аранжман или трансакција били мотивисани остваривањем погодности из пореског уговора. Такав поступак се назива „субјективни тест“ (Кок 2016, 407). О субјективном критеријуму може се закључивати на основу спољашњих чињеница, али је мотив практично немогуће доказати, па су ретки случајеви када доносилац норме фискалне последице одређеног аранжмана или трансакције везује за постојање такве намере (Lang 2014, 658). Када се они ипак догоде, као у случају ГЦТ теста, исход је, по правилу, одређен правилима о терету доказивања. Уколико пореска администрација треба да *докаже* да је један од главних циљева пореског обвезника био да оствари погодност из пореског уговора, изгледи за њен успех су минимални. Али, ако се надлежном пореском органу стави у задатак „разблажена“ варијанта доказивања („ако је разумно закључити“ – како захтева чл. 7 (1) *MLI*), онда се од њега не очекује потпуни доказ да је постојала намера да се искористи погодност из пореског уговора.

Истина, Коментар Модел-конвенције ОЕЦД упућује на то да би се до „разумног закључка“ морало доћи после спроведене објективне анализе релевантних чињеница у сваком конкретном случају (OECD 2017, 590). Михаел Ланг (*Michael Lang*), међутим, сматра да, без обзира на улогу коју Коментар Модел-конвенције ОЕЦД има у тумачењу пореског уговора,²⁰ значај става из Коментара не може да се мери са значајем који има одредба пореског уговора, чије значење јасно одудара од „захтевнијег“ доказивања, које нуди Коментар (Lang 2014, 660). Супротно је, међутим, становиште Дениса Вебера (*Dennis Weber*), за кога „разумно закључити“ не значи само да је тежина терета доказивања на пореским властима већ да се оцена коју оне дају мора добити објективном анализом заснованом на чињеницама, при чему оцена не сме да буде базирана на претпоставци нити да само упућује на пореску погодност као такву. Уколико пореске власти закључе да је *главни* циљ трансакције остваривање пореске погодности, онда пореском обвезнику увек остају на располагању жалба и судска заштита (Weber 2017, 51). Међутим, могућност коришћења тих механизма заштите права пореских обвезника треба сагледати у светлу околности да ће ГЦТ тест најчешће примењивати земља извора, што резиденту друге државе уговорнице ствара додатне препреке, чак и под (оборивом) претпоставком да су другостепени порески орган и суд у земљи извора били непристрасни и ефикасни.

²⁰ Упоредити Engelen (2004, 439–473); Поповић и Костић (2009, 31–34).

Непредвидљивост „субјективног теста“ додатно се огледа у томе што се не тражи да се установи (на нивоу разумног закључивања) да је остварена погодност из пореског уговора представљала главни циљ трансакције, већ да је била само један од главних циљева. Отуда може да се закључи да може да се догоди да трансакција која је првенствено мотивисана легитимним комерцијалним циљевима ипак не прође ГЦТ тест уколико је и пореска погодност била један од главних циљева (Korjak 2016, 9). Пошто су порези важан трошак пословања, разуман привредник мора да води рачуна о пореским ефектима својих пословних одлука. Под условима који произлазе из примене ГЦТ теста, порески обвезник не може бити сигуран ни ако се позове на то да су његов аранжман или трансакција били мотивисани (као једним од важних или главних циљева) погодностима које произлазе из другог извора (на пример, из домаћег права, права ЕУ или пореског уговора са трећом државом) (De Broe и Luts 2015, 132). Вебер пропушта да запази да није реч о разумном закључивању о једном, главном циљу трансакције или аранжмана него о *једном од главних* циљева, чиме релативизује тежину изречених замерки (Weber 2017, 51). Насупрот таквом решењу, Европски суд правде је лествицу доказивања поставио више: у случају *Halifax* пресуђено је да за постојање абузивне праксе „мора бити очигледно на основу једног броја објективних фактора да је *основни циљ* дате трансакције остваривање пореске погодности“.²¹ Током друге деценије XXI века усвојене су опште антиабузивне одредбе (енг. *general anti-abusive rule*, даље: *GAAR*) у секундарном праву ЕУ у новелираној Директиви о заједничком систему опорезивања матичних компанија и филијала из различитих држава чланица²² и Директиви против избегавања пореза.²³ У тим *GAAR*-овима налази се синтагма „главни циљ или један од главних циљева“ – која је шира од „основног циља“ из *Halifax*-а, али у праву ЕУ Европски суд правде има монопол над интерпретацијом, док је тумачење пореских уговора у рукама националних судова, чиме ризик од различитог разумевања тако формулисано субјективног критеријума постаје много већи (Lang 2014, 660). Ерик Кемерен (*Eric C. C. M. Kemmeren*) сматра да и у ситуацији када неки акт секундарног права ЕУ у антиабузивној клаузули садржи ширу синтагму „главни циљ или један од главних циљева“, минимални праг за ускраћивање пореске погодности мора да буде захтев да је стицање такве погодности било *доминантан* циљ (Kemmeren 2014, 193). Он тако закључује на основу две пресуде Европског суда

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.

правде. У случају *Kofoed*,²⁴ Суд је заузео став да формулација чл. 15 (1) (а) Директиве о заједничком систему опорезивања статусних промена које се тичу компанија из различитих држава чланица,²⁵ по којој држава чланица може да одбије да примени или да повуче погодност из Директиве када изгледа да је *главни циљ или један од главних циљева* једне од операција из чл. 1 Директиве (нпр. статусна промена) пореска евазија или избегавање пореза, одражава општи принцип комунитарног права да је злоупотреба права забрањена. У случају *Part Service*,²⁶ пак, Суд је оценио да абузивна пракса постоји када стицање пореске погодности представља *суштински*, односно *главни* циљ трансакције, па Кемерен закључује да се речи „један од главних циљева“ из поменуте директиве морају тумачити тако да је „суштински“ или „главни“ циљ трансакције обезбеђивање пореске погодности (Kemmeren 2014, 192–193).

2.3. Објективни тест

Уколико субјективни тест укаже да би погодност из пореског уговора требало да буде ускраћена, до тога ипак неће доћи ако је утврђено да је њено одобравање било у складу са предметом и циљем одговарајућих одредаба пореског уговора. У том случају терет доказивања је на пореском обвезнику, а уместо „разумно је закључити“, у објективном тесту захтева се да је за примену тог изузетка неопходно да испуњење предвиђеног услова буде „утврђено“.

Као „одговарајуће одредбе“ пореског уговора из којих порески обвезник извлачи погодност најчешће се појављују оне које се односе на: рок од 12 месеци за успостављање грађевинске сталне пословне јединице, минимално учешће од 25% у капиталу исплатиоца дивиденде, које допушта примену снижене стопе пореза на дивиденде од 5%, правила која расподељују право на опорезивање дивиденди, камата, ауторских накнада и капиталних добитака између државе извора и државе резидентства и др. (Chand 2018b, 24). Ако би се доказивање svelo на утврђивање да ли је одобравање погодности било у складу са предметом и циљем појединачне „одговарајуће одредбе“, изоловано посматране, задатак пореског обвезника био би превише једноставан, што би цео ГЦТ тест учинило бесмисленим (Chand 2018b, 24). Примера ради, предмет и циљ чл. 5 (3) Модел-конвенције ОЕЦД јесте да пропише рок чијим истеком грађевински пројекат постаје стална пословна јединица и погодност коју обвез-

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].

ник остварује путем аранжмана или трансакције (да, на пример, грађевински радови у трајању до 12 месеци не образују сталну пословну јединицу, те да тако остварена добит не подлеже порезу у земљи извора) увек ће бити у складу са тако интерпретираним предметом и циљем те одредбе.

У тумачењу пореског уговора одређеном изразу се мора придати значање које произлази из *текста уговора* који се чита у доброј вери (*bona fide*), у садејству с осталим елементима за тумачење (контекст, предмет и циљ уговора), које треба узети у обзир на основу чл. 31 Бечке конвенције о уговорном праву.²⁷ Пошто је неопходно све елементе примењивати интегрално, може да се догоди да језичко значење неке одредбе из пореског уговора буде измењено, с ослонцем на контекст, предмет и циљ уговора. То ће се, у начелу, десити само ако текст одредбе није јасан, односно уколико „јасан текст“ доведе до резултата који је очигледно неразуман (Engelen 2004, 139). Тумачење објективног услова из ГЦТ теста искључиво на основу језичког значења могло би да доведе до апсурдног закључка да је цео ГЦТ тест бесмислен (јер ће изузетак постати правило па злоупотребе пореских уговора неће бити спречаване). Викрам Чанд (*Vikram Chand*) зато предлаже да се објективни тест спроводи у два стадијума. У првом би порески обвезник утврдио предмет и циљ „одговарајућих одредаба“ у светлу циљева пореског уговора, узетог у целини, а у другом би доказивао да трансакција или аранжман одговарају предмету и циљу „одговарајућих одредаба“ које су предмет преиспитивања (Chand 2018b, 26).

Примера ради,²⁸ уколико је у више претходних година компанија резидент Србије имала учешће у капиталу компаније резидента Словеније од 24%, па по ступању на снагу пореског уговора, којим је предвиђено да ће земља извора моћи да опорезује дивиденде по стопи од највише 5%, уколико је учешће примаоца дивиденде у капиталу исплатиоца најмање 25%, повећа свој удео на 25%, субјективан услов из ГЦТ теста, спроведеног у земљи извора (Словенији), биће испуњен – један од главних циљева трансакције (ако не и једини) био је да се оствари погодност из пореског уговора у виду снижене стопе пореза на дивиденде. Примењујући објективан тест, порески обвезник би у првом стадијуму доказао да су предмет и циљ чл. 10 (2) (1) пореског уговора између Србије и Словеније – обезбеђивање снижене стопе пореза по одбитку значајнијим акционарима, а пореског

²⁷ *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, 30/72.

²⁸ У питању је схема заснована на примеру датом у Коментару Модел-конвенције ОЕЦД за случај када је оправдана примена изузетка због којег погодност из пореског уговора ипак неће бити ускраћена. Видети ОЕЦД (2017, 593–594). Из анализе је апстрахована норма чл. 8 (1) *MLI*, која налаже да услови у погледу власништва буду испуњени током периода од 365 дана.

уговора између ове две државе: (1) алокација права на опорезивање и елиминација двоструког опорезивања, у жељи да се даље развијају економски односи и побољшава сарадња у пореској материји; (2) спречавање пореске евазије и (3) спречавање избегавања пореза (и, посебно, *treaty shopping*-а). У другом стадијуму, порески обвезник би доказао да је деловао и у складу са предметом и циљем одредбе чл. 10 (2) (1) пореског уговора између Србије и Словеније, испуњавајући услов учешћа у капиталу од најмање 25%, и у складу са предметом и циљем пореског уговора, пошто: (а) је, увећавајући инвестицију (макар за 1 процентни поен), поступио тако да се даље развијају економски односи две државе; (б) трансакција не представља схему пореске евазије; (в) трансакција није ни избегавање пореза јер је у питању суштинско, а не артифицијелно повећање удела у капиталу.

У другом примеру,²⁹ компанија А – резидент Србије добила је да гради фабрику у Словенији, при чему је уговорено да грађевински пројекат траје 22 месеца. Имајући у виду чл. 5 (3) пореског уговора између Србије и Словеније, којим је предвиђено да градилиште, грађевински или монтажни радови чине сталну пословну јединицу само ако трају дуже од 12 месеци, у току преговора о уговору о радовима пројекат је подељен у два различита уговора, од којих сваки траје по 11 месеци, при чему се као уговорна страна у првом уговору појављује компанија А, а у другом новоосновано резидентно привредно друштво Б, чији је 100% власник компанија А. Пошто ће субјективни ГЦТ тест, спроведен у земљи извора (Словенији), показати да је један од главних циљева (или једини циљ) тог аранжмана било остваривање погодности из пореског уговора да се уговорени грађевински пројекат не сматра сталном пословном јединицом компаније А – резидента Србије лоцираном у Словенији, примена објективног теста у првом, као и у другом стадијуму, под претходно наведеним (а) и (б), утврдиће да је порески обвезник деловао у складу и са предметом и циљем одредбе чл. 5 (3) пореског уговора између Србије и Словеније и са предметом и циљем тог уговора у целини, осим у делу под (в), јер подела уговора на два уговора не представља суштинску трансакцију већ је карактерише артифицијелност, која указује на избегавање пореза. Отуда ће ГЦТ тест ипак имати ефекат и пореска погодност из чл. 5 (3) биће ускраћена.

3. ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ ОДРЕДБЕ О ГЦТ ТЕСТУ

Домаћи *GAAR* би се у већини правних система могао квалификовати као *GAAR* са проширеним ефектима јер је њиме предвиђено и

²⁹ Видети OECD (2017, 596–597).

шта ће се догађати пошто пореска погодност буде ускраћена.³⁰ Норма о ГЦТ тесту из чл. 7 (1) *MLI* не иде, међутим, даље од навођења да се погодност из пореског уговора „неће одобрити“, па се одређује као *GAAR* с ограниченим ефектима (Moreno 2017, 441). Због тога критичари ГЦТ теста постављају бројна питања, на која се не могу дати јасни одговори управо због поменутог недостатка одредбе (Lang 2014, 661–663). Примера ради, ако холандски акционар докапитализује привредно друштво – резидента Србије одобравајући му позајмицу, а не улажући сопствени капитал, приход који би остварио по основу те инвестиције потпадаће под чл. 11 (камата), а не под чл. 10 (дивиденда) пореског уговора између Србије и Холандије. Пореску погодност представља околност да ће, уместо да буде подвргнут српском порезу по одбитку на дивиденде од 5% или 15% (зависно од висине учешћа у капиталу), приход, у облику камате, проћи без пореза у земљи извора јер је чл. 11 пореског уговора дао земљи резидентства (у овом примеру, Холандији) ексклузивно право да опорезује камате. Ако би надлежни орган Србије применио ГЦТ тест и ускратио ту погодност, то би значило да се чл. 11 не примењује.

Остаје, међутим, дилема шта ће пореске власти земље извора (Србије) заиста опорезовати. Да ли ускраћивање пореске погодности значи да се у конкретном случају порески уговор уопште не примењује, па следи примена домаће стопе пореза по одбитку (у Србији – 20%)? Или ће се, ипак, применити чл. 10 пореског уговора (који је порески обвезник желео да избегне), што би Србији, као земљи извора, дало право на порез по одбитку од највише 5% или 15%, док би се од Холандије очекивало да примени методу обичног кредита из чл. 23? Но, ако би земља резидентства (Холандија) наставила да се придржава чл. 11, који јој даје искључиво право да опорезује камате, то би значило да она одбија да пружи порески кредит и тако би настало двоструко опорезивање.

³⁰ Тако је у чл. 9 (2) српског Закона о пореском поступку и пореској администрацији (*Службени гласник РС*, 80/02, ..., 95/18) прописано да „ако се симулованим правним послом прикрива неки други правни посао, за утврђивање пореске обавезе основу чини дисимуловани правни посао“. Још су обухватније одредбе британског *Finance Act 2013* којима се предвиђа да, ако је утврђено да је порески аранжман абузиван, порески орган предузима противмеру у односу на тако остварену пореску погодност, која мора бити правична и разумна (чл. 209), као и одређена усклађивања (чл. 210), како би се избегло душло опорезивање, било самог пореског обвезника који је спровео абузивну трансакцију, било када се узму у обзир проистекле пореске обавезе других лица. Видети https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/396179/gaar-part-abc.pdf (последњи приступ 26. децембра 2018. године). Постоје, међутим, и правни системи који не садрже ни индикацију о томе какве ће бити последице примене *GAAR*-а. Упоредити на пример чл. 15 (3) шпанског *Ley General Tributaria*, <https://www.boe.es/buscarpdf/2003/BOE-A-2003-23186-consolidado.pdf> (последњи приступ 26. децембар 2018. године).

Анализа постаје још сложенија ако се у њу укључи и трећа држава, на пример, Јерменија. Уколико холандски акционар у српском привредном друштву трансферише своје акције филијали – резиденту Јерменије, имајући у виду порески уговор између Србије и Јерменије, у којем је стопа пореза по одбитку и на дивиденде и на камате 8%, а надлежни српски порески орган примени ГЦТ тест и по том основу јерменској компанији ускрати погодност у виду снижене стопе, поставља се питање како ће бити опорезоване дивиденде које исплаћује компанија резидент Србије. Поменимо само неке од дилема. Да ли ће српске пореске власти поћи од фикције да се дивиденде исплаћују директно холандској компанији? Да ли ће Холандија допустити порески кредит из чл. 23 пореског уговора са Србијом, иако је приход холандског резидента стигао посредно, из компаније резидента Јерменије? Који би порески уговор уопште садржао основ за примену такве мере? Да ли Јерменија има обавезу да пружи кредит за порез по одбитку наплаћен у Србији на дивиденде које припадају компанији резиденту Јерменије, али по основу уговора између Србије и Холандије? Ако је одговор на последње питање афирмативан, до којег износа би порески кредит био одобрен (8%, 15% или 20%)?

У питању су дилеме чије је разрешење изван оквира теме овог рада. Ланг на тим недоумицама настоји да сруши целокупан концепт ГЦТ теста. Према његовом мишљењу, или правило о ГЦТ тесту представља одредбу којом се поништавају одређене пореске погодности у једној држави, а то онда води двоструком опорезивању, или оно ствара фикцију која иде даље од ослањања на аранжман који се сматра прикладним (Lang 2014, 663).

У коментару уз чл. 23 Модел-конвенције ОЕЦД наводи се да, када сукоб квалификација произлази из *разлика у домаћем праву*, земља резидентства мора да отклони двоструко опорезивање пружајући олакшицу по основу чл. 23. Но, ако сукоб квалификација произлази из *разлика у тумачењу одредаба пореског уговора или чињеница*, таква обавеза не постоји, већ се државе уговорнице упућују на поступак заједничког договарања (ОЕЦД 2017, 389). Пошто Србија као земља извора ускраћује погодност из пореског уговора интерпретирајући одредбу о ГЦТ тесту, могло би се закључити да холандске пореске власти неће отклонити двоструко опорезивање непосредно него тек у поступку заједничког договарања. Чанд сматра да је формулација чл. 23 Модел-конвенције ОЕЦД о томе када се пружа олакшица у виду методе за отклањање двоструког опорезивања³¹

³¹ „Када резидент државе уговорнице остварује доходак или поседује имовину који, у складу с одредбама ове конвенције, могу бити опорезовани у другој држави уговорници.“

довољна да све док земља извора опорезује део дохотка у складу са пореским уговором – а ефекат примене норме о ГЦТ тесту јесте у складу с уговором – земља резидентства мора да испуни своју обавезу из чл. 23 тог пореског уговора (Chand 2018a, 202). Ми се, пак, питамо да ли се примена одредбе о ГЦТ тесту са толико простора за арбитраност од надлежних органа земље извора мора прихватити у земљи резидентства као да је у складу с одредбама пореског уговора или се може уважити аргумент да постоји разлика у тумачењу (на пример, да ли је реч о једном од основних циљева трансакције), која – а не сукоб квалификација услед разлика у националним законодавствима – доводи до примене различитих одредаба пореског уговора у земљи извора и у земљи резидентства. У том другом случају морао би да уследи поступак заједничког договарања да би се отклонило двоструко опорезивање.

У литератури се срећу два приступа решавању дилеме која се односи на последице примене одредбе о ГЦТ тесту. Заговорник првог, Карлос Палао Табоада (*Carlos Palao Taboada*) сматра да примена сваког *GAAR*-а, и домаћег и оног из пореског уговора, захтева преобликовање пореског третмана аранжмана на основу ситуације која одговара њеној економској суштини (коју *GAAR* одређује), а не форми чијој се конструкцији прибегло са циљем избегавања пореза (Taboada 2015, 606). Други приступ се заснива на аргументацији да *de lege lata* није допуштено тумачити ГЦТ тест који представља *GAAR* с ограниченим ефектима, према параметрима *GAAR*-а са проширеним ефектима. У том смислу, Андрес Баес Морено (*Andrés Báez Moreno*) (2017, 442) истиче да нису сва домаћа општа анти-абузивна правила *GAAR*-ови са проширеним ефектима, те да отуда не постоји модел који би представљао „природну“ конфигурацију *GAAR*-а у погледу његових правних последица. Тај аутор сматра да изричита формулација одредбе о ГЦТ тесту, у којој се говори само о ускраћивању погодности из пореског уговора, не допушта корективна тумачења с обзиром на чл. 31 (1) Бечке конвенције, о чему је већ било више речи. Предмет и циљ одредбе о ГЦТ тесту јесте спречавање избегавања пореза, а управо то се постиже нормом о *GAAR*-у с ограниченим ефектима. Према мишљењу тог аутора, ако би земља резидентства одбила да пружи неку од метода за елиминацију двоструког опорезивања из чл. 23 Модел-конвенције ОЕЦД, одредба о ГЦТ тесту би „у већој мери спречавала избегавање пореза, пошто би последице његове примене могле бити теже за пореског обвезника“ (Báez Moreno 2017, 442). Тај аргумент, међутим, нема ослонца у формулацији чл. 7 (1) *MLI*, па закључујемо да је довољно утврдити предмет и циљ одредбе о ГЦТ тесту, чији су ефекти ограничени.

Уколико би се, пак, трагало за предметом и циљем пореског уговора у целини, модификована преамбула, у коју су, осим спре-

чавања двоструког опорезивања, укључени и спречавање пореске евазије и избегавања пореза, не даје разрешење дилеме о хијерархији тих циљева. Отуда околност да ГЦТ тест, као *GAAR* с ограниченим ефектима, може довести до двоструког опорезивања не значи да „пада у воду“ жељени антибузивни циљ пореског уговора као споредан; ГЦТ тест, на основу којег земља извора ускраћује погодност из пореског уговора, праћен одбијањем земље резидентства да пружи олакшицу из чл. 23 Модел-конвенције ОЕЦД – зато што сматра да земља извора није правилно применила ГЦТ тест, односно да она има право да примени тај тест – довешће до двоструког опорезивања, па закључујемо да у Модел-конвенцију ОЕЦД треба *de lege ferenda* уградити одредбу која би ГЦТ тест дефинисала као уговорни *GAAR* са проширеним ефектима.

Имајући у виду да је за тзв. дискрециону олакшицу из чл. 7 (4) *MLI* оптирала укупно само 31 држава, односно јурисдикција,³² од којих већина претендује да, упркос *BEPS*-у, задржи атрактивност режима опорезивања, као и околност да ће се олакшица примењивати у пореском уговору само ако су обе обухваћене пореске јурисдикције начиниле ту опцију, закључујемо да се већина држава и јурисдикција одлучила за потенцијално пенализујући приступ уговорног *GAAR*-а с ограниченим ефектима. То сведочи о релативном значају дивергентних циљева пореских уговора који им та већина придаје: *макар и постојало двоструко опорезивање (ако поступак заједничког договарања не да резултат), спречава се злоупотреба пореског уговора*. Стварне размере ризика да земља резидентства одбије да примени олакшицу из чл. 23 Модел-конвенције ОЕЦД и тако не отклони двоструко опорезивање у условима када је земља извора, по основу ГЦТ теста, ускратила погодност из пореског уговора, показале су у наредним годинама.

4. УСТАВНОПРАВНЕ ПРЕПРЕКЕ ЗА ГЦТ ТЕСТ

Уставност одредбе о ГЦТ тесту може се оцењивати у односу на уставне принципе правне сигурности и једнакости. Чланом 16 (2) *in fine* Устава Републике Србије прописује се да потврђени међународни уговори морају бити у складу с Уставом што, упркос њиховом месту у хијерархији прописа у односу на домаће законе, оставља простор за оцену уставности појединих њихових одредаба.

³² Андора, Аустралија, Белгија, Костарика, Обала Слоноваче, Курасао, Кипар, Чешка, Фиџи, Габон, Гернси, Мађарска, Ирска, Острво Ман, Џерси, Лихтенштајн, Литванија, Луксембург, Малта, Маурицијус, Холандија, Нови Зеланд, Пакистан, Сан Марино, Сенегал, Сејшели, Сингапур, Украјина, Уједињени Арапски Емирати, Велика Британија и Уругвај.

4.1. Правна сигурност

Иако Устав Србије непосредно не помиње правну сигурност *en général*, Уставни суд Србије је сматра једним од уставних начела,³³ руководећи се ставовима Венецијанске комисије Савета Европе о кључним елементима владавине права (Van Dijk *et al.* 2011, 10). Оперативна дефиниција правне сигурности своди се на захтев да правна правила буду јасна и прецизна, са циљем да обезбеде да ситуације и правни односи које уређује право остану предвидљиви.³⁴

Ако би се под правном сигурношћу подразумевало да линија разграничења између избегавања пореза и легитимне пореске митигације треба да буде прецизно повучена, таква би очекивања могла компромитовати идеју о *GAAR*-у уопште, па и о уговорном ГЦТ тесту. Џудит Фридман (*Judith Freedman*) указује на то да „приоритет треба да има израда практичног система са фер тестом који је спроводив за већину која поштује прописе, а није подложен манипулацији којој би био изложен потпуно изванредан тест, под претпоставком да би уопште могао да буде конципиран“ (Freedman 2004, 355). Што је већа прецизност законске формулације, то би креативност пореских обвезника намерних да избегну порез постајала израженијом.³⁵ И ОЕЦД је наглашавао да „порески обвезници имају право на висок степен извесности пореских последица својих акција. Наравно, извесност није увек могућа. ... Пореске власти не морају бити у обавези да пореском обвезнику пруже сигурност примене антиабузивних одредаба усмерених ка пореским обвезницима који настоје да изиграју намеру законодавца“ (OECD 1990, 12).

Релативно широк маневарски простор који општа антиабузивна правила морају да оставе не сме да буде терен на којем ће меко ограничена дискрециона овлашћења пореских органа урушити принцип владавине права. Отуда би *GAAR*, укључујући одредбу о ГЦТ тесту, требало да садржи јасне и конзистентне стандарде, унапред познате пореским обвезницима, али такве да не уклањају потребу за одређеним дискреционим овлашћењима пореске администрације. Дакле, треба пронаћи равнотежу између захтева за правном сигурношћу и захтева за спречавањем избегавања пореза. Такви стандарди могу се потражити, на пример, у извештају Грејема Аронсона (*Graham Aaronson*), на основу којег је припремљен британски *GAAR*.³⁶ Но,

³³ Одлука Уставног суда IУз-138/2016 од 26. априла 2018. године.

³⁴ Упор. ЕСЈ, С-63/93 (*Duff and Others*) [1996], пара. 20.

³⁵ Видети више у Atkinson (2012, 11).

³⁶ На пример, аранжман доводи до потребе опорезивања до одбитак који су значајно већи од стварних економских расхода или губитака; укључује трансакцију по вредности која се значајно разликује од тржишне или уопште није под комерцијалним условима; укључује локацију неког средства или трансакције или место резидент-

не може се пренебрегнути критика да у таквим условима постоји ризик од приступа *expressio unius est exclusio alterius* и да *GAAR*, укључујући одредбу о ГЦТ тесту, треба да избегава енумерацију стандарда (Kasoulides Paulson 2013, 47–48). Осим тога, формулисање све детаљнијих правила, како смо већ указали, охрабрује избегавање пореза манипулацијом тим правилима (Freedman 2004, 346). При томе, пропис постаје све сложенији,³⁷ што повећава број спорова и ствара већу правну несигурност. *GAAR*, па и ГЦТ тест, своју „ефикасност у супротстављању непредвиђеним и непредвидљивим облицима избегавања пореза заснивају на широко формулисаним терминима и принципима, па би прецизно одређивање њихових спољашњих граница одредбе вероватно учинило неделотворним“ (Atkinson 2012, 11).

Компаративна уставносудска пракса показује да потреба да се буде неодређен да би *GAAR*, укључујући ГЦТ тест, био ефикасан не може бити остављена без граница. Уставни суд Пољске је пресудио да је чл. 24 b, § 1 Пореског закона из 1997. године (пољ. *Ordynacja podatkowa*), који садржи *GAAR*, у супротности с Уставом,³⁸ пошто ће уставни принцип владавине права, из којег произлази принцип правне сигурности, бити нарушен када је формулација правне норме тако неодређена и непрецизна да код оних на које је упућена ствара несигурност у погледу права и обавеза које имају. Таква одредба даје прекомерно широк оквир у којем органи овлашћени да је примењују *de facto* преузимају улогу законодавца у односу на та неодређено и непрецизно уређена питања.

У ситуацији када су општа антиабузивна правила неопходна мера за супротстављање избегавању плаћања пореза, а њихове широке формулације стварају проблеме на терену уставности, поставља се питање уравнотежења односа између принципа правне сигурности и *GAAR*-ова, укључујући ГЦТ тест. Ана Паула Дурадо (*Ana Paula Dourado*) (2015, 56) упозорава да формулација одредбе о ГЦТ тесту значи да, уколико је остваривање пореске погодности био један од главних циљева аранжмана или трансакције, постоји претпоставка да пореска погодност није у складу са предметом и циљем пореског уговора, што сматра *диспропорционалном* мером, која је у супротности с основним слободама из конститутивних уговора ЕУ.³⁹ Такве претпоставке нема ни у *GAAR*-у из Директиве против избегавања

ства лица, који не би тако били лоцирани да аранжман није урађен да би се остварио абузивни порески исход; итд. Видети Aaronson (2011, 47–48), https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20130402163458/http://www.hm-treasury.gov.uk/d/gaar_final_report_11111.pdf (последњи приступ 7. јануар 2019. године).

³⁷ Упоредити Schwidetzky (1996, 403).

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

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

пореза ни у принципу забране злоупотребе права, који је разрадио Европски суд правде.⁴⁰ Значај пропорционалности између предузете мере и циља који се настоји остварити препознао је и Уставни суд Србије. Он је тако утврдио да одредба чл. 9 (1) (16) Закона о порезу на доходак грађана⁴¹ о изузимању из дохотка за опорезивање накнада за рад лица у органима за спровођење избора није у сагласности с Уставом јер нарушава принцип једнакости из чл. 21 (1 и 3) Устава и принцип општости пореске обавезе из чл. 91 (2) Устава. Суд је констатовао да не постоји рационална сразмерност између пореске мере (прописаног изузимања) и легитимног циља чијој се реализацији у конкретном случају тежи.⁴²

Неодређеност и непрецизност *GAAR*-а, укључујући одредбу о ГЦТ тесту, отвара питање прешироких дискреционих овлашћења датих надлежним органима. Они треба само да „разумно закључе“ (а не и да *утврде*) да је остваривање погодности из пореског уговора било „један од главних циљева трансакције или аранжмана“, па да пореском обвезнику ускрате ту погодност, о чему је већ било речи. На арбитрарност насталу овлашћењем да се о постојању злоупотребе права одлучује на основу „разблаженог“ критеријума циља трансакције позвао се Уставни савет Француске када је оценио да одредба чл. 100 Финансијског закона за 2014. годину није у сагласности с Уставом јер је у њој ранији тест „искључивог циља“ замењен тестом „главног циља“ приликом идентификације радњи које чине злоупотребу пореског права из L. 64 du *Livre des Procédures Fiscales*. Уставни савет сматра, између осталог, да је последица такве промене у дефиницији радње злоупотребе права поверавање пореској администрацији превелике слободе у оцењивању, што нарушава принцип правне сигурности.⁴³

За разлику од поменутог Кемереновог разумевања норме из *GAAR*-ова у новијем праву ЕУ и националним законодавствима о

⁴⁰ Иако Европски суд правде нема јурисдикцију да тумачи сâм порески уговор (тј. да ли је земља резидентства дужна да отклони двоструко опорезивање дела дохотка или имовине настало ускраћивањем погодности из пореског уговора од органа земље извора), он је надлежан да оцењује његове правне ефекте на остваривање основних слобода на основу представљених чињеница. Видети ЕСЈ, С-128/08 (*Damseaux*) [2009], пара. 20, 23. Отуда одредба о ГЦТ тесту, када буде уграђена у обухваћени порески уговор државе чланице ЕУ, неће моћи да избегне оцену Европског суда правде с аспекта компатибилности са правом ЕУ. Упоредити Koriak (2016, 18).

⁴¹ *Службени гласник РС*, 24/01, 80/02, 135/04, 62/06, 65/06.

⁴² Одлука Уставног суда IУз-128/11 од 8. новембра 2012. године, *Службени гласник РС*, 114/12.

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

абузивности „главног циља или једног од главних циљева“, које тај услов тумачи тако да је ипак реч о *доминантном* циљу, одредбом чл. 7 (1) *MLI* јасно се дозвољава да може постојати не само један „главни“ циљ трансакције или аранжмана већ да упоредо може егзистирати више таквих циљева. Арбитрарност се састоји у томе што порески обвезник може да докаже да је један од „главних“ циљева био нефискалне природе (на пример, улазак на ново тржиште), али порески орган ипак може узети погодност из пореског уговора (на пример, коришћење снижене стопе пореза по одбитку) као такође један од таквих циљева и ускратити је пореском обвезнику. Порески орган има широко дискреционо овлашћење да повлачи линију разграничења између „једног од главних циљева“ (када ускраћује погодност из пореског уговора) и „секундарног циља“ (када је неће ускратити) и на том питању би оцена уставности могла да покаже да је нарушен уставни принцип правне сигурности.

Додатна разлика између чл. 7 (1) *MLI* и „стандардних“ општих антиабузивних формулација је у томе што се у одредби о ГЦТ тесту не захтева да трансакција или аранжман буду артифицијелни. И јуриспруденција Европског суда правде и секундарно пореско право ЕУ, међутим, садрже такав захтев. У случају *Cadbury Schweppes*, Европски суд правде је заузео став да злоупотреба постоји када су у питању „потпуно артифицијелни аранжмани који не одражавају економску реалност“.⁴⁴ Да би се утврдило да ли је реч о таквим аранжманима, осим субјективног елемента који се састоји у намери да се оствари пореска погодност,⁴⁵ морају постојати и одређене објективне чињенице, које одражавају економску реалност.⁴⁶ Морају се узети у обзир све околности како би им се дао прави значај.⁴⁷ На артифицијелности се инсистира у Директиви против избегавања пореза и у новелираној Директиви о заједничком систему опорезивања матичних компанија и филијала из различитих држава чланица. Вебер, који сматра да ГЦТ тест *eo ipso* не нарушава основне слободе из Уговора о функционисању ЕУ⁴⁸ (јер двоструко опорезивање настало ускраћивањем погодности из пореског уговора не угрожава те слободе), истиче да се приликом оспоравања сагласности са комунитарним правом не може позивати на принцип правне сигурности као

⁴⁴ ECJ, C-196/04 [2006], para. 55.

⁴⁵ Сама чињеница да постоји пореска погодност не значи да је у питању злоупотреба. ECJ, C-196/04 [2006], para. 38.

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

⁴⁷ Упоредити ECJ, C-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.

такав, уколико није примењена нека одредба права ЕУ.⁴⁹ При томе, он сматра да би једину сметњу за примену ГЦТ теста пред Европским судом правде могло да представља то што се у одредби чл. 7 (1) *MLI* не захтева артифицијелност, на којој, пак, инсистирају анти-абузивна правила из права ЕУ (Weber 2017, 56). Зато је Европска комисија донела Препоруку о примени мера против злоупотребе пореског уговора,⁵⁰ у којој државама чланицама сугерише да у своје пореске уговоре укључе одредбу о ГЦТ тесту у формулацији из чл. 7 (1) *MLI*, уз допуну да до ускраћивања погодности из пореског уговора неће доћи не само када је испуњен услов из објективног теста већ ни уколико се установи да аранжман или трансакција одражавају стварну економску активност. До сада, међутим, та препорука није спроведена.

Према нашем мишљењу, непостојање захтева за артифицијелношћу у одредби о ГЦТ тесту (ни у чл. 29 (9) Модел-конвенције ОЕЦД, који је преузео чл. 7 (1) *MLI*, нити у Коментару) такође сведочи о нарушавању правне сигурности јер управо постојање таквог захтева у другим *GAAR*-овима служи да се ограничи широка дискрециона овлашћења пореских органа надлежних за примену анти-абузивних тестова. Такав наш закључак представља другу страну тврдње да изостављање захтева да се спроведе тест економске реалности из случаја *Cadbury Schweppes* „носи ризик да би и аранжмани који нису потпуно артифицијелни могли потпасти под правило о ГЦТ“ (Koriak 2016, 24).

Осим питања уставности у односу на принцип правне сигурности *en général*, нормом о ГЦТ тесту отвара се простор и за оцену њене усклађености са чл. 34 Устава Србије,⁵¹ према којем се „нико... не може огласити кривим за дело које, пре него што је учињено, законом или другим прописом заснованим на закону није било предвиђено као кажњиво, нити му се може изрећи казна која за то дело није била предвиђена“. Не постоји законом прописано кривично дело нити прекршај на које би указивао ГЦТ тест: овде *per definitionem* није реч о незаконитој евазији. Претходна анализа је, међутим, указала на то да ће се, у ситуацији када земља извора ускрати пореском обвезнику

⁴⁹ У пресудама у случајевима *Commission v. Greece* (ЕЦЈ, С-178/05 [2007]), *SIAT* (ЕЦЈ, С-318/10 [2012]) и *Itelcar* (ЕЦЈ, С-282/12 [2013]) позивало се на нарушавање принципа правне сигурности зато што је било повређено неко друго право ЕУ. У првом случају, повређена је Директива која се односи на посредне порезе на повећање капитала (Council Directive 69/335/ЕЕЦ, *Official Journal of the European Communities*, L 249/25, 3. 10. 1969), а у другом и трећем случају слободе из Уговора о функционисању ЕУ.

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

⁵¹ Изнад тог члана стоји наслов „Правна сигурност у казненом праву“.

погодност из пореског уговора а земља резидентства одбије да пружи неку од метода за елиминацију двоструког опорезивања, одредба о ГЦТ тесту показати као извор својеврсне *непрописане* „санкције“ јер ће порески обвезник бити изложен додатном новчаном терету (двоструком правном опорезивању дела дохотка или имовине). То би се могло сматрати нарушавањем уставног начела *nulla poena sine lege*. Напомињемо да Европски суд за људска права има етаблирану праксу према којој концепт „казне“ представља аутономан концепт по Европској конвенцији за људска права, те Суд задржава право да „зађе иза појавног (облика одређене мере – *Д. П. и Г. И. П.*) и за себе процени да ли одређена мера својом суштином досеже до ‘казне’.“⁵² Због тога околност да проистекло пенализујуће двоструко опорезивање не носи законско обележје „казне“ не би могла да спречи да се та мера тако квалификује, при чему се порески обвезник кажњава за дело (нелегитимно, иако законито, избегавање пореза) које није предвиђено као кажњиво. У сличним околностима, мада везаним за домаћи *GAAR*, француски Уставни савет је оценио да би поменути чл. 100 Финансијског закона за 2014. годину „такође нарушио захтеве који произлазе из принципа законитости деликата и казни“.⁵³

4.2. Једнакост пред законом

Чланом 21 Устава Србије предвиђено је да су „пред Уставом и законом сви... једнаки“ и да је „забрањена... свака дискриминација, непосредна или посредна, по било ком основу...“. Чланом 91 (2) Устава прописано је да је „обавеза плаћања пореза и других дажбина... општа и заснива се на економској моћи обвезника“. Општост пореске обавезе је, дакле, друга страна принципа једнакости пред (пореским) законом (Поповић 2018, 38).

Питање сагласности одредбе о ГЦТ тесту са принципом једнакости отвара се због последичног неједнаког третмана идентичних аранжмана, који се један од другог разликују само по томе што је један порески обвезник успео да, на пример, снижену стопу пореза по одбитку представи као секундарни циљ трансакције или аранжмана (јер је примарни циљ улазак на ново тржиште), па му је зато погодност из пореског уговора пружена, док други порески обвезник у томе није успео, па му је порески орган ускратио ту погодност, оцењујући је као „један од главних циљева“. При томе, нарушен је и принцип плаћања пореза према економској моћи јер није обезбеђен захтев за хоризонталном правичношћу, односно да лица с истом економском снагом треба да плате исти износ пореза. Закључујемо да

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

⁵³ Le Conseil constitutionnel, para. 113.

из формулације чл. 7 (1) *MLI* произлази да порески орган спроводи ГЦТ тест „од случаја до случаја“, што може да доведе до различитих решења у истим ситуацијама.

Иако је „целокупно опорезивање... у повлачењу разлика“ (Thuronyi 2003, 82), оне би требало да буду засноване на објективним и разумним оправдањима, која ће бити вреднована према предмету и циљу пореског прописа, узимајући у обзир општеприхваћене принципе у демократском друштву. Уставни суд Србије је у неким случајевима у последњих десетак година почео да оцењује сагласност пореских одредаба следећи такав приступ и да примењује критеријум сразмерности између циља и употребљеног средства.⁵⁴

Сматрамо да би примена теста пропорционалности⁵⁵ могла да доведе до закључка да је одредбом о ГЦТ тесту нарушен принцип једнакости. И када би се Суд држао доктрине о „једнакости у истој правној ситуацији“,⁵⁶ тешко да би могао да закључи да се применом норме о ГЦТ тесту утврђена обавеза „једнако односи на све грађане који се налазе у истој правној ситуацији“ јер ће једноме бити пружена, а другоме ускраћена погодност из пореског уговора, зависно од тога да ли је квалификована као секундарни или, пак, један од главних циљева аранжмана или трансакције.

