



# 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 часописа 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*

Yariv Brauner (University of Florida, USA), John Cerone (Tufts University, USA), Silvio Ferrari (University of Milan, Italy), Kenneth Einar Himma (University of Washington, USA), Christa Jessel Holst (Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Hamburg, Germany), Thomas Koenig (Northeastern University, USA), Peter Koller (University of Graz, Austria), Janez Kranjc (University of Ljubljana, Slovenia), Rainer Kulms (Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Hamburg, Germany), Dzhenevra Igorevna Lukovskaya (St Petersburg State University, Russian Federation), 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 рецензента 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

Joseph E. Harrington, Jr., Horizontal and Vertical Agreements: Differences between the European Union and the United States -----	7
Goran Georgijeвић, Gift of Professional Income Generated by a Spouse to a Third Person in Mauritian Civil Law ----	28
Marko Božić, Intellectual History of a Textbook: Radomir Lukić's <i>Introduction to Law</i> between Marx and Kelsen-----	45
Melina Rokai, Constructing a Traitor: The Case of Guichard of Troyes, the Nominal Bishop of Bosnia in the Early Fourteenth Century -----	68
Miloš Živković, Contractual Waiver of Claim under the 1978 Yugoslav Code of Obligations -----	88
Наташа Петровић Томић, О ограниченој и усмереној слободи уговарања у уговорном праву осигурања: феномен „покоравња“ уговора о осигурању -----	100
Снежана Дабић, Утицај преваре која потиче од сајемца на пуноважност уговора о јемству и права јемца – жртве преваре -----	128
Катарина Доловић Бојић, О конверзији уговора у српском праву са посебним освртом на судску конверзију---	150
Никола Вујичић, Тијана Карић, Процена ризика и напредовање у третману у Казнено-поправном заводу у Сремској Митровици -----	170

---

## ЈУБИЛЕЈИ

- Boris Begović, John Maynard Keynes' *The Economic Consequences of the Peace: A Centennial Review* ----- 194

## ПРИКАЗИ

- Vasu, Kaushik. 2018. *The Republic of Beliefs: A New Approach to Law and Economics*. Princeton: Princeton University Press, 238.  
(Ana Odorović) ----- 224
- Thomas J. Miceli. 2019. *The Paradox of Punishment: Reflections on the Economics of Criminal Justice*. London: Palgrave Macmillan, 229.  
(Nikola Ilić) ----- 230

## СЕЋАЊА

- Сима Аврамовић, *Љубица Кандић (1925–2019)*----- 236
- Milena Poloјас, *Hans Ankum (1930–2019)* ----- 239
- Упутство за ауторе ----- 246

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

Joseph E. Harrington, Jr., Horizontal and Vertical Agreements: Differences between the European Union and the United States -----	7
Goran Georgijević, Gift of Professional Income Generated by a Spouse to a Third Person in Mauritian Civil Law ----	28
Marko Božić, Intellectual History of a Textbook: Radomir Lukić's <i>Introduction to Law</i> between Marx and Kelsen-----	45
Melina Rokai, Constructing a Traitor: The Case of Guichard of Troyes, the Nominal Bishop of Bosnia in the Early Fourteenth Century -----	68
Miloš Živković, Contractual Waiver of Claim under the 1978 Yugoslav Code of Obligations -----	88
Nataša Petrović Tomić, About Restricted and Directed Freedom of Contracting in Insurance Contract Law -----	100
Snežana Dabić, Legal Effects of the Fraud Originating from the Co-Surety on the Validity of the Surety Contract and/or the Rights of the Surety (the Victim of the Fraud) ----	128
Katarina Dolović Bojić, About Contract Conversion in Serbian Law with Special Reference to the Court Conversion --	150
Nikola Vujičić, Tijana Karić, Risk Assessment and Advancement in Treatment in Sremska Mitrovica Correctional Facility -----	170

---

**ANNIVERSARIES**

- Boris Begović, John Maynard Keynes' *The Economic Consequences of the Peace*: A Centennial Review ----- 194

**BOOK REVIEWS**

- Basu, Kaushik. 2018. *The Republic of Beliefs: A New Approach to Law and Economics*. Princeton: Princeton University Press, 238.  
(Ana Odorović) ----- 224
- Thomas J. Miceli. 2019. *The Paradox of Punishment: Reflections on the Economics of Criminal Justice*. London: Palgrave Macmillan, 229.  
(Nikola Ilić) ----- 230

**IN MEMORIAM**

- Sima Avramović, *Ljubica Kandić* (1925–2019) ----- 236
- Milena Polojac, *Hans Ankum* (1930–2019) ----- 239

- Instructions to Authors** ----- 246





УДК 341.241.8:347.733(73:4-672EU); 339.542

CERIF: S114, S155, S180

DOI: 10.5937/AnalPF2001007H

Joseph E. Harrington, Jr., PhD\*

## HORIZONTAL AND VERTICAL AGREEMENTS: DIFFERENCES BETWEEN THE EUROPEAN UNION AND THE UNITED STATES

*This article compares the European Union and the United States with respect to competition law and enforcement practices as it pertains to agreements among competitors in a market (horizontal) and agreements among firms in a supply chain (vertical). Regarding horizontal agreements, the primary difference in the law is the ability of the competition authority to bring a criminal case in the U.S. and a more subtle difference is the presence of concerted practices in the EU. Enforcement differs in the far more active role of private litigation in the U.S. The differences are greater when one turns to vertical agreements. Though the EU provides safe harbors for vertical agreements, something which is absent in the U.S., it is abundantly clear that the U.S. is more lenient in the law and in enforcement. Also provided is a discussion of some recent departures between the U.S. and EU.*

Key words: *Competition Law. – Horizontal Agreements. – Vertical Agreements. – European Union. – The United States.*

### 1. HORIZONTAL AGREEMENTS

#### 1.1. Introduction

The relevant U.S. legislation pertaining to horizontal agreements is Section 1 of the Sherman Act<sup>1</sup> and Section 5 of the Federal Trade

\* Patrick T. Harker Professor, Department of Business Economics & Public Policy, The Wharton School, University of Pennsylvania, [harrj@wharton.upenn.edu](mailto:harrj@wharton.upenn.edu).

<sup>1</sup> “Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal.”

Commission Act.<sup>2</sup> The jurisprudence that has come out of these acts has provided a reasonably well-defined, though incomplete, statement regarding what types of arrangements between competitors in a market are in violation of the law.<sup>3</sup> Complementing this dicta are guidelines provided by the Antitrust Division of the U.S. Department of Justice (DOJ) and U.S. Federal Trade Commission (FTC).<sup>4</sup>

With one exception, it is my opinion that there are not any fundamental differences between the European Union (EU) and the United States (U.S.) with regards to competition law as it pertains to horizontal agreements. There are, however, subtle differences which could impact which cases are brought and how they are resolved.

That one fundamental difference is that the DOJ can bring either a civil case or a criminal case under Section 1, while criminal cases cannot be pursued under Article 101. For those countries with criminal liability for violating their national competition laws (such as Germany and Ireland), the U.S. is unusual in that the competition authority (specifically, the DOJ) has the capacity to criminally prosecute, while that capacity resides elsewhere in the government for these other countries, such as with the Federal Prosecutor's office. As a result, the DOJ can decide to bring either a civil case or a criminal case, while most competition authorities are restricted to the former. A criminal case brings with it a higher standard for proving liability but also a more severe individual penalty in the form of incarceration. It is also worth noting that, contrary to almost all other countries that have criminalized collusion, the U.S. routinely penalizes those individuals involved with prison sentences.

This review of the differences between the EU and the U.S. regarding horizontal agreements will first address some issues of liability and then turn to evidentiary rules.

## 1.2. Agreement

Though the word "agreement" does not appear in Section 1 of the Sherman Act, jurisprudence has established that it is an *agreement* which is in violation of the law. Subsequent competition laws, such as

---

<sup>2</sup> "Unfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce, are hereby declared unlawful."

<sup>3</sup> It is incomplete in that certain practices have been prohibited through a consent decree between the government and firms but the Court has not yet ruled on their illegality. A consent decree is an agreement or settlement between two parties that does not involve an admission of guilt or liability. A consent decree appears similar to a European Commission's commitment.

<sup>4</sup> In particular, "Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors," Federal Trade Commission, U.S. Department of Justice 2000.

Article 101 of the TFEU, have gone on to use the term “agreement”. The U.S. Supreme Court has developed the doctrine that an agreement to restrain trade is unlawful and has defined an agreement as or as requiring a “unity of purpose or a common design and understanding, or a meeting of minds” (*American Tobacco Co. v. United States*, 1946), “a conscious commitment to a common scheme designed to achieve an unlawful objective” (*Monsanto Co. v. Spray-Rite Serv. Corp.*, 1984), and “mutual consent” (*Esco Corp. v. United States*, 1965). Similarly, the EU General Court has defined an agreement as or as requiring “joint intention” (*ACF Chemiefarma*, 1970) and a “concurrence of wills” (*Bayer v. Commission*, 2000). All of these phrases refer to the same state of the world: Competitors have reached a state of mutual understanding to restrain competition. By my reading, there is no difference between the EU and the U.S. regarding what is an unlawful agreement. As discussed below, there can be differences in practices (due to evidentiary rules) and then there is the matter of “concerted practices” which exists in the EU and, at least in that form, does not exist in the U.S.

For firms to have an unlawful agreement in the U.S., there must be some exchange of assurances. This could mean one firm expressly inviting another firm to raise price to some common level and the other firm expressly accepting that invitation. However, the exchange need not be so explicit: “[Firms] need not have exchanged promises of assurances of their actions; it is enough that they have communicated their intent to act and their reliance on others to do so.” (Page 2009, 451). For example, acceptance of an invitation by a firm could take the form of raising price to the proposed common level without any verbal or written communication. Or a firm announces its plan to raise price in a trade meeting with competitors and subsequently all firms raise price to the same level. Thus, an exchange of assurances can be inferred from subtle messages and actions.

U.S. courts have recognized three forms of collusive conduct, not all of which are illegal. An explicit or express agreement involves direct communication between firms which, without the parties having to draw any inferences, involves an exchange of assurances to restrain competition. A tacit agreement involves non-express communication but where there is a distinct, identifiable action that facilitates achieving mutual understanding. For example, this could mean one firm announcing a price increase at a private gathering with competitors. Explicit agreements are per se illegal in that it is sufficient to establish that the firms engaged in the activity. (Though we will later explain that there are exceptions.) Tacit agreements may be per se illegal or may only be illegal after balancing the procompetitive and anticompetitive implications of the agreement (referred to as the rule of reason). The third category of collusive conduct is conscious parallelism whereby firms are coordinating their conduct and

have done so without any communication (or at least there is no evidence of communication). The most common instance of conscious parallelism is where firms price in a parallel manner and there is no evidence that they agreed to coordinate their conduct. Conscious parallelism is a process

not in itself unlawful, by which firms in a concentrated market might in effect share monopoly power, setting their prices at a profit-maximizing, supracompetitive level by recognizing their shared economic interests.<sup>5</sup>

The European Commission recognizes the same three forms of collusive conduct. Though no agreement is per se illegal under Article 101, explicit agreements are, for practical purposes, as per se illegal in the EU as they are in the U.S. Jurisdictions will vary in terms of what it takes to conclude that there is an unlawful tacit agreement (just as much as U.S. courts will differ on the matter) but both the EU and U.S. recognize this category of agreement. (There will be more on this topic later when we discuss concerted practices.) As in the U.S., parallel pricing (and other forms of conscious parallelism) is not unlawful in the EU.

### 1.3. Concerted Practices

A possible point of departure between the EU and U.S. is on the matter of *concerted practices*. In the EU, concerted practices refer to

co-ordination between undertakings which, without having reached the stage where an agreement, properly so called, has been concluded, knowingly substitutes practical cooperation between them for the risks of competition.<sup>6</sup>

My own view is that the distinction is largely semantic. The U.S. has a more expansive view of “agreement” which to a significant (if not complete) extent accommodates those practices that are classified as concerted in the EU. For example, advance price announcements can be viewed as a concerted practice. Though there is no “proper agreement” between firms, their sharing of those price intentions allows them to coordinate and thus is a concerted practice. In the U.S., advance price announcements could be viewed as an agreement in that the firm that initially proposes to raise its prices by 10% come the first of the next month is inviting the other firms to coordinate their prices, and the other

---

<sup>5</sup> U.S. Supreme Court, *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993).

<sup>6</sup> CJEU, joined cases 40 to 48, 50, 54 to 56, 111, 113 and 114–73, *Coöperatieve Vereniging “Suiker Unie” UA and others v Commission of the European Communities*, ECLI:EU:C:1975:174, para. 173.

firms are accepting that invitation when they respond with the same announcement.<sup>7</sup>

A case which suggests that there may be some subtle distinctions between the EU and U.S. is corrugated containers.<sup>8</sup> In this case, a firm would contact a rival firm to learn its most recent price charged or quoted. It was typical for a firm to match that price and, as evidenced by their pricing conduct, there was an understanding not to undercut another firm's price. The Court inferred there was direct evidence of an agreement to share information but not direct evidence of an agreement to coordinate prices. Such information sharing was determined not to be per se illegal, but a violation was nevertheless found because it was shown that it had the effect of raising price. The U.S. Supreme Court concluded that the practices violated the Sherman Act:

[T]he exchange of prices made it possible for individual defendants confidently to name a price equal to that which their competitors were asking. The obvious effect was to stabilize prices by joint arrangement ... I cannot see that we would be justified in reaching any conclusion other than that defendants' tacit agreement to exchange information about current prices to specific customers did in fact substantially limit the amount of price competition.

It is possible that the information sharing practice, without any evidence of effect, might be sufficient to establish it as a concerted practice. In this case, the Court used evidence of effect and left somewhat open the question of whether that was necessary.

In sum, many concerted practices could, in principle, be viewed as agreements under U.S. law. While concerted practices may result in Article 101 being more expansive than Section 1, the differences appear to be minor.

#### 1.4. Invitations to Collude

Under Section 5 of the Federal Trade Commission Act, the FTC has brought a number of actions against companies for inviting competitors to collude. As there was no evidence that the invitation was accepted, these cases are not prosecuted under Section 1 of the Sherman Act on the grounds that there is no agreement (though such cases have

---

<sup>7</sup> Though there has not yet been a judicial decision to clarify whether advance price announcements are an illegal agreement under Section 1 of the Sherman Act, the DOJ did enter into a consent decree with multiple airlines to prohibit such a practice. See Borenstein (1994).

<sup>8</sup> U.S. Supreme Court, *U.S. v. Container Corporation of America*, 393 U.S. 333 (1969).

been prosecuted under Section 2 of the Sherman Act as an attempt to monopolize).

These “invitation to collude” cases range from an express invitation made in private by one firm to a rival firm<sup>9</sup> (which, had it been accepted by the rival firm, would have been a per se violation) to public announcements that tacitly solicit coordination. An example of the latter is an executive during an earnings call announcing that it will stop an industry price war by raising prices but will continue it should competitors not follow.<sup>10</sup> These cases have typically resulted in a settlement whereby the firm agrees to discontinue the conduct. Thus far, they have not been tested in court. It is unclear to what extent this type of legal action exists in the EU. It is not an agreement under the more expansive U.S. interpretation – and thus would not seem to be an agreement in the EU – and it is not clear that it is a concerted practice because there is no “practical coordination.”

### 1.5. No Poaching Agreements

In concluding this comparison of liability for horizontal agreements in the EU and U.S., let me mention a recent enforcement direction by the DOJ. It has been prosecuting agreements between companies to restrain competition in the labor market. Those firms may or may not be competitors in the product market. These agreements often take the form of “no poaching” which means that each company agrees not to try to hire (“poach”) the employees of another company. For example, a case with leading high-tech companies as defendants (including Apple, Google, and Intuit) involved an express agreement not to try to hire each other’s software engineers as well as other employees.

These cases do not involve a new interpretation of the law but just a wider application of existing jurisprudence. For if one were to replace “worker” with “consumer,” the “no poaching agreement” would be a customer allocation scheme whereby each company agrees not to compete for another company’s customers. That agreement is per se illegal in the U.S. and illegal by object in the EU. The DOJ has increased its activity in this area and I suspect there will be a steady stream of cases. It has also put out guidance for companies so that they are well informed of the

---

<sup>9</sup> Examples occurred in the markets for stretcher bars (*In the Matter of Precision Moulding Co. Inc.*, FTC, September 10, 1996) and zippers (*In the Matter of YKK (U.S.A.) Inc.*, FTC, July 1, 1993).

<sup>10</sup> Examples occurred in the markets for truck rental (*U-Haul International, Inc.*, FTC, July 14, 2010) and print advertising (*In the Matter of Valassis Communications*, FTC, April 28, 2006).

law.<sup>11</sup> I am unaware of any such cases in the EU though “no poaching” agreements would seem to be illegal by object under Article 101.

### 1.6. Evidentiary Rules

In the U.S., there are three standards for determining whether some conduct is a violation of antitrust law: 1) per se rule; 2) rule of reason; and 3) quick look rule. These rules differ in terms of where the initial burden lies – with the plaintiffs or the defendants – and to what extent there is a balancing of benefits and costs in coming to a judicial decision.

The rule of reason assesses whether or not, on net, the conduct is harmful to consumers. With the rule of reason, “the factfinder weighs all of the circumstances of a case in deciding whether a restrictive practice should be prohibited.”<sup>12</sup> The plaintiffs carry the initial burden of proving that the practice is anticompetitive. Only if the plaintiffs succeed in doing so, does the burden shift to the defendants to establish procompetitive benefits. The Court must balance the two effects in deciding whether to prohibit the conduct.

The per se rule only requires that plaintiffs show the prohibited conduct is present; there is no need to prove that it has a harmful effect. Thus, there is no balancing by the Court. The per se standard recognizes that “some classes of restraints have redeeming competitive benefits so rarely that their condemnation does not require application of the full-fledged rule of reason.”<sup>13</sup> Firms expressly communicating to raise their prices or allocate markets are per se offenses because they clearly facilitate coordination on a supracompetitive outcome and there is almost never a competitive rationale for such communications.

It is often said that there is no defense for conduct subject to the per se rule. That is not exactly right. The Court has recognized justifications for firms to expressly coordinate their prices or allocate markets. For example, “an agreement is per se illegal as price fixing only if it affects the price at which the parties will sell something, which they could have sold individually.”<sup>14</sup> If the market did not exist but for collusion then collusion is not unlawful. In the sulfuric acid market, there was an express agreement between Canadian suppliers and American suppliers whereby the former would enter the U.S. market (and supply the latter) as long as

---

<sup>11</sup> “Antitrust Guidance for Human Resource Professionals,” U.S. Department of Justice – Antitrust Division. Federal Trade. Commission. 2016.

<sup>12</sup> U.S. Court of Appeals for the Third Circuit, *In re Ins. Brokerage Antitrust Litig.*, 618 F.3d 300 (3rd Cir. 2010).

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> U.S. Supreme Court, *Broadcast Music, Inc. v. CBS, Inc.*, 441 U.S. 1 (1979).

the American suppliers agreed to stop supplying the U.S. market.<sup>15</sup> Judge Richard Posner found it defensible because the Canadian suppliers were lower cost and arguably would not have entered the U.S. market but for the agreement ensuring that the American suppliers would shut down. These cases are consistent with the perspective that the Court has not really identified per se offenses but rather per se unacceptable defenses (Krattenmaker 1988, 165–180). For example, an unacceptable defense for price-fixing is that the agreed-upon price was fair and reasonable.

The “quick look” rule applies when “per se condemnation is inappropriate, but at the same time, the inherently suspect nature of the restraint obviates the sort of elaborate industry analysis required the traditional rule-of-reason standard.”<sup>16</sup> While it may be possible to identify procompetitive benefits, the presumption is that anticompetitive benefits are present so the initial burden is on the defendants to offer a competitive justification for the conduct.

Summing up, practices for which the presumption is one of anticompetitive effects and for which procompetitive effects are exceedingly unlikely are subject to the per se rule. Practices for which the presumption is one of anticompetitive effects but it is not implausible that there are procompetitive effects are subject to the quick look rule. And practices for which both anticompetitive and procompetitive effects are plausible are subject to the rule of reason. Turning to Article 101(1), an agreement can be unlawful by object or effect. Should it be found to restrain competition by object or effect, the conduct can be determined to be legal when it satisfies a set of conditions listed under Article 101(3). In brief, these conditions are that the conduct benefits consumers (in that it produces efficiencies, some of which are passed on to consumers) and competition is not significantly harmed. The burden of proof is on the firms to defend their conduct under Article 101(3).

In principle, no practice is per se illegal in the EU as, under Article 101(3), it could always be justified if one can show offsetting benefits to any competitive harm. For example, consider two firms engaging in express communication to coordinate their prices to maximize joint profits. It is possible that price collusion could sufficiently intensify non-price competition (such as with regards to product quality) that consumers are actually better off (Fersthman, Pakes 2000, 207–236). However, in reality, there is a set of practices that are effectively treated as per se illegal and these practices largely coincide with those that are per se illegal in the U.S. With regards to succeeding with an Article 101(3)

---

<sup>15</sup> U. S. Court of Appeals for the Seventh Circuit, *In re Sulfuric Acid Antitrust Litig.*, (7th Cir. 2012).

<sup>16</sup> U.S. Court of Appeals for the Third Circuit, *In re Ins. Brokerage Antitrust Litig.*, 618 F.3d 300 (3rd Cir. 2010).



justification for such practices, “there is very little existing jurisprudence which provides comfort to suggest that the presumption of illegality can ever be overcome.” (Jones, Kovacic 2017, 281).

As discussed above, there are defenses in the U.S. for even the most egregious horizontal agreements. Many of those defenses could satisfy Article 101(3) and thus deliver similar exemptions in the EU. In practice, there does not seem to be much difference between the EU and the U.S. with regards to explicit agreements that constrain competition. Those that are per se illegal in the U.S. (which means the Court does not consider effect and only whether an acceptable defense applies) would be illegal by object in the EU, and Article 101(3) is unlikely to change the outcome.

For those practices that fall under the rule of reason in the U.S., they would probably be evaluated under Article 101(1) by effect and, depending on the case, Article 101(3) would result in an evaluation along the lines of the rule of reason. Thus, cases in which Article 101(3) is relevant are likely to look like cases considered under the rule of reason in the U.S. (though there might be exceptions). However, there may not be a counterpart to the quick look rule in the EU. Recall that the quick look rule puts the initial burden on the firms to establish pro-competitive benefits. With Article 101, the European Commission must first argue a violation by object or effect and, only then, does the burden shift to the firms to argue an exemption under Article 101(3).

### 1.7. Twombly

An important judicial ruling in 2007 raised the bar for civil cases to proceed in U.S. courts. Standard protocol is for a plaintiff to submit a complaint which a court may choose to dismiss for failure to state a legitimate claim (i.e., according to the plaintiff’s own complaint, there is not an apparent violation of the law). If it is not dismissed then the plaintiff is allowed to engage in discovery which means collecting relevant documentary evidence from the defendants. Prior to 2007, it was sufficient to use economic evidence – such as parallel pricing – to effectively state a claim and move to discovery. While such economic evidence is insufficient for proving that firms have an illegal agreement, the hope of a plaintiff and the expectation of a court is that discovery might yield the required evidence.

With its decision in *Bell Atlantic Corp. v. Twombly* 550 U.S. 544 (2007), the U.S. Supreme Court erected a plausibility standard in order for a claim not to be dismissed. In pleading an antitrust claim, “an allegation

of parallel conduct and a bare assertion of conspiracy will not suffice.”<sup>17</sup> The plaintiff must present “enough facts to state a claim to relief that is plausible on its face.”<sup>18</sup>

Some Section 1 cases have been dismissed for failure to state a claim (under the Twombly ruling). Firms engaged in an unlawful agreement may avoid prosecution if the only trace that they leave in the public domain – and thus is accessible by plaintiffs prior to discovery – are the higher prices that the agreement delivers. There are then cases that would be dismissed in the U.S. which could survive and ultimately lead to a conviction in the EU.

### 1.8. Private Enforcement

The largest gap in enforcement between the EU and the U.S. is with regards to private enforcement. Private litigation related to Section 1 of the Sherman Act has been very active for a long time, and performs two key enforcement roles. First, some cases are brought by private litigants prior to any DOJ action (and, with some cases, the DOJ never brings an action). Thus, private litigants add to enforcement by expanding the set of cartels that are shut down. Second, private litigants impose corporate penalties through customer damages. For a publicly prosecuted case, these damages augment government fines (and jail sentences) and, for those cases not publicly prosecuted, damages (and also legal fees) are the only penalties imposed on firms.

The EU has recently encouraged customer damage suits and the recommended approach differs from the U.S. in terms of the magnitude of the damages and who can claim damages. In the U.S., customers are entitled to treble damages. That is, if firms are convicted then they must pay damages equal to triple the amount of harm imposed on customers (where harm is measured by the additional payments made for the units purchased). The norm in the EU is that firms are liable for single damages. In the U.S., only direct purchasers can sue in federal court (though in many states, indirect purchasers are allowed to sue). For example, if a cartel of manufacturers raised their wholesale prices to retailers then retailers can sue but final consumers cannot, even though they are likely to have been harmed due to the pass through of higher wholesale prices. In the EU, both direct and indirect purchasers have standing to sue.

In rationalizing these differences, the EU’s policy is motivated by properly compensating those who were harmed. While compensation is also a consideration in the U.S., its system is also justified by deterrence. By allowing for treble damages, the penalty is higher and thus is more

---

<sup>17</sup> U.S. Supreme Court. *Bell Atlantic Corp. v. Twombly* 550 U.S. 544 (2007).

<sup>18</sup> *Ibid.*

likely to deter collusion. By only allowing direct purchasers to sue, it is more likely that colluding firms will be prosecuted and convicted because those with the best information (direct purchasers) are highly incentivized to sue and, from a practical perspective, one avoids the challenge of allocating damages across different purchasers in the vertical chain.

In comparison to many EU countries, the U.S. legal environment makes it easier to engage in private litigation. Private litigants can engage in discovery which allows them to acquire crucial evidence towards obtaining a conviction (or a profitable settlement). In addition, it is relatively easy to pursue class action suits which means that cartels for which customers are large in aggregate but individually small will be prosecuted.

While private litigation is growing in the EU, it is still minor in terms of the additional penalties it levies and, to my knowledge, it is rare if not totally absent for any private litigation to occur without first achieving a conviction by a competition authority.

### 1.9. Concluding Remarks

While there are differences between the treatment of horizontal agreements in the EU and the U.S., those differences are minor. For the most part, what is illegal in the U.S. is illegal in the EU and vice versa. There may be some practices that are illegal in the EU as a concerted practice but are legal under the more expansive concept of agreement in the U.S., but they appear to be rare. Evidentiary rules do differ because of the hurdle erected in the U.S. from the Twombly ruling but, once a case surmounts that hurdle, it does not appear that there are substantive differences regarding the resolution of those cases. The most substantive distinctions are that the U.S. actively engages in criminal prosecution (and regularly incarcerates cartelists) and the much more active role of private enforcement.

## 2. VERTICAL AGREEMENTS

### 2.1. Types of Vertical Restraints

Vertical restraints are agreements between firms that operate at different levels of the production and distribution chain. For example, a manufacturer that produces goods and a retailer that distributes those goods. There are many legitimate reasons for such firms to enter into an agreement and it is the challenge of competition law and enforcement to identify those agreements that have anticompetitive effects and then prohibit them. As opposed to horizontal agreements, for which the most

egregious are kept private to the parties (for, once discovered, they are sure to be prosecuted), vertical restraints are generally out in the open for all to see. The challenge is not detecting them but rather determining whether they are harmful. That task has proven difficult in principle (as attested to by the challenges faced by economic research) and in practice (as attested to by the challenges faced by courts and competition agencies).

The EU and U.S. are common in the types of vertical restraints that can be found in violation of competition law. These vertical restraints are: 1) resale price maintenance; 2) territorial and customer restraints; 3) exclusive dealing; and 4) tying. As we will discuss later, differences lie in what it takes to violate the law (or for there to be a determination that there has been a violation) and the intensity with which enforcement occurs.

Resale price maintenance involves an upstream firm (typically, a manufacturer) restricting, in some manner, the prices that can be charged by downstream distributors (typically, retailers). Resale price maintenance can involve limiting the maximum price that retailers can charge, but the more serious concern is with specifying a minimum price for retailers. With minimum resale price maintenance, the risk is that it will lead to supracompetitive prices that can harm consumers, and it can possibly facilitate collusion among upstream firms. But it can also generate efficiencies by promoting non-price competition. (From hereon, RPM will refer to minimum resale price maintenance.)

The other three restraints draw the attention of competition law because they can exclude competitors from serving consumers and this can (but need not) harm consumers. Given that competition is about a firm trying to sell to more consumers and thereby “exclude” rivals from doing so, there is an intrinsic challenge to identifying when such exclusion is harmful and when it is competition as ought to occur.

A customer or territorial restraint is an agreement between a supplier and a retailer that constrains to whom a retailer can sell or to whom a supplier can supply. A common territorial constraint gives a retailer the sole right to sell in a particular geographic area and with that sole right often comes the limitation that the retailer cannot sell outside of its designated area.

Exclusive dealing is a contract between an upstream supplier and a downstream buyer which specifies the latter will buy all of its supplies from that supplier. An exclusive dealing contract is a special case of a “contract that references rivals” (CRR) which can be exclusionary (see Scott Morton 2013, 72–79). The defining feature of a CRR is that the terms of a contract between a buyer and a seller depend on the buyer’s transactions with another seller. It could require that a buyer purchase a certain percentage of its inputs from a supplier (which is exclusive dealing

when the percentage is 100) or just make it costlier to buy from another seller but not outright prohibit it.

Tying refers to the practice of a supplier agreeing to sell its customer one product (the tying good) only if the customer agrees to purchase all of its requirements for another product (the tied good) from that same supplier. A traditional concern with tying is that it can be a way to leverage market power in one product market to another product market. Whether that is a cogent argument depends on the particular situation.

The competition law challenge associated with vertical restraints is that there are possible efficiencies from such practices but also possible anticompetitive effects through reduced price competition or foreclosure of rival firms.

There is no simple conclusions as to whereby any particular type of restraint – territorial restrictions, tie-ins, vertical price restraints, etc. – always improves economic efficiency or reduces it. All types of vertical restraints, including both price and nonprice restrictions, may either increase or decrease efficiency, and they have different economic effects in different contexts. Thus, exclusive territories, resale price maintenance and exclusive dealing can all be used to solve free-riding problems in the provision of retail services. The same restraints can also be used to provide manufacturers with better incentives to invest in product quality. However, all of these restraints can also reduce interbrand competition (Comanor, Rey 1997, 38).

Given this reality, competition law should neither make these vertical restraints always lawful or always unlawful. Each instance of a vertical restraint is to be judged as to whether the procompetitive benefits exceed the anticompetitive costs and thus should be allowed, or the contrary is true and thus should be prohibited. While such an approach is appropriate in principle, implementation of it can be difficult and costly. As a consequence, competition law on paper may be quite distinct from what it is in practice. That point will be relevant when assessing the competition policies of the EU and U.S.

## 2.2. U.S. Law and Enforcement regarding Vertical Restraints

The relevant laws under which these practices are most commonly prosecuted in the U.S. are the Sherman Act's Section 1 (which prohibits unreasonable restraints of trade) and Section 2 (which prohibits monopolization and is relevant when vertical agreements are used to advance the market power of a dominant firm). However, some of these restraints have also been prosecuted under Section 3 of the Clayton Act (which makes it unlawful to sell goods while requiring that the buyer

not purchase a competitor's goods when it would substantially lessen competition) and Section 5 of the Federal Trade Commission Act (which prohibits unfair methods of competition). In all cases, a plaintiff must establish that the vertical agreement is likely to deleteriously affect the competitive process in such a manner as to harm consumers.

The perspective of U.S. courts and the Antitrust Division of the U.S. Department of Justice (and the U.S. Federal Trade Commission) has changed radically over the last half century, and this change is generally attributed to the research and writings of economists. The traditional view in economics was that many of these vertical restraints were inherently anticompetitive because they foreclosed rivals from markets or restrained price competition. That view was tenuous because it neither had grounding in economic theory or supportive empirical evidence. The Chicago School of the 1950s and '60s provided a systematic theoretical examination of many of these practices and arrived at the conclusion that they are procompetitive. They first provided models of firm conduct which showed that practices like exclusive dealing and tying would not lead to more profits for a firm with market power. That analysis undercut the claims of anticompetitive effects. This left them with the challenge of explaining why firms would adopt those practices if they are not helping augment their market power. That led to the second contribution, which was to identify procompetitive justifications for these vertical restraints.

The views of the Chicago School proved highly persuasive to courts. Indeed, rarely has economic reasoning been so influential in the area of competition law. However, economic analysis proved to be subtler than revealed by the Chicago School. Starting in the 1980s with the use of game theory, these practices were re-examined with more sophisticated and more realistic models. It was found that there are conditions under which all of these vertical restraints are anticompetitive. The Chicago School had identified a special set of market conditions whereby these vertical agreements were procompetitive but there are other market conditions for which they are indeed anticompetitive.

Returning to our discussion of U.S. law, many of these vertical restraints were per se illegal until the 1970s (and prior to the intellectual impact of the Chicago School). That is, it was sufficient to establish that the vertical restraint was in place; there was no need to show harm. As stated above, there were no theoretical or empirical bases for such a legal approach. Abiding by the contributions of the Chicago School, one might have shifted to making many of these vertical restraints per se legal in that they showed them not to be harmful and that they could be beneficial. That did not happen but the courts were persuaded enough by the Chicago School to shift from per se illegality to the rule of reason. Fortunately, they did not go to per se legality because the later

game-theoretic contributions showed that there are plausible conditions whereby these restraints do harm consumers but also plausible conditions whereby they benefit consumers. In such a situation, the rule of reason is appropriate.

With *Continental Television v. GTE Sylvania*, 433 U.S. 36 (1977), the U.S. Supreme Court ruled that all vertical restraints, except those that restrained prices, are to be judged by the rule of reason. In *State Oil Co. v. Khan*, 522 U.S. 3 (1997), the U.S. Supreme Court ruled that maximum resale price maintenance was to be judged under the rule of reason. The final restraint subject to the per se rule fell ten years later. In *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007), the U.S. Supreme Court decided that minimum resale price maintenance was not per se illegal because the “per se illegal” category is reserved for those practices, such as horizontal price fixing among competitors, that rarely have any procompetitive benefits to offset anticompetitive harm. However, in the case of RPM, many economic studies had established ways in which consumers can benefit from restraining intrabrand price competition among retailers through inducing more intense non-price competition. While forsaking per se illegality, the Court made clear that RPM was not per se legal and was to be judged by the rule of reason.

With the possible exception of tying (which, under certain conditions, is claimed to be per se illegal),<sup>19</sup> all vertical restraints in the U.S. are judged by the rule of reason. With the rule of reason, the burden is initially on the plaintiff to establish that the restraint harms consumers. If it succeeds in doing so, the burden shifts to the defendants to show that there are countervailing benefits to consumers. For the defendants to avoid the restraint being prohibited, it is not enough for the procompetitive benefits to exceed the anticompetitive harm. There must not be another practice that is better in the sense that it delivers those same benefits but with less harm.

### 2.3. Comparison of Competition Law and Enforcement between the EU and U.S.

Our comparison of the treatment of vertical restraints in the EU and the U.S. will focus on four dimensions: 1) safe harbors and exemptions; 2)

---

<sup>19</sup> “Although courts have been recently inclined to consider the business justifications for tie-ins and have analysed the economic effects of the tying arrangement, hallmarks of a rule-of-reason analysis, a tying arrangement may be treated as per se illegal (i.e., irrefutably presumed to be illegal without the need to prove anticompetitive effects) if the following elements are satisfied: 1) two separate products or services are involved; 2) the sale or agreement to sell one product/ or service is conditioned on the purchase of another; 3) the seller has sufficient market power in the tying product market to enable it to restrain trade in the tied product market; and 4) a substantial amount of interstate commerce in the tied product is affected.” (Kazmerzak, Sandrock 2019, 10–11).

evidentiary standards; 3) dominant firms; and 4) intensity of enforcement. There are substantive differences though they are of a smaller order of magnitude than the differences between the U.S. today and the U.S. fifty years ago.

#### 2.4. Safe Harbors and Exemptions

The EU's Block Exemption Regulation (BER) provides a safe harbor for firms regarding vertical restraints. If neither the upstream firm nor the downstream firm has a market share exceeding 30% then a vertical agreement is lawful. However, there are "hardcore" restrictions (such as RPM and certain territorial and customer restraints) that lack this safe harbor. U.S. competition law provides no safe harbor though, in practice, enforcement effectively provides it. There is little or no chance of a vertical agreement being prosecuted by the DOJ or FTC if the upstream and downstream firms are sufficiently small. Though it is not codified as in the EU, I believe that a market share not exceeding 30% would be small enough. Thus, the presence of safe harbors in EU law but not U.S. law belies the reality that the U.S. is more tolerant than the EU when it comes to vertical restraints.

#### 2.5. Evidentiary Standards

In its near-universal use of the rule of reason, the U.S. makes a vertical restraint lawful if consumers benefit after considering all implications of the restraint. For example, RPM can raise prices to consumers but still be lawful if defendants can show there are non-price benefits to consumers (such as retailers providing better service) that, on net, means consumers are not harmed. Even if exclusive dealing is shown to significantly foreclose rivals, plaintiffs must go further and establish that it is detrimental to consumers such as through higher prices or reduced product variety. With regards to customer and territorial restraints, anticompetitive concerns are raised in the U.S. only if those restraints impair interbrand competition (as opposed to competition among retailers of the same brand) and it is then shown that consumers are worse off. Unfailingly, U.S. competition law requires that a vertical restraint is shown to harm consumers regardless of how much it might foreclose the market to competitors or raise prices to consumers. Turning to the EU, the European Commission (EC) must establish under Article 101(1) that the vertical agreement has as its "object or effect, the prevention, restriction or distortion of competition within the common market." If it establishes that claim, the defendants can turn to justifying that it is procompetitive by drawing on Article 101(3), and showing that there are efficiencies to offset the anticompetitive effects and that consumers receive their "fair



share” so as not to be harmed. Despite its apparent similarity to the U.S.’s rule of reason, there is a difference.

This framework would approximate the US rule of reason if the Commission’s burden ... were to show likely adverse effects on consumer welfare. This, however, does not appear to be the case. The Commission’s burden does not require an analysis of competitive effects of the sort undertaken in the US. Rather, EU case law suggests that it is enough for the Commission to show that the agreement in question restricted the “economic freedom” of either a party to the agreement or a third party, without regard to a likely effect on prices, output, or consumer welfare generally (Cooper, Froeb, O’Brien, Vita 2005, 298).

The U.S. religiously abides by the consumer welfare standard which means the plaintiff must show that consumers are harmed (e.g., showing foreclosure is insufficient) and the defendants can avoid a guilty verdict by establishing that there are benefits to consumers which exceed the harm identified by plaintiffs. In contrast, it appears that a vertical restraint can be found unlawful in the EU without establishing a harmful effect on consumers.

For a defendant to appeal to Article 101(3) in justifying a vertical restraint, it is necessary that the restraint not eliminate competition, either actual or potential. There is no parallel condition in U.S. competition law. A strict application of the rule of reason would imply that a vertical restraint could eliminate all competition and not be prohibited if the efficiencies it generated were able to offset any harm to consumers from the loss of competition. For example, if exclusive dealing were to eliminate all rival companies but, due to scale economies, result in lower prices to consumers so as to make them better off, that could be lawful in the U.S. However, the set of instances in which competition is entirely eliminated and consumers benefit is likely to be sufficiently sparse as to make this difference not meaningful.

## 2.6. Dominant Firms

A substantive point of departure between the EU and U.S. is with regards to market dominance. To begin, the EC seems more inclined to pursue Article 102 cases than the DOJ is to pursue Section 2 cases (which have been exceedingly rare for quite some time). In the context of vertical restraints, the BER does not apply to dominant firms. Furthermore, vertical restraints can be prohibited without showing effect; it is enough for a dominant firm to foreclose and exclude rivals.

Exemplifying the different approaches to market dominance in the context of vertical restraints, Virgin Atlantic brought a case against

British Airways for agreements that the latter made with travel agents. These agreements provided higher commissions if a travel agency exceeded its previous year's sales of tickets on British Airways flights. Virgin Atlantic claimed that this was an abuse of dominance in that it encouraged travel agencies to put more of their business with British Airways. The EC concluded that it was a violation of Article 82 and its decision was affirmed by the Court of First Instance.<sup>20</sup> In contrast, the case failed in U.S. courts with the Second Circuit commenting that "even with monopoly power, a business entity is not guilty of predatory conduct through excluding its competitors from the market when it is simply exploiting competitive advantages legitimately available to it."<sup>21</sup>

### 2.7. Intensity of Enforcement

More generally, enforcement with regards to vertical restraints is distinctly more aggressive in the EU than the U.S. One can point to cases in which the EC prosecuted parties and the DOJ chose not to bring a case. Already mentioned is the British Airways-Virgin Atlantic case. As another example, the EC pursued a case against Coca-Cola for placing restrictions on downstream customers (such as restaurants and bars) regarding the extent to which they could carry competing brands.<sup>22</sup> Coca-Cola settled by agreeing not to enter into such vertical restraints. In contrast, such vertical agreements have had no problems in U.S. courts.

More recently, the EU has been active in pursuing cases involving vertical agreements in the form of most favored nation clauses and minimum advertising price agreements, while such practices have not been prosecuted in the U.S.

A most-favored nation clause (MFN) is a vertical agreement requiring a party to give a buyer (or a supplier) the same or a better deal as offered to other buyers (or suppliers). A class of MFNs have been relevant in recent years are price parity clauses associated with online booking sites. An online platform, such as Booking.com, would require that the prices offered by a hotel on its site are as low as it offers elsewhere. A narrow price parity clause pertains only to prices offered at direct booking channels, while a broad price parity clause pertains to all online listings including competing platforms and direct booking channels.

---

<sup>20</sup> Court of First Instance of the EC, case T-219/99, *British Airways plc v Commission of the European Communities*, ECLI:EU:T:2003:343..

<sup>21</sup> U.S. Court of Appeals, Second Circuit, *Virgin Atl. Airways Ltd. v. British Airways PLC*, 257 F.3d 256, 266 (2d Cir. 2001).

<sup>22</sup> Commission Decision of 22 June 2005 relating to a proceeding pursuant to Article 82 of the EC Treaty and Article 54 of the EEA Agreement (Case COMP/A.39.116/B2 – Coca-Cola).

This has been a growing area of activity by the EC and national competition authorities in the EU (see cases cited in Verge 2018). While no consensus has yet emerged regarding when price parity clauses are anticompetitive, the most common view in the EU is that narrow price parity clauses are not anticompetitive by object, though they could be viewed as anticompetitive without having to prove harm to consumers (Schaeffer, Rinne, Coombs 2016). Regarding broad price parity clauses, there may be an emerging consensus that they “restrict competition between platforms on commission rates and may also prevent entry by innovative low-cost platforms.” (Verge 2018, 6). In comparison, MFNs and price parity clauses are generally viewed as benign or procompetitive in the U.S. In particular, we have not seen cases based on price parity clauses adopted by online booking platforms in the U.S.

When a manufacturer has a minimum advertised price agreement (MAP) with retailers, there is a floor placed on the price which a retailer can advertise a good though a retailer is allowed to sell the good at a price below that floor. In principle, a MAP is distinct from RPM. The DOJ and FTC have not pursued cases against MAPs and, even prior to the adoption of the rule of reason for RPM in 2007, the pro-competitive benefits of MAP were recognized.

It has been quite a different story in the EU. There seems to be more concern with MAPs and, consequently, there have been some cases. Reflective of this view: “Restrictions on advertising prices below a certain level have been found to lead to *de facto* RPM in certain past cases on the basis that these restrict the ability of the reseller to determine its sales prices.”<sup>23</sup> Like RPM, there seems to be an approach to MAP rooted in them being anticompetitive by object.

## 2.8. Concluding Remarks

In reading the law, one might infer that the EU is more tolerant of vertical restraints than the U.S. There are safe harbors encoded in the Block Exemption Regulation in the EU, while the U.S. has no such counterpart. In principle, Article 101(3) could provide as much opportunity for firms to defend a vertical restraint as being procompetitive as the rule of reason in the U.S. Jurisprudence and the conduct of competition authorities tell a different story. Vertical restraints that meet the safe harbor conditions under the BER are, in practice, extremely unlikely to be prosecuted in the U.S. In effect, there are non-codified safe harbors in the U.S. that are just as “safe” as those in the EU. Historically, U.S. courts have moved

---

<sup>23</sup> Decision of the UK Competition and Markets Authority – “Online resale price maintenance in the commercial refrigeration sector,” Case CE/9856/14, 24 May 2016, para. 6.42.7.

from some vertical restraints being subject to the per se rule to where now all (or almost all) vertical restraints come under the rule of reason. Furthermore, there have been so few cases involving vertical restraints pursued by the DOJ or FTC in recent years that one might be inclined to infer that there is de facto per se legality for some vertical restraints. I do not yet subscribe to that view but the evidence in support of it is mounting.

The disparity in law and its enforcement between the EU and the U.S. is exemplified by the treatment of minimum resale price maintenance (RPM). Since 2007, it has been evaluated under the rule of reason in the U.S. but what that means is unclear for there has not been a single case brought by the DOJ or FTC. In contrast, RPM continues to be a concern to the European Commission and is treated as anticompetitive by object. Though RPM can be defended by putting forth efficiencies under Article 101(3), this seems to be a more challenging task than with the U.S.'s rule of reason. As another example of the greater intensify of enforcement in the EU, minimum advertised price agreements have been viewed as "de facto RPM," and thus subject to scrutiny, while such agreements have not drawn the attention of the DOJ or FTC.

#### REFERENCES

- Borenstein, Severin. 1994. Rapid Price Communication and Coordination: The Airline Tariff Publishing Case, in *The Antitrust Revolution: Economics, Competition, and Policy*. 4<sup>th</sup> ed., eds. John E. Kwoka, Jr., Lawrence J. White,, Oxford: Oxford University Press.
- Comanor, S. William, Rey Patrick. 1997. Competition Policy towards Vertical Restraints in Europe and the United States. *Empirica* 24: 37–52.
- Cooper, C. James, Luke Froeb M., Daniel P. O'Brien, Michael G. Vita. 2005. A Comparative Study of United States and European Union Approaches to Vertical Policy. *George Mason Law Review* 13: 289–308. Federal Trade Commission. U.S. Department of Justice. 2000. *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*. Washington, D.C.
- Fersthman, Chaim, Ariel Pakes. 2000. A Dynamic Oligopoly with Collusion and Price Wars. *RAND Journal of Economics* 31: 207–236.
- Jones, Alison, William E. Kovacic. 2017. Identifying Anticompetitive Agreements in the United States and the European Union: Developing a Coherent Antitrust Analytical Framework. *Antitrust Bulletin* 62: 254–293.

- Kazmerzak, Karen, Ryan M. Sandrock. 2019. Vertical Agreements in the USA, Sidley Austin LLP. <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=fa3d74e3-37e6-4399-877d-897185c45314>, last visited on January 31, 2020.
- Krattenmaker, Thomas. 1988. Per Se Violations in Antitrust Law: Confusing Offenses with Defenses. *Georgetown Law Journal* 77: 165180.
- Page, H. William. 2009. Twombly and Communication: The Emerging Definition of Concerted Action under the New Pleading Standards. *Journal of Competition Law & Economic* 5: 439–468.
- Schaeffer, Fiona, Alexander Rinne, Justin Coombs. 2016. Antitrust Challenges to Most Favored Nation and Competitor Parity Clauses in the U.S. and Europe. Milbank and Compass Lexecon, slides. <http://media.straffordpub.com/products/antitrust-challenges-to-most-favored-nation-and-competitor-parity-clauses-in-the-u-s-and-europe-2016-04-28/presentation.pdf>, last visited January 31, 2020.
- Scott Morton, M. Fiona. 2013. Contracts that Reference Rivals. *Antitrust*. 27: 72–79.
- U.S. Department of Justice – Antitrust Division. Federal Trade Commission. 2016. *Antitrust Guidance for Human Resource Professionals*. [https://www.ftc.gov/system/files/documents/public\\_statements/992623/ftc-doj\\_hr\\_guidance\\_final\\_10-20-16.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/992623/ftc-doj_hr_guidance_final_10-20-16.pdf), last visited January 31, 2020.
- Verge, Thibaud. 1/2018. Are Price Parity Clauses Necessarily Anticompetitive?. *CPI Antitrust Chronicle* 1.

Article history:

Received: 28. 9. 2019.

Accepted: 11. 2. 2020.

УДК 340.12:347.472(698.2)

CERIF: S130

DOI: 10.5937/AnalPFB2001028G

Goran Georgijević, PhD\*

## GIFT OF PROFESSIONAL INCOME GENERATED BY A SPOUSE TO A THIRD PERSON IN MAURITIAN CIVIL LAW

*For historical reasons, Mauritian civil law has been influenced by French civil law. However, despite the differences between Mauritian civil law and French civil law and the indisputable autonomy of the Mauritian civil law, it is impossible to deny that the latter is strongly inspired by the French civil law and that the Mauritian judge will in most cases refer to the decisions rendered by French courts – and in particular by the Court of Cassation – as well as to the French doctrine. This statement is applicable to Mauritian Law on Matrimonial Property Regimes which is inspired by French civil law. In this article we will first provide a brief overview of the Mauritian Law on Matrimonial Property Regimes, followed by an analysis of the validity of a gift of professional income generated by a married person to his concubine.*

Key words: *Mauritius. – Law. – Gift. – Spouse. – Concubine. – Income. – Obligations.*

### 1. INTRODUCTION

For historical reasons, Mauritian civil law has been influenced by French civil law (Law Reform Commission, 2010; Domingue 2002, 62; Agostini 1992, 21; Venchard 1982, 31; Angelo 1970, 237; Bogdan 1989, 28; Burgeat 1975, 315; Marrier d’unienville 1969, 96; Moolan 1969, 137; Mixed Jurisdictions Worldwide 2012, 629). The French Civil Code, which came into force in 1804 and has been revised many times,

---

\* Lecturer, Faculty of Law and Management, University of Mauritius, [g.georgijevic@uom.ac.mu](mailto:g.georgijevic@uom.ac.mu).

has influenced the Civil Code of the Republic of Mauritius. The original text of the French Civil Code of 1804, was incorporated into the positive law of Mauritius. This is due to the fact that at the early 19<sup>th</sup> century, Mauritius was a French colony, before the English took possession of the Island. Article 8 of the *Act of Surrender*, signed in 1810, provided that the People of the Island would maintain their religion, *laws* and customs. In addition, “the Treaty of Paris of 1814, which officially transfers the legal possession of Mauritius to the Englishmen, does not have the effect of fundamentally overturning French laws considered in certain respects as the personal legislation of the inhabitants” (Venchard 1982, 31). Consequently, Mauritian civil law and, in particular, the Mauritian Civil Code, was modeled on French civil law and the French Civil Code of the time.

Despite the great resemblance between Mauritian civil law and French civil law, the former has managed to preserve an indisputable autonomy *vis-à-vis* the latter. This has been possible not only because of the reforms of the French Civil Code that took place over the years, but also thanks to the reforms of the Mauritian Civil Code that occurred during the 19<sup>th</sup> and 20<sup>th</sup> centuries. For example, the Act of 1980<sup>1</sup>, which became Article 476 and following of the Mauritian Civil Code, stipulates that the only case of emancipation of a minor in Mauritius is emancipation by marriage.<sup>2</sup> On the other hand, in French civil law, in addition to marriage, the emancipation of a minor is possible through a court decision (Article 413–2 of the French Civil Code).<sup>3</sup> Moreover, Article 478 of the Mauritian Civil Code prohibits an emancipated minor from being a merchant.<sup>4</sup> On the other hand, Article L. 121–2 of the French Code of Commerce (Law n° 2010–658, 15 June, 2010) makes it possible, provided that it is authorized by a court’s decision, during the procedure of emancipation or after the emancipation has been completed.<sup>5</sup> Another

---

<sup>1</sup> Act n° 8/1980

<sup>2</sup> “The minor is automatically emancipated by marriage”. – It has to be noted that there is a Children’s Bill recently introduced in the National Assembly of Mauritius, which proposes to modify the conditions for the marriage of minors. – See: <http://www.mauritiustimes.com/mt/the-childrens-bill> (last visited 24 February 2020). – <https://www.lemauricien.com/article/childrens-bill-un-projet-de-loi-qui-autorise-le-mariage-des-enfants> (last visited 24 February 2020).

<sup>3</sup> “Minors, even unmarried, can be emancipated when they reach the age of sixteen. After hearing the minor, this emancipation will be pronounced, if there are just reasons, by the guardianship judge, at the request of the father and mother or one of them.”

<sup>4</sup> “A minor emancipated by marriage cannot be a merchant.”

<sup>5</sup> “The emancipated minor may be a merchant with the authorization of the guardianship judge given at the time of the decision of emancipation or on the decision of the president of the tribunal of “*grande instance*” if he makes this request after being emancipated.”.

example of the autonomy of Mauritian civil law is provided by Article 887. The latter stipulates that in case of lesion in a sharing agreement, the party to the contract having suffered a loss will be allowed to ask for the cancellation thereof.<sup>6</sup> On the other hand, in France, a legislative reform removed this sanction from the Civil Code. Henceforth, the party to a sharing agreement having suffered a lesion has only the right to request a supplement from the other party to this agreement having benefited from that lesion. The former is not entitled to request the cancellation of the sharing agreement. This legal rule is stipulated in Article 889 of the French Civil Code.

It has to be underlined that in Mauritius, the decisions of the French Court of Cassation are a persuasive and not a binding authority.<sup>7</sup> Thus, a Mauritian judge will only cite and follow the reasoning developed in a judgement of the French Court of Cassation if the judge considers them appropriate to the context. On the other hand, no formal obligation lies upon the Mauritian judge to follow the decisions of the Court of Cassation relating to the issue treated. This rule has been, for instance, clearly confirmed with regard to the issue of reparation for indirect damage suffered by an unmarried partner in the event of the death of the other partner.<sup>8</sup>

Despite all the differences between Mauritian civil law and French civil law which have been pointed out previously and despite the indisputable autonomy of the Mauritian civil law, it is impossible to deny that the latter is strongly inspired by French civil law and that the Mauritian judge will refer most of the time to the decisions rendered by French courts, – and especially by the Court of Cassation – as well as to French doctrine. This statement is applicable to Mauritian Law on Matrimonial Property Regimes which is inspired by French civil law.

---

<sup>6</sup> “There may also be rescission (cancellation), when one of the co-heirs establishes that he has suffered a lesion of more than a quarter.”

<sup>7</sup> In the judgement of the Supreme Court of Mauritius *Lingel-Roy M. J. E. M. and ORS v. The State of Mauritius and Anor* 2017 SCJ 411 we can read: “It is appropriate to recall the practice that when it comes to the interpretation of a law borrowed from French law we stand guided for its interpretation by French doctrine and case law. One can quote in that respect the following passage from *L’Etendry v The Queen* [1953 MR 15]: “the normal rule of construction laid down time and again by this court (...) is to the effect that when our law is borrowed from French law we should resort for guidance as to its interpretation to French doctrine and case law.” But, it has to be pointed out that the practice of relying on French authorities has always been for guidance and not in application of the stare decisis principle.” (highlighted by author)

<sup>8</sup> On that issue see the judgements of the Mauritian Supreme Court in *Jugessur Mrs Shati & ORS v. Bestel Joseph Christian Yann & Anor* 2007 SCJ 106 and *Naikoo v. Société Héritiers Bhogun* 1972 MR 66 1972, as well as the judgements of the French Court of Cassation Cass. ch. mixte, 27 February 1970 n° of pourvoi: 68–10276 and Cass. crim. 17 March 1970 n° of pourvoi: 69–91040.



In this article we will first provide a brief overview of the Mauritian Law on Matrimonial Property Regimes and then analyze the validity of a gift of professional income generated by a married person to his concubine.

## 2. BRIEF OVERVIEW OF THE MAURITIAN LAW ON MATRIMONIAL PROPERTY REGIMES

In Mauritius, Matrimonial Property Regimes are regulated in articles 1387 through 1480 of the Civil Code, which is written in French. Few rules can be found here and there in special laws written in English, such as the *Civil Status Act*<sup>9</sup> or the *Borrower Protection Act*.<sup>10</sup> Matrimonial property regimes can be defined as the set of general legal rules enshrined in the Mauritian Civil Code which govern (which apply to) the property of the spouses during the marriage and after its dissolution (comp. with Terre, Simler 2019, 1; Revel 2018, 1; Peterka 2018, 3). It has to be noted that in Mauritius cohabitation of unmarried partners is not placed on an equal footing with marriage, from the legal point of view. This means that the Matrimonial Property Regimes Law does not apply to cohabiting partners; the financial issues pertaining to cohabitation of unmarried partners are resolved by application of the Law of Obligations (for example, unjust enrichment).<sup>11</sup>

The Mauritian Law of Matrimonial Property Regimes can be divided into two parts. On one hand, there are the rules in the Civil Code (Articles 212 through 226) called the *primary matrimonial property regime* (Terre, Simler 2019, 29; Revel 2018, 19; Peterka 2018, 51). The rules of primary matrimonial regime are applicable to all marriages, i.-e. to all married couples in Mauritius regardless of the matrimonial regime chosen. On the other hand, there exist also rules on specific matrimonial regimes, such as community of goods (articles 1400 through 1474), separation of goods

---

<sup>9</sup> Thus, according to section 20 (1) of the Act “where an application is made to an officer for the publication of a proposed civil marriage, the officer shall – (...) (b) inform the applicant that – (i) different matrimonial regimes are provided for under the Code Napoleon and give the applicant a printed explanatory note to that effect; and (ii) the intending spouses should consider under which matrimonial regime they wish to be married.” Moreover, Section 24 (2) of the Act provides that “the officer shall – (...) (b) enquire from the parties the matrimonial regime under which they wish to be married and whether any marriage settlement has been made between them and if so, the name of the notary with whom it is deposited.”

<sup>10</sup> See section 12 of the Act.

<sup>11</sup> Thus, if one of the unmarried partners does not have a job, but does the housework on a regular basis and the other partner has a job, works outside the house and saves money because they do not have to employ someone to perform the chores, the former will be able to receive compensation based on the “*enrichissement sans cause*” (unjust enrichment) from the latter.

(Articles 1475 through 1478), and contractual regimes (articles 1478 and 1479).

### 2.1. Primary Matrimonial Property Regime in Mauritius

The primary matrimonial regime is applicable to couples married under the regime of community of property, to couples married under the regime of separation of property, and to married couples having opted for a contractual matrimonial regime, i.-e. to couples who made a matrimonial contract (*contrat de mariage*) prior to the celebration of their marriage (Terre, Simler 2019, 29; Revel 2018, 19; Peterka 2018, 51). Those rules are considered to be of public interest, which means that the spouses cannot insert in their matrimonial contract clauses that would derogate from them.<sup>12</sup> This principal is known in Mauritian Law as *minimum matrimonial public order*. Matrimonial contract derogating from Articles 212 and following of the Mauritian Civil Code would be contrary to Articles 6,<sup>13</sup> 1131<sup>14</sup> and 1133<sup>15</sup> of the Mauritian Civil Code, and would not produce any legal effect. In other words, such a contract would be null and void.<sup>16</sup>

The primary matrimonial regime in Mauritius is comprised of the professional freedom of spouses, the domestic equality of spouses, the autonomy of spouses and protection of third persons, the protection of the matrimonial home, as well as the protection of the spouse in need provided by a judge in chambers. Thus, Article 223 of the Mauritian Civil Code provides that every spouse, male or female, can freely exercise a profession. The freedom of each spouse to exercise their profession is supported by *an important power granted to each spouse over their professional income*. Thus, in Mauritius, whatever the matrimonial regime chosen by the spouses could be,<sup>17</sup> *each spouse can freely collect*

---

<sup>12</sup> However, Article 226 of the Mauritian Civil Code does not exclude the possibility of contractual agreements in the field of primary matrimonial property regime. Regarding certain issues that can be described as secondary, the parties can enter into contractual agreements (for example, the spouses can determine by agreement the *quantum* or the form of the contribution to the expenses of marriage (Article 214)).