Ако би се у складу са карактером одредбе о ГЦТ тесту, као *GAAR*-у с ограниченим ефектима, догодило да, пошто земља извора ускрати погодност из пореског уговора, а земља резидентства не примени методу кредита или методу изузимања, порески обвезник буде изложен двоструком правном опорезивању, може се отворити и питање уставности одредбе о ГЦТ тесту у земљи извора у односу на уставни принцип опорезивања према економској снази. Примера ради, уколико два пореска обвезника исте економске снаге, који су резиденти Финске, уложе исти износ у по једно привредно друштво – резиденте Србије, при чему први одобрава позајмицу очекујући

⁵⁴ На пример, Суд је констатовао да је одредбом чл. 2 (1) Закона о једнократном порезу на екстра доходак и екстра имовину стечене искоришћавањем посебних погодности (*Службени гласник РС*, 36/01, 37/01, 18/02) повређено начело забране дискриминације из чл. 21 Устава Србије. Према тој одредби, правна и физичка лица која су доходак и имовину стекла на исти начин, тј. „коришћењем посебних погодности“, али после ступања на снагу тог закона, не подлежу обавези плаћања једнократног пореза, чиме је повређен принцип једнакости пред законом. Остваривање циља којим се законодавац руководио не сме да буде основ да се без објективног и разумног оправдања створе нове разлике међу потенцијалним пореским обвезницима. Видети Одлуку Уставног суда IY-221/01 од 14. јула 2011. године, *Службени гласник РС*, 72/11.

⁵⁵ О сразмерности између циља и употребљеног средства, видети више у Bourgeois (2008, 92–93).

⁵⁶ Видети на пример Одлуку Уставног суда IY-39/04 од 16. септембра 2004. године, *Службени гласник РС*, 122/04.

приход од камате (на коју се, према пореском уговору између Србије и Финске, не плаћа порез по одбитку у земљи извора), док други улаже сопствени капитал очекујући приход од дивиденде (на коју се плаћа порез по одбитку од 5%), њихов порески третман био би неједнак јер би првome била ускраћена пореска погодност на основу примене ГЦТ теста. Иако им је способност плаћања иста,⁵⁷ први обвезник – само због тога што је надлежни орган оценио да је укључен у аранжман чији је један од главних циљева абузивни – биће изложен двоструком опорезивању дела свог дохотка. Уставни суд Србије би могао да сматра да одредба пореског уговора која доводи до таквог исхода није у сагласности са чл. 91 (2) Устава. Пред Уставним судом Србије могао би, као контрааргумент, да се наведе да је до двоструког опорезивања дошло због одбијања земље резидентства (Финске) да примени једну од метода за елиминацију двоструког опорезивања, али је такав исход резултат сагласности воља уговорних страна, које су одлучиле да не оптирају за примену дискреционе олакшице из чл. 7 (4) *MLI*.

5. ЗАКЉУЧАК

Уградњом одредбе о ГЦТ тесту у обухваћене пореске уговоре започела је *post-BEPS* ера међународног пореског права. Наша анализа је показала да су тој одредби инхерентне бројне слабости, од којих неке, попут нарушене правне сигурности, неједнаког третмана и новчане пенализације пореског обвезника услед двоструког опорезивања, могу убудуће да буду предмет оцене уставности. Уставни судови у Пољској и Француској већ су проглашавали неуставним домаће *GAAR*-ове, чије су одредбе биле сличне деловима одредбе о ГЦТ тесту, пре свега због неодређености и непрецизности формулација, као и због „разблаживања“ елемената за испитивање постојања злоупотребе права („искључиви циљ“ постао је „главни циљ“). Изазов је, међутим, сада сложенији јер би одлука да одредба о ГЦТ тесту из пореских уговора није у складу с уставом срушила важан део *BEPS* конструкције.

Прецизност нормe би се повећала, а правна несигурност смањила уколико би се, макар у Коментару Модел-конвенције ОЕЦД, јасније одредила граница између „једног од главних циљева“ аранжмана или трансакције и секундарног циља, посебно имајући у виду ризике које за *bona fide* пореске обвезнике носи низак ниво доказа да је постојала абузивна намера који се очекује од пореског органа

⁵⁷ Не разликује се ни интензитет коришћења јавних добара у земљи извора (Србији), те не постоји оправдање за укупно оштрије опорезивање једног у односу на другог.

(„разумно закључивање“) и висок ниво доказа који порески обвезници морају пружити у објективном тесту („установљавање“ да је одобравање погодности у датим околностима било у складу са предметом и циљем одговарајућих одредаба пореског уговора) да би се изузели од ускраћивања погодности из пореског уговора. Сем тога, норму о ГЦТ тесту требало би употпунити захтевом да аранжман мора да буде артифицијелан да би се сматрао абузивним. Чланом 30 *MLI* предвиђено је да одредбе Мултилатералне конвенције не утичу на накнадне измене обухваћених пореских уговора које могу бити договорене између уговорних јурисдикција, што би значило да би државе у којима би уставни суд оспорио делове одредбе о ГЦТ тесту могле на билатералној основи да потраже задовољавајуће решење. Уколико је број држава и јурисдикција у којима је уставни суд нашао да те одредбе нису у сагласности с уставом значајан, могао би се у прописаној процедури поднети амандман на Мултилатералну конвенцију.

Пенализујући ефекат одредбе о ГЦТ тесту с ограниченим ефектима, за који би уставни судови могли да оцене да није у сагласности с уставним принципом правне сигурности у казненом праву, нестао би ако би се уговарала примена дискреционе олакшице. Остао би приговор на рачун непрецизности одредбе о дискреционој олакшици, имајући у виду да порески орган има слободу избора неабузивне структуре коју ће применити.⁵⁸

Иако је целокупан *BEPS* пројекат, и *MLI* као његов важан део, рађен у сарадњи водећих експерата из домена међународног пореског права, под окриљем ОЕЦД-а, уз подршку Г 20, те се већина прихваћених мера може високо оценити,⁵⁹ изгледа да су ефекти избегавања пореза путем ерозије пореске основице и премештања добити, исказани кроз губитак пореских прихода у износу од око 200 милијарди УСД на глобалном нивоу годишње,⁶⁰ утицали на „радикализацију“ појединих решења, пре свега одредбе о ГЦТ тесту из чл. 7 (1) *MLI*. „Тас“ је превагнуо на страну пореске администрације, што се очигледно желело постићи. Осим тога, уз циљ пореског уговора дефинисан као „избегавање двоструког опорезивања без стварања могућности за неопорезивање или смањено опорезивање путем пореске евазије или избегавања пореза“, отворен је простор да, после ускраћивања погодности из пореског уговора у земљи извора порески обвезник остане двоструко опорезован јер није примењена једна

⁵⁸ Видети више у Pinetz (2016, 299).

⁵⁹ За одређене замерке *BEPS* пројекту, упоредити 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> (последњи приступ 14. јануар 2019. године).

од мера за елиминацију двоструког опорезивања у земљи резидентства, кад год се она не сложи са реконфигурисаним пореским третманом оспореног аранжмана у земљи извора.

У предстојећим годинама стицаће се прва искуства у примени одредбе о ГЦТ тесту и реакцији земље резидентства, која ће потврдити или оспорити изнете примедбе. Такође ће се показати у којој ће мери бити потребна реконструкција модификоване мреже пореских уговора због дејства евентуалних одлука уставних судова о (не) уставности норме која садржи овај тест.

ЛИТЕРАТУРА (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_11111.pdf (последњи приступ 7. јануар 2019. године).
- 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.
- 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> (последњи приступ 25. децембар 2018. године).
- Bourgeois, Marc. 2008. Constitutional Framework of the Different Types of Income. 79–183 у *The Concept of Tax*, уредник 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, и 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.
- Ловчевић, Јован. 1993. *Институције јавних финансија*, Београд: Службени лист СРЈ (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> (последњи приступ 10. јануар 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*, уредници Michael Lang, Pasquale Pistone, Alexander Rust, Josef Schuch и Claus Staringer. Vienna: Linde Verlag.
- Поповић, Дејан. 2018. *Пореско право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду (Popović, Dejan. 2018. *Poresko pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.)
- Поповић, Дејан, и Гордана Илић Попов. 2017. Значај и ефекти BEPS мултилатералне конвенције у међународном пореском праву. *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 75: 13–31 (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.)
- Поповић, Дејан, и Светислав В. Костић. 2009. *Уговори Србије о избегавању двоструког опорезивања. Правни оквир и тумачење*. Београд: Цекокс ин (Popović, Dejan, i Svetislav V. Kostić. 2009. *Ugovori Srbije o izbegavanju dvostrukog oporezivanja*. Pravni okvir i tumačenje. Beograd: Cekos 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.
- Тодоровић, Милан. 1930. *Наука о финансијама. I Наука о порезима*. Београд: Геца Кон (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 и Каарло Туори. 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.

УДК 342; 321.01

CERIF: S115

DOI: 10.5937/AnalPFB1902035T

Зоран Р. Томић*

ЈАВНИ ПОРЕДАК: ПОЈАМ И СТРУКТУРА

Чланак је посвећен трагањима за суштином и структуром јавног поретка, као опште категорије у сваком правном и друштвеном систему, али и као клаузуле у међународном приватном праву. Предочени су сложеност, динамика и важност јавног поретка. Аутор наглашава да јавни поредак у најширем смислу обухвата како принудне прописе, тако и морална и обичајна правила, па и устаљену и признату судску праксу највиших судова – као и примерене круцијалне друштвене вредности, институте, али и мере/радње јавних тела. Вели да јавни поредак има најмање два циља: 1) заштиту – не само људских слобода и права већ и друштвене целине, заједнице; 2) регулацију друштвених токова, посебно јавних служби. Јавни поредак се стога нипошто не може свести на ограничавања (рецимо, аутономије воље, посебно слободе уговарања) и наређивања. Обрађена су и најважнија својства јавног поретка, а понуђена је и класификација односне категорије.

Кључне речи: *Основне вредности. – Јавни поредак. – Јавни интерес. – Заштита. – Регулација.*

*En droit public, tout est ordre public
(L. Béquet)¹*

1. УВОД

„Јавни поредак“ је релативно често коришћен термин и у стручној литератури и у законодавству, па и свакодневном говору. Звучи

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, ztomic@ius.bg.ac.rs.

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

познато, лако одредиве садржине. Но, да ли је баш тако? Није нетачно да се он тиче – у одређеном смислу – целине јавног права. Али такво дефинисање би било далеко од прецизног. А, при томе, остаје и питање разликовања, демаркационе линије (ако уопште постоји?!) јавног и приватног права (Водинелић 2017, 586–611). Такође, питање је да ли се јавни поредак исцрпљује у правним нормама, да ли је његова садржина искључиво нормативна. Да ли укључује морални супстрат, легитимне („добре“), прихваћене обичаје, уходану судску праксу највишег ранга, чак естетски моменат – и можда још понешто?

Циљ започетог написа је да се проникне у структуру јавног поретка, посебно у унутрашњем праву. Да се покажу и анализирају његова разуђеност, различита значења и важнији проблеми у његовој примени, посебно у судској пракси. Аутор чланка има у виду, у првом реду (али не и једино!), правну страну јавног поретка – али и разграничење од правног поретка! – његову природу, значај и место у номенклатури друштвених појава и појмова.

Редослед излагања је следећи: прво се разматра категорија јавног интереса као основ и окосница теме започетог чланка. Следи ближе одређење јавног поретка, његових кључних елемената, посебно њихове међусобне везе. Затим се прелази на разврставање јавног поретка, на његове врсте и облике, да би се – на концу – извели одговарајући закључци, па и резиме о сржи изабраног питања.

2. ЈАВНИ ИНТЕРЕС

Јавни интерес и јавни поредак су тешко одвојиви. С једне стране, не може се дефинисати улога јавног поретка без јавног интереса као његове подлоге (Méadel 2007, 8). С друге стране, јавни поредак је – између осталог – скуп јавних интереса, и то оних најзначајнијих, круцијалних. У том смислу је јавни поредак подручје најважнијих јавних интереса који се беспоговорно штите од свеколиког угрожавања.

Интерес се узима као нешто што привлачи пажњу: „оно што (нам) је важно“, „што (нам) одговара“, „оно што (нас) покреће“, „подлога наших активности или пак само хтења/жеља“... Ако се то „нешто“ тиче већине, односно великог броја чланова једне друштвене заједнице, што је као такву одржава и унапређује, с циљем да се обезбеде благостање и друштвени ред, мир и склад – а опет је то „нешто“ доступно, начелно отворено свима – на трагу смо јавном интересу.

Јавно је, с једне стране, антипод тајном. С друге стране, јавно се ставља наспрам приватног. Јавно је у принципу светло, видљиво –

а тајно, мрачно, тешко докучиво, прикривено. Укратко и упрошћено, јавно је начелно отворено, а тајно затворено тако да је доступно само кругу одабраних/одређених.

Јавни интерес у великом делу не мора да се поклапа са оним државним, па ни са националним. Изворно, јавно је лишено те приоритетне политичке црте. Значи, код јавног није у првом реду посредни „државни разлог“ (Mogeaу 1989, 352): није му смисао одржавање одређене политичке гарнитуре на власти нити одређеног политичког поретка и остваривање циљева (политичких, војних, економских, културних...) актуелних властодржаца. Уједно, јавно се не тиче односа домаће државе и оних других, страних – осим посредно, кад је посредни обезбеђење и одржање спољне безбедности или заштите граница. Јер, у средишту пажње јавног интереса није држава већ друштво, заједница, али и појединци – грађани, узети и сваки понаособ и као припадници одређене целине. У том погледу јавно се примиче „општем“ (Méadel 2007, 8). Дакле, легитиман јавни интерес није супротан – нити би у савременом демократском цивилизацијском поретку смео да буде – појединачном интересу, бар највећем броју њих. Напротив, стандардни појединачни интереси се редовно „проналазе“ у оном јавном.

Квантитативно узев, јавно се тиче великог броја повезаних јединки, које заједно држе баш одређени шири интереси у датој социјалној целини. *Квалитативно*, јавни интерес претеже над оним појединачним и групним. Јавно је, у свим његовим видовима, егзистенцијално и есенцијално за дати друштвени миље. Оно је незаменљиво и стално, али није беспоговорно стабилно, окамењено, с обзиром на друштвену покретљивост ангажованих интереса. Због свог капиталног значаја, јавни интерес се правно изражава и штити, санкционише се његова повреда. Он је у крајњој линији заштићен монополом државне силе, која је подвргнута владавини права.

Три су опредељујућа, конститутивна елемента јавног интереса. Прво – пуно остваривање и заштита људских слобода и права. Друго – редовно одвијање друштвеног живота у свим његовим компонентама, уз нужне корекције и унапређења. Треће – уредан рад државних органа и јавних тела.

Облици јавног интереса су упоришне тачке различитих подручја друштвеног живота, као што су, примерице: спољна и унутрашња безбедност, јавни ред и мир, континуирано и оптимално снабдевање енергентима и храном, нормално функционисање других јавних служби (здравство, образовање, култура, комунални ред итд.), регулисан и несметан саобраћај, јавне комуникације/везе, чување животне средине од загађења, складно уређење јавног простора, функционисање свих врста тржишта, посебно заштита конкуренције,

пружање информација од јавног значаја и заштита података о личности – и друго.

Илустрације ради, *Устав Србије* вели: „Право својине може бити одузето или ограничено само у јавном интересу утврђеном на основу закона, уз накнаду која не може бити нижа од тржишне.“² Такође, у Уставу се на више места помињу јавне службе, јавни послови, јавне функције и јавни функционери, јавна овлашћења, јавно здравље итд. Јавни интерес је посебно својствен управноправној процедури, према *Закону о општем управном поступку*,³ знатно мање оној управној судској, у смислу *Закона о управним споровима*.⁴

3. ПОЈАМ И УЛОГА ЈАВНОГ ПОРЕТКА

Појам *поретка* се заснива на две кључне организационе премисе. То су ред и склад. Поредак подразумева више елемената „који испуњавају интелектуалне, моралне или естетске услове“ (Krokhalev 1992, 23–24). За Ж.-Ж. Русоа (*Jean-Jacques Rousseau*) јавни поредак је „бетон социјалног поретка“. Пресудно је да се том приликом поставе, конструишу услови заједничког живота, подупрти правним нормама. *Charles Debbasch* указује на пространост категорије јавног поретка (Debbasch 1978, 75–76). Он каже да се јавни поредак састоји у брзи јавне власти о „укупности равнотежа, економских и социјалних“; јавна власт је одговорна за економску и социјалну сигурност грађана, то јест за задовољење његових друштвених потреба у савремено доба, па и за њихову срећу на макроплану. С тим у вези, негативна дефиниција јавног поретка своди се на непостојање сметњи, поремећаја, односно немира у јавном животу (*M. Bernard*). Има становишта према којима је јавни поредак чист правни појам који не прихвата политичке, религиозне, економске и моралне критеријуме – али и оних која ипак, под окриљем правних норми, укључују и поједине од тих састојака. Штавише, јавним поретком се каткад, превасходно у правној доктрини, обухватају и циљеви који се имају остварити (правда, благостање и сл.) (Krokhalev 1992,

² Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, 98/2006, чл. 58 (2) – *Право на имовину*.

³ Закон о општем управном поступку, *Службени гласник РС*, 18/2016. Тако, јавни интерес је било ограничавајући, било заштитни фактор код: *Начела остваривања права грађана и остваривања јавног интереса* – чл. 7; гарантног акта – чл. 20 (2); управног уговора – чл. 22 (2); начина покретања опоступка – чл. 90 (2); одступања од одложеног дејства жалбе – чл. 155 (2); жалбе у извршном поступку и одлагања извршења – чл. 202 (4) итд.

⁴ Закон о управним споровима, *Службени гласник РС*, бр. 11/2009. Видети чл. 5 – *Одређење управне ствари*, и чл. 23 (2) – *Одложено дејство тужбе*.

25). У сваком случају, „јавни поредак је такав унутрашњи ред који омогућава једној скупу људи да буде друштво...“ (Dupuis и Guédon 1988, 11 и даље). Јавни поредак допушта да свако ужива своја права поштујући права других. Јавни поредак је уједно минимална друштвена дисциплина за функционисање установа јавне власти и за добробит друштва.

Јавни поредак захвата целокупно право. Он има своју улогу и у унутрашњем и у међународном праву, посебно у оном приватном. У унутрашњем праву познају га уставно, кривично, управно, радно, грађанско право, материјално и процесно... Ипак, нека заједничка својства јавног поретка могу се наћи, уочити и анализирати (о томе нешто доцније).

Два су традиционална, основна правна значења јавног поретка (видети Пак 1986, 596 и даље; Варади *et al.* 2010, 154). *Једно* – да је јавни поредак скуп правила којима се обезбеђује заштита система вредности у једној држави, тако да се правила морају беспоговорно поштовати. *Друго* – да је у питању институт међународног приватног права који коригује редовну примену меродавне стране правне норме или омогућава непризнавање стране судске одлуке (Cornu 1987, 561–562 – *Ordre public*), односно непризнавање доказне снаге стране јавне исправе – све то да би се заштитиле основне домаће/унутрашње правне вредности (Jakšić 2017, 623, 629; видети Krokhaliev 1992, нарочито 6–7). Шире од правног поимања је оно становиште које вели да јавни поредак чине „посебна правила којима се обухватају основна начела и основна схватања о моралу, савесности, поштењу и добрим обичајима и санкционише њихова повреда“ (Пак 1986, 596). Cornu (1987, 562) сматра да се јавни поредак – негативно дефинисано – може узети као друштвено стање у којем мир, спокојство и јавна сигурност нису поремећени. Правила јавног поретка се намећу нарочитом снагом и њихова примена се не може отклонити. Она, писана и неписана, „у својој укупности представљају темеље (социјалне, политичке...) ... битне за функционисање јавних служби, одржавање сигурности и моралности (у том смислу обухватајући и добре обичаје), за економски промет (економски јавни поредак) или се односе на старање о одређеним прворазредним појединачним интересима (јавни поредак индивидуалне заштите)“ (Cornu 1987, 562).

Јавни поредак је с једне стране ужа, а с друге стране шира категорија од правног поретка.⁵ Ужи је јер обухвата само основне, најважније темељне правне прописе једне државе. Могло би се чак констатовати да је јавни поредак део правног поретка регулисан јавноправним нормама, то јест оним правилима која држави у одно-

⁵ Устав Србије вели да је правни поредак Србије јединствен – чл. 4 (1) и чл. 194 (1).

су на грађанина и колективитете дају јачу, надмоћнију позицију – забране, ограничења, наметања, као и регулисања, у јавном интересу. Јавни поредак је, опет, шири од правног јер се не исцрпљује само у правним прописима и правним нормама и понашању по њима; јавни поредак има, наиме, и своју вредносну и институционалну страну.

Претходни појам јавног поретка у унутрашњем праву своди се на две повезане компоненте – на ограничење (оквир, границе, у приватном праву особито), односно на заштиту, и на регулацију – у јавном праву, у уставном и управном праву нарочито. Јер задаци јавне управе у задовољању јавног интереса свODE се и на обезбеђење јавног поретка и на чинидбе у добрима и у услугама (Dupuis и Guédon 1988, 396, 398). Том приликом се, у складу са законом и у његовом извршењу, управља јавним ресурсима и одржавају постављене границе слободама и правима физичких и правних лица.

У јавном праву, јавни поредак је „траса“ за задовољење круцијалних јавних интереса, уз неопходна ограничавања, нарочито процесна (Vedel 1978, 23, 551–552) – тако код управних уговора (видети Richer 2008, 101, 312).

У приватном праву, јавни поредак је, између осталог, оквир аутономије воље, нарочито код уговора. Реч је о императивним нормама које појединци не могу уклонити ни својим понашањем ни својим споразумом (Перовић 1990, 162–172; Салма, 1988, 351–352; Cornu 1987, 352). На делу је „сусрет“ општег и појединачног (Krokhalev 1992, 29 – с позивом на чл. 6 и 1134 *Code civile français*): слобода уговарања не може уклонити принципе јавног поретка (и добрих обичаја). Уговори који су противни јавном поретку ништави су и као такви су забрањени.

Све у свему, *јавни поредак је скуп круцијалних друштвених вредности, принципа, установа, норми и мера на темељу јавних интереса којима се обезбеђују остваривање и заштита слобода и права грађана, нормалан ток друштвеног живота и редовно функционисање јавних служби – и који се (ти и такви интереси) могу, у крајњој линији, издејствовати и применом државне принуде, правно прописаним мерама јавне власти за њихово остварење и обезбеђење, уз вођење рачуна о начелу пропорционалности*. Тако је, примерице, у француској судској пракси у погледу слободе вероисповести (Long, Weil и Braibant 1984, 85, 88). Значи, ограничења јавним поретком се примењују само у мери у којој је штите основне друштвене вредности (Krokhalev 1992, 31).

Дакле, *конститутивни елементи јавног поретка су: вредности, правни институти, правила и радње (тзв. ненормативне активности)*.

1. *Вредности* уткане у јавни поредак су: оне традиционалне – јавни мир, јавна сигурност људи и имовине и јавно здравље, али и савремене, као што је уређена конкуренција – забрана монопола, или примерени културни садржаји, на граници са моралом. Такође, и општа естетска питања могу да уђу у сферу јавног поретка – рецимо заштита од покушаја наруживања природног, историјског изгледа града приликом нарушавања конзервираних архитектонских здања (Moreau 1989, 351–352; Debbasch 1978, 75; Vedel 1978, 23; Moreau 1989, 351; Depuis и Guédon 1988, 11).

2. *Правни институти* уклопљени у јавни поредак су, нарочито: а) људске слободе и права; б) јавне службе; в) надлежност јавних тела.

а) Људске слободе и права су двоструко повезани за јавним поретком. Он представља најпре њихов оквир, ограничење. Једновремено, оне су и део јавног поретка. Јер, напад, угрожавање или нарушавање људских слобода и права представља удар (и) на јавни поредак. Тако је у Француској једна позоришна представа (*Dieudonné*) (видети Stirr 2015, 8–9) била полицијски скинута са репертоара (са следственом судском потврдом) због изнетих расистичких и антисемитских порука. Такође, илустрације ради, у контексту борбе против тероризма, француским Законом од 11. октобра 2010. године забрањено је покривање лица у јавном простору).

б) Јавне службе премрежавају целокупно друштво, омогућујући његово функционисање. Да би се то постигло њихове активности – ауторитативне и неауторитативне – морају да се обављају према одређеним стандардима, *lege artis*, али и уредно, складно, делотворно, и да буду под једнаким условима доступне свима.

в) Надлежност јавних тела је свакад уређена императивним прописима и представља значајно учвршћење јавног поретка (Foillard 2004, 194; видети и Томић 2017, 269–270).

3. *Правила*, писана и неписана (она која се подразумевају и која произлазе из духа друштвеног система, традиционална, обичаји) – главнина су јавног поретка. Код тога, јавна управа обезбеђује извршење, поштовање јавног поретка, а суд санкционише повреде јавног поретка. Има мишљења да јавни поредак не чине сви императивни прописи већ само они „којима се штите најосновније вредности нашег поретка“ (Варади *et al.* 2010, 156). Изнето гледиште сматрам неодређеним, флуидним, те пристајем уз став да сви императивни прописи једне државе улазе у састав њеног јавног поретка. Ако је тим прописима заштићен и морал једне средине, онда и он, посредно, чини конститутивни део јавног поретка.

4. *Ненормативне активности*, радње, мере (поглавито полиције и /других/ јавних служби), посебно оне у циљу заштите основних добара и друштвене регулације заокружују састав јавног поретка (Cohn 1987, 562). Оне су превентивне, корективне и репресивне.

Својства јавног поретка су бројна:

1) *Неодређеност, релативност и у времену и у простору* – глобално и локално. Јавни поредак је динамична, променљива појава: усавршавања његовог састава представљају одговоре на изазове времена и простора. Јавни поредак штити темељне интересе демократског друштва, а они не могу да буду дати за свагда и за све.

2) *Ширина/разуђеност, разноврсност* (Debbasch 1978, 75), о чему је било речи.

3) *Императивност јавног поретка* – беспоговорност примене његових аката, мера и института.

4) *Темељни карактер јавног поретка*, као подлоге, уједно оквира.

5) *Битност, важност* (раније објашњена).

6) *Заштитно-регулациони карактер* – функција му је: а) да штити круцијалне јавне интересе; б) да управља друштвеним ризицима, у случају негативних појава (атака на људска права и слободе, несрећа, епидемија, загађења, елементарних непогода...), као и да одржава ниво и унапређује оне позитивне (на подручју здравства, културе, проналазаштва и других видова инфраструктуре) (Sève 2015, VIII–IX).

7) *Системска каквоћа* – он је омотач друштва, наткриљује све сфере друштвеног живота, чувајући његову кохерентност и склад, односно накнадно успостављајући нарушену равнотежу.

8) *Уравнотеженост код примене* – јавна управа и суд се приликом тумачења код примене јавног поретка крећу у уставним и законским оквирима, али имају и дозирану дискрециону оцену у сваком конкретном случају, пратећи цивилизацијска схватања (културна, морална и сл.) (Krokhalev 1992, 61). Тако је било и када је председник једне француске општине забранио – с позивом на одбрану јавног поретка – да се отвори *sex-shop* близу школе или неке друге установе намењене младима, као и у случајевима када се одређеним мерама тежило сузбијању проституције и осигурању моралности и пристojности на морској обали.⁶ У пракси је важно извагати хитност и пропорционалност (посебно у односу на субјективне правне ситуације), уз стално вођење рачуна о последицама, како опстанка

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

– прекидања или одржавања – једне деликатне конкретне ситуације, тако и евентуалних јавних мера предузетих у погледу ње.

9) *Нормативно-ненормативна/реална природа јавног поретка* – комбинација, амалгам правних аката и материјалних радњи, што је већ коментарисано.

У доктринарном одређивању јавног поретка познати су различити приступи (Перовић 1990, 165–167). Среће се општа клаузула или/и набрајање (Варади *et al.* 2010, 155, 163). Остаје и могућност ужег и ширег дефинисања јавног поретка (ограничавамо се на онај тзв. унутрашњи – шира објашњења у наредном одељку). Према ужем, јавни поредак чине само императивни прописи, сви или само одабрани. Према ширем, у састав јавног поретка улазе: 1) императивни прописи; 2) моралне друштвене норме; 3) „добри“, ваљани, легитимни обичаји; 4) устаљени и признати ставови праксе највиших судова.

4. КЛАСИФИКОВАЊЕ ЈАВНОГ ПОРЕТКА

1. *Унутрашњи и спољни, посебно европски.* Као што је већ наговештено, две су основне врсте јавног поретка – спољни, интернационални и унутрашњи (домаћи, национални). *Спољни* чине, најпре, општа правила међународног права, општи међународни принципи. Они, прихваћени од међународне заједнице држава, чине *ius cogens* и имају две главне компоненте: 1) поштовање људских права и 2) извршавање међународних обавеза у доброј вери (*bona fide*) (Krokhaliev 1992, 84). У јавни поредак Савета Европе могу се убројити, пре свега: а) основна људска права, која се директно примењују;⁷ б) норме из Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (1950), са додатним протоколима – чл. 2–14; в) правни ставови Европског суда за људска права (даље: Суд – чије је тумачење Конвенције еволутивно); г) норме Пакта о грађанским и политичким правима (1966) – чл. 2–27; д) одредбе Универзалне декларације о људским правима (1948) (Јакшић 2017, 664).

Правила европског јавног поретка су обавезна за све чланице Савета Европе, имају императивни карактер. То је „блок“ вредности јединствен за све европске државе, вредности које потврђују њихово заједничко европско наслеђе (Krokhaliev 1992, 74–75). Конкретно, посредни су: 1) гаранције људских права засноване на природном праву; 2) обавезе сваке државе према појединцима који се нађу на њеној територији; 3) доступност, „отворен“ приступ Суду; 4) подвргавање контроли Суда у поступку извршења обавеза држава чланица; 5) правна могућност да Суд ради и *ex officio* – да и независно од

⁷ Упућујем на чл. 18 (1) Устава Србије.

тражења појединаца испитује испуњеност услова за примену европског јавног поретка; 6) поштовање одлука Суда; 7) потчињеност националних судова Суду у погледу тумачења Конвенције.

Дакако, интернационални јавни поредак треба разграничити од јавног поретка у међународном приватном праву (МПП), клаузуле која има у виду унутрашњи, домаћи јавни поредак као заштитни основ одступања од стандарних правила МПП од примене страног права (закона, судских одлука, јавних исправа) конкретно.

Унутрашњи јавни поредак – у ширем смислу – чине: уставни прописи, ратификоване међународне конвенције и уговори, закони, спроведбени прописи (реглмани), морална и обичајна правила, као и устаљена и призната судска пракса највиших судова.

Категоријом јавном поретка у домаћем праву нарочито се баве: Закон о облигационим односима (ЗОО),⁸ Закон о парничном поступку (ЗПП)⁹ и Преднацрт грађанског законика Србије (ПГЗ)¹⁰. Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља (ЗРСЗ)¹¹ говори, уместо о јавном поретку, о „Уставом... утврђеним основама друштвеног уређења“ као брани од стандардне примене меродавног страног права. Таква кованица – као наводна ознака за јавни поредак у МПП – чини ми се застарелом, преуском, неодговарајућом, једнострано нормативном, уз свођење односног бастиона заштите строго на уставни ниво.

Закон о облигационим односима поставља ограничење аутономије воље странака, нарочито слободе уговарања – између осталог – нормом јавног поретка. Наиме, „стране у облигационом односима су слободне, у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја, да своје односе уреде по својој вољи“. Из тога произлази да је јавни поредак, као граница о којој је реч, нешто изван принудних прописа и добрих обичаја, различито од њих. Да ли је то онда, на крају крајева, у датом миљеу, неписана каучук норма променљиве садржине – која ниче из духа друштвеног и правног система – која „скупља“ сва друга/остала ограничења у општем интересу, у првом реду морална правила дате средине (Перовић 2002, 19–20)?¹²

⁸ Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85 и 45/89 – одлука Уставног суда и 57/89; *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени лист СЦГ*, 1/2003, Уставна повеља – чл. 10 – Аутономија воље.

⁹ Закон о парничном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/11, 49/13 – одлука УС, 74/13 – одлука УС и 55/14 – чл. 3 (3).

¹⁰ Преднацрт грађанског законика Србије, чл. 6 – Аутономија воље.

¹¹ Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља, *Службени лист СФРЈ*, бр. 43/82 и 72/82 – испр.; *Службени лист СРЈ*, бр. 46/96 и *Службени гласник РС*, 46/06 – други закон, чл. 4, 91, 99 тач. 3

¹² Перовић назива сва поменута ограничења „границом којом се исказивао општи интерес заснован на општим принципа друштвеног уређења“. Тако се, због наречене неодређености, терет, казуистички, углавном пребацује на судску праксу.

Стављајући брану диспозитивним радњама странака, ЗПП вели: „Суд неће дозволити располагања странака која су у супротности са принудним прописима, јавним поретком, правилима морала и добрим обичајима.“ Значи, и у парничном контексту – колико год флуидна – синтагма јавни поредак практично има сужено поље спрам принудних прописа, морала (*sic!*) и добрих обичаја. Опасност вреба из њеног арбитрерног и неуједначеног схватања.

Готово идентична формула се јавља у ПГЗ: „Субјекти грађанских права су слободни да своје односе уреде по својој вољи у границама принудних прописа, јавног поретка, добрих обичаја и морала.“

Став писца ових редова је да је јавни поредак – будући по природи „неухватљив“ појам – довољан да сâм, скупно, у ширем смислу, обухвати сва неопходна друштвена ограничења појединачних воља, у јавном интересу.

2. *Заштитни и регулациони* (што је предочено код својстава јавног поретка).

3. *Материјални и формални/процесни*. Материјални, садржински јавни поредак тиче се како несметаног остваривања гаратованих људских слобода и права, тако и директне заштите круцијалних друштвених вредности од различитих природних и друштвених зала и невоља. А процесни обухвата, нарочито, различите процесне гаранције: право странке на изјашњавање, пропорционалност у предузимању управних мера, право на правне лекове, право на благовремено и доследно извршавање правноснажних судских одлука од јавне управе, али и превентивне мере заштите од, примерице, тероризма (прислушкивања, претресања, хапшења...) и друго (Stirr 2015, 5; Томић 2018, 188–223). Поједини писци конструишу и *колизиони јавни поредак* у МПП (Stirr 2015, 7; Јакшић 2017, 629).

4. *Полицијски и уговорни*. Полицијски јавни поредак је израз спроведбене, посебно подзаконске моћи државе – да пропише, да забрани, да надзире, да изврши... (Moreau 1989, 348–350). Уговорни јавни поредак се расклапа на два сегмента: 1) на онај приватноправни – где доминира не само ограничење слободе уговорања већ и заштита страна уговорница, уговорног ткива али и трећих лица; 2) на јавноправни, где се регулишу управни уговори, њихова садржина, одступања од општег уговорног модела и, нарочито, циљ, кауза – остварење и заштита јавног интереса (Томић 2017, 249, 252–253).

5. *Општи и посебни јавни поредак*. Према захваћеним подручјима друштвеног живота, општи поредак захвата целину друштвене стварности, а посебни се тичу њених одређених области. Тако се могу разликовати политички, економски, културни, монетарни/финансијски, породични, еколошки јавни поредак и други (Debouy 1980, 1–2).

6. *Апсолутни и релативни јавни поредак*. Тзв. апсолутни јавни поредак је преовлађујући: строг је, ригидан, не трпи одступања од примене – тако је код акција полиције усмерених на одржавање јавног реда и мира, заштиту људи и имовине. Релативни јавни поредак је на одређени начин ублажен, умерен: имају се у виду, на подлози прописа, сви моменти једне конкретне ситуације, тако да се том приликом кроз ту призму одмеравају различите правне вредности – на пример, аналитички се сагледавају захтеви јавне службе, степен друштвене опасности (тако, висина штете, значај одређеног добра) и временска, развојна димензија једног односа; отуда релативни јавни поредак има и темпоралну црту (Caroline и Legout 2015, 229).

За илустрацију релативног јавног поретка ево и две норме српског права. Једна је из ЗОО:¹³ „Уговор који је противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима је ништав ако циљ повређеног правила не упућује на неку другу санкцију или ако закон у одређеном случају не прописује што друго.“ Друга је из ЗУП-а:¹⁴ „Другостепени орган или надзорни орган решењем може на захтев странке или по службеној дужности у целини или делимично укинути решење... ако је оно постало извршно, а укидање је потребно ради отклањања тешке и непосредне опасности по живот и здравље људи, јавну безбедност, јавни мир и јавни поредак или ради отклањања поремећаја у привреди, ако сврха укидања не може успешно да се отклони другим средствима којима се мање дира у стечена права.“

5. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Синтетичку дефиницију, ближе одређење јавног поретка, не налазимо ни у законодавству ни у судској пракси. А ни у доктрини о његовој тачној садржини нема јединства. Но, углавном постоји слагање да су у питању најважнији друштвени принципи, строги, иако променљиви у времену и простору, који се морају поштовати од свих и свакога. Подупрти, збирно узев, јавним интересом.

У најужем значењу, јавни поредак се састоји од принудних прописа, и то не свих него само оних носећих. Шире становиште изједначава скуп принудних прописа једне државе (или чак и одређене заједнице држава!) – ствараоца друштвене дисциплине – и јавни поредак. Писци, односно правни текстови који јавни поредак стављају раме уз раме са принудним прописима (*sic!*), обичајним правилима и моралом дате средине, сва је прилика да јавном по-

¹³ Члан 103 (1).

¹⁴ Члан 184 (1) (1).

ретку дају неки „тајновити“ смисао неписаних, подразумевајућих крунских и темељних начела и института?! Којих, то не кажу – остављајући, изгледа, судској пракси да их изнајде и тумачи. Опет, могуће је конструисати и два знатно шира поимања јавног поретка. Према једном, јавни поредак једне државе обухвата принудне прописе – укључујући и ратификоване међународне конвенције и уговоре – и обичајна правила, али и морал. Дакле, нема искључиво правнонормативну супстанцу. Међутим, потписник ових редова се залаже за још пространије одређење јавног поретка. Наиме, моје је гледиште да он обухвата – осим већ предочена три реда правила, уз додавање устаљене, проверене и аргументоване праксе највиших судова – и примерене друштвене вредности, институте, али и мере, односно радње јавних тела. Тако схваћен јавни поредак има најмање два значајна и слојевита циља: 1) заштиту људских слобода и права човека и грађанина, али и одржавање оптималних релација склада и равнотеже и у међусобним односима појединаца и спрам целине друштвене заједнице, односно њених ужих територијалних (под)целина; 2) регулацију друштвених токова, посебно јавних служби. Јавни поредак се, стога, нипошто не може свести на ограничавање (рецимо, аутономије воље, посебно слободе уговарања) и наређивање.

У примени јавног поретка неизбежна је дозирана дискрециона оцена, законски уоквирена и оплемењена знањем. Важно је да у сваком конкретном случају позивање на јавни поредак – било кроз примерену клаузулу МПП-а (као одступање од иначе меродавног правила страног права), било изван њега – буде конкретизовано, операционализовано и јасно и подробно образложено, особито од судова. Тако се јавни поредак потврђује и „одоздо“, нанова учвршћује и дограђује одговарајућим садржајем.

Разврставање јавног поретка могло би да има следећи изглед: 1. *унутришњи и спољни, посебно европски*; 2. *заштитни и регулациони*; 3. *материјални и формални/процесни*; 4. *полицијски и уговорни*; 5. *општи и посебни*; 6. *апсолутни и релативни*.

Јавни поредак није антитеза слободе. Напротив. Легитимни јавни поредак, његове вредности и институције, уважавају и штите и слободу и демократију, али укључују и мисију праведног, разумног и моралног права и других правила у цивилизацијском друштвеном миљеу.

Непоречивост и насушност јавног поретка најбоље изражава следећа метафорична формула: *il nous faut un rocher!!* (Drago 2015, 213). Та стена, бастион и социјални регулатор јесте антитеза дезинтеграције друштва, злоупотреба, заштитник од напада и на заједницу и на њене чланове и колективитете, антипод немира, нестабилности, прекорачења овлашћења.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Bénoit, Francis-Paul. 1968. *Le droit administratif français*. Paris.
- Caroline, Marie B., и Vincent Legout. 2015. L'ordre public et le contrat. 215–229 у *L'ordre public, Archives de philosophie du droit*, 58 (уредници: 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 contentieuse*. Paris.
- Drago, Guillaume. 2015. L'ordre public et le Constitution, 199–214 у: *L'ordre public, Archives de philosophie du droit*, 58, (уредници: Pierre Caye, Jacques Dagery, Dominique Terré, François Vallançon, Michel Waltz) Paris.
- Dupuis, Georges, и 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.
- Јакшић, Александар. 2017. *Међународно приватно право*. Београд. (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 и 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.
- Пак, Милан. 1986. *Међународно приватно право*. Београд. (Pak, Milan. 1986. *Međunarodno privatno pravo*. Beograd.)
- Перовић, Слободан. 1990. *Облигационо право*. Београд. (Perović, Slobodan. 1990. *Obligaciono pravo*. Beograd.)

- Перовић, Слободан. 2002. *Предговор за Закон о облигационим односима*. Београд. 18–22. (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 (уредници: Pierre Caye, Jacques Dagery, Dominique Terré, François Vallançon, Michel Waltz). Paris. VIII–IX.
- Stirr, Bernard. 2015. *Ordre public et libertés publiques*. 8–9 у *L'ordre public, Archives de philosophie du droit*, 58 (уредници: Pierre Caye, Jacques Dagery, Dominique Terré, François Vallançon, Michel Waltz). Paris.
- Салма, Јожеф. 1988. *Облигационо право*. Београд. (Salma, Jožef. 1988. *Obligaciono pravo*. Beograd.)
- Томић, Зоран Р. 2017. *Коментар Закона о општем управном поступку, са судском праксом и регистром појмова*, Београд. (Tomić, Zoran R. 2017. *Komentar Zakona o opštem upravnom postupku, sa sudskom praksom i registrom pojмова*, Beograd.)
- Томић, Зоран Р. 2017. *Управни уговори, елементи правног режима у Србији*. *Правни живот* 10/17, II том, 10: 249–265. (Tomić, Zoran R. 2017. *Upravni ugovori, elementi pravnog režima u Srbiji*. *Pravni život* 10/17, II том, 10: 249–265.)
- Томић, Зоран Р. 2018. *Аутономија воље у управно-процесном праву*. *Право и привреда* 56: 7–9, 189–206. (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.
- Варади, Тибор, Бернадет Бордаш, Гашо Кнежевић и Владимир Павић. 2010. *Међународно приватно право*. Београд. (Varadi, Tibor, Bernadet Bordaš, Gašo Knežević i Vladimir Pavić. 2010. *Međunarodno privatno pravo*. Beograd.)
- Водинелић, Владимир В. 2017. *Јавно и приватно право*. Београд. (Vodinelić, 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.

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

CERIF: S130, H300, S115

DOI: 10.5937/AnalPFB1902051D

Др Славко Ђорђевић*

Др Штефан Пирнер**

НЕОГРАНИЧЕНО ТУМАЧЕЊЕ НЕМАЧКОГ ГРАЂАНСКОГ ПРАВА У ВРЕМЕ НАЦИОНАЛСОЦИЈАЛИЗМА***

Доласком националсоцијалиста на власт промениле су се друштвено-политичке околности у Немачкој које су нужно утицале на право и правни поредак. Нова власт је желела да изгради нови правни поредак у складу са идеологијом националсоцијализма. Пошто законе, који су донети пре 1933. године, није било могуће променити у кратком временском року, нацистичка правна теорија је приступила теоријском редефинисању појма права и наметнула становиште да се сви закони морају тумачити у духу националсоцијализма, односно да им се мора дати ново „националсоцијалистичко“ значење. У овом раду аутори анализирају теоријско-идеолошке основе таквог тумачења, које је послератна немачка литература назвала „неограниченим тумачењем права“, истичући његову улогу у „националсоцијализацији“ немачког грађанског права, уз приказ релевантне судске праксе. На крају, аутори чине кратак осврт на процес послератне „денацификације“ немачког права која се, такође, спроводила тумачењем, али овога пута са циљем да се из правних норми које су донете за време Хитлерове диктатуре „елиминише“ националсоцијалистичка идеологија.

* Аутор је ванредни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, slavko@jura.kg.ac.rs.

** Аутор је руководилац одељења Немачке фондације за међународноправну сарадњу (*IRZ Stiftung*) за Југоисточну Европу I (Босну и Херцеговину, Македонију, Србију и Црну Гору), puerner@irz.de.

*** Ставови аутора Штефана Пирнера који су изнети у овом раду представљају његово лично мишљење, а не мишљење Немачке фондације за међународноправну сарадњу.

Кључне речи: *Националсоцијалистички светоназор. – Неограничено тумачење права. – Неодређени правни појмови и правна начела. – Националсоцијализација немачког грађанског права. – Денацификација права.*

1. УВОД

Националсоцијализам, односно националсоцијалистичка револуција у Немачкој однела је победу 30. јануара 1933. године, када је председник Хинденбург (*Paul von Hindenburg*) именовao Адолфа Хитлера (*Adolf Hitler*) за новог канцелара Немачке (видети више Thamer 2005, 138 и даље). Истовремено, тај датум представља и почетак периода Хитлерове диктатуре који је трајао све до завршетка Другог светског рата (8. маја 1945. године). С обзиром на то да је примарни задатак Хитлеровог режима било стварање новог државног поретка утемељеног на идејама и „вредностима“ националсоцијализма, нове власти су веома брзо донеле неколико аката који су представљали темељ за изградњу новог поретка. У том смислу су најзначајнији Уредба председника Рајха о заштити народа и државе од 28. фебруара 1933.¹, Закон о овлашћењима од 24. марта 1933.² и Закон о поновном успостављању професије државних службеника од 7. априла 1933. године³. Темељ новог „(не)правног“ поретка је нешто касније употпуњен тзв. „нирнбершким расним законима“, који су донети 1935. године на Конгресу Националсоцијалистичке партије у Нирнбергу⁴.

Премда је Хитлеров режим од самог почетка кренуо у одлучну акцију доношења нових и измена важећих прописа, ипак све законне није било могуће променити у једном дану. Закони донети пре

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> (последњи приступ 2. фебруар 2019).

² Ermächtigungsgesetz; официјелни назив тог закона гласи: Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich vom 24. März 1933 (Закон о отклањању невоље за народ и рајх од 24. марта 1933), *Reichsgesetzblatt* 1933 I, 141. <http://www.documentarchiv.de/ns/ermaecht.html> (последњи приступ 2. фебруар 2019).

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

⁴ Реч је о Закону о грађанима Рајха (*Reichsbürgergesetz* vom 15. September 1935, *Reichsgesetzblatt* 1935 I, 1146. <http://www.documentarchiv.de/ns/nbgsetze02.html>, последњи приступ 2. фебруар 2019) и Закону о заштити немачке крви и немачке части (*Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre* vom 15. September 1935, *Reichsgesetzblatt* 1935 I, 1146–1147. <http://www.documentarchiv.de/ns/nbgsetze01.html>, последњи приступ 2. фебруар 2019).

националсоцијалистичке револуције, који су често означавани као „вајмарски закони“, „вајмарско право“, „предреволуционарно право (законодавство)“ или „старо право“ (видети Mager 2004, 1 и 11; Pürner 2015, 57–58), и даље су били на снази, а многи од њих нису били мењани или су претрпели мање измене за време Хитлерове диктатуре. Та ситуација се нарочито односила на прописе немачког грађанског права (пре свега на немачки Грађански законик – НГЗ⁵), који су у првих неколико година владавине националсоцијалиста остали нетакнути⁶. Из тог разлога било је неопходно осмислити нове инструменте са циљем да се, без одгађања (дакле, пре промене правних прописа), темељно приступи изградњи новог правног поретка за потребе националсоцијалистичког режима. Један такав „инструмент“ пронађен је у самом тумачењу и примени постојећег (важећег) вајмарског права у духу нове националсоцијалистичке идеологије, који је судовима пружио могућност да преузму улогу законодавца, тако што би одбили примену норми важећих закона које су у супротности са новом идеологијом или би их пак „модификовано“ тумачили и применили у складу са новом идеологијом (тако Rüthers 2012, 145–148, 175–183; Galin 1999, 53). Употреба новог инструмента, за који у овом раду користимо термин „неограничено тумачење права“ (који је сковао немачки професор Бернд Ритерс [*Bernd Rüthers*]), захтевала је да се најпре постојеће правне идеје редефинишу потпуно у складу са националсоцијализмом, затим да се уведу одговарајући (нови) извори права којима се у првом реду штите вредности нове идеологије, те да се тумачење и примена постојећих закона и прописа (тј. важећег вајмарског права) прилагоди потребама нове нацистичке власти (тако Rüthers 2012, 111–117; Galin 1999, 54; Mager 2004, 1, 6–7). На тај начин су се стварали нова правна теорија, нова методологија права и нови прави појмови који треба да омогуће реконструкцију права и правног система у националсоцијалистичком режиму, уз минимално доношење нових правних прописа (у том смислу Galin 1999, 54).

У излагањима која следе објаснићемо теоријске (идеолошке) основе и методолошке карактеристике неограниченог тумачења права у нацистичкој Немачкој, са посебним освртом на његову улогу у „националсоцијализацији“ немачког грађанског права, коју ћемо приказати у анализи одабраних грађанскоправних случајева из нацистичке судске праксе. Након тога, кратко ћемо се осврнути и на

⁵ Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) vom 18. August 1896, *Reichsgesetzblatt* 1896, 195, Nr. 21 (ausgegeben am 24. 8. 1896, in Kraft seit 1. 1. 1900). Првобитни текст немачког Грађанског законика може се наћи на <http://www.koeblergerhard.de/Fontes/BGBDR18961900.htm> (последњи приступ 2. фебруар 2019).

⁶ Касније су извршене одређене измене у области породичног (брачног) права, наследног права и стамбеног права (видети Pürner 2015, 58–59).

тзв. денацификацију немачког права, која се такође спроводила тумачењем, с обзиром на то да је након Другог светског рата правне норме, које су настале за време националсоцијализма, требало тумачити „у духу“ новог послератног друштвеног поретка, са циљем да се из правних норми елиминишу идеје националсоцијализма и унесу вредности новог поретка.

2. НЕОГРАНИЧЕНО ТУМАЧЕЊЕ ПРАВА КАО СРЕДСТВО ИЗГРАДЊЕ НОВОГ НЕМАЧКОГ НАРОДНОГ (ПРАВНОГ) ПОРЕТКА

2.1. Увођење нове правне идеје и редефинисање појма права

За ново (измењено) тумачење важећих немачких (вајмарских) закона и прописа (без формалне промене њиховог текста), односно за промену правне догматике и метода тумачења права, неопходно је било променити само схватање права. Тако нешто се могло постићи негирањем вредности на којима је почивао вајмарски правни поредак и промовисањем нове правне идеје која се темељила на вредностима националсоцијалистичке идеологије, односно, како се у то време често говорило, на вредностима „националсоцијалистичког светоназора“ („*nationalsozialistische Weltanschauung*“) (видети Rütters 2012, 98–100, 101–111, 117–121; Mager 2004, 2–3). Важну улогу у остварењу тог циља имале су немачка правна наука и струка, чији је задатак био да у својим научним и стручним радовима развију нове правне идеје, да редефинишу схватање самог права и правних појмова у духу националсоцијализма (који ће бити прихваћени у судској и правној пракси) и да поставе нове темеље за образовање будућих правника (видети Galin 1999, 51, 54–55). Ради ефикаснијег испуњења тих задатака, националсоцијалистички режим је 1933. године основао Академију за немачко право⁷, која је окупила немачке правнике

⁷ Академија за немачко право основана је 26. јуна 1933. године у Минхену и представљала је централну јавну научно-стручну установу, основану са циљем да ради на обнови немачког права и његовом даљем развоју у духу националсоцијализма према строгим научним методама. Академија је активно учествовала у законодавним поступцима и утицала на правно-политичке одлуке Рајха. Први председник академије био је немачки правник Ханс Франк (*Hans Frank*), комесар Рајха за уједначавање правосуђа. Чланови академије били су познати правници и нацисти тог времена, као што су Карл Шмит (*Carl Schmitt*), Херман Геринг (*Herman Gering*), Теодор Маунц (*Theodor Maunz*) и Роланд Флајслер (*Roland Fleisler*). Академија је издавала *Часопис Академије за немачко право* од 1934. до 1945. године. О Академији за немачко право видети више у Hattenhauer (1986, 680–684); JuraForum.de (2019); Wikipedia (2019). Видети и Закон о Академији за немачко право од 11. јула 1934. године (*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&si>

тог времена који су били блиски режиму и осмислио пројекат тзв. килске школе права на Правном факултету Универзитета у Килу (*Juristische Fakultät, Christian-Albrechts-Universität in Kiel*)⁸, чију су окосницу (тзв. политичку ударну трупу – „*politische Strosstrup*“) чинили млади правни научници Карл Ларенц (*Karl Larenz*), Георг Дам (*Georg Dahm*), Ернст Рудолф Хубер (*Ernst Rudolf Huber*) и други, који су делили изразито снажна националсоцијалистичка убеђења и били „жељни“ да се докажу као научници код нових власти. Управо су ти правници стварали нову националсоцијалистичку правну теорију која је оштро критиковала идеје и вредности вајмарског државног и правног поретка и упорно се залагала за увођење нових идеја чија је подлога био националсоцијалистички светоназор.

Наиме, у Вајмарској републици су важили либерализам и либерални уставноправни поредак, чији је основни принцип била заштита слободе појединца. У то време правна наука је била принципијелно неполитизована и неутрална. Владало је схватање да се право налази искључиво у законима и да се из њих мора сазнати (тзв. правни позитивизам; видети више Rüthers 2012, 91–98; Mager 2004, 2; Pürner 2015, 57). Та схватања су, након победе националсоцијализма, наишла на оштру критику нове националсоцијалистичке правне теорије (представника Академије за немачко право и килске школе права), која је промовисала нове идеје и схватања утемељена на националсоцијалистичкој идеологији. Према новој идеји, односно новом схватању, основни принцип не може бити слобода појединца већ очување и подстицање заједнице, и то немачке заједнице по крви (тако Hitler, Adolf. 1940. *Mein Kampf*. München: Zentralverlag der NSDAP – Franz Eher Nachfolge, 433⁹), при чему је „крв“, одно-

ze=45 (последњи приступ 2. фебруар 2019); Satzung der Akademie für deutsches Recht (Статут Академије за немачко право), *Reichsgesetzblatt* 1934, 605.

⁸ Формирање килске школе права везује се за доношење Закона о поновном успостављању професије државних службеника од 7. априла 1933. године, чији је циљ било отпуштање службеника-противника националсоцијализма, у које су спадали критичари режима и неаријевци, нарочито Јевреји. На основу тог закона, Правни факултет Универзитета у Килу морало је до 1935. године да напусти девет од десет професора, на чија места су доведени млади амбициозни правни научници који су имали снажна националсоцијалистичка убеђења. Тако је млади Карл Ларенц (*Karl Larenz*) преузео Катедру за грађанско право и филозофију права од неаријевца Герхарта Хусерла (*Gehart Husserl*), док је млади Георг Дам (*Georg Dahm*) преузео катедру од јеврејског демократе Хермана Конторовица (*Hermann Kontorowicz*). Циљ килске школе био је, између осталог, да развије својеврсну немачку правну мисао која је конкретна и потпуна, да „прилагоди“ немачку правну теорију вредностима националсоцијалистичког светоназора, да промовише ново тумачење правних прописа у духу националсоцијализма и да пропагира принцип државног вође (*Führerprinzip*) као примарног извора права. О тзв. килској школи права видети Eckert (2004, 18–32); Wiener (2013, 61 и даље).

⁹ Цитирано према Mager (2004, 4).

сно „народност по крви“, био конститутивни елемент те заједнице (тако Pfenning 1936, 312–313; Höhn 1935, 97; видети и анализу код Gutmann 2018, 2–4). То значи да се смисао живота појединца налази у живљењу у заједници и за заједницу, а не у његовој индивидуалној добробити. Истиче се да *„право не потиче од воље појединца већ из воље заједнице – оно представља истинску (живу) заједничку вољу односно обавезујући животни поредак и има за циљ одржање и унапређење заједнице којој дугује своје постојање“* (Larenz 1934, 6). Према томе, заштита заједнице се ставља у први план, а индивидуална права престају да буду посебан предмет правне заштите (тако Gutmann 2018, 4). Општа добробит мора имати предност у односу на добробит појединца, а то значи да заштита индивидуалних интереса уступа своје место *„обавези дужности према заједници“* (Siebert 1935, 960), тако да примарни задатак права постаје васпитавање народа да се стави у службу заједнице (тако Gutmann 2018, 4). Отуда, немачка заједница по крви, као истинско живо биће, уздиже живот појединца (наравно само у случајевима истокрвности), а из те заједнице настаје све, па и право (тако Mager 2004, 4 који се позива на ставове Freisler 1938, 54 и Larenz 1938, 28). То схватање можда на најбољи начин илуструје често цитирана реченица немачког правника-националсоцијалисте Ханса Франка (*Hans Frank*): *„Право је оно што немачком народу користи, а неправо оно што му штети“* (Frank 1933, 20).

Таква инструментализација објективног права за остваривање циљева немачке заједнице по крви истовремено повлачи и инструментализацију (функционализацију) субјективног права, односно правног положаја појединца (видети анализу код Gutmann 2018, 5–7; Rütters 2012, 339–343). Према новом схватању, припадник народне заједнице није више приватно лице, односно појединац који је сам себи циљ већ заједно са осталим сународницима постаје носилац живота народне заједнице која му је у крви. Као члан заједнице, он има одређени положај који означава његову дужност према заједници, његову улогу која му у заједници припада, његову личну част и његову вредност у заједници (тако Larenz 1936а, 32). На тај начин појединац постаје неодвојиви „органски део“ народне заједнице (тако Gutmann 2018, 5) и само у њој може уживати правну заштиту, док је свако ко је изван народне заједнице по крви истовремено и изван права (Larenz 1935а, 241). Осим тога, и у оквиру народне заједнице по крви прави се разлика између њених припадника према њиховој функционалној способности. Појединац, као члан немачке заједнице по крви, заузима оно место у заједници које одговара његовој способности да допринесе напретку заједнице. Ако је допринос појединца за заједницу мањи, њему припадају и мања права, што значи да међу припадницима немачке заједнице по крви

постоји функционална неједнакост (видети више Gutmann 2018, 6, 9–10). Према томе, принцип једнакости, као основна вредност сваког демократског правног поретка, потпуно је напуштен.

Стављањем у први план заштите немачке заједнице по крви, као основне „вредности“ националистичког светоназора, и редифинисањем појма права у складу са том правном идејом нацистичка немачка правна теорија је поставила полазну основу за креирање тзв. неограниченог тумачења права као средства за успостављање новог правног поретка. Наредни и, истовремено, нужни корак ка том циљу било је увођење нових извора права, који би омогућили судовима да у важеће право унесу „вредности“ националсоцијалистичког светоназора и тиме утичу на промену правног поретка без икакве улоге законодавца (видети Rütters 2012, 121–136; Galin 1999, 53, 56).

2.2. Увођење нових извора права

Промењено поимање права у националсоцијализму нужно је имало за последицу преиспитивање задатака судова који су такође морали бити промењени. Нацистичка правна теорија је инсистирала на томе да судови не могу, приликом одлучивања, игнорисати вредности националсоцијалистичке идеологије. Напротив, они су били дужни да тумаче и примењују важеће право у духу националсоцијализма (видети Schmitt 1933, 2793–2794; Dahm *et al.* 1936, 123–124), а то се једино могло постићи увођењем нових извора права који би омогућили судовима да „тај дух“ унесу у важеће законе. У ту сврху постављена је потпуно нова теорија о изворима права. Према тој теорији, класични извори права (као што су устав, закон, уредбе, одлуке) сматрају се „старим“ и „превазиђеним“ изворима, односно само једним од могућих показних форми права, с обзиром на то да се у националсоцијализму право примарно мора сазнати из фирерове воље, основних вредности националсоцијалистичке идеологије (светоназора) и програма Националсоцијалистичке немачке радничке партије (нем. NSDAP¹⁰ – ћир. НСДАП) јер се у њима налази право и они су извори права (видети и упоредити Rütters 2012, 121–136; Rütters 2006, 41; Mager 2004, 7; Galin 1999, 56; Pürner 2015, 57). Сви остали извори (нарочито вајмарски закони) морали су бити у складу са тим новим изворима права¹¹.

Нацистичка правна теорија је прогласила *фирерову вољу* (тзв. *Führerprinzip*) за највиши извор права (видети више Rütters 2012,

¹⁰ *Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei* – NSDAP.

¹¹ У документу „Основна правила о положају и задацима судија“ из 1936. године се, између осталог, наводи да је „*темељ тумачења свих извора права националсоцијалистички светоназор, који нарочито налази свој израз у програму партије и у испољавању воље народног вође*“ (видети Dahm *et al.* 1936, 123).

127–132), што је врло брзо било прихваћено и у судској пракси¹². Сви други извори права су били, по рангу, испод фирерове воље, која је изражавана у његовим (било формалним било неформалним) наређењима и одлукама. Истицано је да фирер штити право од злоупотреба и да је он врховни судија јер „*прави фирер је увек судија*“, односно из његовог „*вођства произилази судство*“ и његово делање не подлеже контроли судске власти већ је само по себи највиша судска власт (Schmitt 1934a, 946). Проглашење фирерове воље за извор права осигурало је легализацију његове диктатуре. Фирер је представљен као највиша власт у држави, а његова наређења и одлуке не само да представљају извор права већ имају и функцију стварања права. Судство није више „чувар“ уставности и законитости већ је то постао фирер који може да штити и ствара право и који је изнад права (тако Galin 1999, 57).

Имајући у виду да су нацисти, од доласка на власт, успоставили јединство партије (политике) и државе, нови извор права постао је и *Програм Националсоцијалистичке немачке радничке партије (НСДАП)* од 20. фебруара 1920. године, који је садржао двадесет пет тачака. Одредбе тачака 4 и 5 тог програма су често у литератури и судској пракси третиране као правне норме које имају непосредну примену и предност у односу на „старе вајмарске“ законе (видети Rütters 2012, 122–123; Mager 2004, 9; Rütters 2006, 42). У тачки 4 се наводи да „*грађанин може бити само онај ко је припадник немачког народа (Volksgenosse)*“, а да „*припадник немачког народа може бити само онај ко је немачке крви, без обзира на вероисповест*“, те да „*Јевреји нису припадници немачког народа*“. Тачка 5 допуњује тачку 4 тако што истиче да „*ко није грађанин, може само као гост живети у Немачкој и подвргава се законима који важе за странце*“. Колики је био значај НСДАП и њеног програма, можда најбоље илуструје чињеница да је 1. децембра 1933. године донет Закон о обезбеђењу јединства партије и државе¹³, у чијем се параграфу 1 изричито наводи да је „*Националсоцијалистичка немачка радничка партија носилац немачких државних идеја и са државом је нераскидиво повезана*“. НСДАП је била „глас народа“ и под правом је сматрала само оно што штити суштинске вредности немачког народа, односно аријевску расу (тако Mager 2004, 8–9; Rütters 2012, 132–133).

Најзад, *националсоцијалистички светоназор*, који обухвата сва становишта и идеје националсоцијализма, постао је такође нови из-

¹² Видети, на пример, одлуку Arbeitsgericht (ArbG) Plauen, *Arbeitsrechts-Sammlung* 27/1936, 165 (цитирано према Rütters 2012, 131).

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> (последњи приступ 2. фебруар 2019).

вор права. Његову основу чине заштита суштинских вредности немачког народа, расна идеологија, која налаже уклањање свега што је старо и јеврејско, и јединство партије и државе (видети и упоредити Mager 2004, 8; Rüthers 2012, 101–103, 125–127; Pürner 2015, 57–58). Судска пракса се често позивала на националсоцијалистички светоназор када је требало заобићи, *ad hoc* изменити или допунити законске норме чија би регуларна примена водила резултату који није у духу националсоцијализма¹⁴. С обзиром на ширину и недовољну прецизност појма националсоцијалистичког светоназора, судови су готово имали „одрешене руке“ у тумачењу и примени права. Притом, посебно треба издвојити позивање на тзв. „здрава осећања немачког народа“ („*gesundes Volksempfinden*“) као важно средство за уношење националсоцијалистичке идеологије у важеће право (видети Mager 2004, 10; Rüthers 2006, 42; Pürner 2015, 57). „Здраво осећање народа“ је било одређено као доминантно осећање правичности које деле само припадници немачке заједнице по крви. Оно је, дакле, било везано за аријевску расу и односило се на чистоту крви, јачање животне снаге немачког народа, примат заједничке добробити народа у односу на добробит појединца и на заштиту државе (Mager 2004, 10). Сматрало се да су сваком припаднику немачког народа увек познати „здраво осећање“, као и његова промена, јер му је то „у крви“. Тако (не)одређени извор права водио је губитку правне сигурности за оне који не припадају немачкој заједници по крви, с обзиром на то да се правна сигурност односи само на предвидљивост оних радњи које проистичу из „здрог осећања немачког народа“, док је, с друге стране, сваки припадник немачке заједнице по крви, по природи ствари, носио у себи то здраво осећање и „живео“ у пуној правној сигурности (тако, односно у том смислу, Mager 2004, 10). Притом, „здраво осећање народа“ није било само мерило за тумачење неодређених правних појмова (генералних клаузула, правних стандарда и правних начела) садржаних у законским нормама већ је судија био овлашћен да у случају сукоба законских норми са „здравим осећањима народа“ не примени те законске норме (Larenz 1938, 25; Mager 2004, 10).

2.3. Неограничено тумачење права – нова правила (методи) тумачења и стварање нових правних појмова

2.3.1. Нова правила (методи) тумачења

Увођењем нових извора права који, као извори вишег ранга у односу на вајмарске (старе) законе, треба да обезбеде имплементацију идеје да је садржина права условљена вредностима националсоцијалистичког светоназора као мерила сваке правичности, укорене-

¹⁴ Видети случајеве из судске праксе у одељку 3. овог рада.

нило се становиште да немачки закони искључиво могу представљати средство којим се изражавају вредности националсоцијалистичког светоназора (тако Larenz 1938, 10). Због тога се „слепо“ поштовање вајмарских закона означава празним формалним позитивизмом који треба одбацити, а судовима се даје слобода да норме садржане у вајмарским законима тумаче у „духу“ новог државног поретка (видети R  thers 2012, 122–123; Mager 2004, 4). Такво схватање је нужно повукло за собом измену и допуну правила тумачења која су, као особена методолошка обележја „неограниченог тумачења права“, добила нови смисао и улогу (видети R  thers 2012, 175–183).

Прво и основно правило било је да се закони из вајмарског времена, који су на било који начин били у супротности са националсоцијалистичким светоназором или законима које су донели националсоцијалисти, не примењују јер су сматрани „непријатељским“ према немачком народу (видети Dahm *et al.* 1936, 124, тачка IV). До таквог решења се, методолошки посматрано, долазило тако што се строгим објективним телеолошким тумачењем¹⁵ утврђивало значење текста вајмарског закона према тренутно постојећим друштвеним околностима (при чему су воља и мотиви законодавца у тренутку доношења закона имали секундарни значај и често су били занемаривани) или субјективно-телеолошким тумачењем¹⁶ текста нових нацистичких закона уз строго придржавање његовог језичког значења (тако Mager 2004, 11). Притом, судови су, зарад постизања жељеног циља, злоупотребљавали основна правила тумачења правних норми која служе за попуњавање правних празнина, нарочито правило о аналогiji и правило о телеолошкој редукцији правне норме (видети више R  thers 2012, 203–210). Под аналогijом се подразумева аналогна, односно проширена (сходна) примена правне норме на случајеве који њоме нису обухваћени, уколико су ти случајеви слични или битно слични случајевима на које се та норма недвосмислено односи (Vodine   2012, 176; Лукић и Кошутић 2003, 454; Zippelius 2012, 55; Bydlinski 2012, 85). Судови су то правило злоупотребљавали тако што су правне норме аналогно примењивали и на оне случајеве на које се, према уобичајеном и правилном тумачењу правних норми (тј. утврђивању њиховог смисла и циља), оне ни у ком случају не би могле применити (видети R  thers 2012, 203–208). Исто је било и са правилом о телеолошкој редукцији правне норме, које допушта да се конкретна правна норма не примени на случај који је, сходно тексту норме, њоме обухваћен, из разлога што би то било противно њеном

¹⁵ О објективном телеолошком тумачењу видети више Zippelius (2012, 17–18, 41–42); Bydlinski (2012, 41–50).

¹⁶ О субјективном телеолошком тумачењу видети више Zippelius (2012, 17–19); Bydlinski (2012, 34–40).

смислу и циљу, те да се уместо ње на тај случај примени супротна норма или иначе другачија норма (Vodinec 2012, 178; Zippelius 2012, 56; Bydlinski 2012, 90–92). То правило се злоупотребљавало тако што су се смисао и циљ норме „произвољно“ утврђивали у складу са националсоцијалистичком идеологијом, па су многи случајеви из идеолошких разлога били искључени (тј. телеолошки/идеолошки редуковани) из поља примене важеће правне норме и на њих је примењивана супротна, односно другачија (идеолошки адекватна) правна норма (видети Rùthers 2012, 208–209). На тај начин, националсоцијалистичка судска пракса је успела да развије тзв. „борбену клаузулу“ („*Kampfklausele*“) која је служила као основ за одбијање примене старих (вајмарских) закона (видети Rùthers 2012, 148–174; Rùthers 2006, 42; Mager 2004, 12).

Друго ново правило се односило на промењено тумачење неодређених правних појмова (генералних клаузула, правних стандарда) и правних начела који су садржани у вајмарским законима, који су у националсоцијализму постали важан инструмент за уношење нове идеологије у важеће право (видети више Rùthers 2012, 214–216, 217–219; Mager 2004, 12–14; Haferkamp 2005, 17–19; Börner 1989, 205). У том смислу нарочито значај добија начело савесности и поштења (*Treu und Glauben*) из пар. 242 НГЗ, које се више не тумачи објективно уз вредновање интереса учесника правног односа већ се приликом његове конкретизације вреднују и непосредни интереси за добробит немачке заједнице по крви, што може водити потпуно другачијем и „искривљеном“ тумачењу великог броја правних норми у НГЗ (видети више Rùthers 2012, 224–237, нарочито 231–233; Mager 2004, 13; Haferkamp 2005, 17–18). На исти начин су злоупотребљавани опште клаузуле, правни стандарди и правна начела у другим областима права (видети Mager 2004, 13; Rùthers 2012, 219–224).

Треће ново (и веома важно) правило тумачења било је позивање на тзв. *клаузулу опште добробити* („*Gemeinwohlformeln*“), која је, такође, служила за уношење националсоцијалистичке идеологије у важеће право и уклањање нежељених резултата примене важећих правних норми (видети Stolleis 1972, 16–38; 1974, 2010, 175–193). „Општа добробит“ се на различите начине спомињала у програму НСДАП – као „општи интерес“ у тачки 10, „национална потреба“ у тачки 17, „заједнички интереси“ у тачки 18, „општа добробит“ у тачки 23 и као „заједничка корист“ у тачки 24 (Mager 2004, 14). Отуда је „општа добробит“ постала саставни део сваке примене права и због своје садржинске неодређености давала је судовима готово неограничену слободу у тумачењу вајмарских закона (видети Stolleis 2010, 182–184; 1974, 85; у том смислу и Mager 2004, 14).

Последице примене тих нових правила тумачења огледале су се у игнорисању и мењању јасног језичког значења текста правне норме (тзв. измењено језичко тумачење – тако Schröder 2016, 23), као и у очигледном и недвосмисленом одступању од таквог језичког значења, са циљем да се старо вајмарско право испуни новом националсоцијалистичком садржином и на тај начин изгради нови (не)правни поредак (тако Rüthers 2012, 175–176; Galin 1999, 54).

2.3.2. Стварање нових правних појмова

Успостављање и примена неограниченог тумачења права, као важног правно-политичког инструмента у националсоцијализму, нужно је имало за последицу стварање нових тзв. „конкретно-општих“ правних појмова који су, с једне стране, требали да задрже својство „општер“, док су, с друге стране, морали бити „конкретизовани“ тако што би се њихова садржина испунила националсоцијалистичким светоназором који је постао идеја водилца сваког правног појма (видети и упоредити Larenz 1935b, 166; 1936a, 31–39; 1935a, 225–260¹⁷; Schmitt 1934b; такође видети Rüthers 2012, 304–321; Galin 1999, 62–65; Mager 2004, 15). На тај начин се, заправо, вршило редефинисање правних појмова који су се налазили у законским нормама. Тиме се нарочито бавио Карл Ларенц (*Karl Larenz*), млади немачки професор и један од најзначајнијих представника тзв. килске школе права, који је, између осталог, креирао „нови“ појам физичког лица као субјекта права, тј. „нови“ појам правне способности физичког лица (Larenz 1935a, 225–260), и „нови“ појам уговора и слободе уговарања (Larenz 1936b, 31 и даље)¹⁸.

Наиме, према становишту које је Ларенц развио у време националсоцијализма, појединац не може самостално да буде имаалац права и обавеза и да заснива правне односе, већ он то може чинити само као члан народне заједнице по крви, јер само уколико живи у заједници са осталим сународницима, истовремено постаје конкретна личност која ужива правну заштиту. Отуда, како Ларенц закључује, „*правни субјект може бити само онај ко је припадник народне заједнице по крви*“, те да се управо та дефиниција правног субјекта „*може ставити уместо појма правне способности сваког човека дефинисаног у пар. 1 НГЗ*“ (Larenz 1935a, 241). Из тог закључка произилази да онај ко не припада немачкој заједници по крви није субјект права, односно није правно способан.

Такође, веома је интересантно и његово ново поимање уговорног права и слободе уговарања у новим друштвеним околностима.

¹⁷ Приликом формулисања „конкретно-општих“ правних појмова Ларенц се ослањао на Хегелова филозофска учења.

¹⁸ Видети анализу и разматрања тих појмова у Ларенцовим радовима код Rüthers (2012, 323–336, 360–379).

Ларенц, наиме, истиче да, насупрот схватању које влада у либерализму, уговор између два припадника народне заједнице по крви треба посматрати „као ближу конкретизацију народног поретка у који се мора интегрисати сваки уговор који је, као саставни део тог поретка, одређен његовим принципима“ (Larenz 1936b, 31). На тај начин слобода уговарања, према Ларенцу, добија ново значење које је потпуно другачије од оног које постоји у либерализму јер „народна заједница, која не може све сама да уређује и којој је неопходно одговорно суделовање њених сународника, даје својим члановима (сународницима) ограничену могућност састављања уговора која је од почетка условљена циљем народне заједнице по крви“. Притом, то никако не значи да чланови народне заједнице имају слободу да закључују уговоре по својој вољи већ само да је њима допуштено „да своје посебне правне односе сами уреде у оквиру народног поретка и у складу са његовим принципима“ (Larenz 1936b, 31 и даље). Као што се може видети, Ларенц је изменио појам уговора и слободе уговарања тако што је за функционални циљ уговора поставио допринос појединаца испуњењу задатака народне заједнице по крви (у истом смислу закључује и Gutmann 2018, 9).

3. НЕОГРАНИЧЕНО ТУМАЧЕЊЕ ГРАЂАНСКОГ ПРАВА У НАЦИОНАЛСОЦИЈАЛИСТИЧКОЈ СУДСКОЈ ПРАКСИ

Када се говори о „перверзији“ права и правног система у националсоцијализму, обично се прво помисли на области кривичног и јавног права. Међутим, од самог доласка националсоцијалиста на власт, у тим областима права су вршене темељније измене правних прописа, тако да је неправда брзо била легализована, па је ређе постојала потреба да се довитљивим и измењеним (тј. неограниченим) тумачењима мењају значење и смисао текста норми кривичног и јавног права, које су, по правилу, јасно дискриминисале Јевреје и друге неаријевце (у том смислу Rürner 2015, 58–59). С друге стране, грађанскоправни прописи нису испрва уопште били мењани¹⁹, тако да је неограничено тумачење права постало основно средство за остваривање циљева новог режима у материји грађанског права. Када су нешто касније извршене одређене измене (у брачном праву, наследном праву и стамбеном праву), нови прописи су, такође, били тумачени „неограничено“ у духу националсоцијализма, па се може рећи да је неограничено тумачење права, за све време владавине националсоцијалиста, имало значајну улогу у редефинисању

¹⁹ Вероватно зато што се желело да се грађанско право свеобухватно уреди у новом Народном законнику (*Volksgesetzbuch*) који никада није био довршен (о преднацрту Народног законика видети Hedemann, Lehmann и Siebert 1942).

и уобличавању грађанског права. Осим тога, додатни разлог за „успешну“ употребу инструмента неограниченог тумачења права могао би се наћи и у чињеници да грађанско право, за разлику од кривичног и јавног права, пружа више простора судовима за таква тумачења правних норми која могу довести до судске изградње и развоја права, с обзиром на то да норме грађанског права садрже велики број неодређених правних појмова (генералних клаузула, правних стандарда) и правних начела којима треба дати одређено значење у сваком конкретном случају. Нажалост, тај „простор“ може бити злоупотребљен, што су немачки судови и чинили у време националсоцијализма.

Постоји велики број случајева из судске праксе Трећег рајха у којима је спроведено неограничено тумачење норми грађанског и грађанскопроцесног права, са циљем да се постигну резултати који су у складу са националсоцијалистичком идеологијом. У излагањима, која следе, осврнућемо се на одабране случајеве у којима су расправљана питања из уговорног права, трговинског права, брачног права и права принудног извршења²⁰.

3.1. Уговорно право

Када је реч о примени неограниченог тумачења у уговорном праву, често се спомиње случај раскида уговора о ангажовању јеврејског редитеља Ерика Карела (*Eric Charell*)²¹. Наиме, немачко привредно друштво за продукцију филмова УЕФА закључило је 24. фебруара 1933. године са редитељем Ериком Карелом уговор о режирању једног играног филма. Уговор је садржао одредбу према којој је УЕФА могла да раскине уговор „у случају смрти или болести друге уговорне стране или из других сличних разлога“. Иако је Уредбом председника Рајха о заштити народа и државе од 28. фебруара 1933. године званично уведена диктатура, УЕФА је 1. марта 1933. године исплатила редитељу, у складу са уговором, прву рату хонорара у износу од 26.000 рајхсмарака. Међутим, пет дана касније, УЕФА је раскинула уговор, позивајући се на поменути уговорну одредбу, и захтевала повраћај исплаћеног хонорара.

Врховни суд Рајха (*Reichsgericht* – RG) потврдио је одлуке нижих судова којима је тај тужбени захтев усвојен. Разлог за усвајање тужбеног захтева био је да постоји јасна разлика између правног положаја аријеваца и неаријеваца који, према новом друштвеном схватању, нису правно способни. У својој одлуци RG је, између

²⁰ Неки од тих случајева су приказани и у Pürner (2015, 59 и даље), на шта је указано на одговарајућим местима у овом раду.

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

осталог, навео да се „према националсоцијалистичком светоназору правно способним сматра само онај ко је немачког порекла“, да треба прихватити „идеје које се темеље на разликовању потпуно правно способних лица и лица која имају мања права“, те да се „степен потпуног губитка правне способности изједначава са физичком смрћу“. Према томе, када се у уговору наводи „да тужилац због болести, смрти или других сличних разлога“ није у стању да изврши своју обавезу режирања филма, „несумњиво је да се промењено схватање правне способности (до којег је дошло због нових расно-политичких ставова који су утврђени законом) мора уподобити наведеним разлозима за раскид уговора“²². Другим речима, променом политичког система припадност јеврејској религији добила је негативно значење у друштвеном животу, због чега су Јевреји изгубили правну способност, односно сматрани су „мртвима“ и „болеснима“ у грађанскоправном смислу, па зато изјављени раскид уговора производи дејства. На тај начин је суд „искривљеним“ екстензивним телеолошким тумачењем, тј. аналогном применом поменуте уговорне одредбе на случај који њоме није обухваћен (нити би, правилним тумачењем, могао бити обухваћен), дошао до резултата који је у складу са националсоцијалистичким светоназором²³.

3.2. Трговачко право

Неограничено тумачење, опет путем „искривљеног“ екстензивног телеолошког тумачења (аналогија), примењивало се и у случајевима из трговачког права (као специјалног приватног, односно грађанског права које је уређено Трговачким закоником, али и Грађанским закоником као општим извором приватног права који се примењује супсидијерно²⁴). Нашу пажњу је привукао случај у којем се поставило питање да ли једно предузеће употребљава назив фирме који ствара забуну у правном и привредном промету²⁵.

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

²³ У вези са овом пресудом вредна је помена и околност да је уговор закључен након доласка нациста на власт, као и да је исплата хонорара уследила након доношења поменутог закона, тако да ништа није ишло у прилог редитеља.

²⁴ У немачкој правној теорији и пракси право се дели на јавно и приватно право, а приватно право на грађанско право, које се означава као опште приватно право, и на посебно приватно (грађанско) право, које се развило за одређене групе лица или за одређене специфичне области. Трговачко право спада у посебно приватно право које је уређено Трговачким закоником, али и Грађанским закоником који се примењује супсидијерно уколико Трговачки законик не одређује другачије. Видети више Ђорђевић (2018, 15), који се позива на релевантну немачку правну литературу.

²⁵ Видети Landgericht (LG) Breslau, Urteil vom 21.07.1933, *Das Recht* 1934, 571 (цитирано према Worbel 1983, 354, фн. 34). Видети ову одлуку и код Pürner 2015, 66. *Breslau* је данас град *Wroclaw* у Пољској.

Наиме, предузетник, који је рођен у једној јеврејској породици и који је током свог живота „прешао“ у хришћанску веру, назвао је своје предузеће „Хришћанска кућа специјалне обуће“ („*Christliches Spezialschuhhaus*“). Конкурент тог предузећа захтевао је од њега да престане са даљом употребом таквог назива фирме, позивајући се на то да тај назив ствара забуну у правном промету јер није реч о „хришћанском“ предузећу. Према његовом мишљењу, такав назив фирме доводи учеснике у привредном промету у забуну јер би они полазили од претпоставке да је реч не само о „хришћанском“ него и о „аријевском“ предузећу. Суд је прихватио тај аргумент тужиоца и утврдио да је реч о превари у правном промету коју узрокује назив фирме²⁶. Према томе, иако предузетник у религиозном смислу више није био Јеврејин, он је, према националсоцијалистичкој идеологији, сврстан у тзв. јеврејску расу и због тога није могао да користи назив фирме који садржи реч „хришћански“.