<sup>13</sup> “One cannot derogate by specific contracts from laws that are of interest to public order and morality.”

<sup>14</sup> “The obligation without cause, or on a false cause, or on a unlawful cause, can have no effect.”

<sup>15</sup> “The cause is unlawful when it is prohibited by law, when it is contrary to morality or public order.”

<sup>16</sup> See articles 1479 and 1480 of the Mauritian Civil Code. – Cass. 1<sup>st</sup> ch. 28 June 2006, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2006, comment Vareille B. 819; *AJ Famille*, 2006, comment Hilt P. 331.

<sup>17</sup> The rule is applicable even to the regime of the community of property, even though professional revenues of each spouse are considered as common property (“bien commun”).

*their earnings and wages*<sup>18</sup> and dispose of them freely (Terre, Simler 2019, 83, Revel 2018, 24; Peterka 2018, 53).<sup>19</sup> The only limit to this freedom, provided in article 223 of the Mauritian Civil Code, is payment of the matrimonial charges mentioned in Article 214 of the Code. In other words, a spouse's professional income is a common property in Mauritian Civil Law, it belongs to both spouses, but the spouse who generated the income has the exclusive power to collect and dispose of this professional income.<sup>20</sup> According to Article 214 of the Mauritian Civil Code, the spouses are equal regarding the contribution to the expenses of the marriage (matrimonial charges). This article imposes upon them an obligation to contribute to the expenses of marriage (Chaffois 2020, 60)<sup>21</sup>, in conformity with their respective faculties (Terre, Simler 2019, 31; Revel 2018, 31).<sup>22</sup> The equality of spouses exists also in regard to the power to contract household debts. According to Article 221 of the Mauritian Civil Code, each spouse has the power to enter contracts, without the consent of the other, with the aim of maintenance of the household or education of the children. The obligation contracted by a spouse alone will bind the two spouses jointly and severally (Terre, Simler 2019, 58; Revel 2018, 35).<sup>23</sup> It should be noted that in Mauritian Law on Matrimonial Property Regimes, the responsibility of the spouses for the household debt will not be joint and several in some cases, despite of the fact that a debt is contracted by one spouse alone for the maintenance of the household or for the education of the children. First, the responsibility of the spouses for the household debt will not be joint and several where the debt is manifestly excessive (Terre, Simler 2019, 62; Revel 2018, 39). According to the Mauritian Civil Code the judge will take into account

<sup>18</sup> Earnings and wages mentioned in Article 223 of the Mauritian Civil Code, i.-e. professional income, are all incomes generated by the work of a spouse (e. g. salary of a state officer or of an officer of a parastatal body, remuneration of a worker hired to do work under the contract of construction, etc.).

<sup>19</sup> Cass. 1<sup>st</sup> ch., 14 November 2007, *AJ Famille* 2008, comment Hilt 86.

<sup>20</sup> For instance, the husband who generated the earnings and wages can spend them at the race track, in a restaurant, or save them in a bank account, after having contributed to the expenses of the marriage (food expenses, payment of television, electrical and water bills, etc.).

<sup>21</sup> The contribution in money is not the only form of the contribution to the expenses of the marriage, it can also be made in kind, and especially by the work of the stay-at-home spouse, or by the supply of food products. See: Cass, 1<sup>st</sup> ch. 3 October 2019, comment Casey J., *Revue trimestrielle de droit civil*, 2019, 913; Cass. 1<sup>st</sup> ch. 16 January 2019, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2019, 638.

<sup>22</sup> In other words, the spouse who earns more money will have to contribute more to food expenses, payment of bills, etc., proportionally to the earnings and wages.

<sup>23</sup> Obligations are covered by the solidarity of the household debts, the debts pertaining to the food costs (bread, milk, flour, etc.), to the family accommodation (rent, for example) the healthcare costs (medical consultation, costs of hospital stay, etc.), children's education costs (private school costs), as well as the family leisure costs. See: Cass. 1<sup>st</sup> ch. 17 May 2017, *AJ Famille*, 2017, comment Casey J., 422.

the couple's lifestyle (financial situation), the usefulness or uselessness of the operation and the good or bad faith of the creditor. Second, in cases where one spouse alone has used credit by means of a loan or an installment purchase, the responsibility of the spouses for the household debt will not be joint and several (Terre, Simler 2019, 63; Revel 2019, 39; Bremond 2003, 1863; Simler, Lasserre Capdeville 2016, 2507).<sup>24</sup> Article 222 of the Mauritian Civil Code provides that a spouse may alone make any act of administration,<sup>25</sup> act of enjoyment<sup>26</sup> or act of disposal<sup>27</sup> regarding movable property that a spouse detains individually, including common property.<sup>28</sup> Moreover, according to Article 222 of the Mauritian Civil Code, from the point of view of a third party (for instance, the purchaser of the movable property), the spouse who individually detains the movable property is supposed to have the power to perform one of the three types of the above-mentioned acts (Revel 2018, 42; Terre, Simler 2019, 74). If the act is performed, i.e. if the contract is entered with a third party in good faith,<sup>29</sup> the act will therefore be considered valid (Revel 2018, 43; Terre, Simler 2019, 80). Finally, the Mauritian Civil Code, as well as the *Borrower Protection Act* of 2007, provide protection of the matrimonial home against the arbitrary acts of disposition that one of the spouses might be tempted to make. Thus, according to Article 216 of the Mauritian Civil Code, one spouse may not dispose of the rights on the matrimonial home (the family's main residence<sup>30</sup>) nor of the furniture with which it is furnished, without the consent of the other. As long as the spouses are married, under the legal regime of community of property this protection is absolute. In other words, the protection provided in article 216 of the Civil Code applies to a house or a flat belonging exclusively to one of the spouses (personal property) and to a house or a flat belonging to both spouses (common property). It also applies to premises rented by one or both spouses as well as to premises for which usufruct rights been bestowed upon one or both spouses. The

<sup>24</sup> However, there is an exception to this rule: when a loan has been taken out by one spouse alone, the responsibility of the two spouses for its repayment will nevertheless be joint and several, provided that the loan relates to modest sums and that these sums are necessary for the needs of everyday life.

<sup>25</sup> For example, a spouse can rent out a car that is the common property, for a year.

<sup>26</sup> Thus, a spouse can alone collect the income generated by car rental.

<sup>27</sup> For instance, a spouse can sell a lawn mower or a TV set that is common property.

<sup>28</sup> An exception is made for the furniture that falls within the scope of Article 216 of the Mauritian Civil Code (protection of the matrimonial home).

<sup>29</sup> The third party is in good faith if they did not know the real situation, i.e. the opposition of the other spouse to the act. – See: *P. Khulpateea v. Banque Nationale de Paris Internationale* 1996 SCJ 379.

<sup>30</sup> Only the main residence qualify as the matrimonial home; the secondary residence, a bungalow, for example, where the family spends a few days or weeks per year, for vacation, is not specially protected by the law.

act of disposition of the matrimonial home, for which Article 216 of the Mauritian Civil Code requires the consent of both spouses, may be in the form of a sale agreement, an exchange agreement, a gift, the constitution of a mortgage, a floating charge or of a fixed charge, etc. As previously mentioned, the protection of the matrimonial home provided for in Article 216 of the Mauritian Civil Code concerns only spouses married under the legal regime of community of property, whether the premises are their personal property<sup>31</sup> or a common property. Article 216 of the Code affords no protection to spouses married under the legal regime of separation of property regime (Article 216 (3) of the Code).<sup>32</sup>

## 2.2. Legal Regime of Community of Property

In Mauritian civil law, spouses choose their matrimonial regime freely. This freedom is provided in articles 1393 and 1479 of the Mauritian Civil Code. The only limit to this freedom is the need to respect public order and good morals (Article 1479 of the Code). There are two legal regimes in the Mauritian Law on Matrimonial Property Regimes, i.-e. the community of property and the separation of property. When entering into the marriage, the spouses may opt for the application of one or the other legal regime, as provided in section 24 (2) of the *Civil Status Act*. If they remain silent, the regime of community of property is applied (Article 1393 of the Mauritian Civil Code). Finally, the spouses may also adapt the legal rules to their needs, through a marriage contract, as long as this contract is not contrary to public order or to the accepted principles of morality (Articles 1387 and 1393 of the Mauritian Civil Code).

The most frequent regime is the regime of community of property (Terre, Simler 2019, 197). According to Article 1401 of the Mauritian

---

<sup>31</sup> In the judgement of the Supreme Court of Mauritius in *Sondhoo v. Hong Kong and Shanghai Banking Corporation Ltd & Anor* 1999 MR 160, and *Aubeelock v. Aubeelock & Ors* 1999 MR 199, the Court was of the opinion that the consent of both spouses is necessary under Article 216 of the Mauritian Civil Code, when the spouses are married under the regime of community of property, even though the premises which serve as the matrimonial home are the exclusive property of one of the spouses. Thus, the contract of security or the sale made by one spouse alone, without the consent of the other, will be subject to relative nullity. The spouse who has not given his or her consent to it will be able to invoke the nullity of the contract.

<sup>32</sup> In the judgment of the Supreme Court of Mauritius in *Marc Alain Bouton vs The Mauritius Commercial Bank Limited* 2005 SCJ 60, the applicant (husband) asserted that his wife had created, on their matrimonial home, a security, for the benefit of a bank, and without the husband's consent. Consequently, he ask for the cancellation of this security. The Supreme Court of Mauritius nevertheless decided that the wife did not have to ask for her husband's consent as the couple were married under the regime of separation of property and Article 216 of the Mauritian Civil Code did not apply. – However, the matrimonial home of the spouses married under the regime of separation of property has been protected to a certain extent (against the creation of a mortgage, a fixed charge and a floating charge) by Section 12 of the *Borrower Protection Act*.

Civil Code the community of property of the spouses consists of any property acquired by the spouses for consideration (*à titre onéreux*) during the marriage (Terre, Simler 2019, 198).

First of all, the professional income of each spouse, mentioned in Article 223 of the Mauritian Civil Code, is the common property of the spouses,<sup>33</sup> despite the fact that each spouse can collect it alone and dispose of it alone. Moreover, the income generated by the personal property of each spouse is also considered common property (Monteiro 1998, 28; Terre, Simler 2019, 220; Nicod 2007, 1578). For example, the rent from a house owned by one spouse is considered common property. Finally, all the property that the spouses have acquired for consideration during the marriage is common property<sup>34</sup> and the acquisition for consideration is to be understood in a very broad sense (Aubry 2019, 833).<sup>35</sup> The origin of the funds used to acquire the property is irrelevant. For example, the purchase of land or a house financed by the personal money of one of the spouses will be considered the property common to both spouses. On the other hand, it does not matter whether, from the formal point of view, only one spouse is a party to the contract for purchase or both spouses are (Bremond., Nicod, Revel 2014, 1905). The spirit of common property will prevail and the acquisition of a property for consideration, during the marriage, is considered more important than the fact that the name of only one spouse is mentioned in the contract for purchase. Thus, even if only one spouse is designated as the purchaser of the house in the contract made before the public notary, both spouses are the owners of the house. The construction of a family house (matrimonial home) on land that is the common property of the spouses is also considered an acquisition for consideration.<sup>36</sup> Thus, the house will become common property of the spouses. The rule is based not only on Article 552 of the Mauritian Civil Code (the accession rule), but stems also from the spirit of the regime of community of goods. It is considered that a property made by one spouse

---

<sup>33</sup> Cass. 1<sup>st</sup> ch. 17 April 2019, *Recueil Dalloz*, 2019, 665; *Revue trimestrielle de droit civil*, 2019, comment Nicod M., 643.

<sup>34</sup> It should be noted that gifts that the spouses receive during the marriage may, under certain exceptional conditions, also become common property: 1) when a gift is explicitly made for the benefit of both spouses, in other words, the gift is made to both spouses as recipients of the donated property; 2) when a gift was made for the benefit of only one spouse, but the gifter's desire to make it a common property for both spouses was clearly expressed in the gift contract. See: *Mrs. Shrutee Bissoo v. Mr Subash Mohunlall Bissoo* 2000 SJC 269.

<sup>35</sup> See: CA Paris, 3<sup>rd</sup> February 2010, *Revue trimestrielle de droit commercial*, 2011, comment Pollaud-Dulian F., 108; Cass. 1<sup>st</sup> ch. 9 March 2011, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2011, 577; Cass. 1<sup>st</sup> ch. 12 May 2011, *Recueil Dalloz*, comment Marrocchella J. 2011, 1413.

<sup>36</sup> This is the case even if the construction was entirely financed with the personal money of the husband or the wife.

alone during the marriage is common property (Terre, Simler 2019, 201), because it results from the common effort of the spouses. This rule is laid down in the judgement of the Supreme Court of Mauritius *Ramanjooloo G. N. v. Vyapooree M.* of 2014.<sup>37</sup>

In Mauritian Law on Matrimonial Property Regimes, spouses married under the legal regime of community of goods have three types of power. First, there are the powers that are said to be competing, which means that each spouse can perform alone conservatory acts,<sup>38</sup> acts of administration<sup>39</sup> and acts of disposition<sup>40</sup> of any property that is not subject to the co-management regime or the regime of exclusive power. In Mauritian Civil Law, the competing powers of the spouses exist for most movable property and each spouse can *a priori* sell a piece of furniture that is common property without the consent of the other spouse. Second, the immovable property (buildings, land, right to construct, etc.) are subject to co-management, which means that the acts of disposition on such property (for example sale, gift, exchange, creation of a mortgage, of a fixed charge and of a floating charge) require the consent of both spouses.<sup>41</sup> If both spouses have not consented to an act of disposition of an immovable property, the act will be void. The nullity is a relative one and may be invoked only by the spouse who has not given his or her consent to the act.<sup>42</sup> It is to be noted that *the gift of any common*

---

<sup>37</sup> 2014 SCJ 178 – In this judgement the Supreme Court of Mauritius stated that the case falls within the scope of Article 1401 of the Mauritian Civil Code. The Court placed particular emphasis on the fact that an acquisition, in the sense of community of property, is all the property acquired for consideration by one spouse alone or by both of them during the application of the regime of community of property (during the marriage) but also all the goods produced during the marriage by one spouse alone by his or her manual or intellectual activity. The Court also stated that despite the fact that the land was purchased with the husband's personal means and the house was built thanks to the loans that he had taken out, the land and the house are his personal property. Even if one spouse alone created or acquired a property during marriage this property will become part of the common property of the spouses: "However, despite the unrebutted evidence that the plaintiff purchased the land and put up the building from his own personal funds the property in lite does not constitute a *bien propre* of the plaintiff this in view (...) of Article 1401 to the effect that *les acquêts* during the subsistence of the *communauté* between the spouses be it from the sole contribution of one spouse, form part of the *communauté légale*."

<sup>38</sup> These acts are necessary, essential, because of the urgency of the situation.

<sup>39</sup> These acts are necessary for the proper management of the spouses' common property.

<sup>40</sup> The acts of disposition pertain to the essence of the spouses' common property, and their effect is to bring out of the common property some of the common goods. For example, contracts such as sale, exchange, gift, etc. of a common goods are the acts of disposition.

<sup>41</sup> Article 1424 of the Mauritian Civil Code.

<sup>42</sup> Article 1427 of the Mauritian Civil Code.

*property, i.-e. the immovable property, as well as the movable property is subject to the co-management regime.* In other terms, Article 1422 of the Mauritian Civil Code<sup>43</sup> requires the consent of both spouses for a valid gift of the spouses' common property. Third, certain powers bestowed on the spouses married under the legal regime of common property are exclusive. Firstly, each spouse has exclusive powers over their personal property.<sup>44</sup> Secondly, the professional income of each spouse, which is a common property of the spouses, is subject to the exclusive power of the spouse who earned it. Thus, Article 223 of the Mauritian Civil Code states that each spouse is free to spend as they wish their professional income, but after having contributed to the expenses of the marriage, in accordance with the law (Article 214 of the Code).

### 3. INTERPRETATION OF ARTICLES 223, 1131, 1133 AND 1422 OF THE MAURITIAN CIVIL CODE

The short overview of the Mauritian Law on Matrimonial Property Regimes leads us to the particularly interesting issue of the gift of earnings and wages made by one spouse, alone, for the benefit of a third person, and especially for the benefit of a concubine. We will try to show that this type of gift is not necessarily invalid from the point of view of the Mauritian Law on Matrimonial Property Regimes as well as from the point of view of Mauritian Law of Obligations.

#### 3.1. Validity of the Gift of the Professional Income Made by Spouse for the Benefit of a Concubine, from the Point of View of Mauritian Law on Matrimonial Property Regimes

According to Article 1422 of the Mauritian Civil Code, the consent of both spouses is always required for any gift of common property. Thus, both spouses have to give their consent for the gift of a common immovable or movable property, otherwise the gift will not be valid. On the other hand, earnings and wages of a spouse, i.-e. the professional

---

<sup>43</sup> “The spouses cannot, one without the consent of the other, make a gift of their common property”.

<sup>44</sup> For example, a spouse who owns a car as the exclusive owner can sell or exchange it alone, without the consent of the other spouse. Moreover, a spouse who is a welder can sell their own welding machine, without the consent of the other spouse. In order to protect the equality of the spouses and their dignity as human beings, it is considered that the spouses cannot enter into a marriage contract that would derogate from this rule by providing, for example, that the sale of a wife's personal (exclusive) property will be subject to the consent of her husband. The rule is of public interest (*ordre public*). See articles 6, 1479 and 1480 of the Mauritian Civil Code. On the other hand, one spouse can grant the other a proxy for the sale of their exclusive property.



income, are a common property and Article 223 of the Mauritian Civil Code stipulates that the spouse who earned the income has the right to dispose of it unilaterally and freely.<sup>45</sup> It may happen that a married person makes a gift of those earnings and wages to a third person and particularly to a concubine.<sup>46</sup> Thus, the issue arises of the rule that should prevail in this type of situation; Article 223 or Article 1422 of the Mauritian Civil Code. It is our opinion that the rule on the free disposition of earnings and wages, provided in Article 223 of the Code should prevail. This legal rule forms part of the primary matrimonial regime in Mauritius (articles 212 through 226 of the Code) which is of public order (*d'ordre public*) and applicable to all matrimonial regimes. On the other hand, Article 1422 of the Civil Code is the part of a specific matrimonial regime (community of property) and is not common to all matrimonial regimes.<sup>47</sup> This is why when a spouse make a gift of a sum of money, derived from his or her professional income, to a concubine, the gift will be valid from the point of view of the Mauritian Law on Matrimonial Property Regimes. In other words, Article 223 of the Code allows a spouse to make a gift of their professional income to a concubine. However, Article 223 of the Mauritian Civil Code does not suffice in order to make such a gift valid. The other issue raised by this type of gift is the issue of the validity from the point of view of Mauritian Law of Obligations.

The technical instrument that the Mauritian judge will use in order to assess the validity of a gift of the professional income made by a spouse to his concubine is the cause of contract (*cause du contrat*). As long as the cause of the gift made by a spouse to his concubine is lawful, this spouse, in spite of the fact that he is married, can freely dispose of his earnings and wages for the benefit of the concubine, provided he has contributed to marriage expenses. This statement needs to be elaborated.

### 3.2. Validity of the Gift of the Professional Income Made by Spouse for the Benefit of a Concubine, from the Point of View of Mauritian Law of Obligations

The cause of contract (on the suppression of this term in the French Civil Code in 2016 see: Chenede 2018, 67; Tranchant, Egea 2018; Cabrillac 2018, 81; Aubert, Collart-Dutilleuil 2017, 89; Albiges, Dumont-Lefrand

<sup>45</sup> The only limit to this freedom is the fulfilment of the legal obligation stipulated in Article 214, to contribute to the matrimonial charges.

<sup>46</sup> In Mauritian Law, the *concubinage* is be defined as the community of life, stable and enduring between a man and a woman. *Vide*, Cass. crim. 8 January 1985, *La Semaine Juridique, Ed. G.*, 1986, comm. Endréo G., n° 20, II 20588; Cass. crim. 4 June 1985, Responsabilité civile, *La Semaine Juridique, Ed. G.*, 1985, n° 41, 102392; Cass. crim., 5 October 2010, *Droit de la famille*, 2011, comm. Larribau-Terneyre n° 1, comm. 1.

<sup>47</sup> Cass. 1<sup>ère</sup>, 14 November 2007, *AJ Famille* 2008, comment Hilt P., p. 86

2019, 71; Mekki 2016, 494; Terre, Simler, Lequette, Chenede 2019, 165; Wicker 2015, 107; Ansault 2014, 22; 26; Ferrier 2015, 74; Houtcieff 2009, 198), also known as subjective cause, may be defined in Mauritian civil law as the personal reasons that are at the origin of the act of will. In other words this cause consists of the motives having determined a party to make a contract (Chenede 2016, dossier 4; Latina 2009, 131; Belanger 2007, 82; Baraké, 2007, 117; Josserand 1984, 24). Articles 1131 and 1133 of the Mauritian Civil Code provide that this cause has to be in conformity with the law, public policy and good morals; otherwise the contract will be void. The cause of contract is applicable to contracts without consideration, such as gift. As mentioned before, the judgements of the French Court of Cassation are the persuasive authority in Mauritius. It should be noted that a spectacular reversal, relating to the cause of the acts of disposition without consideration (such as gift) made by a spouse for the benefit of a concubine, occurred in two judgments of the French Court of Cassation, delivered respectively in 1999 and 2004.<sup>48</sup> For many years, in France, a gift was declared void when its author intended to form, continue, resume or remunerate cohabitation relationships with the beneficiary of the gift, i.-e. his concubine (Mazeaud 2004, 467; Lambert 2006, 288).<sup>49</sup> On the other hand, when the decisive motive of a gifter consisted of the intention to compensate his former concubine for the damage suffered as the result of their separation or to express his feelings towards the concubine who later became his wife or towards the concubine who took care of him during his illness, the cause of the contract of gift is not considered illegal (Mazeaud 2004, 468; Lambert 2006, 288).<sup>50</sup> Thus, the gift will be valid. The First Civil Chamber of the French Court of Cassation abandoned this traditional distinction pertaining to the cause of contract, and stated in a judgment rendered on 3 February, 1999 that the act of disposition without consideration made by a septuagenarian to his young mistress a few months before his death was not null for the immoral cause of the act, despite the fact that the author of the above-mentioned gift had made it in order to maintain an adulterous relationship with his mistress (Mazeaud 2004, 468).<sup>51</sup> Moreover, the Plenary Assembly of the French Court of Cassation has stated, in a judgment rendered on 29 October 2004

<sup>48</sup> Cass. Ass. plén. 25 October 2004, Bull. civ. 2004, Ass. plén. n° 12; Cass. 1<sup>ère</sup>, 3 February 1999, Bull. civ. I, n° 43, 29.

<sup>49</sup> Cass. civ. ch. 11 March 1918, DP, 1918, I, p. 100; Cass., req. ch. 8 June 1926, D. P. 1927, I, 113 – See also: Cass., 1<sup>st</sup> ch., 3 December. 1991, n° of pourvoi: 90–17347; Cass. 1<sup>st</sup> ch., 11 October 1988, n° of pourvoi: 87–15343; Cass., soc. ch. 4th October 1979, Bull. civ. V, n° 680; Cass. 2<sup>nd</sup> ch., 10 January 1979, Bull. civ. II, n° 10, 7; Cass. 1<sup>st</sup> ch., 15 December 1975, Bull. civ. I, n° 365, 303.

<sup>50</sup> Cass. 1<sup>st</sup> ch., 26 June 1990, n° of pourvoi: 88–19760 – Compare with: Cass. crim. 21 Decembar 1971, Bull. crim. 1971, n° 365, 916; Cass. 1<sup>st</sup> ch., 6<sup>th</sup> October 1959, D. 1960, jur. 515.

<sup>51</sup> Cass. 1<sup>st</sup> ch., 3 February 1999, *Ibid.*

that an act of disposition without consideration is not null and void for the immoral cause when the author of the act, who is married, aims to remunerate the favors of a concubine.<sup>52</sup> If the Mauritian Supreme Court decides to follow the new position that the French Court of Cassation expressed in the judgments of 1999 and 2004, it will render any gift of professional income made by a married person to his concubine valid, even if the main mobile of the author of such a gift was to remunerate his concubine. We are of the opinion that such a solution is not the most suitable for the Mauritian Civil Law. It seems impossible to dismiss from the legal analysis of the cause of a gift of professional income made by a married person to his concubine, the legal obligation of loyalty between spouses, arising from the mandatory provisions of the Mauritian Civil Code (Lombard 2008, 123) (Article 212 of the Code<sup>53</sup>). This obligation of fidelity (loyalty) between spouses forms part of the directional public policy (*ordre public de direction*), as the fidelity between spouses is one of the fundamental values in Mauritian society. Consequently, the personal motive of the gifter, which would be establishment, resumption, continuation or reward of adulterous relationships, is explicitly contrary to the law and to public order in Mauritius (Article 212 of the Code). Moreover, the attempt by a gifter to buy the fidelity of his concubine by means of material goods does not deserve to be tolerated by Mauritian law, because such attempt is not in conformity with morals in Mauritius and is contrary to articles 6, 1131 and 1133 of the Civil Code. Fidelity of spouses is not a commercial goods in Mauritius and it is therefore *hors du commerce*.<sup>54</sup> In conclusion, we approve the position of the Mauritius Supreme Court expressed in the judgment in *Pool and Arthur Savy v. Delorie* of 1958<sup>55</sup> where the Court stated that a gift intended to start, continue, resume, or remunerate cohabitation relationships between a married person and his concubine is void for illegal or immoral motives, but the nullity of a gift may be avoided when the gifter seeks, for example, to repair the damage to a concubine who separated from the married person. It is easy to understand that the position of our Supreme Court is the same as the position held by the French Court of Cassation before the reversal made in 1999 and 2004. The validity of a gift made by a married person to his concubine will depend on the conformity of his motives to the law, public interest and the morality. Thus, in most cases a gift of professional income made by a married person to his concubine will be void from the point of view of Mauritian Law of Obligations, because the gifter seeks to remunerate his concubine, in one or another way. However, there may be some cases where the motive of the married person who

<sup>52</sup> Cass. Ass. plén. 25 October 2004, *Ibid*.

<sup>53</sup> “The spouses owe each other loyalty, help, assistance”.

<sup>54</sup> See articles 1128 and 1598 of the Mauritian Civil Code.

<sup>55</sup> MR 266.

donates his professional income to his concubine are commendable. It may occur when the gifter wishes to repair the damage caused to the concubine whom he is about to leave or to thank her for having taken care of him during his illness.

#### 4. CONCLUSION

We have attempted to show, after having provided a brief overview of the Mauritian Law on Matrimonial Property Regimes, that a gift of professional income made by a spouse to his concubine is not necessarily void. On one hand, this kind of gift is in conformity with Article 223 of the Mauritian Civil Code, providing that every spouse may dispose alone of their professional income. On the other hand, even if it is true that the above mentioned gift will often be void because the motives of the gifter are contrary to the law, public policy or good morals in Mauritius, it will not always be the case. It may occur that the gift of professional income generated by a spouse to his concubine does not violate articles 6, 1131 and 1133 of the Mauritian Civil Code, because the main motive of the gifter is commendable. The gift will thus be valid both from the point of view of the Mauritian Law on Matrimonial Property Regimes as well from the point of view of the Mauritian Law of Obligations.

#### REFERENCES

- Agostini, Eric. 1992. Heurs et malheurs du mariage religieux à l'Ile Maurice, 21–22 in *Etudes offertes à Pierre Jobert*. Bordeaux: Presses universitaires de Bordeaux.
- Albige, Christophe, Dumont-Lefrand Marie – Pierre. 2019. *Droit des sûretés*, 7<sup>th</sup> ed. Paris: Dalloz.
- Angelo A. H. 1970. Mauritius: The Basis of the Legal System, III *CILSA*, 237–239.
- Ansault Jean – Jacques. 2014. La Validité du contrat, *Journal des sociétés*, n° 118, 22, 26.
- Aubert Jean – Luc, Collart-Dutilleuil François. 2017. *Le contrat. Droit des obligations*. 5<sup>th</sup> ed. Paris: Dalloz.
- Aubry Marie – Christine. 2019. Attributions gratuites d'actions et régime de communauté, 833, *Recueil Dalloz*.
- Baraké Samuel. 2007. *Le champ contractuel*, PhD thesis, Bordeaux.
- Belanger Laure. 2007. *La Condition de survie et l'acte juridique*, Paris: L. G. D. J.

- Bogdan Michael. 1989. *The Law of Mauritius and Seychelles, A Study of Two Small Mixed Legal Systems*. *Jurisförlaget I Lund, Wallin & Dalholm Boktryckeri AB*.
- Brémond Vincent, Nicod Marc, Revel Janine, 2014. *Droit patrimonial de la famille*, June 2013-June 2014, 1905, *Recueil Dalloz*.
- Brémond Vincent. 2003. *Domaine d'application de la solidarité ménagère*, 1863, *Recueil Dalloz*.
- Burgeat E. 1975. *La revision du Code civil à l'Ile Maurice*, 315, *Annuaire des Pays de l'Océan Indien*, Vol. 2.
- Cabrillac Rémy. 2018. *Droit des obligations*. 13<sup>th</sup> ed. Paris: Dalloz.
- Chaffois Benoît. 2020. *Les errements de la contribution aux charges du mariage*, 60, *Recueil Dalloz*.
- Chénéde François. 2018. *Le nouveau droit des obligations et des contrats, consolidations-innovations-perspectives*. 2<sup>nd</sup> ed. Paris: Dalloz.
- Chénéde François. 2016. *La Cause est morte... vive la cause ?*, *Contrats Concurrence Consommation*.
- Domingue Pierre – Rosario. 2002. *The Historical Development of the Mixed Legal System of Mauritius during the French and British Colonial Periods*, 62, *Research Journal, Law, Management and Social Sciences*. Vol. 4.
- Ferrier Nicholas. 2015. *Le Renforcement du rôle du juge dans la détermination et la révision du contenu du contrat*, 74, in *La Réforme du droit des obligations en France, 5<sup>e</sup> journées franco-allemandes*. Société de Législation Comparée.
- Houtcieff Dimitri. 2009. *Le Contenu du contrat*, 198, in *Pour une réforme du droit des contrats, sous la direction de François Terré*, Paris: Dalloz.
- Josserand, Louis, 1984. *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Paris: C. N. R. S.
- Lambert, Sophie. 2006. *L'Intention libérale dans les donations*. Aix-en-Provence: Presse universitaire d'Aix– Marseille.
- Latina, Mathias. 2009. *Essai sur la condition en droit des contrats*, Paris: L. G. D. J.
- Law Reform Commission, *Background Paper, Reform of Codes*, October, 2010, <http://lrc.gov.mu/English/Reports/Pages/Reports-and-Papers.aspx>.
- Lombard, Frédéric. 2008. *La cause dans le contrat administratif*. Paris: Dalloz.
- Marrier d'Unienville, Raymond. 1969. *L'évolution du droit civil mauricien*, 96, in *Etudes de droit privé français et mauricien*,

- Congrès tenu à Saint-Denis de la Réunion (1<sup>er</sup> au 4 juillet 1965). Paris: Presses universitaires de France.
- Mazeud, Denis. 2004. La Cause, 467, in 1804–2004, *Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir*. Paris: Dalloz.
- Mekki, Mustapha. 2016. L'Ordonnance n° 2016–131, du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, 494, *Recueil Dalloz*.
- Moolan, Hamid. 1969. Les difficultés d'application des codes français à l'île Maurice et les projets de codification, 137, in *Etudes de droit privé français et mauricien*, Congrès tenu à Saint-Denis de la Réunion (1<sup>er</sup> au 4 juillet 1965). Paris: Presses universitaires de France.
- Monteiro, Evelyne. 1998. A propos des revenus des biens propres des époux dans le régime légal, 28, *Revue trimestrielle de droit civil*.
- Nicod Marc. 2007. Appartenance des fruits et revenus des biens propres à la communauté: l'ambiguïté est levée !, 1587, *Recueil Dalloz*.
- Mixed Jurisdictions Worldwide, The Third Legal Family*. Second Edition. 2012. Edited by Palmer Vernon Valentine. Cambridge: Cambridge University Press.
- Peterka, Nathalie. 2018. *Régimes matrimoniaux*, 5<sup>th</sup> ed. Paris: Dalloz.
- Revel, Janine. 2018. *Les régimes matrimoniaux*, 9<sup>th</sup> ed. Paris: Dalloz.
- Simler Christel, Lasserre Capdeville Jérôme. 2016. Ouverture de crédit, découvert en compte et communauté universelle, 2507, *Recueil Dalloz*.
- Terré François, Simler Philippe, Lequette Yves, Chénéde François. 2019. *Droit civil, Les obligations*. 12<sup>th</sup> ed. Paris: Dalloz.
- Terre, François, Simler Philippe. 2019. *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, 8<sup>th</sup> ed. Paris: Dalloz.
- Tranchant Laetitia, Egea Vincent. 2018. *Droit des obligations*. 23<sup>rd</sup> ed, Paris: Dalloz.
- Venhard Louis –Edwin. 1982. L'application du droit mixte à l'île Maurice, 31, *Mauritius Law Review*.
- Wicker, Guillaume. 2015. La Suppression de la cause et les solutions alternatives, 107, in *La Réforme du droit des obligations en France, 5<sup>e</sup> journées franco-allemandes*. Société de Législation Comparée.

Article history:

Received: 29. 1. 2020.

Accepted: 11. 2. 2020.

УДК 340.12; 141.82:162.5

CERIF: S115

DOI: 10.5937/AnalipFB2001045B

Marko Božić, PhD\*

## INTELLECTUAL HISTORY OF A TEXTBOOK: RADOMIR LUKIĆ'S *INTRODUCTION TO LAW* BETWEEN MARX AND KELSEN

*Radomir Lukić's Introduction to Law was a model textbook in Communist Yugoslavia for nearly fifty years. Still in use as a learning source in present-day Serbia, it combines Marxist theory of law with Kelsen's normativism in order to explain the legal rule as a social fact without denying its normative dimension. In order to discern the reasons for and patterns of this synthesis, the paper compares the first five consecutive editions of Lukić's textbook, as milestones of the author's intellectual evolution. The initial hypothesis is that Lukić's teaching was no more than a reinterpretation of his Parisian doctoral thesis from the late 1930s. Inspired by French theory of social law and despite being Marxist, his teaching was not of Marxist origin. As such, it facilitates understanding of the Communist theory of law, especially Marxist perception and reception of Kelsenian normativism.*

Key words: *Marxism. – Normativism. – Introduction to law. – Radomir Lukić. – Communist theory of law.*

### 1. INTRODUCTION

What may be the purpose of intellectual history of a particular textbook? In the case of Radomir Lukić's *Introduction to Law*, the scientific inquisitiveness derives from academic praxis. Not only have more than 50 generations of Serbian jurists gained their first insights into law from this book, but it has served as a model for nearly every other

---

\* Assistant Professor, Union University Law School Belgrade, [marko.bozic@pravnofakultet.rs](mailto:marko.bozic@pravnofakultet.rs).

introduction-type textbook in the former Yugoslavia. Moreover, most of the contemporary Serbian authors are still using it, making Lukić's *Introduction to Law* more of a living legacy than a silent monument.<sup>1</sup>

Aware of it, Stevan Lilić offered a critical review of Lukić's "class concept of the state as the organization having the monopoly of physical force, and of law as the will of the ruling class" resulting directly in the interpreting of administrative action as "exercise of state power" (Lilić 2006, 63).<sup>2</sup> According to Lilić, this anachronistic, yet still influential Marxist definition, explains the Serbian resistance to accept the modern concept of state administration as a public service. Although limited to the field of administrative law, this critical review obviously implies a boarder conclusion: as anachronistic, Lukić's perspective still generates harmful consequences.

The initial idea of this paper was to relativize Lilić's conclusion, not only because a definition need not necessarily be faulty due to its Marxist foundation, but precisely because Lukić's definitions were not exclusively of Marxist origin. It is a commonly known fact that his *Introduction to Law* was a syncretic work that combined Marxist theory of law with Kelsenian normativism. The fact that there is no analytical research dealing with the reasons for and patterns of this synthesis offers an excellent impetus for this study. Its initial hypothesis is that Lukić's *Introduction to Law*, as well as his theory in general, combined a sociological approach with normativism in order to explain the legal rule as a social fact without denying its normative dimension. Lukić's so-called objective law theory, formulated under the influence of pre-war French theory of social law, was adaptable enough to the terms of new, post-war ideology of the communist Yugoslavia. The history of his *Introduction to Law* is thus the history of this adaptation.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Lukić's *Introduction to Law* is a true watershed that divides pre-1941 and post-1945 production of textbooks in this field. By its structure, definitions, choice of topics and the method of their presentation, this book has set the standards that are still generally accepted and observed. The only one (or two) recent exception(s) to this rule was to some extent Kosta Čavoški's *Introduction to Law*, used optionally from 1994 to 2011 at the Belgrade University Faculty of Law (or Ricardo Guastini's *Syntax of Law*, translated into Croatian by Luka Burazin, and from 2016 on in use as a textbook in University of Zagreb Faculty of Law).

<sup>2</sup> The fact that Stevan Lilić has already discussed Lukić's theory of state allows us to focus this study on his theory of law.

<sup>3</sup> In his endeavor to create a systemic Marxist-based theory of law, Lukić had no real competitor in the former Yugoslavia. But on some Marxist legal philosophy points and especially on Kelsen's pure theory of law, in 1963 Lukić clashed with Ljubomir Tadić (then University of Sarajevo Faculty of Law), who – unlike Lukić – was at the time very close to Lukács' interpretation of Marx and in many more ways critical of Kelsen, and afterwards a prominent member of *Praxis* philosophy school. Tadić's PhD thesis on Kelsen (in 1962) became an issue of a vigorous debate with Lukić in 1963 (Lukić, 1963a,



In order to illustrate the latter claim, this paper will compare the first five consecutive editions of Lukić's textbook perceived as milestones of his intellectual evolution which was, *grosso modo*, completed by the early 1960s: *Encyclopedia of Law* of 1946 (hereinafter *Encyclopedia*), *Theory of State and Law Learning Material* of 1952 (hereinafter *Material*), *Theory of State and Law II*, editions of 1954 and 1957 (hereinafter *Theory*, ed. '54 or ed. '57) and the second edition of his *Introduction to Law* of 1961 (hereinafter *Introduction*, ed. '61). The focus will be on the way Lukić progressively modeled his fundamental legal categories apparatus, i.e. the notions of the legal norm, legal act and legal relation, as well as his theory of interpretation. To describe avenues of this twofold influence, the following Lukić's preferred sources will be given priority: Soviet textbooks that he was obliged to use during the late 1940s<sup>4</sup>, and Kelsen's *General Theory of Law and State* that he himself translated in the early 1950s.<sup>5</sup> With regard to Lukić's intellectual background, the paper will

---

Lukić 1963b, Tadić 1963a, Tadić, 1963b). For more on this polemic, see Grebo 1979 and Basta 2019.

<sup>4</sup> These textbooks were written by authors from the so-called second generation of Soviet legal theoreticians. The first post-revolutionary generation of Soviet theoreticians, led by Stuchka and Pachoukanis, professed the "withering away of the state and law" and defined law as a system of social relations rather than a system of norms. After 1931, such an approach would have been ideologically eliminated and progressively replaced by another theory in line with the political needs and actions of Stalin's socialist state. This new Soviet socialist theory of state and law, incarnated in Andrey Vyshinsky and the second generation of Soviet theoreticians such as Golounsky, Strogovitch and Denisov, became less suspicious towards normativism and ready to adapt it to Marxist premises. Despite of the fact that Yugoslav theory of law came along with this teaching and was ready to accuse the first generation of Soviet authors as "vulgar economists of Trotskyist-Buharin attitude" (Lukić 1948, 615–619; translation by author), Yugoslav theoreticians were mostly interested in the early post-revolutionary period of sociological orientation (Tadić 1957; Džinić 1963; Anzulović 1967; Gams 1967). On the other hand, reviews and critical analyses of this mature Soviet theory of law remained extremely rare (Lukić 1948; 1957b; Popović 1980), notwithstanding Radomir Lukić and some other prominent Yugoslav authors, such as Jovan Đorđević in Belgrade or Ivo Krbek in Zagreb, who had adopted the same approach. This is most likely due to the rising detachment from the USSR after the Tito-Stalin split in 1948. A brief, but harsh ideological critical review of Denisov's textbook in 1950 confirms this turning point in Yugoslav legal science (Unknown Author /probably Radomir Lukić/ 1950, 165–166). Naturally, it does not mean that Lukić lost contact with and interests in the Soviet legal thought and its further evolution. On the contrary, a lion's share of his personal library at the time (until the 1960s) had been composed of Soviet and, generally, Marxist legal literature.

<sup>5</sup> Hans Kelsen's *General Theory of Law and State* was translated by Radomir Lukić and Milorad Simić and published as an edition of Belgrade-based legal review *Arhiv za pravne i društvene nauke* in 1951 under the title *Opšta teorija prava i države* (Kelsen 1951). All references to Kelsen's classical work in this text are taken from this Serbian edition that was apparently the main source of Lukić's normativism. Lukić's reading of Kelsen was mostly focused on his early writings, especially *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* and his Berkeley textbook of 1945 (Lukić 1950; 1951; 1955a; 1955b; 1983), and much less on his *Pure Theory of Law*, which Lukić considered a writing of

also point to the pre-war Serbian and French teaching books,<sup>6</sup> which have been mostly relied on – let’s call it – classical theory of law that for the purposes of this paper designates dominant European pre-Kelsenian theories of law.<sup>7</sup> However, this paper does not take into consideration other post-war textbooks from the period of socialist Yugoslavia since they were all quite similar and came after Lukić’s classical volume, so they may only indicate the importance of Lukić’s influence and, consequently, corroborate the practical importance of this research.<sup>8</sup>

## 2. MARXIST-KELSENIAN SYNTHESIS

According to *The Great Soviet Encyclopedia*, “normativism as a whole is directed against the Marxist interpretation of law” since it holds that legal science must “disregard the social factors” and “that law must be studied in ‘pure form’ as a special normative sphere independent of social life and economic and political conditions.” If this is the case, it is so because “normativism is based on the neo-Kantian idea that the ‘ought’ and the ‘is’ are inseparable from one another and that the former cannot be derived from the latter...”<sup>9</sup> Unburdened by this neo-Kantian dichotomy, Marxist theoreticians felt free to explain the legal rule as a normative phenomenon determined by its social background. After 1945 Lukić also followed such an approach,<sup>10</sup> but he left the door open

---

secondary importance that “added nothing really new to the author’s general ideas” (Lukić 1950, 333).

<sup>6</sup> Especially the titles that had been pointed out by Lukić himself as literature and sources relevant to his work (Lévy-Ullmann 1917; May 1932; Du Pasquier 1937; Juliot de la Morandière *et al.* 1951) and listed under each chapter (Lukić 1957a) or after Introductory remarks (Lukić 1961a).

<sup>7</sup> For a detailed historical survey of the discipline in the civil law world (including 20<sup>th</sup> century Europe) before and after Kelsen, see Pattaro, Roversi 2016.

<sup>8</sup> Author of this article expresses his gratitude to the Judge Renata Pavešković, Head of the Velika Plana Court District, who kindly made it possible to consult the personal library of Professor Radomir D. Lukić that was bequeathed to this Court after 1999.

<sup>9</sup> *The Great Soviet Encyclopedia*, 3rd ed. (1969–1978, 1981), vol. 18, 1974, 382–383; cited according to Hasanbegović 2015, 69–70, n. 1. It seems that Jasminka Hasanbegović was the first one (at *loc. cit.*) who noticed a grave misprint in that Encyclopedia’s wording: “If this is the case, it is so because ‘normativism is based on the neo-Kantian idea that the ‘ought’ and the ‘is’ are inseparable from one another and that the former cannot be derived from the latter,” instead of saying: “If this is the case, it is so because ‘normativism’ is based on the neo-Kantian idea that the ‘ought’ and the ‘is’ are so separate from one another and that the former cannot be derived from the latter” (Hasanbegović 2015, 70).

<sup>10</sup> Lukić also claimed that Kelsen’s starting point must surely be wrong since he denied that “normativity is a part of reality” (Lukić 1950, 334).

to normativism by recalling that its founding father Hans Kelsen had never really dismissed the Marxist class concept of law as wrong, but only as irrelevant for understanding the way normative side of law really functions (Lukić, 1955a, 234).

## 2.1. Legal Norm

The fourfold structure of the legal norm is probably the best-known feature of Lukić's *Introduction to Law*. Indeed, a brief survey of older and alternative Yugoslav legal literature of the time is illustrative enough: the pre-war Belgrade legal teachings never explained the legal norm in this way,<sup>11</sup> and the post-war Zagreb and Ljubljana legal teachings have been in this respect under Lukić's influence.<sup>12</sup>

The new understanding of sanction lies at the core of his doctrine. According to the oldest legal literature that Lukić refers to, the legal rule is a hypothetical statement compounded of only two elements (i.e. the disposition or legal rule *stricto sensu*, and its hypothesis as a qualifier describing, i.e. determining a fact or facts needed for the implementation of that rule). The sanction itself was only a mere guarantee of due observation of the legal rule as such (provided by another legal rule).<sup>13</sup> Kelsenian and Soviet legal theory, on the contrary, recognized the sanction as an integral element of the legal norm. However, the role of sanction remained disputable. Kelsen perceived the sanction as the normative element of primary importance since only the fact that sanction existed for certain behavior implies the norm imposing the opposite. Contrary to Kelsenian theory, Soviet theory remained closer to understanding of

---

<sup>11</sup> While Feodor Taranovski's *Encyclopedia of Law* (Taranovski 1923, 132–134) followed the classical legal theory and its twofold and hypothetical structure of the norm, Stojković's *Introduction to Law* of 1940, as well as Tasić's *Introduction to Legal Sciences* of 1941, did not discuss this issue at all. In postwar Serbian legal theory, the classical teaching of the norm was still argued by Toma Živanović in *System of Synthetical Philosophy of Law* (Živanović 1997, 65–67).

<sup>12</sup> Berislav Perić's *Structure of Law* and Oleg Mandić's *State and Law II* at the Faculty of Law in Zagreb and Gorazd Kušej's *Introduction to Legal Science* at the University of Ljubljana broke away from the classical teaching of their predecessors (Lanović 1942, 63–70) and adopted the Soviet threefold model of the legal norm (Mandić 1958, 21–24; Perić 1964, 15–16; Kušej 1966, 99–101). The fact that the first editions of all these Yugoslav textbooks appeared after 1957, and that they often explicitly referred to Lukić's writings, makes Lukić's influence on these authors more than probable. This influence is far more evident at universities in southern and eastern parts of former Yugoslavia, which did not have a long tradition in legal education.

<sup>13</sup> In other words, a sanction was understood as a certain legal rule that ensures implementation of another legal rule. "La sanction est la conséquence attachée par le droit à la violation d'une règle juridique; [...] C'est une règle de droit qui la détermine" (Du Pasquier 1937, 107). Similar to this, Nikolai Korkunov (Korkunov 1922, 187) and Feodor Taranovski (Taranovski 1923, 282).

sanction as a necessary, yet secondary normative rule that only ensures the implementation of the primary one. This difference in reasoning is actually epistemological: from a Kelsenian strictly analytical perspective, the sanction (and the legal norm itself) makes sense only if its due implementation is guaranteed by another, superior sanction. Consequently, a legal order is considered a hierarchically organized series of sanctions that linearly enforce one another, ending with a logically needed but only hypothetical *Grundnorm*. For Soviet theory, with its allegedly scientific approach, the foundation of the sanction is empirical. Thus, Kelsen's logical and hypothetical *Grundnorm* has been replaced by a (categorical!?) fact: the State. Consequently, the rule is made legal not by just any sanction, but only by the *state-provided* sanction.

Obviously, Lukić's fourfold formula was not created *ex nihilo*. Innovative, yet not original, it was more an important part of the Soviet legacy than his genuine doctrine. Namely, in his first post-war textbook of 1946, Lukić still argues in favor of the Soviet three-part formula: the legal norm consists of a hypothesis, a disposition and a sanction (Lukić 1946, 25–28).<sup>14</sup> He may have easily adopted this teaching from Soviet textbooks that had already been in use at the Belgrade University during the late forties. Moreover, the Golounsky-Strogovitch textbook was a unique officially approved teaching material at the time, so Lukić's *Encyclopedia of Law* was only complementary learning material, which was expected to remain coherent with the Soviet theoretical standpoints. The way Lukić understood sanction as a secondary disposition, and especially its grounding ultimately in the State, placed him clearly on the Marxist line of 20<sup>th</sup> century legal thought. After all, Lukić's fourfold structure of the norm was no more than the further crystallization of the Soviet formula achieved through a gradual emancipation of *delict* as the fourth, free-standing and “logically necessary” element of the norm.<sup>15</sup>

Yet, it would be wrong to think that this early Soviet influence on Lukić resulted from his political opportunism.

Incorporation of *delict* into the logical structure of the norm, actually, may also indicate Kelsen's influence on Lukić's writings. Namely, it followed his reading of Kelsen's *General Theory of Law*

<sup>14</sup> Cf. Soviet textbooks of Golounsky-Strogovitch (Golunski, Strogovič 1946, 217–219) or Denisov (Denisov 1949, 358). There is an evident influence of Feodor Taranovski's textbook, especially regarding the typology of norms (Taranovski 1923, 134–138).

<sup>15</sup> The emancipation of *delict* was rapid, but gradual. Lukić's 1946 *Encyclopedia of Law* mentioned it briefly (Lukić 1946, 53). The 1952 *Materials* elaborated sanction as the third element compounded of two elements: the secondary hypothesis (*delict*) and the sanction *stricto sensu* (Lukić 1952, 52–53). Lukić's 1957 *Theory of Law* had already recognized determination, i.e. description of a *delict* as an equally important element of the complete (or perfect, i.e. compound) legal norm (Lukić 1957a, 82–83).

*and State*, which emphasized the sanction as a primary disposition, and consequently the delict as hypothesis for the sanction. The fact that Lukić, unlike other Yugoslav theoreticians of his generation, especially those from Ljubljana and Zagreb who kept the Soviet threefold formula, recognized the description, i.e. determination of the delict as so-called secondary hypothesis of the so-called perfect legal norm, which includes ultimately the State sanction, supports the assumption of a simultaneous and combined Soviet and Kelsen influence on his work.

Another important part of Kelsen's teaching that slowly but surely snuck into Lukić's *Introduction to Law*, eventually becoming a common place in his understanding of the norm structure: abandoning both the classical and the Soviet concept of the norm as, *per definitionem*, a hypothetical statement. This resulted from Kelsenian elimination of the classical distinction between legal rule and its effective implementation through the court rulings or administrative legal acts. Since decisions contained in these two kinds of concrete legal acts are not hypothetical, but categorical stances, classical legal theory treated them as concepts differing from norms (Du Pasquier 1937, 81–90). It was Kelsen who shifted this perspective. Since a court or administrative decision derives from a statute or other decisions containing (or able of creating) general legal rules, likewise statutory or similar general legal rules themselves stem from constitutional ones, so there is no real difference in their *nature*, but only in the *degree* of their extent, accuracy and concreteness. They are all norms: the first ones are concrete, and the second type belongs to abstract (or general) ones. According to Kelsen, the hypothesis of a general legal rule is perhaps a regular, but irrelevant element of the norm structure and dynamics.

It seems that Lukić was strongly affected by the idea of abandoning the hypothetical character of legal norm as its structural necessity.<sup>16</sup> Not only did Lukić adopt Kelsen's position on this matter early on,<sup>17</sup> but he

<sup>16</sup> Lukić's enthusiasm for this idea was genuine. The Soviet theory of the time did not explicitly recognize the distinction between the general and concrete (or singular) norm. In Denisov's textbook, "a norm is a rule of, more or less, general character" (Denisov 1949, 355; translation by author). Golounsky and Strogovitch differentiated between the abstract and concrete rule, but only as two different types of the general rules or proscriptions created by the state (Golounsky, Strogovitch 1946, 215–216). The French textbooks from the late 1940s that Lukić consulted discuss this aspect of Kelsen's normativism only as an interesting, but not recognized doctrine (Du Pasquier 1937, 93–94).

<sup>17</sup> If Lukić's 1946 *Encyclopedia* was strongly influenced by classical pre-war theory, and implicitly adhered to the idea of the norm as a hypothetical stance, his 1952 *Material* had already spoken of general and concrete norms, and undoubtedly mentioned that "[...] certain theoreticians do not consider individual [i.e. concrete] norms as norms, but as an implementation of a general norm on a specific situation, which means that only general norms are – norms." (translation by author) In other words, his classical standpoint of 1946 had become thoroughly relativized in 1952.

pointed it out in a way that it became a starting point for his norm theory.<sup>18</sup> Since there are concrete (or individual) norms containing a hypothesis, and general norms deprived of it, Lukić implicitly reached the conclusion that the hypothetical form could not be *differentia specifica* of a legal norm.<sup>19</sup> Kelsen claimed pretty much the same, but he was less radical. Unlike Lukić, who in a way recognized absolute legal norms,<sup>20</sup> which some authors usually associate to legal principles, Kelsen considered general legal norm typically – i.e. by its nature – hypothetical (Kelsen 1949, 91). Additionally, if Kelsen spoke of the concrete (or individual) norm that contained a hypothesis, it was only of a secondary hypothesis, namely, of a delict, or disrespect of rule that implies the sanction, and never of a hypothesis of disposition (Kelsen 1949, 38).

## 2.2. Legal Act

It appears that, unlike his teaching of the norm structure, Lukić's definition of the legal act as an "act of will that creates a legal norm" (Lukić 1952, 65; translation by author),<sup>21</sup> was closer to normativism than to the Marxist theory of law.<sup>22</sup> He could not have found this definition in Soviet textbooks from the late 1940s nor in classical theory of law.<sup>23</sup> One

<sup>18</sup> His 1954 *Theory of State and Law* had started the exposition of his norm theory in the chapter titled "Hypothetical and Non-hypothetical Norms", giving the definition of norm and some introductory remarks (Lukić 1954, 70–71).

<sup>19</sup> Lukić says: "Obviously, it is possible to imagine a legal order deprived of hypothetical norms, since they are not indispensable. On the contrary, a legal order without non-hypothetical norms is inconceivable, since they are indispensable" (Lukić 1974, 202; translation by author).

<sup>20</sup> Though Lukić did not use the term "absolute norm", he certainly had in mind one of two possible types of general legal norms: the unconditioned (i.e. absolute) general legal rules, i.e. the general legal norms the implementation of which is not conditioned by the occurrence of any specific and qualified facts (Lukić 1974, 202). In this, Lukić clearly deviated from classical legal theory, which strongly denied the existence of absolute norms (Korkunov 1922, 176).

<sup>21</sup> This definition of the legal act, however, was completed by its additional specification in 1957. Namely, according to Lukić's *Theory*, a legal act could, indeed, be an act of will that creates a legal norm, but also an act of will that claims the existence of a condition for applying such a norm, i.e. a legal act could also claim the existence a qualified fact stipulated by the hypothesis of a certain legal norm (Lukić 1957a, 104). This twofold definition became a common feature of the later editions of Lukić's *Introduction* (1961a, 200; 1963a, 192; and 1974, 220).

<sup>22</sup> More specifically, closer to Adolf Merkl than Kelsen, since Lukić referred to two Merkl's (Merkl 1923; Merkl 1967) and none Kelsen's work (Lukić 1957a, 103).

<sup>23</sup> Just like the classical theory of law, the Soviet authors were not familiar with this concept. Instead, they acknowledged legal sources as a form or manner of expressing legal norms (Denisov 1949, 393; Golunsky, Strogovič 1946, 149). On the other hand, both traditions, the Soviet and the classical one, discussed the notion of the legal act, but only as a legal fact that establishes, modifies or abolishes legal relations. For the oldest Serbian

might think that Lukić adopted Kelsen's definition of the legal act as a way to overcome *Hume's law* and find the philosopher's stone of legal theory: transcending the gap between fact and norm (i.e. make an *ought to be*, logically, if not empirically, interconnected with the social reality). According to Kelsen, the legal meaning of a certain fact originates from a norm that attributes certain juridical consequences to it. The norm itself, however, is no more than the legal meaning of another fact, qualified as normative by another legal norm, which is simply the legal meaning of another, superior fact, qualified as such by a superior norm, etc. The first traces of this specific act and norm dynamics had already been noted in Lukić's *Encyclopedia*. In his 1946 textbook, Lukić made the distinction between a judicial or administrative act and a statute since only the latter "contains those norms that legal acts are **based on** (since we have defined the legal act as a declaration of will **based on** a legal norm)" (Lukić 1946, 34; translation by author; emphasis in original). In other words, a legal act (a judgment or a contract), which is based on a legal norm, needs another act (a statute) to establish that norm. However, it would be wrong to believe that Lukić's adoption of normativism at this point was linear. In his 1952 *Materials*, Lukić does not pronounce on this, while in his 1957 *Theory* he claims that "creation of a legal act is regulated by another, superior legal act" (Lukić 1957a, 109; translation by author). Kelsen's formula is found only five years later, in the 1961 edition of his *Introduction to Law*: "One of the characteristics of the legal order is that it regulates its creation on its own [...] It means that, practically, legal norms are created by legal acts, and creation of a legal act itself is regulated by another, preceding legal norm contained in another, preceding legal act" (Lukić 1961a, 203; 1963a, 194; translation by author). Ten years later, in the 1974 edition of *Introduction to Law*, Lukić retained the same position: "It means that, practically, legal norms are created by legal acts, and that the creation of a legal act itself is regulated by another, preceding legal act" (Lukić 1974, 224; translation by author).

It should be noted, however, that in Lukić's view these processes of interchaining of norms with acts in a legal order always finish with "another, preceding act", not with "another, preceding norm." This means that the chain is closed by a (f)act, i.e. the Constitution as an expression of the supreme political will, and not by a constitutional, or any other *Grundnorm*. This indicates that Lukić had perhaps adopted a Kelsenian analytical perspective of the self-regulated legal order, but he did not

---

authors that followed the classical theory cf. Feodor Taranovski (Taranovski 1923, 159–160) or Toma Živanović (Živanović 1997, 280–286). For mainstream Soviet authors that have been translated into Serbian, cf. Golunsky and Strogovitch (Golunski, Strogovič 1946, 241–242) or Denisov (Denisov 1949, 424). Lukić did the same in his *Encyclopedia* (Lukić 1946, 33).

perceive it the same way. Unlike Kelsen, who used it in order to make an *ought to* logically connect, yet remain autonomous from the social reality, Lukić had never tried to emancipate the former from the latter, but intended to integrate them. Therefore, in his interpretation, a legal norm is also the content of a legal act, and, as such, a part of reality.

Defining the legal norm as the content of any legal act, it seems that in the beginning Lukić had not clearly differentiated between these two concepts. The confusion concerning legal norm and legal act was most obvious in his 1946 *Encyclopedia*. He claims there that “every legal norm consists of two elements: its form that determines its legal force and its content” (Lukić 1946, 38; translation by author), but he does not relate the form of the norm to its original legal source, as Soviet authors have done. On the contrary, he holds that it “is prescribed by another legal norm” (Lukić 1946, 38; translation by author). That is how he came to the hierarchy of norms as ordered by their legal force, yet, curiously enough, illustrated as a hierarchy of acts that starts with the Constitution and ends with statutes and regulations (Lukić 1946, 39). Six years later, in *Material*, Lukić would claim that it is the act, and not the norm, that has both the form and the content (Lukić 1952, 65–66), but a hundred-and-thirty pages later he insists that the legal force of a norm depends of its own form (Lukić 1952, 191).<sup>24</sup> This inconsistency was eliminated in his 1957 *Theory*, in which he claims the legal force of a norm is deduced from the form of the legal act that creates the norm (Lukić 1957a, 286). In this way Lukić’s position has been clarified gradually: from 1946 all of Lukić’s textbooks associated legal force both with the legal norm and the legal act, but from 1957 on it is clear that the legal force of the legal norm (and of the legal act, respectively) depends solely on the (elements of) form of the legal act that contains the given norm (Lukić, 1952, 71–72 and 191; 1957a, 103, 150–151 and 286; 1961a, 198–199, 278–279 and 276–277; 1963a, 190–191, 254–255 and 251–252; 1974, 219–220, 293–294 and 297).

Lukić’s way of thinking about the relation between the norm and the act may come across as an oversight or a misunderstanding. Upon careful analysis, it is clear that it reflects his position that this relation is not based purely on the legal interchaining of legal norms with legal acts, as Kelsen thought, but on their common interaction with the third and crucial element of Marxist legal theory: the concept of legal relation.

### 2.3. Legal Relation

The Soviet definition of legal relation, which became Lukić’s definition too, was not actually of Soviet origin. Its core is based on

---

<sup>24</sup> Similarly, form is a property of both the act and the norm (Lukić 1952, 96–97).



classical theory, which perceives law as a twofold phenomenon. According to Korkunov, who followed the older German legal doctrine, legal relation is but the *verso* of legal rule (i.e. a set of rights and obligations that the rule is to provide to legal subjects). Therefore, “[...] legal relations are also social relations, but governed by a legal rule [...]” (Korkunov 1922, 193). The concept of legal relation was well-known in this interpretation<sup>25</sup> and useful to Soviet legal theoreticians. It helped them overcome a gap between norm and reality through the dialectic understanding of history as a permanent and creative interaction between a social base and the legal superstructure.<sup>26</sup> According to some Soviet authors, like Piontkovsky and Ketchekyan, a norm is not an extra-empirical entity, but a social fact that comes into being through its practical implementation, transforming a social into a legal relation (Varga 1967, 192). Nevertheless, it seems that this overly realistic teaching has remained a minority standpoint of the Soviet legal theory which, for the most part considered legal relation only as a way of implementation of a norm, not as a way of its existence *per se* (Golunski, Strogovič 1946, 233; Denisov 1949, 411). Generally speaking, Marxist theory of law continued to rely on legal relation as a specific counterweight to norm, thus exceeding normativism.

Radomir Lukić’s *Introduction to Law* tried to adapt this Soviet understanding of legal relation to Kelsenian normativism, which had never really considered this concept in any greater detail. In his attempt to explain the twofold nature of law as empirical *and* normative,<sup>27</sup> Lukić referred to Kelsen’s notion of legal order as a concept unfamiliar to the Soviet authors of the late 1940s. Yet, even if he had really relied on Kelsen in defining the legal order, he did not perceive it as a purely normative phenomenon. Along with its normative side, considered a system of norms aimed at regulating the life of a society, every legal order in Lukić’s opinion includes real social interactions as its empirical or factual side. There are still more differences as pertaining to Kelsen. As mentioned above, Lukić brought the legal norm and legal act in conjunction and inclined to keep them together, as two related elements on the normative side of the legal order.<sup>28</sup> He did not do the same concerning legal relation.

<sup>25</sup> As it was to pre-war Yugoslav theory of law, inspired by Korkunov or other theoreticians who broadly discussed this topic in their papers (Taranovski 1923, 138–147; Tasić 1941, 118–122; Živanović 1997, 275–280).

<sup>26</sup> There was, however, a broad discussion whether legal relation was part of the superstructure or was closer to the basis, or even if it united them in and by itself. For more details see Popović (Popović 1980, 47–48).

<sup>27</sup> Such influence of the classical tradition speaks in favor of the fact that Lukić defined a legal act both from its objective side (i.e. as an act creating a norm) and the subjective one (i.e. as an act of will that establishes, modifies or abolishes legal relation).

<sup>28</sup> This was not so from the very beginning; in *Encyclopedia* Lukić defined legal order as a system of norms without reference to any empirical or factual part of it (Lukić

Truth be told, in his 1952 *Material*, legal relation was the third element of the normative side of a legal order, along with the norm and the act (Lukić 1952, 51). Starting from 1957, legal relation in his teaching did not belong to either side. Just like in Piontkovsky's and Ketchekyan's papers, it was perceived as a link that kept the normative and the factual sides of legal order intertwined.<sup>29</sup> It practically meant that Lukić too was ready to recognize an order as *legal* only if it was *factual*. On the other hand, unlike Piontkovsky and Ketchekyan, who conditioned the validity of every single legal norm by its efficiency, Lukić preferred Kelsen's positions. In other words, he conditioned validity of a legal order by its overall efficiency, that of the system as a whole, and had never claimed that the validity of every single norm depended on its efficient implementation. On the contrary, the validity of a norm, i.e. its compliance with a superior norm in all (material or content-wise, and formal) aspects of its creation, remains its crucial qualifying feature as a legal and legitimate part of the legal order.

Although this chapter of the *Introduction to Law* may seem like Lukić's linear and consistent reception of Kelsenian ideas, this is not the case. In fact, his notion of the validity of norm was quite far from the Kelsenian one. His whole life, Lukić struggled with the definition of this concept, torn between a formal, strictly analytical concept of validity of norm, approaching Kelsenian normativism, and another, sociological understanding of validity as a social or even a psychological fact – a binding (individual or collective) consciousness that requires the respect of the norm – which he developed in his doctoral thesis in 1939. This point in Lukić's reasoning has already been the subject of analysis (Dajović 1995; Bozic 2020, 198–204) and will not be discussed here again because of its irrelevance for the topic of this paper. *Introduction to Law* had neither developed this topic more particularly, nor eliminated Lukić's dilemmas. Although personally deeply intrigued by the problem, Lukić was careful enough not to burden his students with it. Nevertheless, there are at least two less evident traces in his textbook that are indicative of his doubts. The first one is of lexical nature and refers to the declining use of the term *validity*, which from 1946 on has been gradually pushed into the background giving way to the alternative expression *positive law*.<sup>30</sup> The second clue is even more compelling. Up to 1957 Lukić had explicitly and unequivocally explained the validity of a norm as a feature dependent on its compliance with another, superior norm (Lukić 1946,

---

1946, 37).

<sup>29</sup> Expressed also in *Introduction* of 1961 and its subsequent editions – only in a different way.

<sup>30</sup> In 1946 *Encyclopedia*, 1952 *Material* and 1957 *Theory* Lukić used both terms equally. In all editions of his *Introduction*, starting from the second one of 1961, the use of *validity* was so reduced that it is nearly non-existent.

43; 1952, 189–190; 1957a, 285). After 1961, he made no additional effort to explain this concept.<sup>31</sup> In general, the subsequent evolution of Lukić's teaching, which, after the publishing of his monograph on *Interpretation of Law* in 1961, had been focused primarily on legal philosophy and not on general legal theory, tended towards a gradual return to his early ideas and the discreet renewal of his pre-war theory of objective law. Thoroughly inspired by the French theory of social law, such tendencies became evident in Lukić's later distinction between the formal and real validity and even more so in his interpretation of law.

#### 2.4. Interpretation of Law

Of all the topics from Lukić's *Introduction to Law* discussed in this paper so far, his interpretative theory was the least syncretic combination of Kelsenian normativism and Marxist theory of law. There are, however, some hints indicating that Lukić's original theory of interpretation was not a free-standing part of his legal reasoning. It is *the* piece of the puzzle connecting the whole, also revealing most obviously its basically Marxist alignment. Regardless of its rapid emancipation of Soviet doctrinal teaching and progressive incorporation of an important Kelsenian element, the evolution of this interpretative theory unfolded along Lukić's mainstream thinking, heading towards the inception of the Marxist theory of natural law.<sup>32</sup>

For better understanding, it may prove useful to emphasize Lukić's detachment from the Soviet theory of interpretation, which he acquired early on. Inasmuch as he embraced Kelsenian understanding of the norm, Lukić's textbook, from its early editions, speaks not only of interpretation of the general norm, as discussed by Soviet authors, but also of the concrete (or individual) one (Lukić 1946, 59). This starting distinction is more significant than it may seem at first. Namely, according to 1940s Soviet textbooks, not only could a general norm be the exclusive subject of interpretation, but the *stricto sensu* interpretation was only the one undertaken *in abstracto* by the supreme state authorities. In other words, this meant that all those *in concreto* interpretations undertaken by legal practitioners were not *interpretations* at all, but rather simple *explanations*.<sup>33</sup> This distinction between the interpretation and explanation of a norm was based on Stalin's Constitution. According to the USSR

---

<sup>31</sup> A specific book chapter on the validity of the norm can be found in Lukić 1952, 191–192; 1957a, 285–287; the explanation of the meaning and nature of a positive (or a valid) norm in Lukić 1961a, 272 and 274; 1974, 309–316.

<sup>32</sup> Especially in his later years (Lukić 1979; Lukić 1980; Lukić 1986).

<sup>33</sup> The title of this chapter in the Golounsky-Strogovitch textbook is eloquent enough: *Explanation and interpretation of legal norm* (Golunski, Strogovič 1946, 221–232; translation by author). On the other hand, Denisov's textbook from the late 1940s abandoned this approach. According to Denisov's classification, there is an

supreme legal act from 1936, only the findings of the interpretation *stricto sensu* were compulsory for all judicial and administrative authorities with a law implementation mandate. The effects of the so-called *explanation* were limited strictly to a particular case covered by a judicial ruling or an administrative act. In other words, from the Soviet perspective, interpretation of the law was clearly separated from its immediate implementation. Notwithstanding that the first Yugoslav constitution (1946) was modeled after the Soviet one, and providing the highest state authority – Presidium of the National Assembly – with interpretative competencies of compulsory effect, Lukić did not embrace this Soviet theory of interpretation. His 1946 *Encyclopedia* had already relativized the Soviet distinction between interpretation and explanation, clearly stressing the highest importance of *in concreto* interpretations relative to the norm's direct implementation (Lukić 1946, 59). Several years later in his *Material* he modified the Soviet model even further by dividing all interpretations into those related to implementation and those that are not.<sup>34</sup> The Tito-Stalin split in the late 1940s and the resulting constitutional changes prompted further emancipation: the 1953 Yugoslav constitutional law removed these special interpretative capacities of the supreme state authority from the national legal system and introduced the classical concept of the legislator's authentic interpretation of law instead.<sup>35</sup>

Lukić seems to have paid much more attention to the theory of interpretation than the Soviet authors of the time did. Actually, the volume of his textbook chapter dedicated to this topic never stopped growing. While the Soviet authors were satisfied with some seven– or eight-pages explanations, Lukić used 24 pages in 1946, nearly 30 in 1952, over 40 in 1957, and around 70 in the 1974 edition of *Introduction to Law* for this purpose. It is without a doubt that no other part of his *Introduction to Law* gained in significance so rapidly and extensively, changing its form quite notably along the way.

authentic interpretation given by the lawmaker, as well as a casuistic interpretation of the administrative and judicial authorities applying the norm (Denisov 1949, 430).

<sup>34</sup> However, this emancipation from Soviet influence was not as radical as it might have seemed. Before the first edition of his 1963 *Introduction* 1, Lukić had kept the chapter on interpretation away from the chapter reserved to implementation of law. From then on, implementation and interpretation became two subchapters within a single chapter, entitled "Implementation of Law". Furthermore, although he had been continuously pointing out the relevance of interpretation by courts and administrative authorities, he denied its compulsory character the same way that the Soviet authors did (i.e. by emphasizing its limited effect restricted to a particular case, Lukić 1952, 137–140).

<sup>35</sup> It is noteworthy that Lukić had never accepted the authentic interpretation of law through an interpretative act, as the interpretation *stricto sensu*, but as the creation of a new legal norm that amended the older one. At this point, he did not stray far from some Soviet textbooks from the mid-1940s (Golunski, Strogovič 1946, 225), as well as from pre-war Belgrade authors dealing with classical theory (Taranovski 1923, 473–474).

From the beginning, Lukić tried to specify the very aim of interpretation, which the Soviet authors had not detected and defined. Naturally, their interpretations targeted the meaning of the legal rule, but they never specified what that meaning really ought to be. Since they believed that the meaning of a norm was achievable by its textual analysis, historical background and systemic context, it seemed that the Soviet authors implicitly perceived this meaning as the lawmaker's authentic will. However, by 1945, this so-called *subjective* meaning of a norm as the aim of its interpretation was heavily criticized and half-abandoned by the mainstream contemporary legal theory of the time. This was the reason why – if not already in his 1946 *Encyclopedia*, then surely in his 1952 *Material* and 1954 *Theory* – Lukić did not uncritically follow the Soviet approach but, instead, thoroughly discussed the *pro et contra* of both the subjective and objective theory of interpretation. The result of this decade-long self-questioning was a steady change of Lukić's course, which finally culminated in the second edition of his *Introduction to Law* in 1961. From then on, the aim of interpretation was to discern the objective, or, more precisely, the *right* meaning of the norm that coincides *grosso modo* with its *ratio legis*.<sup>36</sup>

The definition of this right meaning of a norm (perceived as *the meaning that a norm should have, had the lawmaker been aware of the social need protected by it*, not a meaning that the lawmaker simply gave to a norm) was provided for the first time in 1961, not evolving much since (Lukić 1961a, 316; 1985, 349).<sup>37</sup> In other words, the sense of a norm lay in a certain social need that should have been recognized and codified by the lawmaker. This was in perfect compliance with the Marxist vision of the permanent interaction between the law and the society. As part of the social superstructure, the law necessarily reflects the dynamics of the social basis and ultimately the interest of the ruling class. Consequently, positive legislation is a socially and historically determined, not a voluntaristic phenomenon. The purpose of law is, therefore, subject to rational and scientific discovery driven methodologically by the principles of historic materialism.

This undoubtedly jus-naturalistic profile of Lukić's theory<sup>38</sup> has been strongly emphasized throughout his teaching of the interpretative techniques. Basically, it was derived from the Soviet theory, which itself

<sup>36</sup> The concept of right meaning appeared earlier on in his work. For the first time, but without any definition, it was mentioned in the 1952 *Material* (Lukić 1952, 144–145) and again, more developed, in the 1954 *Theory* (Lukić 1954, 213–219).

<sup>37</sup> Actually, it is a year older. Lukić's presented this theory of interpretation for the first time in an article titled *The Right Meaning of Legal Norm* (Lukić 1960, 253–271).

<sup>38</sup> Lukić had never denied this. In fact, during the 1980s the Marxist natural law became one of his preferred topics (Lukić 1980; 1986).

borrowed a lot from the classical theory of law. For both the Soviet and the classical authors there have been two types of interpretative techniques. The first aimed at finding sensible meaning through linguistic and logical analysis of the normative text. The others fall into a category of analytical approaches and tools deriving the meaning of a certain norm from its broader historical or legal context.<sup>39</sup> Lukić modified this teaching in two segments. Initially, he reduced the initial set of four techniques by removing the linguistic one from it, only to introduce a new interpretative technique – the so-called *teleological* interpretation. Both these interventions are of equal importance.<sup>40</sup> Namely, Lukić did not simply replace the linguistic with the teleological interpretation. He singled out the former in order to promote its status to a privileged technique for achieving the basic, so-called *linguistic*, meaning of a norm. Regardless of the fact that the linguistic meaning was not necessarily the *right* one, it was the first step that anyone interpreting the norm should take. Its aim was to define an elementary framework of possible meanings as the starting point in the quest for the right one. In other words, whatever the right meaning of a norm may be, the search for it cannot cross over the boundaries that a linguistic interpretation had previously identified.

Lukić's insistence on the latter, limiting and linguistically defined framework of meanings may indicate his affinity towards Kelsen's theory of interpretation. However, a crucial difference in their reasoning questions this ostensible resemblance. Kelsen's idea that the interpreter's final choice is always a matter of their will (i.e. that the interpreter chooses one of the meanings from a given linguistic framework) seemed unacceptable to Lukić. This Kelsenian semi-voluntarist conception of interpretation has been resolutely opposed by his idea of interpretation as a purely scientific undertaking: the right meaning of the norm could be the only one and it was always rationally discernable.

---

<sup>39</sup> The Soviet interpretation theory remodeled the classical one, which has been paradigmatically presented in Korkunov's *General Theory of Law*, (Korkunov 1920, 486–492), however, the Soviet modifications were not substantial. Unsurprisingly, Golunsky and Strogovič treated all these techniques not as methods of *interpretation*, but rather as methods of *explanation* (Golunski, Strogovič 1946, 231). It seems that they also reduced the linguistic method to a *grammatical* one, while the research of semantic meaning was the subject of logical interpretation. However, the basic idea remained the same: that the so-called synthetic (i.e. historical and systematical) methods were to be consulted only if linguistic and logical methods failed to provide a suitable answer.

<sup>40</sup> The interventions did not develop simultaneously, though. Lukić had always insisted on the normative text as the reference frame for any interpretative work. On the other hand, there was no mention of the teleological method before 1954 (Lukić 1954, 231), and even then, it was a single-page explanation (Lukić 1957a, 243). Lukić's teaching of legal interpretation, as it was presented above, had not been completed before 1961 (i.e. in his study *Interpretation of law* and in the second and, from historical point of view, the most important edition of his *Introduction*).

What makes this quest for the right meaning a scientific endeavor is its method: the teleological interpretation. Its idea is to reveal the aim of a norm by exploring its social purpose. Since the aim of every single norm (as well as the whole legal order) in Marxist perspective is to exercise certain influence on the social reality by promoting and protecting the interest of the ruling class, and to that end to discern that interest, it is the aim that offers a plausible answer to the question of the right or objective meaning of a norm. Inasmuch the interest of a ruling class is not a consequence of aleatory circumstances, but rather that of historical dialectics, this teleological interpretation cannot be but an applicative method of scientific socialism.

Naturally, this was not an original invention by Radomir Lukić. Similar; incipient reflections could be found in Denisov's 1948 textbook (Denisov 1949, 434–436).<sup>41</sup> However, it did not necessarily mean that Lukić was directly inspired by this or any other Marxist author. Long before this Soviet textbook was published, Đorđe Tasić had suggested a similar approach, which relied on the French pre-war sociological theory of law determining the meaning of a norm, by its social purpose.<sup>42</sup> Such ideas were further developed in the Parisian doctoral thesis of Radomir Lukić, Tasić's young assistant. His 1939 doctoral thesis was inspired by Léon Duguit's writings and aimed at reconciling Kelsenian normativism with the sociological approach to law.<sup>43</sup> A decade later, it would be reinterpreted in a new ideological perspective. Eventually undoubtedly Marxist, Lukić's teaching on objective interpretation was not at all of Marxist origin.<sup>44</sup>

### 3. CONCLUSION

The very title of Radomir Lukić's textbook relativizes the common perception that it was a syncretic combination of Marxist legal theory and Kelsenian normativism. The fact that Lukić followed Soviet models from the late 1930s and 1940s, as well as that he preferred to deal with the

---

<sup>41</sup> Denisov was also the Soviet author who defined interpretation as an intellectual process of establishing the *right meaning* (Denisov 1949, 430).

<sup>42</sup> Tasić says: "In order to discern the meaning of a legal rule, we have to understand the way it is issued from the society and what that legal rule is expected to be, or what it could be expected to be, by taking into consideration the social circumstances and opinions." Later on, he used the term teleological *interpretation* to describe the concept (Tasić 1941, 81 and 84).

<sup>43</sup> This will remain Lukić's conviction until the end (Lukić 1995).

<sup>44</sup> This support the claim that "Lukić's Marxist explanation of law as a social phenomenon, however, can be reinterpreted in the broader terms of social conflict without undermining the whole system of his theory of law [...]" (Hasanbegović 2016, 660).

Theory of *State and Law*, rather than with the Theory of *Law and State* as Kelsen did, is indicative of the Marxist matrix in his textbook structure: The origin of Law is the State inasmuch the only legal rule worthy of its name is the one sanctioned by the supreme political authority. Understanding sanction as an integral element of the legal rule (i.e. the fourfold norm structure) was the logical outcome of this approach, which prevailed in the Soviet legal theory after 1931. Paradoxically, it was this very same Soviet etatism that justified incorporation of normativism into the Soviet and also Lukić's legal theorizing. Stalin's State was not the one that was perceived as withering away, but rather developing and growing stronger on its course of endorsing a socialist society in transition to communism. The Soviet state of the time, like any other, relied on law as a privileged means of promoting and protecting the interest of the ruling class. Instead of denying the perspective of State and Law, Soviet theory started justifying their needs and, consequently, rehabilitated the analytical studies of the law, as a normative phenomenon.

This turnover in the Soviet legal thought was well-received by Yugoslav theoreticians. After the Tito-Stalin split in 1948 and consequential Constitutional reforms, they felt inclined to experiment with normativism more liberally. In Lukić's case, this resulted in the gradual incorporation of a series of Kelsenian analytical categories and mechanisms, such as the legal norm, legal act and legal order, and their validity, reinterpreted and adapted to the Marxist premises, as described in this paper. Nevertheless, even if such historical circumstances undoubtedly instigated Lukić's synthesis, they had surely not caused it in its own right. Lukić's preoccupation was not of a political, but strictly a theoretical nature. From his early writings to his final days, Lukić strived to explain the legal rule as a social fact, without denying its normative aspect. This lifelong project was not particularly original, but it gave a structure and explained the inner logic of Lukić's Marxist-Kelsenian synthesis. Although syncretic, Lukić's work was most certainly not eclectic.

Lukić's theory of interpretation was the paradigm for his Marxist (actually French, inspired by Duguit and Gény) and Kelsenian synthesis. The core of this teaching – the idea that the right meaning of a norm is not the meaning assigned to it by the lawmaker, but the one the lawmaker should have given to a norm had they known the social need protected by the norm – complies perfectly with the Marxist understanding of law as a part of the social superstructure that must reflect the dynamics of the social basis (i.e. the interest of the ruling class), and must therefore be the subject of a rational and scientific discovery process, governed by the historical materialism method. This teaching, however, although



Marxist, was not of Marxist origin. It was a reinterpretation of Lukić's Parisian doctoral thesis from the late 1930s, inspired by the French theory of social law, mostly Duguit's and Géný's ideas that the sense of a norm lies in the social reality and needs to be discerned by legal science and duly codified by the lawmaker. From this perspective, legal norms are only formal expressions of social rules as empirical facts, so the law is but a technique formalizing sociological outcomes. Kelsenian normativism – tackling all those categories and mechanisms in the form of tools and skills comprising the legal discourse – was probably the best expression of this technique as an external, though not an essential aspect of law. To discern the latter, according to Lukić, legal theory *stricto sensu* should step back and yield to social science. Or is it, perhaps, to scientific socialism?

## REFERENCES

- Anzulović, Živko. 4/1967. Stučka i njegov prilog sovjetskoj teoriji prava (S osvrtom na kritike A. Višinskog). *Pregled* 57: 327–344.
- Basta, Danilo. 2019. Polemika povodom Kelzena između Radomira D. Lukića i Ljubomira Tadića (1963). 24–61 in *Filozofija krize i otpora. Misao i delo Ljubomira Tadića*, edited by Marinko Lolić, Slobodan Antonić, Jovo Bakić. Belgrade: Institut društvenih nauka.
- Bol'shaâ sovetskaâ ênciklopediâ (BSÊ)*. 1969–1978, 1981 (31 vols.). Editor-in-chief Alexander Mikhailovich Prohorov, Moscow: Sovetskaâ ênciklopediâ.
- Bozic, Marko. 2020. *État vs Société. De l'esprit conservateur de la théorie du droit serbe du XX siècle*. Saarbrücken/Riga: Éditions Universitaires Européennes.
- Dajović, Goran. 1–2/1995. Pojam važenja i obaveznosti prava u teoriji prava Radomira D. Lukića. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 43: 99–109.
- Denisov, Andreï Ivanovich. 1949. *Osnovi Marksističko-Lenjinističke teorije države i prava*. Belgrade: Arhiv za pravne i društvene nauke.
- Du Pasquier, Claude. 1937. *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*. Paris-Neuchatel: Librairie du Recueil Sirey et Editions Delachaux Niestlé.
- Džinić, Firdus. 1979. *Jedan pokušaj zasnivanja marksističke teorije prava. Sovjetska teorija prava ranog perioda*. Belgrade: SANU.
- Gams, Andrija. Shvatanje Stučke i Pašukanisa o pravu i državi. *Arhiv za pravne i društvene nauke* 53: 221–240.

- Golunski, S. A., M. S. Strogovič. 1946. *Teorija države i prava*. Belgrade: Izdanje Odbora za objavljivanje predavanja na Pravnom fakultetu u Beogradu.
- Grebo, Zdravko. 1979. *Marx i Kelsen*. Sarajevo: Svjetlost.
- Hasanbegović, Jasminka. 2015. Normativista bez normi – Radomir D. Lukić u *Sistemu filozofije prava*. 69–81. *Naučno nasleđe Radomira D. Lukića*, edited by Danilo Basta and Sima Avramović. Belgrade: SANU – Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Hasanbegović, Jasminka. 2016. 20<sup>th</sup>-Century Philosophy of Law and General Theory of Law in Serbia. 653–661 in *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence Vol. 12: Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World, Tome 1: Language Areas*, edited by Enrico Pattaro, Corrado Roversi. Dordrecht: Springer.
- Julliot de la Morandière, Léon, Paul Esmein, Henri Lévy-Bruhl, Georges Scelle. 1951. *Introduction à l'étude du droit*. Paris: Rousseau.
- Kelsen, Hans. 1949. *General Theory of Law and State*. Cambridge: Harvard University Press.
- Kelzen, Hans. 1951. *Opšta teorija prava i države*. Belgrade: Arhiv za pravne i društvene nauke.
- Korkunov, N. M. 1922. *The General Theory of Law*. New York: The MacMillan Company.
- Kušej, Gorazd. 1966. *Uvod v pravoznanstvo*. Ljubljana: Pravna fakulteta.
- Lanović, Mihajlo. 1934. *Uvod u pravne nauke*. Zagreb: Obnova.
- Lévy-Ullmann, Henry. 1917. *Eléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques*, I-II. Paris: Recueil Sirey.
- Lilić, Stevan. 2006. The Influence of the Soviet Doctrine of State and Law on Theory of Administrative Law in Serbia. 38–63 in *Legal Capacities of Serbia for European Integration*, edited by Stevan Lilić. Belgrade: Pravni fakultet u Beogradu.
- Loukitch, Radomir D. 1939. *La force obligatoire de la norme juridique et le problème d'un droit objectif*. Paris: Les Presses Modernes.
- Lukić, Radomir. 1946. *Enciklopedija prava – beleške po predavanjima dr Radomira Lukića docenta Pravnog fakulteta, držanim u školskoj 1945/6 godini*. Belgrade: Izdanje Odbora za objavljivanje predavanja na Pravnom fakultetu u Beogradu.
- Lukić, Radomir. 4/1948. Diskusija sovjetskih pravnika o pojmu prava. *Arhiv za pravne i društvene nauke* 35: 615–619.

- Lukić, Radomir. 1950. Hans Kelsen: General Theory of Law and State, Cambridge, Mass 1946 – A Book Review. *Arhiv za pravne i društvene nauke* 37: 333–350.
- Lukić, Radomir D. 4/1951. O osnovnim idejama Hansa Kelsena. *Arhiv za pravne i društvene nauke* 38: 610–640.
- Lukić, Radomir. 1952. *Materijal za izučavanje teorije države i prava – izbor tekstova i beleške sa predavanja, II deo: Teorija prava*. Belgrade: Naučna knjiga.
- Lukić, Radomir D. 1954. *Teorija države i prava, II knjiga: Teorija prava*. Belgrade: Naučna knjiga.
- Lukić, Radomir. 1/1955a. Hans Kelsen: The Communist Theory of Law, London, 1955 – A Book Review. *Jugoslovenska revija za međunarodno pravo* 2: 133–135.
- Lukić, Radomir. 2/1955b. Hans Kelsen: The Communist Theory of Law, London, 1955 – A Book Review. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 3: 231–236.
- Lukić, Radomir D. 1957a. *Teorija države i prava, II knjiga: Teorija prava*. Belgrade: Naučna knjiga.
- Lukić, Radomir. 2–3/1957b. Tumanov, B.A.: Kritika sovremennoi buržuaznoi teoriji prava. *Jugoslovenski časopis za filozofiju i sociologiju* 1: 145–149.
- Lukić, Radomir. 3–4/1960. Pravo značenje pravne norme. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 8: 253–271.
- Lukić, Radomir D. 1961a. *Uvod u pravo*. Belgrade: Izdanje Saveza udruženja pravnika Jugoslavije.
- Lukić, Radomir. 1961b. *Tumačenje prava*. Belgrade: Savremena administracija.
- Lukić, Radomir. 1–2/1963a. Dr Ljubomir Tadić: Filozofske osnove pravne teorije Hansa Kelzena, *Arhiv za pravne i društvene nauke* 50: 308–312.
- Lukić, Radomir. 3/1963b. Povodom odgovora druga Tadića. *Arhiv za pravne i društvene nauke* 50: 441–445.
- Lukić, Radomir D. 1974. *Uvod u pravo*. Belgrade: Naučna knjiga.
- Lukić, Radomir. 2/1979. Marksistička teorija prava. *Gledišta* 20: 22–29.
- Lukić, Radomir. 21/1980. Jedan pokušaj naučnog rešenja problema prirodnog prava. *Glas SANU, Odeljenje društvenih nauka* 21: 55–64.
- Lukić, Radomir. 1–4/1983. Kelzenov normativizam. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 31: 496–504.

- Lukić, Radomir. 6/1986. Prirodno pravo i marksizam. *Marksistička misao* 6: 3–12.
- Lukić, Radomir. 1995. Kelzen i Digi – prividna oprečnost njihovih gledišta. 465–483 in Lukić, Radomir. *Istorija političkih i pravnih teorija*. Belgrade: Zavod za udžbenike i nastavna sredstva-BIGZ.
- Mandić, Oleg. 1958. *Država i pravo, II*. Zagreb: Narodne novine.
- May, Gaston. 1932. *Introduction à la science du droit*. Paris: Marcel Giard.
- Merkel, Adolf. 1923. *Die Lehre von der Rechtskraft*, entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Leipzig: Deuticke.
- Merkel, Adolf. [1931] 1967. Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus. 252–294 in *Gesellschaft, Staat und Recht. Festschrift Hans Kelsen zum 50. Geburtstag gewidmet*, edited by Julius Springer (reprint edited by Alfred Verdross). Reprint. Frankfurt/Main: Sauer und Auvermann.
- Pattaro, Enrico, Corrado Roversi (eds.). 2016. *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, Volume 12: *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World*, Tome 1: *Language Areas*, Tome 2: *Main Orientations and Topics*. Dordrecht: Springer.
- Perić, Berislav. 1964. *Struktura prava, I*. Zagreb: Narodne novine.
- Popović, Milijan. 1980. *Elementi teorije prava*. Belgrade: Savremena administracija.
- Stojković, Slavko. 1940. *Enciklopedija prava*. Belgrade: Ekonomsko-komercijalna visoka škola.
- Tadić, Ljubomir. 11–12/1957. Sovjetska teorija prava od oktobarske revolucije do 1928. *Pregled* 9: 303–318.
- Tadić, Ljubomir. 3/1963a. Odgovor prof. Lukiću. Povodom kritike knjige ‘Filozofske osnove čiste teorije prava’. *Arhiv za pravne i društvene nauke* 50: 435–441.
- Tadić, Ljubomir. 3/1963b. Osvrt na odgovor prof. Lukića. *Arhiv za pravne i društvene nauke* 50: 445–448.
- Taranovski, Feodor. 1923. *Enciklopedija prava*. Belgrade: Izdavačka knjižarnica Gece Kona.
- Tasić, Đorđe. 1941. *Uvod u pravne nauke (Enciklopedija prava)*. Belgrade: Štamparija glavnog saveza srpskih zemljoradničkih zadruga.
- Unknown Author (probably Radomir Lukić). 1/1950. Diskusija o udžbeniku prava “Teorija države i prava” od A.I. Denisova u naučnoj studentskoj grupi za teoriju države i prava na beogradskom Pravnom fakultetu. *Arhiv za pravne i društvene nauke* 37: 165–166.

Varga, Csaba. 12/1967. Quelques problèmes de la définition du droit dans la théorie socialiste du droit. *Archives de philosophie du droit*, XII: 189–205.

Živanović, Toma. 1997. *Sistem sintetičke filozofije prava – Sintetička filozofija prava I*. Belgrade: Službeni list SRJ.

Article history:

Received: 3. 11. 2019.

Accepted: 21. 2. 2020.

УДК 343.13:929 Гвискард”13”; 347.93(44)”1308/1314”

CERIF: H220, H300

DOI: 10.5937/AnaliPFB2001068R

Melina Rokai, PhD\*

## CONSTRUCTING A TRAITOR: THE CASE OF GUICHARD OF TROYES, THE NOMINAL BISHOP OF BOSNIA IN THE EARLY FOURTEENTH CENTURY

*In 1314 Bishop Guichard of Troyes was transferred from the lucrative Episcopal See of Champagne to the Episcopal See of Bosnia, with the seat in Diakovar (nowadays Djakovo, Croatia). This was the consequence of a lengthy trial that baffled both contemporaries and historians alike, and which included a plethora of charges – most notably high treason, murder of the Queen and her mother through witchcraft, heresy, etc. To explain beyond factual reality, the paper regards the concept of treason for which Guichard was tried. To comprehend the methods of construction of treason in Guichard’s case, the paper examines features beyond the accusations and deposited witness testimonies: the social, religious and legal transformations; similarities with contemporary trials of the Templars and of the deceased Pope Boniface VIII. This will facilitate comprehension of the elements that construct or add to the concept of treason and the contemporary notions and institutions that permitted it.*

Key words: Guichard of Troyes. – Diakovar (Djakovo). – 14<sup>th</sup> century. – France. – Trials.

### 1. INTRODUCTION

In 1314, from 23 January to 14 March, by the decision of Pope Clement V, Bishop Guichard of Troyes (1297–1308), was transferred

---

\* Research Associate on the University of Belgrade Faculty of Philosophy project *Modernization of the Western Balkans*, No. 177009, financed by the Ministry of Science, Education and Technological Development of the Republic of Serbia. The paper is result of research conducted within the same project; [melinarokai85@hotmail.com](mailto:melinarokai85@hotmail.com).

to another see, the Episcopal See of Bosnia in Diakovar<sup>1</sup> (present-day Djakovo, Croatia) (Rigault 1896, 223).<sup>2</sup> The decision made was the final word of a protracted trial of Bishop Guichard that spanned six years (1308–1314), but which could be seen as going back even to 1300. In fact, the resolution brought by Pope Clement V can be considered a moot point, or a sort of compromise, as no judgment was passed. Despite the apparatus employed in the trial, it seems that the evidence was considered insufficient, or even inadequate and superfluous when both of his initial accusers claimed Guichard's innocence in their deathbed confessions. Furthermore, it did not help the substance of the case that those who gave the most damaging testimony were suspected of various transgressions (Strayer 1980, 310). In 1313, Guichard was in Avignon with Pope Clement V, who sheltered him there, and the following year the transfer took place (Rigault 1896; Cuttler 1981, 75). Whether Guichard ever reached Diakovar remains unknown, but rather unlikely (Rigault 1896, 225), but the end of his life, while not obscure, could be seen as the anticlimax of a very vigorous existence (Langlois 2012, 212–217). Improbability of his sojourn in Diakovar as the bishop of Bosnia is strengthened by the fact that he died in Champagne on 22 January 1317, soon after his resignation from the seat of Diakovar early on in the reign of Pope John XXII (Rigault 1896, 225–6; Strayer 1980, 312).<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Name form Diakovar is used in this paper instead of its Hungarian form Diakovár, as this variant is accepted and employed in the literature regarding the theme of the paper.

<sup>2</sup> Abel Rigault makes this conclusion drawing on published documents predominantly, but not exclusively, pertaining to two publications: Theiner (1859) and *Regestum Clementis Papae V* (1884).

<sup>3</sup> After Guichard's resignation from the episcopal seat in Diakovar, Pope John XXII appointed a certain Benedict as the Bosnian administrator, but he did not stay at the post for long. After Guichard and Benedict had resigned from the Bosnian, and by proxy from "its subordinated Diakovar," episcopacy (*bosnensi et de Diacoipsi Bosnensi subiecti*) Pope John XXII (1316–1334) appointed Peter, the Canon of Székesfehérvár, in a bull of 3 July 1317. The majority of published sources and literature erroneously considers that the aforementioned Benedict was the Bishop of Vác before he was appointed the Bishop of Diakovar. This error can be found in Pál Engel's independent list of Bosnian bishops, as well as in the list of Bosnian bishops that Engel created with László Costa. The error was further spread by Balint Ternovac. In the *Archontology*, however, Engel correctly mentions that "Benedict probably in all fact did not take the seat of the Bishop of Vác" (Engel 1996, I, 75, II, 132). It needs to be mentioned that Benedict could not have done this because in reality he had not been nominated as the Bishop of Vác. Benedict was rendered Bishop of Vác (*episcopum vaciensem*) by virtue of a misspellings, though he was, as only Daniele Farlati correctly puts it, "*episcopus suacensis*" i.e. Bishop of Svač. This error probably originates in the fact that the document on filling the truly vacant episcopal seat in Theiner's edition is placed just a few pages ahead of the charter on filling the seat of the Bishop of Svač. The town of Svač, on the border of medieval Zeta, present-day Montenegro and Albania, still exists today. This makes it easier to understand why Benedict, after stepping down from the Bosnian diocese, became archbishop of

The nature of Bishop Guichard's trial, the way that it was conducted, as well as its indeterminate conclusion, baffled contemporaries and historians alike, who tried to classify it as a court affair, a power struggle between the French king and the papacy, which accentuated intermingling between politics and religion, viewing it as a classic political trial. However, to understand it, it is necessary to see how charges of treason against Bishop Guichard of Troyes correlate to other types of accusations, and how they relate to the contemporary realities in which all the participants existed.

It is both interesting and important to mention that despite the title of Bishop of Bosnia with the seat in Diakovar, which Guichard held from 1314 until his death in 1317, his fate was not of particular interest to scholars of the region. It could be because Bishop Guichard most likely never reached the place of his new appointment, the reasons for which are not provided directly by ecclesiastical history nor the history of his trial. In all likelihood, Guichard attempted to wait out the situation and see whether it would be possible to continue his interrupted career in France, or in a less remote place. No significant amount of research has been done in Yugoslav historiography except from a noteworthy study in Croatian historiography published in the 1990s.

In the 1820s one of the first studies of trial of the bishop of Troyes appeared from the pen of Boissy d'Anglas (1822, 603–619). However, the standard source of information is the university thesis of Abel Rigault (1896), whose conclusions are largely considered valid today. It draws on twelve documents of different content that exist in Paris, at the Archives Nationales (Rigault 1896, vii) in Trésor des Chartes, and marked J 438 No. 1 through No.12 in continuo.

Historians studying the topic in subsequent generations drew on the same information, however, methodological developments since the nineteenth century allow for different approaches to the information, so a plethora of new nuanced conclusions could be reached.

Nonetheless, there are a number of recent studies about Guichard's case and originating in French historiography that were published at the beginning of this century.<sup>4</sup> Bishop Guichard's case is regularly mentioned in studies of the Avignon Papacy, and more specifically those of the times

---

Dubrovnik. In the Middle Ages, the bishops of Svač, just like the bishops of Bosnia earlier, were the suffragan of the archbishop of Dubrovnik. It should be noted that the diocese of Vác (*diocesan vaciensem*) has sometimes also been mistakenly identified with diocese of Bacs (*diocese bachiensem*). Similarly, occasionally the Kalocsa diocese (*diocesem colocensem*) was confused by the papal office with the Colossus diocese (*diocesem colosensem*) on Rhodes.

<sup>4</sup> The studies that should be mentioned are by modern French historian Provost (2003, 95–118; 2007, 83–103; 2010).



of King Philip the Fair and Clement V,<sup>5</sup> but also those that deal with a broad thematic spectrum, ranging from legal history to witchcraft, in Europe of the Late Mediaeval Period.<sup>6</sup>

To understand not only what actually happened for such a peculiar career course, but also what allowed for such a development in the given contemporary circumstances, it is necessary to appreciate the concept of treason for which he stood trial.

In order to understand the way treason is constructed in the case of Bishop Guichard of Troyes in early fourteenth century France, this paper will look at several essential features beyond the accusations and deposited testimonies of the witnesses on the transgressions of the bishop of Troyes. The transformative characteristics of the period in question will be considered in their social, religious and legal capacity, so that a more comprehensive assessment of the final outcome of the process may be achieved. This also implies that the paper will examine similarities with other contemporary trials that have been brought up by a number of scholars of Bishop Guichard's case over several centuries – most notably to that of the trial of the Templars and of the memory of the deceased Pope Boniface VIII, but also those of other ecclesiastical dignitaries in France. Finally, the very accusations against Bishop Guichard will be examined, not so much to detect truth or fabrication in them, but to understand them as elements that constructed or added to the concept of treason and the contemporary notions and institutions, which allowed for it.

## 2. THE EARLY FOURTEENTH-CENTURY SOCIAL, RELIGIOUS AND LEGAL TRANSFORMATIONS IN FRANCE

The early thirteen hundreds saw the expansion of the bureaucratic apparatus that primarily served the state, encroaching on justice, finance, as well as local government, as the king of France influenced more and more territories, creating the situation that was best defined by D. Nicholas as governed by “stifling bureaucracies took form, creating a situation where offices, which [were] brought and sold without regard to the professional credentials of the holder” (Nicholas 1999, 2–4).

The character of law also underwent changes, which in turn affected the concept of treason as well, as it became overly politicized in the early stages in the creation of the national state (Menache, 1998,

---

<sup>5</sup> On the reign of Philip the Fair see Favier (1978), Strayer (1980, particularly pages 300–313), on the papal reign of Clement V it is worth consulting Menache (1998, on Guichard's case: pages 84–87).

<sup>6</sup> For more on witchcraft and its context in 14<sup>th</sup> century France, see: Burns (2003).

87) in the hands of the strongest prince in France – who turned out to be the French king himself. The transformation of the notion of treason, which allowed for the royal power to contest other parallel authorities for jurisdictional prerogative, brought the king into a position to infringe up on the ecclesiastical jurisdiction (Cuttler 1981, 6, 54, 68–9).

The relationship between the head of the state and the head of the Catholic world was also affected, as the French kings perceived the popes as political leaders more than spiritual ones (Nicholas 1999, 5). The power struggle between the papacy and the king of France during that period also had an impact on a cleric or secular person who was accused of “any action that injured the king, the royal line, or the kingdom, or that otherwise diminished the authority of the crown – or was intended to do so” was committing treason (Cuttler 1981, 54). This transformation facilitated the possibility of Guichard’s trial.

The connection between law and politics, in a society with a multitude of authorities, expressed itself through the political character of the struggle between the royal and the sacral elements of the late medieval society in France. It is within this phenomenon that the case of the bishop of Troyes and his contemporaries, the king of France, Philip the Fair and Pope Clement V needs to be viewed. Furthermore, the political interlink between the two authorities was caused by unchanged papal outlook on contemporary realities and had as a consequence diminishing of the papal influence, which was not overly criticized by the contemporaries either as confirmation of a political trend (Menache 1998, 86), or due to fear at the age of instability. King of France, Philip IV the Fair had to align his propaganda of the “most Christian King” with his actions to appear maintaining public order through his jurisdiction (Cuttler 1981, 54). Nonetheless, these actions may have not been solely directed by policy, as it would be anachronistic to discount for deep personal piety of medieval men; and King Philip IV the Fair had a fierce reputation for it.

These transformative features of the late medieval France and Europe in general, allowed for certain characteristics of the bishop of Troyes’ trial, which caused contemporaries to view it as strange case of a court affair.

### 3. THE CASE OF GUICHARD, BISHOP OF TROYES (1308–1314)

By the order of Pope Clement V, passed at the meeting of the Estates in Tour on 9 August 1308, the ecclesiastical process against Guichard de Troyes was launched. The ecclesiastical commission that was charged with conducting the investigation into the accusations made against Bishop Guichard of Troyes, consisted of the Archbishop Étienne

Bécart of Sens, Bishop of Orléans, Raoul Grosparmi, and Bishop of Auxerre, Pierre de Sandstone.

The order read: “It has come down to our ears that our venerable brother, the bishop of Troyes, though he deserves to be so called, has let himself go to damnable acts and worthy of execration, by soaking, at his shame, for the loss of his renown and his salvation, in the evil works of spells; that, by the effect of these practices, Jeanne, Queen of France, of illustrious memory, has suffered a cruel death; that said bishop Troyes, falling from bad to worse, sought to drink a poisoned beverage to our dear son and noble Sir Charles, Count of Anjou, while he was in Champagne, and our dear son in Christ, the illustrious King of Navarre, at that moment at Poitiers, a knight, and others, who had drunk of this poison, have died of it; that he has committed many other great and sacrilegious crimes, for the offense of divine majesty, the danger of bad example, and the scandal of the great number.” (Rigault, 58–59; taken from Provost 2003, 2.)<sup>7</sup>

As Boissy d’Anglas noted correctly in the beginning of the nineteenth century, there were two parallel processes being conducted against the bishop of Troyes: the ecclesiastical and the secular.

It all started when in February 1308, the hermit Regnaud de Langres who resided in the hermitage of Saint-Flavit de Villemaur in the diocese of Troyes, escaped his abode fearing for his safety and arrived at Sens, with the intention to denounce Guichard, the incumbent bishop of Troyes, for a vast number of crimes, of which some were considered treason, as they affected the royal house. The hermit confessed to the bailiff of Sens, Guillaume de Hangest, that Guichard, bishop of Troyes, visited him, the hermit, in his hermitage at the time of death of Queen Jean of Navarre, the wife of King Philip IV the Fair. Namely, the hermit denounced the bishop of casting evil spells in the hermitage, which were directed at the Queen.

The death of Queen Jean was supposedly accomplished by creating a wax figure, resembling the queen, which was baptized, given the name of the queen, pricked with a needle and placed near the fire, after which the Queen was supposed to feel badly and would have died when the wax melted completely (Boissy d’Anglas 1822, 608). On his visits to hermitage, the Bishop was accompanied by one of his relatives, Jean de Fay, a Dominican monk, who accomplished in summoning the demons, and by a witch named Margueronne de Bellevillette (Rigault 1896, 74).

Following the success of the magic as the weapon against the Queen, the bishop of Troyes tried to manipulate the hermit to aid him

---

<sup>7</sup> Translation of the quotations from French into English was done by the author of the paper.

in concocting the poison that was supposed to be used on the King's son and brother. The hermit may have been the bishop's unwilling or unsuspecting collaborator in the case of practical magic, since due to his innocence he could not fathom the consequences, but it seems that he was well-aware that this type of crime concerned secular authorities, judging by the fact that he denounced the bishop of Troyes to the bailiff. Moreover, the hermit mentioned that the poison was already successfully used on knight Jean Romantis (Boissy d'Anglas 1822, 608).

The bailiff of Sens took the denunciation seriously and proceeded to investigate it by questioning witnesses. The witnesses of this first series are considered the most important for the case, as they "comprised structures, precise developed accounts" (Provost 2016, 120), which implied crimes not only of heresy but of treason as well, which was committed by "enchantments, manufacture of poison and invoking of supernatural." The bailiff of Sens, thus, questioned as witnesses the hermit, the witch, another hermit who cohabited in the same hermitage, and Guichard's chamberlain. When the evidence against Guichard accumulated in the course of the secular investigation of bailiff of Sens, he referred it to King Philip the Fair, who in turn pressured Pope Clement V to commence with the abovementioned ecclesiastical trial.

The first accusations of the ecclesiastical commission ordered by Clement V largely overlap with the accusatory articles combined by the bailiff of Sens. They contain the same charges, particularly focusing on the creation and the employment of the wax figure of Queen Jeanne and enchantments that resulted in her death, and on the poison preparation designated for the king's brother and eldest son. The charges were those implying directly treason, as they affected the royal House of Capete.

After this first inquiry by the ecclesiastical commission, and the withdrawal of bishop of Sens, the two other bishops continued with investigation through deposition of testimonies against Guichard (Boissy d'Anglas 1822, 611–613).

To twenty-eight articles prepared by the bailiff of Sens, many other describing Guichard's "enormous and sacrilegious crimes" were added, such as usury and simony, living openly with a nun as a concubine, as well as being a sodomite, adulterer and fornicator, a well-known sorcerer, who prior to Queen Jeanne killed several other people by poisoning them, and being not only a bastard child, but a bastard of an incubus called Petum, with whom his mother Agnes had been associating, whilst being married to his father (Boissy d'Anglas 1822, 613). More seriously, Guichard was accused of blackmailing innocents and giving pardon to heretics, and extort money from his victims (Provost 2003, 9).

Most importantly, it is in the course of these additional charges being brought up that we hear of Guichard's previous crimes, and of his previous

trial during the lives of Queen Jean of France and her mother Blanche d'Artois Countess of Champagne and Queen of Navarre. The inquiry of 1308–1309 brings into play the Guichard's previous trial several years earlier, when in the course of several years (probably between 1300 and 1302) he was accused of exciting a sedition against the Countess Blanche d'Artois in her province of Champagne, as an act of revenge for having been previously ousted from the king's council (Boissy d'Anglas 1822, 606). The bishop of Troyes did not stop at that; he had been accused of aiding escape of a canon of Saint-Etienne de Troyes, Jean de Calais, who was also the treasurer of the Champagne County and had been imprisoned in the Episcopal prison of Troyes, for embezzlement. Allegedly, Guichard had done it for a monetary fee (Rigault 1896, 21–22). To make the irony greater, the witness was Jean de Calais himself, who fled to Italy, where he eventually died (Strayer 1980, 301; Rigault 1896, 13–24, 21–22). The bishop of Troyes was never convicted of this offense. However, after the death of Blanche d'Artois, her daughter Jeanne, the Queen of France, succeeded in depriving Guichard of forty thousand l.t. of income through an agreement reached under mediation of the Archbishop of Sens, in August 1304 (Rigault 1896, 28–29; Langlois 2012, 212–217). Clement V's predecessor, Boniface XI, produced a citation against Guichard de Troyes, but with an act by Clement V in June 1307 the appearance of the bishop of Troyes before the pontifical court was postponed (Rigault 1896, 268–269; Provost 2007, 90).

A witness stated that Guichard poisoned a messenger that Queen Blanche of Navarre had dispatched to Rome to send word about his misdeeds (Boissy d'Anglas 1822, 614). Despite an unsuccessful affair, Guichard remained the bishop of Troyes, but never returned to King Philip the Fair's outer circle.

Reading the aforementioned history of the trial, historians have debated the nature of the trial: was it a “courtly affair” or should it be taken more seriously, as a “political trial”, facilitated by the existing institutions (Provost 2007, 85). A number of possibilities remain open from a “historical distance” and related to the depositions of the witnesses. Historiography offers conflicting opinions on the existence of interested parties within the court and the church who “framed” the bishop of Troyes, bringing about his downfall.

In the early fourteenth-century France, however, when the construction of a traitor, or a person who committed treason, is in question, the creation of a “courtly affair” is one ingredient of a trial for treason that may have the features of a political trial. Thus, information on who Bishop Guichard of Troyes actually was and how he was perceived through the depositions is relevant. Guichard seemed to be a self-made man of the church, who despite rapidly rising through the ranks, was

apparently not skilled enough to navigate all the cracks. By 1273 he was the abbot of St. Ayoul of Provins, only to transfer to another monastery, being appointed the abbot of Montier-la-Celle in 1284, and finally the bishop of Troyes in 1298. Historians agree that he owed his promotion to Blanche d'Artois. It seems that he was very close to the family, since it may have been that he was a godfather to one of the king's sons, from his marriage to Blanche's daughter Jeanne (Rigault 1896, 11, 14; Strayer 1980, 301). In addition to clerical duties, Guichard was very skilled in finances and property management, as he enriched the monastery through his business acumen (Rigault 1896, 9, 10). The affair of letting Jean de Calais, the imprisoned treasurer, escape for a hefty bribe, not only ruined his career, but also put an end to any future dealings with Blanche d'Artois and his influence in Champagne.

It has been suggested that the nature of a courtly intrigue related to Guichard's trial may be visible in the fact that other highly-positioned clergymen close to Queen Jeanne awaited their chance and their turn; one such person was the Archdeacon of Vendôme, Simon Festu, who acted as the accuser of Guichard against Blanche d'Artois in the trial of 1300–1302. Having not met the standards of his royal protector, Guichard made himself vulnerable, falling prey to the game of power (Provost 2007, 92).

However, during the process Guichard was able to confess his wrongdoings. In front of the pontifical commissioners at St. Genevieve, Guichard denied all the charges except that he knew the hermit of Saint-Flavit and that he had sent him to the officials of Sens to be punished for crimes committed in the diocese of Troyes (Langlois 2012, 212–217). Having been reduced almost completely to personal defense, without the ability to establish technique of rationalization against the charges, Guichard conceded certain articles in his second interrogation; namely that he had given absolution to a heretic, for a sum of money, that he “made bad money”, but “that he thought it (to be) good” (Boissy d'Anglas 1822, 616–617). However, he added that heresy had not been proven (in the case of bribe he received for giving the absolution to a heretic) (Langlois 2012, 212–217). It is worth mentioning that amidst the variety of accusations (some being rather general considering the type of trial) Guichard denied the charges of being the child of an incubus, stating that there were talks of succubus in their house, but only after his birth (Langlois 2012, 212–217), and despite their house always being full during his childhood, he asserted his legitimacy as such (Boissy d'Anglas 1822, 617). It seems that the bishop of Troyes was more concerned with the consequences of potential illegitimacy than those of his diabolic nature, despite the common fears of the time.

However, in addition to the elements of the crime, the possibility of heresy was present in the construction of treason in fourteenth-century;

in fact, general characteristics pertaining to the nature of a person were taken into consideration as is the case in many political trials. Thus, the persona of Guichard de Troyes was constructed through the depositions of the witnesses, which were on one hand unintentionally skewed by the very process of recording them (Provost 2003, 29),<sup>8</sup> but also by very present coercion.<sup>9</sup>

The features of this constructed person were important for the process, and this constructed Guichard came down to us. The image constructed is that of a morally and physically unencumbered person, greedy and brutal, and most importantly of diabolic nature, since only such a person would be physically and morally capable of committing treason. Essentially, it was necessary to demonize the opponent.

It is not an issue whether Guichard de Troyes and the bishop of Troyes, did or did not commit the crimes he was accused of,<sup>10</sup> since, as Provost pointed out, it is difficult to find the truth in depositions: “(...) involved in the production and recording of testimony a process of creation, in an approximation which is due to the impossibility of rendering by speech a situation passed in its entirety” (Provost 2003, 29).<sup>11</sup> Depositions are used to understand how such depiction was sufficient or essential for the (un)successful trial for treason. The constructed image of Guichard de Troyes was in contradiction to that of a good cleric (Provost 2003, 6–7). Bishop Guichard of Troyes found himself in the midst of the transforming idea of the “good bishop”, whose creation occurred in the early fourteenth century. We will never know whether he did not

---

<sup>8</sup> Provost (2003, 29) offers a literary deconstruction of the text of the deposition and comments on it: “Nevertheless, this fixation, this final becoming of facts and positions are reinforced by the methods of writing and serialization. Under the authority of the investigators – of an institution that freezes the speech, immobilizes the speech, and confers on it its legitimacy – each one stands in its place, in a definite position, occupying a specific rank in the enumeration of the depositions.” (Translation of the quotations from French into English was done by the author of the paper).

<sup>9</sup> All the witnesses swore that they were telling the truth without restraint. The king’s people, however, had warned Margueronne, in the prison where she was, that it was necessary to tell the truth, by will or by force; and as Lorin had initially declared that he had never seen his master go out during the night, the bailiff of Sens had him suspended in the air, naked, with his limbs spread apart, shackled to the walls (Langlois 2012, 212–217).

<sup>10</sup> Langlois (2012, 212–217) discusses the rational possibility of accusations against Guichard, which sounds somewhat anachronistic given the period: “In short, he was no better than many others, whose fortuitousness did not cause the turpitudes to be as carefully collected and unveiled as his. But that he has kept a private demon in a glass jar, and that he has never bewitched or poisoned anyone, is what the stories of the hermit of Saint-Flavit and the Lombards, guardians of Noffo Dei, are not enough to establish.” (the quote from French was translated by the author of the paper)

<sup>11</sup> Translation of the quotations from French into English was done by the author of the paper.

understand its significance and was unaware of the changes within the church, or he completely disregarded it as unimportant for him. Yet he allowed for the opposite image of him to be constructed.

However, he was not the only one who was caught in the changes and was not able to adapt quickly enough. There were cases of several bishops who fared similarly at the very beginning of the fourteenth century, but also the trial of the Templars, which chronologically coincided with his, as well as obviously extreme cases of the heretical trials of the last of the Cathars in Occitan.

#### 4. THE TRIALS OF ECCLESIASTICAL DIGNITARIES, GUICHARD'S PROCESS AND THE CRIME OF TREASON

As mentioned previously, the early fourteenth-century notion of treason allowed a significant level of arbitration on the part of the king, therefore, it is not surprising that a number of trials of persons who should have been prosecuted by ecclesiastical courts, were also tried by the secular authorities, with different outcomes. It has been long established that there were similarities between the trials of Guichard de Troyes and other members of the church, regardless of their position in the ecclesiastical hierarchy, and some of the monastic orders, as well as the posthumous trial of Pope Boniface VIII. Thus, his arrest was not unprecedented in the notorious reigns of King Philip IV the Fair and Pope Clement.

The first case of royal officers partaking in the trial of a cleric was that of the bishop of Pamiers in Occitan, Bernard Saisset, in 1301, which also symbolizes “the first important treason trial of a cleric in later medieval France,” “the first ‘state trial’ of any person” and “the first case of constructive treason by words in the later middle ages,” for its blending of the two concepts of treason (Cuttler 1981, 74–75). Looking from the view point of legal history, S.H. Cuttler emphasizes how royal bureaucrats had a more important part in the trials of the clergy, more so than the king himself (Cuttler 1981, 74).

In the case of Guichard de Troyes, King Philip the Fair was in clear breach of clerical privileges, although he attempted to maintain the form of legality (Strayer 1980, 300). And if Clement V would have wanted to raise the issue, he would have had all the rights. However, it has been established that Clement V's compromise on this point was “the innovation” in the relation between the papacy and the French king, which drastically diverged from Boniface VIII's canonically warranted “militant move” in the case of the arrest of bishop of Pamiers in 1301 (Menache 1998, 86). One could have not expected that Clement V would act in the



same manner as his predecessor on the papal seat, against whose memory he opened the trial.

Bernard Saisset, the Bishop of Pamiers, was also a member of an old Occitan aristocratic family, and was struggling against the influence of Paris, which arrived in Languedoc also in the form of the bishop of Toulouse. Shouting against him, he was eventually denounced as a rebellion plotter for Occitan independence, siding with the Kingdom of Navarre and local counts. Saisset appeared in front of the king that same year, when he was charged with high treason and with heresy and blasphemy by the secular authorities, very similarly to Guichard, who was accused of desecration of the Eucharist.<sup>12</sup> Saisset escaped detention and fled to Rome, but eventually returned in 1308 when King Philip the Fair pardoned him under Clement V, and was reinstated as bishop of Pamiers.