3.3. Брачно право

3.3.1. *Поништај тзв. мешовитих бракова – неограничено тумачење одредаба немачког Грађанског законика*

Нема сумње да су дух националсоцијализма и тзв. неограничено тумачење права нашли своје снажно упориште у породичном праву, и то посебно у брачном праву. Најупечатљивији случајеви неограниченог тумачења везују се за тзв. мешовите бракове између „аријеваца“ и „Јевреја“ (закључене пре доласка нациста на власт), које је требало разрешити по жељи аријевског партнера (видети анализу случајева у Pürner 2015, 59–60; Rùthers 2012, 155–162; Wrobel 1983, 354 и даље; Müller 1987, 98 и даље). С обзиром на то да је до доношења новог (нацистичког) Закона о браку из 1938. године²⁷ развод био могућ једино због скривљене повреде брачних обавеза, једини правни пут за престанак тих мешовитих бракова било је њихово поништење због заблуде на основу одредаба НГЗ.

У тадашње време поништај брака због заблуде био је уређен у пар. 1333 и 1339 НГЗ. Према одредбама пар. 1333 НГЗ, брак се могао поништити ако је супружник који тражи поништај приликом склапања брака био у заблуди о таквим личним особинама другог супружника које би га, уз разумно поштовање суштине брака, спречиле да закључи брак да је знао за те особине. Рок у којем се може захтевати поништај износио је, сходно пар. 1339 НГЗ, шест месеци од дана када је супружник сазнао за разлог због којег тражи поништај брака.

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.

Према томе, за „успешан“ поништај брака морала су се испунити два услова – постојање заблуде о битним личним особинама супружника и захтевање поништаја у року од шест месеци од сазнања за заблуду (видети детаљније Pürner 2015, 60). У вези са условима за поништај брака пред судовима у нацистичкој Немачкој поставило се питање да ли припадност супружника јеврејској религији представља личну особину поводом које, у смислу пар. 1333 НГЗ, може постојати заблуда, те да ли је рок за поништај од шест месеци из пар. 1339 НГЗ протекао.

Ако се одговор тражи с ослонцем на уобичајена правила тумачења и ставове судске праксе заузете до доласка националсоцијалиста на власт, одговор би морао бити негативан јер се припадност одређеној религији није сматрала битном личном особини супружника. Осим тога, супружницима-аријевцима из тзв. мешовитих бракова који су склопљени пре 1933. године било је позната религијска припадност другог супружника у време склапања брака, тако да је било потпуно беспредметно расправљати о њиховој заблуди. С друге стране, шестомесечни рок за поништај из пар. 1339 НГЗ у већини случајева је одавно истекао (чак и ако би се утврдило да је заблуда постојала), тако да ни тај услов није могао да буде испуњен (видети Pürner 2015, 60). Међутим, судови²⁸ и правни теоретичари новог националсоцијалистичког режима (видети Wöhrmann 1933, 2041; Schneider 1934, 868–869; Stoll 1934, 567–569)²⁹ изменили су тумачење тих одредаба НГЗ, дајући им ново значење које до тада нису имали. Они су, најпре, конструисали заблуду о „значају“ религијске припадности (нарочито припадности јеврејској религији), односно о „значају“ расе (нарочито тзв. јеврејске расе) другог супружника, како би се та околност могла сматрати битном личном особини супружника која може важити као разлог за поништај (видети посебно Wöhrmann 1933, 2041³⁰). Ново „значење“ је дала националсоцијалистичка идеологија која је код сваког Немца развила свест о „чистоти сопствене расе“, што повлачи са собом и свест о томе да се не закључују бракови са партнерима који припадају другој раси (нарочито тзв. јеврејској раси) јер би се деца из таквих бракова сматрала странцима који не уживају сва права која припадају члановима немачке заједнице по крви³¹ (видети Pürner 2015, 60–61;

²⁸ Видети, на пример, Urteil des Landgerichts (LG) Köln – Az. 5 R 66/33, *Deutsche Justiz* 1933, 819 (преведени делови те одлуке приказани су у Pürner 2015, 61–62); Reichsgericht (RG), 12. 7. 1934, *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ) 145* 1934, 1 (та одлука је детаљније разматрана такође у Pürner 2015, 63).

²⁹ Преглед и анализу ставова тих нацистичких правника видети у Wrobel (1983, 362–365); видети и ставове и разматрања у Pürner (2015, 62–63).

³⁰ Цитирано према Wrobel (1983, 355).

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

Wrobel 1983, 358–359). Истицано је да супружник аријевац сигурно не би закључио брак са партнером друге расе да је имао прилику да схвати то „значење“, те му зато сада треба пружити могућност да ту своју заблуду отклони (тако Wöhrmann 1933, 2041³²). Када је реч о шестомесечном року за поништај брака због заблуде, судови су померили почетак његовог трајања на временски тренутак када су националсоцијалисти преузели власт, односно када је донет Закон о поновном успостављању професије државних службеника³³ (15. априла 1933. године). Тако је омогућен поништај мешовитих бракова који су трајали више година³⁴ (видети Pürner 2015, 61–62; Wrobel 1983, 358–359; Rütters 2012, 155–162).

3.3.2. Неограничено тумачење Закона о браку из 1938. године

Као што смо већ истакли, националсоцијалисти нису одмах по доласку на власт мењали одредбе НГЗ нити су то касније чинили у значајнијем обиму. Они испрва нису имали јасан и готов концепт за будуће брачно и породично право већ су га (како је већ речено) мењали неограниченим тумачењем важећих одредаба НГЗ (упоредити Diederichsen 1989, 247). Након што су се искристалисали ставови о томе какав је брак потребан националсоцијализму, 1938. године је донет Закон о браку³⁵ којим су укинуте одредбе НГЗ о закључењу и разводу брака.

Према пар. 55, ст. 1 Закона о браку из 1938. године, сваки супружник може захтевати развод брака, ако супружници живе одвојено више од три године и ако се, због непоправљиво нарушених брачних односа, не може очекивати поновно успостављање заједнице живота која би одговарала суштини брака. Међутим, тужени супружник се, сходно ставу 2 пар. 55, могао противити разводу брака уколико је подносилац захтева за развод потпуно или делимично крив за нарушавање брачних односа. Тај приговор се није морао уважити ако одржање брака не би било „оправдано сходно обичајима“, уз правичну процену „суштине брака“ и укупног понашања оба су-

³² Цитирано према Wrobel (1983, 355–356). Превод ставова Вормана (Wöhrmann) видети у Pürner (2015, 60–61).

³³ То је био први закон који је садржао одредбе о искључењу Јевреја из немачког јавног живота.

³⁴ Видети Landgericht (LG) Köln – Az. 5 R 66/33, *Deutsche Justiz* 1933, 819. Треба напоменути да такво мишљење нису следили сви немачки судови већ је било и оних који су одбијали да пониште такве мешовите бракове, нарочито у почетној фази владавине националсоцијализма (видети више 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 (последњи приступ 2. фебруар 2019).

пружника. Већ се на први поглед може видети да ова правила садрже неодређене правне појмове „суштина брака“ и „оправданост одржања брака сходно обичајима“, који су у националсоцијализму били тумачени готово без икаквих јасних ограничења (видети више Diederichsen 1989, 245 и даље; Heller 2015, 284–292; Rùthers 2012, 400–411).

У ранијем периоду тумачење таквих појмова било би у складу са традиционалним и религиозним схватањима према којима је брак, у начелу, сматран неразрешивим (видети Heller 2015, 285). Такође, околност као што је стрпљиво подношење лошег понашања другог супружника увећала би шансе да се приговор узме у разматрање. Међутим, у свету националсоцијализма „суштина брака“ добија ново значење. Она се није више одређивала на основу правичног разматрања свих околности конкретног случаја и гледишта о строгом сексуалном моралу, већ је као примарни критеријум постављено остварење циља да „аријевци“ са „правом и здравом“ партнерком интензивно „раде“ на стварању новог потомства. Отуда, сексуални морал, планирање породице и рађање потомства нису више били приватна ствар појединца већ национално питање (видети више у Diederichsen 1989, 245 и даље). То становиште је представљало једну од основних идеја националсоцијалистичког светоназора, које је често било истицано у националсоцијалистичкој литератури и могло се користити као извор за неограничено тумачење права. Наиме, Адолф Хитлер се изјаснио о суштини брака већ у својој аутобиографији *Моја борба (Mein Kampf)* (Hitler 1940, 274 и даље)³⁶, наводећи да „брак не може бити сам себи циљ већ мора служити једном вишем циљу који се огледа у размножавању и одржању врсте и расе“, да је за сваку осуду „када се нацији ускраћују здрава деца“, те да „држава мора водити рачуна да се не ограничава плодност здравих жена“. Исто тако је Алфред Розенберг (*Alfred Rosenberg*), један од водећих идеолога националсоцијализма, јасно истакао у свом делу *Mut 20. века* (Rosenberg 1934, 592–593) да је репродукција примарни циљ брака, а тек након тога сексуални морал, као и да ради постизања највећег могућег успеха у репродукцији треба одбацити моногамију како би немачки народ достигао свој некадашњи „обим“, с обзиром на то да су Германи у прошлости одступали од моногамије³⁷.

³⁶ Цитирано према Diederichsen (1989, 245).

³⁷ Розенберг (*Rosenberg*) конкретно наводи следеће: „Сигурно да треба штитити моногамију и задржати је као органску ћелију народа, али већ је проф. Вит-Кнудсен (*Wieth-Knudsen*) с правом указао на то да без повремене полигамије германска река народа из ранијих година никада не би настала, о чему толико говори чињеница да све претпоставке за културу западног света не би постојале... Касније су постојала и времена, када је број жена премашио знатно број мушкараца...“ (Rosenberg 1934, 592–593).

У вези са правним последицама које могу проистећи из постављања репродуктивне функције брака за основни циљ те установе, интересантна је изјава тадашњег директора Земаљског суда Gfrörer-a (1934, 153)³⁸:

„Држава суштински има интерес за брак само ако он представља најбоље средство за стварање и одржање наследно здраве и немачкокрвне народне заједнице која се ствара рађањем и одгајањем одговарајућег потомства. Држава нема интереса да постоје и да се одржавају бракови који не могу остварити тај циљ, као ни да се они закључују. Из тога следи да се разрешење таквих бракова мора, без сумње, олакшати... Приликом развода једног таквог брака не може се узети у обзир кривица, пошто се разлог за развод налази у чињеници да је реч о једном промашеном браку“.

На који начин је узимање у обзир таквих идеја и ставова националсоцијалистичког светоназора утицало на тумачење неодређених појмова, као што су „суштина брака“ и „оправданост постојања брака сходно обичајима“, јасно се може видети из следећег поједностављеног случаја (који је из списка Земаљског суда у Берлину [*LG Berlin*] „креирала“ Mammern-Latzel [2002, 86–87]). Немац, директор једног предузећа, и евангелисткиња, домаћица, били су десет година у браку и имали су једну ћерку. У њиховом браку је било великих проблема за које је био одговоран супруг, који не само да је проводио ноћи на паркингу око берлинског зоолошког врта (који је у то време био место састајалишта хомосексуалаца) већ је због честих ванбрачних афера оболео од полне болести којом се заразила и његова супруга која због тога више није могла да рађа децу. Упркос томе, супруга је опростила своје муже „све његове грехе“ и остала уз њега. Међутим, супруг, на којег полна болест није оставила трајне нежељене последице, започео је ванбрачну везу са својом младом секретарицом коју је желео да ожени. Пошто је његова супруга имала 45 година и није више могла да рађа, он је поднео захтев за развод брака. Супруга је, с друге стране, уложила приговор на тај захтев, указујући на разлоге због којих се брак не може развести. Ако би се пошло од конзервативних моралних схватања, узимајући у обзир и чињеницу да је супруг крив за нарушавање брачних односа, огромна је вероватноћа да би суд тај приговор усвојио и одбио да разведе брак. Међутим, према националсоцијалистичком светоназору, та морална схватања, односно све наведене чињенице које су ишле у прилог супрузи нису играле више никакву улогу јер је за тумачење „суштине брака“ било једино важно да супруг жели да закључи нови брак са младом и здравом женом из којег може да проистекне здраво

³⁸ Цитирано према Diederichsen (1989, 248); видети и коментар Gfrörer-овог чланка у Heller (2015, 278–279).

(и друштвено пожељно) потомство. Из тог разлога приговор супруге није узет у разматрање и брак је разведен (видети Mammeri-Latzel 2002, 86–87).

На крају, треба нагласити да у наведеном случају жртва неограниченог тумачења права није била супруга Јеврејка, што значи да су под „удар“ долазила и друга лица (понекад чак и аријевци) која нису била од користи за остварење идеја и циљева националсоцијализма, а нарочито старије жене које нису више могле да рађају децу у тзв. чисто аријевским браковима.

3.4. Право принудног извршења

Иако је на први поглед тешко замислити да су идеје националсоцијализма могле да утичу на право принудног извршења за које се обично тврди да има „технички“ карактер, управо у тој области налазимо неке од најзанимљивијих (и можда најупечатљивијих) случајева неограниченог тумачења права³⁹. Наиме, када су националсоцијалисти дошли на власт, у судској пракси се поставило питање да ли се радио-пријемник (радио-уређај), тј. „народни пријемник“ („*Volksempfänger*“), како су га називали националсоцијалисти, може заплени у извршном поступку. То питање се поставило у контексту примене одредбе чл. 811, тач. 1 немачког Закона о грађанском судском поступку која је уређивала принудно извршење на дужниковој имовини и предвиђала бројне изузетке од пленидбе дужникових ствари са циљем да му се остави довољно имовине да може да води достојанствен живот. Један од тих изузетака односио се на предмете који су нужни за домаћинство, тако да се у вези са тим поставило питање да ли се радио-пријемник може сврстати у такве „нужне“ предмете који се изузимају од извршења или можда представља луксузни предмет који се може заплени (видети Pürner 2015, 64; Wrobel 1985, 57).

На то питање се може одговорити само ако се узму у обзир трошкови који су у то време били потребни за прибављање радио-пријемника и тадашњи општи животни стандард (тако Pürner 2015, 64). До доласка националсоцијалиста на власт радио-пријемници су били скупи, тако да нису представљали уобичајене предмете које има свако домаћинство већ су редовно били квалификовани као луксузни предмети који су могли бити заплењени у поступку принудног извршења (Wrobel 1985, 57–58). Након што су националсоцијалисти преузели власт убрзо је развијен радио-пријемник чија је цена набавке била нешто нижа, односно приступачнија за домаћинства и

³⁹ Видети и упоредити са детаљном анализом случајева из те области у Pürner (2015, 64–65) и Wrobel (1985, 57 и даље).

појединце, што је омогућило нешто лакшу набавку и, самим тим, већу дистрибуцију тих пријемника у Немачкој. Ипак, чини се да се, упркос поједитијењу и широј дистрибуцији, радио-пријемник и даље имао сматрати луксузним предметом који се могао заплениити у извршном поступку. Међутим, националсоцијалисти су, уз критеријум цене и општег животног стандарда, узели у обзир и критеријум идеолошке природе који се огледао у огромном значају медија за ширење пропаганде националсоцијализма (видети Wrobel 1985, 58; Pürner 2015, 64–65). Тај критеријум је однео превагу у тумачењу појмова „луксузни предмет“ и „предмет који је нужан за домаћинство“, тако да су судови одбијали да заплене тзв. народне пријемнике јер би се у супротном грађанима одузела могућност да слушају фирерове говоре и националсоцијалистичку пропаганду⁴⁰. У једној судској одлуци⁴¹ наведено је да се радио-пријемник сматра предметом који се не може заплениити из разлога што постоји јавни интерес да дужници путем радио-пријемника учествују у настанку и развоју националсоцијалистичке немачке државе⁴².

Међутим, од те „новоуспостављене“ судске праксе често се одступало када је дужник био Јевреј. Радио-уређаји који су припадали дужницима Јеврејима остали су и даље предмет заплене у извршном поступку јер Јевреји нису били чланови немачке заједнице по крви, те зато није постојао никакав интерес да им се омогући приступ националсоцијалистичкој пропаганди⁴³.

⁴⁰ Видети анализу немачке судске праксе у погледу тог питања у Wrobel (1985, 58–59).

⁴¹ Landgericht (LG) Frankfurt am Main, Beschluss vom 12. 1. 1934, *Juristische Wochenschrift* 63 1934, 572 (цитирано према Wrobel (1985, 58 и даље), који детаљно анализира ту одлуку). Ова иста одлука је наведена и у Pürner (2015, 65).

⁴² Важно је напоменути да тај став није следила комплетна судска пракса већ да је било судова који су се залагали за *lege artis* тумачење. На пример, Landgericht (LG) Stuttgart (Земаљски суд у Штутгарту) укинуо је одлуку основног суда којим је одбијена заплена радио-пријемника у власништву аријевца и притом је у својој одлуци јасно навео да се питање пленидбе или непсенидбе искључиво решава узимањем у обзир економских разлога (о тој одлуци видети у Wrobel 1985, 59, који се позива на саопштење које је дао Baumbach 1934, 264). Такође, о тој одлуци и о другим одступајућим мишљењима у немачкој судској пракси и литератури за време националсоцијализма видети у Pürner (2015, 65).

⁴³ Видети Landgericht (LG) Schöenberg, Beschluss vom 1934 – та одлука се спомиње у једној другој одлуци истог тог суда од 22. маја 1938. године која је објављена у *Juristische Wochenschrift* 67, 1938, 1917 (цитирано према Wrobel 1985, 64, фн. 34). И овде треба напоменути да судска пракса у погледу тог питања није била јединствена (видети више Pürner 2015, 65).

3.5. Закључна оцена

Из приказаних грађанскоправних случајева произилази да се инструмент неограниченог тумачења права, по правилу, користио за одређивање значења (конкретизацију) неодређених правних појмова (генералних клаузула, правних стандарда) и правних начела садржаних у правним нормама, с обзиром на то да је, према природи ствари, управо ту било највише простора за уношење националсоцијалистичке идеологије у грађанско право. Осим тога, судови су злоупотребљавали правила телеолошког тумачења, нарочито аналогију (што се може јасно видети у случајевима из уговорног и трговинског права) и телеолошку редукцију (што је видљиво у случајевима из брачног права и права принудног извршења) како би попуњавали правне празнине чак и тамо где их није ни било. Те злоупотребе су, неретко, имале за последицу да се одступи од јасног језичког значења текста правне норме ради постизања резултата примене права који је у складу са националсоцијалистичким светоназором. То је нарочито било очигледно код рачунања рока за поништај тзв. мешовитих бракова, где су судови изменили језичко значење одредбе пар. 1339 НГЗ како би омогућили да се почетак трајања тог рока помери за неколико година унапред.

4. ТУМАЧЕЊЕ КАО СРЕДСТВО „ДЕНАЦИФИКАЦИЈЕ“ ПРАВА – КРАТАК ОСВРТ

У претходним излагањима приказали смо како су се, у складу са националсоцијалистичким светоназором, неограничено тумачиле правне норме које су потицале из вајмарске републике (тј. ранијег либералног друштвеног поретка), као и правне норме које су настале за време националсоцијализма. Међутим, тумачење права у складу са новим (промењеним) друштвеним схватањима није постојало само у периоду владавине националсоцијалиста (1933–1945), који су немачко право „националсоцијализовали“, већ и након 1945. године, када је право, односно правне норме које су настале у националсоцијализму требало тумачити „у духу“ новог послератног друштвеног поретка, са циљем „денацификације“ („денационалсоцијализације“) немачког права.

Таква денацификација права била је неопходна, с обзиром на то да је Контролни савет Савезника након капитулације Трећег рајха (8. маја 1945. године) укинуо само оне законе (правне норме) који су очигледно имали националсоцијалистичку садржину. Законске норме чији текст није био очигледно националсоцијалистичког карактера остале су на снази чак и ако је њихово доношење било (потпуно или

делимично) засновано на националсоцијалистичкој, односно расистичкој идеологији (Löhnig 2010, 11). Тај поступак је образложен тиме да није било потребно утврђивати из којих разлога је донет неки закон (односно правна норма) већ да је једино битно на који начин би такав закон у новом правном поретку требало примењивати. Дакле, једино је било важно утврдити да ли се применом важећег текста закона, узимајући у обзир промењене друштвене околности, могу постићи разумни и вредносно жељени резултати (Löhnig 2010, 138). Иако су се процеси „нацификације“ и „денацификације“ немачког права кретали у различитим смеровима, реч је, како истиче Löhnig (2010, 138), о формално истим појавама, тј. у оба та процеса се *„конкретна правна норма издваја из контекста њеног настанка, односно историјско тумачење норме замењује се објективно-телеолошким тумачењем према циљу норме који није у складу са циљем који је дао законодавац већ је на основу промењених политичких околности касније унет у правну норму“*. Треба истаћи да је процес денацификације права у Немачкој нарочито интересантан јер је Трећи рајх, након капитулације, подељен на две државе – Савезну Републику Немачку (тзв. Западна Немачка) и Немачку Демократску Републику (тзв. Источна Немачка), у којима су успостављени потпуно различити друштвено-политички системи, тако да се тај процес одвијао у два новим државама на различите начине⁴⁴. Како је то у конкретном случају изгледало у новим немачким државама, приказаћемо на примеру тумачења (већ разматраних) одредаба пар. 55, ст. 2 Закона о браку из 1938. године, којима се уређује приговор на захтев за развод брака. Различито тумачење тих одредаба било је условљено различитим схватањем улоге жене у друштву у новонасталим правним порецима.

Друштвено-политичке разлике, које су постојале између Западне и Источне Немачке, рефлектовале су се и на поимање питања брачног права и положаја жене у друштву. У Западној Немачкој је, у основи, био прихваћен ранији (пре националсоцијализма развијени) концепт традиционалног схватања брака, у којем је жена (упркос уставноправном принципу једнакости из чл. 3 Основног закона) имала мања права од мужа, али је истовремено ступањем у брак добијала друштвени статус који јој је гарантовао одређена права и ако брак „пропадне“. С друге стране, у Источној Немачкој жене су биле изједначене са мужевима, при чему се истовремено желело да се она стави у функцију производње како би се социјализам изградио на најбржи могући начин. Према томе, „запад“ је желео да види жену за шпоретом (у кухињи), док је „исток“ желео да је види на

⁴⁴ У суштини, могуће је проучавати примену једне исте правне норме (тј. норме истог језичког значења) у три различита друштвена система (тј. у Трећем рајху, Западној Немачкој и Источној Немачкој).

радном месту (видети и упоредити Löhnig 2010, 135–136, 139–140; Rütters 1987).

Када се ти различити концепти о улози жене у друштву ставе у контекст тумачења и примене одредаба о приговору на захтев за развод брака (пар. 55, ст. 2 Закона о браку из 1938. године), јасно је да је судска пракса у двема државама различито поступала. У Западној Немачкој поново се почео примењивати религијски мотивисани принцип о начелној неразрешивости брака који је, између осталог, водио резултату да се супруга, која је верна своме мужу, може ослононити на то да ће задржати социјални и финансијски статус који је стекла у браку (тзв. збринути брак; видети Löhnig 2010, 136; Etzel 1992, 92–93)⁴⁵. Из тог разлога се приговор на захтев за развод брака, по правилу, често уважавао, тако да су се бракови веома ретко разводили, што значи да је судска пракса Западне Немачке напустила ставове које је имао RG за време владавине националсоцијализма и заузела дијаметрално супротно становиште. С друге стране, судска пракса у совјетској зони, односно у Источној Немачкој, с обзиром на промењену улогу жене у друштву, потпуно је другачије поступала, па је претпоставке за усвајање приговора рестриктивније тумачила него што је то чинио RG за време националсоцијализма, тако да је тај приговор веома ретко усвајала (Löhnig 2010, 135–136), односно он се у већини случајева сматрао ирелевантним и бивао је одбијен, тако да су се бракови чешће разводили⁴⁶.

Према томе, иако је денацификација права постављена као основни циљ у оба правна поретка, управо на овом примеру се јасно може видети како се тај процес, због различитих друштвено-политичких (идеолошких) схватања, одвијао на различите начине. Идеолошке разлике су условиле различито тумачење и различит резултат примене једне (садржински) исте правне норме о разводу брака: у Источној Немачкој бракови су се, по правилу, могли развести, док је у Западној Немачкој развод брака, по правилу, био отежан.

5. ЗАКЉУЧАК

Националсоцијалистичка правна теорија и пракса пронашле су у тумачењу права погодна политичко средство за брзу изградњу новог (не)правног поретка у складу са новом државном идеологијом,

⁴⁵ На сличан начин се изјаснио *Oberlandesgericht (OLG) Hamburg* у својим општим друштвено-политичким промишљањима о суштини брака, у којима је истакао да се након пораза у Другом светском рату тежи „поновној моралној изградњи“ брака (видети OLG Hamburg, Urteil vom 15. 2. 1946, *Süddeutsche Juristen-Zeitung* 1 1946, 94; приказ и коментар ове одлуке видети у Löhnig 2010, 86–87).

⁴⁶ Видети преглед судске праксе у Löhnig (2010, 80 и даље, 87 и даље).

без претходне промене правних прописа. Изменом правила тумачења права (којом је креиран инструмент који смо у овом раду назвали неограничено тумачење права) судовима је дата могућност да преузму улогу законодавца и важеће законске норме тумаче у духу националсоцијализма, што је имало за последицу да се „нежељене“ правне норме не примене или да им се припише другачији смисао и значење. С обзиром на то да су норме грађанског права претрпеле мање измене за време владавине националсоцијалиста, неограничено тумачење права било је значајно политичко средство за остваривање циљева националсоцијализма у грађанском праву. Из приказаних случајева из немачке судске праксе може се видети да се неограничено тумачење права, најчешће, користило за конкретизацију неодређених правних појмова (генералних клаузула, правних стандарда) и правних начела која су садржана у грађанскоправним нормама, са циљем да се грађанско право испуни националсоцијалистичком идеологијом. Такође, видели смо да је тумачење права, као средство изградње новог правног поретка, добило значај и након Другог светског рата, када је правне норме, које су донели националсоцијалисти, требало тумачити у духу новог послератног правног поретка, па је грађанско право опет постало „значајан терен тумачења“. Реч је о формално истом процесу као и у националсоцијализму, али сада са другачијим (потпуно супротним) циљем и мотивима – тумачењем је требало извршити „денацификацију“ права, односно из правног система избацивати идеје националсоцијализма и унети нове вредности, што се на различите начине одвијало у Западној Немачкој и Источној Немачкој (због друштвено-политичких разлика између те две нове немачке државе).

Поставља се питање какав се закључак може извући о тумачењу права у промењеним друштвеним околностима. Прва замислива и истовремено инстинктивна реакција би могла бити да се неодређени правни појмови и правна начела потпуно избаце из норми грађанског права јер њихова конкретизација, која се спроводи тумачењем, може водити злоупотребама. То би, даље, значило да би требало увести казуистичко нормирање које би у великој мери ограничило слободу судског тумачења. Ипак, чини се да то није исправан пут јер законодавац не може унапред да предвиди све могуће случајеве које треба нормирати нити сваку промену друштвених околности која може иницирати настанак нових случајева за које треба пронаћи решење. Осим тога, избацивање неодређених правних појмова (генералних клаузула, правних стандарда) и правних начела из законских норми не би само строго „ограничило“ право (и тиме условило да се друштво може развијати искључиво под плаштом писаног законског права) већ би водило једној примитивној јуриспруденцији у којој би судови „технички“ (као компјутери) примењивали право и, притом, имали

велике проблеме да прилагоде правне норме новим друштвеним променама. Према томе, генералне клаузуле, правни стандарди и правна начела не могу се избацити из законских норми јер су неопходни у условима сталних и убрзаних друштвених промена које законодавац не може правовремено да прати у свим областима живота. Па, како онда осигурати да њихово тумачење не подлегне злоупотребама? Одговор на то питање треба тражити у захтевима да судије буду одлични познаваоци правне струке, да тумаче законе *lege artis* и да, ослањајући се на здрав људски разум и морал, развију свест о томе да се, приликом тумачења правних норми чији текст нема јасно језичко значење, морају супротставити сваком притиску да се политичко-идеолошки интереси ставе изнад права и правде⁴⁷.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Baumbach, Adolf. 1934. Juristische Rundschau. *Deutsche Juristen-Zeitung* 39: 264.
- Börner, Fritjof. 1989. *Die Bedeutung der Generalklauseln für die Umgestaltung der Rechtsordnung in der nationalsozialistischen Zeit*. Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH.
- Bydliniski, Franz. 2012. *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*. 2. Aufl. Wien: Facultas Verlags- und Buchhandels AG.
- Dahm, Georg, Karl August Eckhardt, Reinhard Höhn, Paul Ritterbusch и Wolfgang Siebert. 1936. Leitsätze über die Stellung und Aufgaben des Richters. *Deutsche Rechtswissenschaft* I: 123–124.
- Diederichsen, Uwe. 1989. Nationalsozialistische Ideologie in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Ehe- und Familienrecht. 241–272 y *Recht und Justiz im „Dritten Reich“*, Hrsg. Ralf Dreier, Wolfgang Sellert. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag AG.
- Ђорђевић, Славко. 2018. *Opšti deo Građanskog zakonika u prevodu (Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches in Übersetzung)*. Kragujevac: Deutsche Stiftung für Internationale Rechtliche Zusammenarbeit.
- Eckert, Jörn. 2004. „Hinter den Kulissen“. Die Kieler Rechtswissenschaftliche Fakultät im Nationalsozialismus. 18–32 y *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> (последњи приступ 2. фебруар 2019).

⁴⁷ Видети и упоредити 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 (без имена). 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/lehrstuehle/buergerliches-recht-rechtsphilosophie-und-medizinrecht/studieren/recht-und-rechtswissenschaft-im-nationalsozialismus/> (последњи приступ 2. фебруар 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 и 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> (последњи приступ 2. фебруар 2019).
- Larenz, Karl. 1934. *Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie*. Tübingen: J.C.B. Mohr.
- Larenz, Karl. 1935a. Rechtsperson und subjektives Recht. 225–260 у *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Hrsg. Georg Dahm, Ernst Rudolf Huber, Karl Larenz, Karl Michaelis, Friedrich Schaffstein, Wolfgang Siebert. Berlin: Junker und Dünnhaupt.

- 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 I*. 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.
- Лукић, Радомир и Будимир Кошутић. 2003. *Увод у право*. Београд: Службени лист СЦГ. (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> (последњи приступ 2. фебруар 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 Systemwechselns – Motive, Instrumente und Mentalitäten von Wendeliteraturen. 31–56 y *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 y *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 y *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 y *Nationalsozialismus und Zweiter Weltkrieg*. Bonn: Bundeszentrale für politische Ausbildung. https://www.bpb.de/system/files/pdf_pdflib/pdflib-39529.pdf (последњи приступ 11. април 2019).
- Vodinelić, 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 (последњи приступ 2. фебруар 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 Nichtarieren. *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.

УДК 159.95:347.9; 316.647.8

CERIF: S260, S180, S142

DOI: 10.5937/AnaliPFB1902083M

Др Александар С. Мојашевић*

ЕМПИРИЈСКО ИСТРАЖИВАЊЕ ЕФЕКТА УОКВИРАВАЊА КАО ВИДА КОГНИТИВНЕ ПРИСТРАСНОСТИ**

У раду се приказују типичне когнитивне пристрасности представника правних професија (судија, арбитра, адвоката, медијатора) и других учесника судског (парничног) поступка (поротника, парничних странака). Посебан део рада посвећен је теорији изгледа и ефекту уоквиравања због њиховог значаја за проучавање и предвиђање понашања странака у поступку. С тим у вези, спроведено је емпиријско истраживање на узорку студената права. Пошли смо од тога да између групе тужилаца и тужених постоји значајна разлика у избору поравнања у парницама са умереном или високом вероватноћом добитака или губитака, односно парницама са ниском вероватноћом добитака или губитака. Резултати истраживања потврђују да су испитаници подложни ефекту уоквиравања само у парницама са умереном или високом вероватноћом добитака или губитака. То истраживање отвара и одређена питања, а пре свега ко је у најбољој позицији да утиче на оквир у којем странке одлучују. Аутор износи став да су, упркос одређеним ограничењима, у таквој позицији медијатори.

Кључне речи: *Когнитивне пристрасности. – Ефекат уоквиравања. – Теорија изгледа. – Правне професије.*

* Аутор је ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, mojasevic@prafak.ni.ac.rs.

** Овај чланак је резултат рада у оквиру пројекта *Заштита људских и мањинских права у европском правном простору* (референтни број 179046) који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

1. УВОД

Теорија доношења одлука (*decision-making theory*) последњих деценија закупа пажњу истраживача различитих научних усмерења. Међу плејадом тих истраживача неизоставна су имена Данијела Канемана (*Kahneman*) и Ејмоса Тверског (*Tversky*). У раду из 1974. године (*Tversky и Kahneman 1974*) ови аутори доказују да се појединци ослањају на хеуристике (менталне пречице или правила процесуирања информација) у доношењу комплексних одлука, а пре свега приликом субјективних процена вероватноће и предвиђања вредности. Те хеуристике су углавном корисне, али понекад доводе до озбиљних и систематских грешака у одлучивању (*Tversky и Kahneman 1974, 1124*). У ствари, ослањање на те менталне пречице доводи до тзв. *когнитивних пристрасности (cognitive biases)* у расуђивању и одлучивању.

Когнитивне пристрасности, као последица хеуристичких правила, свде се на пристрасности интуиције. Иако некада помаже у расуђивању и доношењу одлука, одлучивање на основу интуиције не само обичних људи, него и стручњака може бити погрешно. Управо описујући понашање стручњака у раду из 1992. године (*Simon 1992, 150–161*), Херберт Сајмон (*Simon*) интуицију своди ни мање ни више него на препознавање познатих елемената у новој ситуацији, што је последица учења на основу претходног искуства.

Данас је општеприхваћен став да су когнитивне пристрасности систематске грешке у размишљању (*Samson 2018, 125*) да и, као такве, оне одступају од норме рационалности у расуђивању. Рационалност је кључна претпоставка модела рационалног актера (*homo economicus*) у неокласичној економској теорији. Но, на схватање рационалности битно су утицали појава и развој научних дисциплина бихевиористичке економије и бихевиористичког права и економије (видети посебно *Jolls, Sunstein и Thaler 1998*). Заговорници тих дисциплина емпиријски потврђују да се стварни људи разликују од замишљеног рационалног актера из економских модела. То не значи да људи систематски доносе ирационалне одлуке већ само да модел рационалног актера људе не описује довољно добро (*Kaneman 2015, 386*). Једноставно речено, пристрасност интуиције, као једног дела нашег когнитивног апарата (тзв. систем 1) и спора контрола његовог другог, промишљеног, рационалног дела (тзв. систем 2) чине да наше стварне одлуке нису онакве какве их доноси рационални актер у економским моделима.

До сада је идентификовано 186 когнитивних пристрасности у општој популацији, а оне се разврставају на: пристрасности у доношењу одлука, веровању и понашању; друштвене пристрасности;

меморијске грешке и пристрасности. Пошто су когнитивне пристрасности спецификум устројства нашег когнитивног апарата, логично је претпоставити да важе подједнако и за бројне доносиоце одлука у специфичним сферама друштвеног живота. Полазећи од тога, у наставку рада испитују се когнитивне пристрасности доносилаца одлука у правној области.

2. КОГНИТИВНЕ ПРИСТРАСНОСТИ СУДИЈА И АРБИТАРА

Бројна истраживања указују на то да су судије, такође, подложне систематским грешкама у расуђивању и одлучивању (видети посебно Guthrie, Rachlinski и Wictrich 2001, 777–830).¹ Давно је речено из угла правног реализма да се морамо суочити са чињеницом да су судије само људска бића (цитирано у Guthrie, Rachlinski и Wictrich 2001, 784). Полазећи управо од те премисе, емпиријским истраживањима (Guthrie, Rachlinski и Wictrich 2001, 777–830) документовано је постојање когнитивних пристрасности судија у расуђивању и доношењу одлука, и то: 1. ефекта усидравања, 2. ефекта уоквиравања, 3. пристрасности накнадног увида, 4. хеуристике репрезентативности и 5. склоности ка егоцентризму.²

Под *ефектом усидравања* подразумева се тенденција да се приликом доношења судова ослањамо на делић неке информације (тзв. сидро), макар он био и безначајан. Тај ефекат се најчешће јавља када људи врше нумеричке процене, рецимо, процену тржишне вредности непокретности (Kaneman 2015, 111). У правној области, преговарачи су мање-више склони прихватању коначне понуде за склапање

¹ Издвајамо и нека ранија истраживања. У једном истраживању из 1993. године (Anderson, Lowe и Reckers 1993, 711–737) испитивана је пристрасност накнадног увида на узорку судија и ревизора. Потом се у студији из 1994. године (Eisenberg 1994, 979–995) доказује постојање егоцентричне склоности судија и адвоката и утицај те склоности на различиту перцепцију (висине) хонорара адвоката у стечајном поступку, док се у другој експерименталној студији (Landsman и Rakos 1994, 113–126) доказује да су и судије и поротници подједнако подложни пристрасностима. Затим, Viscusi (1999, 26–62) доказује да су судије пристрасне у процени ризика, нарочито у случају нижих вероватноћа великих губитака. У другој студији из 1999. године (Wissler, Hart и Saks 1999, 751–826) испитивани су фактори процене озбиљности штете и одређивања накнаде штете трију група: судија, адвоката и поротника – разлике су испољаване управо у одређивању накнаде штете између поротника, с једне стране, и судија и адвоката, с друге стране. То је објашњено тиме што поротници немају, попут судија или адвоката, референтну тачку (рецимо, раније случајеве) за одређивање висине накнаде штете. Коначно, и Posner (1988, 858–861) наглашава, супротно увреженом мишљењу, да постоје ограничења у правном резонувању (одлучивању) судија, као што постоје и у свакодневном животу.

² У трећем делу рада биће посебно обрађен ефекат уоквиравања, а у наставку објашњавамо преостале.

поравнања, зависно од тога каква је била почетна (иницијална) понуда друге стране. Очигледно је да та прва, почетна понуда обликује очекивања преговарача и њихове преференције у преговорима (видети Korobkin и Guthrie 1994a, 1–22).

Пристрасност накнадног увида јесте људска тенденција да се прошли догађаји накнадно оцењују као предвидљиви у време када су се заиста и десили (Kahneman 2015, 190). Та пристрасност може имати значајне ефекте у правној области, пре свега судској пракси, што потврђују одређене студије када је реч о установљавању одговорности за накнаду штете услед непажње (видети Kamin и Rachlinski 1995, 89–104).

Под *репрезентативношћу* се подразумева процена вероватноће неког неизвесног догађаја (или узорка) на основу степена у којем је он сличан, у својим основним карактеристикама, популацији којој припада и у којем одражава истакнуте особине процеса који га је генерисао (Kahneman и Tversky 1972, 431). Једноставније речено, ако је догађај 1 репрезентативнији од догађаја 2, онда је догађај 1 вероватнији од догађаја 2, и то је суштина ове хеуристике. Она долази до изражаја у кривичноправној области. Рецимо, вероватноћа да ли је неко кривично одговоран или не (категоријско оцењивање) оцењује се на основу репрезентативности доказног материјала (нпр. оптужени је нервозан, вероватно је одговоран). И у грађанскоправној материји дешава се да се вероватноћа неке хипотезе на основу датих доказа изједначава са вероватноћом доказа на основу дате хипотезе (тзв. *инверзна заблуда*).³ Рецимо, вероватноћа да је тужени одговоран јер је тужилац претрпео штету изједначава се са вероватноћом да би тужилац био оштећен ако би тужени био одговоран (Guthrie, Rachlinski и Wictrich 2001, 807).

Егоцентрична пристрасност подразумева склоност ка прецењивању сопствених способности.⁴ Разумно је претпоставити да су тој пристрасности у погледу сопствених способности, квалитета заступања и релативне вредности њиховог предмета склоне и странке у парничном поступку и њихови адвокати, што може значајно да

³ У домену вероватноће, та заблуда (*inverse fallacy*) исказује се у претпоставци да је вероватноћа да ће догађај А наступити на основу тога што је догађај Б већ наступио идентична вероватноћи да би догађај Б наступио да је догађај А наступио.

⁴ Упркос сличности и честој конфузији, треба правити разлику између егоцентричне склоности и склоности ка приписивању заслуга себи у случају успеха, и окривљавања других (људи или околности) у случају неуспеха (*self-serving bias*). Ова друга склоност може се означити као фаворизовање себе и сопственог интереса (Forsyth 2007, 429). Такође, директна последица егоцентричне склоности јесте и ефекат лажног консензуса (*false-consensus effect*). То је тенденција да људи верују да су њихова уверења или поступци у много већој мери заједнички него што заиста јесу (видети на пример Ross, Greene и House 1977, 279–301).

подрије процес склапања поравнања (видети Babcock и Loewenstein 1997, 109–126).

Ни припадници других правних професија нису поштеђени когнитивних пристрасности. Једно новије истраживање (Franck *et al.* 2017, 1115–1173) потврђује да су у доношењу одлука пристрасни и (међународни) арбитражи, односно да су подложни: 1. ефекту усидравања, 2. ефекту уоквиравања, 3. хеуристици репрезентативности и 4. егоцентризму. То истраживање показује да су и арбитражи, попут судија, људска бића склона (брзом) интуитивном промишљању и систематским грешкама које из тога произилазе. Тиме се указује на то колико је битно да они који пресудно утичу на карактер система решавања спорова обратe више пажње на структуралне карактеристике и процедуралне механизме заштите који ће повећати вероватноћу да доносиоци одлука (судије, арбитражи и други) правично одлуче, односно да донесу одлуке које су колико-толико лишене грешака и пристрасности.

С тим у вези, у наставку се детаљније објашњава ефекат уоквиравања, посебно на оне који одлучују у правној области, чиме се поставља концептуални оквир за спровођење емпиријског истраживања те пристрасности на узорку студената права.

3. ЕФЕКАТ УОКВИРАВАЊА У ПРАВНОЈ ОБЛАСТИ

Према теорији корисности, на којој је заснован економски модел рационалног актера, и корисност добитка и некорисност губитка процењују се поређењем два стања богатства. У теорији корисности не постоји начин да се представи да је некорисност губитка већа од корисности добитка идентичне величине, што Канеман назива „слепилом индукованим теоријом“ (Kahneman 2015, 260). Очигледно је да теорија корисности занемарује психолошку осетљивост на губитке, што је била основа за постављање једне другачије, комплексније теорије одлучивања у условима ризика – теорије изгледа.

Срж теорије изгледа (Kahneman и Tversky 1979, 263–292) и њене нове верзије – кумулативне теорије изгледа (Tversky и Kahneman 1992, 297–323) чини ефекат уоквиравања, под којим се подразумева склоност људи да доносе различите одлуке (ризичне или мање ризичне) зависно од оквира (позитивног или негативног) у коме то чине. У позитивном оквиру испољавају аверзију према ризику, за разлику од негативног оквира, у коме исказују склоност ка ризику. Рецимо, људи преферирају 100 динара сигурног добитка у односу на 50% шансе да добију 200 динара, али преферирају 50% шансе да изгубе 200 динара у односу на 100 динара сигурног губитка. Иако су

то, економски гледано, идентични избори,⁵ одлуке су другачије због оквира у коме се доносе. То је последица тога што људи најчешће не размишљају о малим исходима у смислу стања укупног богатства него у смислу добитака, губитака или неутралних исхода, као што је, рецимо, очување тренутног стања. Полазећи од тога, губици се негативније процењују него добици са одређене референтне тачке (видети посебно Kahneman 1992, 89–104), што је у теорији означено као аверзија према губицима (Kahneman и Tversky 1984, 342). Сходно реченом, психолошке вредности добитака и губитака процењене са одређене референтне тачке чине окосницу теорије изгледа, за разлику од теорије корисности у којој је то стање богатства.

Ефекат уоквиравања има значајне импликације у парничном поступку када се парничне странке суочавају са избором између суђења и поравнања. Тужиоци се често суочавају са избором да прихвате поравнање или да наставе са поступком, надајући се већем добитку, за разлику од тужених који треба да одлуче да ли да прихвате да плате поравнање или да то не учине, очекујући мањи износ по основу судске пресуде. С обзиром на то да тужиоци најчешће одлучују у позитивном оквиру, они су склони мање ризичним одлукама, односно да прихвате поравнање, за разлику од тужених који одлучују у негативном оквиру, те су више склони ризику, односно наставку поступка. Тај значајан налаз (да тужиоци преферирају поравнање, а тужени суђење у парницама са умереном или високом вероватноћом добитака или губитака, односно победе или пораза на суђењу)⁶ произилази из тога што парница, у ствари, представља природни оквир за парничне странке.⁷ Но, други значајан налаз јесте да се преференције странака према ризику мењају у парницама са ниском

⁵ Сто динара добитка (губитка) сада је исто што и очекиваних 100 динара добитка или губитка ($50\% \times 200$ динара = 100 динара).

⁶ Guthrie (2000, 168) наводи да су парнице са умереном или високом вероватноћом добитака или губитака у ствари уобичајене парнице. Овде се мисли или на добитак или губитак по основу пресуде или на добитак или губитак по основу поравнања, што значи да је имплицитна претпоставка да је поступак већ покренут и да парничари након утужења сагледавају те исходе. Додајмо и то да се добитак или губитак по основу пресуде своди на победу или пораз на суђењу, односно (не) остварење захтева за накнаду штете.

⁷ Rachlinski (1996, 129) истиче да је парница природни оквир јер тужиоци конзистентно бирају између сигурног добитка по основу поравнања и изгледа за већи добитак на суђењу (по основу пресуде). Супротно, тужени конзистентно бирају између сигурног губитка по основу поравнања и изгледа за већи губитак по основу пресуде. Те изгледе за већи добитак или губитак на суђењу (победу или пораз на суђењу), у уобичајеној парници, Крис Гатри своди на умерену или високу вероватноћу добитака или губитака, наводећи обиље експерименталних доказа који потврђују да тужиоци исказују аверзију према ризику суочени са умереном или високом вероватноћом добитака, односно да тужени испољавају склоност ка ризику суочени са умереном или високом вероватноћом губитака. У тим истраживањима

вероватноћом добитака или губитака, односно победе или пораза на суђењу.⁸ Наиме, у тим парницама тужиоци бирају између добитака мале вероватноће, а тужени између губитака мале вероватноће. Сходно томе, тужиоци преферирају суђење, а тужени поравнање. Дакле, када је мала шанса да нешто добију, тужиоци су склони ризику, а када је мала шанса да нешто изгубе, тужени испољавају аверзију према ризику. Насупрот томе, када је велика шанса да нешто добију, односно изгубе, тужиоци исказују одбојност, а тужени склоност ка ризику.

Табела 1.
Четвороструки образац односа према ризику

ВИСОКА ВЕРОВАТНОЋА (<i>ефекат извесности</i>)	ДОБИЦИ Страх од разочарања АВЕРЗИЈА ПРЕМА РИЗИКУ	ГУБИЦИ Нада у избегавање губитка СКЛОНОСТ РИЗИКУ
НИСКА ВЕРОВАТНОЋА (<i>ефекат могућности</i>)	Нада у велики добитак СКЛОНОСТ РИЗИКУ	Страх од великог губитка АВЕРЗИЈА ПРЕМА РИЗИКУ

Та два важна налаза ослањају се на Канеманов четвороструки образац односа према ризику (табела 1), који се заснива на два фактора (Kaneman 2015, 295–299). Први је опадајућа осетљивост на добитак или губитак, а други је процењивање важности одлуке која прати одређену вероватноћу.⁹ Тако у случају парница са ниском вероватноћом добитака или губитака, прецењивање важности малих вероватноћа потискује први фактор (опадајућу осетљивост) и производи образац ризиковања у случају добитака и опреза у случају

(Guthrie 2000, 182, фн. 84) умерена до висока вероватноћа добитака или губитака креће се од 30% до 80%.

⁸ Управо у парницама са ниском вероватноћом добитака или губитака, Гатри разматра понашање парничара, развијајући посебну теорију (*Frivolous Framing Theory*), која се ослања на теорију изгледа. Guthrie (2000, 185–187) полази од дефиниције да су неосноване парнице (*frivolous litigation*) оне парнице у којима обе стране (*тужилац и тужени*) унапред знају да су мале шансе да ће тужилац на крају однети победу, и сходно томе операционализује неосноване парнице као парнице са малом вероватноћом победе тужиоца. Такође, када говори о добицима или губицима, Guthrie (2000, 187, фн. 105) мисли на новчани износ (накнаду штете) по основу пресуде или поравнања.

⁹ Ако је мала вероватноћа добитка, рецимо 2%, онда је важност одлуке која прати ту вероватноћу значајно већа (8,1). Супротно, ако је велика вероватноћа добитка, рецимо 95%, онда је важност одлуке која иде уз ту високу вероватноћу доста нижа (79,3). То показује да су људи склони да прецењују мале вероватноће добитака (ефекат могућности) и потцењују велике вероватноће добитака (ефекат извесности). Исто важи и за губитке. Више о томе у Kaneman (2015, 293–295).

губитака. Рецимо, када је мала вероватноћа да ће тужилац остварити добитак по основу пресуде, као људи који играју лутрију, више је склон ризику, односно одласку на суђење (доњи леви правоугаоник на табели 1). У случају парница са високом вероватноћом добитака, односно губитака, први фактор (пад осетљивости) заједно са другим фактором (потцењивање важности великих вероватноћа) генерише другачији образац односа према ризику: ризиковање у случају губитака и опрез у случају добитака. Рецимо, када тужени разматра сигуран губитак по основу поравнања и ризик још већег губитка по основу пресуде, због опадајуће осетљивости на губитак, осећаће већу одбојност према сигурном губитку (поравнању). Истовремено, услед потцењивања високе вероватноће губитка по основу пресуде, смањује се одбојност према ризику (горњи десни правоугаоник).¹⁰ Тим факторима објашњава се и понашање тужиоца када очекује добитак по основу пресуде са високом вероватноћом, само што се у том случају активира психолошки механизам у виду страха од разочарења и, последично, аверзија према ризику (горњи леви правоугаоник).

Постојање ефекта уоквиравања потврђено је и емпиријским налазима међу парничним странкама у стварним парницама (Rachlinski 1996, 150–160).¹¹ Но, осим парничних странака, ефекту уоквиравања су склоне, као што смо навели, и судије. У познатој студији (Guthrie, Rachlinski и Wictrich 2001, 796–799) судије су, под утицајем оквира, различито процењивале да ли странке треба да прихвате поравнање или не. Неочекиван резултат те студије био је да је већина судија (67,5%) сматрала да странке не треба да се поравнају упркос томе што је очекивана вредност поравнања била већа од очекиване вредности суђења. Аутори су тај феномен објаснили психолошким фактором. Наиме, поравнати се значило је и пристати да значајан део вредности спора (70%) припадне супротној страни. Будући да су странке имале једнако право на имовину која је предмет спора, судије су сма-

¹⁰ Тим налазом могу се објаснити многи феномени, као што је, рецимо, тенденција компанија да узалудно троше ресурсе у трци са својим конкурентима јер је прихватање пораза веома болно. У парничном поступку, тужени, због аверзије према губитку и склоности ризику (одласку на суђење) може имати бољу преговарачку позицију од тужиоца, што за последицу може имати да тужилац прихвати неповољније поравнање (у односу на оно што би остварио на суду).

¹¹ Иначе, то истраживање (Rachlinski 1996, 159) показује да су у скоро четвртини случајева (23%) тужени платили високу цену јер су наставили са парницом. Одбијање да се поравнају коштало је тужене у просеку 66.106 \$ по случају, плус парнични трошкови. С друге стране, и тужиоци су платили високу цену због аверзије према ризику и одбијања да наставе са поступком (23% оних који су наставили са поступком добило је огромну одштету од 354.949 \$ по случају, минус парнични трошкови). У суштини, истраживање потврђује предвиђања теорије изгледа о различитим преференцијама тужених (склоности ка ризику) и тужилаца (одбојности ка ризику).

трале да је чак и подела на једнаке делове прикладнија. Да би оправдали тај налаз, аутори су се позвали на друга истраживања (видети Camerer и Thaler 1995, 209–219).¹²

Налаз да су судије подложне ефекту уоквиравања има значајне импликације на њихов утицај на странке да склопе поравнање, нарочито узимајући у обзир да се судије често налазе у улози медијатора.¹³ Наиме, тај утицај треба да буде усмерен на тужене јер они показују већи отпор ка склапању поравнања него тужиоци. Но, у тој студији се указује на то да судије (медијатори) то неће чинити или ће пропустити да то учине, услед чега ће стварни број поравнања бити нижи од оптималног. С тим у вези, ако судије (медијатори) не подстичу тужене да прихвате поравнање, односно ако подстичу тужиоце да прихвате ниже износе поравнања, последице су да тужиоци неће у довољној мери задовољити своје тужбене захтеве, док тужени неће бити у довољној мери одвраћени од чињења будућих штетних радњи (Guthrie, Rachlinski и Wictrich 2001, 798). Коначно, у тој студији се закључује и то да странке приликом преговарања у присуству медијатора треба да оправдају своје понуде за склапање поравнања не само у смислу економске рационалности већ и у погледу правичности (Guthrie, Rachlinski и Wictrich 2001, 799).

4. МЕТОДОЛОШКИ ПРИСТУП

4.1. Циљеви и хипотезе истраживања

Полазна премиса нашег истраживања јесте да су когнитивне пристрасности својствене свим људима, независно од тога да ли су лаици или стручњаци. Даље, кључно је и полазиште да припадници правних професија (судије, арбитражи, адвокати и други учесници судског поступка) нису поштеђени пристрасности у расуђивању и одлучивању. Притом, будући да није могуће испитати све поменуте когнитивне пристрасности у једном раду, истраживање је ограничено на ефекат уоквиравања. Избор те пристрасности последица је значаја теорије изгледа и ефекта уоквиравања у друштвеним наукама.

Два кључна налаза желели смо да проверимо. Први налаз је да тужиоци преферирају поравнање, а тужени суђење у парницама

¹² То истраживање показује да учесници, суочени са поделом унапред фиксираних дела имовине (фиксног колача), све осим поделе на једнаке делове сматрају неправичним.

¹³ У америчкој судској пракси то су тзв. конференције за склапање поравнања. И у нашој пракси судије су често медијатори, при чему могу посредовати само ван радног времена и без накнаде. Видети члан 33 (б) Закона о посредовању у решавању спорова, *Службени гласник РС*, 55/14.

са умереном или високом вероватноћом добитака или губитака. Други налаз је да тужиоци преферирају суђење, а тужени поравнање у парницама са ниском вероватноћом добитака или губитака. Другим речима, пошли смо од тога да постоји статистички значајна разлика између две групе (тужилаца и тужених) у избору поравнања у парницама са умереном или високом вероватноћом добитака или губитака (прва хипотеза), односно парницама са ниском вероватноћом добитака или губитака (друга хипотеза).

Очекивање да ће резултати истраживања потврдити да су испитаници подложни ефекту уоквиравања у парницама са умереном или високом вероватноћом добитака или губитака засновано је, пре свега, на резултатима сличног истраживања на малом узорку студената права (Rachlinski 1996, 128–129),¹⁴ а посредно и на резултатима других сличних истраживања (Korobkin и Guthrie 1994b, 118–138).¹⁵ Такође, будући да су слична истраживања на узорку студената доказала ту пристрасност у парницама са ниском вероватноћом добитака или губитака (Guthrie 2000, 188–191),¹⁶ очекивали смо идентичан резултат.

¹⁴ Укупно тринаесторо испитаника (студената прве године Правне школе Корнел) чинило је узорак истраживања у виду хипотетичког случаја повреде ауторских права. Резултат је такав да је десеторо од тринаесторо студената (77%) бирало поравнање у улози тужиоца, док је четворо од тринаесторо студената (31%) бирало поравнање у улози туженог. Упркос малој величини узорка, разлика у проценту избора поравнања између две групе била је статистички значајна ($\chi^2(1) = 15,6, p < 0,01$). Видети Rachlinski (1996, 128–129, фн. 63).

¹⁵ У питању су три експерименталне студије у контексту парнице (у случају саобраћајне несреће, суседских односа и развода) на укупном узорку од 445 студената Универзитета Стенфорд, које потврђују постојање тог ефекта. Преглед других симулационих студија на ову тему видети у Rachlinski (1996, 130–144). Упркос одређеним неуједначеним резултатима, те студије, генерално, потврђују да оквир мења преференције странака према ризику и откривају да на то утичу два кључна фактора: улога заинтересоване стране у парници – стејкхолдера (која по правилу више припада туженом) и претходна очекивања странака. Детаљније о томе у Rachlinski (1996, 144–149).

¹⁶ У питању су два експериментална истраживања на узорку студената суочених са хипотетичким избором суђења, односно поравнања, која потврђују наведени налаз. У првом истраживању, укупан узорак чинило је четрдесеторо студената права Универзитета Мисури (отприлике по двадесеторо у улози тужиоца, односно туженог). Резултат је такав да је 62% студената-тужилаца бирало суђење, а 84% студената-тужених поравнање (разлика између две групе има високу статистичку значајност, $p = 0,004$) и указује на то да су тужиоци снажно преферирали суђење у односу на фер понуду поравнања, док су тужени јако преферирали поравнање упркос веома ниској вероватноћи да ће изгубити на суђењу (1%). У другом истраживању на већем узорку студената (74) и знатно садржајнијој формулацији проблема избора суђења, односно поравнања, већина студената-тужилаца бирала је суђење, а више од две трећине студената-тужених бирало је поравнање (разлика је статистички значајна, $p = 0,06$). Тим истраживањем се опет потврђује наведени налаз о преференцијама странака према ризику у парницама са ниском вероватноћом добитака или губитака.

4.2. Опис узорка и начин спровођења истраживања

Емпиријско истраживање ефекта уоквиравања на случајном узорку студената права спроведено је у Нишу 21. и 23. марта 2018. године. Укупно је испитано 65 студената Правног факултета Универзитета у Нишу. Укупан узорак је био подељен на два подузорка. Из првог подузорка испитан је 31 студент,¹⁷ а из другог 34 студента.¹⁸ У питању су студенти треће и четврте године основних академских студија права, који су учествовали у пројекту „Практични правници“.

Истраживање је спроведено путем анкете, којом је од испитаника тражено да искажу своје преференције приликом избора између суђења и поравнања.¹⁹ Питање је постављено студентима тако што су претходно подељени у две групе: групу тужилаца и групу тужених у оба подузорка. На постављено питање студенти су пружали одговоре *да* или *не* (студенти из првог подузорка) или је требало да заокруже понуђене одговоре под *а* или *б* (студенти из другог подузорка).

Студенти из првог подузорка замољени су да себе замисле у улози тужиоца, односно туженог у парници у идентичној хипотетичкој ситуацији, у којој је требало да се одреде да ли би прихватили понуђено поравнање или не би. Укупно петнаесторо студената нашло се у улози тужиоца, а шеснаесторо у улози туженог. Разлика између групе тужилаца и групе тужених била је у томе што су студенти из групе тужилаца давали одговоре у позитивном оквиру, а студенти из групе тужених у негативном оквиру. Другим речима, у улози тужиоца студенти су бирали између сигурног добитка на основу поравнања и одређене вероватноће да добију на основу судске пресуде, док су студенти у улози туженог бирали између губитка (плаћања поравнања) и одређене вероватноће да изгубе у парници. Дакле, у првом случају (тужилац/добици услов) избор је између добитка (садашњег и очекиваног), а у другом случају (тужени/губици услов) између губитка (садашњег и очекиваног).

ка (у том случају вероватноћа је износила 5%). Преглед других истраживања на ту тему, али у другачијем контексту и са другачијим субјектима (руководиоцима фирми), која потврђују овај налаз, видети у Guthrie (2000, 183–184).

¹⁷ Овај подузорок је већи у односу на слично истраживање на узорку студената Правне школе Корнел (вид. фн. 14).

¹⁸ У односу на истраживање на узорку студената Универзитета Мисури, овај подузорок је мало мањи (вид. фн. 16).

¹⁹ У прилогу рада налазе се анкете.

Табела 2.

Избор са којим су суочени студенти из првог подузорка

	Поравнање	Суђење	Укупан износ
<i>Позитиван оквир за тужиоца</i>	Добитак: 250.000 динара	Добитак: 50% x 500.000 динара	500.000 динара
<i>Негативан оквир за туженог</i>	Губитак: 250.000 динара	Губитак: 50% x 500.000 динара	

Прва група (табела 2) суочена је са избором између добитка од 250.000 динара одмах и 50% шансе да се добије 500.000 динара на основу пресуде (и 50% шансе да се не добије ништа).²⁰ С друге стране, друга група је суочена са избором између губитка од 250.000 динара одмах и 50% шансе да се изгуби 500.000 динара на основу судске пресуде (и 50% шансе да се добије у парници, односно да се не изгуби ништа).²¹ У питању су идентични избори за процену,²² а једина разлика је у томе коме ће износ од 500.000 динара припасти по окончању парнице: тужиоцу или туженом. Управо тај исход представља својеврсну референтну тачку за тужиоца, односно туженог, на основу које и треба да одлуче у овој хипотетичкој ситуацији.

Студенти из другог подузорка такође су замољени да себе замисле у улози тужиоца, односно туженог у парници у идентичној хипотетичкој ситуацији, у којој је требало да се одреде између ниске вероватноће да добију новац на основу судске пресуде и сигурног износа поравнања. По седамнаесторо студената нашло се у улози тужиоца, односно туженог. Опет је разлика између две групе била је у томе што су студенти из групе тужилаца давали одговоре у позитивном оквиру, а студенти из групе тужених у негативном оквиру. Другим речима, у улози тужиоца студенти су бирали између сигурног добитка на основу поравнања и ниске вероватноће да добију на основу судске пресуде, док су студенти у улози туженог бирали између губитка (плаћања поравнања) и ниске вероватноће да изгубе у парници. Дакле, и сада је у првом случају (тужилац/добици услов) избор између добитка (садашњег и очекиваног), а у другом случају (тужени/губици услов) између губитка (садашњег и очекиваног), док

²⁰ Очекивана вредност добитка на основу судске пресуде је: $50\% \times 500.000$ динара + $50\% \times 0$ динара = + 250.000 динара. У том случају добија се 250.000 динара одмах или се очекује добитак од 250.000 динара на основу судске пресуде. Временска вредност новца је занемарена у истраживању.

²¹ Очекивана вредност губитка на основу судске пресуде је: $50\% \times -500.000$ динара + $50\% \times 0$ динара = - 250.000 динара. У овом случају губи се 250.000 динара одмах или се очекује губитак од 250.000 динара на основу судске пресуде.

²² Под претпоставком неутралности према ризику.

је кључна разлика у односу на први подузорок у томе што су студенти били суочени са ниском вероватноћом добитка, односно губитка.

Табела 3.

Избор са којим су суочени студенти из другог подузорка

	Поравнање	Суђење	Укупан износ
<i>Позитиван оквир за тужиоца</i>	Добитак: 100 евра	Добитак: 1% x 10.000 евра	10.000 евра
<i>Негативан оквир за туженог</i>	Губитак: 100 евра	Губитак: 1% x 10.000 евра	

Прва група (табела 3) суочена је са избором између добитка од 100 евра одмах и 1% шансе да добију 10.000 евра на основу пресуде (и 99% шансе да не добију ништа).²³ С друге стране, друга група (тужених) суочена је са избором између губитка од 100 евра одмах и 1% шансе да изгубе 10.000 евра на основу судске пресуде (и 99% шансе да добију у парници, односно не изгубе ништа).²⁴ У питању су опет идентични избори за процену, а једина разлика је у томе коме ће на крају парнице припасти износ од 10.000 евра: тужиоцу или туженом.

4.3. Приказ резултата: први подузорок

Табела 4.

Дистрибуција одговора у погледу избора поравнања

	Поравнање		Укупно
	Не	Да	
Група тужилаца	2 (13,3%)	13 (86,7%)	15
Група тужених	8 (50%)	8 (50%)	16

²³ Очекивана вредност добитка на основу судске пресуде је: $1\% \times 10.000 \text{ евра} + 99\% \times 0 \text{ евра} = + 100 \text{ евра}$. У том случају добија се 100 евра одмах или се очекује добитак од 100 евра на основу судске пресуде. У том истраживању занемарена је врста валуте, будући да се само проверавају налази ранијих истраживања у вези са две врсте парница – са високом (50%) и ниском вероватноћом добитака, односно губитака (1%) који су исказани у доларима. Осим тога, два подузорка у нашем истраживању независна су и не упоређују се директно, те исказивање добитака или губитака у динарима, односно еврима нема велики значај. Могуће је да би се избор испитаника мењао да су разматрали добитке или губитке ниске вероватноће у динарима, а не еврима, и то може бити предмет засебног истраживања. Осим тога, и различите *величине добитака или губитака*, које су свесно изостављене у нашем истраживању, могу бити обухваћене будућим истраживањем.

²⁴ Очекивана вредност губитка на основу судске пресуде је: $1\% \times - 10.000 \text{ евра} + 99\% \times 0 \text{ евра} = - 100 \text{ евра}$. У том случају губи се 100 евра одмах или се очекује губитак од 100 евра на основу судске пресуде.

Табела 4 показује да је из групе тужилаца тринаесторо студената, или 87%, бирало поравнање, а двоје није. С друге стране, из групе тужених осморо студената, или 50%, бирало је поравнање, а осморо није.

Анализа²⁵ указује на то да је разлика између две групе студената, када је реч о избору поравнања, упечатљива и статистички значајна.²⁶ Затим, у првој групи (тужилаца) испољила се статистички значајна разлика у избору поравнања, за разлику од друге групе (тужених), где разлика не постоји.²⁷

Будући да постоји статистички значајна разлика између две групе у избору поравнања, прва хипотеза је потврђена. Значајно већи број тужилаца бирао је поравнање у односу на тужене. Може се рећи да је оквир утицао на преференције испитаника према ризику у парницама са умереном или високом вероватноћом добитака или губитака.²⁸ Но, тај утицај није био уједначен у обема групама. Наиме, истраживање открива да је огромна већина студената-тужилаца очекивано испољила преференције према поравнању (13 од 15), али не и студенти-тужени у погледу избора ризичније опције (суђења). Половина студената-тужених бирала је суђење, а очекивање је било да ће то учинити знатно више њих.²⁹ Дакле, није доказано да туже-

²⁵ За статистичку обраду прикупљених података коришћен је програм SPSS, верзија 19.

²⁶ У тој врсти истраживања коришћен је Фишеров тест (*Fisher exact test*) за мерење повезаности између две бинарне варијабле – категоричке варијабле које могу имати само једну од две могуће вредности (у нашем случају, једна варијабла су „студенти“ подељени у две категорије: тужилац и тужени, а друга варијабла је „поравнање“ са две вредности: бирао-ла/није бирао-ла). Када се укрштају по три и више варијабли (3 x 3) или када је реч о већим узорцима, користи се χ^2 тест (*Chi-Square test*). О тој разлици указано је у Lawless, Robbennolt и Ulen (2010, 258–260). У нашем истраживању, Фишеров тест показује да постоји значајна разлика између две групе студената у избору поравнања ($p = 0,035$).

²⁷ У том случају, коришћен је непараметарски z-тест за пропорцију (биномни тест), који мери да ли је пропорција из појединачне бинарне варијабле једнака претпостављеној вредности популације. У случају прве групе (тужиоци), биномни тест показује да је пропорција оних из групе тужилаца који нису бирали поравнање (13%) мања од очекиване пропорције (50%), а да је пропорција оних који су бирали поравнање (87%) већа од очекиване пропорције (50%), $p = 0,007$. У случају друге групе (тужени), пропорција и оних који су бирали и оних који нису бирали поравнање једнака је очекиваној (тест) пропорцији (50%), $p = 1,000$. Значи, у првој групи, за разлику од друге групе, постоји значајно одступање од претпостављене вредности.

²⁸ У истраживању Реклинског на мањем узорку студената права (вид. фн. 14), претпоставка о вероватноћи добитака или губитака на суђењу идентична је вероватноћи у нашем истраживању (50%) и, као што је речено, такође је утврђена статистички значајна разлика између две групе.

²⁹ У истраживању Реклинског, проценат студената-тужених који је бирао суђење био је већи (69%).

ни у негативном оквиру значајно преферирају ризичнију опцију јер понуђено поравнање виде као сигуран губитак који желе да избегну. Пре се може рећи да они, као група, нису конзистентно ни прихватили ни одбијали поравнање. Могуће је да су неки тужени узимали у обзир и трошкове поступка, иако у анкети трошкови нису експлицитно наведени. Ако су то чинили, онда би одбијање поравнања и одлазак на суђење представљали ризичну опцију. Штавише, постоје истраживања (Van Koppen 1990, 151–165) која показују да тужени, као и тужиоци, испољавају аверзију према ризику.³⁰ У сваком случају, податак да 50% тужених бира поравнање није изненађење у поређењу са другим истраживањима. Рецимо, једно веома садржајно истраживање на већем узорку (Rachlinski 1996, 135–140) показује да укупна стопа поравнања у случају тужених износи 45,5%. Но, без обзира на тај налаз о групи тужених, наше истраживање, попут других, јасно показује да је стопа поравнања у случају тужилаца већа у односу на групу тужених, што значи да је поравнање виђено из позитивне перспективе тужиоца привлачније него из негативне перспективе туженог, а то је управо оно на шта теорија изгледа и указује.

4.4. Приказ резултата: други подузорок

Табела 5.

Дистрибуција одговора у погледу избора поравнања

	Поравнање		Укупно
	Не	Да	
Група тужилаца	8 (47,1%)	9 (52,9%)	17
Група тужених	11 (64,7%)	6 (35,3%)	17

Табела 5 показује да је из групе тужилаца деветоро студената, или 53%, бирало поравнање, а осморо није. С друге стране, из групе тужених шесторо студената, или 35%, бирало је поравнање, а једанаесторо није.

³⁰ У том истраживању показало се да када су били плаћени, и испитаници у улози туженог и испитаници у улози тужиоца, испољили су аверзију према ризику. Исти резултат добијен је и када су испитаници сами процењивали успех на суђењу. Дакле, то истраживање показује да у случају преференција према ризику *тужених* није потврђено предвиђање теорије изгледа. Такође, још једно истраживање (Coursey и Stanley 1988, 161–179) показује да су, независно од улога тужиоца и туженог, испитаници испољили аверзију према ризику. Критички поглед на та истраживања, у смислу да она, ипак, не подривају предвиђања теорије изгледа и да генерално потврђују закључак да је поравнање виђено као добитак привлачније од поравнања виђеног као губитак, видети у Rachlinski (1996, 134–135).

Анализа указује на то да разлика између две групе студената у избору поравнања није статистички значајна.³¹ Затим, ни у првој групи (тужилаца) ни у другој групи (тужених) није се испољила статистички значајна разлика у избору поравнања.³²

Резултати истраживања на другом подзоруку нису потврдили другу хипотезу, као ни налазе досадашњих истраживања о обрнутим преференцијама према ризику тужилаца и тужених у парницама са ниском вероватноћом добитака или губитака.³³ Другим речима, на другом подзоруку није потврђен налаз да у парницама са ниском вероватноћом добитака или губитака тужиоци преферирају суђење, а тужени поравнање. Очекивање је било да ће већи број тужених бирати поравнање, а испало је супротно – скоро 65% тужених (11 од 17) бирало је суђење. Такође, очекивало се да ће већи број тужилаца бирати ризичнију опцију (суђење), а резултат је да је њих осморо то учинило, док је деветоро бирало сигурнију опцију (поравнање). Дакле, ни тужиоци ни тужени нису преценили малу вероватноћу добитака, односно губитака и нису испољили класичан образац према ризику: склоност, односно аверзију. Притом, налаз да је већина тужених (65%) одбила плаћање поравнања завређује пажњу. Налаз је такав да су, у ствари, они исказали склоност ка ризику (одласку на суђење), што је у контрадикцији са предвиђањем теорије изгледа и налазима сличних истраживања на узорку студената.³⁴ Но, једно истраживање (Gross и Syverud 1991, 343) стварних случајева (укупно 529) из парничне материје пред Врховним судом државе Калифорнија показује да у 26,3% свих случајева из узорка тужени нису понудили ништа другој страни у преговорима о склапању поравнања, сугеришући тиме да су они исказали склоност ка суђењу. Guthrie (2000, 191, фн. 117) истиче да, иако на први поглед делује да тај налаз није у складу са предвиђањем теорије изгледа, у том истраживању нису пружени чврсти докази да су то случајеви са ниском вероватноћом. У сваком случају, наш налаз противречи предвиђању теорије изгледа, а његове нормативне импликације износимо у закључку.

³¹ У том случају, Фишеов тест показује да не постоји значајна разлика између две групе студената у погледу избора поравнања, $p = 0,245$.

³² У случају групе тужилаца, биномни тест показује да не постоји значајно одступање од претпостављене вредности (50%), $p = 1,000$. И у случају групе тужених, биномни тест показује да нема значајног одступања од те вредности, $p = 0,332$.

³³ У нашем истраживању претпоставка о вероватноћи добитака или губитака на суђењу од 1% идентична је вероватноћи у експерименталној студији на узорку студената права Универзитета Мисури, с тим што је у том истраживању утврђена значајна разлика између две групе (вид. фн. 16).

³⁴ Вид. фн. 16 где су наведена два истраживања на узорку студената.

5. ЗАКЉУЧАК

Емпиријско истраживање ефекта уоквиравања на узорку студената права пружа „шаролике“ резултате, будући да се потврђује постојање ове пристрасности у парници са умереном или високом вероватноћом добитака или губитака, али не и у парници са ниском вероватноћом добитака или губитака.

Први налаз, који је био очекиван, отвара неколико питања. Наиме, добро је познато да је парница неизвесна од момента подношења тужбе до доношења правноснажне пресуде, а и касније, у поступку по правним лековима. У оквиру у коме парница тече, странке и други учесници поступка доносе бројне одлуке, које, између осталог, зависе и од одбојности или склоности ка ризику. Бројна истраживања показују да однос према ризику, заузврат, варира зависно од тога да ли се те одлуке перципирају, односно процењују као добитак или губитак. Притом, једна од важнијих одлука у парничном поступку јесте да ли ће се странке поравнати. Поравнање има бројних предности у односу на судску пресуду, а једна од њих је и то што одлуком да се поравнају странке штеде значајне ресурсе. Као што је показано (између осталог, и у првом делу нашег истраживања), да ли ће доћи до поравнања умногоме зависи од односа странака према ризику, а тај однос варира зависно од страначке улоге, сагледавања исхода (добитак или губитак) и врсте парнице – у парницама са умереном или високом вероватноћом добитака или губитака, тужиоци су склонији поравнању, а тужени одласку на суђење, и *vice versa* у парницама са ниском вероватноћом. И ту се намеће следеће важно питање: ко је у најбољој позицији да утиче на оквир у којем странке одлучују, пре свега, на одлуку тужених да се поравнају или парнице?

Иако и други субјекти могу утицати на странке да се поравнају (рецимо, судије), ограничићемо се на адвокате и медијаторе. Када је реч о адвокатима, истраживања (видети на пример Miller 1987, 189–215) показују да, зависно од тога како су плаћени,³⁵ они могу значајно утицати на странке (клијенте) да склопе поравнање. Такође, адвокати могу подстаћи конструктиван дијалог између својих клијената и тиме смањити могућност настанка затвореникове дилеме (Gilson и Mnookin 1994, 522–534).³⁶ Но, упркос снажном утицају

³⁵ Ако се адвокат плаћа процентуално од исхода парнице, тј. од новчаног износа пресуде или новчаног износа поравнања (тзв. контингенцијска накнада), он дели успех у парници са својим клијентом и сноси све парничне трошкове. У том случају, адвокат има снажан подстицај да смањи трошкове свог клијента, између осталог, и склапањем поравнања (Miller 1987, 198–202).

³⁶ Затвореникова дилема се манифестује у немогућности кооперације између странака у парници јер имају снажан подстицај да агресивним понашањем (рецимо, брзим подношењем тужбе, одбијањем да учествује у поступку медијације

адвоката на клијенте, а и с обзиром на истраживања која показују да они могу да имају и другачије подстицаје за склапање поравнања (Polinsky и Rubinfeld 2002, 217–225;³⁷ Bebchuk и Guzman 1996, 53–63;³⁸ Rickman 1999, 295–317³⁹), сматрамо да су медијатори, ипак, у бољој позицији да усмеравају одлуке странака ка поравнању. Њихова улога је неутралнија и независнија од улоге адвоката. У крајњем, и сам циљ медијације је склапање поравнања. Но, ту постоје одређена ограничења. Пре свега, као што показује познато истраживање Гатрија и групе аутора (Guthrie, Rachlinski и Wictrich 2001, 796–799), судије у улози медијатора могу бити под утицајем оквира у којем одлучују. Осим тога, медијатори су подложни и другим когнитивним пристрасностима. Рецимо, истраживања наведена у Carnevale и Pruitt (1992, 567–568) показују да су медијатори подложни ефекту уоквиравања, али и претераном поуздању да могу решити спор у медијацији. Но, постоји истраживање (Smith 1995, 363–372) које указује на то да и пристрасан медијатор може бити од користи у преговарачком процесу. Упркос тим ограничењима, медијатори су у повољнијој позицији него друге правне професије (адвокати и судије) да подстакну преговарање и поравнање. Они могу да умање бројне препреке ефикасном решењу спора, између осталог, и когнитивне пристрасности страна у спору (видети Munsinger и Philbin 2017, 311–362). С тим у вези, отварамо још једно питање: ако је то тачно, због чега је у бројним правним системима, па тако и у нашем,⁴⁰ професија медијатора недовољно „искоришћена“ за промоцију поли-

или одбијањем склапања поравнања итд.) издејствују за себе највећу могућу корист. Управо такво понашање, иако оптимално са становишта интереса странака, није оптимално из угла заједничких интереса јер спречава сарадњу и постизање ефикаснијег решења. Зато Gilson и Mnookin (1994, 525) истичу да адвокати, нарочито они са репутацијом кооперативних, могу да имају активну улогу у „разбијању“ те затвореникове дилеме и подстицању сарадње између странака.

³⁷ У овом раду аутори оспоравају тезу да уговарање контингенцијске накнаде чешће доводи до склапања поравнања.

³⁸ У овом раду аутори показују да уговарање контингенцијске накнаде странци пружа стратегијску предност у преговорима о поравнању, будући да није суочена са плаћањем додатних трошкова на суђењу, у односу на ситуацију када је уговорена фиксна накнада.

³⁹ Тај аутор истиче стратегијски аспект преговарања, генерисан трошковима преговарања, што доводи до тога да адвокат захтева виши износ поравнања.

⁴⁰ У Србији је 2015. године ступио на снагу нови Закон о посредовању у решавању спорова. У међувремену, Министарство правде је усвојило и *Упутство за унапређење медијације у Републици Србији по Закону о посредовању у решавању спорова*. Очигледно је да се од ступања на снагу тог новог закона на годишњем нивоу повећава број медијација (и медијатора), али је то још увек изузетно мали број у односу на број судских поступака. Рецимо, према Министарству правде (2018), 2017. године евидентирано је 619 споразума о приступању медијацији, што је скоро три пута више него 2016. Такође, мање од четвртине регистрованих медијатора (22%

тике преговарања и поравнања. То може бити предмет неког будућег истраживања.

Када је реч о другом делу нашег истраживања, ранији налаз није потврђен. С тим у вези, наглашавамо две ствари. Прво, највећи број парница јесу парнице са умереном или високом вероватноћом добитака или губитака. Као што смо рекли, то су уобичајене парнице. Самим тим, први налаз има већи практичан значај. Друго, ако би наш налаз у вези са парницама са ниском вероватноћом остао валидан, то би утицало на нормативне импликације теорије изгледа у делу који се односи на те парнице. Другим речима, према тој теорији, ради повећања стопе поравнања, интервенција треба да буде усмерена на тужиоце (*а не на тужене* – како наш налаз сугерише) јер су они више склони суђењу у таквим парницама. У сваком случају, остаје да се у поновљеним, знатно садржајнијим (експерименталним и стварним) истраживањима даље проверава налаз који се односи на парнице са ниском вероватноћом добитака или губитака.

ПРИЛОГ А

Табела А1.

Четвороструки образац односа према ризику

ВИСОКА ВЕРОВАТНОЋА <i>(ефекат извесности)</i>	ДОБИЦИ Страх од разочарања АВЕРЗИЈА ПРЕМА РИЗИКУ	ГУБИЦИ Нада у избегавање губитка СКЛОНОСТ РИЗИКУ
НИСКА ВЕРОВАТНОЋА <i>(ефекат могућности)</i>	Нада у велики добитак СКЛОНОСТ РИЗИКУ	Страх од великог губитка АВЕРЗИЈА ПРЕМА РИЗИКУ

Табела А2.

Избор са којим су суочени студенти из првог подузорка

	Поравнање	Суђење	Укупан износ
<i>Позитиван оквир за тужиоца</i>	Добитак: 250.000 динара	Добитак: 50% x 500.000 динара	500.000 динара
<i>Негативан оквир за туженог</i>	Губитак: 250.000 динара	Губитак: 50% x 500.000 динара	

од укупног броја регистрованих или 131 медијатор) заиста је и обављало медијацију 2017. године.

Табела А3.

Избор са којим су суочени студенти из другог подузорка

	Поравнање	Суђење	Укупан износ
<i>Позитиван оквир за тужилоца</i>	Добитак: 100 евра	Добитак: 1% x 10.000 евра	10.000 евра
<i>Негативан оквир за туженог</i>	Губитак: 100 евра	Губитак: 1% x 10.000 евра	

Табела А4.

Дистрибуција одговора у погледу избора поравнања

	Поравнање		Укупно
	Не	Да	
Група тужилаца	2 (13,3%)	13 (86,7%)	15
Група тужених	8 (50%)	8 (50%)	16

Табела А5.

Дистрибуција одговора у погледу избора поравнања

	Поравнање		Укупно
	Не	Да	
Група тужилаца	8 (47,1%)	9 (52,9%)	17
Група тужених	11 (64,7%)	6 (35,3%)	17

ПРИЛОГ Б

- Замислите да сте тужилац у парници коме је нанета штета због повреде уговорне обавезе. Тужбеним захтевом тражите накнаду штете од друге стране у износу од 500.000 динара. Суђење треба да почне за два дана и Ви добијате последњу понуду туженог да Вам исплати поравнање у износу од 250.000 динара. Ако бисте одбили понуђено поравнање, очекује Вас суђење на коме бисте имали 50% шансе да добијете 500.000 динара на основу судске пресуде.

Да ли бисте прихватили понуђено поравнање?

ДА НЕ

- Замислите да сте тужени у парници због повреде уговора. Тужилац тражи накнаду штете од Вас у износу од 500.000 динара због наводне повреде уговорне обавезе. Суђење треба да почне за два дана и Ви добијате

последњу понуду тужиоца да му платите поравнање у износу од 250.000 динара. Ако бисте одбили ту понуду, очекује Вас суђење на коме бисте имали 50% шансе да изгубите 500.000 динара по основу судске пресуде.

Да ли бисте прихватили да платите поравнање?