The case of Bernard Délicieux, on the other hand, had a different ending. Délicieux was the prior of the Franciscan convent in Carcassone, Occitane, when in 1299 he led a revolt against the city's inquisitors, thwarting the arrest of two heretics sheltered in the Franciscan convent. He actively criticized the work of Bishop Castanet and the inquisitors, in front of the king, continuing preaching against the Inquisition in Languedoc throughout the following years. This eventually earned him reproach from Pope Benedict XI in 1304, who ordered his arrest, but due to his untimely death nothing came of it. Instead, Délicieux was placed under house arrest in Paris, and with the installment of Clement V was added to his entourage in Avignon in 1309, only to join the Spiritual Franciscan Convent in Beziers in 1310. However, in 1317 Pope John XXII charged him with disobeying the Franciscan Order, high treason against the French king, the murder of Benedict XI using spells and poison, and impeding the Inquisition and was found guilty of all charges except murdering Benedict XI (Théry 2002, 305). He died in prison.<sup>13</sup>

In comparison, Guichard's fate seemed somewhat less successful than Bernard Saisset's and far more positive than Délicieux's; yet it should be mentioned that Délicieux did not meet his end while under house arrest, placed there by the royal authorities. Just like Saisset and Délicieux, charges against Guichard contained more serious ones of high treason and murder by magic and poison, as well as those of heresy and blasphemy.

Guichard's vehement opposition to the transfer is understandable, since his punishment was harsher than that of Bishop Saisset, whose accusations were graver. It could not be that King Philip IV the Fair, due

---

<sup>12</sup> For more on Bernard Saisset, the Cathar movement in Languedoc and the Royal prerogative in the early 14<sup>th</sup> century see: O'Shea (2011).

<sup>13</sup> On Délicieux see: O'Shea, (2011), Friedlander (2009), Théry (2002, 301–306).

to his emotional attachment to his deceased wife Jeanne, never believed completely in lack of Guichard's involvement in her demise, although it was highly probable that the king had a personal involvement in the punishment (Strayer 1980, 310, 312 n. 45). It is unlikely that the king would have let Guichard off the proverbial hook only with the transfer to a far-off see, if he genuinely believed in Guichard's actual involvement in the death of the queen and her mother. It is far more likely that Guichard's punishment served to remind the bishop of his lower social background and that he owed his position of bishop of Troyes to Blanche d'Artois, Countess of Champagne, whilst Bernard Saisset was a southern aristocrat, protected by Pope Boniface VIII.

In all the mentioned cases the royal prerogative was activated on the basis of committed treason, where the royal power understood that crimes were perpetuated against the members of the Capetian dynasty. There are views in historiography on the unsuitability of Guichard de Troyes's trial in the general discussion of interactions between King Philip the Fair and the papacy, due to certain characteristics. Namely, Guichard did not represent provincial separatism, as Saisset did, and he was not against the workings of the Inquisition, nor was he accused of participation in a network of heresy, as the Templars were (Strayer, 1980, 300). On the other hand, Alain Provost set out to examine how similarities of these trials fit into the perspective of the relations (Provost 2016, 122). Nonetheless, it is entirely an issue of unsuitability of Guichard's trial in the part in the general discussion on the relation between the king and the Catholic Church, the suitability of this process in the emerging national state, since the mentioned relation was only one segment that was affected by its budding emergence.

## 5. THE TRIALS OF THE TEMPLARS, BONIFACE VIII AND GUICHARD DE TROYES

The relationship between the trials of Guichard de Troyes and those of the Templars and the deceased Pope Boniface VIII was noted very early in historiography as pertaining to examination of process against the bishop of Troyes. In the early the nineteenth century, Boissy d'Anglas stated in his imperfect articles that "Guichard was persecuted like the Templars" and for "similar motives" (Boissy d'Anglas 1822, 618–619), and linked the more fortunate ending of Guichard's trial to its long duration and the disappearance of the threats posed by the memory of Boniface VIII and the Templars. Thus, the political elements exceeded the usefulness of the trial (Boissy d'Anglas 1822, 618–619). In his seminal work on the process against the bishop of Troyes, Abel Rigault emphasized that Guichard's trial was not a simple trial of witchcraft or heresy, but it had

a more important, political significance at a time when the trial against the memory of Boniface VIII was to be conducted (Rigault 1896, iii-v). Modern historiography does not bypass the established convergence of these three trials, which stand out not only in their temporal plane but in the methods as well. The congruence between the processes against members of the Order of the Temple and the bishop of Troyes implies that the affair was to a degree instrumented by the King of France and his entourage in face of the papacy (Provost 2007, 92).

Looking at the three trials that occurred almost simultaneously, it is difficult not to see the convergence of the same people, who took part in them, thus shedding light on the formal and informal network of courtiers, but also of clerics with close ties to the king. Out of a number of personas, the names of the most mentioned in connection with the three trials are definitely Guillaume de Nogaret, statesmen, councilor and keeper of the seal to King Philip the Fair and a certain Noffo Dei, a Lombard who was regarded as the denunciator of the Order of the Temple, among whose members he had previously spent some time.

Rigault believes the “intrigue of Guichard” to be entirely the result of Nogaret’s machinations (Rigault 1896, iii-v). Before Rigault, Boissy d’Anglas was convinced that accusations made by Noffo Dei against Guichard would have had such a weight in order to provoke a legal disposition if not for actions of Nogaret, who behaved towards the bishop of Troyes with the same violence as towards the memory of Pope Boniface VIII and which he employed also in the prosecution of the Templars (Boissy d’Anglas 1822, 608). While Nogaret definitely had a part in the process, it is questionable how far his influence in it stretched, which demands further examining where, when and how he intervened. Noffo Dei, on the other hand, was firstly involved in Guichard’s case when, together with Archdeacon Simon Festu of Vendôme, he accused the bishop of Troyes in front of Blanche d’Artois for facilitating Jean de Calais’s escape (Boissy d’Anglas 1822, 605).

Nogaret’s intercession in the Guichard case in 1307 is rather palpable, if for no other reason than because of the fact that a draft of the charges against the bishop of Troyes, created by Noffo Dei, were addressed to him, and although he may not have had much involvement with this draft, the second version of the accusation was undoubtedly done by his hand (Rigault 1896, 95–99; Strayer 1980, 307; Provost 2016, 122). The typical part of the charges is the one suggesting that Guichard was not only a traitor but a heretic as well, since he had only pretended to receive communion (Rigault 1896, 100–101).

As in the case of the Templars and Boniface VIII, in the process of bishop of Troyes there is a system to the charges that is rational and consistent, thematically structured (Provost 2016, 122), with the process

of accumulation providing additional effect (Provost 2003, 6), which thus organized and conceptualized served to support the construction of a traitor. The new charges that were subsequently added, concerning Guichard's general diabolic nature and his tyrannical conduct during his time as abbot, seem not to originate in Nogaret (Rigault 1896, 110–115; Strayer 1980 307). As in the cases of the Templars and of Boniface VIII, the royal officials took the charge of heresy as an addition that would have safeguarded the charge of treason – it served as an auxiliary charge, yet not less dangerous.

In the case of Pope Boniface VIII, the legal processes were conducted first against him during his life, and then posthumously against his memory over the course of eight years (1303–1311). Similarly, the charges against Boniface VIII were initially formulated only to be supplemented with additional claims, altering the focus of the accusations. Whilst the proceedings commenced with the main charge being Boniface VIII's lack of right to the papal seat, it became the charge of heresy. In the course of the proceedings some specific charges against him were made (heresy, simony, vengefulness), only to be supplemented with charges indicating heresy (denial of the immortality of the soul, transubstantiation, the existence of an afterlife and the efficacy of penance), as well as those serving defamation (fornication, sodomy, homicide, demonolatry and black magic), and those that could be taken as the crime against the state (bringing about the death of the pope Celestine V, intending the obliteration of the French king and the French people, the accountability for the loss of the Holy Land, in which the French Kings were heavily politically invested). Nonetheless, heresy, as the main charge in the case of Boniface VIII, needs to be viewed in both the legal and the political context, since the very attack meant an attack on the existing royal authority and its relation towards the papal authority. (Denton 2018, 119) The process against the memory of Boniface VIII ceased in a similar way as Guichard's: it was discarded after a political bargain was reached.

The system of adding charges to the accusation is also visible in the case of the Templars, when in 1307 the main charges during their arrest were “the denial and the spitting, obscene kissing and homosexuality, and idol worship” (Barber 2006, 202), and after the reopening of the case in 1308 the more organized catalog of 127 accusations was drawn up, falling into seven groups: denial of Christ, idolatry, refusal of sacraments, which together with hearing of confession and absolving of sins by the Grand Master and their lay leaders, was a similarity taken from the Cathar teachings. Furthermore, the accusation can be placed under homosexuality, undeserved material gain and obscure meetings. This method of dealing with enemies, which involved a combination of coercion, pressure, and outright brutality in questioning the accused or witnesses, together with

spreading of disinformation and defamation, and public hearings, has been understood as the trademark *modus operandi* of Nogaret and his ministers (Barber 2006, 202–203).

Furthermore, it is probable that Nogaret instituted a public meeting at the Île de la Cité, where the masses had the chance to hear Guichard's wrongdoings, as Nogaret used this method in the cases of the trials of Boniface VIII and Templars (Rigault 1896, 65; Strayer 1980, 308).

The attitude of the bishop of Troyes at the accusations was comparable to that of the Templars: while he was allowed to discuss the process step by step and to see, but not to touch the written evidence (which turned out to be forged), according to the canonical rules, he was forbidden to communicate with witnesses (Langlois 2012, 212–217). Similarly, the members of the Order of the Temple were prevented from defending themselves by the King and his ministers, regardless of irregularity or viciousness of the means by which this was achieved (Théry 2013, 127).

The temporal convergence of these three trials also suggests Nogaret's influence, as the divergence in temporal plane in which the process of the bishop of Troyes and that of the members of the Order of the Temple, in particular, were taking place, was more than a coincidence. The investigation against the bishop of Troyes commenced on 9 August 1308, while the Templars were arrested in 1307, Guichard de Troyes was moved to Diakovar in 1314, after he stayed with placed with Pope Clement V in 1313, while Jacques de Molay was executed in 1314 (Provost 2003, 3). As to the chronological parallelism with the posthumous process against Pope Boniface VIII, there is a more than unusual temporal overlap: both trials were announced at the Assembly of the Estates in Tours and the confrontation between the pope and the king, i.e. the king's men, occurred in Poitiers shortly after (Provost 2016, 125). Of the three cases, the case of the bishop of Troyes seems the least serious, almost auxiliary to those of the Templars and Boniface VIII, and was seemingly a supplementary factor of strain placed on Clement V by the royal prerogative (Provost 2016, 125).<sup>14</sup>

Despite the amount of evidence suggesting Nogaret's involvement in and influence on the trial of bishop of Troyes, modern historiography warns of over-dramatization of it; namely, it warns us that the trail against Guichard was more complex than a simple plot of eliminating an important man. However, Nogaret, who several years earlier had been administrating the province of Champagne, was certainly aware of Guichard and his actions (Provost 2007, 93–95).

---

<sup>14</sup> As early as the beginning of the nineteenth century, Boissy d'Anglas concluded the lack of usefulness of the Guichard's trial to King Philip IV the Fair after he got rid of the Templars.

These considerations of the chronological convergence of the three processes can tell of the construction of a traitor in the early fourteenth-century France. The common feature to all three was the charge of treason that was brought up among other accusations. Royal authority, this time in the person of Guillaume de Nogaret, was interested in exerting influence on the processes. Thus, the royal authority attempted to control development of the processes in time, either by bringing one to the end or by dismissing it, as it was deemed appropriate for widening of the royal prerogative. Therefore, traitor was a construct of the royal authority in a bid for power with the ecclesiastical authority at the time of the beginning of the formation of the national state and tentative attempts of centralization.

The process led against the bishop of Troyes was one in a series of trials in the early fourteenth-century France under King Philip the Fair, whose common feature is the convergence of politics and religion, with the most famous being the trials to the memory of Pope Boniface VIII and the Templars, with some cases against ecclesiastical dignitaries. Even if the details of the circumstance were different, they resemble each other very much in the procedural elements and the type of charges that were brought (Provost 2003, 3).

## 6. CONCLUSIVE REMARKS

Guichard, the nominal bishop of Bosnia with the seat in Diakovar (present-day Djakovo, Croatia), has remained known through history as the bishop of Troyes in the province of Champagne, France. The reason for it can be found in the likelihood that he never took the seat, but rather remained in France in his former diocese of Troyes, where he died on 22 January 1317 (Rigault 1896, 225 n. 4).<sup>15</sup> The transfer of Guichard to the Episcopal See of Bosnia, with the seat in Diakovar, was the outcome of a trial against him, which resulted in a sort of a compromise on the part of Pope Clement V.

The peculiarity of Guichard's case and its surprisingly positive conclusion has been established by comparison to similar contemporary cases. It took place at a time when the relations between the royal and papal authority were in its most serious crisis. The series of cases that started with Bernard Saisset's trial and ended with the trial of the Templars had the aim to establish King Philip the Fair as the ultimate guarantor of the Catholicism. The construction of the charges against the Templars,

---

<sup>15</sup> Guichard had previously resigned from the seat of Bishop of Bosnia, which can be deduced from the document which states that on the 3 July 1317, Peter was nominated the Bishop of Bosnia by Pope John XXII.

which was the most serious case, understood as constituting “heresy of the state”, serving to subsequently construct a supreme royal authority, in contrast to the ultimate papal authority, is explained by Julien Théry (2013, 137).

All of the cases contained the same sequence of steps, which started with *infamia* and was followed by listing of atrocious crimes, whose nature required the prompt intervention of the royal authority, infringing on the process in the papal sphere of influence (Théry 2013, 129). It is noticeable that out of four cases around the years 1301–1314, which interrelatedness has been noted, only the trial of the Templars had fatal consequences, whilst Bishop Bernard Saisset of Pamiers was pardoned by King Philip the Fair and returned to his seat, the trial to the memory of the pope Boniface VIII was cancelled, and Guichard de Troyes became nominal bishop of a faraway see.

Although charge of the heresy was cited in all the cases, and in some it was more focal than in the others, in Guichard’s trial this claim had the least central place, since the focus of the accusation was on his magical murder of two queens. Similarly, all the cases involved either the accusation of the improbable murders or plans for the King’s annihilation. Guichard de Troyes was the least important participant of all the individuals or groups that stood trial and as such needed the least of the constructed charge of “heresy of the state” to be employed in his accusations, which, granted, were no less outlandish. Guichard’s case, thus, can be viewed as the most apparent political of the trials with which it converged on the mentioned variety of planes, where focus on the heretical aspects was the least necessary for the construction of the traitor.

Construction of traitor in the early fourteenth-century French trials was facilitated by the change in jurisprudence that allowed for a wider concept of treason, which provided a theoretical foundation for the encroachment of the royal prerogative on clerical rights. This circumstance is particularly visible in Guichard’s persecution as well as in those of other clerics, living or dead. The double trial, conducted both by secular and ecclesiastical authorities, which is a trait of ambiguous practice at times of change within the state and its institutions, provided features of a political trial. In other words, a treason trial in the case of clerics or members of religious orders was a process where the royal prerogative could assert its authority, through encroachment into ecclesiastical jurisdiction. Very often parallel temporalities of cases served to produce fruition of political aims, and a variety of almost off-the-shelf charges had an auxiliary function in the trials in securing the priority of the accusations of high treason.

All this was the situation in the process of Guichard, Bishop of Troyes. It was not necessarily a courtly affair, strategically aimed at bringing down a powerful man, as much as a case of opportunism on

the side of the royal authority for the sake of increased gain. After all, Guichard, as many of his contemporaries, got caught up in the murky waters of transformation of the society as a whole, including the notion of the ideal image of a bishop.

## REFERENCES

- Andrić, Stanko. 1/1997. Šampanjac Gviskard, biskup Troyesa (1298.–1313.) i Đakova (1314.–1316.), *Diacovensia* V: 85–91.
- Barber, Malcolm. 2006. *The Trial of the Templars*. 2<sup>nd</sup> ed. Cambridge: Cambridge University Press.
- Boissy d'Anglas, François-Antoine de. 1822. Mémoire sur le procès de Guichard, évêque de Troyes, en 1304 et années suivantes. 603–619 in *Histoire et mémoires de l'Institut royal de France, tome 6*. Paris: Institut de France.
- Burns, William E. 2003. *The Witch Hunts in Europe and America: An Encyclopedia*. Westport: Greenwood Press.
- Catholic Church. Pope (1305–1314: Clement V). Lanhers, Y. (1885–88). *Regestvm Clementis papae v [annus primus-annus nonus]: ex vaticanis archetypis sanctissimi domini nostri Leonis XIII pontificis maximi ivssv et mvnificenta nunc primvm editvm cura et studio monachorum ordinis s. Benedicti anno 1884-[1888]*. Romae: ex Typographia vaticana.
- Cuttler, S. H. 1981. *The Law of Treason and Treason Trials in Later Medieval France*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Denton, Jeffrey. 2018. The attempted trial of Boniface VIII for heresy. 117–128 in *Judicial tribunals in England and Europe, 1200–1700*, edited by Maureen Mulholl and Brian Pullan. Manchester: Manchester University Press.
- Engel, Pál. 1996. *Magyarország világi archontológiája, 1301–1457*, Budapest: MTA Történettudományi Intézet.
- Favier, Jean. 1978. *Philippe le Bel*. Paris: Fayard.
- Friedlander, Alan. 2009. *The Hammer of the Inquisitors: Brother Bernard Délicieux & the Struggle Against the Inquisition in Fourteenth-Century France*. Cultures, beliefs, and traditions. V. 9. Leiden, Netherlands – Boston, MA: Brill Publishers.
- Langlois, Charles-Victor. 2012. *Saint-Louis, Philippe le Bel: Les derniers Capétiens directs (1226–1328)*. Paris: Nouveau monde éditions.
- Menache, Sophie. 1998. *Clement V*. Cambridge: Cambridge University Press.



- Nicholas, David. 1999. *The Transformation of Europe 1300–1600*. London: Oxford University Press.
- O’Shea, Stephen. 2011. *The Friar of Carcassonne: Revolt against the Inquisition in the Last Days of the Cathars*. Walker Books.
- Provost, Alain. 2003. Déposer, c’est faire croire? A propos du discours des témoins dans le procès de Guichard, évêque de Troyes (1308–1314). 95–118 in *La preuve en justice de l’Antiquité à nos jours*, edited by Bruno Lemesle. Rennes: Presses universitaires de Rennes.
- Provost, Alain. 2007. La procédure, la norme et l’institution: Le cas de Guichard, évêque de Troyes (1308–1314). 83–103 in *Les procès politiques (XIV<sup>e</sup>–XVII<sup>e</sup> siècle)*, edited by Yves-Marie Bercé. Rome: École française de Rome.
- Provost, Alain. 2010. *Domus Diaboli. Un évêque en procès au temps de Philippe le Bel*. Paris: Belin.
- Provost, Alain. 2016. On the Margins of the Templars’ Trials: The Case of Bishop Guichard de Troyes. 117–127 in *The Debate on the Trial of the Templars (1307–1314)*, edited by Jochen Burgtorf and Paul F. Crawford e.a. Abingdon: Routledge.
- Rigault, Abel. 1896. *Le procès de Guichard, évêque de Troyes, 1308–1313*. Paris: A. Picard et fils.
- Strayer, Joseph R. 1980. *The Reign of Philip the Fair*. Princeton: Princeton University Press.
- Théry, Julien. 1/2002. Recension d’A. Friedlander, “Processus Bernardi Deliciosi. The Trial of Fr. Bernard Délicieux, Philadelphie, American Philosophical Society, 1996, et de J. Shatzmiller, “Justice et injustice au XIV<sup>e</sup> s. L’enquête sur l’archevêque d’Aix et sa renonciation en 1318”, Rome, EFR, 1999. *Bibliothèque de l’Ecole des chartes* 160: 301–306.
- Théry, Julien. 2/2013. A Heresy of State: Philip the Fair, the Trial of the “Perfidious Templars,” and the Pontificalization of the French Monarchy. *Journal of Medieval Religious Cultures* 39:117–148.

Article history:  
Received: 5. 9. 2019.  
Accepted: 11. 2. 2020.

УДК 347.439(497.1)“1978”

CERIF: S130, S155

DOI: 10.5937/AnaliPFB2001088Z

Miloš Živković, PhD\*

## CONTRACTUAL WAIVER OF CLAIM UNDER THE 1978 YUGOSLAV CODE OF OBLIGATIONS

*The paper analyses validity of contractual waiver under the Yugoslav Code of Obligations. Generally, the effect of a waiver of claim under the Code would be an obligation to refrain from exercising a certain right that may be invoked as defence against the waived claim. Under the Code of Obligations, a waiver of claim is generally valid. There are cases where validity of the waiver is explicitly excluded. Is a waiver invalid only in cases where it is expressly forbidden? If not, what would be the criteria under which, irrespective of the fact that there is no express prohibition, a waiver would nevertheless fail to produce effects? Are there additional criteria if a future claim is waived? This paper deals with these issues, seeking to set the criteria under which a (generally permitted) waiver of existing and future claims shall not be effective in a concrete case under the Code.*

Key words: *Waiver of claim. – ZOO. – Effectiveness of waiver. – Waiver of future claim.*

### 1. INTRODUCTION

*Waiver* is normally defined as an act of abandoning or refraining from asserting or exercising a right (*Collins Dictionary of Law* 2001, 403). Even though it originated in English law (on its history in England see Atiyah 1979, 165–167), it is not an entirely clear legal institution even within the common law world (*Black's Law Dictionary* 1999, 1574–1575, defines not less than ten different types of waivers). In English legal texts, it has been said that ‘it must be confessed that the topic of waiver is not a clear one and awaits an authoritative modern statement’ (Furmston 1991,

---

\* Associate Professor, University of Belgrade Faculty of Law, [mdz@ius.bg.ac.rs](mailto:mdz@ius.bg.ac.rs).

565). In American doctrine it has been labelled a word of ‘indefinite connotation’ which, ‘like a cloak, covers a multitude of sins’, (Farnsworth 1999, 541, quoting Arthur L. Corbin). However, waiver is usually dealt with in textbooks on contract law (for law of England and Wales see Guest 1984, 434–438; Beatson 2002, 523–527; Treitel 1995, 321 and 322; for American law Farnsworth 1999, § 8.5, 540–544). *Waiver of claim* is aimed at refraining from asserting or exercising a claim, i.e. abandoning a right to demand something from an individual adverse party, typically a contractual partner. As an institution of common law, ‘waiver of claim’ has no direct and readily available counterpart in the civil law. Therefore, it needs to be ‘translated’ into the ‘language’ of civil law in order to properly identify the rules of local law applicable thereto.

Civil law systems generally regard claim (Serbian *potraživanje*, German *Forderung*) as a ‘relative’ right (*inter partes* right, *iura in personam*, as opposed to *erga omnes* rights, such as property right, i.e. *iura in rem* – Zweigert, Koetz 1998, 145). It represents a demand aimed at a specific adverse party to effectuate a performance – to give something, or pay a sum of money, or suffer some behaviour of the right-holder, or abstain from undertaking some action it would otherwise be entitled to carry out (claims requesting omission). A claim can either represent a special type of right – right of obligation (Zweigert, Koetz 1998, 145) – or it can be created by violation of some other right, which is itself not a claim (such as ownership and other property rights, intellectual property or personality rights). A waiver may be unilateral, when a right-holder waives a right by its unilateral statement, and may be a part of the contract, in which case the waiver is an integral part of the contract, and is undertaken as an obligation towards a particular person. A waiver may lead to the cessation of the waived right, when such a right ceases to exist altogether, or to the obligation of the person who waived the right to refrain from using it and the possibility for the other party to invoke the waiver in order to prevent the use of the right. Generally, so-called absolute rights, such as property rights (ownership, servitude, pledge, etc.), rights of intellectual property or (some) personality rights, which have an *erga omnes* effect, cease to exist when waived (which is often unilateral). On the other hand, so-called ‘relative’ rights, such as claims, do not cease by waiver, but their exercise may be prevented by invoking the waiver (this waiver is in most cases contractual). The latter also applies to the so-called ‘transformation rights’ (Serbian *preobražajna prava*, German *Gestaltungsrechte*), i.e. a right to alter a certain legal relationship by a unilateral constitutive declaration of will.

There is a general scarcity of legal texts or research on waiver in the Yugoslav doctrine based on the 1978 Code of Obligations<sup>1</sup> (*Zakon*

---

<sup>1</sup> Also translated into English as *Law on Obligation Relations* and *Law on Contracts and Torts*.

*obligacionim odnosima*, hereinafter: ZOO<sup>2</sup>). Not surprisingly, there is also not much case law on the issue. This is all due to the fact that waivers were not commonly used in local contractual practice until a decade or so ago. The use of waivers in contracts subject to the ZOO is not a ‘homegrown’ phenomenon, but rather a consequence of the fact that templates created for the use in England or other common law jurisdictions started to be used in the ZOO countries,<sup>3</sup> especially in transactions related to company law (privatizations, M&A). This was done by lawyers who, even in cases when they represented the local state, often did not have any real command of local laws (this applies to all former Yugoslav jurisdictions). This novel practice has not undergone academic analysis, therefore the permissibility, effects and types of waiver have not previously been examined in a systematic way in laws of the ZOO countries, and the doctrine of waiver – and how it actually operates – has not been developed.

This paper strives to provide a systematic analysis of what are regarded to be the requirements of validity of contractual waiver in the context of the existing ZOO. In doing so, unilateral waivers will not be examined. Even though unilateral waivers may produce legal effects (e.g. one may unilaterally waive ownership or any other property right, or personality right, or intellectual property right), it is deemed irrelevant for the topic of this paper and therefore the analysis will be restricted solely to the validity of the contractual waiver, i.e. the situation when a party to a contract waives its rights as an obligation undertaken towards the other party. Generally, the effect of waiver of claim under the ZOO would be an obligation to refrain from exercising the waived right, made towards a particular party, which such party may invoke as defence against such claim if it is asserted despite the waiver.

## 2. GENERAL CONDITIONS FOR VALIDITY OF WAIVER OF CLAIM UNDER THE ZOO

Several undisputed issues serve as the starting point of the analysis. Firstly, waiving a right (Serbian *odricanje od prava*) is by all means generally allowed under the ZOO. The ZOO mentions it explicitly on

---

<sup>2</sup> Official Gazette of SFR Yugoslavia Nos. 29/1978, 39/1985, 45/1989 – decision of the Constitutional Court and 57/89, Official Gazette of FR Yugoslavia No. 31/1993.

<sup>3</sup> ZOO is the *alma mater* of all codifications of the law of obligations in the countries of the former Yugoslavia (Slovenia, Croatia, Bosnia-Herzegovina, Serbia, Montenegro, and North Macedonia, and it also still applies in Kosovo). The term ‘ZOO countries’ is used to denote these countries. All of those countries have altered and/or passed their respective ‘ZOOs’ after the breakup of Yugoslavia, but since the changes were not systemic, the rules of contract and tort law in all these countries remain essentially (sometimes even verbatim) the same.

more than ten occasions (the same applies to *Skica*<sup>4</sup>). *Waiver of a statute of limitation, waiver of a right to annul the contract for laesio enormis* or because of the changed circumstances (*rebus sic stantibus*, similar to common law concept of hardship), waiver of a right without consideration (which requires a special power of attorney for the agent), are just some of the situations in which the ZOO mentions waiver explicitly, thus making it beyond dispute that waiver of a right is generally possible, allowed and effective under the ZOO. This is without exception in doctrine – there is not a single textbook on civil law or law of obligation that would dispute the general possibility of enforceable waiver of right – some even elevate it to the level of methodological principle of civil law (Vodinečić 2012, 40–41).<sup>5</sup>

The next undisputed issue is that, contrary to the common law doctrine of contract law, waivers are not the subject of specific interest of legal doctrine dealing with contract law in the territory where the ZOO once applied as federal law. There is neither a comprehensive ‘theory of waiver’, nor any remotely systematic literature on waivers: they are mentioned occasionally, mostly when the statute refers to them. Therefore, a range of issues that begs to be answered has not yet been addressed in the doctrine, including the limits to the freedom to waive rights, i.e. the validity of waivers. Case law is of no help in this matter either, since, as already explained, the relative novelty of the use of waivers in contractual practice inevitably resulted in scarcity of case law.

The last undisputed fact is that the ZOO provides cases where the possibility of waiver is explicitly excluded (and so did *Skica*). For example, a debtor may not waive the statute of limitation prior to lapse of the period required for limitation.<sup>6</sup> Also, waiving in advance the right to annul a contract for *laesio enormis* is explicitly forbidden,<sup>7</sup> as well as waiving the right to fulfil a monetary obligation before its due date.<sup>8</sup>

Two questions remain: is a waiver forbidden *only* in cases where such prohibition is expressly provided for in the statute, or not? If not,

---

<sup>4</sup> The 1978 ZOO was based on a draft published in 1969 by Prof. Mihailo Konstantinović, called *Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima* [Sketch for the code of obligations and contracts]. This draft is referred to as *Skica*.

<sup>5</sup> Vodinečić says, when discussing the principle of transferability of civil law rights ‘The norms of civil law, in majority of cases, allow the right holder to ... waive their right’ (Vodinečić 2012, 40, own translation). He also emphasizes that waiver may lead to complete ceasing of the right, but also to temporary impossibility of enforcement. Last but not least, he warns that there are many exceptions to this rule, and for many various reasons – whereas he explicitly mentions that waiver is not possible if it would limit the freedom of the right holder excessively, e.g. waiving a right to annul an invalid agreement (Vodinečić 2012, 41).

<sup>6</sup> Art. 365 of the ZOO.

<sup>7</sup> Art 139 para 3 of the ZOO.

<sup>8</sup> Art. 398 para 2 of the ZOO.

what would be the criteria under which, irrespective of the fact that there is no express prohibition of waiver in the particular matter, a waiver would nevertheless fail to produce effects?

The answer to the first question seems to be clear: waiver may be ineffective and invalid not only where its ineffectiveness is expressly regulated by the statute, but also in other cases. For example, even though it is not expressly provided in the ZOO, waiving a right to seek annulment of a null contract, or waiving in advance the right to avoid a voidable contract is quite certainly not allowed.

The answer to the second question is much more complex, because of the number of criteria that can render a waiver inoperable is significant. Subsuming them under the notion of *ordre public*,<sup>9</sup> as it is usually done in the doctrine on limitations to the freedom of contract in general, is of little help in the concrete case, as the outer borders of the notion of *ordre public* are not always easy to chart. Instead, when speaking about waivers and their effectiveness, a parallel to the issue of freedom of contract and its (particular) limitations seems to be more useful.

In examining this issue under the ZOO, *Skica* remains a valid starting point, particularly Article 44. This article regulates the possibility of the party that performed an obligation from a formal bilateral contract lacking the required form, to request performance of the other party, rather than just restitution (return of its performance). *Skica* allows such a request for performance only if the required form is established for the protection of the very party requesting performance, ‘and if in the concrete case the waiver of such protection is possible’ (translated by author). The rationale of this provision would be that a precondition for the effective waiver is that the waived right has no significance to the general, common or public interest, but solely for the right-holder (‘waivability’). Statutory rights and requirements may exist in both public and private interest, and only those not impeding the public interest may be waived. Moreover, they may be waived if that is possible in the concrete case, i.e. if the specific criteria that would exclude the possibility of waiver allow it. Thus, a scheme is established where the first level of analysis is ascertaining the general ‘waivability’ of a claim and the second is establishing whether the particular criteria that would exclude the validity of waiver (of a generally waivable right) exist.

Judging from the cases in which waiver is explicitly excluded, one might conclude that the law, in most cases, excludes the possibility of those waivers that would lead to violations of the principles of law of obligations provided in the ZOO – above all, the principle of the equality

---

<sup>9</sup> The notion is similar to the notion of public policy used in international private law, but it is not identical. On the notion of *ordre public* in Yugoslav doctrine, see Perović (1975, 99–165).

of parties and the principle of good faith. The ZOO provides for several examples that illustrate the point.

For instance, Article 597 paragraphs 3 and 4 of the ZOO, envisages a situation whereby in a lease contract concluded for indefinite period, the leased chattels present a health hazard. In that case, the lessee may terminate the agreement without notice, even if they knew of the hazard at the time of contract formation, and this right to terminate without notice cannot be waived. This illustrates that when a particular right is established, not only in the interest of the right-holder (here the lessee) but also in the public interest, such a right cannot be waived. A similar logic governs the exclusion of waiver of the statutory limitation period prior to its lapse.<sup>10</sup>

Furthermore, Article 92 of the ZOO provides in its first paragraph that the principal may restrict or revoke the power of attorney to an agent, even if they had contractually waived that right. In addition to being a consequence of the independence of the power of attorney from the contract on which it was based, this rule stems from the notion of the protection of personal freedom of the principal, who simply cannot be in the position to be bound by the will of the agent if they no longer wish so.<sup>11</sup> That would subject the principal, against their own will, to the will of the agent, and would result in a violation of the principle of equality of parties. Many other cases of explicitly excluding the possibility of a waiver have the same rationale.

Moreover, Article 136 of the ZOO allows the parties to waive the possibility to terminate or revise the contract for a specific changed circumstance, *provided it is not contrary to the principle of good faith*. Hence, the law is fairly explicit about the ground for excluding the possibility of waiver in this case.

Finally, Article 486 of the ZOO provides for a possibility to limit or exclude liability of the seller for material defects. According to the third paragraph of this article, if the buyer waived his right to terminate the sales contract for material defects, they would not be regarded as having waived other rights that are provided to them by the law in that situation (they ‘retain’ these rights). The rationale behind this provision is that the scope of the waiver should be interpreted narrowly. The same idea is contained in the rule that the waiver of the security right should not be interpreted as the waiver of the secured claim.<sup>12</sup>

In conclusion, it could be said that waivers are generally possible and recognized in civil law systems based on the ZOO. The effect of

---

<sup>10</sup> Art. 375 of the ZOO.

<sup>11</sup> The question is whether the time limited waiver would produce legal effects in this case or not; Serbian case law would most probably allow it.

<sup>12</sup> Article 345 of the ZOO.

a waiver of claim would be the obligation of the person who waived the claim to refrain from exercising that claim/right against the person towards whom the claim was waived. However, in order for a waiver to produce the desired effect, several conditions need to be met: firstly, the right waived must exist solely in the interest of the right-holder, i.e. not even partially in the public interest, otherwise the right cannot be waived (one can label this as the 'waivability' of a right); secondly, the waiver of a generally 'waivable' right will not produce the effect if, in a particular case, it were to violate the *ordre public*, particularly the basic principles of the law of obligations as defined by the ZOO, primarily the principle of equality of the parties (requiring that one party is not subjected to the other against its will, or excessively, to the extent that limits the freedom of one party more than allowed) and the principle of good faith (requiring also a minimum level of fairness and equity in the relation between the parties); thirdly, the waivers are to be interpreted strictly (narrowly).

### 3. WAIVER OF A FUTURE CLAIM

The deliberations set out in respect of the rules generally applicable to waiver of an existing claim also apply to the waiver of a future claim. However, there are two more issues that need to be addressed: the first relates to waiving a particular, *specified* future claim and its particularities, and the second to waiving an *unspecified* future claim.

As for waiving a particular future claim, apart from what was said about the general rules of waiver, two more points should be stressed.

The first is the fact that waiving a future claim is more susceptible to being in violation of the principle of equality and good faith. This is more or less self-explanatory: waiving a claim even before it came to existence has an inherent danger of abuse by the other contractual party, and always results in subjecting the waiving party to the party who benefits from the waiver. If such subjection is excessive, so as that it violates the freedom of the waiving party and thus the principle of equality of the parties, or if it is contrary to the good faith principle, the waiver will be ineffective. Therefore, the ZOO forbids in several places the waiving of a claim in advance, i.e. before it is established. Sometimes it is done explicitly, like in Article 139 para 3 of the ZOO, in regard to *laesio enormis*, which prohibits waiving the right to seek annulment of a contract on the grounds of excessive loss in advance, before the party actually learned that there is an obvious disproportion of mutual commitments. However, the prohibition is sometimes also contained implicitly, e.g. in case of voidable contracts: a party may not waive



its right to avoid a voidable contract in advance, before it learns that the contract is voidable. This stems from the very nature and notion of voidable contracts, and therefore, even if the party waives in advance the possibility to avoid a contract, for example, for error, in case an error by that party that provides grounds for avoidance to take place, such waiver will be ineffective. On the other hand, once the party knows it could avoid a contract on the grounds of error, it can effectively waive such a right. The reason for excluding the effectiveness of waiver in advance in these cases is the violation of the equality of parties and guaranteed inalienable level of freedom each party enjoys. This ground for rendering a waiver ineffective is more emphasized in the case of a future claim, and the leeway for effective waivers is thus narrower when a future claim is waived. There is a body of case law on forbidden waivers of future claims, and it mostly relates to statutory interest on the sum in arrears, salaries and other employment-related claims, as well as to some claims related to family law. As for the statutory interest, given its imperative nature, the courts decided that the claim to such interest cannot be validly waived in advance,<sup>13</sup> but only after it matures.<sup>14</sup> As for the claim related to salary and other employment related claims the courts said that, for example, minimum wages cannot be waived in advance ‘*not only because such waiver would contravene the principle of good faith from the provisions of the ZOO, but also because it contravenes the constitutional provisions of the Constitution of the Republic of Serbia*’ (translated and italicized by author).<sup>15</sup> Similarly, the claim for severance payment cannot be waived in advance,<sup>16</sup> but can be waived by contract after it matures.<sup>17</sup> As for cases

---

<sup>13</sup> This was established at the 26<sup>th</sup> Joint Session of the Federal Court, the Supreme Courts of Republics and Autonomous Provinces and the Supreme Military Court, held on 30 October 1984, and subsequent case law has upheld such position – see Decision of Higher Commercial Court Pž. 7502/96, dated 20 February 1997, published in *Sudska praksa privrednih sudova* [Case law of commercial courts], Bulletin No. 2/1997, 58; Decision of Higher Commercial Court Pž. 3177/2000(1), dated 18 May 2000, published in *Sudska praksa privrednih sudova* [Case law of commercial courts], Bulletin No. 4/2000, 26; Decision of the Commercial Court of Appeals, Pž. 1228/2010(1), dated 25 March 2010, published in *Paragraf Lex*;

<sup>14</sup> Decision of the Commercial Court of Appeals Pž. 1228/2010(2), dated 25 March 2010, while acknowledging the fact that matured amount of statutory interest can be waived by contract, requires explicit expression in that sense.

<sup>15</sup> Decision of the Higher Commercial Court Pž. 1285/2008(2), dated 5 June 2008, published in *Paragraf Lex*.

<sup>16</sup> Decision of the Supreme Court of Cassation Rev. 2. 1494/2010, dated 27 May 2010, published in *Paragraf Lex* and on the website of the Supreme Court of Cassation.

<sup>17</sup> Decision of the Supreme Court of Serbia, Rev. II 1226/2001, dated 27 December 2001, published in *Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije* [Bulletin of the Case Law of the Supreme Court of Serbia], No. 1/2003, 90; also Decision of the Supreme Court of Serbia, Rev. 1266/2001 dated 20 June 2002, published in *Paragraf Lex*;

in family law, the courts decided that spouses cannot waive the right to request the division of their joint estate in advance.<sup>18</sup>

The second point that should be emphasised is that, when examining the waiver of future claims, one must keep in mind the rules of the ZOO on exclusion and limitation of contractual liability. Namely, similar purposes of the two institutions (waiving a specified future claim and exclusion/limitation of liability) provide grounds for analogous (*mutatis mutandis*) application of the rules on exclusion/limitation of liability (contained explicitly in the ZOO) to waiver of a future claim. Article 265 of the ZOO reads:

*Limitation and Preclusion of Liability*

(1) A debtor's liability for intention or gross negligence may not be precluded in advance by contract.

(2) At the request by an interested contracting party, the court may, however, also annul the contractual provision on the exemption of liability for simple negligence, should such agreement be the result of the monopoly position of the debtor or, otherwise, of unequal mutual positions of the contracting parties.

(3) A provision of a contract shall be valid by which the highest amount of compensation is determined, unless such amount is in obvious disproportion to the damage and unless the law provides otherwise for the specific case.

(4) In case of limiting the amount of compensation, the creditor shall be entitled to full redress should the impossibility of performance of obligation be caused by wilful misconduct or gross negligence of the debtor.<sup>19</sup>

The first two paragraphs clearly demonstrate the limits of the possibility of exclusion of liability, inspired by the principle of good faith; even if all liability is excluded, this will not be effective (by operation of law) if the liability is caused intentionally or in gross negligence, and even if it is caused by simple negligence, if the unequal position of the parties enables the one that has the upper hand to force the exclusion in the agreement (if the court finds so).<sup>20</sup> The same rationale for the limitation

---

<sup>18</sup> Decision of County Court in Valjevo, Gž. 704/2007, dated 13 June 2007, published in *Paragraf Lex*. The Court explicitly states that “the case is about a statement by which its issuer has waived her future right, ... so on that ground also the legal validity of the said statement may be questioned” (translated by author). This also indicates that waiver of future claims is more susceptible to being declared invalid than the waiver of an existing claim.

<sup>19</sup> Translation by Đurica Krstić, *The Law on Contracts and Torts*, Jugoslovenski pregled (Yugoslav Survey), Belgrade 1997, at [https://www.mpravde.gov.rs/files/The%20Law%20of%20Contract%20and%20Torts\\_180411.pdf](https://www.mpravde.gov.rs/files/The%20Law%20of%20Contract%20and%20Torts_180411.pdf) (last visited 21 February 2020).

<sup>20</sup> For more details see Jankovec (1993, 363ff). Jankovec sees the roots of the limits of the possibility of exclusion/limitation in *ordre public* and the equity (1993, 366).

of liability is also present in the third and the fourth paragraph: gross disproportion between the limited amount and the actual damages, which violates the equivalence principle, precludes the limitation of liability; intentional non-performance or non-performance due to gross negligence, as violation of the good faith principle, also prevents the operability of the limitations. These rules were in application even before the ZOO was enacted,<sup>21</sup> and clear wording of the ZOO leaves little if any room for different interpretations. This is the most likely reason why there is no published case law on Art. 265 of the ZOO; the published cases deal with definitions of gross negligence and intent (wherein the doctrinal views are restated),<sup>22</sup> but not particularly the inapplicability of exclusion and/or limitation of liability if the damage was caused by gross negligence or intentionally.

By analogy, in the author's opinion the waiver of a right in advance is not effective if it is abused so as to exonerate the intentional or grossly negligent conduct of the adverse party. The rationale is that if a claim is waived in advance, the waiver should cover the situation in which the claim would arise out of the ordinary course of affairs, or out of simple negligence, and not out of bad faith conduct by the adverse party, i.e. intention or gross negligence. Also, if waiving a future claim would lead to gross disproportion between the performances of the parties in a bilateral contract, the waiver may not be effective because of the violation of the equivalence principle.

On the other hand, waiver of any future claim that may arise in a dispute between the parties, without any specification whatsoever, is in the vast majority of cases ineffective, in the author's opinion, because

---

<sup>21</sup> In one case, the exclusion of liability for damages caused by a lorry given to the plaintiff to use free of charge did not apply because the lorry was technically not in order, so after it crashed and thus caused damage to plaintiff's goods, the court found the damage to be caused by gross negligence of the defendant, thus the exclusion of liability did not apply (Decision of the Federal Court Gzs. 50/74, dated 24 December 1974, published in *Zbirka sudskih odluka* [Collection of Court Decisions], Book I (1976), Vol. 3, decision No. 317 at p. 137). In another case it was decided that the forwarder, which caused damage by simple negligence, is liable up to the limits set forth in his general terms and conditions, but for the damage caused by gross negligence or intent, the limits do not apply (Decision of the Supreme Court of Slovenia Sl. 213/76, dated 3 June 1976, published in *Zbirka sudskih odluka* [Collection of Court Decisions], Book II (1977), Vol. 3, decision No. 415 at p. 422). However, before the ZOO was enacted in 1978, there was also some case law excluding the very possibility to exclude or limit liability (for details see Mitrović (1983, 929), and case law quoted therein).

<sup>22</sup> 'A person acts grossly negligent if it doesn't use even the diligence that every average person would use' – Supreme Court of Croatia Gž 1956/78, dated 20 March 1979, published in *Pregled sudske prakse, Prilog Naše zakonitosti* [Review of Court Practice], No. 15, decision No. 141; In the decision of the Supreme Court of Serbia Rev. 2 1665/02 dated 9 August 2003, available at <http://www.sirius.rs/praksa/3886> (last visited 21 February 2020), gross negligence is defined as 'behaviour that does not satisfy the standard of reasonable, even sub-par diligent person' (translated by author).

it would most certainly lead to subsequent inequality of the parties and excessive limitation of freedom of the waiving party. Namely, such waiver would put a waiving party in a position of latent subordination to the other party, which (subordination) would materialize upon occurrence of the breach. It is highly likely that the courts under the ZOO would not allow it. It is quite seldom to have waivers formulated so broadly even in jurisdictions where waivers are much more ordinary than in the countries of the former Yugoslavia. Every factor that circumscribes and defines future claims waived (i.e. their grounds, value, or similar) potentially increases the effectiveness of the waiver. Consequently, *the more the waiver of future claim is specified, the better the chances it will produce effects*. Naturally, in every particular case one should take account of the general rules on waivers, and of the rules for waiving a specific future claim, in addition to the fact that waiving a bundle of future claims is additionally susceptible to being ineffective on grounds of excessive limitation of party freedom and violation of equality of the parties. It should be pointed out that this does not relate only to the equality at the time of formation of contract, but also to creating inequality subsequent to formation, in the contract fulfilment phase.

In conclusion, it could be said that in the case of waiving a future claim additional rules should be taken into consideration besides the rules applicable to waiving existing claims. Firstly, waiving a future claim is more susceptible to violations of the general principles of the ZOO than waiving an existing claim, since it inherently poses a danger to the principle of equality and borders the good faith requirement. Thus, the leeway for effective waivers is narrower when a future claim is waived. Secondly, in the case when a future claim is waived, one must bear in mind that such a waiver must not exonerate the adverse party from its intentional or grossly negligent behaviour, and may not result in excessive disproportion in the performances of the parties, all this through analogous application of rules related to contractual limitation and exclusion of liability. Lastly, given the fact that waiving a bundle of future claims (say, all claims that could arise from a given contract) would most probably be without effect, it can be concluded that the more the waiver of future claim is specified, the better the chances are that it will produce effects.

## REFERENCES

- Atiyah, Patrick Selim. 1979. *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford: Clarendon Press.
- Beatson, Jack. 2002. *Anson's Law of Contract*, 28th ed., Oxford: Oxford University Press. *Collins Dictionary of Law*, 2<sup>nd</sup> ed. 2001. Glasgow: Harper Collins.

- Farnsworth, Edward Allan. 1999. *Contracts*, 3<sup>rd</sup> ed. New York: Aspen Law & Business.
- Furmston, Michael P. 1991. *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*, 12<sup>th</sup> ed. London, Dublin Edinburgh: Butterworth.
- Garner, B.A. 1999. *Black's Law Dictionary*, 7<sup>th</sup> ed., St. Paul: West Group.
- Guest, Anthony Gordon. 1984. *Anson's Law of Contract*, 26th ed. Oxford: Oxford University Press.
- Jankovec, Ivica. 1993. *Ugovorna odgovornost* [Contractual liability], Beograd: Poslovna politika.
- Konstantinović, Mihailo. 1969. *Obligacije i ugovori – Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima* [Obligations and contracts: a sketch for the code on obligations], Belgrade: Faculty of Law.
- Mitrović, Dobrosav. 1983. *Komentar uz član 265* [Commentary to Article 265] in, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima, I tom* [Commentary of Law on Obligations, Vol. I] edited by Borislav Blagojević and Vrleta Krulj, Belgrade: Savremena administracija.
- Perović, Slobodan. 1975. *Zabranjeni ugovori* [Prohibited contracts], Belgrade: Official Gazette of the SFRY;
- Treitel, Guenter Heinz. 1995. *An Outline of The Law of Contract*, 5th ed., London, Dublin, Edinburgh: Butterworth.
- Vodinelić, Vladimir V. 2012. *Građansko pravo – Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava* [Civil law – Introduction and General Part], Belgrade: Union University Faculty of Law.
- Zweigert, Konrad, Hein Koetz. 1998. *An Introduction to Comparative Law* (translated by Toni Weir), 3<sup>rd</sup> ed., Oxford: Clarendon Press.

Article history:

Received: 6. 1. 2020.

Accepted: 11. 2. 2020.

УДК 347.441.44; 347.764

CERIF: S137, S130

DOI: 10.5937/AnaliPFB2001100P

Др Наташа Петровић Томић\*

## О ОГРАНИЧЕНОЈ И УСМЕРЕНОЈ СЛОБОДИ УГОВАРАЊА У УГОВОРНОМ ПРАВУ ОСИГУРАЊА: ФЕНОМЕН „ПОКОРАВАЊА“ УГОВОРА О ОСИГУРАЊУ

*Ауторка анализира примену принципа слободe уговарања на примеру уговора о осигурању, посебно оних потрошачких. На основу позитивноправне и упоредноправне анализе уочене су две детерминанте законског уређења уговорне материје осигурања. Прва је ограничена слобода уговарања, коју ауторка сматра врховним начелом уговорног права осигурања. Ауторка наводи бројне примере у прилог тврдње да у уговорном праву осигурања постоје ограничења у слободи одлучивања да ли ће се уговор закључити, у слободи избора сауговорача и слободи уређивања уговорног односа осигурања. Друга детерминанта уговорног права осигурања јесте усмерена слобода уговарања, која се остварује техником полуимперативних норми. Захваљујући полукогнитном методу законодавац постиже вишеструке правнополитичке циљеве, од којих су најбитнији обезбеђење заштите потрошача услуга осигурања и омогућавање уговорним странама да уговор у одређеној мери прилагоде својим потребама. Ауторка закључује да и у модерним кодификацијама доминира нова парадигма слободe уговарања и залаже се да српско право усвоји исти законодавни метод приликом усвајања *lex specialis* прописа о уговору о осигурању.*

Кључне речи: *Уговор о осигурању. – Ограничена слобода уговарања. – Усмерена слобода уговарања. – Заштита слабије стране. – Нова парадигма слободe уговарања.*

---

\* Ванредна професорка Правног факултета Универзитета у Београду, [nataly@ius.bg.ac.rs](mailto:nataly@ius.bg.ac.rs).

## 1. ЕМАНЦИПАЦИЈА УГОВОРНОГ ПРАВА ОСИГУРАЊА – ОДГОВОР НА РАСТУЋЕ РИЗИКЕ У МОДЕРНОМ ДРУШТВУ

У XXI веку – веку све већих ризика – осигурање избија на прво место најкориснијих услуга финансијског тржишта. Практични значај осигурања прате постепено издвајање и еманципација права осигурања као све значајније гране права и правне дисциплине.<sup>1</sup> Такав развој је уочен само у тржишним привредама, где је потражња за осигурањем израз степена ризичности највећег броја активности и свести лица која носе те ризике да се њима најбоље управља оптималним осигуравајућим покрићем (Merkin, Steele 2013, 3, 34–35). У нашем праву то није случај. Деценијска самоуправљачка привреда утицала је на развој диригованог тржишта осигурања, коме је период транзиције послужио као опоравак од нетржишног пословања. Тек од почетка XXI века, када је усвојен први тржишно обојен статусни пропис осигурања, стекли су се услови за прелазак на другачији модел пословања и издвајање (уговорног) права осигурања на овим просторима.<sup>2</sup> Уговорни сегмент права осигурања добија значај у тржишном моделу привређивања, који карактерише постепено отварање домаћег тржишта и појава нових врста осигурања.

Дистинктивна карактеристика тако оформљене гране права (и правне дисциплине!) представља модификовано начело аутономије воље и слободе уговарања. Особеност правних односа које уређује предметна дисциплина директно се рефлектује на одступања од начела грађанског права. Једно од најзначајнијих одступања огледа се у *утицају нове парадигме слободе уговарања на материју уговору о осигурању*. Њена имплементација у уговорни закон довела је до тога да се више не може говорити о начелу слободе уговарања у уговорном праву осигурања, већ о ограниченој и усмереној слободи уговарања.<sup>3</sup> Као што ћемо у раду показати, такав законодавни приступ је одговарајући.

<sup>1</sup> Еманципација уговорног права осигурања данас није спорна. У развијеним правним културама осигурања стварају се услови за гранање те гране права, у оквиру које се одвојено развијају осигурање од одговорности и животна осигурања. Како се транспортно осигурање одавно осамосталило јер се историјски одвојено развијало, нема дилеме да ће у годинама које долазе та грана права бележити даљу експанзију.

<sup>2</sup> Иако су темељи уговорног права осигурања постављени Законом о облигационим односима – ЗОО (*Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна Повеља, даље: ЗОО), пре више од четири деценије, тек након усвајања тржишног закона о осигурању и преласка на нови модел пословања створени су услови да овај део уговорног законодавства добије значај.

<sup>3</sup> Нека друга начела – попут начела максимално добре вере, начела обештећења и начела појачане заштите слабије стране – постају све значајнија у материји

## 2. УОПШТЕНО О СЛОБОДИ УГОВАРАЊА У УГОВОРНОМ ПРАВУ ОСИГУРАЊА

Аутономија воље, односно слобода уговарања као њена манифестација, представља један од темеља уговорног права у готово свим правним системима.<sup>4</sup> То је случај и у нашем праву, будући да се у ЗОО изричито каже да су стране у облигационим односима слободне, у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја, да своје односе уреде по својој вољи.<sup>5</sup> Тиме слобода уговарања добија највиши ранг. Тај принцип се обично изражава у три постулата: 1) слобода одлучивања да ли ће одређени уговор бити закључен или не; 2) слобода избора саговорника и 3) слобода одређивања садржине уговора (Перовић 1990, 153–182; Орлић 1993, 19–35). Гранање слободе уговарања на та три показатеља је општеприхваћено. Међутим, ниједна од поменутих слобода није неограничена ни апсолутна. То ћемо укратко показати на следећи начин. Слобода да се уговор закључи или не закључи егзистира у границама закона, будући да је забрањено закључење уговора који су противни закону. Обрнуто, у неким ситуацијама законодавац намеће обавезу да се закључи неки уговор. Слобода избора саговорача такође познаје бројна ограничења; почев од оних фактичких (на чијем се сузбијању ради) до оних чисто правних (попут дискриминисања одређених лица због њихових својстава). Најзад, слобода уређивања садржине уговора трпи највећа ограничења, посебно у потрошачком сектору. Дакле, све и да не постоји опште ограничење слободе уговарања у виду јавног поретка, морала и принудних прописа, она трпи бројна ограничења инхерентна самој чињеници да је део одређеног правног поретка. Стога је најближе истини да су *границе слободе уговарања покретљиве и прилагођене врсти предметних уговора*, а у новије време и актуелној епохи (Перовић 1990, 153).

Начелно: свако има право да одлучи да ли жели да закључи неки уговор, са ким жели да га закључи, када жели да га закључи и каква ће бити његова садржина (Soto 2008, 105).<sup>6</sup> Та енумерација

уговорног права осигурања. Иначе, и на примеру начела савесности и поштења може се видети у којој је мери особена правна материја каква је материја осигурања довела до одступања од његовог изворног облика. Тако се у свим уџбеницима уобичајено говори о савесности и поштењу у појачаном облику или начелу максимално добре вере. Видети у: Петровић Томић 2019а, 50–55.

<sup>4</sup> Аутономија воље страна представља темеље тржишне привреде и слободне конкуренције. Она је интелектуално повезана са слободом предузетништва (јер се уговор посматра као правни инструмент економске размене!). Видети чл. 83 Устава Републике Србије (*Службени гласник РС*, бр. 98/2006).

<sup>5</sup> ЗОО, чл. 10.

<sup>6</sup> Кључни елемент сваког уговора је воља. Њена заштита је у основи принципа аутономије воље.



манифестација слободе уговарања – која се среће у скоро свим правним системима – претежно је илустративног карактера. Такође, у свим упоредним законима о облигационим односима на скоро идентичан начин је изражено да се сви облици слободе уговарања морају кретати у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја (или морала). Тиме је уведено *основно ограничење слободе уговарања* (Pérès 2009, 10). Уговорне стране, дакле, нису потпуно слободне и суверене у избору врсте уговора који ће закључити (именованог или неименованог) ни у одређивању његове садржине. Законодавац је поставио границе аутономије воље. До тих граница сауговорачи могу да ураде онако како желе, односно онако како одговара њиховим интересима (Ђурђевић, Павић 2016, 86). Преко тога се улази на терен законске интервенције, којом се штити општи интерес и која у савременом праву поприма све веће размере (Перовић 1975, 6).

У области уговора о осигурању ствари су нешто сложеније. За потребе примене начела слободе уговарања треба правити разлику између комерцијалних и потрошачких уговора. Док је у комерцијалним (великим) ризицима начело слободе уговарања једнако заступљено као у остатку уговорног права, у потрошачком уговорном праву осигурања постоји натпросечан број ограничења која чине сувислим питање да ли је слобода уговарања и даље једно од начела права осигурања.<sup>7</sup> У потрошачким осигурањима начело слободе уговарања уступа место другом начелу – начелу појачане заштите слабије стране. Заправо, у односу тих начела може се уочити једна правилност: *постепено јачање значаја начела појачане заштите слабије стране обрнуто је пропорционално постепеном смањивању значаја начела слободе уговарања. Током историјског развоја права осигурања слобода уговарања у уговорном праву осигурања била је у константном повлачењу.* Она је била најизраженија у ери која претходи кодификацијама уговора о осигурању. Чим је законодавац почео да интервенише у тај уговор, то је довело до увођења нових ограничења и лимита у уговорној моћи осигуравача и уговорача осигурања.

Слобода уговарања је у уговорном праву осигурања ограничена у већој мери него код осталих уговора. Због природе тог комплексног уговора (којим се прибавља сложена и неопипљива финансијска услуга) и типичне потрошачке позиције стране која прибавља услугу осигурања законодавац натпросечно интервенише у уговорни однос осигурања. Отуда смо склони да за изворе уговорног права

<sup>7</sup> Начело слободе уговарања у материјалном праву прати слобода уговарања и код избора меродавног права. Она је потпуно очувана када је реч о великим ризицима и реосигурању, док је за масовне ризике уведена степенована слобода уговарања. Видети у: Петровић Томић 2017а, 417–439.

осигурања традиционално вежемо обележје *детализма* (Petrović Tomić 2018a, у штампи). Детализам регулативе *релативизује сва три показатеља слобода уговарања*. Из угла осигуравача и осигураника слобода уговарања се своди на слободу избора врсте уговора о осигурању који се жели закључити. И то само у домену добровољних осигурања. Ако је реч о неком од ризика са израженом социјалном конотацијом, не постоји ни слобода избора покрића, већ се уговор закључује ради испуњења законске обавезе. То је у складу са општим одредбама ЗОО, који већ на почетку одељка посвећеног закључењу уговора садржи члан насловљен као обавезно закључење и обавезна садржина уговора (чл. 27).

Заправо, могли бисмо рећи да је слобода уговарања у извесној мери превазиђена категорија у уговорном праву осигурања.<sup>8</sup> Почетком XX века чувени француски теоретичар права осигурања *Maurice Picard* изнео је мишљење да слобода уговарања не игра скоро никакву улогу у уговору о осигурању (Picard 1939, 137, 139). Иако је за оно доба то становиште било скоро револуционарно, након усвајања Закона о уговору о осигурању – који је садржао приличан број императивних норми – постало је јасно о чему је *Picard* говорио.

Поставља се питање шта оправдава посве другачији приступ у уговорном праву осигурања. У грани права која уређује односе између страна неједнаке упућености у предмет трансакције и/или неједнаке економске снаге, *слобода уговарања у изворном облику не може да опстане*. Она носи онај степен ризика које модерни законодавац настоји да *контролише и каналише* различитим инструментима, од којих је један од најстаријих и (најделотворнијих!) ограничење слободе уговарања. Тако настаје нова парадигма слободе уговарања у значењу модификованог поимања класичног принципа облигационог права (Kessler, 1943, 631). Она не означава укидање слободе уговарања, већ њено прилагођавање потребама конкретног уговора и степеновање. У којој мери ће бити ограничена слобода уговарања, зависиће највише од значаја предметног питања за позицију слабије стране. Ако је реч о питању чијом се регулативом директно тангирају интереси слабије стране, законодавац ће прибећи ограничењу слободе уговарања когентним нормама. Ако је, пак, за неко питање осигуравачу довољно пружити смернице у ком правцу треба да се креће, законодавац се може задовољити и усмереном слободом уговарања, која се постиже полукогентним методом. И ЗОО полази од тзв. *нове парадигме слободе уговарања у области уговора о осигурању*,<sup>9</sup> која

<sup>8</sup> Фридман каже да је једна од фундаменталних догми модерног права та да је свако слободан да уговора оно што жели, у мери у којој се креће у границама закона. Видети у: Fridman 1967, 1.