ДА НЕ

- Замислите да сте тужилац који је тужио друго лице ради накнаде штете у износу од 10.000 евра. Под претпоставком да нећете сносити никакве трошкове у парници, коју бисте опцију изабрали од ове две:
 - а) 1% шансе да добијете 10.000 евра по основу судске пресуде или
 - б) сигурних 100 евра од туженог лица на основу поравнања.
- Замислите да сте лице које је тужено за накнаду штете у износу од 10.000 евра. Под претпоставком да нећете сносити никакве трошкове у парници, коју бисте опцију изабрали од ове две:
 - а) 1% шансе да изгубите 10.000 евра по основу судске пресуде или
 - б) сигурних 100 евра плаћања тужиоцу по основу поравнања.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Anderson, C. John, David Lowe и Philip Reckers. 1993. Evaluation of Auditor Decisions: Hindsight Bias Effects and the Expectation Gap. *Journal of Economic Psychology* 14: 711–737.
- Babcock, Linda и George Loewenstein. 1997. Explaining Bargaining Impasse: The Role of Self-Serving Biases. *Journal of Economic Perspectives* 11: 109–126.
- Bebchuk, Lucian A. и 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 и Richard H. Thaler. 1995. Anomalies, Ultimatums, Dictators and Manners. *The Journal of Economic Perspectives* 9: 209–219.
- Carnevale, Peter J. и Dean G. Pruitt. 1992. Negotiation and Mediation. *Annual Reviews Psychology* 43: 532–582.
- Coursey, Don L. и 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 у *International Encyclopedia of the Social Sciences*, ed. William A. Darity. Detroit: Macmillan Reference.
- Franck, Susan D., Anne van Aaken, James Freda, Chris Guthrie и Jeffrey J. Rachlinski. 2017. Inside the Arbitrator's Mind. *Emory Law Journal* 66: 1115–1173.
- Gilson, Ronald J. и Robert H. Mnookin. 1994. Disputing Through Agents: Cooperation and Conflict Between Lawyers in Litigation. *Columbia Law Review* 94: 509–566.
- Gross, Samuel R. и 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 и Andrew J. Wictrich. 2001. Inside the Judicial Mind. *Cornell Law Review* 86: 777–830.
- Jolls, Christine, Cass R. Sunstein и Richard H. Thaler. 1998. A Behavioral Approach to Law and Economics. *Stanford Law Review* 50: 1471–1550.
- Kahneman, Daniel и Amos Tversky. 1972. Subjective Probability: A Judgment of Representativeness. *Cognitive Psychology* 3: 430–454.
- Kahneman, Daniel и Amos Tversky. 1979. Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk. *Econometrica* 47: 263–292.
- Kahneman, Daniel и 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. и 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 и 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 и Chris Guthrie. 1994b. Psychological Barriers to Litigation Settlement: An Experimental Approach. *Michigan Law Review* 93: 107–192.
- Landsman, Stephan и 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 и 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.
- Министарство правде Републике Србије. 2018. Највећи број медијација из области банкарских услуга, лизинга и осигурања. <https://www.mpravde.gov.rs/vest/21396/najveci-broj-medijacija-iz-oblasti-bankarskih-usluga-lizinga-i-osiguranja.php> (последњи приступ 10. март 2019). (Ministarstvo pravde Republike Srbije. 2018. Najveci 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. и Donald R. Philbin. 2017. Why Can't They Settle? The Psychology of Relational Disputes. *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 18: 311–362.
- Polinsky, Mitchell и 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 и 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> (последњи приступ 11. јул 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 и Daniel Kahneman. 1974. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. *Science* 185: 1124–1131.
- Tversky, Amos и 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 и 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.

УДК 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, 5/2015, 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.

УДК 347.453(497.11)

CERIF: S130

DOI: 10.5937/AnalPFb1902133D

Владимир Добрић*

Катарина Јовичић**

ПРАВНА (НЕ)СИГУРНОСТ УГОВОРА О ЛИЗИНГУ НЕПОКРЕТНОСТИ У САВРЕМЕНОМ СРПСКОМ ПРАВУ

Предмет рада је истраживање правне несигурности различитих облика уговора о лизингу непокретности, који се јављају у савременом српском праву. Применом правнодогматског и упоредноправног метода, аутори истражују карактеристике домаћег правног режима уговора о лизингу непокретности, са посебним нагласком на питање могућности примене правила других, именованих уговора на уговоре о лизингу непокретности. У савременом српском праву уређен је само облик финансијског лизинга, али не и други облици лизинга непокретности. Могући проблеми који се јављају због недовољне правне регулативе очигледни су и у одлукама судова у спору који је проистекао из једног од неименованих облика лизинга непокретности у Србији. Анализа тих одлука указује на питања која су извор правне несигурности уговора о лизингу непокретности, а која се могу превазићи одговарајућим изменама и допунама законске регулативе. Аутори у раду дају предлоге за регулисање уговора о лизингу непокретности што је, како закључују, најбољи начин да се уочени недостаци превазиђу.

Кључне речи: *Уговор о лизингу. – Лизинг непокретности. – Повратни лизинг. – Лизинг са позајмљеним капиталом. – Лизинг непокретности de lege ferenda.*

* Аутор је адвокат у адвокатској канцеларији „Добрић“, vladimir.dobric@dobriclaw.rs.

** Ауторка је научни сарадник Института за упоредно право у Београду, k.jovicic@iup.rs.

1. УВОД

Уговор о лизингу је типични уговор трговинског права, који се развио у вези са набавком опреме и других инвестиционих добара без улагања сопствених средстава и без ступања у класичне кредитне односе. Посебна повољност за примаоца лизинга је у томе што он приходује послујући предметом лизинга и тиме ствара услове да из тог прихода плаћа лизинг накнаду. Давалац лизинга, такође, има јасан економски интерес да учествује у том послу јер путем лизинга добија већу накнаду него што је уложио у ствар коју даје у лизинг. У домаћој пракси је препознат потенцијал тог правног посла и он се често користи. Првобитно, његов предмет је био ограничен на покретне ствари (путничка и комерцијална возила, машине и опрему), а временом се проширио и на непокретности (резиденцијалне, комерцијалне, индустријске и пословне комплексе). Централно питање које се разматра у овом раду јесте лизинг непокретности, који се у домаћој пракси јавља у више облика, али је само финансијски лизинг уређен законом, док су повратни лизинг непокретности и лизинг непокретности позајмљеним средствима неименовани уговори.¹ Пошто те уговоре закључују субјекти чији финансијски, организациони и стручни потенцијал није једнак на тржишту, могуће је да јача уговорна страна, по правилу давалац лизинга, стипулише клаузуле које му дају бољи положај у уговору. Имајући у виду велику вредност правног посла који је тако закључен, због вредности непокретности која се даје под лизинг, неравномерно распоређена уговорна права и обавезе слабијој страни могу нанети ненадокнадиву штету. Штету, међутим, може претрпети и давалац лизинга, упркос свим повољностима које је за себе евентуално успео да уговори, ако прималац лизинга пред судом доведе у питање уговор односно његове поједине одредбе којима се ствара уговорни дисбаланс. Наиме, суд ће, због недостатка посебне регулативе, спорни однос расправити на основу постојећих правила за која оцени да су релевантна у конкретној ситуацији, што ће зависити од случаја до случаја. У раду се детаљно анализира одлука у једном предмету вођеном пред домаћим судовима, која адекватно илуструје поменути проблем.

Циљ аутора рада је да укажу на потребу законског регулисања неименованих облика лизинга непокретности, и то повратног лизинга непокретности, као и лизинга непокретности са позајмљеним средствима. Та потреба произлази из захтева да се заштити битни интерес и даваоца и примаоца лизинга да унапред, пре него што закључе уговор о лизингу непокретности, знају по којим правилима ће њихови односи у случају спора бити решени.

¹ Перовић (2003, 52–55) објашњава разлоге који су законодавца определили да регулише само уговор о финансијском лизингу.

2. ОСНОВНИ ОБЛИЦИ УГОВОРА О ЛИЗИНГУ И ЊИХОВО РЕГУЛИСАЊЕ У ЗЕМЉАМА У ОКРУЖЕЊУ

Најзначајније поделе уговора о лизингу су на директни и индиректни и на финансијски и оперативни лизинг. Критеријум прве поделе је број учесника у правном послу, тако да у директном лизингу учествују два, а у индиректном најмање три лица. Друга подела лизинга на финансијски и оперативни се врши према више критеријума, међу којима су: дужина рока на који се закључује уговор, на кога пада ризик оштећења или пропасти предмета лизинга, да ли је уговорена опција откупа предмета лизинга према унапред утврђеним условима и други (Васиљевић 2000, 756–758; Спасић 1990, 43–47; Бркић 2014, 280–288). Уговор о финансијском лизингу је једини именовани облик лизинга у српском праву. Уређен је Законом о финансијском лизингу, који га дефинише као тространи однос, чиме је изједначен са једном врстом индиректног лизинга.²

У земљама у окружењу правни посао лизинга детаљније је уређен и обухвата више облика лизинга. Тако, у Закону о *leasingu* Републике Хрватске разликују се финансијски од оперативног лизинга према критеријуму дужине трајања уговора, зависно од тога да ли се плаћањем лизинг накнаде надокнађује целокупна или само део вредности предмета лизинга, ко сноси трошкове амортизације предмета лизинга и да ли постоји опција откупа предмета лизинга.³ У финансијском лизингу прималац лизинга плаћа накнаду за коришћење предмета лизинга која је већа од набавне вредности, прималац лизинга сноси трошкове амортизације и има могућност да откупи предмет лизинга према унапред уговореној цени која је мања од тржишне вредности предмета лизинга, односно по правилу једнака остатку те вредности. У случају оперативног лизинга, лизинг накнада се плаћа за коришћење предмета лизинга у уговореном року и мања је од набавне вредности, трошкове амортизације сноси давалац лизинга и нема опције откупа предмета лизинга. Уговор о финансијском лизингу се закључује на дужи, а уговор о оперативном лизингу на краћи рок. Према положају и броју субјеката, разликују се директни (изравни), индиректни (неизравни) и повратни лизинг. Директни лизинг је посао у којем се јављају само два лица, давалац и прималац лизинга, индиректни лизинг је вишестрани правни однос са најмање три лица (продавац предмета лизинга, давалац и прималац лизинга) и најмање два уговора (уговор о набавци предмета лизинга и уговор о лизингу у ужем смислу). Повратни лизинг је правни посао у којем учествују два лица и у том смислу има карактеристике

² Закон о финансијском лизингу, *Службени гласник РС*, бр. 55/2003, 61/2005, 31/2011 и 99/2011.

³ Закон о *leasingu*, *Народне новине*, бр. 141/12.

директног лизинга, с тим што има елементе и финансијског лизинга, нарочито када је уговорена опција откупа предмета лизинга. Уговорне стране код повратног лизинга су прималац лизинга који продаје своју непокретност даваоцу лизинга, који је потом даје на коришћење примаоцу лизинга уз обавезу да плаћа лизинг накнаду.⁴ Исто то је предвиђено и у Закону о лизингу Федерације Босне и Херцеговине.⁵ Законом о финансијском лизингу, факторингу, откупу потраживања, микрокредитирању и кредитно-гарантним пословима детаљно се регулише и финансијски лизинг у Црној Гори (на начин као у српском праву), с тим што у црногорском законодавству одраније постоји институт фидуцијарног преноса права својине, па је посебно регулисан случај злоупотребе права даваоца лизинга.⁶ Закон о лизингу Републике Српске разликује финансијски и оперативни лизинг, зависно од тога да ли се у лизинг послу јавља и испоручилац предмета лизинга.⁷ У Мађарској је лизинг уређен Грађанским закоником из 2013. године (Глава LIX), у којем се као критеријум квалификације финансијског лизинга предвиђа уговарање преноса својине на предмету лизинга или опције куповине тог предмета (Toth 2017; Eichwald 2012, 81).

3. ОБЛИЦИ УГОВОРА О ЛИЗИНГУ НЕПОКРЕТНОСТИ У СРБИЈИ

3.1. Финансијски и оперативни лизинг непокретности

Финансијски лизинг непокретности је сложен правни посао који се реализује закључењем два повезана уговора: први о набавци непокретности, који закључују давалац лизинга и продавац непокретности, који може бити лице које гради непокретност или је већ има у својини, и други, уговор о лизингу у ужем смислу, који

⁴ Критеријуми разликовања финансијског од оперативног лизинга, директног од индиректног лизинга, као и специфичности повратног лизинга у односу на финансијски и директни лизинг прецизирани су у члану 5 (1) – (7) Закона о *leasingu*.

⁵ Закон о лизингу, *Службене новине Федерације БиХ*, бр. 85/08, 39/00, 65/13 и 104/16.

⁶ Закон о финансијском лизингу, факторингу, откупу потраживања, микрокредитирању и кредитно-гарантним пословима, *Службени лист Црне Горе*, бр. 73/17.

У члану 35 тог закона прописано је: „У случају злоупотребе права даваоца лизинга на враћање предмета лизинга, прималац лизинга може покренути поступак за накнаду штете, која укључује нарочито: накнаду за узнемиравање мирне државине и права коришћења предмета лизинга, накнаду за изгубљени приход који би био остварен коришћењем предмета лизинга и накнаду за изгубљено право откупа предмета лизинга.“

⁷ Закон о лизингу, *Службени гласник РС*, бр. 70/07 и 116/11.

закључују давалац лизинга и прималац лизинга. Основни извор права за финансијски лизинг непокретне ствари је Закон о финансијском лизингу (у даљем тексту: Закон), као *lex specialis*, као и Закон о облигационим односима (у даљем тексту: ЗОО), као општи пропис за уговорне односе, који се уз поменути закон примењује као допунски пропис.⁸ За одређена питања, на те уговоре би се примењивао и Закон о заштити корисника финансијских услуга.⁹

Уговор о испоруци и уговор о лизингу непокретности у ужем смислу међусобно су условљени и повезани јер се први закључује у вези са другим уговором. Као и Симоновић (2009, 82), сматрамо да први и други уговор у правном промету представљају јединствену правну целину. Њихово правно јединство се потврђује повезаношћу у погледу субјеката и у погледу каузе, и то тако што се давалац лизинга појављује као уговорна страна у оба уговора, а уговор о лизингу представља каузу закључења уговора о финансирању куповине предмета лизинга.¹⁰

Уговор о финансијском лизингу непокретности има сличности са уговором о закупу јер прималац лизинга стиче право на коришћење непокретности у уговореном периоду, али се од њега разликује по томе што прималац лизинга путем лизинг накнаде плаћа не само накнаду за коришћење непокретности (закупнину) већ и накнаду за коришћење новчаних средстава која је давалац лизинга ангажовао за набавку или производњу непокретности.¹¹ Сличан је однос и између финансијског лизинга непокретности и уговора о зајму, односно кредиту, код којих се плаћа само камата као накнада за употребу туђег новца, док се код уговора о финансијском лизингу непокретности, осим накнаде за употребу новца даваоца лизинга, плаћа и накнада за коришћење непокретности. Прималац лизинга, осим тога, дужан је и да непокретност врати или откупи, ако је тако

⁸ Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља.

⁹ Закон о заштити корисника финансијских услуга, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011 и 139/2014.

¹⁰ Kangas (2009, 69–100) указује на то да специфична природа посла финансијског лизинга чини да уговор о финансијском лизингу, на исти начин као и уговор о испоруци, производи извесне правне последице које представљају одступања од правила о *inter partes* дејству уговора, протежући своје дејство и на треће лице – испоручиоца, који није страна у том уговорном односу.

¹¹ Kronke (2011, 27) наводи да се у француском праву сматра да је основна функција финансијског лизинга финансирање трансакције, пошто укупна вредност лизинг накнаде укључује више него што је вредност самог права коришћења предмета лизинга, односно обухвата и део амортизације и добит даваоца лизинга. Wang и Yang (2016, 97–98), анализирајући финансијски лизинг непокретности, наглашавају да је финансијски лизинг сличан финансијској услузи коју даје пословна банка по основу хипотеке.

уговорено, док у случају уговора о зајму, односно кредиту, дужник има обавезу да врати позајмљени новац. Комбинацијом елемената различитих именованих уговора ствара се специфичан уговорни однос, којим се штите правни интерес даваоца лизинга непокретности у погледу улагања новца у куповину непокретности и правни интерес корисника лизинга да без ангажовања сопствених средстава, уз плаћање уговорене лизинг накнаде, има право да у уговореном року користи предмет лизинга.

Оперативни лизинг непокретности није тако чест у пракси већ се више користи за лизинг опреме и превозних средстава. Тај облик лизинга може да се јави када је давалац лизинга истовремено и прималац лизинга по уговору о финансијском лизингу непокретности, а у том случају је реч о својеврсном подлизингу. Уговор о оперативном лизингу непокретности има велике сличности са уговором о закупу, због чега се на тај посао аналогно примењују одредбе ЗОО, а под предвиђеним условима и Закона о заштити потрошача (у даљем тексту: ЗЗП).¹²

3.2. Повратни лизинг непокретности

Повратни лизинг непокретности се користи да би власник непокретности њеном продајом обезбедио ликвидна новчана средства за своје пословање, а потом наставио да користи исту непокретност уз обавезу плаћања лизинг накнаде и опцију њеног откупа на крају уговорног периода.¹³ И тај правни посао се реализује закључењем два повезана уговора: уговора о продаји и уговора о лизингу. Иако је сличност повратног лизинга са финансијским лизингом очигледна, између њих постоји битна разлика, а то је да у повратном лизингу учествују два лица: продавац, који је истовремено прималац лизинга у уговору о лизингу, и купац, који је истовремено давалац лизинга у уговору о лизингу, док у правном послу финансијског лизинга нужно учествују три лица. Најчешћи предмет уговора о повратном лизингу је управо непокретност, која се ставља у функцију обезбеђења ликвидног капитала, уз истовремено задржавање права на њено коришћење.¹⁴

¹² Закон о заштити потрошача, *Службени гласник РС*, бр. 62/2014, 6/2016 и 44/2018..

¹³ Лаушевић (2014, 30) означава уговор *sale and leaseback* као повратни лизинг. Уговор *sale and leaseback* се помиње први пут у вези са судским случајем из 1882. године (Cary, 1948, 1), док Organek, Partyka и Scott (1968, 294) примењују да је тај уговор добио значај тек након Другог светског рата. О томе вид. и Hodge (1986, 721–756); McPherson (1949, 482–501) повратни лизинг означава и као „*purchase-lease*“, „*leaseback*“, „*net lease*“, „*buy-build-sell-lease*“ и „*lend-lease*“; Wilson (1953, 318–335) и Shurtz (1982, 385–438).

¹⁴ Whitby (2013, 5) наводи да се преко 76% свих *sale and leaseback* уговора односило на непокретности. Повратни лизинг непокретности се, према Ross, West-

Као и Mäntysaari (2010, 36), сматрамо да се у тој карактеристици повратног лизинга крије и сличност са фидуцијарним преносом права својине ради обезбеђења кредитног потраживања повериоца, што ствара ризик за уговорне стране у оним правним системима који не омогућавају тај вид обезбеђења потраживања. И за повратни лизинг, као неименовани уговор, основни формални извор права је ЗОО, односно ЗЗП кад су за то испуњени предвиђени услови.

У случају уговарања клаузуле да прималац лизинга има право да откупи предмет лизинга, постоји сличност, с једне стране, са клаузулом о задржавању права својине на продатој ствари (*pactum reservati dominii*) која се примењује на продају покретних ствари (члан 540 ЗОО) и, с друге стране, са уговором о продаји са правом откупа регулисаног § 661 и § 664 Српског грађанског законика, који се односи на продају и покретних и непокретних ствари.¹⁵ Клаузула задржавања права својине на продатој ствари штити продавца јер је до момента исплате цене продавац власник а купац држалац ствари. Продавац условно продаје ствар купцу, а неисплата цене је разлог за раскид уговора и повраћај ствари. Задржавање права својине на продатој ствари има функцију обезбеђења потраживања и у томе је сличност са повратним лизингом, где прималац лизинга преноси на даваоца лизинга својину на непокретности ради обезбеђења плаћања лизинг накнаде. Међутим, разлика је очигледна јер клаузула задржавања права својине служи за обезбеђење потраживања продавца ствари, док у повратном лизингу давалац лизинга прибавља својину на непокретности и задржава је све док се не стекну услови за откуп ради обезбеђења потраживања лизинг накнаде. У првом случају обезбеђује се потраживање продавца ствари, а у другом случају потраживање купца непокретности. За разлику од задржавања права својине на продатој ствари, када се уговара право на откуп продате ствари, није реч о обезбеђењу потраживања већ о могућности продавца да под одређеним условима поново стекне својину на продатој ствари уколико врати купцу цену коју је примио. Сличност постоји у делу враћања права својине на продатој непокретности, с тим што се разликују услови за остваривање тог права. У случају уговора о продаји са правом откупа из Српског грађанског законика, продавац ствари има обавезу да врати примљену цену, док у повратном лизингу, као и финансијском лизингу, где је та опција уговорена, давалац лизинга, као купац, не враћа примљену цену при-

erfield и Jaffe (2002, 588), користи и за обезбеђење буџетских средстава. Они с тим у вези наводе пример града Оакланда у Калифорнији, који је продао зграду градске скупштине и још 23 друге непокретности у својини града, како би обезбедио средства за измирење обавеза од 150 милиона долара за одређене буџетске расходе, уз истовремено уговарање лизинга истих тих непокретности ради даљег коришћења.

¹⁵ Српски грађански законик од 25. марта 1844. године.

маоцу лизинга као продавцу. Због тога сматрамо да нема услова за аналогну примену правила о клаузули задржавања права својине на продатој ствари и правила из Српског грађанског законика о уговору о продаји са правом откупа.

3.3. Лизинг непокретности са позајмљеним средствима

Лизинг са позајмљеним средствима (*leveraged lease, balanced lease, rent-reducing lease, on-equity trading financial leasing*) новији је модалитет лизинга, који често има за предмет непокретности. Он се од класичног финансијског лизинга разликује по томе што давалац лизинга набавља непокретност делимично из сопствених средстава (20–40%), а за разлику користи средства која путем кредита прибавља од пословне банке, осигуравајућег друштва или инвестиционог фонда (Wang и Yang, 100–101).¹⁶ За ту врсту посла карактеристично је да се из лизинг накнаде прво наплаћује потраживање кредитора, тако што давалац лизинга има обавезу да на кредитора пренесе потраживање по основу лизинг накнаде и да успостави залогу на том потраживању. Уколико пренета лизинг накнада није довољна да се намири кредитно потраживање, кредитор може своје потраживање од даваоца лизинга наплатити само из цене остварене продајом непокретности. Тај облик лизинга непокретности посебно је погодан за велике инвестиционе непокретности, чије финансирање превазилази финансијске могућности даваоца лизинга.¹⁷ Давалац лизинга у односу на кредитора има положај сличан кредитору код субординираних кредита. У домаћем праву (као и у правима суседних земаља) тај правни посао није регулисан, те је он, као и остали неименовани уговори, у режиму ЗОО односно ЗЗП.

4. АНАЛИЗА ОДЛУКЕ ДОМАЋЕГ СУДА У СПОРУ НАСТАЛОМ ПОВОДОМ НЕИМЕНОВАНОГ ПРАВНОГ ПОСЛА ЛИЗИНГА НЕПОКРЕТНОСТИ

У једном случају уговорне стране су, у складу са начелом слободe уговарања, закључиле посао лизинга непокретности који се реализовао путем три уговора.¹⁸ Првим уговором власник непокрет-

¹⁶ Hodge (721–722), као и Vernimmen *et al.* (2005, 527), сматра да је тај правни посао, осим *sale and leaseback*, један од облика финансијског лизинга.

¹⁷ Berk и DeMarzo (2014, 860) констатују да се у упоредном праву јавља више појавних облика уговора о лизингу непокретности са позајмљеним средствима, па се, на пример, у случају више кредитора закључује уговор о синдицираном кредиту са даваоцем лизинга. Осим тога, наводе они, у пракси се некада уговор о лизингу непокретности реализује и посредством посебно основаног привредног друштва.

¹⁸ Разматрани случај уговора о лизингу непокретности био је један од неколико хиљада уговора које су даваоци лизинга закључили са примаоцима лизинга,

ности је продао своју непокретност даваоцу лизинга за цену од око 6.000.000 CHF, иако је у судском спору судски вештак проценио да је тржишна вредност те непокретности преко 9.800.000 CHF. Другим уговором је договорен закуп исте непокретности са ранијим власником као закупцем. Трећим уговором, који је означен као допунски уговор, иста лица су уговорила да ће закуп трајати 144 месеца, те да ће продата непокретност служити као средство обезбеђења враћања новчаног износа, који је у уговору означен као инвестициони трошак (око 6.000.000 CHF), са уговорном каматом за цео период од 144 месеца.¹⁹ Закуподавац је средства за обезбеђење куповине предметне непокретности обезбедио по основу иностраног зајма од пословне банке и трошак камате је укључио у уговорну камату из предметних уговора. Уговорне стране су се споразумеле да ће купац, под условом да уредно плати укупно уговорени износ, повратити право својине на предметној непокретности, без закључивања посебног уговора о продаји и плаћања посебне продајне цене. Таква уговорна клаузула је типична за финансијски, повратни и лизинг непокретности са позајмљеним средствима, што представља одступање од правног режима преноса права својине у домаћем праву, где је услов пуноважности преноса закључење уговора у посебној форми.

Спор је настао када је купац пао у доцњу са плаћањем четири месечне рате, након чега је закуподавац раскинуо уговоре. Одмах након раскида уговора над закупцем је отворен стечај, па је закуподавац поднео захтев за излучење непокретности из стечајне масе закупца. Истовремено је пријавио и потраживање у том поступку у висини ненаплаћеног потраживања из поменутих уговора.

Купац, сада стечајни дужник, прихватио је излучни захтев закуподавца за предметну непокретност, али је истовремено поднео тужбу за утврђење ништавости сва три уговора, са образложењем да је реч о симулованим пословима, иза којих се крије посао обезбеђења потраживања уз уговарање клаузуле *lex commissoria*. Тужбом је тражено од суда да обавезе туженог да тужиоцу преда у својину и државину предметну непокретност и да врати укупно наплаћени новчани износ по основу таквих уговора. Став туженог је био да сва три уговора треба посматрати као један повезани пословни однос, да је реч о неименованом уговору, који је познат као продаја и повратни

према унапред сачињеном моделу уговора. Сви уговори су састављени према моделу који је предложио давалац лизинга. Судови се нису бавили питањем да ли је давалац лизинга предлагањем тог модела уговора желео да прикрије да се бави одобравањем кредита, као банкарским послом.

¹⁹ Сви уговори су закључени у писменој форми, истог дана, са различитим датумом овере потписа у суду. Прво су судски оверени потписи на другом (уговор о закупу) и трећем (допунском) уговору, а тек накнадно и потписи на првом уговору (о продаји непокретности). Судови своје пресуде нису заснивали на тим околностима.

закуп, те да као такав представља врсту оперативног лизинга. Тужени је навео да су уговорне стране могле да закључе и уговор о зајму уз давање обезбеђења, да такав уговор не би био забрањен, али да су се свесно определили за уговоре који су, према његовом мишљењу, пуноважни и дозвољени.²⁰

Спорни однос је расправљан у све три судске инстанце, тако да је делимично усвојен тужбени захтев са утврђењем да су сва три уговора ништава.²¹ Тужени је обавезан да тужиоцу преда (врати) непокретност у својину и несметану државину. Захтев тужиоца да му тужени врати и наплаћене новчане износе суд је одбио са образложењем да је права воља уговорних страна била исказана у дисимулованом уговору о зајму (који је прикривен закључивањем симулованих уговора о продаји, закупу и допунског уговора). Суд је такође оценио да давање у својину непокретности није законом предвиђено као начин обезбеђења потраживања зајмодавца.

Анализираћемо две ситуације: прву, хипотетичку, да су уговори који су били предмет судског спора оцењени као правно ваљани, и другу, у складу са судском одлуком којом је утврђена ништавост поменутих уговора. У првој ситуацији закуподавац, као давалац лизинга, након раскида уговора, задржава у својини непокретност коју је купио за око 6.000.000 CHF, уз право да од закупца, као примаоца лизинга, потражује износ уговорених а ненаплаћених лизинг рата. На тај начин, давалац лизинга у целини враћа своју инвестицију, односно улагање у куповину предметне непокретности, са зарадом по основу уговорне камате, уз истовремено задржавање саме непокретности. Закупац, односно прималац лизинга има обавезу не само да плати све лизинг рате, већ губи и право на реоткуп непокретности. У том случају, правна празнина у регулисању тог вида лизинга непокретности је на штету примаоца лизинга, уз очигледну повреду начела једнаке вредности давања.

У другој ситуацији, након што је суд утврдио ништавост предметних уговора и обавезу туженог, као даваоца лизинга, да тужиоцу, као примаоцу лизинга, преда у својину и државину предметну непокретност, успостављено је стање права својине на непокретности као да предметни уговори нису ни закључени. Тужилац стиче право да поврати непокретност, а на туженом је ризик да ли ће и у

²⁰ На ништавост уговора позвао се прималац лизинга, имајући у виду да је био слабија уговорна страна, која је закључила поменуте уговоре у тексту како их је давалац лизинга предложио.

²¹ Привредни суд у Београду 27 П. 1957/13, 12. мај 2015; Привредни апелациони суд 1. Пж. 4764/15, 21. јануар 2016; Врховни касациони суд Прев. 129/16, 14. јул 2016; Привредни суд у Београду 17. П. 692/16, 21. март 2018 и Привредни апелациони суд 3 Пж. 3879/18, 5. јул 2018 (све пресуде налазе се у архиви адвокатске канцеларије „Добрић“).

којој мери наплатити доспело а ненаплаћено потраживање по основу зајма у стечајном поступку тужиоца, имајући у виду да нема реално средство обезбеђења потраживања. У том случају, правна празнина у регулисању тог вида лизинга непокретности је на штету даваоца лизинга.

У описаном примеру све три судске инстанце су стале на становиште да су закључивањем поменутих уговора уговорне стране прикриле праву намеру да закључе уговор о зајму, водећи се чињеницом да је тужени позајмио новац тужиоцу уз обавезу плаћања камате а да је тужилац пренео право својине на непокретности на туженог као средство обезбеђења потраживања туженог као зајмодавца. И у другим правним системима, који имају детаљно нормиране све облике лизинга непокретности и критеријуме за њихово разграничење од фидуцијарног преноса права својине, судови имају тежак задатак да правно квалификују конкретан правни посао. То је посебно случај са повратним лизингом, где се, уговарањем опције повраћаја права својине са исплатом укупне лизинг рате, давалац лизинга у односу према примаоцу лизинга ставља у правни положај сличан оном који има фидуцијант у односу на фидуцијара. У домаћем праву нису регулисана правила о повратном лизингу нити постоје критеријуми за разликовање повратног лизинга од фидуцијарног преноса права својине, те судови имају још тежи задатак да дају правну оцену о ком правном послу је реч, што ствара правну несигурност у промету.

Описани случај из судске праксе добар је повод за даљу анализу могућих ризика за правну сигурност уговорних страна у промету. Полазећи од чињенице да је спор у конкретном примеру настао након што је давалац лизинга раскинуо уговор услед доцње примаоца лизинга са плаћањем лизинг накнаде, поставља се питање да ли је на посао који има елементе повратног лизинга непокретности суд могао аналогно да примени правила о финансијском лизингу на основу сличности између тих уговора која се огледа у томе што давалац лизинга, у оба случаја, задржава право својине на непокретности на основу чињенице да је она купљена његовим средствима. Сем тога, и у повратном и у финансијском лизингу давалац лизинга има могућност и да потражује накнаду штете у висини измакле користи по основу уговорене а неплаћене лизинг накнаде, коју би наплатио по редовном току ствари да уговор није раскинут кривицом примаоца лизинга.

Сматрамо да потврдан одговор на то питање не би био оправдан не само зато што је финансијски лизинг тространи а повратни лизинг двострани правни посао, већ и због тога што давалац финансијског лизинга набавља предмет лизинга по тржишним условима, док се у случају повратног лизинга, због специфичне ситуације у којој се

налази корисник лизинга услед акутне потребе за финансијским улагањем у пословање, предмет лизинга, како указује и Ling (2012, 503), купује по правилу по цени која је нижа од тржишне.

У случају повратног лизинга може се доследно применити правило да раскид уговора о лизингу у ужем смислу има за последицу да се раскида и уговор о продаји јер су то међусобно условљени уговори, док би аутоматски раскид уговора о набавци непокретности у случају финансијског лизинга и лизинга са позајмљеним средствима угрозио правну сигурност трећег лица које је пренело право својине на непокретности на даваоца лизинга. У светлу тих околности, сходна примена правила о финансијском лизингу на решавање правних последица раскида уговора о повратном лизингу довела би даваоца лизинга у позицију да може да злоупотреби право на раскид уговора, уз повреду начела једнаке вредности давања, без могућности примаоца лизинга да се таквој злоупотреби успротиви правним средствима. У повратном лизингу могућност злоупотребе је израженија него у финансијском лизингу, мада се и у случају финансијског лизинга може поставити питање оправданости права даваоца лизинга да задржи право својине на непокретности и наплаћени део лизинг накнаде, уз могућност да потражује преостали део лизинг накнаде која се састоји од неотплаћеног дела главнице и уговорне камате.

De lege ferenda, решење би требало тражити у правцу превазилажења ризика правне несигурности за случај ништавости уговора који чине повратни лизинг, тако што би се нормирала правила о свим облицима лизинга непокретности, уз омогућавање примаоцу лизинга да има ефикасна правна средства којим би спречио злоупотребу права даваоца лизинга на раскид уговора. Са тим циљем би уговоре о финансијском лизингу непокретности, повратном лизингу непокретности и лизингу са позајмљеним средствима требало правно посматрати као сложене уговоре, који се састоје од повезаних уговора о набавци и уговора о лизингу непокретности у ужем смислу. Међусобна везаност уговора о лизингу у ужем смислу и уговора о набавци непокретности значила би да раскид првог уговора има за последицу и раскид уговора о набавци непокретности у случају повратног лизинга. У случају финансијског и лизинга непокретности са позајмљеним средствима, међутим, раскид уговора о лизингу у ужем смислу не би требало да има за последицу аутоматски раскид уговора о набавци непокретности већ би правни положај даваоца лизинга требало регулисати тако да он има право да према примаоцу лизинга истиче оне захтеве који би га довели у положај као да је прималац лизинга испунио све уговорне обавезе. Тако, ако би давалац лизинга задржао право својине на купљеној непокретности, од примаоца би могао да захтева плаћање укупне лизинг накнаде умањене за тржиш-

ну вредност задржане непокретности, а ако би од примаоца лизинга наплатио укупну лизинг накнаду, имао би обавезу да на њега пренесе право својине на предметној непокретности.

5. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Између финансијског лизинга непокретности, као именованог, и повратног лизинга непокретности, као неименованог уговора, постоје сличности и разлике. Сличности су у томе што је у оба случаја реч о сложеном послу, који обухвата и набавку (куповину) и давање непокретности у лизинг, уз уговарање опције откупа непокретности са исплатом укупне лизинг накнаде. Разлика је у томе што се у финансијском лизингу јављају три, а у повратном лизингу непокретности два учесника у послу. Први је индиректни, а други директни лизинг. Тространост и двостраност посла показују суштински разлог због којег се у првом случају закључује финансијски, а у другом случају повратни лизинг непокретности. У првом случају прималац лизинга жели да средствима даваоца лизинга набави непокретност коју нема, која му је неопходна за пословање, а у другом случају прималац лизинга жели да своју непокретност стави у функцију обезбеђења недостајућих новчаних средстава. У првом случају, циљ опције куповине непокретности јесте да прималац лизинга стекне не само право коришћења већ и право својине на непокретности након плаћања укупне лизинг накнаде, а у другом случају, циљ опције откупа непокретности јесте да прималац лизинга након плаћања укупне лизинг накнаде поврати својину на тој непокретности. Према нашем схватању, то је основни разлог што се у упоредном праву посебно регулише повратни лизинг. Исти разлог постоји и у погледу лизинга непокретности са позајмљеним средствима. Разлика у односу на уговоре о финансијском и повратном лизингу постоји само у томе што код лизинга са позајмљеним средствима давалац лизинга није једини кредитор примаоца лизинга, док је правни однос између даваоца и примаоца лизинга исти као у финансијском и повратном лизингу непокретности.

У свим поменутих облицима лизинга непокретности постоји опција преноса права својине на непокретности на корисника лизинга, за разлику од оперативног лизинга, где та опција не постоји и где се могу сходно примењивати правила уговора о закупу из ЗОО. Због тога, сматрамо да би законом требало регулисати не само финансијски већ и повратни лизинг непокретности, као и лизинг непокретности са позајмљеним средствима.

Према мишљењу аутора овог рада, то је нарочито важно за повратни лизинг непокретности. Непостојање правила о повратном

лизингу неповољно утиче на правну сигурност јер учесници у послу немају предвидљива правила о томе да ли је повратни лизинг дозвољени правни посао. Сматрамо да треба нормирати критеријуме за разликовање повратног лизинга непокретности од фидуцијарног преноса права својине.

Будуће нормирање повратног лизинга и лизинга са позајмљеним средствима прилика је да се преиспитају и правила којима се регулише финансијски лизинг, нарочито у светлу међусобних односа даваоца и примаоца лизинга у случају раскида уговора. У складу са начелом савесности и забране злоупотребе права требало би обавезати даваоца лизинга да пре раскида уговора покуша да наплати доспеле а неплаћене лизинг рате путем неког од уговорених средстава обезбеђења (менице, залога на потраживању по основу закупнине у случају подзакупа и сл.).²² Нема разлога да постоји одредба члана 28 (6) Закона о финансијском лизингу, по којој прималац лизинга може одржати уговор на снази уколико да одговарајуће обезбеђење, ако не постоји обавеза даваоца лизинга да пре раскида уговора прво искористи постојећа средства обезбеђења. Осим тога, требало би регулисати случајеве произвољног и дискреционог поступања даваоца лизинга приликом раскида уговора, у складу са правилом да се уговор не може раскинути због неизвршења незнатног дела уговорне обавезе.²³

У интересу правне сигурности учесника у промету је да се подаци о свим уговорима о лизингу непокретности уписују у регистар лизинг уговора, али и у катастар непокретности ради евидентирања података битних за промет непокретности, у складу са начелом јавности уписа.

Непостојање правног оквира којим се уређује правни режим свих облика лизинга, посебно повратног лизинга непокретности и лизинга непокретности са позајмљеним средствима, ствара неприхватљив ризик за учеснике лизинга. То је нарочито изражено у правним режимима, којима припада и српско право, који не познају тзв. фидуцијарни пренос права својине (*fiducia cum creditore*), односно не пружају правну заштиту клаузули *lex commissoria*.

Све о чему је било речи у овом раду јасно указује на то да би законско регулисање поменутих појавних облика лизинга непокретности битно унапредило правну сигурност уговорних страна које учествују у тим правним пословима, а посебно примаоца лизинга.

²² Чл. 12–13 ЗОО.

²³ Члан 131 ЗОО.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Berk, Johnatan и De Marzo, Peter. 2014. *Corporate finance*. Boston: Pearson.
- Бркић, Алаудин. 2014. Заштита потрошача код уговора о финансијском leasingu. *Анали Правног факултета у Зеници* 14: 275–326. (Brkić, Alaudin. 2014. Zaštita potrošača kod ugovora o finansij-skom leasingu. *Anali Pravnog fakulteta u Zenici* 1: 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 collateraliza-tion. 77–100 у *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.
- Лаушевић, Љубица. 2014. Повратни лизинг – алтернативни извор повећања обртног капитала предузећа. *Банкарство* бр. 1/2014: 30–63. (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.
- Organek, Joel., Partyka Robert и Scott Bruce. 1968. Financing business activity through sale and leaseback of real property – A Comment. *Osgoode Hall Law Journal* 6: 294–304.
- Перовић, Јелена. 2003. *Коментар Закона о финансијском лизингу*. Београд: Глосаријум. (Perović, Jelena. 2003. *Komentar Zakona o finansij-skom lizingu*. Beograd: Glosarijum.)

- Ross, Steven. Westerfield Randolph. и 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.
- Симоновић, Драгољуб. 2009. *Уговорна читанка*. Београд: Службени гласник. (Simonović, Dragoljub. 2009. *Ugovorna čitanka*. Beograd: Službeni glasnik.)
- Спасић, Иванка. 1990. *Уговор о leasingu*. Београд: Институт за упоредно право у Београду. (Spasić, Ivanka. 1990. *Ugovor o leasingu*. Beograd: Institut za uporedno pravo u Beogradu.)
- Toth Agrad. 2017. *Lease regulation and future trends in Hungary*, (приступљено 30. априла 2019). https://kgk.sze.hu/images/dokumentumok/kautzkiadvany2017/Toth_Kautz_2017.pdf (приступљено 2. јуна 2019).
- Васиљевић, Мирко. 2000. *Пословно право*. Београд: Савремена администрација. (Vasiljević, Mirko. 2000. *Poslovno pravo*. Beograd: Savremena administracija.)
- Vernimmen, Pierre. Quiry Pascal, Dallochio Maurizio, Le Fur Yann и Salvi Antonio. 2005. *Corporate finance, Theory & practice*. West Sussex: Willey.
- Wang, Jiazhuo и 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.

Др Борис Беговић*

Димић, Љубодраг и Никола Жутић. 2017. *Алојзије Степинац – држава, црква, надбискуп (1934–1941)*. Београд: Филип Вишњић, 455.