<sup>9</sup> Тзв. *нова парадигма слободе уговарања* одговара измењеним условима пословања. Развој индустрије и технологије и потреба обезбеђења бржег одви-

ће се у наредним деценијама потврдити на европском плану у односу на уговорно право у целини.

Осим секторских (специјалних) ограничења слободе уговарања у уговорном праву осигурања, у обзир долазе и општеприхваћена ограничења слободе уговарања – принудни прописи, јавни поредак и добри обичаји. Најзад, принцип слободе уговарања у уговорном праву осигурања највише компромитују делимична ограничења, која су таквог квалитета да не укидају потпуно слободу уговарања, већ је усмеравају на начин који је законодавац одредио као пожељан. Отуда ћемо за *потребе уговора о осигурању увести дистинкцију између ограничене и усмерене слободе уговарања*. И једна и друга се показују на особен начин на терену уговора о осигурању. Док се ограничена слобода уговарања среће и код осталих уговора које уређује ЗОО, друга је посве специфична и опипљива управо у материји уговора о осигурању. На основу увида у законске норме показаћемо да ограничење слободе уговарања више погађа осигуравача. Да није усвојен когентни и полукогентни метод, он би на основу диспозитивног метода унапред одредио физиономију уговора о осигурању на основу општих и посебних услова осигурања. Законодавац га је спречио у томе у мери у којој у одељку посвећеном уговору о осигурању доминирају императивне и једнострано обавезујуће норме. С друге стране, и поред свих ограничења и усмеравања слободе уговарања осигуравача, његова слобода се не може поредити са слободом уговарања осигураника. Управо због своје неукости осигураник, и поред свих законских интервенција, остаје лака мета осигуравача. Стога је изузетно значајна судска заштита која је предвиђена потрошачким прописима.

Најзад, за потребе овог рада треба правити разлику између *спољашњих и унутрашњих показатеља ограничене слободе уговарања* у уговорном праву осигурања. Под спољашњим ограничењима подразумевамо све што правни поредак намеће у погледу начина на који треба испољити вољу како би уговор о осигурању био пуноважан (попут форме уговора).<sup>10</sup> Поента је у томе да су то ограничења која се не односе на сам уговор, то јест на његову есенцију и стваралачку моћ индивидуалне воље, већ на његове спољне манифестације. С друге стране, унутрашња ограничења се односе на сам уговор, на законско и априорно прописивање његове садржине. С обзиром на квантитет и квалитет и спољашњих и унутрашњих ограничења, слобода уговарања у уговорном праву осигурања врло је скупчена.

јања пословних трансакција допринели су *деперсонализацији уговорних односа* и концентрацији велике моћи у рукама онога ко се бави пружањем услуга или продајом роба.

<sup>10</sup> Наглашавамо: формализам ограничава стране у начину испољавања воље, али воља остаје очувана. Тако и: Перовић 1990, 154.

### 3. ОГРАНИЧЕНА СЛОБОДА УГОВАРАЊА – ИМПЕРАТИВНИ МЕТОД ЗАКОНСКЕ РЕГУЛАТИВЕ УГОВОРА О ОСИГУРАЊУ

Ограничења слободe уговорања у уговору о осигурању уочавају се и пре него се дотакну лимити изражени у генералном ограничењу слободe уговарања. Заправо, анализом регулаторног оквира осигурања показаћемо да осигуравач, а нарочито осигураник, не осећају слободу уговарања приликом закључења тог уговора у оној мери у којој је то случај када се закључује неки други (именовани) уговор. Стога је оправдано рећи да је наступила *криза начела слободe уговарања*, изазвана државним интервенционизмом у правни посао осигурања.<sup>11</sup> Како је истакао професор Константиновић, евидентна је тежња да се уговор дисциплинује, а када је реч о уговору о осигурању то се чини не само на нивоу општег уговорног прописа (ЗОО) већ и на нивоу специјалног законодавства осигурања садржаног у различитим законима који, примера ради, чине право обавезног осигурања (Константиновић 1957, 20). Покоравање уговора о осигурању наступа у свим сегментима уговорне слободe, а најизраженије је у одређивању садржине тог уговора. Заправо, законодавац је унапред одредио како треба да изгледа садржина уговора о осигурању.

#### 3.1. Слобода одлучивања о томе да ли ће уговор бити закључен

Приликом уређења уговора о осигурању законодавац је искористио општу норму која пружа одступницу за ограничавање слободe уговарања на два начина: први је увођење обавезе да се закључи неки уговор, а други је одређивање садржине уговора, делимично или у целини.

Према ЗОО, ако је неко по закону обавезан да закључи уговор, заинтересовано лице може захтевати да се такав уговор без одлагања закључи. Такође, одредбе прописа којима се, делимично или у целини, одређује садржина уговора саставни су делови тих уговора, те их употпуњују или ступају на место уговорних одредаба које нису у сагласности са њима. Та законска опција је значајно искоришћена у области уговора о осигурању. У бројним посебним прописима уведена је обавеза закључења уговора за осигураника, а њој је корелативна обавеза осигуравача који се бави обавезним врстама осигурања да прихвати понуде које не одступају од услова под којима он иначе пружа та осигурања. Штавише, има примера да је уведена обавеза осигуравача да прихвати понуду за закључење уговора и код добровољних осигурања. Најбољи пример је добровољно здравствено осигурање,

<sup>11</sup> Професор Ђурђевић користи термин неслобода уговарања, што је нарочито опипљиво на примеру уговора о осигурању. Видети у: Ђурђевић 2018, у штампи.

које је тек недавно добило законску легитимацију (Петровић Томић 2019b, 503–505). Добровољно здравствено осигурање није у правом смислу речи добровољно. ЗЗО је, наиме, уведена обавеза за осигураваче који се баве тим осигурањем да закључе уговор о добровољном здравственом осигурању са уговарачем осигурања под условима прописаним законом и подзаконским актима за спровођење тог закона, без обзира на ризик којем је осигураник тог осигурања изложен, односно без обзира на године живота, пол и здравствено стање осигураника.<sup>12</sup> То је још један пример *ограничавања слободе уговарања* у уговорном праву осигурања. Заправо, према ономе што пише у ЗЗО, осигураник ужива слободу уговарања, док осигуравач има обавезу да закључи уговор са заинтересованим лицем.

Што се тиче обавезне садржине уговора о осигурању, она је у битним цртама прописана ЗОО. Осим тога, у свим посебним законима којима се уводи неки облик обавезног осигурања постоје одредбе од којих се не може одступати приликом закључења уговора. Одредбе којима је унапред одређена обавезна садржина уговора о осигурању имају двострук значај. Оне, најпре, према слову ЗОО, употпуњују слободу уговарања уговорних страна. То значи да се примењују паралелно са оним о чему су се уговорне стране договориле. Друго, њихов значај још више долази до изражаја ако су стране евентуално уговориле нешто што није у складу са обавезним законским садржајем уговора. Оне тада ступају на место уговорних одредаба које нису у сагласности са њима. Оне су, дакле, *корективне норме*. То значи да по нашем праву за оне уговоре чија је садржина законом одређена та законска пројекција садржине уговора ужива примат у односу на слободу уговарања. У мери у којој је садржина уговора обавезно одређена законом стране не уживају слободу уговарања.

Ако се зна да у области осигурања доминира законско уређење обавезне садржине уговора и да постоје још два ограничења слободе уговарања, лако је закључити у ком степену је дерогирана слобода уговарања. Није ствар само у томе да је уговорним странама наметнута обавеза да прибаве неки облик осигуравајућег покрића. Њихову слободу уговарања више тангира законско пропагирање обавезног садржаја тог уговора, уз истовремену пратећу апаратуру санкционисања сваке одредбе која је у супротности са обавезним законским садржајем уговора, а која је продукт договора страна.

Слобода одлучивања да ли ће уговор бити закључен не постоји у изворном облику у уговорном праву осигурања. Она је ограничена на очигледан начин у два случаја. Први је општепознати и односи се на *обавезна осигурања*. Одређене форме обавезних осигурања

<sup>12</sup> Закон о здравственом осигурању, *Службени гласник РС*, бр. 25/2019, чл. 172 ст. 1.

појавиле су се оног тренутка када је у друштву сазрела свест о потреби заштите оштећених лица. Та потреба је претпостављена слободи уговарања као једној од врховних вредности уговорног права. Најпознатија обавезна осигурања јесу осигурања од одговорности (примера ради, осигурање за штете услед употребе моторних возила).<sup>13</sup> Иако се осигурање од одговорности власника моторних возила убраја у групу обавезних осигурања, оно не настаје *ex lege*. И осигурање од одговорности власника моторних возила за штету причињену трећим лицима је уговорно!<sup>14</sup> То је случај и са осталим обавезним осигурањима. Управо у уговорном карактеру свих обавезних осигурања треба видети простор за слободу уговарања.

Лице на коме је обавеза да закључи неки облик обавезног осигурања суочава се са директним ограничењем слободу уговарања. Оно, наиме, има законску обавезу коју мора да испуни.<sup>15</sup> Процена је законодавца да због степена опасности или заступљености одређених ризика осигураницима не може бити препуштено да одлуче о томе да ли ће те ризике покрити осигурањем. На примеру обавезних осигурања види се да ограничење слободу уговарања погађа обе стране: и осигураника и осигуравача. Наиме, осигуравач који се бави пословима обавезног осигурања има обавезу да прихвати понуду за закључење тог осигурања ако она не одступа од услова под којима он иначе спроводи то осигурање.

Други случај ограничења слободу одлучивања о закључењу уговора тиче се *уговорне обавезе* прибављања одређеног типа осигурања. Реч је о уговорном условљавању лица да закључе одређени тип осигурања. Најфреквентнији пример је каско осигурање. Лизинг компаније су условима пословања предвиделе обавезу корисника лизинга да прибави одговарајући модалитет каско осигурања. Тако

<sup>13</sup> С обзиром на њихов значај, обавезна осигурања су данас у експанзији. У развијеним државама постоји огроман број обавезних осигурања (у Француској их има око 120).

<sup>14</sup> Ипак, у интересу заштите трећих оштећених лица, постоје случајеви законског аутоматизма, то јест деловања обавезног осигурања и поред неизвршења законске обавезе закључења уговора. Две најпознатије ситуације законског аутоматизма су: 1) деловање осигурања у случају неосигураног возила и 2) деловање осигурања када је штета изазвана употребом непознатог возила. Видети у: Огњановић 2003, 47.

<sup>15</sup> Примера ради, према Закону о обавезном осигурању у саобраћају – ЗООС (*Службени гласник РС*, бр. 51/2009, 78/2011, 93/2012 и 7/2013 – одлука УС), власник моторног возила *дужан је да закључи уговор о осигурању од одговорности* за штету коју употребом моторног возила причини трећим лицима услед смрти, повреде тела, нарушавања здравља, уништења или оштећења ствари, осим за штете на стварима које је примио на превоз. Иако је круг лица која могу бити одговорна у случају проузроковања штете услед употребе моторног возила потенцијално шири и обухвата различита лица која су у некој правној вези са возилом (возач, гаражиста, овлашћени држалац, оставопримац), законодавац је обавезао само власника возила да закључи уговор о осигурању.

уговарање каско осигурања постаје уговорна обавеза корисника лизинга, која утиче на већу заступљеност каско осигурања у портфолију домаћих осигураваача. Исти је случај и са осигурањем за случај отказа, којим банке условљавају кориснике потрошачких („кеш“) кредита (Петровић Томић 2017b, 91–112).

О ограничењу слободе уговарања говоримо и када се захтева *сагласност трећег лица као услов за закључење уговора*. Такав је случај код осигурања живота за случај смрти трећег лица и осигурања од последица несрећног случаја (Bonnard 2012, 326; Шулејић 2005, 468). У ЗОО се прецизира да се осигурање живота и осигурање од несрећног случаја могу односити на живот уговараача осигурања или на живот неког трећег лица. Уговараач осигурања не може да одреди неко лице као осигурано лице у осигурању живота за случај смрти без његове сагласности. Из разлога заштите овог лица и очувања јавног поретка у области осигурања лица, захтева се сагласност тог лица, иначе је уговор ништав. Сагласност осигураног лица, која очигледно мора да буде прибављена претходно (тј. до закључења уговора!), има циљ да обезбеди да се осигурано лице упозна са свим околностима уговорног односа чији је актер, а посебно са тим ко је уговараач осигурања, ко ће бити евентуални корисник, колико је осигурана сума итд. Та сагласност мора бити дата у полиси или одвојеном писмену приликом потписивања полисе, са назначењем осигуране суме.<sup>16</sup> Сматра се да је тиме осигурано лице дало свој пристанак и на закључење уговора и на висину суме осигурања. Уговор о осигурању живота трећег лица за случај смрти ништав је без сагласности тог лица.<sup>17</sup> На ништавост се може позвати свако (апсолутна ништавост).

О томе у којој мери је ограничена слобода уговарања осигураника сведочи податак да он, осим што у одређеним случајевима мора да закључи уговор, по закону у неколико случајева током одређеног времена не може да изађе из уговорног односа осигурања. Осигураник се, дакле суочава како са наметањем обавезе да закључи уговор, тако и са ограничењима која тангирају његово право да изађе из уговорног односа осигурања. Сливовито речено, његова слобода уговарања нападнута је са свих страна. Тако је *осигураник код вишегодишњих осигурања имовине заточеник осигураваача*, који

<sup>16</sup> „Услов за закључење пуноважног уговора о осигурању за случај смрти трећег лица је писмени пристанак тог лица у погледу самог закључења, али и висине осигуране суме“ (Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 5661/95 од 17. јануара 1996. године).

<sup>17</sup> У теорији се поставило питање да ли осигурано лице може дати сагласност касније (након закључења уговора) и тиме га оснажити. У немачкој теорији се таква могућност негира (јер је реч о апсолутној ништавости), док италијански теоретичари не искључују ту могућност. Видети у: Ćurković 2009, 86.

може да поврати уговорну слободу само ако је спреман да плати законску „цену“ (Петровић Томић 2015, 259–261). Наиме, према ЗОО, код уговора закључених на период дужи од 5 година осигураник може тек по истеку овог периода изјавити да уговор отказује, уз отказни рок од 6 месеци. Законодавац је током тог периода замрзнуо право осигураника да изађе из уговорног односа, што је још једно ограничење његове уговорне слободе. Такви уговори се по правилу закључују под повољнијим условима за осигураника, уз одобравање попушта. С тим у вези, став је судске праксе да ако осигураник раскине уговор пре законом прописаног рока, има обавезу да осигуравачу накнади штету коју трпи због превременог раскида. Штета се обично састоји у повраћају одобрених попушта и обавези плаћања премије за све време за које није могао легално раскинути уговор (Беланић 2016, 121–137).

### 3.2. Слобода избора сауговорача

Ни слобода избора сауговорача није неограничена. Полазећи од статусних прописа, осигуравачи могу да се баве пословима осигурања тек након добијања дозволе за рад од Народне банке Србије. Већ у захтеву за издавање дозволе оснивачи треба да се изјасне да ли ће се бавити пословима животног или неживотног осигурања, односно да ли ће се бавити свим или појединим пословима из неке од тих врста осигурања. То, дакле, значи да осигураник и када закључује уговоре из сфере добровољних осигурања може да „бира“ лиценцираног осигуравача за оне послове осигурања који су њему потребни. Његова је слобода избора сауговорача ограничена захваљујући интервенцији статусног законодавства осигурања. Он, стога, не може да закључи уговор са било којим сауговорачем, већ само са оним који испуњава стриктне законске услове да се назове осигуравачем.

Осим тога, слобода уговарања додатно је ограничена у случају закључења обавезних осигурања: уговор се мора закључити и то са осигуравачем који се баве пословима обавезних осигурања.

Законска интервенција статусног карактера одражава се, дакле, на уговорно право осигурања. Због система дозвола који важи у сектору осигурања слобода избора сауговорача је додатно ограничена. Та интервенција је значајна за заштиту осигураника и уопште потрошача услуга осигурања. Будући да закључују алеаторни уговор са страном која ће бити дужна да испуни обавезу у ближој или даљој будућности, за њихову заштиту је кључно то што правни систем уводи гаранције ликвидности и солвентности осигуравача. Дакле, на оцену степена ограничености слободе уговорања у праву осигурања утиче не само уговорни већ и статусни закон.



### 3.3. Слобода уређивања садржине уговора о осигурању

Слобода одређивања садржине уговора је, према нашем мишљењу, *окосница слободе уговарања*, а она је највише ограничена у уговорном праву осигурања. Она значи да су стране слободне да уреде садржину уговорног односа, то јест да створе појединачне уговорне норме чија правна снага није ништа мања од правне снаге општих законских норми. За уговорне стране има огромну важност то што могу да се договоре о свим уговорним клаузулама, а нарочито о: роковима за испуњење уговорних обавеза; последицама за случај доцње; основу раскида уговора; начину решавања спорова итд. Бројна ограничења и детаљна регулатива уговора о осигурању чине ограниченом стваралачку моћ уговорника.

Признати слободу уговарања као законску категорију уз истовремено законско одређивање садржине уговора о осигурању у битним цртама у неку руку је контрадикторно. Међутим, за то постоји оправдање у карактеристикама самог уговора и потреби да се заштити слабија страна. Заправо, слобода уређивања садржине уговора у уговорном праву осигурања сведена је на незнатан број диспозитивних норми. Уз то, она је и у том облику ограничена условима осигурања које осигуравач доноси унапред. Притом је искључена могућност преговарања о ономе што је уређено условима осигурања. Дакле, слобода уређивања садржине уговора о осигурању своди се само на избор између конкурентских услова осигурања – тзв. *contracts terms shopping* (Petrić 2013, 20).

Да бисмо објаснили ту тврдњу, подсетићемо се законодавног метода који се користи за уговор о осигурању. ЗОО је за уговор о осигурању применио тзв. *специјалну законодавну технику* која се разликује од метода који тај закон користи за остале уговоре. Заштита осигураника као слабије стране захтева највећи број императивних норми, док је број диспозитивних значајно мањи него код других уговора. Увођење императивних норми није мотивисано само заштитом слабије стране (потрошача), већ служи и остварењу других циљева, од којих су најбитнији заштита јавног поретка у осигурању и посредно усаглашавање услова осигурања као изванредно значајног извора права осигурања. Не само да су у ЗОО уређена скоро сва питања уговорног односа осигурања већ је то учињено техником когентних норми. Осим већинских императивних, ЗОО садржи мањи број диспозитивних норми. То је одредница по којој ће ЗОО остати упамћен у историји права осигурања. Напомињемо да у материји осигурања, осим већинских когентних и мањинских диспозитивних норми, постоје и тзв. *полукогентне норме* (једнострано обавезујуће норме, *полупринудне норме*). Последња „врста“ норми представља оригиналност права осигурања, која ће тек током јачања активности

у области заштите потрошача на нивоу Европске уније постати ра-спрострањенији метод регулисања уговорног права.

Читањем дела ЗОО који се односи на уговор о осигурању сти-че се утисак да су скоро сва питања уговора о осигурању – почев од момента закључења уговора до његовог престанка – унапред уређена.<sup>18</sup> Већ смо указали на то да је значајно обележје правног ре-жима уговора о осигурању на основу ЗОО *деталност* регулативе.<sup>19</sup> Поставља се питање да ли се то обележје иначе среће у уговорном праву, које обележава принцип аутономије воље.<sup>20</sup> За поређење са уговором о осигурању најбољи су уговори о превозу. И за њих важи принцип детаљног уређења свих правних питања. Зашто? Зато што је принцип детаљизма својствен регулативи оних уговорних односа које карактерише асиметрија снага и информисаности сауговарача. Како другачије обезбедити не само адекватну заштиту осигураника (или корисника превоза) већ и само одвијање тог уговорног односа на пожељан начин ако не детаљним прописивањем права и обавеза страна, односно уношењем забрана? *Принцип детаљизма је, дакле, у служби очувања баланса у уговорним односима које карактерише неједнакост у било ком облику.* Осим тога, захваљујући принципу детаљне регулативе и мноштву императивних норми назире се уста-нова јавног поретка у осигурању. То је свакако још једна од особе-ности кодификације уговора о осигурању у ЗОО. Наиме, у општем делу јавни поредак није био поменут све до новела из 1993. године.

Иако неспорно корисна, комбинација натпросечног коришћења когентног метода и детаљизма приликом регулативе скоро свих питања уговорног односа потрошачких осигурања чини врло суже-ним маневарски простор уговорних страна за слободу уговорања. Осим што се на тај начин гарантују минимална права и интереси потрошача, осигуравачима се шаље недвосмислена порука да је тај део правног промета под строгим надзором законодавца и да неће моћи много да одступају од *законског модела права и обавеза* која произлазе из уговорног односа осигурања. Заправо, на тај начин се

<sup>18</sup> Будући да је број полуимперативних и диспозитивних норми у уговорном праву осигурања бројчано мањи у односу на императивне норме, анализираћемо прве две категорије норми (нап. аут.).

<sup>19</sup> Принцип детаљизма није превазиђен ни на данашњем ступњу развоја во-дећих законодавстава осигурања. Ако се анализира било који модерни закон о уго-вору о осигурању – од немачког или француског преко скандинавских до британског или недавно усвојеног бугарског закона – стиче се утисак да законодавац ништа не препушта случају. Ово зато што би се свако пропуштање законодавца да неко питање уреди на когентан или полукогентан начин могло окренути против потроша-ча услуга осигурања. Видети у: Петровић Томић 2018b, 65–82.

<sup>20</sup> *Принцип детаљизма праћен когентном и полукогентном техником регули-сања представља добитну комбинацију за уговор о осигурању.*

испољава јавни поредак заштите у области осигурања (Cardoso 2014, 96). За осигурање је специфично да се јавни поредак делимично поклапа са принудним прописима (Soto 2008, 120), иако неспорно обухвата и вредносну компоненту (Томић 2019, 40). Иако је он и језички одвојен од принудних прописа у ЗОО, јавни поредак у осигурању чине когентни и полукогентни прописи.

Ограничење аутономије воље уговорних страна у обавезним осигурањима, осим у обавези закључења уговора, испољава се и као немогућност да се одступи од императивних законских одредаба којима је одређен обим осигуравајућег покрића. Такође, осигуравач не може да унесе искључене штете којима би се сузило покриће дефинисано законским одредбама; не може да искључи измаклу добит (иако та могућност произлази из ЗОО), не може да унесе одредбу којом се не признаје умањење вредности возила због оправке, не може да примени годишњи проценат амортизације на утврђивање штете на возилу, не може да искључи закаснеле штете из покрића итд. (Пак 2018, 238–239).

О посебном квалитету ограничења слободe уговарања говоримо код колективних уговора. Сам механизам закључења тих уговора – где је централна фигура уговарач осигурања – чини утолико тангираном позицију осигураника, који нема апсолутно никакву моћ преговарања и утицаја на садржину уговорних права и обавеза. Механизмом колективних уговора о осигурању још више се потенцира атхезиони карактер уговора, будући да припадник групе, то јест осигураник, нема ни најмању преговарачку моћ. Он само приступа уговору у целини, и то на основу споразума уговарача осигурања и осигуравача (Goldie-Genicon 2008, 1).

Уз све што је до сада поменуто, слободу уговарања ограничава још и могућност суда да огласи неважећим клаузуле којима се нарушава уговорна равнотежа на штету потрошача, уз истовремено одржавање уговора на снази ако може опстати без тих клаузула (Петровић Томић 2015, 361–363). То значи да у области осигурања треба рачунати на две врсте интервенција у уговор о осигурању: прва је превентивна и законског је порекла, а друга је реактивна и судског је порекла. Законодавац је тиме увео два стуба заштите слабије стране, чијим се синергијским дејством додатно сужава поље примене слободe уговарања у уговорном праву осигурања.

#### 4. УСМЕРЕНА СЛОБОДА УГОВАРАЊА – ПОЛУКОГЕНТНИ МЕТОД ЗАКОНСКЕ ТЕХНИКЕ

ЗОО садржи програмску одредбу према којој је одступање од осталих одредаба (оних које нису императивне), уколико није за-

брањено овим или којим другим законом, допуштено само ако је у несумњивом интересу осигураника. Поставља се питање како са извесношћу утврдити да је норма полуимперативна. Такав законски метод подразумева претходно тумачење норми са циљем да се утврди да ли пружају могућност изналажења повољнијег решења из угла осигураника.<sup>21</sup> Дакле, норма је полуимперативна ако допушта само одступања у једном правцу који је генерисан несумњивим интересом осигураника. Минимум заштите права и интереса осигураника који пружају полукогентне норме у исто време треба да трасира пут осигуравачу ка пожељном квалитету одступања од актуелне регулативе (Bataller, Latorre, Olavarria 2007, 35, 169). Механизми које пружа право осигурања састоје се, заправо, у *дозираној и унилатералној императивности норми*. Из полукогентног карактера норми произлази да су допуштене клаузуле којима се побољшава положај осигураника или корисника права из осигурања признањем права која иначе немају по закону или одступањем од примене законских одредаба које нису најповољније за њих.<sup>22</sup>

С обзиром на то да су нека решења ЗОО увелико застарела, полуимперативне норме пружају могућност нашој пракси осигурања да се понаша као да је регулаторни оквир много модернији него што јесте.

Полукогентни метод има вишеструки значај за уговорно право осигурања. Прво, та одредба има огроман значај јер захваљујући њој слобода уговарања у области тзв. копнених осигурања није потпуно укинута. Њоме је инаугурисана усмерена слобода уговарања као вредност која се надовезује на заштиту потрошача услуга осигурања. Управо постојање полупринудних норми омогућава да уговор о осигурању буде израз слободе уговарања, а не законске пројекције претпостављених права и обавеза сауговарача. Заправо, када се тумаче норме и заузима становиште о томе да ли се од њих може одступити, неопходно је да тумач права буде добар познавалац заштите потрошача. У складу са таквим карактером полупринудних норми, *потрошачи се не могу одрећи права која стичу на основу самог закона* (Ћикага 2010, 45). *Такође, ништаве су уговорне одредбе којима се одредбе заштитног карактера мењају на штету потрошача. Уз то, не може се одступати од законских одредаба на начин којим се тангира јавни поредак у области осигурања нити одступања могу бити на штету осигуравача.*

<sup>21</sup> Према мишљењу професора Шулејића, следеће норме ЗОО су полупринудне: чл. 908, 913, 914 ст. 3, 917, 932, 955. Видети у: Шулејић 2005, 51–52.

<sup>22</sup> *A contrario*, једностане измене којима се одступа на било који начин од императивних норми сматрају се неправичним клаузулама. Видети у: Barrientos 2016, 104.

Друго, полукогентни карактер норми има значајан утицај на индустрију осигурања. Оно што је у њима регулисано у области заштите слабије стране представља *полазну основу за осигуравање*. Могућност одступања од законских солуција може се кретати само ка унапређењу (побољшању) положаја потрошача услуга осигурања. Или одступања од неповољних или застарелих законских солуција. Другим речима, уговорне или клаузуле услова осигурања ни у ком случају не смеју бити на штету осигураника или уопште неповољније по његове интересе од минималне заштите коју пружа важећи регулаторни оквир. Навешћемо неколико полупринудних норми у прилог наше тврдње.

Према ЗОО, у осигурању имовине, ако уговарач осигурања не плати премију која је доспела после закључења уговора до доспелости нити то учини које друго заинтересовано лице, уговор о осигурању према самом закону престаје по истеку рока од тридесет дана од дана када је уговарачу осигурања уручено препоручено писмо осигуравача са обавештењем о доспелости премије, с тим што тај рок не може истећи пре него што протекне тридесет дана од доспелости премије (чл. 913, ст. 3). Полазећи од ЗОО, осигуравач који се одлучи да пошаље опомену уговарачу осигурања о доспелости премије осигурања требало би да му остави рок од бар тридесет дана за плаћање премије, уз претњу престанком уговора ако обавеза не буде измирена у поменутом року. Што се тиче почекног рока, нема сметњи за његову квалификацију као полуимперативне норме. Сматрамо да норму треба тумачити тако да обавезује осигуравача да остави почекни рок од најмање тридесет дана. Али, ако је он упознат са тим да уговарач неће моћи да измири обавезу у тако кратком року, нема сметњи да се почекни рок пролонгира. То би значило да осигуравач осигуранику може да остави и дужи рок од 30 дана за измирење обавезе. То правило је у неку руку заштитнички настројено према потрошачу осигурања јер уводи допунски то јест „нови“ рок за извршење најзначајније обавезе. Ако је осигуравач поступио у складу са тим правилом, потрошач осигурања има на располагању најмање додатних 30 дана за испуњење обавезе. Њему се даје накнадни примерени рок за испуњење главне обавезе, што је добро решење. Ако га не искористи и не плати премију, уговор престаје по самом закону истеком почекног рока.<sup>23</sup> Такво тумачење није само у интересу осигураника – коме се вољом осигуравача може пружити дужи рок за испуњење најбитније законске обавезе – већ је

<sup>23</sup> „Ако уговарач осигурања не исплати премију осигурања доспелу по закључењу уговора, уговор о осигурању престаје по самом закону протеком рока од 30 дана од уручења препорученог писма осигуравача са обавештењем о доспелости премије“ (Пресуда Вишег привредног суда, Пж. 6726/97 од 8. октобра 1997. године).

*in favorem* уговора о осигурању. Остављањем дужег рока за плаћање доспеле премије осигурања повећавају се шансе да уговор опстане.

Норме о којима је било речи представљају пример полупринудних норми, те се од њих може одступити у интересу осигураника. Тако је могуће почекни рок продужити, али не и скратити. Заштитни карактер тих норми забрањује да се условима осигурања предвиди аутоматски престанак уговора, то јест без упућивања опомене у случају да премија није плаћена о доспелости.

У осигурању живота постоје посебна правила о последицама неплаћања премије осигурања. Према тим правилима, осигуравач не може тражити исплату премије судским путем. Али, закон му даје могућност да редукују суму осигурања на износ откупне вредности или да раскине уговор. Прва опција је резервисана за уговоре код којих се формира математичка резерва, под условом да су дотле плаћене бар три годишње премије. Друга опција важи за уговоре који немају математичку резерву. Наше је мишљење да је прва опција уређена полупринудним нормама и да осигуравач може да изврши редукацију суме осигурања и након уплате две годишње премије осигурања. Такво тумачење је у интересу уговарача осигурања и одржавања уговора на снази.

Према ЗОО, када се догоди осигурани случај, осигуравач је дужан да исплати накнаду или своту одређену уговором у уговореном року који не може бити дужи од 14 дана, рачунајући од дана када је осигуравач добио обавештење да се осигурани случај догодио (чл. 919, ст. 1). Заштита потрошача осигурања не би била потпуна да законом није прописан рок у коме осигуравач треба осигуранику да исплати накнаду или осигурану суму (Schmitz 2015, 327–352). За разумевање заштите коју наши потрошачи осигурања уживају треба поћи од тога да ЗОО садржи врло елегантну формулацију: осигуравач је дужан да исплати накнаду или осигурану своту „у уговореном року који не може бити дужи од 14 дана, рачунајући од дана када је осигуравач добио обавештење да се осигурани случај догодио“. Дакле, у питању је полупринудна норма, којом је уведена ограничена и усмерена аутономија воље страна у погледу рока за испуњење обавезе осигуравача. Стране могу да се договоре о скраћењу тог рока, али га не могу продужавати.

Треће, наше је уверење да су једнострано обавезујуће норме одиграле кључну улогу у развоју уговорног права осигурања. Оне представљају механизам којим је у исто време успостављен одређени степен заштите слабије стране, а и омогућава да се условима осигурања одступи од законских решења и на тај начин подстакне развој нових врста осигурања. Такође, уз мало добре воље осигуравача, може се одступити од примене норми које су очигледно неповољне

по осигуранике. Таква пракса је уочена код санкционисања несавесно закљученог надосигурања, где се осигуравачи ретко позивају на врло неповољне законске одредбе. Дакле, полуимперативним нормама се постиже каналисана слобода уговарања осигуравача као стране која пружа карактеристичну престацију. Стога се може рећи да су те норме у служби заштите појединачних (приватних) интереса, док су императивне у служби заштите јавног поретка у осигурању.

Када разматрамо нову парадигму слободе уговарања, треба приметити да је у осигурању та суштинска слобода бар двоструко ограничена. Прво законом, а затим условима осигурања. Оно што је законодавац оставио отвореним применом диспозитивних или полуимперативних норми осигуравачи по правилу „затварају“ и заокружују условима осигурања. Дакле, аутономија воље из угла осигуравача и постоји у одређеном степену. Аутономија воље за осигураника скоро да не постоји. И у томе се огледа (и потврђује!) положај слабије стране! Слобода уговарања у области права осигурања – нарочито под утицајем заштите потрошача – све више се своди на слободу да се уговор закључи или не закључи, осим код обавезних осигурања, као и на слободу избора осигуравача са којим ће се закључити. Све ван тога је већ уређено законом или условима осигурања. Због тога се посебна пажња посвећује инструментима заштите уговарача осигурања или осигураника у вези са закључењем уговора на основу услова осигурања (питање упознавања осигураника са њима, питање предаје услова осигурања, питање тумачења нејасноћа у условима осигурања и питање уклањања неправичних клаузула из услова осигурања). Тај сегмент законодавства осигурања и даље је у развоју, са израженим настојањем да се повећа степен заштите потрошача.

Заправо, коришћење полукогентног метода чини да у области уговорног права осигурања може да се говори само о *усмереној (каналисаној) слободи уговарања*.<sup>24</sup> Самим тим, слобода уговарања у материји потрошачких осигурања сведена је на незнатан број уговорних клаузула, односно на тзв. сателитске клаузуле.

## 5. НЕОГРАНИЧЕНА СЛОБОДА УГОВАРАЊА – ДИСПОЗИТИВНИ МЕТОД

Диспозитивне норме су у области уговорног права осигурања генерално посматрано резервни играчи. Оне се примењују само ако су уговорне стране оставиле неко питање неуређено. ЗОО са-

<sup>24</sup> Уговор о осигурању се може навести као пример уговора на који је примењен принцип ограничене аутономије као тачке везивања у међународном приватном праву. Видети у: Петровић Томић 2017а, 417 и даље.

држи натпросечно мали број диспозитивних норми посвећених уговору о осигурању. То се директно одражава на мањи значај начела слободe уговарања у изворном облику. Док у већини уговора које уређује ЗОО уговорне стране имају законски мандат да се договоре о највећем броју питања, такав мандат није дат уговарачу осигурања и осигуравачу. Њих је законодавац ограничио и/или усмерио у најбитнијим питањима. Поставља се питање на коју се врсту елемената осигурања односи слобода уговарања у изворном облику. На основу анализе ЗОО долазимо до закључка да диспозитивни законодавни метод углавном доминира у уређењу оних елемената који нису од круцијалног значаја за очување равнотеже уговорених престација. Лако је уочити да ситуације које ЗОО уређује диспозитивним нормама нису од виталног значаја за заштиту потрошача услуга осигурања. Тако је странама препуштено да уреде како желе следећа питања: моменат доспећа премије и место плаћања; неке од искључених штета; могућност препуштања оштећене осигуране ствари осигуравачу; подосигурање; прелаз уговора на прибавиоца осигуране ствари.

У ЗОО је диспозитивном нормом уређено питање рока плаћања премија и места плаћања премије. Модалитет и време плаћања премије одређују уговорне стране: премија се плаћа у уговорено време и на уговорени начин (Bigot 2014, 24, 560–561). Тако се може уговорити да се премија плаћа одједном или као текућа, у ратама. Ако је уговорено да се премија плаћа одједном, доспева у тренутку закључења уговора и плаћа се у једнократном новчаном износу. То се поклапа са општеприхваћеном праксом осигурања да се премија плаћа унапред за одређени период осигурања. Такав моменат одређивања доспелости премије карактеристичан је за уговоре закључене до годину дана. Такође, у пракси има случајева *када из природе посла и садржаја обавезе осигураника произлази да премију треба платити одједном*. То је случај са свим краткорочним уговорима у којима је назначен једнократни износ премије осигурања, који се односи на цео период на који се осигурање закључује (Станишић 2012, 178). Исто правило о плаћању премије одједном важиће и када је осигуранику уручена полиса у којој је назначен износ премије осигурања, а није одређено када и на који начин ће се платити тај износ (Станишић, 2012, 178).

У пракси је много чешће да се стране споразумеју да се *премија плаћа после закључења уговора*. То је случај код вишегодишњих или дугорочних осигурања, где премија има карактер текуће премије. *Текућа премија* доспева првог дана текућег периода осигурања, а тај период се везује за сваку годину осигурања јер је осигуравачима тако најлакше да адекватно обрачунају премију. Такво решење одговара осигуравачима, који се штите од инсолвентности осигураника. Заправо, премија се плаћа унапред, на почетку периода покрића



и представља противтежу ризику примљеном у покриће (Groutel *et al.* 2008, 380). Иако то законом није *explicite* предвиђено, реч је о плаћању прве премије осигурања.<sup>25</sup> Ако је закључење уговора праћено испостављањем полисе, премија се обично плаћа приликом предаје полисе осигурања. Ако премија није плаћена, осигураваач није дужан да издату полису преда уговарачу осигурања. Могуће је да се износ текуће премије на основу споразума страна подели на оброке (рате), који могу бити месечни, тромесечни или шестомесечни, и тај споразум се уноси у полису или исправу која се прилаже уз полису. Ако је уговорено оброчно плаћање премија, довољно је да осигураник плати један оброк да не би била примењена правила о правним последицама неплаћања премије, осим ако стране нису нешто друго уговориле.

За заштиту потрошача услуга осигурања значајно је и законско правило о месту плаћања премије осигурања. У нашем ЗОО то питање је регулисано на начин којим се одступа од општег правила о месту испуњења новчаних обавеза. Дакле, осигураник је дужан да премију плати у месту свог пребивалишта, ако уговором није одређено неко друго место.

Уговор о осигурању разликује се од осталих уговора по временском моменту. Моменат закључења уговора се обично не поклапа са моментом почетка дејстава уговора. У том смислу је релевантно оно што пише у уговору као дан почетка осигуравајућег покрића. ЗОО садржи диспозитивно правило према коме се као дан почетка осигуравајућег покрића сматра двадесет четврти час дана који је у полиси означен као дан почетка трајања осигурања, а оно траје до истека последњег дана рока за који је осигурање уговорено. Користећи то правило, осигураваачи често условима осигурања другачије уређују почетак дејства њихове обавезе. Притом наглашавамо да уговор о осигурању то јест покриће делује за будућност. Од тог правила постоји одступање у облику тзв. повратног осигурања. Наиме, осигурање може да делује ретроактивно ако заинтересованој страни није било познато да се осигурани случај догодио, односно да је престала могућност да се он догоди. У том случају уговор покрива одређени период пре закључења уговора.

<sup>25</sup> Сматрамо да је за отклањање свих недоумица у вези са последицама неплаћања премије осигурања корисно изменити домаће право по угледу на немачко. Најбитније је увести законско разликовање између прве и каснијих (текућих) премија (пар. 37 и 38 нем. закона). Тако, према немачком праву неплаћање прве или једнократне премије даје право осигураваачу да захтева раскид уговора док плаћање не буде извршено, осим ако за то осигураник није крив. Ако, пак, текућа премија није плаћена благовремено, осигураваач може у текстуалној форми одредити осигуранику на његов трошак рок плаћања који мора износити најмање две недеље. Детаљније: В. Hahn 2009, 636–639.

У потрошачким осигурањима имовинског карактера абандон није уобичајен. Стога *клаузула о напуштају* – којом се осигуранику даје могућност да у случају делимичног губитка или оштећења предмета осигурања захтева потпуну накнаду штете, препуштајући осигурани предмет осигуравачу – мора бити изричито уговорена (Groutel *et al.* 2008, 981–982). Основна погодност коју добија осигураник јесте остварење интегралне накнаде на много ефикаснији и лагоднији начин. С друге стране, абандон за осигуравача може бити неисплатив, тако да за одређене предмете осигуравачи не пристају на напуштај (на пример, код осигурања уметничких предмета и најмање оштећење значи депресијацију – губитак вредности). Ако се, дакле, посебно уговори, осигураник после наступања осигураног случаја осигуравачу може да препусти оштећену ствар и да добије исплату пуног износа накнаде из осигурања, под условом да је спреман да плати одређени додатак уз премију осигурања.

Што се тиче искључених штета, у свим осигурањима штете проузроковане ратним операцијама и побунама искључене су из покрића. Али, то је учињено диспозитивним нормама, што осигуранику коме је потребно шире покриће пружа могућност да се договори са осигуравачем. Исти је случај и са штетама проузрокованим недостацима осигуране ствари. Овде треба приметити разлику у законодавном методу према врсти искључене штете. Ако је реч о неком од искључења које тангира јавни поредак (попут намерног изазивања осигураног случаја) или права осигураника, законодавац га уређује императивним нормама. И не дозвољава уговорним странама да од њега одступе. С друге стране, ако је реч о искључењима која се тичу техничке стране посла осигурања или делимично тангирају алеаторни карактер уговора, слобода уговарања је неокрњена.

Правило пропорционалности које се примењује у осигурању имовине диспозитивног је карактера. Већ је у самом ЗОО прописано да је осигуравач дужан да исплати потпуну накнаду све до износа суме осигурања, ако је уговорено да однос између вредности ствари и суме осигурања нема значај за одређивање износа накнаде. Правило пропорционалности, дакле, није императивна норма, те је уговорним странама остављено да у уговор унесу клаузуле којима се одступа од примене тог правила.<sup>26</sup>

Правило је да у случају отуђења осигуране ствари и ствари у вези са чијом је употребом закључено осигурање од одговорности права и обавезе уговарача осигурања прелазе по самом закону на

<sup>26</sup> Иако је примена правила пропорционалности последица технике осигурања, за осигуранике нестручњаке оно представља облик санкције. Стога су они заинтересовани да се у уговор унесу клаузуле којима се уклања примена правила пропорционалности. Видети у: Caillé 2003, 60.

прибавиоца, осим ако није другачије уговорено.<sup>27</sup> Пренос осигурања, дакле, по законској претпоставци, дешава се истовремено са преносом својине на осигураној ствари или ствари у вези са чијом употребом је закључено осигурање. Изузетак је прописан за отуђење моторног возила. Ако се у току важења уговора о осигурању промени власник моторног возила, права и обавезе из тог уговора прелазе на новог власника и трају до истека текућег периода осигурања.<sup>28</sup> То је прописано ЗООС. За разлику од ЗОО – који допушта могућност да се другачије уговори – ЗООС то не допушта. Такво решење условљава потреба да се обезбеди континуитет покрића, имајући у виду социјалну конотацију обавезног осигурања од одговорности ималаца моторних возила.

## 6. ЗАКЉУЧНО О ПОКОРАВАЊУ ПОТРОШАЧКИХ УГОВОРА О ОСИГУРАЊУ

Европско приватно право на данашњем ступњу развоја карактеришу бар две тенденције. Прва је фрагментација и усвајање бројних посебних уговорних закона, којима се уређују различите области промета. Друга тенденција је појава нових начела (попут начела појачане заштите слабије стране) и нових права и обавеза (попут предуговорног информисања). Уговор о осигурању потпуно прати те трендове, због чега је и дистанциран од општег уговорног права као концептуалне базе. У том смислу проучавање начела слободe уговорања у уговорном праву осигурања представља својеврстан повратак коренима.

На основу свега што је до сада речено можемо изнети следеће закључке.

Прво, слобода уговорања у уговорном праву осигурања у тој мери је ограничена и каналисана законским одредбама да је потпуно оправдано закључити да она нема значај врховног начела. То начело данас више носи призив историјског значаја те није погрешно рећи да је у извесној мери превазиђено у уговорном праву осигурања.

<sup>27</sup> „Када прималац лизинга откупи осигурано возило пре истека уговора о осигурању, не може се ослободити обавезе плаћања премије, јер су права и обавезе уговарача осигурања прешла по самом закону на прибавиоца возила“ (Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 8371/2013(2) од 11. априла 2014. године).

<sup>28</sup> „Права и обавезе осигураника по закљученом уговору о осигурању возила од аутоодговорности прелазе на купца возила по самом закону у моменту закључења уговора о купопродаји возила, те стога, претходни власник возила не одговара за штету проузроковану од стране новог власника у саобраћајној незгоди која се догодила после извршене купопродаје“ (Пресуда Окружног суда у Зрењанину, Гж. број 496/95 од 31. јануара 1997. године).

Друго, смањење значаја начела слободe уговорања обрнуто је пропорционално инаугурацији начела појачане заштите слабије уговорне стране које обележава све односе за које је карактеристична асиметрија снага и информисаности.

Треће, природа предметног уговора и положај стране која прибавља услугу осигурања чине је подложном злоупотребама и нарушавању уговорне равнотеже на њену штету. Стога је ЗОО одступио од принципа слободe уговарања у изворном облику у уређењу уговора о осигурању. Њиме су уведене две врсте модификација слободe уговорања. Прву чине императивне нормe, којима је уређена садржина уговора о осигурању у битним цртама. У мери у којој је уговорним законом уређена садржина будућих уговора може се говорити о ограниченој слободи уговарања. Ово утолико пре што из општих одредаба уговорног *lex generalis* прописана произлази да те одредбе врше две улоге: допуњујућу и корективну. Другу категорију одступања чине полуимперативне нормe, којима је уведена каналисана слобода уговорања. Заправо, наше је мишљење да суштини установе осигурања највише одговара *начело каналисане слободe уговарања*. Иако је когентни метод највише заступљен у регулативи уговора о осигурању, природи тог уговора више одговара полукогентни приступ. Законодавац треба да уведе минимум заштите осигураника и да спречи осигуравача да условима осигурања срозава етаблирану заштиту. Али, ако се жели обезбедити подстицајан регулаторни оквир осигурања, законодавац треба да омогући осигуравачу да – под утицајем тржишта осигурања – одступа од минималне заштите како би понудио повољнија решења условима осигурања или одступио од неповољних законских солуција. С обзиром на застарелост нашег регулаторног оквира, с једне стране, и поднормираност, с друге стране, полукогентни приступ омогућава осигуравачима да развијају добру праксу осигурања.

Четврто, за област потрошачких осигурања карактеристичне су две врсте ограничења: општа (која важе за целокупно уговорно право, као и она из одељка посвећеног уговору о осигурању) и секторска (специјална ограничења, која произлазе из специјалног законодавства посвећеног уговору о осигурању). Тиме је сужено поље примене слободe уговарања и *rationae materiae* и *rationae personae*. Тако дојучерашње начело првог ранга постаје принцип ограничене примене.

*Summa summarum*, и савремено право се адаптира кретању модерног друштва. То се на примеру уговорног права осигурања најбоље види. Законодавац је до те мере интервенисао у уговорни однос да се помињање начела слободe уговарања јавља више као последица традиције него као реалност. Његова пожељност данас се посматра кроз призму измењене социјалне функције уговора уопште, а погото-

во потрошачких уговора. Осим законске интервенције, на сужавање сфере утицаја начела слободе уговорања највише утичу феномен стандардизације уговора и појава општих услова пословања.

Слобода уговорања у изворном облику може да опстане само у случају када су уговорне стране једнаке. Као што је познато, у модерном друштву то често није случај. Стога су законске интервенције и стандардизација уговора довеле до стварања климе заштите слабије стране увођењем ограничења слободе уговорања. Наше је мишљење да је у уговорном праву осигурања изражена тенденција – настала почетком XX века – да се начело слободе уговорања потискује. Тзв. златно доба уговора полако уступа место ери ограничене и каналисане слободе уговарања. Тиме се уводи принцип дозирање слободе уговарања као одговор на измењене прилике пословања у секторима као што је осигурање. Наиме, принудни прописи су преузели на себе – ради повећања правне сигурности – део онога што је некада потпадало под слободу уговарања. Тиме је остварена равнотежа између круте когентности прописа и чисте слободе уговарања. Та равнотежа је покретљива с обзиром на различите врсте осигурања и бројност посебних прописа. Тако је дошло до поковања уговора о осигурању когентним прописима као додатни инструмент појачане заштите слабије стране. Заправо, разликујемо три степеника поковања у области уговорног права осигурања. Први степен чине принудни прописи на нивоу општих норми (попут ЗОО). Други степен представљају принудни прописи у специјалном законодавству осигурања који имају примат над празнинама у општим прописима или када општи пропис упућује на њих. Трећи степен чине судско тумачење и попуњавање правних празнина насталих комбинацијом претходна два степеника.

## ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Barrientos, Zamorano M. 2016. La unilateral imperatividad de los requisitos esenciales del contrato de seguro en le Código de Comercio chileno. *Revista Boliv. de Derecho* 22: 98–119.
- Bataller Juan, Nuria Latorre, Jesús Olavarria. 2007. *Derecho de los Seguros Privados*. Madrid
- Беланић, Лорис 2016. Поједини аспекти престанка вишегодишњег уговора о осигурању имовине. Палић: 121–137. (Belanić, Loris 2016. Pojedini aspekti prestanka višegodišnjeg ugovora o osiguranju imovine. Palić: 121–137.)
- Bigot, Jean 2014. La mise en oeuvre du contrat. *Traité de droit des assurances, Le contrat d'assurance*, Tome 3, 2 édition, Jean Bigot (ed.). Paris: L. G. D. J.

- Bonnard, Jérôme 2012. *Droit des assurances*. 4 édition. Paris: LexisNexis.
- Caillé, C. 2003. *Assurances de dommages, Rép. Civ.* Paris: Dalloz.
- Cardoso, Arango C. 2014. La limitación de la autonomía privada de las compañías aseguradoras como mecanismo de protección dela asegurado. *Revista CES Derecho* 5: 1: 94–105.
- Chantepie, Gaël. 2016. *La liberté contractuelle: back to basics. Réforme du droit des obligations*. Paris: Dalloz.
- Čikara, Emilia 2010. *Gegenwart und Zukunft der Verbraucherkreditverträge in der EU und in Kroatien, Die Umsetzung der Richtlinie 87/102/EWG und der Richtlinie 2008/48/EG in das deutsche, österreichische und kroatische Verbraucherkreditrecht*. Wein: LIT Verlag.
- Ćurković, Marijan. 2009. *Ugovor o osiguranju osoba, Život-nezgodazdravstveno*. Zagreb: Inženjerski biro.
- Đurđević, Marko. 2018. Sloboda i nesloboda ugovaranja u Zakonu o obligacionim odnosima. *Tendencije razvoja u obligacionom pravu na 40. godišnjicu Zakona o obligacionim odnosima*. Ljubljana, u štampi.
- Ђурђевић, Марко, Драган Павић. 1/2016. О условљеној и усмереној слободи уговарања привредних субјеката. *Анали* 64: 84–104. (Đurđević, Marko, Dragan Pavić. 1/2016. O uslovljenoj i usmerenoj slobodi ugovaranja privrednih subjekata. *Anali* 64: 84–104.)
- Fridman, G. H. L. 1/1967. Freedom of Contract, *Ottawa Law Review* 2: 1–22.
- Goldie-Genicon, Charlotte. 2008. *L'assurance de groupe á l'épreuve de la législation sur les clauses abusives*. Paris: Recueil Dalloz.
- Groutel, Hubert, Leduc Fabrice, Pierre Philippe, Asselain Maud. 2008. *Traité du contrat d'assurance terrestre*. Paris: LexisNexis
- Hahn, Volker. 2009. Prämienzahlungspflicht des Versicherungsnehmer. *Versicherungsrechts-Handbuch*, Hrsg. R. M. Beckmann, A. Matusche-Beckmann. München: Verlag C. H. Beck.
- Kessler, Friedrich. 1943. Contracts of Adhesion – Some Thoughts about Freedom of Contract. *Columbia Law Review* 43: 629–642.
- Константиновић, Михаило. 1957. *Облигационо право према белешкама са предавања професора Михаила Константиновића*. Београд. (Konstantinović, Mihailo. 1957. *Obligaciono pravo prema beleškama sa predavanja profesora Mihaila Konstantinovića*. Београд.)
- Merkin, Rob, Jenny Steele. 2013. *Insurance and the Law of Obligations*. Oxford: Oxford University Press.
- Огњановић, Синиша 2003. *Осигурање од одговорности за штете причињене моторним возилом*. Нови Сад: Центар за привредни

- консалтинг. (Ognjanović, Siniša 2003. Osiguranje od odgovornosti za štete pricinjene motornim vozilom. Novi Sad: Centar za privredni konsalting.)
- Орлић, Миодраг. 1993. *Закључење уговора*. Београд: Институт за упоредно право. (Orlić, Miodrag. 1993. *Zaključenje ugovora*. Beograd: Institut za uporedno pravo.)
- Пак, Јасна. 2018. Осигурање од грађанске одговорности. 219–246. *Приручник за обуку за полагање испита и стицање звања овлашћеног посредника и овлашћеног заступника у осигурању*, ур. Наташа Петровић Томић. Београд: Привредна комора Србије. (Pak, Jasna. 2018. *Osiguranje od građanske odgovornosti*. 219–246. *Priručnik za obuku za polaganje ispita i sticanje zvanja ovlašćenog posrednika i ovlašćenog zastupnika u osiguranju*, ur. Nataša Petrović Tomić. Beograd: Privredna komora Srbije.)
- Pèrès, Cécile. 2009. *La liberté contractuelle et et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la Chancellerie (à propos de l'article 16, alinéa 2, du projet)*. Paris: Dalloz.
- Петровић, Слободан. 1975. *Забрањени уговори*. Београд: Савремена администрација. (Perović, Slobodan. 1975. *Zabranjeni ugovori*. Beograd: Savremena administracija.)
- Петровић, Слободан. 1990. *Облигационо право*, Књига прва, Седмо издање. Београд: Службени лист СФРЈ. (Perović, Slobodan. 1990. *Obligaciono pravo*, Knjiga prva, Sedmo izdanje. Beograd: Službeni list SFRJ.)
- Petrić, Silvija. 2013. *Koncept nepoštenih ugovornih odredbi s posebnim osvrtom na potrošačke ugovore. Nepoštene ugovorne odredbe, Europski standardi i hrvatska provedba*, ур. Vesna Tomljenić, Silvija Petrić, Emilia Čikara. Rijeka: Pravni fakultet u Rijeci.
- Петровић Томић, Наташа. 2015. *Заштита потрошача услуга осигурања, Анализа и предлог унапређења регулаторног оквира*. Београд: Правни факултет у Београду. (Petrović Tomić, Nataša. 2015. *Zaštita potrošača usluga osiguranja, Analiza i predlog unapređenja regulatornog okvira*. Beograd: Pravni fakultet u Beogradu.)
- Петровић Томић, Наташа. 2017а. *Заштита потрошача услуга осигурања путем одговарајућег међународног приватног права у Европској унији – о ограниченој аутономији воље код уговора о осигурању масовних ризика који се налазе у Европској унији*. 417–439. *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније*, ур. Вук Радовић. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. (Petrović Tomić, Nataša. 2017b. *Zaštita potrošača usluga osiguranja putem odgovarajućeg međunarodnog privatnog prava u Evropskoj uniji – o ograničenoj autonomiji*

- volje kod ugovora o osiguranju masovnih rizika koji se nalaze u Evropskoj uniji. 417–439. *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije*, ur. Vuk Radović. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu)
- Петровић Томић, Наташа. 2/2017b. Осигурање способности враћања кредита. *Анали Правног факултета у Београду* 65: 91–112. (Petrović Tomić, Nataša. 2/2017b. Osiguranje sposobnosti vraćanja kredita. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 65: 91–112.)
- Petrović Tomić, Nataša. 2018a. Razvoj ugovora o osiguranju u jugoslovenskom i srpskom pravu. *Tendencije razvoja u obligacionom pravu na 40. godišnjicu Zakona o obligacionim odnosima*. Ljubljana, u štampi.
- Петровић Томић, Наташа. 2018b. Општи поглед на Преднацрт грађанског законика Србије – Питање оправданости уређења материје уговорног права осигурања – Нека општа разматрања. *Правни живот* 5–6: 65–82. (Petrović Tomić, Nataša. 2018b. Opšti pogled na Prednacrt građanskog zakonika Srbije – Pitanje opravdanosti uređenja materije ugovornog prava osiguranja – Neka opšta razmatranja. *Pravni život* 5–6: 65–82.)
- Петровић Томић, Наташа. 2019a. *Право осигурања – Систем, Књига I*. Београд: Службени гласник. (Petrović Tomić, Nataša. 2019a. *Pravo osiguranja – Sistem, Knjiga I*. Beograd: Službeni glasnik.)
- Петровић Томић, Наташа. 2019b. О правној природи добровољног здравственог осигурања. 487–506. *Актуелна питања савременог законодавства*, ur. Миодраг Орлић. Будва. (Petrović Tomić, Nataša. 2019. O pravnoj prirodi dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja. 487–506. *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva*, ur. Miodrag Orlić. Budva)
- Picard Maurice. 1939. L'autonomie de la volonté en matière des contrats d'assurance. *Travaux du Comité français de droit international privé*, 5 année, 1937–1938, 1939. [https://www.persee.fr/doc/tcfdi\\_1158-3428\\_1939\\_num\\_5\\_1937\\_1197](https://www.persee.fr/doc/tcfdi_1158-3428_1939_num_5_1937_1197), последњи приступ: 25. августа 2019.
- Soto, Alberto C. 17/2008. La libertad de contratación: Ejercicio y Límites. *Revista de Economía y Derecho* 5: 103–145.
- Schmitz, Nicolas. 2015. Les mécanismes visant à accélérer le règlement du sinistre en assurance. 327–352. *La socialisation de la répartition: fonds d'indemnisation et assurance*. Bruxelles: GRERCA.
- Станишић, Слободан. 2012. Правне последице доцње у плаћању премије осигурања. *Осигурање, накнада штете и нови Закон о парничном поступку*. ur. З. Петровић, Н. Мрвић Петровић. Београд: Службени гласник. (Stanišić, Slobodan. 2012. Pravne posljedice docnje u plaćanju premije osiguranja. *Osiguranje*,



*naknada štete i novi Zakon o parničnom postupku.* ur. Z. Petrović, N. Mrvić Petrović. Beograd: Službeni glasnik.)

Шулејић Предраг. 2005. *Право осигурања.* Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. (Šulejić Predrag. 2005. *Pravo osiguranja.* Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.)

Томић, Зоран. 2/2019. Јавни поредак: појам и структура. *Анали Правног факултета у Београду* 67: 34–48. (Tomić, Zoran. 2/2019. Javni poredak: pojam i struktura. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 67: 34–48.)

Nataša Petrović Tomić, PhD

Associate Professor

University of Belgrade Faculty of Law

## ABOUT RESTRICTED AND DIRECTED FREEDOM OF CONTRACTING IN INSURANCE CONTRACT LAW

### *Summary*

The purpose of this article is to highlight the principle of freedom of contracting in the field of insurance contract. Based on Serbian law as it currently stands as well as comparative legal analysis two features of legal regulation of insurance contract are addressed. The first one is called restricted freedom of contracting, which is in our opinion one of the principles of modern insurance contract law. The second mark of insurance contract law is directed freedom of contracting realized by the technics of semi-imperative provisions. Thanks to the semi-imperative method the legislator achieves multiple goals, and such an intervention is, in our opinion, reasonable and necessary due to the protection of the weaker party and creating stimulating regulatory frame to the contracting parties. To conclude with the author advocates the adaption of the new Law on insurance contracts in Serbia as possibly significant step forward in developing insurance law.

Key words: *Insurance contract. – Restricted will autonomy. – Directed will autonomy. – Consumer protection. – New paradigm of freedom of contracting.*

Article history:

Received: 16. 1. 2020.

Accepted: 11. 2. 2020.

УДК 347.468; 347.441.144.2

CERIF: S130

DOI: 10.5937/AnalPFB2001128D

Др Снежана Дабић\*

## УТИЦАЈ ПРЕВАРЕ КОЈА ПОТИЧЕ ОД САЈЕМЦА НА ПУНОВАЖНОСТ УГОВОРА О ЈЕМСТВУ И ПРАВА ЈЕМЦА – ЖРТВЕ ПРЕВАРЕ

*Када је преваром сајемца наведен на закључење уговора о јемству, јемац се може наћи у прилично независној позицији јер је круг средстава које успешно може да употреби да се заштити врло ограничен. Наиме, код преваре трећег, пуноважност уговора се може оспорити само изузетно: ако је саговорач крив за превару или је уговор добротин, што је врло дискутабилно када је реч о уговору о јемству. Још су мањи изгледи за поништење позивањем на правила о заблуди: заблуда о солвентности дужника (као најчешћа) представља заблуду о мотиву која је само изузетно правно релевантна. Коначно, право на накнаду штете од сајемца – аутора преваре може бити ограниченог домета: најпре, постоји ризик да ће штета моћи да се накнади; потом, може се доћи и до апсурдне ситуације да преварени јемац не може одбити регресни захтев од сајемца – аутора преваре (који је платио дуг), али би након тога могао да се користи правом на накнаду штете.*

Кључне речи: *Јемство. – Пуноважност уговора. – Превара од трећег. – Заблуда о солвентности дужника. – Однос између сајемаца.*

### 1. УВОД

Упоредноправна судска пракса сведочи о томе да се јемци често позивају на чињеницу да су при закључењу уговора о јемству били жртве заблуде, најчешће о финансијској ситуацији дужника<sup>1</sup>,

\* Доцент Правног факултета Универзитета у Београду, [snezana.dabic@ius.bg.ac.rs](mailto:snezana.dabic@ius.bg.ac.rs).

<sup>1</sup> Осим заблуде о солвентности дужника, која је најчешћа, јемци се позивају и на заблуду о природи уговора о јемству, заблуду о сопственој солвентности,

те да не би ни пристали да јемче да им је та чињеница била позната у тренутку закључења уговора. Порекло такве заблуде јемца је, међутим, ретко у преварним *радњама* његовог саговорача – повериоца.<sup>2</sup> Превара углавном потиче од трећег, и то најчешће од дужника: он има највише интереса да прикрије или чак улепша своје финансијско стање како би приволео јемца да пристане да јемчи. Ипак, то не мора нужно увек бити случај. Истовремено с развојем идеје о утицају преваре која потиче од дужника на пуноважност уговора о јемству и развојем предуговорне дужности обавештавања у корист јемаца а на терет поверилаца (Дабић 2018а, 220 и даље), у упоредном праву, посебно француском, пажњу је привукло још једно питање: да ли и на који начин чињеница да је заблуда једног сајемца о солвентности дужника изазвана преварним радњама другог сајемца може утицати на пуноважност уговора о јемству и/или однос између сајемаца? То питање је предмет истраживања и у овом раду.

Наиме, интересовање за питање утицаја преваре која потиче од сајемца у француском праву је порасло након једног познатог случаја у француској судској пракси.<sup>3</sup> Околности случаја биле су такве да су два пара, супружници Гинер (*Giner*) и Сер (*Serre*), пристали да буду солидарни јемци за исплату зајма који је поверилац (банка) одобрио дужнику. Дужник је убрзо након тога пао у стечај, један од сајемаца је намирио дуг повериоцу, а потом се обратио својим сајемцима са регресним захтевом за надокнаду њиховог дела дуга. Они су, међутим, одбили да покрију свој део дуга истичући да при закључењу уговора

---

заблуду о обиму обвезивања, заблуду о основу, заблуду о постојању другог средства обезбеђења или његовог ранга, итд. (видети о томе, примера ради, у Simler 2008, 143–154; Barthez, Houtcieff 2010, 225–237; Bourassin, Brémond, Jobard-Bachelier 2014, 78–80; Mignot 2010, 77–80).

<sup>2</sup> Један од ретких примера може се наћи у француској судској пракси. Наиме, француски Касациони суд је поништио уговор о јемству због преваре која потиче од повериоца, која се огледала у томе што је поверилац (банка) изричито потврдио јемцу, пре закључења уговора о јемству, да је финансијска ситуација дужника „здрава“ и да не постоји никакав ризик за јемца, иако је знао да је дужник већ био у дуговима. Видети одлуку француског Касационог суда (*Cour de Cassation*) – ФКС од 7. фебруара 1983. године, бр. 81–15339. Све одлуке ФКС које се помињу у овом раду биле су доступне на сајту <https://www.legifrance.gouv.fr/>, 15. августа 2019. године.

Међутим, требало би напоменути да је у упоредном праву прихваћена могућност поништења уговора о јемству због преваре ћутањем коју је учинио поверилац. Дакле, ако се повериоцу нешто замера, то је ретко вршење преварних *радњи*, а много чешће то што је био потпуно пасиван при закључењу уговора о јемству, иако је био свестан тога да дужник неће моћи да испуни своју обавезу и да ће се терет испуњења готово сигурно превалити на јемца. Дозвољавање могућности поништења уговора због преваре ћутањем довело је до развоја предуговорне дужности обавештавања у корист јемаца, а на терет повериоца (више о томе Дабић 2018а, 220 и даље).

<sup>3</sup> Видети одлуку ФКС од 29. маја 2001. године, бр. 96–18118.

о јемству нису били упознати са тешком материјалном ситуацијом у којој се дужник налазио, те да их је управо сајемац који је повериоцу исплатио дуг својим преварним радњама навео на закључење уговора о јемству, знајући притом да се дужник налази пред стечајем.

Када ствари тако стоје, основна питања која се постављају јесу следећа: да ли и до каквих правних последица води превара која потиче од сајемца? Може ли се сајемац – жртва преваре с успехом позивати на правила о превари или пак о заблуди како би исходовао поништење уговора о јемству? Уколико је одговор позитиван, под којим условима је то могуће? С друге стране, ако је одговор негативан, која средства преостају сајемцу – жртви преваре како би се заштитио?

## 2. МОГУЋНОСТ ПОНИШТЕЊА УГОВОРА О ЈЕМСТВУ ПОЗИВАЊЕМ НА ПРАВИЛА О ПРЕВАРИ КАО МАНИ ВОЉЕ

Прва препрека са којом се суочава јемац који је преваром намамљен да закључи уговор о јемству јесте та што законодавац, и у нашем и упоредном праву, као основно правило поставља захтев да превара потиче од сауговорача, како би могла да утиче на пуноважност закљученог уговора.<sup>4</sup> Обмана од трећег, ма колико одлучујуће деловала на вољу једне стране, само изузетно рађа право да се захтева поништење уговора применом правила о превари. Реч је, заправо, о ситуацијама у којима је сауговорач макар посредно допринео томе да се друга страна нађе у заблуди, пропутивши намерно или услед непажње да је из ње извуче. На првом месту, то је случај онда када је друга уговорна страна у време закључења уговора знала за превару.<sup>5</sup> Свест о превари трећег и злоупотреба такве ситуације обесмишљава чињеницу да превара није директно последица радњи сауговорача. *Fraus est celare fraudem* – у литератури се наводи да, пропутивши да је извуче из заблуде, и сауговорач сâм врши превару (Перовић 1980а, 303; Визнер 1978, 297; Горенц 2014, 438)<sup>6</sup> јер га такво понашање

<sup>4</sup> Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/79, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Сл. лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља, чл. 65, ст. 1. За иста или слична упоредноправна решења видети, примера ради, чл. 1137 француског Грађанског законика – ФГЗ чл. 28, ст. 1 швајцарског Законика о облигацијама – ШГЗ, § 123, ст. 1 немачког Грађанског законика – НГЗ, §870 аустријског Грађанског законика – АГЗ.

<sup>5</sup> ЗОО, чл. 65, ст. 3.

<sup>6</sup> У случају обмањујућих реклама произвођача, купац би могао да захтева поништење уговора ако је продавац, из свог професионалног искуства, знао да особине производа не одговарају тврдњама из рекламе јер је дужан да о томе обавести купца. Видети Schmidlin 2012, 257.

чини саучесником трећег.<sup>7</sup> У појединим системима, међу којима је и наш, иде се чак и корак даље, па се сматра да превара трећег утиче на закључени уговор не само онда када је сауговорач за то знао него и када је *морао знати*.<sup>8</sup> Кривица сауговорача се огледа у томе што је непажњом пропустио да уочи превару трећег, односно заблуду у којој се друга страна налази и извуче је из ње.<sup>9</sup> Стори (Story 1920, 162) такав пропуст сликовито објашњава као „преварно слепило“ (*„fraudulent blindness“*).

Међутим, ван поменутих случајева, начелно се сматра да код теретних уговора превара од трећег нема утицаја на пуноважност закљученог уговора.<sup>10</sup> Иако се такав став критикује, посебно у материји јемства,<sup>11</sup> главни разлог због којег се ограничава дејство пре-

<sup>7</sup> Саучесником се сматра и онај сауговорач који је „само“ био свестан преваре и њу је искористио; није неопходно да се докаже да је између сауговорача и трећег постојао претходни договор о преварном поступању трећег. „Ако је између уговорача и трећег неког било споразумљења, саучешћа, не баш онаквог као што се тражи у кривичном праву, него ако је само уговорач знао за превару трећег лица, не хтевши обавестити о томе другу страну, то ће дати повода да се уговор поништи“ (Павловић 2014, 213).

<sup>8</sup> ЗОО, чл. 65, ст. 3. Исто решење је прихваћено и у швајцарском, аустријском и немачком праву. Видети ШЗО, чл. 28, ст. 2; АГЗ, § 875; НГЗ, § 123, ст. 2 (више о томе Дабић 2017, 84 и даље).

<sup>9</sup> Како наши писци објашњавају, сауговорач је „према једном општем току ствари требало да зна за такве радње“ (Перовић 1980а, 303), односно „због своје непажње за њу (заблуду, прим. аут) није знао“ (Цигој 1980, 204), односно „није употребио онај степен пажње који се иначе захтијева у таквим ситуацијама“ (Визнер 1978, 297).

<sup>10</sup> Требало би, међутим, поменути да се у упоредноправним системима може наићи и на друге изузетке правила да превара која потиче од трећег нема утицаја на пуноважност уговора. Неке од њих је креирала судска пракса, па су накнадно имплементирани у законске одредбе. Тако, према § 123 (2) НГЗ, ако неко треће лице стиче право из уговора који се закључује, изјава којом се уговара корист за њега може се поништити у односу на њега, у случају када је трећи знао или морао знати за превару. У појединим системима судови су поништавали уговоре и онда када превара потиче од трећег, а сауговорач за њу није знао нити могао знати, уколико се у улози трећег лица налазе субјекти који припадају тзв. кругу сауговорача (*„cercle du contractant“*), због чега се и не могу сматрати правим „трећим“ лицима. Ту се првенствено мисли на случајеве када превара потиче од заступника сауговорача жртве преваре, али и тзв. привидних заступника, затим лица која служе сауговорачу, пословође без налога и обећаваоца радње трећег (више о томе Дабић 2017, 90 и даље; Видети и чл. 1138 ФГЗ и чл. 7:208 Нацрта Заједничког референтног оквира (*Draft Common Frame of Reference – DCFR*)).

<sup>11</sup> Реч је заправо о идеји да је у материји јемства поистовећивање дужника са свим трећим лицима резултат апстрактног, нереалног приступа. Иако се однос између повериоца и јемца заснива на посебном уговору, нема никаквог смисла да се посматра самостално, независно од других, а посебно односа између повериоца и дужника. Штавише, због акцесорности, постојање и дејства уговора о јемству „омеђена су судбином уговора из којег је настала обавеза за коју се јемчи“ (Хибер, Живковић 2015, 283). На тај начин се и формира троугао, тространи однос између

варе која потиче од трећег јесте у томе што последице преваре не би требало да сноси невини саговорач; дакле, онај коме се не може ни на који начин приговорити да је крив за заблуду друге стране. Превара се посматра више као приватна казна, а лични карактер казне забрањује да се она примени на лице које није ни на који начин учествовало у долозним радњама (Ghestin 2013, 1169).

Примењено на проблем којим се ми бавимо, уколико би се дозволило поништење уговора о јемству због преваре која потиче од сајемца, показало би се да је таква санкција штетна за (невиног) повериоца. Он би се, као жртва несавесности трећег, нашао у врло незавидној ситуацији: с једне стране, не би имао могућност наплате од дужника због његове инсолвентности, с друге стране, изгубио би и могућност да се наплати од сајемца који је исходио поништење уговора о јемству као жртва преваре. Штетне последице би биле ублажене једино тиме што би повериоцу и даље преостајала могућност да се намири од другог, односно преосталих сајемаца, међу којима је и сајемац који је извршио преварне радње – аутор преваре (Legeais 2001, 145).

Другим речима, могућност поништења позивањем на правила о превари постоји тек уколико се утврди да је саговорач крив за заблуду жртве (јемца), макар и посредно.

Међутим, на овом месту, када је реч о могућности поништења уговора услед преваре која потиче од трећег, чини се важним анализирати још један изузетак који се односи на добротине уговоре.<sup>12</sup> Наиме, према чл. 65, ст. 4 ЗОО, уговор без накнаде може се поништити и кад је превару учинило треће лице, без обзира на то да ли је друга уговорна страна у време закључења уговора знала или морала знати за превару. Слична одредба се може наћи и у другим упоредноправним системима.<sup>13</sup> Може ли то правило да утиче на проширење круга случајева у којима се може захтевати поништење уговора

повериоца, јемца и главног дужника, у коме дужник игра централну улогу (више о томе Дабић 2018а, 223; Albiges, Dumont-Lefrand 2015, 58; Simler, Delebecque 2016, 79; Simler 2008, 159; Barthez, Houtcieff 2010, 238; François 2004, 96; Bourassin, Brémond, Jobard-Bachelier 2016, 80).

<sup>12</sup> У литератури се наглашава да се исто правило које се примењује на добротине има примењивати и на једностране правне послове. Разлог је у томе што аутор једностраног посла и нема саговорача, те би се свако лице које врши преварне радње могло сматрати трећим (Pogacchia 2001, 207–31; Heinich 2016, 581). Има идеја да би и тада требало сузити круг и превару узимати у обзир само ако потиче од лица које стиче користи од таквог посла (бенефицијара) јер се само у тој хипотези мани воље придружује санкција за деликт (Ghestin 2013, 1172–1173). Поменути изузетак, међутим, није могуће применити на јемство (које је једностранообавезни *уговор*) те неће бити предмет дубље анализе.

<sup>13</sup> Видети примера ради, § 6:93 мађарског Грађанског законика из 2013. године – МГЗ; чл. 86 ст. 2 пољског Грађанског законика из 1964. године – ПГЗ.

о јемству због преваре која потиче од сајемца (или уопште трећег лица) макар у односу на случајеве у којима би се јемство могло означити као доброчином?

Одговор на постављено питање умногоме зависи од одговора на једно претходно: да ли уговор о јемству представља доброчин или теретан правни посао?

Природа уговора о јемству представља једно од врло дискутабилних правних питања, о којем је уједно често дискутовано у материји јемства, које умногоме превазилази оквире овог рада. Ипак, представљено на један уопштен начин, може се рећи да док начелно постоји каква-таква сагласност око тога да уговор о јемству представља једностранообавезни уговор,<sup>14</sup> у погледу утврђивања природе јемства као доброчином или теретног уговора у теорији и судској пракси се може уочити лепеза различитих схватања.

Један од узрока размимоилажења у ставовима јесте у начину на који се посматра јемство.<sup>15</sup>

Наиме, када се строго посматра само уговор о јемству и однос између повериоца и јемца, независно од односа између јемца и дужника, односно повериоца и дужника, постоје озбиљни аргументи да се уговор о јемству означи као доброчин. Јемац за своје обвезивање од повериоца, начелно, не добија контрапрестацију, другим речима, поверилац стиче корист од обвезивања јемца без обавезе давања икакве противнакнаде (вид. Barthez, Houtcieff 2010, 42 и тамо наведене ауторе). Међутим, такво схватање паги од озбиљне мањкавости: у њему се меша карактер једностраности с карактером доброчиности уговора и полази се од погрешне премисе да једнообавезујући уговор нужно мора бити доброчин. Осим тога, како је лепо објашњено у нашој теорији, „бестеретност односа између јемца и повериоца даје замагљену слику односа у целини“ (Хибер, Живковић 2015, 319), па се може погрешно закључити да и професионални јемац (банкар) јемчи доброчином, иако то очигледно није случај – ако и не стиче корист директно од повериоца, своју услугу јемчења наплаћује од дужника.

Поједини писци, пак, иако у фокусу имају, такође, само однос између повериоца и јемца, нуде нешто другачије објашњење, али у прилог теретности јемства: пошто се јемац не обавезује повериоцу да би му учинио било какву услугу или доброчинство<sup>16</sup> – не постоји,

<sup>14</sup> Има схватања да се једностран карактер уговора о јемству може довести у питање имајући у виду да поверилац има извесне дужности према јемцу, али је питање колико те дужности могу учинити да се он сматра (правим) двостранообавезним уговором (више о томе Хибер, Живковић 2015, 314 и даље).

<sup>15</sup> О лутању наше судске праксе у вези с тим више у Хибер 2015, 59 и даље.

<sup>16</sup> У теорији се помиње да би, крајње изузетно, ангажовање јемца могло имати доброчин карактер и у односу на повериоца. Симлер (Simler 2008, 69) наводи

дакле, *animus donandi* у односу на повериоца – уговор о јемству би увек требало разумети као теретни уговор (Simler 2008, 67). Проблематичност те идеје је у томе што ни она не одговара стварности: ако и постоји мотив јемца да учини услугу, добротинство, оно готово никада није усмерено ка повериоцу већ ка дужнику.

Схватајући ограничења поделе на добротине и теретне правне послове када је реч о уговору о јемству, не чуди што поједини писци прибегавају сасвим новој квалификацији уговора о јемству као „неутралног“ (Aynès, Crosq 2013, 91–92): у односу између јемца и повериоца, јемац нема намеру да поклони, те се не може сматрати добротиним, али, с друге стране, јемац не очекује ни противнакнаду од повериоца, па се не може сматрати ни теретним. Према њима, дакле, јемство није нити добротино нити теретно. Али, која би онда правила требало примењивати на уговор о јемству? Таквом ставу се приговара да се на тај начин се проблем квалификације само заобилази, а занемарује се његова практична вредност (Хибер 2015, 67), која се, између осталог, види и из питања може ли се уговор о јемству поништити у сваком случају због преваре коју почини трећи.

Увиђајући проблематичност тих схватања, поједини писци су развили идеју да је, при квалификацији јемства као добротиног или теретног правног посла, погрешно уговор о јемству посматрати као посебан уговор, односно независно од осталих уговора који чине сложену установу јемства. Напротив. Уговор о јемству се мора посматрати у оквиру тространог односа који се рађа између повериоца, јемца и дужника, због чега се добротин или теретни карактер јемства мора тражити не у односу између повериоца и јемца него у односу између јемца и дужника (Bourassin, Brémond, Jobard-Bachelier 2014, 57–58; François 2004, 21–22). А када се ствари поставе на такав начин, више се аргумената може изнети да је јемство теретно.

Најпре, то је несумњиво случај ако јемац очекује да ће за преузимање обавезе јемчења добити накнаду од дужника, било директну било индиректну. Теретни карактер јемства је тада очигледан.

Међутим, има схватања да би се јемство требало сматрати теретним и ако таква накнада није уговорена у односу између јемца и дужника. Објашњење је у томе да јемац нема *intentio liberalis* ни према дужнику јер, и ако га поверилац позове да намири дуг, он има намеру да се накнадно намири од дужника, суброгацијом у повериочева права. Другим речима, иако је прихватио да јемчи без накнаде, јемац се није одрекао права да захтева од дужника да му исплати оно што је за њега платио, због чега би се то очекивање остварења права

---

као пример случај када би се с намером јемчило за дужника који је очигледно инсолвентан и неће бити у могућности да врати дуг, што заправо представља индиректан поклон повериоцу.



из суброгације могло третирати као корист коју ће јемац остварити.<sup>17</sup> У вези с тим, међутим, остаје питање да ли се *intentio liberalis* може негирати само због тога што јемац очекује повраћај плаћеног (Хибер, Живковић 2015, 317). Прихватајући да јемчи без накнаде, јемац ипак чини „пријатељску услугу“ дужнику, на својеврстан начин га кредитира, појамљујући му своју кредитну способност и стављајући своју имовину на располагање (Barthez, Houtcieff 2010, 90). Уз то, јемац макар на одређено време сноси ризик инсолвентности дужника без икакве накнаде за то, у чему би могао да се уочи добротин карактер јемства.

Наизглед делује да је узимање у обзир односа између јемца и дужника при квалификацији јемства као добротиног или теретног логичније и да више одговара стварности. Ипак, на крају излагања о природи јемства може се изнети као озбиљан аргумент чињеница да би било у најмању руку неоправдано, ако не и врло опасно, само на основу тога просуђивати може ли се уговор о јемству поништити због преваре која потиче од трећег чак и онда када поверилац за превару није знао нити могао знати.<sup>18</sup> Наиме, иако је, уопштено гледано, неспорно да јемство поприма карактер добротиног онда када јемац јемчи из пријатељских побуда, не сме се занемарити да такав чин добротинства није усмерен ка повериоцу већ ка дужнику, те нема довољно оправдања да се поверилац подвргне примени строжих правила која се односе на добротине уговоре када је реч о манама воље. То би, уосталом, било на штету невиног повериоца који при закључењу уговора о јемству није утицао нити би могао на било који начин да утиче на чињеницу да ли ће се јемац обавезати са накнадом или без накнаде од дужника или, штавише, да ли јемац жели да учини индиректан поклон дужнику одрекавши се (унапред) права да од дужника захтева повраћај онога што ће евентуално платити за њега. То би могло да уруши јемство као средство обезбеђења.

Не чуди, стога, што поједини писци изричито наглашавају да добротини или теретни карактер јемства, који резултира из једног спољашњег односа у односу на уговор из ког поверилац извлачи своје право, не би требало да мења режим који се примењује на уговор о јемству.<sup>19</sup> „Једино би односи између дужника и јемца треба-

<sup>17</sup> Уколико се унапред одрекао тог права, тада постоји *animus donandi*, али се онда мења правна природа посла – реч је о индиректном поклону, не и јемству (Хибер 2015, 66, 70).

<sup>18</sup> Има, међутим, и другачијих схватања. Строжи систем који се примењује на превару која потиче од трећег код добротиних уговора уопште има се применити и на уговор о јемству, који се квалификује као једностранообавезујући, али који мора бити склопљен из пријатељских побуда и без противнакнаде (Ghestin 2013, 1173).

<sup>19</sup> Чини се да је у том смеру размишљао и ФКС, када је у одлуци од 20. марта 1989. године, бр. 87–15450, изнео да „и у једностранообавезним уговорима какав

ло да буду погођени таквом квалификацијом, нарочито када је реч о примени правила која се односе на добротине уговоре“ (François 2004, 23).<sup>20</sup> Другим речима, када је реч о односу повериоца и јемца јемство би требало посматрати као теретан правни посао.

### 3. МОГУЋНОСТ ПОНИШТЕЊА УГОВОРА О ЈЕМСТВУ ПОЗИВАЊЕМ НА ПРАВИЛА О ЗАБЛУДИ КАО МАНИ ВОЉЕ

Онда када (са)јемац не може да се позове на правила о превари како би исходовао поништење уговора о јемству због заблуде о солвентности главног дужника, поставља се питање: може ли се он са више успеха позивати на правила о заблуди?

Када је реч о анализи утицаја заблуде о солвентности дужника на пуноважност уговора о јемству, најпре би требало напоменути, мада се подразумева само по себи, да се јемац не може позивати на правила о заблуди како би исходовао поништење уговора онда када је главни дужник постао инсолвентан *након* закључења уговора о јемству (Barthez, Houtcieff 2010, 227; Aynès, Crocq 2013, 79; Simler 2008, 146–147). Свака накнадна инсолвентност значила би само просту промену околности која, ма колико значајна, не може довести у питање пуноважност уговора. Осим тога, покриће ризика евентуалне будуће дужникове инсолвентности управо и јесте предмет закључења уговора о јемству. У супротном, којој би сврси служило јемство ако би јемац могао једноставно да се ослободи своје обавезе тврдећи да није могао да замисли да би дужник једног дана могао да се нађе у ситуацији да не може да врати дуг? Јемство би као установа потпуно изгубило свој смисао: ризик инсолвентности је у бићу јемства.

О заблуди о солвентности дужника, дакле, можемо говорити само уколико је инсолвентност дужника постојала у *тренутку* закључења уговора о јемству.<sup>21</sup> Ту се природно намеће следеће питање: о каквој врсти заблуде је реч?

---

је уговор о јемству, превара може утицати на пуноважност уговора само уколико потиче од саговорача“.

<sup>20</sup> Претпоставља се да таква идеја стоји иза схватања изнетих у теорији да, иако квалификација јемства као теретног или добротиног има одређеног теоријског значаја, њен практични значај је слаб (Barthez, Houtcieff 2010, 94).

<sup>21</sup> На овом месту је корисно рећи да се као додатан захтев поставља и чињеница да није реч само о пролазним финансијским потешкоћама дужника већ таквим да представљају јасан сигнал да дужник неће бити у могућности да исплати дуг о доспелости. Ако би дужник у тренутку закључења уговора о јемству био инсолвентан али накнадно постао солвентан, „разлог“ за поништење уговора би отпао – јемац тада не би ни имао интереса да захтева поништење уговора о јемству,

На први поглед могло би се учинити да заблуда о солвентности дужника представља заблуду о (битним својствима) личности (Piedelièvre 2008, 55). У односу између јемца и дужника, који се често означава као *intuitu personae*, солвентност дужника несумњиво делује као одлучујући квалитет дужника: иако јемцу није забрањено да свесно преузме ризик сумњиве солвентности дужника или пак ризик утврђене инсолвентности, уобичајено је да јемац при закључењу уговора о јемству не очекује да ће заиста бити у позицији да мора да плати дуг уместо дужника. Као и поверилац, и јемац на својеврстан начин кредитира дужника, поклањајући му поверење и позајмљујући му сопствену кредитну способност (Simler 2008, 146). Онда када се утврди да је то поверење било засновано на лажним основама, сматраће се да је јемац био у заблуди при преузимању обавезе јемчења. Међутим, све и када би се прихватило да је солвентност, на својеврстан начин, битно својство личности, специфичност јемства је у томе да се уговор о јемству закључује са повериоцем, а не са дужником. Њему (повериоцу) се, дакле, супротставља јемчева заблуда. Из тог разлога, не може бити говора о заблуди о личности јер је дужник, чија је солвентност доведена у питање, треће лице у односу на уговор о јемству.

Заблуда о солвентности дужника друге је врсте. Она заправо представља заблуду о мотиву – солвентност дужника је један од одлучујућих мотива који опредељују јемца да пристане да јемчи (Piedelièvre 2008, 55–56; Barthez, Houtcieff 2010, 228; Aynès, Crocq 2013, 79; Simler 2008, 146; Bourassin, Brémond, Jobard-Bachelier 2014, 79). Али се у томе и огледа главни проблем због којег судови нису склонили да прихвате поништење уговора о јемству због заблуде о солвентности дужника. Наиме, заблуда о мотиву се традиционално искључује из поља примене заблуде и само изузетно утиче на пуноважност уговора. Прву групу случајева у којима мотив улази у каузу чине добротини уговори,<sup>22</sup> али у вези с тим је већ пружено објашњење зашто би на уговор о јемству било погрешно (или макар погубно, неоправдано) примењивати правила која важе за добротине уговоре. Ако се изађе из домена добротиних уговора, у другу групу случајева у којима мотив улази у каузу спадају одређени теретни уго-

---

а чини се да му то не би требало омогућити ни ако би покушао да се на такав начин, из неког разлога, ослободи своје обавезе. У том смислу, заблуда о инсолвентности се процењује у тренутку закључења уговора, али се у обзир мора узети и тренутак доспелости дужникове обавезе, тј. мора се утврдити да ли је дужник у том моменту солвентан јер би то значило да је накнадно отпао разлог за поништење уговора о јемству (уопштено о утицају инсолвентности саговорача на пуноважност уговора Дабић 2018б, 288–289).

<sup>22</sup> Видети ЗОО, чл. 62, у коме се предвиђа да се код уговора без накнаде битном заблудом сматра и заблуда о побуди која је била одлучна за преузимање обавезе.

вори, и то само они код којих је мотив унет у уговорно поље (Цигој 1980, 201; Перовић 1980б, 260; Визнер 1978, 291).

Управо су се том логиком водили француски судови при постављању захтева, да би се уговор о јемству уопште могао поништити због заблуде о солвентности дужника, да је јемац солвентност главног дужника подигао на ниво одлучујућег услова за закључење уговора (о јемству) и тиме га изричито унео у уговорно поље.<sup>23</sup> Исто важи и у случају заблуде једног сајемца о инсолвентности не дужника већ другог сајемца.<sup>24</sup>

Таква пракса има своје оправдање. Оно се, првенствено, огледа у потреби заштите повериоца (сауговорача) и очувању јемства као средства обезбеђења. Било би превише једноставно за јемца да избегне своју обавезу тврдећи да у тренутку закључења уговора није знао да је дужник био у тако лошем финансијском стању (Piedelièvre 2008, 55–56; Simler 2008, 146). То би, у крајњем, практично искључило могућност да се јемчи за инсолвентног дужника, иако би за дужника то и те како могло бити корисно и представљало „карту“ за излазак из тренутних финансијских потешкоћа. Осим тога, начелно није забрањено да се јемчи за инсолвентног дужника, нарочито ако се његов финансијски опоравак очекује након што добије средства од повериоца (Barthez, Houtcief 2010, 228–229). Ако инсолвентност дужника и постоји у време обвезивања јемца, то не значи да ће он несумњиво бити инсолвентан и у будућности, а то је једино што може интересовати јемца (Bourassin, Brémond, Jobard-Bachelier 2014, 79).<sup>25</sup>

Међутим, таквом резонувању се може упутити озбиљна замерка: колико је заправо реално очекивати да би јемац могао да испреговара уношење изричите клаузуле по којој се солвентност главног дужника подиже на ниво одлучујућег услова за преузимање обавезе јемчења? Одговор је негативан из најмање два разлога. Прво, поверилац (у чијој су улози најчешће банке) је готово увек економски моћнија страна у односу на јемца и стога је он (поверилац) тај

<sup>23</sup> Видети примера ради, одлуке ФКС: од 25. октобра 1977, бр. 76–11441; од 2. марта 1982, бр. 79–16538; од 19. марта 1985, бр. 84–10533; од 11. фебруара 1986, бр. 84–11117; од 11. децембра 1990, бр. 89–14631; од 11. јануара 1994, бр. 91–17691. Таквом праксом француски Касациони суд је одступио од ранијег става према којем се поништење уговора о јемству због заблуде о солвентности дужника начелно прихватао. Видети у том смислу одлуке ФКС: од 1. марта 1972, бр. 70–10313, од 7. маја 1975. године, бр. 74–10551.

О томе и у Barthez, Houtcief 2010, 228–229; Simler 2008, 146 и 147; Bourassin, Brémond, Jobard-Bachelier 2014, 79.

<sup>24</sup> Видети одлуку ФКС од 26. јуна 2001. године, бр. 98–12594.

<sup>25</sup> О ставу да ФКС прави разлику између инсолвентности и одрживости друштва за које се јемчи видети Barthez, Houtcief 2010, 229–230.

који диктира услове под којима ће се закључити уговор о јемству (Bourassin, Brémond, Jobard-Bachellier 2014, 79). Друго, све и ако би се, аргументације ради, занемарио претходни аргумент, тешко да би поверилац пристао да се унесе таква клаузула у уговор о јемству и из разлога што би то могло да побуди сумњу код њега. Зашто уопште јемац инсистира на уношењу такве клаузуле? Има ли он неке информације о дужниковој финансијској ситуацији које он (поверилац) нема? Зашто би јемац подизао на ниво услова солвентност дужника ако има све разлоге да верује да је она установљена (да је дужник солвентан)? (Simler 2008, 148) Такав захтев јемца могао би да поколеба повериоца не само у намери да закључи уговор о јемству већ и у томе да ли би дужника уопште требало кредитирати па макар то било обезбеђено јемством.

Постављањем захтева да солвентност дужника буде изричито уговорена као услов при закључењу уговора о јемству, судска пракса је практично „затворила врата“ могућности поништења уговора због заблуде о солвентности дужника (Cabrillac *et al.* 2010, 74–75). То је и разлог зашто је доктрина подељена по питању тако строге судске праксе. Ако је у тренутку закључења уговора о јемству финансијска ситуација дужника у таквој мери преоптерећена да је (готово) извесно да дужник неће бити у могућности да врати дуг, односно да ће јемац (готово) сигурно бити позван да плати уместо њега, основано се питају поједини писци, не поткопава ли се тиме сама природа јемства? Може ли бити говора о *јемству* ако не постоји никаква алеа (неизвесност) у погледу чињенице да ће јемац платити дуг нити у погледу могућности за јемца да се накнадно регресира од главног дужника? (Bourassin, Brémond, Jobard-Bachellier 2014, 79–80) Активирање јемства јесте условљено неиспуњењем обавезе од дужника, али оно мора остати у сфери „могућег“.

Претпоставља се да је под утицајем таквих критика француски Касациони суд ублажио свој став прихватајући, у доста цитираној али и критикованој одлуци из 2002. године, да услов да је дужник солвентан може бити уведен у уговорно поље и прећутно.<sup>26</sup>

<sup>26</sup> Реч је о одлуци ФКС од 1. октобра 2002. године, бр. 00–13189: „...la caution, tiers à la société cautionnée, avait entendu prendre le risque d'aider une société présentée comme en difficulté mais non de s'engager pour une société en situation déjà irrémédiablement compromise, et que la banque qui était en relation d'affaires avec cette société ne pouvait ignorer cette situation, et qui en déduit, dans l'exercice de son pouvoir souverain, que le caractère viable de l'entreprise était une condition déterminante de l'engagement de la caution, faisant ainsi ressortir que celle-ci avait fait de la solvabilité du débiteur principal la condition tacite de sa garantie“.

О томе и у Piedelièvre 2008, 56; Barthez, Houtcieff 2010, 229–230; François 2004, 93 фн. 4; Mignot 2010, 78; Cabrillac *et al.* 2010, 74–75; Simler 2008, 149; Bourassin, Brémond, Jobard-Bachellier 2014, 80.

Поједини француски писци изразили су бојазан да би такав став суда могао да покрене еволуцију у погледу могућности јемца да захтева поништење уговора због заблуде о солвентности дужника (François 2004, 92–93; Mignot 2010, 78; Cabrillac *et al.* 2010, 74–75). У чему се, заправо, огледа проблематичност ширег прихватања таквог става? Наиме, да би се могло утврдити да је солвентност дужника подигнута на ниво услова за закључење уговора, мора се претходно установити да је поверилац знао за (одлучујући) значај који јемац придаје таквој чињеници и да је пристао да се она унесе у уговорно поље, макар то било и прећутно. Полазећи од тога, ствари се могу одвијати на два начина: први, да је поверилац био свестан значаја који јемац даје солвентности дужника управо зато што му је било познато дужниково финансијско стање; други, да је поверилац морао бити свестан значаја који јемац даје солвентности дужника из простог разлога што је и њему сâмом таква околност битна. Међутим, и у једном и у другом случају се позивању на правила о заблуди како би се исходovalo поништење уговора могу упутити замерке. У првом случају, отвара се питање квалификације: ако је повериоцу било познато финансијско стање дужника, не води ли то закључку да је можда реч о превари ћутањем од стране повериоца?<sup>27</sup> С друге стране, ако се крене путем да је поверилац морао бити свестан значаја који јемац даје солвентности дужника из простог разлога што је и њему сâмом таква околност битна, зар то не ствара опасност да би се у сваком случају могло закључити да је прећутно уговорен услов да је дужник солвентан?<sup>28</sup> Другим речима, то би значило да је поништење уговора због заблуде о солвентности дужника увек могуће, евентуално уз једину препреку да заблуда јемца мора бити нескривљена, неизвињавајућа. Тиме би се урушило јемство као средство обезбеђења.

<sup>27</sup> То би се питање основано могло поставити и поводом одлуке ФКС од 1. октобра 2002. године. Наиме, већ се из доступног текста одлуке може видети да је суд образложење за поништење уговора видео, између осталих чињеница, и у томе да банка, која је већ неколико година пословала са главним дужником, није могла да не зна за његову непоправљиво угрожену ситуацију. Осим тога, суд је ценно чињеницу да је јемац „трећи у односу на главног дужника“, што значи да није био у могућности да се сâм информише о његовој финансијској ситуацији, те да је „прихватио ризик да помогне друштву које се налази у одређеним потешкоћама, али не и да се zaloжи за друштво које се већ налази у непоправљиво угроженој ситуацији“. Ипак, остаје питање није ли у таквој ситуацији адекватнији основ за поништење превара ћутањем (о томе и François 2004, 93 фн. 4; Aynès, Crocq 2013, 79).

<sup>28</sup> „*N'est-il pas evident que, sauf circonstances particulières, la caution ne se serait pas oblige si elle avait su que le débiteur était déjà insolvable?*“ (Simler 2008, 148). Видети и Cabrillac *et al.* 2010, 74–75, као и став Рончевског (Rontchevsky) који тврди да имовинска ситуација дужника уобичајено представља елемент који одлучујуће утиче на вољу јемца да јемчи и који, стога, нужно улази у уговорно поље, те да поверилац не може да не зна да јемац, осим изузетно, не би прихватио да јемчи за доказану инсолвентност (Barthez, Houtcieff 2010, 229 фн. 82).

#### 4. МОГУЋНОСТ ИСТИЦАЊА НЕПУНОВАЖНОСТИ ЈЕМСТВА У ОДНОСУ ИЗМЕЂУ САЈЕМАЦА

С идејом да се поверилац заштити од последица поништења уговора о јемству због заблуде коју није скривио, а тиме посредно и јемство као средство обезбеђења, с једне стране, и да се пружи заштита и јемцу који је преварним радњама другог сајемца наведен на закључење уговора о јемству, с друге стране, француски Касациони суд изнео је став, у једној врло занимљивој одлуци донетој почетком 21. века<sup>29</sup>, која је привукла доста пажње, да, иако се ништавост уговора о јемству (у који је јемац намамљен преваром сајемца о финансијском стању дужника) не може истицати према (невином) повериоцу, она се може истицати накнадно, у регресном поступку, у односима између сајемаца.

Околности случаја у коме је изнет такав став представљене су укратко у уводном делу овог рада. Подсећања ради, два пара, супружници Гинер (*Giner*) и Сер (*Serre*), пристали да буду солидарни јемци за исплату зајма који је поверилац (банка) одобрио једном друштву (дужнику). То друштво је убрзо након тога пало у стечај, госпођа Гинер је намирила дуг банци-повериоцу, а потом се обратила супружницима Сер са регресним захтевом за надокнаду њиховог дела дуга. Они су, међутим, одбили да покрију свој део дуга истичући да их је управо госпођа Гинер преваром навела на закључење уговора о јемству тиме што се није либила да се користи лажима (посебно прикривајући тешку материјалну ситуацију дужника) како би их наговорила да јемче, знајући притом да се дужник налази пред стечајем. Мада француски Апелациони суд није био убеђен тим аргументом, Привредно одељење Касационог суда је изнело становиште да се „...у односима између сајемаца, јемац може позивати на ништавост уговора о јемству закљученог под преваром ако она потиче од његовог сајемца“.

Такво ограничено истицање ништавости уговора о јемству само у односима између сајемаца подржали су поједини француски писци (Mortier 2002, 999; Legeais 2001, 145). Наиме, иако се утемељење за такву одлуку није могло наћи у (језичком) тумачењу одредаба којима је пре измена француског Грађанског законика регулисана превара,<sup>30</sup> сматрало се да такво решење јесте у складу са „духом“ правила о превари (Mortier 2002, 999). Најпре, ограничавањем могућности истицања ништавости уговора о јемству само у односима између сајемаца (не и према повериоцу) спречава се да негативне последице ништавости трпи поверилац који није ни на који

<sup>29</sup> Видети одлуку ФКС од 29. маја 2001. године, бр. 96–18118.

<sup>30</sup> Видети ФГЗ, чл. 1116 (пре измена из 2016. године).

начин скривио заблуду јемца. Другим речима, ограничено рушење уговора о јемству неутрално је у односу на невиног повериоца, што се сматра усклађеним са смислом преваре као установе – она првенствено има циљ да се санкционише деликтно понашање аутора преваре, док у други план пада идеја да се заштити воља жртве преваре. Осим тога, аргумент у прилог таквом ставу суда огледа се и у тзв. међузависности јемаца: иако сајемци представљају, један у односу на другог, трећа лица, међу њима постоји велика међузависност због чега се они могу означити као тзв. трећа лица посебне врсте. Наиме, како наводи Мортије (Mortier 2002, 999), њихова специфичност је у заједничком објективном и субјективним елементима: сајемци гарантују за исти дуг, у односу на истог дужника, у корист истог повериоца. Они се, стога, морају понашати лојално једни према другима, не само у фази извршења уговора већ и у фази закључења уговора, из више разлога: они ће можда бити доведени у ситуацију да се обраћају једни другима; терет инсолвентности једног се дели међу другима; што је већи број сајемаца, то се више смањује терет дуга који свако од сајемаца мора да сноси; коначно, ризик нестанка једног јемца (било због његове инсолвентности или поништења уговора о јемству) преваљује се на преостале сајемце.

Међутим, таквом резонувању француског Касационог суда имало би се више тога приговорити.

Најпре, тешко је теоријски објаснити ограничено рушење уговора о јемству.<sup>31</sup> Уколико се жртва преваре може позвати на правила о манама воље и то учини како би исходила поништење уговора, такво поништење мора имати дејство према свима, укључујући и повериоца (сауговарача); и обратно, уколико се непуноважност не може истицати према повериоцу (сауговарачу), онда не би требало да може да се истиче ни према сајемцима (односно, другим лицима). Принцип на коме почива поништење јесте „све или ништа“.

С друге стране, чини се важним нагласити да то не значи да јемац – жртва преваре остаје без икаквих могућности уколико не може да исходује поништење уговора. Имајући у виду да се превара санкционише и као цивилни деликт, жртви преваре се, уз захтев за поништење или потпуно независно од њега, традиционално признаје право да захтева накнаду штете од аутора преваре. Примењено на проблем којим се бавимо у овом раду, чак и ако не може да истиче захтев за поништење према свом сауговарачу (повериоцу), јемац има могућност да захтева накнаду штете од лица које га је преварним радњама навело на закључење уговора – у нашем случају од сајемца. Шта се, међутим, може јавити као проблем због којег је,

<sup>31</sup> „On voit mal en effet, comment le cautionnement pourrait n'être nul que dans les rapports entre cofidésuseurs...” (Simler 2018, § 34).



претпоставља се, француски Касациони суд изнео поменути став, чија је правна утемељеност у најмању руку дискутабилна, да је ограничено рушење уговора могуће? Наиме, мада јемац – жртва преваре има право да захтева накнаду штете од сајемца – аутора преваре, такво право се рађа тек уколико је штета претрпљена, а то ће најчешће бити случај онда када је он (сајемац – жртва преваре) већ исплатио повериоцу дужников дуг или је неком од осталих сајемаца (уколико их има) у регресном поступку морао да надокнади део дуга који су они исплатили повериоцу. Међутим, када се ствари одвијају на начин на који су се одвијале и у случају пред француским Касационим судом – да сајемац (наводни аутор преваре) исплати дуг повериоцу, а онда се с регресним захтевом обрати сајемцу (наводној<sup>32</sup> жртви преваре) – чини се да је прихватање идеје да се ништавост уговора о јемству може истаћи између сајемаца једини начин да се спречи настапак штете за сајемца – жртву преваре и одбије регресни захтев сајемца – аутора преваре (Barthez, Houtcieff 2010, 239 фн. 117). У супротном, ако се ништавост не би могла истаћи према сајемцу – аутору преваре, могло би се доћи у апсурдну ситуацију: да сајемац – жртва преваре не може одбити регресни захтев сајемца – аутора преваре, али би након тога могао да се користи правом на накнаду штете од њега!

Још један важан приговор би се могао упутити ставу какав је изнео ФКС. Наиме, чак и ако би се, аргументације ради, разматрало прихватање могућности ограниченог рушења уговора, такво решење би било оправдано само када је реч о односу између сајемца – жртве преваре и сајемца – аутора преваре. Другим речима, сајемац – жртва преваре може истицати ништавост свог уговора о јемству једино према сајемцу – аутору преваре, а не и према евентуалним другим сајемцима. Међутим, то не произлази јасно из начина на који је ФКС изнео свој став, те формулација да се „у односима између сајемаца (наглашавање наше), јемац може позивати на ништавост уговора о јемству закљученог под преваром ако она потиче од његовог сајемца“ рађа недоумице. Наиме, уколико има више сајемаца, да ли то значи да се ништавост може истицати не само према сајемцу од кога потиче превара већ и према осталим сајемцима (уколико их има)? Чини се да би потврдан одговор, какав би могао да следи из језичког тумачења

<sup>32</sup> Термин „наводни“ је на оба места у тексту искоришћен из разлога што у конкретном случају који се нашао пред француским Касационим судом заправо није доказано да су испуњени услови за истицање ништавости уговора о јемству, односно није доказано да сајемац (наводна жртва преваре) није знао за ситуацију у којој се друштво (дужник) налазило те да су преварне радње на које се позива одлучујуће утицале на његово јемчење. Без обзира на то што крајњи исход није био такав да је ништавост успешно истакнута, ФКС је изнео став да је то могуће у односима између сајемаца. Видети одлуку ФКС од 29. маја 2001. године, бр. 96–18118.

става ФКС, логички тешко могао да опстане, а била би доведена у питање и његова оправданост. Разлог је у томе што би тиме положај невиних сајемаца био угрожен: успешним истицањем ништавости уговора о јемству у регресном поступку према свим сајемцима смањује се број јемаца на које се преваљује дужников дуг (у случају инсолвентности), односно повећава се удео који сваки (преостали) сајемац има у укупном дугу јер би се на њих превалио део дуга који би иначе „отпао“ на сајемца – жртву преваре. То би даље отворило питање није ли довођењем у заблуду једног сајемца, сајемац – аутор преваре заправо индиректно створио тло за потенцијалну штету коју би могли да претрпе и остали сајемци. Када имају сазнања да ће више лица обезбеђивати исти дуг, то утиче на вољу сајемаца при закључењу сопственог уговора о јемству јер се ризик инсолвентности дужника не преваљује само на њих већ на све сајемце. Из тих разлога, у случају поништења било ког уговора о јемству, и за њих потенцијално настаје штета јер се повећава њихов удео у укупном дугу. С тим у вези, може се јавити питање да ли би се остали (невини) сајемци могли позивати на заблуду о постојању или обиму средстава обезбеђења<sup>33</sup> или на други начин превалити на сајемца – аутора преваре онај вишак дуга који је превален на њих тиме што је сајемац-жртва истакао ништавост у регресном поступку?

Претпоставља се да је управо свест о потенцијалним опасностима и правним проблемима који би се појавили уколико би се (буквално) примењивао став ФКС навела и писце који став начелно поздрављају да нагласе да би тај став требало протумачити тако да се ништавост може супротставити само сајемцу који је аутор преваре; другим речима, да не би требало дозволити истицање ништавости не само према (невином) повериоцу већ ни према осталим (невиним) сајемцима (Mortier 2002, 999).

## 5. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Када је јемац преваром наведен на закључење уговора о јемству од трећег лица, укључујући и случај када она потиче од његовог

<sup>33</sup> У француској судској пракси и теорији се, иначе, износи став да се остали сајемци, у случају ништавости ангажовања једног од сајемаца, могу позивати на заблуду о обиму средстава обезбеђења само уколико су ти сајемци чињеницу очувања интегралности јемстава подигли на ниво одлучујућег услова за њихово сопствено ангажовање. Оправдање лежи у принципу независности различитих гаранција (средстава обезбеђења) те ништавост једне не утиче на ништавост осталих гаранција. Стога се сматра да се од таквог принципа може одступити само уколико стране изразе вољу да обезбеде недељивост различитих аката гаранција (Видети одлуку ФКС од 2. маја 1989. године, бр. 87–17599; François 2004, 92 фн. 1; Barthez, Houtcieff 2010, 234–235; Mignot 2010, 79 и 215; Legeais 2014, comm. 97).

сајемца, могло би се закључити да се он налази у једној прилично незавидној позицији. Разлог је у томе што је њему доступан (ако је уопште) врло ограничен круг правних средстава које би могао успешно да употреби како би се заштитио. Најпре, уколико би желео да напусти уговорни однос у који је увучен преваром, јемац би се суочио с врло озбиљним препрекама. Уговор о јемству је могуће поништити позивањем на правила о превари као мани воље једино уколико би се утврдило да је његов сауговорач (повериоца) знао или морао знати за превару. Ако, пак, нема кривице повериоца, а имајући у виду преовлађујуће схватање да би уговор о јемству требало, осим изузетно, сматрати теретним послом, пуноважност уговора о јемству се тим путем не може довести у питање. Још су мање шансе да би се уговор о јемству могао поништити позивањем на правила о заблуди као мани воље: заблуда о солвентности дужника представља заблуду о мотиву која у теретним правним пословима може бити релевантна само уколико је такав мотив уведен у уговорно поље, што се практично никада не дешава. Другим речима, јемцу – жртви преваре најчешће остаје само могућност да захтева накнаду штете од аутора преваре, свог сајемца. Међутим, и такво средство је ограниченог дometa. Прво, постоји опасност од ризика инсолвентности сајемца – аутора преваре. Друго, право на накнаду штете се рађа тек уколико је штета претрпљена, а то ће најчешће бити случај онда када је сајемац – жртва преваре већ исплатио повериоцу дужников дуг или је неком од осталих сајемаца (уколико их има) у регресном поступку морао да надокнади део дуга који су они исплатили повериоцу. Међутим, уколико би се десило да сајемац – аутор преваре исплати дуг повериоцу, а онда се с регресним захтевом обрати сајемцу – жртви преваре, могло би се доћи у апсурдну ситуацију да се не може одбити такав регресни захтев и спречити настанак штете за сајемца – жртву преваре, али би он након тога могао да се користи правом на накнаду штете! Чини се да је управо то навело поједине судове у упоредном праву да изнесу став да, иако не може свом сауговорачу (повериоцу), јемац може истицати ништавост у односима између сајемаца, дакле, у регресном поступку. Такво решење је, међутим, тешко правно објаснити. Ако се уговор може поништити, такво поништење мора имати дејство према свима, и обратно. Осим тога, чак и ако би се, аргументације ради, прихватила могућност „ограниченог рушења“ уговора, истицањем ништавости у регресном поступку, она би била оправдана само када је реч о односу између сајемца – жртве преваре и сајемца – аутора преваре, а не и према осталим (невиним) сајемцима.

## ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Albiges, Christophe, Marie-Pierre Dumont-Lefrand. 2015. *Droit des sûretés*. Paris: Dalloz.
- Aynès, Laurent, Pierre Crocq. 2013. *Les sûretés, La publicité foncière*. Paris: LGDJ.
- Barthez, Anne-Sophie, Dimitri Houtcieff, sous la direction de Jacques Ghestin. 2010. *Traité de droit civil, Les sûretés personnelles*. Paris: LGDJ.
- Bourassin, Manuella, Vincent Brémond, Marie-Noëlle Jobard-Bachellier. 2010. *Droit des sûretés*. Paris: Sirey.
- Cabrillac, Michel, Christian Mouly, Séverine Cabrillac, Philippe Pétel. 2010. *Droit des sûretés*. Paris: LexisNexis.
- Cigoj, Stojan. 1980. Član 103. Ništavost. 292–300. *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, ur. Borislav Blagojević, Vrleta Krulj. Beograd: Savremena administracija.
- Cigoj, Stojan. 1980. Član 62. 201. Zabluda o pobudi kod ugovora bez naknade. *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, ur. Borislav Blagojević, Vrleta Krulj. Beograd: Savremena administracija.
- Дабих, Снежана. 10–12/2017. Дејства преваре која потиче од трећег при закључењу теретних уговора. *Право и привреда* 55: 80–104. (Dabić, Snežana. 10–12/2017. Dejstva prevare koja potiče od trećeg pri zaključenju teretnih ugovora. *Pravo i privreda* 55: 80–104.)
- Дабих, Снежана. 2/2018а. Предуговорна дужност обавештавања јемаца. *Анали Правног факултета у Београду* 66: 220–243. (Dabić, Snežana. 2/2018. Predugovorna dužnost obaveštavanja jemaca. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 66: 220–243.)
- Дабих, Снежана. 2018б. Дужност обавештавања при закључењу уговора. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. (Dabić, Snežana. 2018. *Dužnost obaveštavanja pri zaključenju ugovora*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.)
- François, Jérôme, sous la direction de Christian Larroumet. 2004. *Droit civil, Les Sûretés personnelles*. Paris: Economica.
- Ghestin Jacques, Grégoire Loiseau, Yves-Marie Serinet. 2013. *Traité de droit civil, La formation du contrat, Tome 1: Le contrat, Le consentement*. Paris: LGDJ.
- Gorenc, Vilim. 2014. Član 284. Prijevара. 436–439. *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, ur. Vilim Gorenc. Zagreb: Narodne novine.

- Heinich, Julia. 07/2016. 581 – Dol émanant du cocontractant – Exceptions. *Le Lamy Droit du contrat*.
- Хибер, Драгор, Милош Живковић. 2015. *Обезбеђење и учвршћење потраживања*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. (Hiber, Dragor, Miloš Živković. 2015. *Obezbeđenje i učvršćenje potraživanja*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.)
- Хибер, Драгор. 1/2015. Побијање уговора о јемству у стечајном поступку. *Анали Правног факултета у Београду* 63: 58–74. (Hiber, Dragor. 1/2015. Pobijanje ugovora o jemstvu u stečajnom postupku. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 63: 58–74.)
- Legeais, Dominique. 2001. Dol entre cofidėjusseurs. *Revue de Droit bancaire et financier n° 4, Juillet 2001* 145, dostupno u bazi LexisNexis, poslednji pristup 4. juna 2019.
- Legeais, Dominique. 2014. Nullité pour erreur. *Revue de Droit bancaire et financier n° 3, Mai 2014, comm. 97*, dostupno u bazi LexisNexis, poslednji pristup 4. juna 2019.
- Mignot, Marc. 2010. *Droit des sûretés*. Paris: Montchrestien.
- Mortier, Renaud. 2002. Dans les rapports entre cofidėjusseurs, le dol peut être invoqué par la caution qui se prévaut de la nullité du cautionnement lorsqu’il émane de son cofidėjusseur. *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 26, 27 Juin 2002* 999, dostupno u bazi LexisNexis, poslednji pristup 4. juna 2019.
- Павловић, Ђорђе. 2014. *О обвезностима и уговорима уопште*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. (Pavlović, Đorđe. 2014. *O obveznostima i ugovorima uopšte*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.)
- Perović, Slobodan. 1980b. Član 62. 260–261. Zablude o pobudi kod ugovora bez naknade. *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, ur. Slobodan Perović, Dragoqub Stojanović. Gornji Milanovac: Kulturni centar – Kragujevac: Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu.
- Perović, Slobodan. 1980a. *Obligaciono pravo*. Beograd: Privredna štampa.
- Piedelièvre, Stéphane. 2008. *Droit des sûretés*. Paris: Ellipses.
- Poracchia, Didier. Octobre 2001. Les vices du consentement – Le dol et la violence, 207–31. *Collection Lamy Droit civil, Lamy Droit du contrat*.
- Schmidlin, Bruno. 2012. Article 28. Dol. 250–262. *Commentaire Romand, Code des obligations I, Art. 1–529 CO*, eds. Luc Thévenoz, Franz Werro. Bâle: Helbing Lichtenhahn.

- Simler, Philippe. 2008. *Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires*. Paris: LexisNexis SA.
- Simler, Philippe. 2018. *Art. 2288 à 2320 – Fasc. 20: CAUTIONNEMENT. – Conditions de validité. – Conditions du droit commun des contrats, §34. – Dol d’un cofidéjusseur*, Mise à jour du 06/02/2018, [https://www.lexis360.fr/Document/art\\_2288\\_a\\_2320\\_fasc\\_20\\_cautionnement\\_conditions\\_de\\_validite\\_conditions/kTWpDuU-en4G\\_INU-2nioDNyn-6sGAu532Tte4gAI9RE1?data=c0luZGV4PTImckNvdW50PTYm&rndNum=638634095&tsid=search5\\_&](https://www.lexis360.fr/Document/art_2288_a_2320_fasc_20_cautionnement_conditions_de_validite_conditions/kTWpDuU-en4G_INU-2nioDNyn-6sGAu532Tte4gAI9RE1?data=c0luZGV4PTImckNvdW50PTYm&rndNum=638634095&tsid=search5_&), poslednji pristup 15. avgusta 2019.
- Simler, Phillippe, Philippe Delebecque. 2016. *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*. Paris: Dalloz.
- Story, Justice. 1920. *Commentaries on Equity Jurisprudence*. London: Sweet and Maxwell.
- Vizner, Boris. 1978. Član 62. Zabluda o pobudi kod ugovora bez naknade. 289–292. *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*. Zagreb – Rijeka: Riječka tiskara.
- Vizner, Boris. 1978. Član 65. Prijevara. 295–301. *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*. Zagreb – Rijeka: Riječka tiskara.

Snežana Dabić, PhD

Assistant Professor

University of Belgrade Faculty of Law

LEGAL EFFECTS OF THE FRAUD ORIGINATING FROM THE  
CO-SURETY ON THE VALIDITY OF THE SURETY  
CONTRACT AND/OR THE RIGHTS OF THE SURETY  
(THE VICTIM OF THE FRAUD)

*Summary*

In case a surety concludes a contract due to fraudulent acts of his co-surety, he may find himself in a rather unenviable position. Remedies for his protection are very limiting. Namely, third parties' fraud only exceptionally leads to the annulment of the contract: if the contracting party is guilty of fraud; or the contract is gratuitous, which is very questionable for surety contract. The chances for annulment are even fewer if we apply the rules of mistake: mistake as to the debtor solvency represents a mistake as to the motif which is only exceptionally legally

relevant. Finally, the right to ask damages from co-surety can also be of limited nature: firstly, there is a risk that the damages cannot be compensated; secondly, an absurd situation may occur that the victim of the fraud cannot reject the contribution claim from the co-surety but he may later on ask damages from him.

Key words: *Surety. – Validity of the contract. – Third party's fraud. – Mistake as to the solvency of the debtor. – The relation between co-sureties.*

Article history:

Received: 13. 1. 2020.

Accepted: 11. 2. 2020.