За неке је светац, за неке – злочинац. За једне је јунак пред комунистичким судом, за друге – духовни покровитељ усташког геноцида над Србима. За врсне историчаре, попут Љубодрага Димића и Николе Жутића, Алојзије Степинац је историјска личност и појава која, како пишу, „мора бити објашњења својим временом“ (стр. 7). Али аутори књиге већ на самом њеном почетку јасно стављају до знања да је „Историјско, друштвено, политичко, верско и културно окружење у којем појединац оставља свој историјски траг увек изазов, али оно није неизбежност, није судбина, већ само наметнута могућност која се може прихватити или, уз одређену цену, одбаци-ти“ (стр. 9). То је књига, пре свега, о окружењу у којем је Алојзије Степинац доносио одлуке, али и о томе какав је он човек био и какве је одлуке тај човек донео. Стога је и највећи број поглавља, од укупно 17, посвећено том окружењу, сагледаном од почетка XX века, па закључно са априлом 1941. године, са формирањем Независне Државе Хрватске и доношењем злогласних законских одредаба, попут оне за одбрану народа и државе. У та, окружењу посвећена поглавља, вешто су уткана она о самом Алојзију Степинцу, о његовој младости, одрастању, васпитању, вредносним судовима и одлукама које је доносио. Одлукама о чињењу и нечињењу. За које је, заједно са оним каснијима, ратним и поратним, на послератном суђењу одлучно рекао: „Моја савјест је чиста.“

Окружење у коме је Алојзије Степинац доносио одлуке почиње да се формира, како наводе аутори, крајем XIX века, у доба када чак и најконзервативније европске земље, попут Аустроугарске монархије, потресају бројне, никад раније виђене промене: секуларизација друштва, продор либерализма, јачање отпора традицији конзервати-

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, begovic@ius.bg.ac.rs.

визма, увођење политичких слобода и стидљиво увођење демократије, освајање грађанских слобода, попут слободе штампе, започињање јавне дебате о мноштву друштвених питања итд. Укратко, све је мања улога цркве у друштву и, тиме, све је мања моћ коју поседује. На то је папа Леон XIII 1900. годину прогласио за годину коју ће сви католички народи обележити манифестацијама оданости вери. Хрватски католици су то знали да учине – лета те године организују Први хрватски католички конгрес. Тај конгрес сложено гласа и доноси резолуције, које нису ништа друго до програми клерикализације друштва и обрачуна са бројним пошастима његове секуларизације, попут „отровног духа безвјерске штампе“. Аутори скрећу пажњу на то да врхунац конгреса представља говор Јосипа Штадлера, бискупа врхбосанског, за кога нема дилеме: „Ми смо Хрвати и католици, и то хоћемо да будемо.“ Појам хрватства се спаја са римокатоличком црквеном организацијом – хрватско родољубље добија јасну верску, римокатоличку димензију. Аутори указују на то да је римокатолички клерикализам тог времена карактерисао „страх од либералне државе засноване на демократским начелима и склоне верској толеранцији,¹ неприхватање идеала о јединству југословенских народа, уочљива нетрпељивост према свему новом... и изражена резервисаност према могућности да [католици] егзистирају изван граница католичке државе, а посебно у држави у којој постоји православна већина становништва“ (стр. 26).

Програм клерикализације хрватског друштва врло се добро, наглашавају аутори, уклапа у политичке програме Еугена Кватерника и Анте Старчевића, хрватских праваша, које на почетку XX века баштине Јосип Франк и његова Чиста странка права. Њихови политички програми се заснивају на идеји хрватског државног права, а то право се простире свуда где су Хрвати. Одатле следи и коначни циљ таквог програма: „захтев да буде формирана целовита Хрватска у етничким и државно-историјским границама; да та држава буде етнички чиста Хрватска; да то буде римокатоличка Хрватска“ (стр. 39). Да не би било забуне: „Река Дрина била је у тим плановима гранична међа католичког Запада и православног Истока“ (стр. 40). Међутим, док је Дрина била „државна“ граница, она није спутавала духовно југословенство Јосипа Јураја Штросмајера, које се сводило на непоколебљиви мисионарски рад са циљем проверивања свих

¹ Одбојност према верској толеранцији хрватских католика не чуди, будући да је јасно исказује поглавар њихове цркве. Папа Пије X у писму француском епископату 1910. године наводи: „Самим тим што се успоставља слобода свих вјера без разлике, брка се истина са заблудом и постављају се у исти ред са светом и чистом невјестом Кристовом (Римокатоличка црква – прим. приказивача) херетичке секте (православне цркве – прим. приказивача), па чак и подла лаж жидовска“ (стр. 26, фн. 32).

православних јужних Словена, укључујући и оне источно од Дрине, у католике.²

Оба та програма, духовни и световни, убрзо су се, како наводе аутори, суочила са новим изазовом: јединственом државом јужнословенских народа, и то са православним Србином као монархом. А та нова држава била је изузетно хетерогена: етнички, конфесионално, економски, социјално и политички, не само у погледу политичких традиција и опредељења, него и у погледу наслеђених политичких институција и начина на који су се доносиле политичке одлуке. Веома брзо се успоставила подела на Исток и на Запад. Да ли је то била подела на заостали, лењи и „бизантски“ Исток, у чијем друштвеном, а нарочито политичком животу доминирају дволичност и вероломство, и модерни, марљиви и „еуропски“ Запад, чијим јавним и политичким животом доминирају искрени и часни људи од речи? Та подела је веома драга хрватској политичкој пропаганди тог и не само тог времена и један је од основних налаза хрватске родољубиве историографије, чији утицај није занемарљив у савременој српској историографији. Насупрот томе, аутори аргументовано показују да подела није ишла том линијом. Напротив, једна од основних подела била је она између политичких идеја либералне, секуларизоване и демократске, верски толерантне државе, идеја заснованих, пре свега, на идејама француских просветитеља, идеја које је заступала већина српске политичке елите, с једне стране, и идеја клерикалне, нелибералне државе, државе у којој не само да држава и црква нису раздвојене него су срасле, државе у којој верска толеранција није пожељна већ апсолутни примат треба да има католичанство и у којој ће Римокатоличка црква имати уплив у решавање свих оних световних питања за које је заинтересована – визија коју, додуше, није подржавала баш целокупна хрватска политичка елита – с друге стране. Двојна монархија јесте пропала, али је њен клерикални дух, очигледно, наставио да живи.

Није подела на секуларни Исток и клерикални Запад била једина подела у оквиру дозлабога хетерогене државе јужнословенских народа. Међутим, та је подела, показују аутори, изузетно значајна за разумевање тог времена, контекста у коме се Алојзије Степинац успео до надбискупа загребачког, до првог човека Римокатоличке цркве у Хрватској, и у коме је као надбискуп деловао, бирајући између различитих путева који су му стајали на располагању. А то је време политичких, у доброј мери идеолошких сукоба, а њихова основа била су, образлажу аутори, неслагања о положају (католичке)

² Јосип Ј. Штросмајер у писму из 1886. године упућеном папском нунцију у Бечу Серафину Ванутелију наводи: „Хрвати католици [су] од Бога предодређени да као квасац цјелокупно тијесто јужних Словена прожмемо и мало по мало га к светом јединству Католичке цркве приведемо“ (стр. 43, фн. 3).

цркве у друштву, њеном упливу у јавни живот, пре свега у области просвете и културе, али и неслагања у погледу основних уставних решења, као и разлика у схватању слободе вере и њене везе са слободом савести. Дакле, како наводе аутори, „праву појединца да верује у шта жели и да о Богу мисли шта хоће, чиме је, по мишљењу клерикалаца, допуштена лаицизација друштва“ (стр. 84). Аутори детаљно разматрају како се у Видовданском уставу решава положај верских заједница и оцењују да су „Доношење чланова Устава који нису одговарали Римокатоличкој цркви клерикалци тумачили као насртај православља и либерализма на католицизам“ (стр. 85).

То је време у коме делује Католичка акција, покрет који је обнародовао папа Пије XI крајем 1922. године, а који у Хрватској на својим плећима носили „Хрватски орловски савез“ и организација „Криж“, чији су припадници себе маштовито називали крижарима, који ће, према речима хрватских бискупа, „у свом налету победоносно крочити остварењу великих нацрта нове, младе и божије Хрватске, у којој ће имати реч само Бог и Хрвати“ (стр. 139). То је, такође, време у коме се воде рововске политичке борбе поводом закона о образовању и његових решења која се односе на уплив цркве у просветне послове. То и је време дуготрајних, мучних и, испоставило се, неуспешних преговора о склапању конкордата, којем аутори посвећују велику пажњу, у којима се, према њиховом мишљењу, испоставило да није политички изводљиво да се у мултиконфесионалној заједници у којој постоје елементарне политичке слободе једна верска заједница ставља изнад свих других.

То је време у којему је Алојзије Степинац доносио кључне одлуке. И његово чињење или нечињење у том времену одредило га је као историјску личност и створило основу за његово делање у временима која су тек следила. Какав је то био човек? На основу чињеница које су изнели аутори, читалац може закључити да је био слаб, неодлучан човек, невелике храбрости, а свакако без икакве харизме, без елементарне способности комуникације са људима. Човек који је верни поданик и немилосрдни надређени. Човек васпитан на језуитском колегијуму Германикуму, па можда стога неупитан у погледу католичке духовне и моралне супериорности, а тиме и непријемчив за сваку идеју верске толеранције и слободе. Сасвим природно, када смо ми увек у праву, а у праву смо зато што смо супериорни, а супериорни смо зато што смо католици, они други су, уколико се не слажу са нама, увек – грешни.

Можда се карактер Алојзија Степинца најбоље може сагледати из његове кратке и изузетно неуспешне каријера као жупника. Како пишу аутори, именован је, 1932. године, за жупника у Самобору, али га жупљани нису прихватили, па ту дужност није дуго обављао. На-

редне године се то у још израженијем облику поновило и жупи Св. Ивана Зелине, где мештани нису хтели да пусте свог новог жупника у цркву. Нису помогле ни Степинчеве претње канонским казнама жупљанима, па је убрзо повучен са тог места. Ништа од тога није заборавио и само годину дана касније, када је већ био постављен за надбискупа-коадјутора, посетио је ту жупу да би им рекао да им све опрашта. На томе се није задржао: „Али иако опраштам све, што је било, нагласујем посебице да сам тражио и да ћу увијек тражити послушност поглаварима и нећу допустити, да итко дира у црквену сетгу [дисциплину – прим. приказивача]“ (стр. 161 –162). Управо тај детаљ уверљиво сведочи о Степинчевом карактеру: осветољубив, ускогруд и дволичан мали човек, који снагом личног ауторитета није успео да у било шта убеди жупљане, долази, пошто је постао надбискуп-коадјутор, у ту малену жупу да се освети и да им покаже колика је он постао власт, да им наново прети, сада са надбискупског положаја, а све говорећи о праштању.

Оправдано је, имајући све то у виду, поставити питање: како то да је Алојзије Степинац уопште постао надбискуп? У католичким круговима у Хрватској још се тада, наводе аутори, говорило да је исувише млад, да у свом послу није имао много искуства, а судећи по жупским епизодама, ни пажње вредних резултата. Како то да је за адмирала постављен неко ко није успео да командује ни маленим бродом? Одговор треба потражити у 1928. години, у којој је, како наводе аутори, започела реализација идеје тадашњег, већ остарелог надбискупа загребачког, Антуна Бауера, првог човека Католичке цркве у Хрватској, да за живота себи изабере наследника. А о наследнику су се питали Хрватска бискупска конференција, Ватикан, али и световне власти у Београду, пре свих тадашњи југословенски монарх. Док је један кандидат одговарао једнима, други су га одбацивали и обрнуто – једни су одбацивали кандидата који је одговарао другима. Компромис је постигнут шест година касније, и то тако што је надбискуп-коадјутор постао човек са само три и по године свештеничког рада – Алојзије Степинац. Како је то папском нунцију образложио надбискуп Бауер, онај који га је предложио: „Ево, то вам је бијели, неисписани лист, томе не може нитко ништа приговорити“ (стр. 10).

Метафора неисписаног листа је прилично јасна. Уочавају је аутори, када наводе извештај из тог времена: „...човијек којег су језуитски одгојитељи сварили и испекли до максимума, а без власти-те иницијативе, без личности и без свијести али с много припремности да буде својим надлежнима слијепо покоран, да повјерени посао повуче с великим жаром фанатизма. Човијек поврх тога с мањкавим знањем, па и оним теолошким. Управо зато тај и такав човијек треба трајно вође, учитеље и менторе“ (стр. 168).

Формат тог „неисписаног“ листа, међутим, веома је добро одређен. Одређен је клерикалним програмом заснованим на одлукама Првог хрватског католичког конгреса из 1900. године. Одређен је програмом Католичке акције и достигнућима свих организација које су га тако здушно спроводиле. Одређен је лагано модификованим и понешто радикализованим деветнаестовековним политичким програмима Кватерника и Старчевића, заснованим на идеји хрватског државног права на свим подручјима на којима живе Хрвати, независно од тога да ли на њима живе и неки други народи. И маргине тог листа јасно су дефинисане. Степинчевом ускогрудошћу, верском и људском нетолеранцијом, његовим фанатизмом и осветољубивошћу, па макар према непокорним жупљанима. А каква је тек нетолеранција према православцима и Јеврејима.³

И управо та комбинација Бауеровог неисписаног листа и његовог формата, додуше ни маргине не треба заборавити, наводи читаоца на помисао да је Алојзије Степинац једноставно само шраф у једном великом, добро подмазаном механизму. Да је формат тог листа програм који лети у режиму аутопилота и да је за његов успешан долазак на одредиште, а то је независна Хрватска као *civitas dei*, свеједно ко седи на пилотском месту. Једино је битно да тај пилот никако, због своје савести, људске ширине, верске толеранције или милосрђа, не искључи аутопилот и преузме контролу у своје руке. Они који су поставили Алојзија Степинца на место надбискупа загребачког од њега то никако нису очекивали. А он је потпуно оправдао њихова очекивања. Наравно, метафора аутопилота не значи да је пилот тог злокобног авиона ослобођен одговорности. Не само да је својом слободном вољом сео на пилотско место, него му није пало на памет да искључи тај кобни механизам.

Два су увида кључна за разумевање понашања Алојзија Степинца на месту пилота. Један се заснива на његовом дневничком запису (17. јануар 1940): „Најидеалније би било да се Срби врате вјери својих отаца, то јест да пригну главе пред намјесником Христом – Светим Оцем“ (стр. 358). Тај исказ читалац треба да посматра у светлости тезе да Срба нема западно од Дрине, да су сви православни на том подручју у ствари Хрвати, који су, под турским притиском, превођени у православље, што је довело до уласка „Српске

³ Примера ради, у свом дневнику Алојзије Степинац пише (12. октобра 1936) да југословенском државом влада „масонерија, односно Жидови, јер је масонерија њихово оружје“, напомињући да „ни Југославија неће имати мира док се не ријеша овог проклетог сјемена масонског, које се попут шишмиша скрива и из бусје удара Св. цркву католичку најјаче упориште народа и домовине и моралног поретка“ (стр. 370). А о православљу пише да је „шизма [православље – прим. приказивача] највеће проклетство Европе... Ту нема морала, нема начела, нема истине, нема правде, нема поштења“ (стр. 399).

православне цркве у хрватски простор“ (стр. 328).⁴ Када се та теза стави у контекст генезе расних теорија на којима се заснивало законодавство Независне Државе Хрватске (Bartulin 2014; Мирковић 2016, 45–74), онда се да закључити да је Алојзије Степинац прихватио злокобну поделу на Србијанце (расни талог, по једном од водећих расних идеолога НДХ), који живе источно од Дрине, и људе који се привремено називају Срби, а у ствари су турском присилом покрштени Хрвати, које само треба вратити у „вјеру њихових отаца“. На страну уверљивост тезе да су Османлије католике проверивали у православље, а не у ислам, бечка девентаестовековна подела на Србе и Србијанце, при чему постоји пресек скупа, делује као бенигна пошалица у односу на ту злокобну тезу, која је и била основа за присилно покрштавање Срба у НДХ.

А злокобност те Степинчеве тезе само се појачава записом из његовог дневника унесеном у августу 1940. године, на који указују аутори: „Из свега се види да се Срби нису ни за тренутак опаметили и да ће на концу изгубити све... А ради свог неморала и изопачености... друго нису ни заслужили“ (стр. 358). У тој белешци су јасни Степинчеви светоназори. Они који се разликују, они који имају друге интерес, они који мисле другојачије, они којима се с нама не слажу – они су неморални и изопачени и стога, наравно, треба да изгубе све. Нема у Степинчевом срцу милосрђа за оне који се са њим и његовима не слажу.

Други увид односи се на Степинчеве јавно изречене речи – поздравни говор принцу Павлу средином јануара 1940. Године, у коме је, како наводе аутори, алузијама додуше, истакао да је ауторитет Католичке цркве која служи Богу изнад световне власти и да свако презирање „његових заповеди, прелажењем компетенције и дирањем у туђа права, права цркве или права народа... значи за сваког носиоца власти сјећи властиту грану на којој се држи, рушити му темељ који носи властиту му престо“ (стр. 356). Аутори, с правом наводе да је: „ово била [не само] увреда кнеза намесника, већ и омаловажавање државе... узурпирање права да се у верски мешовитој држави ауторитарно говори у божје име“ (стр. 356). Засновано на том увиду аутора, читалац не може да не примети шта је неминовни резултат клерикализма, не само католичког и не само у Хрватској тог времена: захтев за политичким утицајем, за слободом политичког одлучивања, без икакве политичке одговорности. Када се политички дела, онда црква није изнад световне власти, није изнад политике, већ је дубоко заглибљена у њу, наравно „служећи Богу“, али када се постави

⁴ Аутори се позивају на радове објављене у *Katoličkom tjedniku* бр. 10 од 8. марта 1938. Наведене тезе су разрађене на скупу клерикалаца одржаном 1939. године на Свеучилишту у Загребу.

питање полагања рачуна и одговорности, онда је она изнад политике – она је божанска.

Књига се завршава разматрањима догађаја из априла 1941. године и Степинчевог учествовања у њима. Званичним сусретом са поглавником већ основане Независне Државе Хрватске 27. априла те године и дневничком белешком у којој се наводи: „рекао је [поглавник – прим. приказивача] да неће бити толерантан према српско-православној цркви, јер то за њега није црква него политичка организација“ (стр. 406). А већ дан касније надбискуп загребачки је, како наводе аутори, посланицом позвао клер на „узвишени рад око чувања и унапређења Независне Државе Хрватске“, нагласивши да „добро познаје вођство усташког покрета“ (стр. 408). Аутори опором констатују да то није било изненађење. Није ни читаоцу коме су у књизи понудили обиље доказа о карактеру личности Алојзија Степинца и природи покрета коме је припадао, а у одређеној мери и руководио.

Књига Љубодрага Димића и Николе Жутића пажње је вредан историографски подухват. Писана је јасним, језгровитим стилем, заснована је на обиљу примарних и секундарних историјских извора, а читаоцу нуди не само јасне, недвосмислене и добро образложене закључке него и обиље материјала за накнадна размишљања – о историјској личности Алојзија Степинца и његовом времену, али и, генерално, о феноменима нетолеранције, искључивости и бескрупулозности, на које нико нема монопол. У време објављивања ове књиге још увек није извесно да ли ће, за католике блажени, Алојзије Степинац бити канонизован. За оне који једног дана буду доносили ту одлуку налази ове књиге, допадало се то њима или не, биће незаобилазни. Да им „савјест“ заиста буде чиста!

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Bartulin, Nevenko. 2014. *The Racial Idea in the Independent State of Croatia: Origins and Theory*. Leiden and Boston: Brill.
- Мирковић, Зоран. 2016. Расно законодавство у Независној Држави Хрватској. 45–74 у *Правни поредак Независне Државе Хрватске*, ур. Борис Беговић, Зоран Мирковић. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. (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.)

Др Нина Кршљанин*

Чворовић, Зоран. 2018. *Душанов законик у руском огледалу*. Београд: Catena mundi, 164.

Из пера Зорана Чворовића, доцента на Правном факултету Универзитета у Крагујевцу, стигла нам је књига на данас ретку тему – упоредноправне анализе института из српске и руске правне историје. Мада, на први поглед, поређење права етнички, верски и историјски блиских земаља представља логичну тему за истраживање, озбиљнијих радова те врсте суштински није било последњих стотинак година. Како и сам Чворовић примећује, последњи аутори који су били озбиљно потковани за такву анализу – Теодор Тарановски и Александар Соловјев – у свом раду у Југославији фокусирали су се на историју српског права, тек понегде и узгред правећи паралеле са правом Русије.

У књизи се прописи Душановог законика пореде са прописима три руска правна зборника из периода уједињене Московске државе – Судебника Ивана III из 1497, Судебника Ивана IV из 1550, те Саборног уложенија из 1649. године. Хронолошку дискрепанцу која овде наизглед постоји аутор умесно објашњава тиме да у истраживањима из правне историје главну улогу игра не хронологија, већ фазе развоја права које се пореде. Тако управо у разматраном периоду – када су уједињене удеоне кнежевине, а писано право почело да се уздиже изнад обичајног, али пре вестернизације под Петром Великим – руско право по степену свог развоја, као и ромејског (византијског) утицаја одговара оној фази у којој је било право немањићке Србије од Милутина до Душана. Аутор истиче и често занемариване или намерно прећуткиване везе између средњовековне српске и руске државе, те утицај који је Законоправило Светог Саве – „Крмчија“ – остварило на руско право.

Књига има три дела, у којима аутор анализира три категорије института управљених на заштиту три у средњем веку најважнија

* Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Београду, *nina.krsljanin@ius.bg.ac.rs*.

добра: вере, државе и својине. У првом делу, насловљеном „Заштита православља“, аутор пореди кажњавање јеретика и прописе против католичког прозелитизма у Душановом законнику са прописима против исламизације у Саборном уложенију (као и неким указима руских царева из 17. века), изводећи порекло обе групе прописа из одредаба против преобраћења хришћана у јудаизам или ислам у Прохирону, односно „Закону градском“ у Законоправилу Светог Саве. На основу тог поређења он изводи закључак да се норма о јеретику из чл. 10 Душановог законика односи, као и оне из претходних чланова, на католика, а не на богумила, те да кажњавање попа латинског за превођење православца у католичку веру „по Закону светих отаца“ из чл. 8 Законика упућује на смртну казну, а не на духовну санкцију или забрану завештања и наслеђивања, како су сматрали ранији истраживачи. За своје закључке аутор налази и неке доказе из праксе, те образлаже и како ти прописи нису у нескладу са мултиконфесионалном природом средњовековног српског царства, односно толеранцијом других вера осим државне православне.

У другом делу, под називом „Заштита државе“, говори се о обавези властеле на верност владару и кажњавању издаје (невере). Прописи Душановог законика и уопште регулатива српског права у тој области пореде се са дугом еволуцијом тог института у руском праву. Почев од увођења праксе давања заклетви верности у московском праву, којом је при централизацији државе лагано укинута раније обичајно право бојара да пређу из службе једном удеоном кнезу у службу другом, чиме је настала издаја као кривично дело (уз изричит пристанак да у случају кршења заклетве могу бити кажњени издајник и његова породица), преко прописа оба Судебника у којима се она кажњава смртном казном, стигло се до строгих прописа Саборног уложенија о смртној казни и конфискации имовине, некажњивости убиства издајника, те кажњавању и сродника који су знали за његову намеру а нису га пријавили. Из тог развојног тока Чворовић закључује да ни одредба Душановог законика о кажњавању сродника који живе у истом домаћинству заједно са учиниоцем невере не представља, како је још Тарановски сматрао, сужавање раније одговорности читавог рода (јер такве ни у руском праву никада није било) већ само фиксирање у закону колективне имовинске одговорности, која је и иначе била уобичајена с обзиром на колективни карактер породичне имовине. Он наглашава да и чињеница да је за неверу у Србији властели судио сам цар (а не суд једнаких) сведочи о јакој централној власти и потчињавању властеле владару, а да се ни ту не може говорити о било каквој сталешкој повластици.

Трећи и најобимнији део, „Заштита својине“, обухвата класична кривична дела против имовине, крађу (татбу) и разбојништво. Придајући велики значај лексичко-семантичкој димензији код тих де-

ликата, аутор објашњава да је етимологија речи *tamba* иста као и латинске *furtum*, те да се оба термина изворно односе на присвајање туђе ствари тајно, кришом, што се у словенским правима вероватно сматрало нарочито тешким. Међутим, руско право, осим разбојништва, познаје још један деликт који подразумева отворено (и, по ромејском схватању, насилно) одузимање имовине: грабеж, одузимање имовине од вршилаца власти, државне или патримонијалне (у латинској паралели, *rapina*, насупротив разбојништву, *latrocinium*). Ни наративни ни законски извори у Србији, по Чворовићу, не познају такво дело као посебно формирано, али се у Душановом законнику, нарочито у чл. 180, може приметити зачетак његовог издвајања. Показујући еволуцију грабежа у руском праву од 11. до 17. века, аутор указује на то да су се као главни елементи који га одређују издвојили то што учиниоци нису имали доминантну намеру стицања противправне имовинске користи и то што се нису бавили криминалном делатношћу као занимањем. С тим на уму, он налази елементе таквог деликта у још пет чланова Душановог законика и показује како у њима расте елемент заштите јавног поретка, а не само приватне имовине.

Осим тога, Чворовић истиче да су средњовековна Србија и Русија, као и многе друге средњовековне државе, имале исте проблеме са организованим криминалитетом, тј. професионалним лоповима и разбојницима, те да су их и решавале на сличан начин – увођењем опште истраге у којој су, у недостатку развијеног државног апарата, важну улогу играле локалне заједнице. Још у Судебнику из 1497. године постојао је институт потврђивања да је реч о познатом злочинцу заклетвом пет или шест добрих људи, а у Судебнику из 1550. године статус доказног средства добила је и општа истрага локалних самоуправних органа, која се убрзо морала спроводити барем једном годишње, под претњом чак и смртне казне за старешине које би немарно вршиле ту дужност. Све је то веома слично колективној одговорности села и властелина за случајеве професионалне крађе и разбојништва у Душановом законнику. Заједнички су и далеко строже кажњавање професионалног него обичног лопова и многи процесни моменти код гоњења тих кривичних дела, а нарочито забрана мирења у случају гоњења по приватној тужби, односно, касније, гоњење по службеној дужности. Чворовић овде, помоћу паралеле са руским правом, показује да се иза термина *обличеније* средњовековног српског права крије не само доказ хватањем учиниоца на делу или са украденим ствари (*лицем*) већ и указивање на њега као на професионалног злочинца од стране локалне заједнице, те да греше они аутори који уместо два у средњовековном српском праву виде три облика крађе и разбојништва. Но, аутор указује и на разлике између српског и руског права у кажњавању тих деликата, а нарочито на већи значај који

је руско право, под ромејским утицајем, у кажњавању обичне крађе приписивало поврату – који се често доказивао применом тортуре, такође непознате средњовековном српском праву.

Књига је писана питко, лепим стилем и језиком. За сваку похвалу је тежња аутора да разуме и расветли дух епохе и поднебља о којем пише, и то не само у правним питањима – као што се може видети, рецимо, у напомени да надимак Ивана IV *Грозни* нема у руском језику исто значење као у српском. Главни, директни циљ ове књиге био је да се неке непознанице у вези са Душановим закоником разјасне поређењем са садржински блиским одредбама руских правних споменика, који су боље очувани, а нарочито је несразмерно више података о њиховој примени у пракси. Иако се, наравно, таква поређења не могу сматрати коначним доказом, а неки од закључака које аутор изводи су смели и знатно одступају од досадашњих ставова у науци, сви су у оквирима могућег добро образложени и утемељени, те пружају добар материјал за размишљање и подстрек за даља истраживања. И управо због тога је значај ове књиге већи од значаја конкретних тумачења Душановог законика која су у њој изнета: она отвара врата и показује пут за далеко шири круг упоредних истраживања српског и руског средњовековног права, где свакако постоје могућности за стицање нових сазнања и увида о правима обеју земаља. Можда лагано долази време да се, сада без пристрасних романтичарских порива 19. века, поново појави дисциплина Историја словенских права – овога пута у зрелијем, објективнијем и поузданијем облику.

Др Танасије Маринковић*

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

Слобода изражавања је уграђена у темеље демократског друштва и „један је од основних услова за његов напредак и за развој сваког човека. [...] Она се не примењује само на ‘информације’ или ‘идеје’ које се примају с одобравањем, зато што се сматрају ненападним или је јавност према њима равнодушна, него исто тако и на оне које могу да увреде, запање и узнемире државу или неки део становништва. Такви су захтеви плурализма, толеранције и ширине духа без којих не може бити ‘демократског друштва’.“¹

Тим ставом Европског суда за људска права, кога се он доследно држи од пресуде *Хендисајд против Уједињеног Краљевства* (видети Dollé и Ovey 2012, 545–546), резимирају се основни аргументи за слободу изражавања који су се вековима кристалисали у политичкој и правној филозофији и истицали у борби за истину, демократију и самоостварење појединаца и група. Историјски посматрано, слобода изражавања се најпре бранила аргументом истине, односно значајем отворене расправе за сазнавање истине (Varendt 2005, 7). Како је приметио Џон Стјуарт Мил (*John Stuart Mill*) (Mill 1991, 21), „права штета од гушења мишљења јесте у томе што се тиме поткрада цео људски род; и потомство и савременици, више они који то мишљење не деле, него они који га деле. Ако је мишљење исправно, њима се ускраћује могућност да заблуду замене истином; а ако је оно погрешно, губе готово подједнаку корист да јасније упознају и живље осете истину, суочавајући је са заблудом“. Аргумент демократије је вероватно најпознатији и најчешће навођени у прилог слободе изражавања. Њега надахнуто заступа судија Врхов-

* Аутор је ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, tanasisje.marinkovic@ius.bg.ac.rs.

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

ног суда САД Луис Брендјас (*Louis Brandeis*): „Они који су се изборили за нашу независност веровали су да [...] у управљању државом делиберативност треба да превлада арбитрарност. [...] Веровали су да је слобода мишљења по сопственом нахођењу и говора по сопственом мишљењу неопходна за откривање и ширење политичке истине; [...] да је јавна расправа политичка обавеза; и да то треба да буде основно начело америчке државе.“² Другим речима, „грађанима су потребне прецизне информације да би изградили своје политичке ставове и на тај начин допринели процесу колективног одлучивања. Располагање правим чињеницама није ништа мање значајно у политици неголи у другим областима живота. У ствари, у мери у којој се политика уобичајено тиче основних интереса и у којој су одлуке које се у њој доносе су изузетно озбиљне, још је важније да се обезбеди да грађани располажу релевантним информацијама“ (Comella 2006, 86). Коначно, слобода изражавања се брани и са становишта њеног значаја за самоостварење и напредак појединца. Задирања у оно што нам је допуштено да кажемо и пишемо, да чујемо и да видимо, спутава нашу личност и њен развој. Сматрајући да је индивидуалност један од елемената људског благостања, Мил (1991, 62–82) указивао је на то да патернализам, односно свако ограничавање предузетништва и самоиницијативности људи, води моралном и интелектуалном заостајању и чини људе подложним завођењу и манипулацији.

Уважавајући значај слободе изражавања, први број *Годишњака за уставно право* (*Jahrbuch für Verfassungsrecht*), кога уређује и издаје ИРЗ – Немачка фондација за међународну правну сарадњу (*Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit*), посвећен је управо њој. С обзиром на дуге и успешне стручне везе између ИРЗ и уставних судова Југоисточне Европе, не изненађује то што се у *Годишњаку* сагледавају различита и сложена питања слободе изражавања управо из уставносудског угла. Окосницу *Годишњака* чине реферати са две регионалне конференције, једна је организована у Црној Гори на тему „Слободе мишљења и слободе медија“, а друга у Србији на тему „Уставни судови и медији“. *Годишњаку* су затим придружени примери добре праксе, то јест одабране одлуке уставних судова Босне и Херцеговине, Црне Горе, Македоније, Хрватске и Србије из области слободе изражавања, и одабрана саопштења за јавност Савезног уставног суда Немачке.

Први, уводни део *Годишњака за уставно право* има програмски карактер, а потписује га др Штефан Пирнер (*Stefan Pürner*), адвокат и руководилац Одељења ИРЗ за Босну и Херцеговину, Црну Гору, Македонију и Србију. У њему су изложени порекло идеје о *Годишњаку*, његов концепт и идеје за будући развој.

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

Други део садржи реферате судија уставних судова Босне и Херцеговине (Мате Тадића), Црне Горе (мр Хамдије Шаркиновића), Македоније (Елене Гошеве), Хрватске (Мате Арловића) и Србије (мр Томислава Стојковића), изложене на регионалној конференцији „Слобода мишљења и слобода медија“. У њима се испитује усклађеност унутрашњег правног оквира и праксе својих уставних судова, у области слободе изражавања, са европским правом људских права. Одабрани методолошки приступ није случајан јер је то право, које се развија под окриљем Европског суда за људска права, а на основу Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, најразвијенији наднационални систем заштите људских права, укључујући и област слободе изражавања. У поменутих земљама, Конвенција, као ратификовани међународни уговор, има надзаконску снагу и њене одредбе се непосредно примењују. Штавише, у Босни и Херцеговини она је изричито наведена у Уставу, што значи да има не само надзаконску већ и уставну снагу; а у Уставу Србије се прописује да се „одредбе о људским и мањинским права тумаче [...] у корист унапређења вредности демократског друштва, сагласно важећим међународним стандардима људских и мањинских права, као и пракси међународних институција које надзиру њихово спровођење“, из чега произлази да је за појмовно одређење људских права у Србији неопходно познавати, *интер алиа*, и праксу Европског суда за људска права.

Отуда сви реферати посвећују дужњу пажњу најважнијим пресудама Европског суда у области слободе изражавања и јуриспруденцији која се из њих изродила. Следе излагања о унутрашњем правном оквиру слободе мишљења и слободе медија. Она потврђују сву разгранатост медијског права, чије норме се дефинишу, осим релевантним одредбама устава, и различитим законима специјалног (закон о јавном информисању, закон о медијама, закон о јавним медијским сервисима, закон о телекомуникацијама) и генералног карактера (кривични законик, закон о облигационим односима, закон о парничном поступку), као и онима који су између те две категорије (закон о приступу информацијама од јавног значаја, закон о заштити личних података). Поједини реферати сведоче о изазовима с којима су се суочиле државе Југоисточне Европе након декриминализације клевете (и увреде), услед чега су донеле посебан Закон о заштити од клевете (Босна и Херцеговина), односно Закон о грађанској одговорности за клевету и увреду (Македонија).

Коначно, реферати садрже и приказе најзначајнијих одлука поменутих уставних судова у области слободе мишљење и слободе медија и пресуда Европског суда против државе на које се односе. Из тих приказа може се закључити да се најчешћи проблеми у

пракси јављају поводом заштите части и угледа, као правозаштитног циља који је легитиман основ ограничења слободе мишљења и слободе медија. У том контексту, у готово свим поменутиим државама примећује се да се редовно и уставно судство суочавају са истоветним потешкоћама у прихватању различитог правног режима доказивања чињеница и вредносних судова о лицима и појавама, с обзиром на доследну јуриспруденцију Европског суда да само чињенични ставови подлежу испитивању тачности. Тај закључак потврђују и одабране одлуке уставних судова садржане у четвртом делу *Годишњака*, проистекле и из нормативне контроле и из поступака по уставним жалбама.

Осим прилога у којима се обрађују слобода мишљења и слобода медија из уставносудског угла држава Југоисточне Европе, *Годишњак за уставно право* садржи и реферат проф. др Уда Штајнера (*Udo Steiner*), бившег судије Савезног уставног суда Немачке, под називом „Заштита слободе мишљења у Уставу Савезне Републике Немачке“. У раду се најпре указује на положај и значај слободе мишљења у уставном систему Немачке, а затим се излажу чињенично стање и основна правна питања најпознатијих предмета Савезног уставног суда Немачке о тој слободи: од пресуде *Lüth* која се тичала позива на бојкот режисера који је некада, у време Трећег рајха, снимео антисемитски филм, преко одлучивања о осуди новинара који је некадашњег председника баварске владе назвао „присилним демократом“, преиспитивања кривичне осуде пацифиста због речи „војници су убице“, све до пресуде донете по жалби поводом забране одржавања јавног скупа „Сећање на Рудолфа Хеса“, заменика Адолфа Хитлера. Сумарни поглед на праксу Савезног уставног суда Немачке биће драгоцен не само уској већ и широј стручној публици јер тај суд гради јуриспруденцију која је, када је реч о вагању слободе мишљења, с једне стране, и заштите приватности, с друге стране, на средини између француске и англоамеричке традиције. Наиме, француска је позната по инсистирању на заштити приватности, а англоамеричка по давању предности слободи изражавања. Бољем упознавању са јуриспруденцијом Савезног уставног суда Немачке у области слободе изражавања допринеће и попис његових пресуда, садржан у петом делу *Годишњака*.

У трећем делу *Годишњака за уставно право* окупљени су радови с регионалне конференције „Уставни судови и медији“. У питању су прилози др Дитера Хемиха (*Dieter Hömig*), бившег судије Савезног уставног суда Немачке, „Уставни судови и медији“, др Волфганга Јаниша (*Wolfgang Janisch*), новинара-дописника при Савезном уставном суду Немачке, „Савезни уставни суд и медији“ и Нине Саломон (*Nina Salomon*), референткиње за медије Европског суда за људска

права, „Односи с медијима Европског суда за људска права“. Та разматрања долазе у тренутку када смо сведоци учесталих и оштрих критика у медијима припадника правосудне професије, као и квази-судских и квазиистражних медијских процеса. Да ли се такве појаве могу окарактерисати као добродошла критика судија и судских поступака или у њима треба видети облике притиска или чак напада на судство и његову независност? Дакле, оправдано се поставља питање односа између слободе медија и ауторитета и непристрасности судства (видети више у Маринковић 2015, 39–59).

Радови садржани у Годишњаку настоје да превазиђу уочени јаз и понекада чак непријатељске односе судова и медија, руководећи се ставом да медији треба да буду спона између судова и јавности. С правом се примећује да су у демократској држави медији потребни уставном суду да би могао да буде прихваћен као темељ правне културе друштва – да би могао да продре до свести грађана. Ово ће нарочито бити случај када се одлучује о предметима који су осетљиви, било политички (финансирање странака, изборни спорови) било друштвено (абортус, сурогат материнство, хомосексуални бракови).

Отуда се, полазећи од успешног искуства како Савезног уставног суда Немачке тако и Европског суда за људска права, препоручује образовање посебне службе за медије уставног суда. Њен основни задатак је да саставља саопштења за медије о јавним расправама суда, да најављује доношење одлука суда, а када су оне донете, да објављује њихове сажетке. И, наравно, све то се мора чинити на језику који је разумљив широј читалачкој публици. Само на овај начин, закључује се, приближавањем уставног суда медијима, јавност може разумети због чега је дата одлука донета и образложена на дати начин, што је све предуслов делотворности одлука уставног суда, односно њиховог извршења, па самим тиме и истинске владавине права.

Излазећи у сусрет уставним судовима Југоисточне Европе, у овом погледу, Годишњак, у петом и шестом делу, доноси примере различитих саопштења за јавност Савезног уставног суда Немачке.

Враћајући се на аргументе изнете на почетку овог приказа, лако се може уочити на примеру јавног извештавања о судству, значај слободе изражавања не само за учеснике у спору него и за друштво уопште.³ Тако, аргумент истине правда слободу јавне критике судства тиме што оно, као и друге гране власти, и те како има користи од свестране размене мишљења. Наиме, дељењу правде више службе обавештени учесници, неголи незнање, па слобода изражавања

³ О аргументима којима се брани слобода изражавања и њиховој примени на критику судства видети Cram, I. 2002. *A Virtue Less Cloistered – Courts, Speech and Constitutions*, Oxford – Portland – Oregon: Hart Publishing, 6–21.

може допринети потпуној и строгој процени информација у поступку пресуђивања. Чини се да аргумент истине у овом контексту, као и у другим областима људског деловања, нарочито узима у обзир то да и судије могу бити нестручне, лоше расположене или имати предрасуде, те да је апсурдно посматрати их као објективне и непогрешиве мислиоце (тако Addo 2000, 14–16). Надовезујући се на потенцијалну субјективност процеса пресуђивања и подсећајући на то да су и судије носиоци јавних функција, аргумент демократије налаже да њихови разлози за одлуку буду подвргнути пажљивој контроли. Осим што доприноси већој судијској одговорности, критика судства, посматрано с демократског становишта, пружа и једну од ретких могућности јавности да учествује у раду судске гране власти (видети Addo 2000, 4). Коначно, у мери у којој слобода изражавања доприноси развоју и испуњености појединца, овај аргумент има свој значај не само у смислу поменутог демократског учешћа грађана у обављању судске власти него нарочито у погледу личног и професионалног остварења правних теоретичара и практичара, као и новинара који су се специјализовали за судске поступке (видети Addo 2000, 16).

Објављујући реферате о слободи изражавања, и посебно праксе уставних судова Југоисточне Европе и Савезне Републике Немачке у вези са њом, као и односу ових судова према медијима, Годишњака за уставно право се укључује у борбу за истину, демократију и самоостварење појединаца и група. Том напору се мора одати похвала, и одмах уз њу изразити и нада да ће Годишњак наставити тако да се развија, јачајући свој практични, али и теоријски утицај како у Југоисточној Европи тако и ван ње, и доприносећи на тај начин међународној правној сарадњи.

ЛИТЕРАТУРА (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*, уредник М. К. 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*, уредник 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*, уредници J. Casadevall, E. Myjer, M. O’Boyle i A. Austin. Oisterwijk: Wolg Legal Publishers.
- Маринковић, Т. 2015. Очување ауторитета и непристрасности судства као основ ограничења слободе изражавања, у *Стандарди Европског суда за људска права и спорна правна питања у националној судској пракси 1–2*: 39–59, приредила Ивана Крстић. Београд: Савет Европе. (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 пракси 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*, уредник J. Gray, Oxford – New York: Oxford University Press.