УДК 347.441.86/.87; 347.455(497.11)

CERIF: S130

DOI: 10.5937/AnalPFB2001150D

Др Катарина Доловић Бојић\*

## О КОНВЕРЗИЈИ УГОВОРА У СРПСКОМ ПРАВУ СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА СУДСКУ КОНВЕРЗИЈУ

*Институт конверзије у нашем праву, чини се, остаје неоправдано заповишен у теоријским делима правника, а и законодавац му посвећује тек један члан закона. Упркос томе, тај институт отвара бројна питања на која наша теорија и пракса не одговарају јединствено. У недостатку потпуније законске регулативе, теорија ствара и нове видове конверзије, као што је судска конверзија, за коју не можемо са сигурношћу рећи да ју је законодавац подразумевао. Судови, наравно, прихватају такву теоријску творевину јер добијају један „еластичан“ институт за решавање „нерешивих“ спорова.*

*Питање конверзије уговора постало је веома актуелно у нашој теорији и судској пракси након недавно донетог Правног схватања Врховног касационог суда о пуноважности валутне клаузуле код уговора о кредиту у швајцарским францима и конверзији.*

Кључне речи: *Конверзија. – Судска конверзија. – Ништав уговор. – Непостојећи уговор. – Циљ уговорника.*

### 1. О ПОЈМУ КОНВЕРЗИЈЕ УГОВОРА

Институт конверзије је дефинисан чл. 106 Закона о облигационим односима.<sup>1</sup> Тим чланом је прописано да „када ништав уговор испуњава услове за пуноважност неког другог уговора, онда ће међу уговорачима важити тај други уговор, ако би то било у сагласности

---

\* Доцент Правног факултета Универзитета у Београду, [k.dolovic@ius.bg.ac.rs](mailto:k.dolovic@ius.bg.ac.rs). Чланак је настао као резултат рада на пројекту под називом *Идентитетски преображај Србије* за 2020. годину.



са циљем који су уговарачи имали у виду кад су уговор закључили и ако се може узети да би они закључили тај уговор да су знали за ништавост свог уговора.“ Институт конверзије законодавац смешта у одсек о неважности уговора, тачније међу чланове посвећене ништавости. Отуда и не изненађује што законодавац и дефинише конверзију као претварање ништавог у пуноважни уговор.

О институту конверзије је мало писано. Не може се рећи да аутори тај институт потпуно игноришу, али свакако не улазе у његову дубљу анализу. Полазећи од јасне законске одредбе чл. 106 Закона, међу нашим ауторима нема спора о самој дефиницији конверзије. Стога, конверзију дефинишу као „преобраћење једног – ништавог уговора у други, пуноважан“ (Круљ 1983, 356); „претварање првобитно апсолутно ништавог уговора у други правноваљани уговор...“ (Визнер 1978, 106); ситуацију „када један ништав уговор произведе правна дејства неког другог уговора“ (Перовић 1980, 366), односно када „наместо оног правног посла којим су стране хтеле да произведу правна дејства, а који је ништав, ступа *ex lege*... један други правни посао...“ (Водинелић 2012, 460). У упоредном праву наилазимо на сличне дефиниције конверзије. Тако, немачки законодавац регулише конверзију у параграфу 140 немачког Грађанског законика, док италијански законодавац то чини у чл. 1424 италијанског Грађанског законика.<sup>2</sup> Конверзија се, дакле, и у немачком и италијанском праву<sup>3</sup> схвата као „замена“ ништавог уговора другим, пуноважним, али у складу са вољом уговорника (Köhler 2009, 214; Rabitti 2012, 718). С друге стране, француски Грађански законик не познаје институт конверзије, али и француски правници пишу о могућности „реквалификације“ ништавог у неки други уговор уколико су испуњени услови за његову пуноважност, што би представљало управо дефиницију конверзије (Chantepie, Latina 2016, 401).

<sup>1</sup> Закон о облигационим односима – ЗОО, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Сл. лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља.

<sup>2</sup> Чл. 1424 италијанског Грађанског законика (у даљем тексту ИГЗ) прописује конверзију која је у складу са вољом уговорника, тако да би судија примењујући чл. 1424 ИГЗ испитивао да ли конверзија одговара вољи уговорних страна. Видети Alpa 2017, 362. Међутим, појам конверзије обухвата велики број различитих ситуација, па и оних које излазе из оквира примене чл. 1424. Вид. Navarretta, Orestano 2012, 721.

<sup>3</sup> Видети чл. 1424 ИГЗ: „Il contratto nullo può produrre gli effetti di un contratto diverso, del quale contenga i requisiti di sostanza e di forma, qualora, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità.“

Видети пар. 140 немачког Грађанског законика (у даљем тексту НГЗ): „Entspricht ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts, so gilt das letztere, wenn anzunehmen ist, dass dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde.“

Међутим, требало би имати у виду да наш законодавац и не издваја категорију непостојећих уговора из појма ништавих,<sup>4</sup> те да стога не би требало одмах, без детаљне анализе, закључити да се могу конвертовати само ништави уговори у ужем смислу.

## 2. ПРЕТПОСТАВКЕ ЗА ПРИМЕНУ УСТАНОВЕ КОНВЕРЗИЈЕ ПРЕМА ЗАКОНУ О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА

### 2.1. Ништав уговор који испуњава услове за пуноважност другог

Сматрамо да одговор на питање који непуноважни уговори могу бити конвертовани у поноважне не би требало да буде искључив. Наиме, има аутора који сматрају да се чл. 106 ЗОО може применити само на апсолутно ништаве уговоре, док је према мишљењу других институт конверзије намењен искључиво непостојећим уговорима.

Углавном се полази од тога да је владајући став у теорији да само ништави уговори могу бити конвертовани. Међутим, приступимо ли детаљнијој анализи ставова теоретичара који се наизглед залажу за то да само ништави уговори могу бити конвертовани, уочићемо да неки од њих износе такав закључак или због тога што уопште не одвајају непостојеће од ништавих уговора или због тога што не полазе од јасних критеријума за разликовање те две категорије уговора или пак полазе од тога да могу бити конвертовани само ништави, а не и непостојећи уговори па управо по томе и нијансирају дефиниције непостојећих, односно ништавих уговора.<sup>5</sup>

Да би се одговорило на постављено питање, неопходно је поћи од појмова непостојећих и ништавих уговора<sup>6</sup>, те анализирати *ratio*

---

<sup>4</sup> Иако законодавац у одсеку о неважећим уговорима регулише само ништаве и рушљиве уговоре неспорно је да у појединим одредбама указује и на ситуације непостојања уговора.

<sup>5</sup> Питање је сувише комплексно, те би захтевало да буде или тема посебног чланка или део неког монографског дела. Како се аутор већ определио да теми непостојећих уговора посвети монографско дело, то ће и питање конверзије правноневаљаних нерушљивих уговора наћи тамо своје место. Стога, у овом чланку аутор само отвара питање, те даје назнаке свог става о томе који уговори могу бити конвертовани.

<sup>6</sup> Питање дефинисања непостојећег и ништавог уговора и проблематика њиховог разграничења представљају сувише комплексну материју и у великој мери би превазишли тему овог рада. Стога ћемо за потребе чланка цитирати само неке од француских правних писаца, те њихово схватање односа непостојећег и ништавог уговора. Француски теоретичари су још средином прошлог века писали о односу између појмова непостојећег и ништавог уговора истичући да се о ништавости може говорити само код уговора који постоје, те да стога не би требало мешати ништавост и непостојање уговора (Ripert, Boulanger 1957, 255). Новија француска теорија такође сматра да се ништавост мора посматрати одвојено од непостојања

саме одредбе ЗОО о конверзији уговора. Након тога, треба размотрити случајеве законске конверзије, те случајеве конверзија спроведених судским одлукама како би се на појединачним случајевима утврдило да ли је реч о конверзији ништавог или пак непостојећег уговора. С друге стране, да ли ће један непостојећи уговор у конкретном случају моћи да буде конвертован, зависи од разлога непостојања уговора (Станковић, Водинелић 2007, 182–183). Стога сматрамо да не би требало по сваку цену тежити уопштавањима.<sup>7</sup>

## 2.2. Кумулативно постављени захтеви у погледу циља/намере уговорника

Када је у питању сама дефиниција конверзије садржана у чл. 106 ЗОО, могло би се поставити питање у вези са садржином кумулативно постављених захтева за њену примену. Наиме, наш законодац као претпоставку за конверзију једног ништавог у други пуноважно закључени уговор<sup>8</sup> захтева да истовремено буду испуњена два услова. Међутим, ми постављамо питање да ли је неопходно да буду садржана оба услова у дефиницији конверзије и да се притом захтевају кумулативно. Дакле, другим речима, да ли из једног услова произлази други те, уколико је тако, да ли је у случају испуњености једног услова нужно испуњен и други. У анализи ћемо поћи од дефиниције конверзије садржане у чл. 106 ЗОО и параграфу 140 НГЗ.

Наш законодавац захтева два услова за примену института конверзије: први – да је сама конверзија у сагласности са циљем који су уговарачи имали у виду кад су уговор закључили, и други – да се може узети да би уговорници закључили тај други уговор да су знали за ништавост свог уговора.

Циљ уговорника се огледа у самом уговору који су уговорници првобитно закључили, тачније у његовој правној природи, садржини, односно у конкретно уговореним правима и обавезама. Дакле, при утврђивању циља уговорника требало би испитати да ли

---

уговора јер у последњем случају уговор није ни настао, док у првом случају уговор јесте настао, али је из одређених разлога санкционисан ништавошћу (Fabre-Magnan 2007, 439–440). Сматрамо да би полазна тачка у разликовању била, дакле, у томе да је ништав уговор, за разлику од непостојећег, настао, али да такође не производи правно дејство јер је забрањен – незаконит и/или неморалан.

<sup>7</sup> Поређења ради, неспорно је да је установа конвалидације резервисана пре свега за поље рушљивих уговора. Када су у питању, пак, правно неваљани нерушљиви уговори, конвалидација је могућа само изузетно, и то онда када је изричито предвиђена. Неспорно је и да конверзија није могућа код рушљивих уговора, али је неспорно и да је могућа код правно неваљаних нерушљивих уговора. И ту не би требало тежити уопштавању по сваку цену већ сваки случај посматрати засебно.

<sup>8</sup> Уз, наравно, испуњеност услова да ништав уговор испуњава услове за пуноважност другог уговора у који се и претвара, о чему је већ било речи.

је закључени уговор теретан или доброчин, те једнострано или двострано обавезујући итд., те након тога увидети које би то обавезе уговорници преузели и која би то права стекли да је уговор био пуноважан.

Неопходно је пажљиво се задржати на начину на који законодавац формулише други постављени циљ, наиме, да се „може узети да би они (уговорници) закључили тај уговор *да су знали* за ништавост свог уговора“. Из цитиране формулације произлази још један услов за примену конверзије, а то је да уговорници у тренутку закључења уговора нису знали за његову ништавост. Отуда законодавац истиче да је битно утврдити да ли би уговорници закључили тај други (пуноважан) уговор да су знали за ништавост свог.

Нама се чини да је сувишно да та два захтева стоје као кумулативно постављена. Наиме, утврди ли се да је конверзија у сагласности са циљем који су уговарачи настојали да остваре (закључењем свог ништавог уговора), из тога би произашло и да би закључили тај други уговор да су знали за ништавост свог уговора, из простог разлога што уколико би закључили тај други, то значи да и тим другим уговором остварују (бар у одређеној мери) свој првобитно постављени циљ. Обрнуто, уколико се утврди да би уговорници закључили тај други да су знали за ништавост свог уговора, из тога логично произлази да је сама конверзија у складу са циљем уговарача (који су настојали да остваре закључењем првог уговора).

У прилог таквом нашем ставу иде и одредба пар. 140 НГЗ којом је регулисан институт конверзије. Наиме, пар. 140 НГЗ прописано је да „ако ништав правни посао испуњава услове за пуноважност другог правног посла, тада важи овај други правни посао ако се може претпоставити да би се његова пуноважност желела да се знало за ништавост“ (превод преузет из Ђорђевић 2017). Дакле, за разлику од српског законодавца који захтева два услова, немачки законодавац захтева само један. Такво решење немачког законодавца сматрамо потпуно оправданим, и то из најмање два разлога, од којих смо један већ образложили. Друго, иако смо навели да из првог услова који захтева српски законодавац произлази други и обрнуто, уколико се законодавци (као што је случај у немачком праву) ипак определе да пропишу само један од та два услова, битно је да то буде баш овај који је прописао немачки законодавац. Наиме, из њега произлази још један неопходан услов за примену конверзије, а који ни наш ни немачки законодавац не прописују изричито. Као што смо већ раније истакли, из формулације да је битно да се утврди да би тај други пуноважни уговор био „жељен“ да се знало за ништавост првог произлази да је један од услова за примену конверзије – да уговорници нису знали за ништавост свог уговора.

Упркос томе што немачки законодавац (потпуно оправдано према нашем мишљењу) у дефиницији конверзије не помиње циљ који су уговарачи настојали да остваре закључењем првог уговора, немачки теоретичари у коментару пар. 140 НГЗ полазе од тога да законодавац дозвољава примену правила о конверзији само под условом да правни ефекти конверзије одговарају циљевима уговорника (Koziol, Welser 2006, 192). Дакле, неспорно је да конверзија мора бити у складу са циљем уговорника, али то не мора бити прописано као посебан услов, како не би непотребно оптерећивало законску дефиницију конверзије, а притом произлази из других прописаних услова (Köhler 2009, 215).

Када је реч о намери уговорних страна, као критеријум за испитивање испуњености услова за примену конверзије требало би узети и то да постојање новог уговора (у који је ништав конвертован) више одговара интересима уговорника од ништавости првог уговора (Koziol, Welser 2006, 192). Другим речима, уговорницима који су увидели да је њихов жељени уговор ништав ипак више одговара да до конверзије дође него да до ње не дође. Ако не може да производи дејство првобитно закључени уговор, онда нека бар буде на снази заменски уговор.<sup>9</sup> Поједини аутори наводе да је претпоставка за примену института конверзије да се са извесношћу може узети да би стране хтеле тај други заменски уговор (Гамс, Ђуровић 1988, 271), а полазећи од чињенице да шира намера садржи у себи и ужу намеру“ (Стојановић 1976, 191).

На самом почетку рада нагласили смо да наш законодавац институту конверзије посвећује само један члан Закона. Када томе додамо управо изнето становиште, потврђено и ставом немачког законодавца, да наш законодавац само наизглед садржи детаљнију дефиницију конверзије, а да суштински прописује два услова који се сведе на један, закључујемо да је институт конверзије веома штуро регулисан. То сматрамо веома опасним јер та чињеница подстиче тренд претерано широке примене те установе (према нашем мишљењу, пример за то би било Правно схватање Врховног касационог суда).<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Термин „заменски уговор“ представља буквални превод са немачког језика, али га ми сматрамо изузетно добрим јер сликовито објашњава процес до којег доводи примена установе конверзије.

<sup>10</sup> Италијански правници такође критикују начин на који је регулисана уставна конверзије у њиховом праву (истичу да им је као узор послужило пар. 140 НГЗ), сматрајући дефиницију конверзије која произлази из норме неадекватном и незадовољавајућом јер садржи у себи бројне интерпретативне замке због чега је судије умерено користе, а што доводи до одсуства судске праксе у примени тог института. Уочавамо, дакле, да је проблем на који указују италијански правници супротан оном који ми налазимо у садржини Правног схватања ВКС. Види на пример Emanuela Navarretta, Andrea Orestano, 721.

### 3. СУДСКА КОНВЕРЗИЈА УГОВОРА

#### 3.1. Увод

Претходна два питања имају, пре свега, теоријски значај. Да ли ћемо закључити да је у конкретном случају конвертован уговор који ћемо сврстати у категорију тзв. непостојећих уговора или, пак, да је дошло до конверзије ништавог уговора, зависи пре свега од тога на који начин и са колико прецизности успемо да раздвојимо непостојеће од ништавих уговора. Питање начина формулације одредбе чл. 106 ЗОО такође има теоријски значај јер неће створити проблеме у пракси. Далеко је сложеније питање да ли се судови могу и, уколико могу, онда у којој мери уплитати у уговорне односе странака.

#### 3.2. О појму судске конверзије у српском праву

У одређивању појма судске конверзије користићемо Водинелићеву дефиницију, и то из два разлога. Прво, због тога што је предмет нашег интересовања пре свега схватање института судске конверзије у домаћем позитивном праву, теорији и судској пракси. Други разлог је то што нам се чини да је Врховни касациони суд приликом доношења Правног схватања о пуноважности валутне клаузуле код уговора о кредиту у швајцарским францима и конверзији имао у виду Водинелићеву схватање судске конверзије (које, додуше, није потпуно поштовано). С друге стране, поменуто Правно схватање сматрамо интересантним јер је донето недавно и то од највишег суда у земљи, а изазвало је велику пажњу правничке јавности. Тако Водинелић сматра да судска конверзија постоји онда када „суд на основу опште одредбе закона о могућности конверзије и општег овлашћења садржаног у тој могућности, утврђује да ли су у конкретном случају непуноважног посла испуњени општи услови за конверзију, као и то да ли постоји неки други посао у који би предузети могао да се претвори с обзиром на опште услове за конверзију, а посебно с обзиром на то да ли му је дејство истоветно или битно слично предузетом послу, а ако је више таквих послова, и да одреди у који други се претвара (Водинелић 2012, 462)“.

Из цитиране дефиниције судске конверзије произлази следеће: о судској конверзији би се говорило онда када не би било места вољној и законској конверзији, односно судска конверзија би постојала онда када би суд имао овлашћење да примени чл. 106, и то чак и када не постоји споразум странака (вољна конверзија) ни законска норма (законска конверзија).

Дакле, члан 106 ЗОО је формулисан на такав начин да је постао предмет потпуно супротстављених тумачења. С једне стране, могли бисмо закључити да тим чланом законодавац само дефинише институт конверзије, прописујући неопходне услове за њену примену. Основ за примену конверзије тада би се налазио или у закону (законска конверзија) или у сагласности воља уговорних страна (вољна конверзија). Суд би тада имао само „контролну“ улогу – у случају спора између уговорних страна, испитујући да ли су у конкретном случају испуњени услови за законску или вољну конверзију, суд би утврђивао испуњеност услова за примену чл. 106 ЗОО. Судска одлука би, неспорно, имала декларативно дејство.

С друге стране, један део теорије стоји на становишту да, осим законске и вољне, постоји и судска конверзија, те да члан 106 ЗОО неспорно даје суду овлашћење да спроведе тзв. судску конверзију. Међутим, свесни тога да се налазе на осетљивом терену, ти теоретичари ограничавају улогу суда у два смера: прво, сматрају да би судска одлука и овде морала имати само декларативно дејство и, друго, према њиховом мишљењу, суд никада не би могао спроводити судску конверзију *ex officio* већ само на захтев или по приговору (Водинелић 2012, 463).

Сматрамо да је судска конверзија<sup>11</sup> поље на којем може доћи до претераног мешања судова у уговорне односе, те да је ту неопходно промислити имају ли судови овлашћења, а пре свега имају ли могућност да испитују шта би уговорници желели да су знали за неваљаност првобитног уговора те да ли заменским уговором остварују планиране циљеве.

### 3.3. Иницијатива за примену установе конверзије

Поставља се питање када ће судови утврђивати испуњеност услова за конверзију – да ли на захтев једног уговорника, оба уговорника или пак у току поступка покренутог по неком другом захтеву. Дакле, да ли тужбени захтев мора садржати захтев за утврђивање испуњености услова за конверзију да би се суд упустио у његово испитивање?<sup>12</sup> Тако Водинелић сматра да суд никада не би смео да

<sup>11</sup> Видети Хибер 2018, 67. Аутор наводи да је „идеји да ће пресуда заменити коначни уговор, посебно ако не постоји законско правило које то изричито наређује, могуће (је) ставити значајне приговоре. Начелно је могуће поставити питање има ли суд овлашћење да сачини уговор уместо странака“. Иако аутор у чланку говори о мешању суда у уговорне односе, посматрано из угла предуговора, сматрамо да се ауторова идеја, посматрана у једном ширем контексту, и те како може применити и у случају института судске конверзије.

<sup>12</sup> У случају спорова против банака, тужбени захтеви су били усмерени на утврђивање ништавости уговора, односно раскид уговора због промењених окол-

се бави питањем конверзије *ex officio* већ само на захтев или по приговору (Водинелић 2012, 463).

Такав став сматрамо изузетно логичним.<sup>13</sup> Пракса нас, међутим, демантује. Недавно донето Правно схватање Врховног Касационог суда<sup>14</sup> управо садржи став да би у поступцима против банака за утврђивање ништавости уговора о кредиту индексираних у швајцарским францима требало извршити конверзију тих уговора у уговоре о кредиту са валутном клаузулом у еврима.

Кључно питање у вези са судском конверзијом уговора, дакле, јесте да ли судови могу применити институт судске конверзије без иницијативе бар једне уговорне стране. Пођемо ли од идеје очувања уговора на снази, судови би имали овлашћење да одлучују о конверзији уговора и без иницијативе уговорника.<sup>15</sup> Идеја би била у томе да се покуша очувати уговор на снази те да се спречи да се уговорне стране ослободе уговорних обавеза јер најчешће само једна уговорна страна жели да „напусти“ уговор, док другој уговор и даље одговара. У прилог тој тези иде и став да се судска конверзија спроводи на основу претпостављене воље уговорних страна.

Пођемо ли од идеје да не би требало дозволити судовима да се претерано мешају у уговорне односе, онда би свакако било пожељно да претпоставка судске конверзије буде постојање иницијативе макар једне уговорне стране.<sup>16</sup> Суд би, дакле, могао спровести конверзију само на захтев или по приговору уговорника.

---

ности. Ниједан тужбени захтев није се односио на испитивање испуњености услова за конверзију уговора о кредиту индексираним у швајцарским францима у неки други уговор. Ипак, став Врховног касационог суда јесте да би такве уговоре требало конвертовати у уговоре о кредиту са валутном клаузулом у еврима, са каматном стопом која је важила за кредите у еврима у тренутку закључења уговора о кредиту у швајцарцима.

<sup>13</sup> Такав став, а цитирајући Водинелића, прихватају и Бојан Пајтић, Сања Радовановић, Атила Дудах (2018, 397).

<sup>14</sup> Правно схватање – пуноважност валутне клаузуле код уговора о кредиту у швајцарским францима и конверзија. У даљем тексту: Правно схватање ВКС, [https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/Valutna%20klauzula\\_1.pdf](https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/Valutna%20klauzula_1.pdf).

<sup>15</sup> Поставља се питање да ли би се, у оквиру тог становишта, дозволило судовима да спроведе судску конверзију чак и онда када ниједна уговорна страна не пориче ништавост, односно не бори се за очување уговора.

<sup>16</sup> Поређења ради, француски правници ни након велике реформе грађанског права 2016. године нису сматрали да је корисно увести институт конверзије. С друге стране, први пут *Code Civil* садржи општу норму којом дефинише установу делимичне ништавости. Када је у питању делимична ништавост, не може се рећи да француски правници нису познавали ту установу и пре 2016. године, али то су биле само појединачне норме. Ипак, француски правни теоретичари познају установу вољне модификације уговора. Сматрају је веома корисном за грађанско право јер уговорницима даје бројне могућности за превазилажење различитих потешкоћа у



Пођемо ли, ипак, од тога да судови могу одлучивати о конверзији чак и у ситуацијама када иницијатива није потекла од уговорних страна, постављамо питање није ли судска одлука онда конститутивна, а не декларативна. Међутим, чак и када бисмо се приклонили ставу да би ту судска одлука била конститутивна, она би морала имати ретроактивно дејство. Ретроактивно дејство би било условљено дефиницијом саме конверзије, према којој се, наиме, непуноважан уговор конвертује у пуноважан у тренутку закључења првобитног неваљаног уговора.

#### 3.4. Период неизвесности у погледу постојања и садржине заменског уговора

Судска конверзија носи собом још један ризик. Наиме, уговорне стране не знају која је садржина заменског уговора све до окончања судског поступка. Упркос томе, тај заменски уговор је на снази још од тренутка закључења првог неваљаног уговора. Како помирити идеју да се конверзија дешава у тренутку закључења ништавог уговора са чињеницом да ће уговорници тек након што буде окончан судски поступак знати у који се то пуноважан уговор претворио њихов правноневаљани уговор?

Прво, питање је колико дуго они неће знати да је њихов уговор ништав те ће га можда у одређеној мери и извршити. Друго питање које сада отварамо сматрамо још комплекснијим. Судска конверзија нас доводи у ситуацију да не знамо у ком смо уговорном односу били одређени временски период у прошлости. Тако долазимо до једне парадоксалне ситуације – након што сазнамо да је првобитно закључени уговор ништав, постајемо свесни да нас тај уговор више не обавезује, али и даље не знамо да смо у неком другом уговорном односу. Како уговорници све до доношења судске одлуке не знају да су у уговорном односу, може се закључити да они и не могу извршавати своје обавезе из заменског уговора. Тај проблем је, наравно, далеко мањи у случају законске, а посебно вољне конверзије.

#### 3.5. Примена института судске конверзије у пракси домаћих судова

Чак и када бисмо прихватили судску конверзију, поставило би се питање ширине овлашћења судова. Анализа појединих одлука наших судова упућује нас на следећи закључак: прво, у појединим ситуацијама судови су поступали на основу иницијативе једне од уго-

---

извршавању обавеза. Француски правници остају, дакле, верни идеји да судови не би требало да се претерано мешају у уговорне односе уговорника. Стога они и не регулишу институт конверзије те тако и избегавају могућност евентуалне судске конверзије. Уместо многих видети Ghazi 1980.

ворних страна,<sup>17</sup> док су пак у другим споровима то чинили и мимо њихове иницијативе,<sup>18</sup> а све са циљем да утврде да ли су испуњени услови за конверзију једног ништавог уговора у други заменски који би производио правна дејства; друго, поставља се питање да ли се може направити одређено „степеновање“ у ситуацијама када су судови поступали без иницијативе уговорника. Наиме, чини нам се да би се некада могло рећи да је судска конверзија заиста оправдана,<sup>19</sup> у смислу да би се са великом дозом сигурности могло рећи да је конверзија у складу са вољом уговорних страна. У неким другим ситуацијама бисмо можда могли да доведемо у питање оцену суда да је конверзија спроведена због тога што је то у складу са претпостављеном вољом уговорника.<sup>20</sup>

Чини нам се да анализа судске праксе наших судова оправдава став који заступамо у раду, а то је да судска конверзија отвара врата за широка овлашћења судовима, и то из најмање три разлога. Прво, сведоци смо става да судови могу примењивати институт судске конверзије и онда када иницијатива за то није потекла од уговорника. Друго, пођемо ли од садржине Правног схватања ВКС, судови би приступали утврђивању испуњености услова из чл. 106 и онда када, бар према нашем мишљењу, и није тако очигледно да постоји воља уговорника. Треће, постоје случајеви примене судске конверзије чак

<sup>17</sup> Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 1799/14 од 29. јануара 2015, Инг-про база судске праксе. Суд је у конкретном случају утврдио да нису испуњени услови за конверзију уговора о пуномоћству у уговор о заступању како је неосновано тврдила једна уговорна страна. Да је, супротно томе, суд сматрао да су испуњени услови за примену чл. 106 ЗОО, радило би се о судској конверзији спроведеној на иницијативу једног од уговорника (будући да се основ за конверзију не би налазио ни у закону ни у споразуму уговорника).

Видети и Решење Вишег трговинског суда Пж. 9915/06, од 11. маја 2007, Инг-про база судске праксе. Суд је и овде заузео исти став као у претходном случају – да нису испуњени услови за конверзију, и такође је о конверзији одлучивао на иницијативу једне уговорне стране.

У том смислу видети и пресуду Окружног суда у Чачку, Гж 1801/08 од 25. децембра 2008. Суд је одбио као неоснован тужбени захтев тужиље којим је тражила да се утврди да поништени уговор о доживотном издржавању производи правно дејство уговора о поклону јер је утврђено да је воља странака била предаја стана даваоцу издржавања након учињеног издржавања, а не да се стан поклони.

<sup>18</sup> Видети Решење Врховног суда Србије, Рев. 1341/93 од 22. априла 1993, Инг-про база судске праксе. Врховни суд упућује нижестепени суд да испита испуњеност услова за конверзију, иако у конкретном решењу не видимо да суд то чини на иницијативу странака. Исто види и у Решењу Врховног суда Србије, Рев. 1613/94 од 20. априла 1994. године, Paragraf Lex, база судске праксе.

<sup>19</sup> Видети, на пример, Решење Вишег привредног суда у Београду, 9766/96 од 12. фебруара 1997. године, те начин на који виши суд упућује нижи да испита да ли су испуњени услови за конверзију „утврђујући тачну вољу странака у односу на уговор“.

<sup>20</sup> Овде имамо у виду Правно схватање ВКС, о којем ће тек бити више речи у наставку рада.

и онда када би спроведена конверзија била потпуно у супротности са самом дефиницијом из чл. 106 ЗОО.<sup>21</sup>

#### 4. СУДСКА КОНВЕРЗИЈА ИЗ УГЛА ВРХОВНОГ КАСАЦИОНОГ СУДА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

##### 4.1. Увод

Правно схватање Врховног касационог суда<sup>22</sup> интересантно је из најмање два разлога. Прво, оно представља решење дугогодишњег проблема званог „швајцарски франак“, а друго, у питању је не само став највишег суда о пуноважности валутне клаузуле већ и став највишег суда о примени института судске конверзије. Стога нас на овом месту не занима толико схватање суда о пуноважности валутне клаузуле, јер ће оно, према свему судећи, тешко заживети. Сматрамо да је интересантно да из садржине поменутог правног схватања изведемо закључак о томе како највиши суд види своја овлашћења у погледу конверзије уговора – када може спровести тзв. судску конверзију, на који начин испитује испуњеност услова за примену те уставне, односно како утврђује претпостављену вољу уговорних страна, те у који је то заменски конвертован првобитно закључен уговор.

##### 4.2. Анализа недавно донетог Правног схватања Врховног касационог суда о пуноважности валутне клаузуле код уговора о кредиту у швајцарским францима и конверзији

Врховни касациони суд уводи појам „условне ништавости“ валутне клаузуле. Наиме, некада ће валутна клаузула бити ништава, а некада не. У случају када су испуњена два кумулативно постављена захтева, валутна клаузула ће бити ништава.<sup>23</sup> Упркос томе, и након

<sup>21</sup> Видети пресуду Врховног касационог суда, Рев. 1424/02 од 3. октобра 2002, Инг-про база судске праксе. Уговарачи који су закључили пуноважан уговор о поклону усмено су уговорили и доживотно издржавање поклонодавца. Врховни суд је закључио да је наступила конверзија уговора о поклону у уговор о отуђењу стана за накнаду за доживотно издржавање поклонодавца. Дакле, суд је у конкретном случају установио да је испуњен услов из чл. 106, те да је реч о конверзији уговора о поклону у уговор о доживотном издржавању. Наша критика судске одлуке јесте у томе што суд прво наводи да је уговор о поклону пуноважан, а касније говори о конверзији управо тог уговора о поклону, што је супротно дефиницији конверзије која подразумева претварање непуноважног уговора у други пуноважан.

<sup>22</sup> Прву детаљну анализу Правног схватања Врховног касационог суда, чији је део написан и пре него што је највиши суд објавио образложење свог схватања, дао је Живковић (2019, 458–490). Коментар друге тачке Правног схватања видети у Живковић 2019, 470–478.

<sup>23</sup> Видети тачку 2 Правног схватања ВКС: „Ништава је одредба уговора о кредиту о индексирању динарског дуга применом курса ЦХФ која није утемељена у

што се утврди ништавост валутне клаузуле, уговор о кредиту ће ипак производити правно дејство.<sup>24</sup>

Иако би се тако на први поглед учинило, Врховни касациони суд ипак не примењује одредбу чл. 105 ЗОО. Сматрамо да би било логично да ништава валутна клаузула повуче ништавост целог уговора јер уговор не може опстати без те одредбе (теоријски би могао, али као динарски кредит са ниском каматном стопом, што је практично немогуће).<sup>25</sup> Међутим, садржина тачке 3 Правног схватања управо подсећа на примену делимичне ништавости јер уговор о кредиту производи правно дејство након утврђивања ништавости валутне клаузуле. Суд је, дакле, тражио начин да не прогласи ништавост целог уговора, али да искључи индексацију у СНФ и да је замени валутном клаузулом у еврима. Како би то све постигао, ВКС се ипак опредељује за одредбу чл. 106 ЗОО. Да ли је то било могуће?

Прво, да би могао да се примени институт конверзије, неопходно је да постоји апсолутно ништав или непостојећи уговор. У конкретном случају, неспорно је да је уговор настао, а чак и у случају ништавости валутне клаузуле, уговор остаје на снази и производи правно дејство. То значи да ми овде немамо ништав уговор већ уговор чија је једна клаузула ништава, док „остатак“, као пуноважан, наставља да производи дејство. Увиђамо да највиши суд конверзију у овом случају схвата као замену једне валутне клаузуле другом, а наиме, настоји да кориснике кредита у СНФ доведе у једнак положај са корисницима кредита у ЕУР.

Према нашем мишљењу, у том случају не само да нема елементата за примену конверзије већ све и да је Врховни касациони суд своје схватање започео тиме да је валутна клаузула ништава те да она повлачи ништавост целог уговора, суд би конверзију спроводио без иницијативе уговорних страна, тачније *ex officio*.

Наиме, неспорно је да овде није реч ни о вољној ни о законској конверзији. У питању су судски поступци започети са циљем да се утврди ништавост уговора. Ниједна уговорна страна није захтевала од суда да испита да ли су испуњени услови за примену института конверзије, што би, према некој логици, али и мишљењу владајућем у домаћој теорији, био предуслов судске конверзије.

---

поузданом писаном доказу да је банка пласирана динарска средства прибавила посредством сопственог задужења у тој валути и да је пре закључења уговора кориснику кредита доставила потпуну писану информацију о свим пословним ризицима и економско-финансијским последицама које ће настати применом такве клаузуле.“

<sup>24</sup> Видети тачку 3 Правног схватања ВКС.

<sup>25</sup> Видети одредбу чл. 105, ст. 1 ЗОО којом се регулише институт делимичне ништавости.

Ништавост неке одредбе уговора не повлачи ништавост и самог уговора ако он може опстати без ништаве одредбе и ако она није била ни услов уговора ни одлучујућа побуда због које је уговор закључен.

Чини се да такав став највишег суда мења постојеће схватање судске конверзије у домаћој теорији. Наиме, након поменутог правног схватања највишег суда, судови би дакле могли утврђивати да ли су испуњени услови за конверзију и без захтева, односно приговора уговорних страна, и то у свим оним ситуацијама када би суд на основу своје дискреционе оцене установио да је то целисходно у конкретном случају, те да би сама конверзија била у складу са вољом и схватањима једног разумног човека (што би се узело као правни стандард).<sup>26</sup>

Не можемо рећи да такво становиште нема логике, а признајемо и да је у служби очувања уговора на снази. Међутим, чини нам се да је то сувише широко тумачење чл. 106 ЗОО. Ако је законодавац намеравао да судовима да таква овлашћења, зашто то онда не би и изричито учинио? Дакле, имајући у виду позитивно право наше земље, сматрамо да је судска конверзија једна установа коју је створила теорија, а судови оберучке прихватили као начин да се ипак изађе на крај са оним комплексним проблемима у којима је тешко наћи решење у складу са словом закона. Међутим, Врховни касациони суд је у свом тумачењу одредбе чл. 106 ЗОО отишао много даље од теорије која је створила институт судске конверзије, дајући себи овлашћење да спроводи конверзију и онда када не постоји иницијатива уговорних страна (па и онда када је ништава само једна одредба уговора која, према самом Правном схватању, притом не повлачи ништавост целог уговора).

## 5. ПОЈАМ КОНВЕРЗИЈЕ У СМИСЛУ ЗАКОНА О КОНВЕРЗИЈИ СТАМБЕНИХ КРЕДИТА ИНДЕКСИРАНИХ У ШВАЈЦАРСКИМ ФРАНЦИМА

Сведоци смо и недавног усвајања Закона о конверзији стамбених кредита индексираних у швајцарским францима<sup>27</sup> којим су ко-

<sup>26</sup> Правно схватање нас, донекле, подсећа на модификацију уговора на начин на који то схватају француски правници, и то онај модалитет модификације приликом које се једна ништава одредба уговора мења другом пуноважном и тако „спасава“ читав уговор. Разлика је ипак кључна. У француском праву је то могуће, али споразумом уговорних страна. У нашем случају, не постоји споразум не само о томе да се једна клаузула замени другом већ ни да се у случају ништавости уговора изврши конверзија у други пуноважан. Међутим, суд своје овлашћење заснива на претпостављеној вољи странака, које би у случају да су знале за ништавост првобитно закљученог уговора желеле конверзију у други пуноважан. Видети Ghози 1980, 145.

<sup>27</sup> Закон о конверзији стамбених кредита индексираних у швајцарским францима, „Службени гласник РС“, бр. 31/2019, Банкарски кредити, Уговор о кредиту и валутна клаузула, Библиотека Правни Информатор, Intermex, Београд 2019. У даљем тексту: Закон о конверзији.

начно решени проблеми највећег броја корисника кредита индексираних у швајцарским францима.<sup>28</sup> Наиме, проблем звани „швајцарски франак“ постао је временом у Србији (али не само у Србији него и у другим земљама) социјални проблем. Вишегодишњи раст вредности швајцарског франка у односу на евро, а самим тим и на динар, знатно је отежао испуњење обавеза великом броју корисника кредита који су са различитим банкама које послују у Србији закључивали уговоре о кредиту. Коначно се 2019. године (након што се велики број корисника кредита већ „наплаћао“ енормно високих рата) у српским правним круговима појавила реч „конверзија“ као зрно наде за задужене. Не само да лаицима није било јасно шта то заправо значи већ се испоставило и да правници олако баратају тим термином. Чак се лаичко познавање права те њихово поимање појма конверзије више могло уклопити у контекст у којем је законодавац употребио појам конверзије. Наиме, у мају 2019. године почео је да се примењује Закон о конверзији. Иако се конверзија помиње већ у самом називу Закона, није реч о конверзији из чл. 106 ЗОО. Пре ће бити да се законодавац послужио тим термином имајући у виду конверзију једне валуте (CHF) у другу (EURO). Неспорно је да овде није реч о претварању ништавих у пуноважне уговоре, а што би представљало дефиницију установе конверзије. Пре ће бити да је у питању нека врста измене уговора претходно закљученог између банке као даваоца кредита, с једне стране, и корисника кредита, с друге стране, а у погледу висине обавезе и камате. Специфичност такве измене дужничко-поверилачког односа јесте у томе што је садржина измена диктирана Законом о конверзији, те да је банка као једна уговорна страна по слову Закона дужна да кориснику кредита индексираним у CHF понуди измену уговора у складу са текстом Закона. Стога, појам конверзије употребљен у најновијој законодавној пракси наше земље подразумева измену уговора о кредиту индексираним у швајцарским францима, на начин што ће се извршити конверзија преосталог дуга у евре, те тако добијени износ умањити за 38%.<sup>29</sup>

<sup>28</sup> Преко 90% корисника кредита је прихватило понуде банака.

<sup>29</sup> Чл. 4, ст. 1, 2 и 3 Закона о конверзији: „Банка код које корисник отплаћује стамбени кредит, односно која има потраживање по основу тог кредита на дан ступања на снагу овог закона дужна је да понуди конверзију преосталог дуга по том кредиту у дуг индексираним у еврима по курсу за конверзију.

Преостали дуг у смислу става 1. овог члана чини износ главнице на дан конверзије увећан за износ доспеле, а ненаплаћене редовне камате на дан конверзије.

Износ добијен конверзијом из става 1. овог члана умањује се за 38%.

Банка је дужна да на износ дуга из става 3. овог члана примени каматну стопу према понуди која је важила на дан 31. марта 2019. године, за кредите индексираним у еврима који су исте врсте и рочности и имају исти тип каматне стопе (променљива или фиксна) као и стамбени кредит.“

Да ли је Закон о конверзији<sup>30</sup> био одговор на Став Врховног касационог суда заузет поводом решавања проблема задужених у швајцарским францима или је пука случајност што смо након вишегодишњег чекања решења добили у изузетно кратком временском периоду не једно, већ два решења!

## 6. ЗАКЉУЧАК

Неспорно је да је институт конверзије у нашем праву (али и у другим правима која имају скоро идентичну одредбу) недовољно регулисан. Сама одредба чл. 106 ЗОО предмет је различитих тумачења – од тога да је у питању само дефиниција конверзије која подразумева само законску и вољну конверзију па до тога да је законодавац настојао да поменутом одредбом и судовима да овлашћење да испитују испуњеност услова за конверзију у одсуство воље уговорника (вољне конверзије) и законске норме (законске конверзије).

Судска конверзија је творевина теорије, али са јасним ограничењима у примени: прво, судска одлука има декларативно дејство и, друго, суд не може поступати *ex officio*. Судови „оберучке“ прихватају ту теоријску творевину и настоје да је што еластичније посматрају. Недавно донето Правно схватање ВКС<sup>31</sup> само потврђује да са судском конверзијом улазимо на врло осетљив терен јер судијама дајемо широка овлашћења за уређивање уговорних односа.

Упркос свему што је до сада изнето у вези са Правним схватањем ВКС, сматрамо да се у његовој основи налази једно веома праведно решење. Остајемо и даље при ставу да се ту није могла применити одреба чл. 106 ЗОО, односно да је примена конверзије у

---

<sup>30</sup> Сматрамо да Закон о конверзији заслужује још већу критику у погледу тога да је донет прекасно. Закон неједнако поступа према корисницима кредита у СНФ. Из угла самих корисника кредита примена Закона би се могла посматрати као фактор среће. Закон највише одговара онима који су кредит узели касније и на дужи период отплате. Чини се, пак, да су га други, који су дочекали Закон пред крај отплате кредита, дочекали крајње равнодушно. Највећа неправда Закона јесте то што њиме нису обухваћени они који су отплатили свој дуг према банци. С друге стране, та закаснелост у доношењу закона, највише је одговарала банкама јер су за све то време ишчекивања решења корисници кредита отплаћивали кредит.

С друге стране, да је заживело, Правно схватање ВКС омогућило би једнако поступање према свим корисницима кредита.

<sup>31</sup> У питању су били поступци корисника кредита покренути против разних банака или ради утврђења ништавости уговора о кредиту индексираног у СНФ или ради раскида истих уговора због промењених околности. То схватање се осврће само на оне поступке покренуте тужбом за утврђивање ништавости. Што се тиче поступака покренутих ради раскида због промењених околности, ВКС о томе у тренутку писања овог рада и даље није заузео став.

ситуацији „швајцарског франка“ представљала сувише широко тумачење поменуте одредбе. Међутим, Врховни касациони суд је својим ставом остварио више циљева: прво, заштитио је кориснике кредита индексиране у CHF; друго, избегао је могућност да у будућности корисници кредита у еврима покрећу судске спорове сматрајући да су корисници кредита у CHF „презаштићени“; сачувао је сва средства обезбеђења предвиђена првобитно закљученим уговорима индексираним у CHF.

Међутим, упркос својој целисходности, правичности, изузетној акробацији да се у одредбама једног системског закона нађе решење проблема званог „швајцарски франак“, Правно схватање је донето прекасно. Да је Врховни касациони суд реаговао раније, он би својим ставом заиста заштитио кориснике кредита у CHF. Овако, нажалост, став остаје само слово на папиру, само предмет теоријских расправа и тема теоријских чланака.

Ипак, у недостатку потпуније регулативе установе конверзије, Правно схватање ВКС остаје значајан коректив до сада владајућег теоријског тумачења одредбе чл. 106 ЗОО, у смислу давања овлашћења судовима да спроводе судску конверзију без иницијативе иједне уговорне стране, доводећи тако у питање и став да одлука суда у таквим поступцима мора бити декларативна.

## ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Благојевић, Борислав, Врлета Круљ. 1983. *Коментар Закона о облигационим односима*. Београд: Савремена администрација. (Bla-gojević, Borislav, Vrleta Krulj. *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*. Beograd: Savremena administracija.)
- Vizner, Boris. 1978. *Коментар Закона о облигационим односима*. Zagreb: Riječka tiskara.
- Водинелић, Владимир. 2012. *Грађанско право, Увод у Грађанско право и општи део Грађанског права*. Београд: Правни факултет Универзитета Унион. (Vodinelic, Vladimir. 2012. *Građansko pravo, Uvod u Građansko pravo i opšti deo Građanskog prava*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union.)
- Ђорђевић, Славко. 2017. *Грађански законик, Општи део (BGB AT), у преводу: IRZ.* (Đorđević, Slavko. 2017. *Građanski zakonik, Opšti deo (BGB AT), u prevodu: IRZ.*)
- Gabrielli, Enrico. 2012. *Commentario del codice civile*. Torino: Wolters Kluwer Italia.



- Гамс Андрија, Љиљана Ђуровић. 1988. *Увод у грађанско право*. Београд: Научна књига. (Gams Andrija, Ljiljana Đurović. 1988. *Uvod u građansko право*. Beograd: Naučna knjiga.)
- Georges Ripert, Jean Boulanger. 1957. *Traite de droit civil, tome II. Obligations*. Paris: R. Pichon et R. Durand-Auzias.
- Chantepie Gaël, Latina Mathias. 2016. *La réforme du droit des obligations, Commentarie théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*. Paris: Dalloz.
- Ghozi, Alain. 1980. *La modification de l'obligation par la volonté des parties, étude de droit civil français*. Paris: R. Pichon et R. Durand-Auzias.
- Alpa, Guido. 2017. *Il controllo giudiziale del contratto e l'interpretazione. Principi, regole, interpretazione. Contratti, e obbligazionni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*. Padova: Universitas Studiorum.
- Koziol, Helmut, Rudolf Welsch. 2006. *Grundriss des bürgerlich Rechts, Band I*. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.
- Köhler, Helmut. 2009. *BGB Allgemeiner Teil*. München: C. H. Beck.
- Muriel Fabre-Magnan. 2007. *Droit des obligations. I – Contrat et engagement unilatéral*. Paris: Thémis.
- Пајтић, Бојан, Сања Радовановић, Атила Дудаш. 2018. *Облигационо право*. Нови Сад: Правни факултет у Новом Саду. (Pajtić, Bojan, Sanja Radovanović, Atila Dudaš. 2018. *Obligaciono право*. Novi Sad: Pravni fakultet u Novom Sadu.)
- Перовић, Слободан, Драгољуб Стојановић. 1980. *Коментар Закона о облигационим односима*. Горњи Милановац: Културни центар, Крагујевац: Правни факултет. (Perović, Slobodan, Dragoljub Stojanović. 1980. *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*. Gornji Milanovac: Kulturni centar, Kragujevac: Pravni fakultet.)
- Правно схватање – пуноважност валутне клаузуле код уговора о кредиту у швајцарским францима и конверзија, [https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/Valutna%20klauzula\\_1.pdf](https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/Valutna%20klauzula_1.pdf). (Pravno shvatanje – punovažnost valutne klauzule kod ugovora o kreditu u švajcarskim francima i konverzija, [https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/Valutna%20klauzula\\_1.pdf](https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/Valutna%20klauzula_1.pdf).)
- Станковић Обрен, Владимир Водинелић. 2007. *Увод у Грађанско право*. Београд: Номос. (Stanković Obren, Vladimir Vodinelić. 2007. *Uvod u Građansko право*. Beograd: Nomos.)
- Стојановић, Драгољуб. 1976. *Увод у грађанско право*. Београд: Савремена администрација. (Stojanović, Dragoljub. 1976. *Uvod u građansko право*. Beograd: Savremena administracija.)

- Хибер, Драгор. 3/2018. Предуговор обезбеђен капаром код уговора о промету непокретности у праву Србије. *Анали Правног факултета у Београду* 66: 57–87. (Hiber, Dragor. 3/2018. Predugovor obezbeđen kaparom kod ugovora o prometu nepokretnosti u pravu Srbije. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 66: 57–87.)
- Живковић, Милош. 4–6/2019. Кратка правна анализа правног схватања ВКС о пуноважности валутне клаузуле код уговора о кредиту у швајцарским францима и конверзији. *Право и привреда* 458–490. (Živković, Miloš. 4–6/2019. Kratka pravna analiza pravnog shvatanja VKS o punovažnosti valutne klauzule kod ugovora o kreditu u švajcarskim francima i konverziji. *Pravo i privreda* 458–490.)
- Закон о конверзији стамбених кредита индексираних у швајцарским францима, *Службени гласник РС*, бр. 31/2019, Банкарски кредити, Уговор о кредиту и валутна клаузула, Библиотека Правни информатор, Intermex, Београд 2019. (Zakon o konverziji stambenih kredita indeksiranih u švajcarskim francima, *Službeni glasnik RS*, br. 31/2019, Bankarski krediti, Ugovor o kreditu i valutna klauzula, Biblioteka Pravni informator, Intermex, Beograd 2019.)
- Закон о облигационим односима, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Сл. лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља. (Zakon o obligacionim odnosima, *Sl. list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Sl. list SRJ*, br. 31/93 i *Sl. list SCG*, br. 1/2003 – Ustavna povelja.)

Katarina Dolović Bojić, PhD

Assistant Professor

University of Belgrade Faculty of Law

## ABOUT CONTRACT CONVERSION IN SERBIAN LAW WITH SPECIAL REFERENCE TO THE COURT CONVERSION

### *Summary*

In theoretical works of domestic authors the institute of conversion seems to be unjustifiably neglected. Nevertheless, this institute raises a number of questions that our theory and practice do not answer uniquely. In the absence of more complete regulation, the theory created a new form of conversion (judicial conversion), for which we cannot be sure

whether it could fall under the existing norms of our law. Courts, however, enthusiastically accept such theoretical creation and use it to resolve „unsolved“ disputes.

Recently, the issue of judicial conversion has become very topical in our theory and practice due to numerous disputes against banks for determination of the nullity of credit agreements indexed in CHF. The recently adopted Legal opinion of the Supreme Court of Cassation on Validity of the Foreign Currency Clause in Credit Agreements in Swiss Francs and Conversion, speaks in favor of the actuality of the topic.

Key words: *Conversion. – Judicial Conversion. – Nullity. Non-existent Contract. – Legal opinion of the Supreme Court of Cassation.*

Article history:

Received: 28. 11. 2019.

Accepted: 11. 2. 2020.

УДК 343.846(497.11)“2016/2018”; 005.334:343.265

CERIF: S160, S149, S260

DOI: 10.5937/AnalipFB2001170V

Никола Вујичић, мастер \*

Тијана Карић, мастер \*\*

## ПРОЦЕНА РИЗИКА И НАПРЕДОВАЊЕ У ТРЕТМАНУ У КАЗНЕНО-ПОПРАВНОМ ЗАВОДУ У СРЕМСКОЈ МИТРОВИЦИ

*Процена ризика је једно од основних питања и предмета интересовања свих оних који се баве анализом лица према којима се извршава казна затвора. Након основних теоретских поставки, сагледавања садржине Упитника за процену ризика те релевантних истраживања у тој области, у раду су представљени резултати емпиријског истраживања које су аутори спровели у Казнено-поправном заводу (КПЗ) у Сремској Митровици на узорку од 150 осуђеника, који су отпуштени из те установе у периоду од 2016. до 2018. године. У истраживању се пошло од хипотеза: (1) да највећи број осуђеника примарно буде разврстан у затворено одељење завода, односно неповољнији третман; (2) да највећи део осуђеника напредује у третману у повољнију категорију и (3) да они осуђеници који су напредовали у третману чешиће добијају условни отпуст. Хипотезе су сагледане пре свега са аспекта процењеног степена ризика на основу Упитника за процену ризика и припадности одређеној третманској групи.*

Кључне речи: Упитник за процену ризика. – Процена ризика. – Третман. – Условни отпуст. – КПЗ у Сремској Митровици.

---

\* Истраживач сарадник у Институту за криминолошка и социолошка истраживања у Београду, [nikola.vujicic.law@gmail.com](mailto:nikola.vujicic.law@gmail.com).

\*\* Истраживач сарадник у Институту за криминолошка и социолошка истраживања у Београду, [tijana.karic@iksi.ac.rs](mailto:tijana.karic@iksi.ac.rs).

## 1. УВОД

Казна затвора и даље представља стуб система кривичних санкција, при чему њен значај не произлази из њене честе примене, већ из тога што се од запрећене казне затвора очекује пре свега да има генерално превентивно дејство и што неке друге санкције не би могле постојати без ње (Stojanović 2016, 285). Са аспекта пенологије, односно права извршења кривичних санкција, поступање са лицима осуђеним на безусловну казну затвора представља вечиту дилему, док замишљена скала поступања има своје две крајности. Прву крајност, коју карактерише изразито нехумано поступање са осуђеним лицима, детаљно је описао Хауард, предлажући начине за њихово превазилажење (Howard 2015, 152–161). Одређене његове идеје и данас представљају својеврсне правне стандарде. Друга крајност је примена начела хуманости у поступању те принципа *ultima ratio* и на пољу извршења кривичних санкција. Чини се да је већина модерних законодавастава ипак окренута начелу хуманости, што би на посредан или непосредан начин требало да доведе до смањења степена призонизације (Clemmer 2009, 516–519), али и до умањења депривација које су нарочито уочљиве у установама са максималним степеном обезбеђења (Sykes 2009, 520–527).

Концепт ресоцијализације, иако је од седамдесетих година прошлог века доминантан концепт у већини западних земаља и код нас, често се налазио на удару критике јер није дао очекиване резултате у смислу смањења стопе криминалитета и рецидивизма (Плијић 2013, 168). У свом чланку који се бави новом пенологијом Фили и Сајмон тврде да се модерне казнене политике крећу од индивидуализованих рехабилитационих модела ка више стратешким приступима који се ослањају на актуарске технике квантификавања и процену ризика одређених затвореника, при чему се не настоји да се промени преступник колико да се издвоје искључиво оне особе које су изложене ризику поновног вршења кривичног дела и да се умањи потенцијални ризик који они представљају по заједницу (према: Hannah-Moffat 2005, 30). Ипак, актуелно стање ствари у области ресоцијализације преступника у западним земљама карактерише успон нових, конкурентних парадигми у конципирању третмана, односно покушај да се одговори на питање: шта, на кога и у каквим околностима делује (Simeunović Patić 2014, 192). Развојем науке и праксе, напуштени су и чисто субјективни и тзв. актуарски модели инструмената, при чему се данашње процене углавном заснивају на утврђивању ризичних фактора, али и потреба преступника. На тај начин идентификују се одређене области везане за личност или социјални контекст процењиваног лица, чиме се третман циљано

усмерава, а тиме и остварује редуција степена ризика рецидива (Petković, Pavlović 2016, 163; Pavlović 2013, 213).

Иако данас постоје стандардизована правила, до увођења помених упитника, најчешће су примењивана уопштена упутства, док је ризик рецидивизма процењиван према прилично неуједначеним критеријумима, што је резултирало волунтаризмом и арбитрарношћу (Jovanić, Petrović 2017, 96). То је и један од разлога, не и једини, због којег се институт условног отпуста недовољно примењује у пракси (Vujičić, Stevanović, Pijić 2017, 23).

Ипак, за разумевање условног отпуста важно је уочити чињеницу да сложена природа условног отпуста, због своје чврсте функционалне повезаности са казном затвора, а тиме и са крупним питањима концепта кажњавања, сврхе кажњавања, казнене политике, чини да условни отпуст, задржавајући исту нормативну основу, често значајно мења своју сврху, а последично мења и свој утицај на остварење сврхе кажњавања и исходе казнене политике. Иако условно отпуштање осуђених лица представља општеприхваћен институт са дугом традицијом, бројна спорна питања и полемике и даље прате и законодавна решења и праксу условног отпуштања (Soković 2014, 35). Насупрот поборницима шире примене тог института, опстаје и аргументација о оправданости укидања ранијег условног отпуштања, при чему се у први план истиче да је он нелогичан, контрапродуктиван, неправедан у односу на жртву кривичног дела, те да потенцијално угрожава сигурност грађана (Soković 2016, 388). О том питању слично се изјашњава и Шкулић, који наводи да сложеност правне природе условног отпуста проистиче из тога што тај институт има пенолошку компоненту и своди се на механизам одговарајућег, награђивања“ осуђеника, с једне стране, док, с друге стране, по свом ефекту практично мења правноснажну и извршну одлуку суда о дужини казне (Škulić 2016, 365).

Иако правна природа, а самим тим и сврха тог института нису спорни уколико се компаративним приступом сагледају стања и тенденције у модерним кривичним законодавствима, Игњатовић с правом истиче да, осим бројних проблема који се јављају у његовој примени, а који су на одређени начин повезани и са пеналним популизмом и са медијским притисцима, постоје проблеми и на законодавном плану, будући да су услови за његову примену у битној мери мењани приликом многобројних измена не само материјалног већ и процесног и извршног кривичног законодавства (*уз напомену да је често била присутна и неусклађеност три основна прописа која регулишу ту материју*). Додатни проблем је и сужавање поља примене института условног отпуста, доношењем посебних прописа, попут Закона о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима из 2013.

године (Игњатовић 2016, 54; 57–58). Проблеми на које је указао тај аутор поново су актуелизовани последњим изменама кривичног законодавства из 2019. године.

Уважавајући изнете проблеме у пракси, у раду се пре свега полази од ставова науке и струке, те значаја стандардизације правила поступања формирањем упитника који се примењују у раду са осуђеним лицима, што би у најширем смислу требало да има и одређене последице на примену института условног отпуста у пракси те редукцију рецидивизма. Након осврта на упитнике који се примењују у затворском систему у Републици Србији и указивања на поједина значајна истраживања процене ризика и условног отпуста, у другом делу рада представљено је истраживање које су аутори спровели у јануару 2019. године у КПЗ у Сремској Митровици на узорку од 150 осуђеника који су отпуштени из установе у периоду од 2016. до 2018. године, са циљем да се сагледа остваривост могућности за напредовање у третману, односно да ли се и у којој мери, на основу процене ризика применом упитника, могу остварити погодности предвиђене законском нормом, односно у каквом су односу процена ризика и напредовање у третману.

## 2. ПРОЦЕНА РИЗИКА У ЗАТВОРСКОМ КОНТЕКСТУ

Питањем процене ризика у затворском контексту струка се већ деценијама озбиљно бави широм света. Важност те процене за осуђеника огледа се у могућности пружања адекватног разврставања, третмана и ресоцијализације, али и пружања могућности за напредовање у третману и условни отпуст као одговор на напредак у ресоцијализацији. У Републици Србији се примењује OASys (*Offender Assessment System*), чија је стандардизована верзија уведена у употребу у затворском систему Србије на основу Директиве о начину рада службеника третмана у заводима, процедурама у раду и изгледу и садржају докумената током утврђивања, спровођења и измене програма поступања са лицима осуђеним за кривична дела и прекршаје и начину примене Правилника о третману, разврставању и накнадном разврставању осуђених лица. Важно је напоменути да је стандардизованим правилима предвиђено да постоје две врсте упитника: Упитник за процену ризика за осуђене на казну затвора до и три године (у наставку: Мали упитник) и Упитник за процену ризика, капацитета и потреба осуђеног – преко три године (даље: Велики упитник).

Адекватна примена Малог упитника унапређује праксу разврставања осуђених са више важних аспеката. (1) Овај упитник уједна-

чава критеријуме по којима се врши категоризација тако што се према свим осуђеницима у интервјуу примењује исти сет питања. На тај начин је постигнуто да различити процењивачи, независно од стила свог рада, дођу до истих резултата. Такође, те резултате је могуће веома лако проверити током третмана и, уколико се укаже потреба за тиме, исправити. (2) Ризик се процењује у различитим областима живота, понашања и навика осуђеног, чиме се избегава било каква евентуална произвољност, предрасуде или поједностављивање. (3) Такав начин рада омогућава статистичку анализу и даље усавршавање самог инструмента, пратеће документације о осуђеном и квалитета саме процедуре разврставања.

Упитник се великим делом односи на статичке факторе, попут запослења, примања, породичних прилика, образовања, стамбених прилика, окружења у коме је живео осуђени пре ступања на извршење казне затвора и сл. Ипак, у другом делу упитника сагледава се однос осуђеног према казни, који се процењује на основу његовог личног става и отпора према правилима понашања и затворском особљу. Осим те оцене, предвиђена су и додатна испитивања са психолошког, педагошког и социјалног становишта, која се узимају као основ за утврђивање групе и програма поступања.