Алекса Николић, мастер*

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

Економска криза која се 2008. године из Сједињених Америчких Држава (САД) „преселила“ у Европску унију (ЕУ) потврдила је оно што је неуспели референдум о Уставу ЕУ већ показао – да је ЕУ ушла у фазу кризе. Спровођењем неолибералих реформи успостављена је нова институционална архитектура ЕУ која је проузроковала велико незадовољство грађана. Текућа друштвено-економска трансформација угрозила је демократски поредак на више начина: изазвала је делегитимизацију демократских институција, занемаривање плурализма, а на крају и реакцију незадовољних грађана, али и радикалних политичких групација. Тако до данас постоји раскорак на европском нивоу између јавног мњења и јавне воље, с једне стране, и политикâ које се спроводе, с друге стране. С тим у вези, можемо поставити следећа питања: какву Европу заправо желимо? Како да Европа бирократије опет постане Европа грађана? Како да поново „освојимо демократију“? Одговоре на та, али и многа друга питања можемо пронаћи у зборнику *Европска демократија у кризи: пореци под знаком питања и друштвени покрети* (*European Democracy in Crisis: Politics under Challenge and Social Movements*) уредника Хаукеа Брункхорста (*Hauke Brunkhorst*), Драгице Вујадиновић и Танасија Маринковића.

Сâм зборник је настао као резултат међународне конференције одржане у Дубровнику 2015. године, на којој су учесници изложили различита гледишта о томе како превазићи постојећу кризу европске демократије. Постојање великог броја отворених и нерешених питања представља неизмерну вредност тог зборника, који је заиста вредело чекати.

* Аутор је демонстратор Правног факултета Универзитета у Београду, aleksanikolic.pravni@gmail.com.

Већ на основу летимичног погледа на садржај зборника читалац може да закључи да је у његово састављање уложено доста труда и енергије, нарочито имајући у виду квалитет систематизације кључних питања. Сви радови су груписани у две целине. У целини „Поречи под знаком питања“ („Politics under Challenge“) анализирају се изазови пред којима се налази савремена европска демократија, док је друга целина „Друштвени покрети“ („Social Movements“) посвећена улози и значају друштвених снага у превазилажењу постојеће кризе.

Први део зборника започиње расправом Патриса Канивеза (*Patrice Canivez*) „Идеја транснационалне демократије“ („The Idea of Transnational Democracy“). У уводу аутор истиче сложеност појма транснационалне демократије, упоређујући га са идеалним типом националне државе. Канивез истиче два могућа погледа на појам транснационалне демократије, први, који означава однос државе и друштва, и други, у коме се истиче однос представничког тела и бирача. У даљем тексту, на основу анализе три примера, аутор указује на специфичну улогу државе која може бити: (1) подређена супранационалној структури, (2) изједначена са супранационалним институцијама те (3) изнад такве структуре. Међутим, сваки од та три примера у себи садржи слабости, које аутор пажљиво анализира, закључујући да ће се транснационална демократија у будућности развијати као комбинација три поменута примера, у свом *sui generis* облику, који сам по себи неће нужно гарантовати њен опстанак.

Петар Марковић се у свом раду „Критика теорије ЕУ као вишенародне владавине – лекције из евро кризе“ („Critique of the Theory of the EU as a Democracy – Lessons from Euro Crisis“) бави питањем вишенародне владавине (*demoi-cracy*) као алтернативе националној и супранационалној демократији. Међутим, тај транснационални концепт, који се заснива на принципима недоминације и међусобног признања, показао је бројне слабости у кризном периоду. Деполизација и централизација један су од основних проблема тог теоријског концепта, захваљујући којем је, како наводи Марковић, омогућена концентрација власти у рукама Европске комисије, односно вишенародна владавина без владавине самог народа.¹

Наредни прилог „Нова трансформација јавне сфере – лекције из грчке/европске кризе“ („The New Transformation of the Public Sphere – Lessons from Greek/European Crisis“) критички прати проблематичну узурпацију конститутивне моћи људи путем економског система. Хауке Брункхорст (*Hauke Brunkhorst*) у том, као и у својим ранијим текстовима, истиче тамну страну технократије иза

¹ О значају демократске легитимности појединих европских институција пише и Хабермас (*Jürgen Habermas*), који указује на то да „без појединача – грађана ЕУ, који ће чинити европски народ, Унија представља само *грађевину на песку*“. Детаљније видети Habermas (2012, 41–43).

које стоје поједине институције ЕУ, попут Европске централне банке, Еврогрупе, Комисије и Европског суда правде.² Стварањем новог, ауторитарног либерализма, одлуке се доносе искључиво у тајности бирократског апарата, чиме је маргинализована снага Парламента. Међутим, аутор оптимистично закључује да су таквом облику владавине „одбројани дани“, наводећи да владајуће структуре у ЕУ по сваку цену треба да теже демократском легитимитету.

У чланку „Узроци текуће кризе и излази из ње – поглед из угла европског социјалног модела“ („Causes of the Current Crisis and Ways Out – Seen through the Lens of the European Social Model“) Драгица Вујадиновић истиче да је неолиберални заокрет у развоју либералног капитализма проузроковао тренутну глобалну кризу, нарочито на нивоу ЕУ. Након историјског осврта на однос између кризе капитализма и система социјалне заштите, ауторка се бави узроцима и развојем кризе, истичући да је тренутно поверавање власти банкама краткорочно решење проблема. Међутим, да би се проблеми заиста отклонили, неопходна је коренита економска и политичка реформа у ЕУ, сматра Вујадиновић.

Танасије Маринковић је у чланку „Религија у јавним просторима – контроверзе у јуриспруденцији Европског суда за људска права“ („Religion in Public Spaces – Controversies in the European Court of Human Rights’ Case Law“) најпре указао на значај легитимности власти, нарочито имајући у виду терористичке нападе који су угрозили најосновније људске вредности: живот и слободу. У наставку је посебну пажњу посветио проучавању међусобног односа две најдоминантније религије на свету: хришћанства и ислама, и њиховом (не)посредном утицају на државу. Као одговор на растући мултикултурализам и глобализацију, Маринковић је навео неопходност секуларизације државе, али и етничког, религијског и културног плурализма, нарочито имајући у виду члан 9, став 2 Европске конвенције о људским правима.³ Међутим, аутор указује и на поједине противречне одлуке Европског суда за људска права у којима је Суд применио двоструке аршине игноришући мултикултурализам и религијску шароликост, што се неминовно одражава на стабилност демократије у Европи.

Жерар Роле (*Gérard Raulet*) „затвара“ први део зборника чланком „Неслагање и признање“ („Disagreement and Recognition“). Роле истиче значај политиколошких теорија и дебата о питању прерасподеле и признања и истовремено анализира дебат у између Аксела Хонета

² Интересантно је да и Клаус Офе (*Claus Offe*) истиче да управо те институције имају највећи утицај на свакодневни живот људи у ЕУ, а да су најдаље од демократске одговорности. Видети *Offe* (2013, 34).

³ О неопходности секуларизације државе, али и о етничком, религијском и културном плурализму детаљније видети Петрушић, Крстић и Маринковић (2014).

(*Axel Honneth*) и Ненси Фрејзер (*Nancy Fraser*). Он се слаже са тим ауторима да редистрибуцију и признавање не би требало поделити на практичном нивоу и критички се осврће на то да управо ти појмови треба да репродукују поменути дуализам на аналитичком нивоу, потискујући социјалну неправду у културе неједнакости и политику идентитета. Аутор такође износи и критику мултикултуралних покушаја да се признају културне разлике у либералнодемократском поретку, износећи свој став да разлике треба да буду прихваћене као неслагања о основним вредностима цивилизације, које као такве треба поштовати.

Други део зборника отвара рад Ненада Димитријевића „Одговор на кризу демократије – друштвени покрети као установљавајућа власт“ („*Responding to Crisis of Democracy – Social Movements as Constituent Power*“). У уводу аутор констатује да су протести почетком новог миленијума на Исланду, у Шпанији, Португалији, Грчкој, САД и другим државама показали једну заједничку особину: радикално порицање легитимитета либералне, представничке демократије. У наставку рада, Димитријевић објашњава значај друштвених покрета, установљавајуће власти, али и кризе политичке легитимности. Као одговор на ту кризу, аутор издваја улогу друштвених покрета који, критикујући капитализам, желе да створе нови, праведнији поредак (*Novus ordo saeculorum*) који би се заснивао на непосредној демократији.⁴ Међутим, Димитријевић је свестан да је такав концепт „утопијски“ и нуди другачија решења за превазилажење постојеће кризе.

Штефан Кирсте (*Stephan Kirste*) у чланку „Оправданост учешћа цивилног друштва у Европи засновано на индивидуалном праву“ („*A Rights-Based Justification of the Participation of Civil Society in Europe*“) најпре истиче значај принципа партиципације за европско културно и политичко наслеђе, а потом анализира критику појма партиципативне демократије. Аутор се слаже с тим да су неке од критика оправдане, међутим, истиче да се значај партиципативне демократије „огледа“ у концепту индивидуалних права. У закључку, Кирсте наводи да партиципација гарантује процедурални минимум делотворне заштите основних права и да као таква има значај у изградњи европског идентитета, али и унапређењу саме демократије у Европи уопште.

У чланку „Демократија против капитализма“ („*Democracy against Capitalism*“), Хаук Брунхорст као да се надовезује на тезу Штефана Кирстеа када пише о значају партиципативне демократије у борби против деструктивних моћи неолибералног капитализма.

⁴ Аутор је тај концепт преузео од Хане Арент (*Hannah Arendt*), која је сматрала да је појам слободе суштински повезан са појмом политичке једнакости. Детаљније вид. Arendt (1973, 31–32).

Алтернатива коју нам аутор нуди јесте готово утопијски пројекат демократског социјализма. Свестан његових мањкавости, Брунхорст издваја четири кључна проблема и закључује да би их потенцијално било могуће превазићи једино демократски легитимним, транснационалним законодавним структурама на глобалном и регионалном нивоу, нарочито имајући у виду ЕУ.

У чланку „Друго арапско пролеће и промењени контекст јавног разума“ („The Second Arab Awakening and the Changing Context of Public Reason“) Дејвид Расмусен (*David Rasmussen*) бави се односом либералног наратива и арапског пролећа, истичући да „арапско пролеће“ не представља ништа друго до либералну револуцију, правдајући такав став најпре историјском анализом, а потом и анализом појединих позитивноправних прописа који су се одатле „изродили“, попут Устава Туниса од 2014. године. Анализом појединих одредаба тог уставног решења, оправдано можемо поставити питање: да ли је тај устав ретроградни документ који је само „конзервирао“ постојеће проблеме? Међутим, исто тако можемо поставити и контрапитање: да ли то онда нужно значи да се „арапским пролећем“ ништа није променило? Расмусенов одговор на друго питање би био негативан с обзиром на чињеницу да је „арапско пролеће“ ипак донело један еволутивни искорак, имајући у виду да оно није негирало постојећи плурализам већ га је прилагодило друштвеној стварности.

Зборник затвара рад Ане Рајхолд (*Anne Reichold*) „Гнев и друштвена трансформација – правилом поткрепљен аргумент против критике беса Марте Нусбаум“ („Resentment and Societal Transformation – A Rule-Related Argument against Martha Nussbaum’s Critique of Anger“). У уводном разматрању ауторка наводи да „гнев“ у будућности може да одигра трансформативну улогу у процесу друштвених и политичких промена. Ту тезу аргументује тврдњом да „гнев не представља примарно само емоцију већ и реактивни став на кршење одређених права и норми“. У наставку рада Рајхолд анализира рад Марте Нусбаум (*Martha Nussbaum*) „Бес и опраштање“ („Anger and Forgiveness“) и изражава неслагање с њеном тезом да је гнев конститутивно повезан са жељом за осветом, те стога није оријентисан ка будућности. Напротив, Ана Рајхолд сматра да је гнев итекако усмерен ка будућности, посебно својим конструктивним упућивањем на правила као разлогом за нормативно вредновање. Ауторка своје разматрање закључује ставом да артикулисан гнев у себи носи велики потенцијал социјалне трансформације друштва.

Остаје нам да закључимо да је значај зборника *European Democracy in Crisis: Politics under Challenge and Social Movements* несумњиво велики с обзиром на то да је он својим плуралистичким приступом на јединствен начин указао на најспорнија питања

пред којима се тренутно налази ЕУ, попут питања контрадикторности у гарантовању и остваривању права. Потом, он је поново актуелизовао питање демократске легитимности појединих европских институција, нарочито имајући у виду да су предузете економске реформе спроведене на штету грађана Европе. На крају, проучавајући неолиберални одговор на економску кризу, покренуто је још једно важно питање: питање суверености. Које су границе суверености? У којој мери су спроведене реформе утицале на сужавање суверености у области економије?

Међутим, не треба губити из вида да су амбиције тог зборника пре свега усмерене на покретање јавне дебате, која је у претходном периоду неоправдано изостала. Без ње се, чини се, неолиберални приступ нелегитимно „наметнуо“ као доминантан, игноришући притом реалне потребе друштва које се нашло у кризи. С тим у вези, можемо оценити да тај зборник читаоца неће оставити равнодушним, имајући у виду да су текстови у њему истовремено и провокативни и интелектуално стимулативни. Мултидисциплинарни приступ који су уредници користили у уређивању зборника заслужује све похвале, имајући у виду да је он омогућио да се та комплексна тема сагледа из различитих углова, остављајући читаоцу довољно простора за извођење сопствених закључака. Стога зборник представља врло важно штиво за разумевање промена које су се догодиле у Европи, коме ћемо се и у будућности изнова и изнова враћати приликом анализе овог периода.

ЛИТЕРАТУРА (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 у *Identity, Political and Human Rights Culture as Prerequisites of Constitutional Democracy*, eds. Miodrag Jovanović, Dragica Vujadinović. The Hague: Eleven International Publishing.
- Петрушић, Невена, Ивана Крстић и Танасије Маринковић. 2014. *Коментар закона о забрани дискриминације*. Београд: Службени гласник. (Petrušić, Nevena, Ivana Krstić i Tanasije Marinković. 2014. *Komentar zakona o zabrani diskriminacije*. Beograd: Službeni glasnik.)

Др Милан Шкулић*

СЛОБОДАН ПЕРОВИЋ
(1932–2019)

Професор Перовић је рођен 1932. године, дипломирао је на Правном факултету у Београду 1956, на истом факултету докторирао 1963. године, на коме је биран у сва универзитетска звања. Матични предмет му је било грађанско право, посебно облигационо право. Био је дугогодишњи шеф Катедре за грађанско право и председник постдипломских студија. Велики број докторских и магистарских дисертација рађен је под његовим менторством. Професор Перовић је био и дугогодишњи члан и председник бројних универзитетских тела, а био је професор по позиву на бројним правним факултетима у Србији и тзв. региону.

Професор Перовић је био дугогодишњи председник Избраног суда (арбитраже) Привредне коморе Србије, четири мандата, укупно шеснаест година члан законодавноправне комисије Скупштине Републике Србије (четири узастопна мандата), дугогодишњи арбитар међународних арбитража, институционалних и повремених арбитража у области привредних и трговинскоправних односа, председник Одбора за полагање правосудног испита Министарства правде Србије, члан и главни уредник више правних часописа, коментара закона, едиција и енциклопедија права, као и главни уредник часописа *Правни живот* од 1980. године, па до своје смрти. Био је дугогодишњи председник Научног друштва Србије у четири мандата (члан од 1972. године, а од 2006. године члан *International Academy of Comparative Law* и члан *Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Francaise* (1998), *Correspondant* за Југославију.

Аутор је више књига, уџбеника и монографија, научних студија и великог броја радова из области грађанског права, компаративног

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, skulic@ius.bg.ac.rs.

права и филозофије права. Нека од ових дела објављена су на француском, немачком и енглеском језику, као и на мађарском, пољском, руском, шпанском и кинеском. Посебно се издвајају следеће његова дела: *Облигационо право*, актуелни универзитетски уџбеник, седам издања, *Општа теорија уговора*, „Научна књига“ Београд 1968, *Забрањени уговори у грађанском праву*, „Службени лист Југославије“, Београд 1975, *Формални уговори у грађанском праву*, „Научна књига, Београд 1964, *Ретроактивност закона и других опитних аката, теорија сукоба закона у времену*, Научна књига, Београд 1987, *Уговор као акт моралне и правне цивилизације*, Београд 1993, *Пуноважност уговора у спољној трговини*, издање Правног факултета у Београду 1977, *Die Kodifikation des Obligationenrechts in Jugoslawien*, Archiv für die civilistische Praxis, Tübingen 1982, Heft 4, *Предговор Закона о облигационим односима (1978)*, Службени лист Југославије, *Раскид уговора због промењених околности и начело правне сигурности*, студија објављена у часопису *Научни преглед*, Београд 1974, *Le rôle des normes non juridiques dans le droit*, XI Congrès internationale de droit comparé, rapports nationaux Yougoslaves, 1982, рад је био публикован и саопштен на XI конгресу упоредног права у Венецуели као национални реферат Југославије, *Криза правног система (1987)*, студија саопштена у Југославенској академији знаности и уметности у Загребу, као и на Правном факултету у Љубљани (1987) и на Универзитетској трибини у Београду (1989), објављена је у Зборнику радова „Криза правног система“, у издању Универзитета у Београду (1990), *Облигација*, продубљена студија (седам ауторских табака), објављена у Енциклопедији имовинског права у издању Службеног листа Југославије (1978), том II, *L'influence de l'ordre public sur la validité des contrats*, Université de Paris I, Panthéon-Sorbonne et Université de Belgrade, Paris 1982, студија је публикована и у часопису *Yugoslav law*, 1982, бр. 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, бр. 4, *Правно филозофске расправе*, издање Службеног листа Југославије, 1995, *Природно право и суд*, монографија, 1996, стр. 130, у издању Правног факултета у Београду и Удружења правника Србије, *Extra-legal factors and legal order universal values and cultural identity*, рад је објављен у зборнику радова Civil Law Forum for South East Europe, издање Немачке фондације GTZ, књига I, Београд 2010, уводни чланак, *Objective liability for damage*, објављен у зборнику радова Civil Law Forum for South East Europe, издање Немачке фондације GTZ, књига I, Београд 2010.

Изузетно су значајне *Беседе са Копаоника*, деветнаест допуњених издања, стр. 1060, издање Копаоничке школе природног права, Београд 2017, збирка уводних излагања професора Перовића на годишњим сесијама Копаоничке школе природног права, од 1990. до

2017. године, као и *Декларација Копаоничке школе природног права*, 2002, стр. 63, која садржи три дела: Увод, Опште одредбе, Катедре Хексагона, што представља синтезу радова професора Перовића у тридесетогодишњем опусу Копаоничке школе природног права. Декларација је објављена на шест великих језика: енглеском, француском, немачком, шпанском, руском и кинеском.

Професор Перовић је стекао дугогодишње искуство у раду одређених законодавних одбора, комисија и савета, нарочито Правног савета Југославије и Законодавно-правне комисије Скупштине Србије, те је био члан многих радних група и комисија за израду различитих пројеката и нацрта закона. Посебно је значајно што је професор Перовић од новембра 2006. био председник Комисије за израду Грађанског законика Републике Србије, који треба да обухвати класична подручја грађанског права: установе општег дела грађанског права; стварно право са својином као централном установом друштвеног и правног поретка и правима изведеним из својине – службености, заложно (хипотекарно) право; облигационо право са установама уговора и проузроковања штете као основних извора облигационих односа; наследно право са тестаментом и законским наследним редом као основама за наслеђивање; породичноправни односи, а посебно имовински односи, као и друге изведене дисциплине које су у тесној вези са класичним грађанским правом, а које су се у нашем правном систему развиле до степена могућности њихове кодификације.

Професор Перовић је увек истицао да је Србија донела свој Грађански законик још 1844. године који је био на снази пуних више од 100 година – све до 1946. године, када је, заједно са свим законима Србије и предратне Југославије, изгубио правну снагу под дејством „револуционарне свести“, којом је извршена аброгација до тада важећег целокупног правног система. За тај Грађански законик Србије професор Перовић је истицао да је у овој области правног система изражавао тековине европске правне цивилизације, те да је жалосно што од тог револуционарног времена па све до данас Србија није извршила кодификацију у виду општег Грађанског законика, иако је у првој половини 19. века била једна од првих европских држава која је имала свој Грађански законик, па се у том погледу данас налази у доцњи у односу на друге земље европске фамилије права.

Био је председник Савеза Удружења правника Србије и Републике Српске, а раније председник Удружења правника Југославије. Оснивач је Копаоничке школе природног права, која је од 2005. под покровитељством UNESCO-а. Био је председник Суда Србије и Црне Горе од његовог оснивања 2004. године па до престанка Државне

заједнице Србија и Црна Гора, члан неколико академија наука и уметности: словеначке, црногорске, Републике Српске, македонске, а онедавно и Руске академије природних наука. Носилац је ордена Карађорђевог звезде и бројних повеља и признања.

Након набрајања само делића онога што је професор Перовић био, вреди истаћи и шта *никада није био*. Никада није био члан ниједне политичке партије. Данас када, нажалост, многи све што јесу дугују „прелетима“ из партије у партију, овај податак има посебну тежину.

Веома лепе и далекосежне *мисли* је професор Перовић годинама упућивао стотинама учесника Копаоничке школе природног права. Професор Перовић је на достојанствен начин, користећи сјајне илустративне примере, објашњавао значај *разума* за право, истичући да у особеној борби између чулности и рационалности, када је реч о праву, рационалност мора однети превагу јер само тада *право остаје право* и само тада снага права побеђује неправу. Сјајно је професор Перовић модификовао ону познату Паскалову мисао о човеку који је једна *трска*, али *трска која мисли*, тако што ју је веома ефектно повезао са мислима великог Његоша о *једној сламци међу вихорове, али сламци која мисли*.

Када је реч о Копаоничкој школи природног права, коју је основао и више од три деценије водио професор Перовић, утемељеној на *хексагону природног права*, опште теме тог великог скупа, у чијем је формулисању улога проф. Перовића била кључна, све за себе говоре... навешћу само неке од тих тема: *Правда и постојеће право, Суд и право, Моћ и немоћ права, Култура и снага закона, Право и светски поредак, Право и време, Право и простор, Право и морал, Право и слобода, Право и достојанство, Право и начело савесности и поштења, Право и заповест разума*... Ово су биле велике теме о којима је сјајно говорио један велики професор и велики човек.

Професор Перовић је својим радовима и својим излагањима јасно указивао на чињеницу да право нису само норме и језик норме већ много више од тога... То значи да је професор Перовић сјајно објашњавао да се без осећаја за правду и правичност и без давања преваге разуму не може правилно ни схватити нити интерпретирати правна норма. У томе се крије огромна разлика између *две категорије правника* – правог и доброг правника, који познаје суштину права, и правника „занатлије“, који је често у пракси само бледа „копија“ и „имитација“ правника... Хвала професору Перовићу што је код нас усадио идеју да суштинско право не може постојати и имати смисла без правде.

Чувени кинески мислилац Лао Це говорио је да и пут од хиљаду миља почиње првим кораком, а први корак је *мисао*... Проф.

Перовић је својим мислима успео да многе правнике стимулише на први корак, а многи од њих су потом наставили да корачају и далеко стигли на свом путу.

У истицању значаја разума за право професор Перовић ипак није искључио и значај осећаја и осећања, који нису увек рационални. И ту се можемо подсетити Паскала, који је сматрао да су „две претераности: искључити разум и признати само разум“, те истицао да „истину сазнајемо не само разумом него и срцем“. Када је реч о таквом начину сазнања истине, треба се сетити да је професор Перовић оставио много писаних радова иза себе, а давно је речено и да *оловка пише срцем*.

Изузетно су вредне мисли професора Перовића којима је указивао на велику неправду, али и *врхунско неправо*, који су учињени према нашој земљи и нашем народу. Сјајно је објаснио да бомбардовање *осиромашеним уранијумом* суштински произлази из осиромашених умова морално осиромашене цивилизације и њене јадне осиромашене културе.

Мисао о осиромашеном *уранијуму осиромашених умова* сјајно се надовезује на ону познату лепу мисао Његоша који је рекао – *Коме закон лежи у топузу, трагови му смрде нечовјештвом*, а професор Перовић је у много наврата одлично објаснио да топуз може бити и „топуз (не)права“, тако да и трагови таквих „неправника“ смрде нечовјештвом.

Узвишена је и једна тужна мисао професора Перовића када је указивао на то да је данас *најтежа болест* у свету *болест глади*. И та страшна болест, по свему судећи, као и бомбардовање осиромашеним уранијумом, произлази из деловања осиромашених умова.

Професор Перовић је био сјајан пример да оно познато – *мало рука, малена и снага*, не мора баш увек бити тако, па је тако професор Перовић својим делом, бројем својих књига и других радова, Преднацртом Грађанског законика, али и својим великим предавањима и говорима, показао да се некада и са мало „рука“ може постићи много.

Живеће дело овог великог професора. Нека је вечна слава професору Перовићу, којим ће се увек поносити Удружење правника Србије и Правни факултет Универзитета у Београду.

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Анали Правног факултета у Београду објављују текстове на српском и енглеском језику.

Аутори задржавају ауторско право на своме делу. Међутим, услов за објављивање у *Аналима Правног факултета* јесте да аутори издавачу дозволе објављивање дела, да гарантују право да *Анали* буду наведени као изворни издавач у случају поновног објављивања и да неискључиво уступе овлашћење на умножавање те овлашћење да се текст учини доступним јавности и да се дистрибуира у свим облицима и медијима. Објављени текстови дистрибуирају се под условима лиценце „Creative Commons Attribution 4.0 International License (CC BY)“.

Предајом текста, аутор изјављује да текст није ни објављен ни прихваћен за објављивање те да неће бити предат за објављивање у било ком другом медију. Аутор такође изјављује да је носилац ауторског права, да је обавештен о правима трећих лица и да је испунио захтеве који произлазе из тих права.

Пријем свих текстова биће потврђен путем електронске поште. Редакција ће размотрити подобност свих радова да буду подвргнути поступку рецензирања. Подобни текстови шаљу се на двоструку анонимну рецензију.

За више информација о уредничкој политици *Анала Правног факултета у Београду* видети: <http://ojs.ius.bg.ac.rs/index.php/anali/about/editorialPolicies#openAccessPolicy>.

Молимо вас да пратите следећа упутства ако желите да предате свој рад *Аналима Правног факултета у Београду*.

Рукопис треба да буде уређен на следећи начин:

1. насловна страна,
2. апстракт и кључне речи,
3. рукопис и списак литературе,
4. додаци, табеле и слике.

1. НАСЛОВНА СТРАНА

Насловна страна рукописа треба да садржи следеће податке:

- наслов текста,
- име, презиме и афилијацију свих аутора,
- пуну адресу за кореспонденцију, укључујући број телефона и адресу електронске поште. Ако је текст коауторски, молимо вас да доставите тражене податке за сваког аутора.

2. АПСТРАКТ И КЉУЧНЕ РЕЧИ

Тексту претходи апстракт који је строго ограничен на 150 речи. Апстракт не сме да садржи неодређене скраћенице или референце.

Молимо вас да наведете пет кључних речи које су прикладне за индексирање.

Радови на српском језику треба да садрже апстракт и кључне речи и на српском и на енглеском језику. У том случају, апстракт и кључне речи на енглеском језику треба да се налазе иза списка литературе.

3. РУКОПИС И СПИСАК ЛИТЕРАТУРЕ

Због анонимног рецензирања, имена аутора и њихове афилијације не треба наводити на страницама рукописа.

Текстови морају да буду написани у следећем формату:

- величина странице: А4,
- маргине: 2,5 cm,
- фонт: Times New Roman,
- размак између редова у главном тексту: 1,5,
- размак између редова у фуснотама: Easy,

- величина слова у главном тексту: 12 pt,
- величина слова у фуснотама: 10 pt,
- нумерација страница: арапски број у доњем десном углу странице.

Друге ауторе треба наводити по имену и презимену када се први пут помињу (Петар Петровић), а затим само по презимену (Петровић). Не треба наводити „професор“, „др“, „г.“ нити било какве титуле.

Свака слика и табела мора да буде поменута у тексту по редоследу по којем се појављује. Све слике и табеле морају да буду поменуте у тексту.

Све акрониме треба објаснити приликом првог коришћења, а затим се наводе великим словима.

Европска унија – ЕУ,

The United Nations Commission on International Trade Law –
UNCITRAL

Бројеви од један до девет пишу се словима, већи бројеви пишу се цифрама. Датуми се пишу на следећи начин: 1. јануар 2012; 2011–2012; током тридесетих година 20. века.

Фусноте се користе за објашњења, а не за навођење литературе. Просто навођење мора да буде у главном тексту, са изузетком закона и судских одлука.

Поднасловe треба писати на следећи начин:

1. ВЕЛИКА СЛОВА

1.1. Прво слово велико

1.1.1 Прво слово велико курсив

Цитирање

Сви цитати, у тексту и фуснотама, треба да буду написани на следећи начин: аутор/година/број стране или више страна.

Пожељно је да у цитатима у тексту буде наведен податак о броју стране на којој се налази део дела које се цитира.

Исто тако и/Исто/Као и Константиновић (1969, 125–127);

Према Бартош (1959, 89, фн. 100) – *тамо где је фуснота 100 на 89. страни;*

Као што је предложио Бартош (1959, 88 и фн. 98) – *тамо где фуснота 98 није на 88. страни.*

Пре броја стране не треба стављати ознаку „стр.“, „р.“, „f.“ или слично.

Изузетно, тамо где је то прикладно, аутори могу да користе цитате у тексту без навођења броја стране дела која се цитира. У том случају аутори могу, али не морају да користе неку од назнака као што су: *видети, посебно видети, видети на пример и др.*

(видети на пример Бартош 1959; Симовић 1972)

(видети посебно Бакић 1959)

(Станковић и Орлић 2014)

Један аутор

Цитат у тексту (Т): Као и Ely (1980, број стране), тврдимо да

Навођење у списку литературе (Л): Ely, John Hart. 1980. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Т: Исто као и Аврамовић (2008, број стране), тврдимо да

Л: Аврамовић, Сима. 2008. *Rhetorike techne – вештина беседништва и јавни наступ*. Београд: Службени гласник – Правни факултет Универзитета у Београду.

Т: Васиљевић (2007, број стране),

Л: Васиљевић, Мирко. 2007. *Корпоративно управљање: правни аспекти*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Два аутора

Т: Као што је указано у (Daniels и Martin 1995, број стране),

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

Т: Као што је показано у (Станковић и Орлић 2014, број стране),

Л: Станковић, Обрен и Миодраг Орлић. 2014. *Стварно право*. Београд: Номос.

Три аутора

T: Као што су предложили Cecil, Lind и Bermant (1987, број стране),

L: Cecil, Joe S., E. Allan Lind и Gordon Bermant. 1987. *Jury Service in Lengthy Civil Trials*. Washington, D.C.: Federal Judicial Center.

Више од три аутора

T: Према истраживању у Turner *et al.* (2002, број стране),

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 и 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: Према Варади *et al.* (2012, број стране),

L: Варади, Тибор, Бернадет Бордаш, Гашо Кнежевић и Владимир Павић. 2012. *Међународно приватно право*. 14. издање. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Институција као аутор

T: (U.S. Department of Justice 1992, број стране)

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: (Завод за интелектуалну својину Републике Србије 2015, број стране)

L: Завод за интелектуалну својину Републике Србије. 2015. *95 година заштите интелектуалне својине у Србији*. Београд: Colorgrafx.

Дело без аутора

T: (*Journal of the Assembly* 1822, број стране).

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.

Цитирање више дела истог аутора

Clermont и Eisenberg (1992, број стране; 1998, број стране)
Баста (2001, број стране; 2003, број стране)

Цитирање више дела истог аутора из исте године

T: (White 1991a, page)

L: White, James A. 1991a. Shareholder-Rights Movement Sways a Number of Big Companies. *Wall Street Journal*, April 4.

Истовремено цитирање више аутора и дела

(Grogger 1991, број стране; Witte 1980, број стране; Levitt 1997, број стране)

(Поповић 2017, број стране; Лабус 2014, број стране; Васиљевић 2013, број стране)

Поглавље у књизи

T: Holmes (1988, број стране) тврди

L: Holmes, Stephen. 1988. Precommitment and the Paradox of Democracy. 195–240 у *Constitutionalism and Democracy*, ed. John Elster, Rune Slagstad. Cambridge: Cambridge University Press.

Поглавље у делу које је издато у више томова

T: Schwartz и Sykes (1998, број стране) тврди супротно.

L: Schwartz, Warren F. и Alan O. Sykes. 1998. Most-Favoured-Nation Obligations in International Trade. 660–64 у књизи 2 *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, уредник Peter Newman. London: MacMillan.

Књига са више издања

T: Користећи методу Greene (1997), направили смо модел који представљамо

L: Greene, William H. 1997. *Econometric Analysis*. 3. ed. Upper Saddle River, N.J.: Prentice Hall.

T: Видети Поповић (2018),

P: Поповић, Дејан. 2018. *Пореско право*. 16. издање. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Навођење броја издања није обавезно.

Поновно издање – репринт

T: (Angell и Ames [1832] 1972, 24)

L: Angell, Joseph Kinniaut и Samuel Ames. [1832] 1972. *A Treatise on the Law of Private Corporations Aggregate*. Reprint, New York: Arno Press.

Чланак

T: Предметни модел је коришћен у Levine *et al.* (1999, број стране)

L: Levine, Phillip B., Douglas Staiger, Thomas J. Kane и David J. Zimmerman. 1999. *Roe v. Wade and American Fertility*. *American Journal of Public Health* 89: 199–203.

T: На ово правило је указано у Васиљевић (2018, број стране)

L: Васиљевић, Мирко. 2008. Арбитражни уговор и интеркомпанијскоправни спорови. *Анали Правног факултета у Београду* 66: 7–46.

Цитирање целог броја часописа

T: О праведности или ефикасности правила о манама воље подробно је расправљано у *Texas Law Review* (1994)

L: *Texas Law Review*. 1994. *Symposium: Law of Bad Faith in Contracts and Insurance*, специјално издање. 72: 1203–1702.

T: Питања из права осигурања су детаљно анализирана у часопису *Анали Правног факултета у Београду* (1982).

L: *Анали Правног факултета у Београду*. 1982. *Саветовање: Нека актуелна питања осигурања од грађанске одговорности*, 30: 939–1288.

Коментари

T: Smith (1983, број стране) тврди

Л: Smith, John. 1983. Члан 175. Unjust Enrichment. 195–240 у *Commentary to the Law on Obligations*, уредница Jane Foster. Cambridge: Cambridge University Press.

Т: Schmalenbach (2018, број стране) тврди

Л: Schmalenbach, Kirsten. 2018. Члан 2. Use of Terms. 29–55 у *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, уредници Oliver Dörr, Kirsten Schmalenbach. Berlin: Springer-Verlag GmbH Germany.

Т: Перовић (1980, број стране) тврди

Л: Перовић, Слободан. 1980. Члан 45. Предуговор. 224 у *Коментар Закона о облигационим односима*, редактори Слободан Перовић и Драгољуб Стојановић. Горњи Милановац: Културни центар – Крагујевац: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу.

Чланак у часопису или дневним новинама без аутора

Т: објављено у *Политици* (2019)

Л: *Политика*. 2019. Србија снажно посвећена европском путу. Март 2019.

Т: had appeared in *Newsweek* (2000).

Л: *Newsweek*. 2000. MP3.com Gets Ripped. September 18.

Чланак у часопису или дневним новинама са аутором (ауторима)

Т: (Шварм и Георгијев 2018)

Л: Шварм, Филип и Слободан Георгијев. 2018. Разграничење је модел у складу са политиком етничког чишћења. *Време*. Август 2018.

Т: (Mathews and DeBaise 2000)

Л: Mathews, Anna Wilde and Colleen DeBaise. 2000. MP3.com Deal Ends Lawsuit on Copyrights. *Wall Street Journal*, November 11.

Необјављени рукопис

Т: (Аврамовић и Тодоровић 2017)

Л: Аврамовић, Павле и Ненад Тодоровић. 2017. Стицање без основа у римском праву. Необјављен рукопис. Универзитет у Нишу, Правни факултет, август.

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.

Радни документ

T: (Стојановић и Савић 2017)

L: Стојановић, Огњен и Мартин Савић. 2017. Правна природа уговора о кредиту. Радни документ. Институт за право и финансије, Београд, РС.

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.

Нумерисани радни документ

T: (Томић и Павловић 2018)

L: Томић, Јанко и Саша Павловић. 2018. Упоредноправна анализа прописа у области радног права. Радни документ бр. 7676. Институт за упоредно право, Београд, РС.

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.

Лична кореспонденција/комуникација

T: као што тврди Дамњановић (2017)

L: Дамњановић, Вићентије. 2017. Писмо аутору, 15. јануар.

T: as asserted by Welch (1998)

L: Welch, Thomas. 1998. Letter to author, 15 January.

Стабилни интернет протокол (URL)

T: Према Заводу за интелектуалну својину Републике Србије (2018)

P: Завод за интелектуалну својину Републике Србије. 2018. Годишњи извештај о раду за 2017. годину. <http://www.zis.gov.rs/o-zavodu/godisnji-izvestaji.50.html> (последњи приступ 28. март 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).

У штампи

T: (Богдановић 2019, страна)

L: Богдановић, Лука. 2019. Економске последице уговарања клаузуле најповлашћеније нације у билатералним инвестиционим споразумима. *Номос*, том 11, у штампи.

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.

Прихваћено за објављивање

T: У једном истраживању (Петровић, прихваћено за објављивање) посебно се истиче значај права мањинских акционара за функционисање акционарског друштва.

L: Петровић, Марко. Прихваћено за објављивање. Права мањинских акционара у контексту функционисања скупштине акционарског друштва. *Правни живот*.

T: One study (Joyce, forthcoming) includes the District of Columbia

L: Joyce, Ted. Forthcoming. Did Legalized Abortion Lower Crime? *Journal of Human Resources*.

Судска пракса

Ф(услуге): Врховни суд Србије, Рев. 1354/06, 6. 9. 2006, Paragraf Lex; Врховни суд Србије, Рев. 2331/96, 3. 7. 1996, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије* 4/96, 27; CJEU, case C-20/12, Giersch and Others, ECLI:EU:C:2013:411, пара. 16; Opinion of AG Mengozzi to CJEU, case C-20/12, Giersch and Others, ECLI:EU:C:2013:411, пара. 16.

T: За референце у тексту користити скраћенице (BCC Рев. 1354/06; CJEU C-20/12, или Giersch and Others; Opinion of AG Mengozzi) конзистентно у целом чланку.

L: Не треба наводити судску праксу у списку коришћене литературе.

Закони и други прописи

Ф: Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014; 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: За референце у тексту користити скраћенице (ЗКП или ЗКП РС; Regulation No. 1052/2013; Directive 2013/32) конзистентно у целом чланку.

L: Не треба наводити прописе у списку коришћене литературе.

Чланови закона итд.

Члан 8 (1) (2); Члан 6–13.

4. ПРИЛОЗИ, ТАБЕЛЕ И СЛИКЕ

Фусноте у прилозима се нумеришу без прекида као наставак на оне у остатку текста.

Нумерација једначина, табела и слика у прилозима почиње са 1 (једначина А1, табела А1, слика А1 итд., за прилог А; једначина Б1, табела Б1, слика Б1 итд., за прилог Б).

На страни може бити само једна табела. Табела може заузима-ти више од једне стране.

Табеле имају кратке наслове. Додатна објашњења се наводе у напоменама на дну табеле.

Идентификовати све количине, јединице мере и скраћенице за све уносе у табели.

Извори се наводе у целини на дну табеле, без унакрсних референци на фусноте или изворе на другим местима у чланку.

Слике се прилажу у фајловима одвојено од текста и треба да буду јасно обележене.

Не користити сенчење или боју на графичким приказима. Ако је потребно визуелно истаћи поједине разлике, молимо вас да користите шрафирање и унакрсно шрафирање или друго средство означавања.

Не треба користити оквир за текст испод или око слике.

Молимо вас да користите фонт Times New Roman ако постоји било какво слово или текст на слици. Величина фонта мора бити најмање 7.

Графици не садрже било какву боју.

Наслови слика су наведени и на засебној страници са двоструким проредом под називом – Легенда коришћених слика.

Слике не могу бити веће од 10 cm x 18 cm. Да би се избегло да слика буде значајно смањена, објашњења појединих делова слике треба да буду постављена унутар или испод слике.

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

У ОВОМ БРОЈУ:

Дејан ПОПОВИЋ, Гордана ИЛИЋ ПОПОВ

/Не)уставност одредбе о тесту главног циља трансакције или аранжмана из пореских уговора

Зоран Р. ТОМИЋ

/Јавни поредак: појам и структура

Славко ЂОРЂЕВИЋ, Штефан ПИРНЕР

/Неограничено тумачење немачког грађанског права у време националсоцијализма

Александар С. МОЈАШЕВИЋ

/Емпиријско истраживање ефекта уоквиравања као вида когнитивне пристрасности

Ljubinka KOVAČEVIĆ, Erika KOVÁCS

/Change of Employer and Preservation of Employment: Serbian Experience in Light of European Law

Владимир ДОБРИЋ, Катарина ЈОВИЧИЋ

/Правна (не)сигурност уговора о лизингу непокретности у савременом српском праву

ISSN 0003 2565