За разлику од Малог, Велики упитник пружа могућност упоређивања различитих начина процене ризика, пре свега клиничког и статистичког (актуарског) модела, како би се искористиле предности које они пружају и избегле мане и ограничења инсистирања само на једном приступу. Велики упитник омогућава статистичку процену вероватноће поновног чињења кривичног дела. Осим статичких, он садржи и динамичке факторе, попут података о животном стилу, социјалним контактима, породичним и брачним односима, начину размишљања, али и податке о боравку осуђеног лица у затвору (нпр. дисциплинске мере).

Корени модела поступања са осуђеним лицима који се уочавају у тзв. клиничком методу, односно у оквиру прогнозирања криминалног понашања, представили су немачки аутори Шид, Мајверк и Шваб (Schid, Maywerk i Schwaab). Тај модел је имао неколико фаза. У првој фази аутори су изабрали петнаест антрополошких и социјалних чињилаца које су запазили код делинквената (неки од фактора постоје и у данашњим упитницима, попут нередовног рада, криминалитета пре пунолетства, понашања у казнено-поправном заводу итд.), док су у другој фази проучавани (пред)делинквенти, који су класирани према броју особина у једну од шест група (групе су формиране на основу броја остварених фактора ризичног понашања), на основу чега је израчунат проценат поврата за сваку од група. Шид је изнео закључак да је најмања стопа поврата (3%) била код испитаника



класираних у првој групи (ниједно неповољно обележје), док је код оних лица која су била распоређена у шесту групу (остварено између дванаест и петнаест неповољних фактора) забележена највиша стопа поврата – 100% (према: Игњатовић 2013, 62–63).

Слично томе, брачни пар Глук је представио таблице предвиђања, на основу којих су сагледане три групе чинилаца које утичу на делинквенцију (друштвене – психичке – психијатријске), а на основу којих су даље израђене три серије таблица. Основна замисао је била да ће се, када се анализира поједини малолетник, резултат у све три таблице поклапати, те да ће се на тај начин указати на вероватноћу са којом ће конкретни малолетник постати делинквент. Мада је то био велики научни искорак, прогностичке таблице су се и према признању самих аутора показале као доста непоуздане будући да међусобно слагање таблица није прелазило 70% (према: Ignjatović 2013, 63–64). Полазећи од тог истраживања, Сампсон и Лауб, у својој теорији о злочину и девијантности на животном путу, поредили су ефекте социјалних веза одраслих путем свеобухватне мере антисоцијалног понашања одраслих у групи делинквената и контролној групи, при чему су дошли до закључка да, независно од малолетничке делинквенције, највећи утицај на криминалитет одраслих имају стабилност посла и приврженост брачном партнеру (Sampson, Laub 2009, 459).

Клинички модел је дијагностички и почива на професионалном просуђивању које спроводи стручњак путем интервјуа са осуђеником и ишчитавања документације, а затим, користећи своје целокупно знање и искуство, доноси закључак о ризику који представља осуђени за себе и заједницу. Међутим, истраживања поузданости те врсте процене преступника показују да се на тај начин не може поуздано утврдити вероватноћа поврата осуђених. Генерална слабост тих процена је у томе што су оне сувише широке и нису емпиријски повезане са појмом поврата. Поједини истраживачи (Andrews, Bonta 2010; Petrich, 2015) сугеришу да појединачни, персонални фактори (узраст, социоекономски статус, искуство, веровања, ставови) који су у вези и са испитивачем и са осуђеним могу створити „привидну везу“ и довести до погрешне процене. Ипак, ти аутори су идентификовали две категорије фактора ризика за пенолошки рецидив: статичке факторе (нпр. узраст, претходне осуде), који су аспекти прошлости и не могу се мењати, и динамичке факторе (нпр. антисоцијалне когниције, вредности и понашање), који се често називају криминогним потребама, променљивог су карактера те су стога погодна мета за третман (Andrews, Bonta 2010, 27). Ти аутори такође сматрају да је највећи проблем са идентификованим потребама тај што су оне извучене из метаанализе рецидива, а не из процеса одустајања.

Статистички (актуарски) модел се развио као последица препознавања ограничења клиничког модела. У контексту предвиђања поврата, вероватноћа, односно ризик израчунава се упоређивањем карактеристика осуђеног са великим узорком других осуђеника који су рецидивирали, а чије су се карактеристике пратиле и евидентирале у вишегодишњем периоду. Истраживања показују да тај модел генерално може веома добро предвидети вероватноћу поврата. Ипак, његова примена на појединачном случају има одређена ограничења будући да почива на информацијама из прошлости осуђеног, те самим тим није у стању да прикаже промене ризика и потреба конкретног осуђеног. Његове скале се не могу употребити у предвиђању атипичних догађаја као што су, на пример, тешка сексуална и насилна кривична дела. Такође, постоји ниска предиктивност тог модела за старе и младе преступнике.

### 2.1. Процена ризика и условни отпуст

У доношењу одлуке о одобравању условног отпуста узимају се у обзир и спремност самог осуђеника и успех самог отпуста (Bowman, Ely 2017, 546). Да би се условни отпуст разматрао, процењују се различити фактори ризика, од којих су неки већ раније поменути, тзв. статички и динамички фактори. Комплексност доношења одлуке о условном отпусту је већ раније препозната (Mooney, Daffern, 2014: 386) јер се мора узети у обзир веома велики број фактора који треба да очувају безбедност и осуђеног лица и заједнице. У контексту условног отпуста, статички фактори обухватају тежину кривичног дела, криминалну историју, односно претходне осуде, и евентуалне раније условне казне (Gendreau, Little, Goggin 1996, 583). Та група фактора се сматра значајном за предикцију рецидивизма (Schlager, 2013: 149). За разлику од њих, динамички фактори ризика указују на области које треба циљати третманом (Andrews, Bonta, 2010: 46). У истраживању фактора који доприносе отпуштању на условни отпуст, Бауман и Ели (Bowman, Ely, 2017: 556) идентификовали су претходне осуде и извршење казне затвора као факторе који ће умањити шансе за условни отпуст, док напредак у третману и изостанак дисциплинских мера доприносе већој шанси да осуђено лице буде условно отпуштено. У другим истраживањима, слични фактори су се показали као изузетно значајни: тежина и тип кривичног дела, криминална историја, институционално понашање, ментална болест и фактори који се тичу жртва, а који у овом тексту неће бити посебно обрађени (Kinnevy, Caplan 2008, 19; Caplan 2007, 20). У свом истраживању фактора који доприносе одлуци о условном отпусту, Муни и Даферн (Mooney, Daffern, 2014: 395) као значајне факторе наводе број дисциплинских мера и скор на скали процене ризика, док на њиховом узорку демографске и варијабле криминалне историје нису значајно

утицале на одлуку о отпусту. Међутим, у другим истраживањима се тежина кривичног дела показала као значајан фактор за доношење одлуке о условном отпусту (нпр. Fitzgibbon, 2008, 60).

Муни и Даферн (Mooney, Daffern 2014, 387) наглашавају да велики број студија које се баве истраживањем процене ризика у контексту условног отпуста заправо наглашава проблематику неструктурираног доношења одлука о условљавању дела казне, те се као главни, а понекад и једини фактор за доношење те одлуке узима то да ли ће осуђеник поново извршити кривично дело након условног отпуштања (Gobeil, Serin 2010, 252). Свеобухватна процена ризика која се може унапредити применом нормираних инструмената за процену ризика, какав је OASys који се користи у Србији, доприноси томе да одлука о условном отпусту буде донета на адекватнији начин, те унапређује могућност праћења ризика и потенцијалне штете по заједницу (Fitzgibbon 2008, 60).

У експертској анализи поврата које је спровела Стевановић са сарадницима (Stevanović *et al.* 2018, 15) резултати истраживања указали су на то да осуђена лица која имају виши скор на упитнику за процену ризика имају и већу вероватноћу да понове кривично дело, али и да то кривично дело буде са елементима насиља. До сада код нас није урађено детаљно, свеобухватно истраживање које испитује однос условног отпуста и процене ризика помоћу упитника. Ипак, једно истраживање које је пре неколико година спроведено у Окружном затвору у Зрењанину, на узорку од 50 осуђених лица, показало је да неке од криминално-пенолошких карактеристика (*ранија осуђиваност, пенолошки рецидивизам, врста кривичног дела, почетна категорија у третману, адаптација на затворске услове, прихватање казне, дисциплинска кажњаваност, награђивање, рекатегоризација током третмана и број претходних молби за условни отпуст*) остварују статистички значајан утицај на доношење одлуке суда о додели условног отпуста, при чему судови позитивне одлуке доносе најчешће за она лица која су оцењена ниским степеном ризика, а најређе за оне осуђенике који су оцењени као високоризични (Јованић 2012, 180–183). До сличних резултата дошло се и у једном другом истраживању којим је обухваћен 121 досије осуђених лица која су отпуштена из Окружног затвора у Ужицу и Казнено-поправног завода у Падинској Скели, у периоду од јануара до јуна 2016. године, када је такође на нивоу статистичке значајности утврђено да лица која су процењена ниским степеном ризика чешће добијају условни отпуст у односу на категорије средњи и високи степен ризика (Petrović, Jovanić 2017, 54).

На крају овог излагања треба имати у виду да је процена односа између ризика процењеног упитником и третмана осуђених лица

још један предмет овог истраживања. Међутим, многе студије иностраних (Meredith, Speir, Johnson 2007, 3) и домаћих аутора пате од методолошких недостатака, које се пре свега тичу величине узорка, што знатно отежава извођење поузданих статистичких закључака. Из тог разлога, у узорак смо укључили 150 осуђених лица, од којих је половини одобрен условни отпуст, како би изведени закључци били релевантнији, макар за установу у којој је само истраживање спроведено.

### 3. ЕМПИРИЈСКИ ДЕО

#### 3.1. Методологија истраживања

У овом делу рада приказани су резултати истраживања које је спроведено у КПЗ у Сремској Митровици у јануару 2019. године. Та установа је највећа казнено-поправна установа општег типа у Републици Србији, са затвореним, полуотвореним и отвореним одељењем, те је самим тим могуће сагледати примену упитника кроз напредовање / назадовање у оквиру различитих третманских група.

Као главни циљ истраживања постављамо следеће: испитати однос између ризика процењеног упитником за процену ризика и карактеристика третмана и отпуста осуђених лица у КПЗ у Сремској Митровици.

У складу са тако постављеним циљем, основни задаци су: (1) сагледавање општих података о учиниоцу и кривичном делу; (2) примарна класификација према типу одељења и третманској групи; (3) сагледавање радне ангажованости и дисциплинског кажњавања осуђених; (4) анализа типа одељења и третманске групе у тренутку отпуста; (5) сагледавање односа између степена ризика у тренутку отпуста и основа отпуста (редован истек / условни отпуст).

Основне хипотезе које ће бити тестиране у овом истраживању су: (1) да највећи број осуђеника примарно буде разврстан у затворено одељење завода, односно неповољнији третман; (2) да највећи део осуђеника напредује у третману у повољнију категорију и (3) да они осуђеници који су напредовали у третману чешће добијају условни отпуст.

#### 3.1.1. Узорак

Узорак истраживања чине досијеи 150 бивших осуђеника који су у периоду од 2016. до 2018. године отпуштени из КПЗ Сремска Митровица. У тренутку истраживања, у тој установи је било 2.000 осуђеника. Испитаници су бирани поступком рандомизације, при-

меном програма random.org. Подељени су у две велике групе: прву групу чине испитаници који су издржали казну затвора до три и три године и на које је примењен Мали упитник ( $N = 75$ ), а другу испитаници према којима је извршавана казна затвора у трајању дужем од три године, односно на које је примењен Велики упитник ( $N = 75$ ).

### *3.1.2. Инструмент, мере и обрада података*

Подаци о испитаницима су преузети из личних листова – досијеа осуђених лица, при чему се регистроване следеће варијабле:

Година рођења. Старост мерена егзактном годином рођења испитаника.

Држављанство. Категоричка варијабла, која дели испитаника у групе: 1 – држављани Републике Србије и 2 – страни држављани.

Пребивалиште (територијална дистрибуција). Категоричка варијабла, која дели испитанике у пет група: 1 – Север: Војводина, 2 – Север: град Београд, 3 – Југ: регион Шумадије и западне Србије, 4 – Југ: регион јужне и источне Србије и 5 – АП Косово.

Образовање. Квалитативна варијабла са 5 нивоа: 1 – без школе, 2 – непотпуна основна школа, 3 – основна школа, 4 – средња школа и 5 – завршена виша школа или факултет.

Кривично дело. Оригинална варијабла, има 29 категорије које представљају егзактни тип дела због којег је испитаник издржавао казну затвора.

Тип кривичног дела. Бинарна варијабла, са 0 су кодирана кривична дела без елемената насиља, а са 1 кривична дела са елементима насиља.

Дужина казне затвора. Варијабла која представља егзактан податак о дужини трајања казне затвора, исказано у месецима.

Ранија осуђиваност. Дихотомна варијабла, означава постојање или непостојање претходних осуда.

Врста примењеног упитника. Бинарна варијабла, са 0 су кодирани испитаници на које је примењен Мали, а са 1 испитаници на које је примењен Велики упитник.

Одељење у којем се испитаник налазио приликом примарног разврставања. Категоричка варијабла са 2 нивоа: 1 – полуотворено одељење и 2 – затворено одељење.

Одељење у којем се испитаник налазио у тренутку отпуста. Категоричка варијабла са 3 нивоа: 1 – отворено одељење, 2 – полуотворено одељење и 3 – затворено одељење

Радна ангажованост. Бинарна варијабла, са 0 су кодирани испитаници који нису били радно ангажовани, док су са 1 кодирани они који су били радно ангажовани у току извршења казне.

Дисциплинска кажњаваност. Бинарна варијабла, са 0 су кодирани испитаници који нису дисциплински кажњавани, док су са 1 кодирани они код којих су забележене дисциплинске казне.

Ванзаводске погодности. Бинарна варијабла, са 0 су кодирани испитаници који нису користили ванзаводске погодности, а са 1 они који јесу.

Основ отпуста. Категоричка варијабла са 2 нивоа: 0 – условни отпуст и 1 – редовни истек казне.

Напредак у третману. Дихотомна варијабла, означава постојање или непостојање напретка у третману.

Степен ризика према последњој евалуацији. Категоричка варијабла са 4 нивоа: 1 – низак степен ризика, 2 – средњи степен ризика, 3 – висок степен ризика и 4 – веома висок степен ризика.

Прикупљени подаци су обрађени у програму IBM SPSS 20.0.

### 3.2. Резултати истраживања

Дескриптивна статистика. У узорку испитиване популације у тренутку прикупљања података из досијеа просечан узраст осуђеника износи  $M = 39,49$ ,  $SD = 8,92$ , са распоном година од 25 до 68. У тренутку почетка извршења казне затвора, осуђеници су у просеку имали  $M = 34,22$ ,  $SD = 8,96$ , уз узрасни распон од 17 до 63 године. Сви испитаници су мушког пола и држављани Републике Србије. Територијална дистрибуција је сагледана у складу са систематиком коју примењује Републички завод за статистику, који разликује следеће статистичке јединице: север (обухвата град Београд и Војводину), југ (с једне стране обухвата Шумадију и западну Србију, а с друге стране јужну и источну Србију) и АП Косово. У складу са изнетом систематизацијом, највећи број испитаника (68,7%) има пребивалиште у неком од места која припадају статистичкој јединици север – Војводина, потом јединици север – град Београд (24,7%), док је присуство испитаника из осталих статистичких јединица незнатно – укупно 6,7%. То је било очекивано, имајући у виду да се у установу у којој је вршено истраживање на издржавање казне најчешће упућују лица чије је место пребивалишта у статистичкој јединици север. Када је реч о образовању, највећи број лица има завршену средњу школу (61,5%), потом непотпуну основну (21,6%), односно основну школу (12,8%). Незнатно је учешће лица са високим образовањем (3,4%) и лица без образовања (0,7%).

### 3.2.1. Подаци о кривичном делу, типу дела, казни и ранијој осуђиваности

Најчешћа кривична дела у датом узорку су: неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога из чл. 246 КЗ (33,3%), тешка крађа из чл. 204 КЗ и разбојништво из чл. 206 КЗ (по 20%), насиље у породици из чл. 194 КЗ (3,3%), убиство из чл. 113 КЗ (2,7%), недозвољена производња, држање, ношење и промет оружја и експлозивних материја из чл. 348 КЗ и злоупотреба службеног положаја из чл. 359 КЗ (по 2%).

Тип кривичног дела. Сагледавањем свих кривичних дела на основу критеријума постојања, односно непостојања насиља приликом вршења дела, показано је да је у укупној структури више оних без елемената насиља – 65,3%. Уколико се тип кривичног дела посматра у контексту Малог и Великог упитника, не постоје значајне разлике у расподели насилних, односно ненасилних кривичних дела ( $\chi^2(1) = .294, p > .05$ ), тј. однос је следећи: (1) Мали упитник: ненасилна дела 67,6%: насилна дела 32,4%; (2) Велики упитник: ненасилна дела 63,4%: насилна дела 36,6%.

Дужина казне. Просечна дужина казне затвора износи  $M = 50,81$ ,  $SD = 33,31$  месеци, при чему постоје знатне разлике када се дужина казне затвора посматра кроз инструменте за процену ризика, што је и очекивано. Наиме, испитаници на које је примењен Мали упитник у просеку су издржали казну затвора у трајању од око 28 месеци (две године и четири месеца), док су они на које је примењен Велики упитник издржали казну у просечном трајању од око 74 месеца (шест година и два месеца).

Највећи број испитаника (58%) није имао раније осуде, а распон ранијих осуда креће се од једне до петнаест. Не постоје значајне разлике уколико се поврат посматра у контексту упитника за процену ризика ( $\chi^2(1) = 2.296, p > .05$ ). Не постоје значајне разлике у типу извршеног кривичног дела с обзиром на то да ли је лице претходно осуђивано или не ( $\chi^2(1) = .409, p > .05$ ). Значајне разлике нема ни у дужини казне за дела са елементима насиља и без елемената насиља ( $t(148) = -1.858, p > .05$ ), као ни у односу на ранију осуђиваност ( $t(148) = -.077, p > .05$ ).

### 3.2.2. Третман осуђених лица: радна ангажованост и дисциплинско кажњавање

Уколико се посматра радна ангажованост, од укупног броја испитаника, 66% њих је било радно ангажовано у тренутку отпуста, док преосталих 34% није било радно ангажовано (Табела 1). Разлика између радно ангажованих и они који то нису значајна је с обзиром на тип одељења ( $\chi^2(2) = 75.505, p < .001$ ).

Табела 1.

Процент радно ангажованих према одељењима у тренутку отпуста

Радно ангажовање	Одељење при отпусту (%)		
	Отворено	Полуотворено	Затворено
Не	0	10	90
Да	28,3	55,6	16,2

Када је реч о владању, највећи део осуђеника (68,7%) није дисциплински кажњаван нити опомињан. Код оних који су дисциплински кажњавани, распон казни се креће од једне до осам изречених дисциплинских мера. Пропорција оних којима јесу и којима нису изречене дисциплинске мере не разликује се значајно зависно од тога да ли су испитивани Малим или Великим упитником ( $\chi^2(1) = 2.171$ ,  $p > .05$ ). Постоје значајне разлике у напретку у третману у односу на радно ангажовање ( $\chi^2(1) = 78.553$ ,  $p < .001$ ), постојање ванзаводских погодности ( $\chi^2(1) = 112.434$ ,  $p < .01$ ) и постојање дисциплинских казни ( $\chi^2(1) = 49.308$ ,  $p < .01$ , Табела 2). Током третмана, у већем проценту је дошло до напретка лица која нису имала дисциплинске мере, лица која су била радно ангажована и лица која су користила ванзаводске погодности.

Табела 2.

Процент осуђених лица са напретком и без напретка у односу на радно ангажовање, коришћење ванзаводских погодности и изречене дисциплинске мере

Напредак	Радно ангажовање		Ванзаводске погодности		Дисциплинске мере	
	Не	Да	Не	Да	Не	Да
Не	89,4	12,6	87,1	0	19,8	82,9
Да	10,6	87,4	12,9	100	80,2	17,1

### 3.2.3. Третман осуђених лица: процена ризика

Примарно разврставање осуђених лица – 80,5% осуђеника је примарно било разврстано у затворено одељење завода, док је свега 19,5% њих било разврстано у полуотворено одељење. Уколико се примарно разврставање посматра у контексту врсте упитника, приметно



је да су у полуотворено одељење у чак 74,2% случајева разврставани учиниоци према којима је извршавана казна затвора у трајању до три године. Та разлика у распоређивању у одређено одељење у односу на примену упитника статистички је значајна ( $\chi^2(1) = 10.962, p < .01$ ). Када је реч о припадности третманским групама, испитаници су чешће били распоређени у ону групу која пружа нижи степен проширених права и погодности (76,7% њих је било распоређено у третманску групу В2, у затвореном одељењу, док је 72,4% лица било распоређено у Б2 третманску групу у полуотвореном одељењу). Такви резултати су били очекивани, имајући у виду законску норму. Не постоје значајне разлике у разврставању осуђених лица према типу извршеног кривичног дела ( $\chi^2(1) = 3.200, p > .05$ ).

Разврстаност осуђених лица у тренутку отпуста. Највећи део осуђеника је у тренутку отпуста био распоређен у затворено одељење (40,9%), потом у полуотворено (40,3%), док је најмање њих било у отвореном одељењу (18,8%). Ипак, приметно је да су у тренутку отпуста осуђеници у сваком одељењу били разврстани у третманску групу која пружа виши степен проширених права и погодности (Табела 3).

Табела 3.

Распоред по третманским групама приликом отпуста

Третманска група	A1	A2	Б1	Б2	В1	В2
Процент	85,7	14,3	75	25	60,7	39,3

Уколико се припадност одељењу у тренутку отпуста сагледа у контексту Малог и Великог упитника, постоје значајне разлике ( $\chi^2(2) = 12.655, p < .01$ ), што је приказано у Табели 4. Појединачно посматрано, осуђеници према којима је примењен Мали упитник најчешће су установу напустили из затвореног одељења (35,8%), док су они на које је примењен Велики упитник, у тренутку отпуста најчешће били распоређени у полуотворено одељење (46,3%). Ипак, када је реч о отвореном одељењу, односно третманским групама А1 и А2, постоји битна разлика у корист лица према којима је извршавана казна затвора до три и три године, будући да су они у посматраном узорку три пута чешће били распоређени у неку од две наведене третманске групе, које пружају најшири степен проширених права и погодности. Другим речима, свега 8,5% испитаника који су осуђени на казну затвора у трајању дужем од три године напустили су установу из отвореног одељења.

Табела 4.  
Распоређеност осуђеника по одељењима, на основу упитника  
– тренутак отпуста (у процентима)

	Отворено одељење	Полуотворено одељење	Затворено одељење
Мали упитник	31,3	32,8	35,8
Велики упитник	8,5	46,3	45,1

Степен ризика у тренутку отпуста: највећи део осуђеника (46,3%) процењен је средњим степеном ризика, високим степеном ризика (28,2%), затим ниским (22,2%), док је најмање њих оцењено веома високим степеном ризика (3,4%). Када је реч о процени вероватноће понављања кривичног дела, коју бележи искључиво Велики упитник, највећи део испитаника је процењен средњим степеном (46,7%), потом високим (37,3%), док је најмање њих оцењено ниским степеном ризика (16%). Разврстаност по одељењима према степену процене ризика приказана је у Табели 4. Као што је очекивано, највећи проценат лица са ниским степеном ризика распоређено је у отворено одељење, највећи проценат са средњим степеном ризика у полуотворено одељење, а са високим степеном ризика сви осуђеници су разврстани у затворено одељење. Те разлике су статистички значајне ( $\chi^2(4) = 209.918, p < .001$ ). Важно је поменути да процењени степен ризика уједно не прати и распоређеност осуђеног лица у неку од третманских група унутар отвореног, полуотвореног или затвореног одељења, у тренутку отпуста (Табела 5). У датом узорку, ниским степеном ризика је оцењено 22,2% испитаника, при чему је њих 18,8% било распоређено у третманску групу А1/А2. Другим речима, 3,4% осуђеника је остало распоређено у третманску групу Б1, односно у полуотворено одељење. Слично је и са лицима која су процењена средњим степеном ризика, при чему је та разлика израженија, односно 6% испитаника није било распоређено у полуотворено одељење, иако су се на основу упитника створили услови за премештај из В1 у Б2 третманску групу. На нивоу посматраног узорка, дакле, 9,4% испитаника није напредовало у третману, иако су, макар на основу формалних критеријума, били остварени услови за то.

Табела 5.  
Распоред по одељењима у тренутку отпуста по степену ризика  
(у процентима)

Степен ризика	Одељење		
	Отворено	Полуотворено	Затворено
Низак	84,8	15,2	0
Средњи	0	79,7	20,3
Висок и веома висок	0	0	100

Напредовање у третману. У наведеном смислу, напредак у третману је на основу упитника остварило 59,1% испитаника. Без напретка је било 36,2% лица, односно то су она лица која су и приликом примарног разврставања и у тренутку отпуста била распоређена у затворено одељење. У узорку је најмање оних испитаника који су назадовали у третману – 4,7%, при чему је у свим случајевима реч о лицима која су најпре напредовала у третману, до полуотвореног одељења и третманске групе Б2, а потом су услед учињених дисциплинских престапа накнадно разврстани у неповољнији третман, односно у затворено одељење и третманску групу В1. У табели 6 приказан је проценат лица која су остварила напредак или нису напредовала у односу на процењени степен ризика. Разлике у процентима су статистички значајне ( $\chi^2(2) = 97.383, p < .001$ ).

Табела 6.  
Процент лица која су остварила напредак или нису напредовала  
током третмана у односу на процењени степен ризика

	Низак степен ризика	Средњи степен ризика	Висок и веома висок степен ризика
Нема напретка	0	19,1	100
Има напретка	100	80,9	0

Нема значајне разлике у напретку током третмана између лица која су учинила кривична дела са елементима насиља или без елемената насиља ( $\chi^2(1) = 2.298, p > .05$ ).

Основ отпуста. У погледу основа отпуста, постоји уједначеност између два сагледана основа: редован истек (50%) и условни

отпуст (50%). Када се основ отпуста сагледа у контексту напредовања у третману, постоје значајне разлике у проценту лица пуштених на условни отпуст или након редовног истека казне ( $\chi^2(2) = 104.680, p < .001$ ). Сви испитаници који нису напредовали или који су назадовали у третману отпуштени су након редовног истека казне. Институт условног отпуста је примењен искључиво према оним испитаницима који су остварили напредак. Испитаници који су остварили напредак у третману, у смислу преласка у полуотворено или отворено одељење, установу су у 85,2% случајева напустили по основу условног отпуста; свих 14,6% испитаника који су остварили напредак у третману, а који су из установе отпуштени услед редовног истека казне затвора, били су распоређени у полуотворено одељење и третманску групу Б2. Другим речима, испитаници који су били распоређени у третманску групу Б1 добијали су условни отпуст. Не постоје значајне разлике у процењеном степену ризика за лица која су извршила кривично дело са елементима насиља и без елемената насиља ( $\chi^2(3) = 7.108, p > .05$ ). Међутим, разлике постоје у односу на то да ли је осуђено лице повратник или није ( $\chi^2(2) = 33.166, p < .001$ , Табела 7), те су тако лица која су раније осуђивана чешће процењивана као високо-ризична него лица која нису повратници.

Табела 7.

Процент различитих степена ризика у односу на повратништво

Раније осуде	Степен ризика		
	Низак	Средњи	Висок
Не	93,9	60,9	29,8
Да	6,1	39,1	70,2

#### 4. ДИСКУСИЈА

Инструменти који су уведени у праксу извршног кривичног права Републике Србије представљају добру основу за рад третманских службеника, иако би се самим упитницима, онако како су формулисани, могле упутити одређене замерке. Основна објективна замерка јесте то да упитници махом оцењују прошлост осуђеника (статистички фактори ризика) остављајући врло мало места за мењање скору у току извршења казне затвора. То потенцијално може да доведе до неуједначене праксе у поступању на нивоу свих установа у Републици Србији у оним ситуацијама када треба пронаћи меха-

низме да осуђени напредује из једне у другу третманску групу. То питање је посебно значајно када се третман осуђеног евалуира за потребе одређених поступака, од којих је најкарактеристичнији поступак који се води пред судом поводом поднете молбе за условни отпуст. Строго формално посматрано, у смислу одредаба важећих прописа, пре свега Закона о извршењу кривичних санкција (ЗИКС) и Правилника, не постоје ограничења да осуђеник у току извршења казне затвора напредује до третманске групе А1, односно оне групе која пружа најшири степен права и погодности. Из тог разлога они који примењују прописе често занемарују чињеницу да третманска група А1, сходно правилима третмана, а нарочито на основу упитника за процену ризика, није максимум за сваког осуђеног. Штавише, та група се у пракси показала као реткост, што су показали и резултати истраживања, према којима је свега 16,1% осуђеника у тренутку отпуста било разврстано у поменути категорију.

Узорак од 150 испитаника није довољан да би се могли изводити општи закључци о усклађености норме и могућности које даје упитник. Ипак, на основу добијених података може се закључити да су полазне хипотезе потврђене.

Прва хипотеза, према којој највећи број осуђеника примарно буде разврстан у затворено одељење завода, односно неповољнији третман, потврђена је самим тим што је показано да је 80,5% испитаника примарно било разврстано у затворено одељење, најчешће у В2 третманску групу. Такав податак је био очекиван, имајући у виду не само вољу законодавца већ и општа правила о поступку ресоцијализације и припремама осуђеника за живот након извршења казне затвора, који би требало постепено да се развија, од најнеповољније до најповољније третманске групе.

Друга хипотеза, према којој највећи део осуђеника напредује у третману у повољнију категорију, такође је потврђена. Ипак, за разлику од претходне хипотезе, чини се да је напредак великим делом релативног карактера, будући да је суштински напредак, у смислу преласка из једне у другу врсту одељења, онако како је предвиђено одредбама ЗИКС-а, остварило 59,1% испитаника. Максималан напредак до отвореног одељења остварило је свега 18,8% испитаника. Међутим, независно од формалних критеријума те чињенице да је умањење укупног скорa на упитнику за 40,9% осуђених лица било недовољно за прелазак у средњи степен ризика, приметан је својеврстан напредак и 15,9% испитаника, будући да су они премештени у повољнију третманску групу – В1. Податак који би донекле могао бити проблематичан јесте да постоје и она лица која су остварила напредак у смислу процене ризика, али тај напредак није праћен премештајем из затвореног у полуотворено одељење. То је посебно

значајно за она лица која су остварила могућност преласка из затвореног у полуотворено одељење, будући да је објективни услов за додељивање проширених права и погодности ванзаводског карактера управо процењен средњи степен ризика. Другим речима, уколико неко лице остане разврстано у затворено одељење, не постоји могућност да осуђенику буду додељене најповољније погодности, које се користе изван завода. Такође, добијени податак да 6% испитаника није добило премештај у полуотворено, а 3,4% у отворено одељење, и поред оствареног формалног критеријума, не би требало уско тумачити већ би тај проблем требало сагледати у контексту пренасељености установе, која није праћена адекватним увећањем броја запослених у третману, који би у сваком тренутку могли да делују ефикасно, те објективне околности – планираног истека казне, услед којег запослени у третману некада свесно не мењају програм поступања већ се одлучују за друге видове подршке осуђеном који би ускоро требало да напусти установу. Најзад, не би требало заборавити да одређена лица не остварују напредак у третману јер не прихватају правила формалног система, односно одликује их понашање које није у складу са нормама којима се регулише извршење казне затвора, те у том смислу постоје и ситуације у којима друге службе, попут службе обезбеђења, из оправданих разлога не дају позитивно мишљење за премештај у полуотворено одељење.

Трећа хипотеза, према којој они осуђеници који су напредовали у третману чешће добијају условни отпуст, потпуно је потврђена за оне испитанике који су у тренутку отпуста били разврстани у отворено одељење, третманске групе А1 и А2, будући да су сви они условно отпуштени. Такође, у узорку је приметно да су сви испитаници који су разврстани у третманску групу Б1, у полуотвореном одељењу, условно отпуштени, док су они који су били разврстани у Б2 третманску групу чешће напуштали установу услед редовног истека казне, односно свега два испитаника из те групе је условно отпуштено. Као што је и било очекивано, испитаници који су у тренутку отпуста били разврстани у затворено одељење установу су напустили по основу редовног истека казне. Добијени подаци могу се позитивно тумачити у смислу одредаба којима се регулише институт условног отпуста. Такође, ови налази су у складу са ранијим истраживањима у земљи и иностранству, у којима је показано да лица која напредују у третману те буду процењена нижим степеном ризика и имају мање дисциплинских мера имају значајно веће шансе да буду условно отпуштена.

Успех у третману традиционално се сагледава на основу две основне претпоставке: радна ангажованост и добро владање осуђеног, односно изостанак дисциплинског кажњавања. Иако модерни системи укључују многе друге видове поступања који указују на

успех у третману, чини се да су се поменути два ипак усталила у вишедеценијској пракси, будући да на недвосмислен начин указују на позитивне или негативне промене у понашању осуђеника. Процент радно ангажованих и осуђеника који то нису (Табела 1) може бити такав из разлога што у оквиру одређених индивидуалних циљева није било предвиђено тражење запослења у установи већ адаптација на систем (осуђеници који су у тренутку отпуста били распоређени у В1 или В2 третманску групу, у затвореном одељењу). Резултати указују на то да су, као што је и очекивано, напредак у третману у већем проценту постигла она осуђена лица која су била радно ангажована, која су користила ванзаводске погодности и која су била доброг владања, то јест нису имали изречених дисциплинских мера.

Напредовањем, у смислу одредаба ЗИКС-а, пре свега се сматра прелазак из затвореног у полуотворено, односно полуотвореног у отворено одељење, будући да се степен проширених права и погодности која могу бити додељена осуђеном пре свега сагледавају у контексту припадности одељењу, а након тога и припадности некој од третманских група које су предвиђене Правилником. Податак да 36,2% осуђеника није напредовало у третману не треба уско тумачити, у смислу да није остварен било какав напредак у третману. У пракси се дешава да одређени осуђеници напредују, у смислу смањења скора на упитнику, али не у довољној мери да би прешли из једне категорије ризика у другу, нижег степена. Уколико би се напредак сагледао и у том контексту, односно ако би напредовањем била обухваћена и она лица која су напредовала из В2 у В1 третманску групу, у оквиру високог степена ризика, онда бисмо могли рећи да је било какав напредак у третману остварило 75% испитаника.

На основу добијених података, пре свега са аспекта утицаја процене ризика на напредак у третману, али и додељивања условног отпуста, може се закључити да једино крајности нису спорне. Они који су процењени ниским степеном ризика и распоређени у отворено одељење (третманске групе А1/А2) засигурно ће добити условни отпуст, док ће они који су процењени високим и веома високим степеном ризика и распоређени у затворено одељење (третманске групе В1 и В2) сигурно напустити установу по основу редовног истека казне. У наредним истраживањима пажњу је неопходно усмерити на средњи степен ризика и третманске групе Б1 и Б2, будући да је, строго формално посматрано, за обе групе предвиђена могућност коришћења истих ванзаводских погодности, али не и нужно примена условног отпуста као најширег права – могућности за једно лице према коме се извршава казна затвора. Такође, треба сагледати и многе друге факторе који се процењују у упитнику како би се добили прецизнији подаци о варијаблама које су потенцијално значајне за третман, а последично и за примену одређених правних института.

### ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Andrews, Donald, James Bonta. 2010. *The Psychology of Criminal Conduct*. New York: Taylor & Francis.
- Bowman, Edvard L., Katherine Ely. 2017. Examining the predictors of parole release in rural jail population. *The Prison Journal* 97: 543–561.
- Caplan, Joel M. 2007. What factors affect parole – A review of empirical research. *Federal Probation* 71: 16–24.
- Clemmer, Donald. 2009. Prizonizacija. 516–519. *Teorije u kriminologiji*, ur. Đorđe Ignjatović. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Fitzgibbon, Diana Wendy. 2008. Fit for Purpose? OASys assessments and parole decisions. *Probation Journal* 55: 55–69.
- Gendreau, Paul, Tracy Little, Claire Goggin. 1996. A meta-analysis of predictors of adult offender recidivism: what works! *Criminology* 34: 575–608.
- Gobeil, Renee, Ralph C. Serin. 2010. Parole decision making. 251–258. *The Cambridge Handbook of Forensic Psychology*, eds. Jennifer M. Brown, Elizabeth A. Campbell. Cambridge University Press.
- Hannah-Moffat, Kelly. 1/2005. Criminogenic needs and the transformative risk subject. Hybridizations of risk/need in penalty. *Punishment and Society* 7: 29–51.
- Hauard, Džon. 2015. *Stanje u zatvorima*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Ignjatović, Đorđe. 2013. *Metodologija istraživanja kriminaliteta*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Игњатовић, Ђорђе. 1/2016. Условни отпуст – правна и пенолошка анализа. *Анали Правног факултета у Београду*, 31–66. (Ignjatović, Đorđe. 1/2016. Uslovni otpust – pravna i penološka analiza. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 31–66.)
- Илијић, Лјепосава. 1/2013. Savremene penološke tendencije – O konceptu procjene rizika i potreba. *Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja* 32: 167–176.
- Јованић, Горан. 2012. Стандардизација поступка условног отпуста као мера заштите од рецидива (докторска дисертација). Београд: Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију Универзитета у Београду. (Jovanić, Goran. 2012. Standardizacija postupka uslovnog otpusta kao mera zaštite od recidiva (doktorska disertacija) Beograd: Fakultet za specijalnu edukaciju i rehabilitaciju Univerziteta u Beogradu.)



- Jovanić, Goran, Vera Petrović. 1/2017. Uslovno otpuštanje u praksi Okružnog zatvora i nadležnih sudova. *Specijalna edukacija i rehabilitacija* 16: 95–122.
- Kinnevy, Susan C., Joel M. Caplan. 2008. *Findings from the APAI international survey of releasing authorities*. Philadelphia: Center for Research on Youth and Policy.
- Meredith, Tammy, John C. Speir, Sharon Johnson. 2007. Developing and implementing automated risk assessments in parole. *Justice Research and Policy* 9: 1–24.
- Министарство правде: Управа за извршење кривичних санкција. 2013. *Приручник за примену инструмента за процену ризика до и три године*. Београд: Министарство правде. (Ministarstvo pravde: Uprava za izvršenje krivičnih sankcija. 2013. *Priručnik za primenu instrumenta za procenu rizika do i tri godine*. Beograd: Ministarstvo pravde.)
- Министарство правде: Управа за извршење кривичних санкција. 2013. *Приручник за примену инструмента за процену ризика преко три године*. Београд: Министарство правде. (Ministarstvo pravde: Uprava za izvršenje krivičnih sankcija. 2013. *Priručnik za primenu instrumenta za procenu rizika preko tri godine*. Beograd: Ministarstvo pravde.)
- Mooney, Jessica L., M. Daffern. 2014. Elucidating the factors that influence parole decision-making and violent offenders' performance on parole. *Psychiatry, Psychology and Law* 21: 385–405.
- Pavlović, Zoran. 2013. *Seksualna zloupotreba dece: kriminološke i krivičnopravne perspektive*. Novi Sad: Pravni fakultet za privredu i pravosuđe Univerziteta Privredna akademija.
- Petković, Nikola, Zoran Pavlović. 1/2016. Neki problemi u primeni „Upitnika za procenu rizika za osuđene na kaznu zatvora do i tri године“. *Temida* 19: 161–180.
- Petrich, M. Damon. 2015. *Narrating Stories of Desistance: Pathways to and from Criminality in the Lives of Prolific Male Offenders*. Vancouver: Simon Fraser University.
- Petrović, Vera, Goran Jovanić. 2/2017. Dodela uslovnog otpusta i faktori rizika recidivizma. *Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja* 36: 45–59.
- Sampson, Robert, John Laub. 2009. Zločin i devijantnost na životnom putu. 453–459. *Teorije u kriminologiji*, ur. Đorđe Ignjatović. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Schlager, Melinda. 2013. *Rethinking the reentry paradigm: A blue print of action*. Durham, NC: Carolina Press.

- Simeunović Patić, Biljana. 2014. Savremeni konceptualni okviri i efektivnost tretmana prestupnika. 187–212. *Kaznena reakcija u Srbiji*, IV deo, ur. Đorđe Ignjatović. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Soković, Snežana. 1/2014. Uslovni otpust – sporna pitanja i savremena normativna rešenja. *Crimen* 5: 35–49.
- Soković, Snežana. 2016. Uslovni otpust – penološki aspekti. 387–400. *Krivične i prekršajne sankcije i mere: izricanje, izvršenje i uslovni otpust*, ur. Ivana Stevanović i Ana Batrićević. Beograd: Institut za kriminološka i sociološka istraživanja.
- Stevanović, Ivana, Janko Međedović, Boban Petrović, Nikola Vujičić. 2018. *Ekspertsko istraživanje i analiza povrata u Republici Srbiji*. Beograd: Institut za kriminološka i sociološka istraživanja i Misija OEBS u Srbiji.
- Stojanović, Zoran. 2016. *Krivično pravo – opšti deo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Sykes, Gresham. 2009. Muke zatvorenika. 520–527. *Teorije u kriminologiji*, ur. Đorđe Ignjatović. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Škulić, Milan. 2016. Uslovni otpust sa stanovišta krivičnog materijalnog i krivičnog procesnog prava. 363–386. *Krivične i prekršajne sankcije i mere: izricanje, izvršenje i uslovni otpust*, ur. Ivana Stevanović i Ana Batrićević. Beograd: Institut za kriminološka i sociološka istraživanja.
- Vujičić, Nikola, Zoran Stevanović, Ljeposava Ilijić. 2017. *Primena instituta uslovnog otpusta od strane sudova u Republici Srbiji*. Beograd: Institut za kriminološka i sociološka istraživanja.

Nikola Vujičić, LL.M.

Research Associate

Institute of Criminological and Sociological Research

Tijana Karić, MSc

Research Associate

Institute of Criminological and Sociological Research

## RISK ASSESSMENT AND ADVANCEMENT IN TREATMENT IN SREMSKA MITROVICA CORRECTIONAL FACILITY

### *Summary*

Risk assessment is one of the main areas of interest of experts dedicated to the analysis of offenders convicted to imprisonment. After theoretical assumptions, consideration of the Risk Assessment Questionnaire and relevant research in this area, we present results of an empirical study conducted in PCI Sremska Mitrovica, on a sample of 150 offenders released between 2016 and 2018. The basic hypotheses were: (1) most offenders are primarily classified into closed wards; (2) most offenders advance during the treatment into a more favorable category, and (3) those who have advanced are paroled. The hypotheses are analysed from the aspect of estimated risk based on Risk Assessment Questionnaire and being in a particular treatment group. These hypotheses have been confirmed.

Key words: *Risk Assessment Questionnaire. – Risk Assessment. – Treatment. – Parole. – PCI Sremska Mitrovica.*

Article history:

Received: 24. 1. 2020.

Accepted: 1. 3. 2020.

Boris Begović, PhD\*

JOHN MAYNARD KEYNES'  
*THE ECONOMIC CONSEQUENCES OF THE PEACE:*  
A CENTENNIAL REVIEW\*\*

“I fought that war to preserve justice in this world. As far as I understood,  
I wasn't taking part in a vendetta against the German race”.

Lord Darlington, *The Remains of the Day*, Ishiguro (1989, 67).

1. INTRODUCTION

It was November 1919 when John Maynard Keynes, perhaps one of the most celebrated economists of the 20<sup>th</sup> century, submitted the manuscript of his *The Economic Consequences of the Peace* to the publisher.<sup>1</sup> Not only did the book become an extraordinary publishing success, with an outstanding number of copies sold and numerous translations into other languages, but it had an enormous impact on both the general public and decision-makers; the impact that, especially in

---

\* Professor, University of Belgrade, Faculty of Law, [begovic@ius.bg.ac.rs](mailto:begovic@ius.bg.ac.rs).

\*\* I am grateful to Jonathan Boff, Benny Carlson, Peter Clark, Nikola Ilić, Marija Karanikić Mirić, Boško Mijatović, Bojan Milisavljević, Ana Odorović, Marko Paunović, Danica Popovic and Bojan Ristić for their helpful comments and suggestions. Naturally, none of them is to be held accountable for possible remaining errors and value judgments in this paper.

<sup>1</sup> The book was originally published by MacMillan and Co. Limited, London, 1920, in the first quarter of that year. It is the reprint published by Freeland Press in 2017 that is used for this review. All pages of the book in the review refer to the 2017 reprint.

the case of the former, has lasted to the present. Academics were not indifferent to it and because all of this, the book was a springboard for the author's ascent to the status of world-wide celebrity economist, perhaps the first in the history of the trade.

The book and its insights have been recurrently revisited in the past 100 years, like on the occasions of the economic and military ascent of Germany under the National Socialist regime, the end of the Second World War and reconstruction of Europe, and the recent eurozone sovereign debt crisis, for example. Doubtless, it has provided food for thought for decades, perhaps a full century.

The aim of this review is to, with centennial hindsight, analyse the book and its academic contribution. The review is not to evaluate the impact of the book on the general public opinion and in that way on the policies that were formulated, though that significant impact is to be acknowledged. Accordingly, the review deals only with the methodological issues of the book, with its features as an academic contribution, and with ten select, non-exclusive fallacies that the book has created. The character of the book is then evaluated and some possible explanations regarding that are suggested. The conclusion follows.

## 2. METHODOLOGICAL ISSUES

The author is very specific about the purpose of the book. It is “to show that the Carthaginian Peace is not *practically* right or possible” (Keynes, 1920, 14–15; italic in Original). Of course, the term “Carthaginian Peace” refers to the peace treaty with Germany (i.e. the Treaty of Versailles, hereafter the Treaty) and both its economic and, up to a point, political consequences. Keynes is even more specific in describing his approach, underlining that he is “mainly concerned in what follows, not with the justice of the Treaty, – neither with the demand for penal justice against the enemy, nor with the obligation of contractual justice on the victor – but with its wisdom and with its consequences” (Keynes, 1920, 26). The author's concern regarding the future occupies both his mind and the pages of his book to such an extent that the reader occasionally feels as if the war did not happen at all and that the Paris Peace Conference (hereafter the Conference) is or at least should be a gathering of old friends to discuss their common future. That feeling is reinforced as Keynes does not restrict himself to specifying the aim of the book, so he also offers his view about the task of the Conference itself: “to honor engagements and to satisfy justice; but not less to re-establish life and to heal wounds” (Keynes, 1920, 10).

The book is based on a very strong personal touch of the author who was, in his own words, “temporarily attached to the British Treasury during the war and was their official representative at the Paris Peace Conference up to 7 June 1919” and he “also set as deputy for the Chancellor of the Exchequer on the Supreme Economic Council” (Keynes, 1920, i). Accordingly, there is no doubt about Keynes’ active role at the Conference as a senior official, a person in a position to influence the outcome. Such a role usually produces at least two outcomes: one is an abundance of relevant information collected during many eventful days at the Conference and through access to various information hidden from the public; the other is a personal touch in writing about the Conference – which is not always the ally to the author.

The latter is evident. Perhaps it is mostly the personal touch that provides vivid sketches of the main characters: the crucial participants of the Conference. For example, Woodrow Wilson, the US president “was not a hero or a prophet; he was not even a philosopher; but a generously intentioned man, with many of weaknesses of other human beings, and lacking that dominating intellectual equipment which would have been necessary to cope with the subtle and dangerous spellbinders...” (Keynes, 1920, 16). Even worse for the US president “...this blind and deaf Don Quixote was entering a cavern where the swift and glittering blade was in the hands of the adversary” (Keynes, 1920, 17). Whoever the adversary was, perhaps the US president would not have been blind and deaf had he followed the authors’ advice.

The sketch of Clemenceau is not only very detailed, but at least ostensibly very gracious, since for Keynes, he is “by far the most eminent member of the Council of Four and he had taken the measure of his colleagues” (Keynes, 1920, 11). The author obviously likes the way Clemenceau talks, behaves and even dresses, but the problem with the French prime minister is not with him personally but with his aims as he believes “in the view of German psychology that the German understand nothing but intimidation... Therefore you must never negotiate with a German or conciliate him; you must dictate to him” (Keynes, 1920, 13).<sup>2</sup> Although the author provides no evidence for such Clemenceau’s beliefs, very early on in the book the reader is provided with a prime suspect for the Carthaginian Peace, brought on by the Conference.

There is no detailed sketch of UK Prime Minister Lloyd George,<sup>3</sup> but the author assesses him as a seasoned and skilful politician. He

---

<sup>2</sup> Annoyed with such an intrusion in the personalities of the Conference participants, Taussig (1920, 383–384) in his review of the book points out that “This degree of intimacy with the character of the actors is vouchsafed only to writers of fiction”.

<sup>3</sup> The reasons for Keynes’ decision not to include a sketch of Lloyd George in the book are provided in Harrod (1971). The sketch is not magnanimous to Lloyd George

possesses “swiftness, apprehension and agility” (Keynes, 1920, 17) and “his natural instincts are... right and reasonable” (Keynes, 1920, 53). All the problems stemming for the UK prime minister are due to his decision to call for general elections immediately after the Armistice, which Keynes considers “an act of political immorality” (Keynes, 1920, 52). In the election campaign Lloyd George promised substantial wealth transfer from Germany to the UK constituency and because of this harsh reparation terms were imposed on Germany in the Treaty. In short, the UK prime minister is a political opportunist whose immoral behaviour made him a secondary suspect for the Carthaginian Peace.

Although the book does not contain sketches of any members of the German delegation, there are extensive and affirmative quotations of the main address by the head of German delegation, Foreign Minister Ulrich von Brockdorff-Ranzau, emphasising the values of the German reply with the “justice and importance of much of its content” and a “truly broad treatment and high dignity of outlook” (Keynes, 1920, 26). Alas, these qualities were not relevant with the ardent determination of the two to make the Carthaginian Peace and the blindness and deafness of the US president preventing him from stopping them in their endeavour.

As in many other cases, the bold judgments and uncompromising insight of the author are not followed by any evidence or at least the evidence is not cross-checked. Many of the insights are nothing but assumptions treated as axioms, like those of the motives of the peoples and nations. For example, “it was the policy of France to set the clock back and to undo what, since 1870, the progress of Germany had accomplished. By loss of territory and other measures her population was to be curtailed; but chiefly the economic system, upon which she depended for her new strength, the vast fabric built upon iron, coal, and transport, must be destroyed” (Keynes, 1920, 14).<sup>4</sup> Furthermore, on a more personal level, “Clemenceau’s aim was to weaken and destroy Germany in every possible way,... he had no intention of leaving Germany in a position to practise a vast commercial activity” (Keynes, 1920, 58). Keynes provides no evidence supporting that insight. Contrary to this insight, it is far more logical, taking into account the situation in his country after winning the war, that Clemenceau’s aim was, in the short term, to facilitate

---

(“this half-human visitor to our age”), especially regarding his motives. Skidelsky (1983) provides the omitted part of the book on Lloyd George.

<sup>4</sup> Nonetheless, in the other section of the book, considering the issue of the Allies countries’ public expectations, Keynes himself contradicts this insight. “The more extravagant expectations as to Reparation receipts, by which Finance Ministers have deceived their publics, will be heard of no more when they have served their immediate purpose of postponing the hour of taxation and retrenchment” (Keynes, 1920, 36). So, according to this insight, it is about domestic public opinion, not about destroying Germany after all.

reconstruction of the French industrial (primarily mining) facilities and infrastructure, destroyed by the German armed forces, as well as to ensure that France will service its financial obligations to the creditors (mainly the US), and in the long term to obtain sustainable national security for France against Germany and its invasion. With centennial hindsight and with insight in an abundance of documents, historiography confirms this very logic (MacMillan, 2001; Tooze, 2014; Neiberg, 2017; and Sharp, 2018).

Not only is evidence not provided throughout the book, but there is patronising attitude towards the countries on the winning side. For example, Keynes specifies that “If the European Civil War is to end with France and Italy abusing their momentary victorious power to destroy Germany and Austria-Hungary now prostrate, they invite their own destruction also, being so deeply and inextricably intertwined with their victims by hidden psychic and economic bonds” (Keynes, 1920, 1–2). Not only that, according to the author, although uncorroborated by evidence, destruction is the aim of France and Italy, but the leaders of these two countries are not aware of their own destruction in due course, if they accomplish that aim.

In cases when evidence is provided in the book, it is not cross-checked. For example, Keynes points out that the official at the Conference “learnt from the lips of the financial representatives of Germany and Austria unanswerable evidence of the terrible exhaustion of their countries” (Keynes, 1920, 3). It is undisputable, nonetheless, that there were strong incentives for the financial representative of the two countries not to tell the truth, not to be unbiased and to overestimate the difficulties and exhaustion in their own countries, not only hoping, but actively trying to achieve that the peace terms regarding reparations are not so harsh for them. Nonetheless, the author takes these testimonies for granted and builds his case of that evidence, without any independent testimony. One way or the other the word *incentive* is hardly mentioned in the book. The economics of the time, obviously, did not understand properly the role of incentives, but that methodological drawback can lead to the wrong conclusions.

From time to time, Keynes claims that his own strong value judgments, whatever the ground for them is, are widely accepted, almost a conventional wisdom. “The judgment of the world has already recognized the transaction of the Saar as an act of spoliation and insincerity” (Keynes, 1920, 33). It is hardly probable that the world was very focused on the transaction of the Saar in spring of 1919 and it is very unlikely that France, no doubt a part of the world, shared that very value judgment.

Taking into account these methodological drawbacks, it is not surprising that the book produced a number of fallacies. With centennial



hindsight, this review addresses only ten of them. The analysis of some of these provides evidence on further methodological flaws of the book.

### 3. FALLACIES OF *THE ECONOMIC CONSEQUENCES OF THE PEACE*

#### 3.1. 1<sup>st</sup> Fallacy: The Treaty is Not Fair to Germany

Keynes first objection, that the Treaty is not fair to Germany, is based on the procedural grounds as the author takes into account the sequence of events that have led to the Treaty. After a military disaster on the Western Front and the collapse of the German Army, though not mentioned by the author, it was the German Government, based on the advice of the military leaders, which on 5 October requested the ending of the war, in a note to the US president, accepting the Fourteen Points. Following the exchange of notes, and after the final note of the US administration (signed by Secretary of State Robert Lansing, on the behalf of the president) on the behalf of all the main Allies on 5 November, stipulated that the peace terms will be based on the Fourteen Points (formally referred to as the speech of 8 January) with some additional provisions. One of them is that “compensation will be made by Germany for all damage done to the civilian population of the Allies and their property by the aggression of Germany by land, by sea and from the air”.<sup>5</sup> Based on that note, the German Government formally requested negotiations for an armistice on 7 November. On 11 November an armistice agreement was signed and became effective on the same day.

According to Keynes, the Treaty is essentially a breach of “the Contract between Germany and the Allies resulting from the exchange of documents” and the contract provisions are “plain and unequivocal” (Keynes, 1920, 24). The first problem with that insight is that there was no contact whatsoever between the governments and the only document that the German side signed is the Armistice agreement.<sup>6</sup> The exchange of notes cannot be considered a contract and no contractual obligations for the parties can be generated from such an exchange. Furthermore, many provisions of the Fourteen Points and subsequent speeches of the US president are nothing but principles. Even Keynes writes about “spirit, purpose and intention” (Keynes, 1920, 25) and these elements simply do

---

<sup>5</sup> The document is retrieved from: <https://history.state.gov/historicaldocuments/frus1918Supp01v01/d385> (last visited 10 January 2020).

<sup>6</sup> The Armistice Agreement is not very extensive on economic issues. There is only one general provision in the Agreement: “Reparation for the damage done” (Article XIX). It is quite impossible to demonstrate that such a general provision had been violated by any peace treaty based on the Agreement.

not constitute contractual obligations, so obligations of that kind cannot be violated. Finally, Keynes does not specify which of the Fourteen Points (some of them impose very specific obligations on Germany, like the one of the returning of Alsace-Lorraine to France) have been violated by the Treaty. The reason is obvious: none of them were.

Cornered with all the arguments against his thesis regarding breaching of the Contract, Keynes conveniently (for him) jumps on to other territory – the vague one of international morality. “The German commentators had little difficulty in showing that the draft Treaty constituted a breach of engagements and of international morality comparable with their own offence in the invasion of Belgium” (Keynes, 1920, 26). Leaving aside unbiasedness of the German commentators and invasion of Belgium as a comparison yardstick, it is now evident that even Keynes is not taking his notion of the contract violation seriously but moves to the elusive territory of “international morality” and its violation. The standard of proof in that territory is, how conveniently, very flexible.

This section of the book is, however, very informative. It is now evident that the German side was informed *ex ante*, i.e. before the armistice negotiations started, that compensation would be made by Germany for all the damage done to the civilian population and their property and that the German war was one of aggression.<sup>7</sup> Based on this information, among other things, the German side accepted the terms and started the armistice negotiations. As to the procedural fairness of the peace process, and the Treaty as its outcome, this section of the book, whatever the intention of the author may have been, demonstrates that the process was not unfair.<sup>8</sup> Whether the sides were satisfied with the outcome is an entirely different question.

---

<sup>7</sup> The concept of compensation of the damage to the civilian population and its property stipulated by Wilson’s speeches and the note, and employed by the Conference is quite distinctive to the concept of indemnity in which one side (a defeated one) covers all the war costs of the other, winning side. Germans enforced that very concept about eight months before the Armistice, in the Treaty of Brest-Litovsk with Russia. There was a long tradition of Germans adhering to this concept, as indemnities were paid by France after the Franco-Prussian War in 1871, as stipulated by the peace treaty imposed by Prussia/Germany. This tradition was shared by other nations.

<sup>8</sup> It is a bit puzzling that Keynes does not mention in the book a specific feature of the Conference that could be the ground for considering the peace process unfair: there were no negotiations with Germany, i.e. its representatives, over the terms of the Treaty. Instead, as Clark (2017, 290) points out “draft terms formulated in copious detail were presented to the Germans, in effect on a take-it-or-leave-it basis”. That was not the idea at the beginning of the Conference, at least not the idea of the British and American representatives, but it prevailed by March 1919. Sharp (2018, 38) provides the reasons why the crucial decision makers changed their opinion during the Conference, being aware of the fragility of their alliance. Whatever the reasons were, the take-it-or-leave-it approach of the Allies provided grounds for German’s public relations effort to proclaim that the Treaty is nothing but a *Diktat*.

### 3.2. 2<sup>nd</sup> Fallacy: The Great War Did Not Happen at All

Surprisingly, there is no chapter on the war in the book. Chapter II, “Europe Before the War”, is followed by Chapter III, “The Conference”, as if nothing happened between Europe before the Great War and the Conference. For a hypothetical *tabula rasa* reader of the book, the main question would have been what was the Conference about, because there is virtually no information in the book about it.

Here and there, though, there is some information, for example, that Germany invaded Belgium, although there is no information about the invasion of France, and that the British merchant fleet suffered some losses, though it is not mentioned that these losses were due to the unrestricted submarine warfare by the German Navy. Nonetheless, apart for this scattered intelligence, there is no general information about the war. Not only is there no information on the role of Germany in starting the Great War, or information that the war was not conducted on German territory, but also there is no information that it had virtually no effect on German industrial capacities, infrastructure and its merchant fleet.

What is particularly missing from the book are the insights about how the war damage to the civilian property on the occupied territories had been created. It was “Germany’s deliberate sabotage of mines, factories, orchards and other property in the 1918 retreat and even after the Armistice...” (Sharp, 2018, 37) that are not mentioned in the book. It was the deliberate flooding of coal mines in northern France, the source of its cooking coal, during the 1918 German retreat, that had a substantial impact, because it took a decade to restore normal production. Furthermore, “during the fighting, whole industries were removed to Germany from France and Belgium” (Marks, 2013, n. 52). After the Armistice, some of the property that could be moved easily, like rolling stock, agricultural equipment, seed and cattle, was deliberately moved to Germany after the Armistice and contravening the Agreement, as a segment of “economic warfare” even subsequent to the straightforward one (Marks, 2013, 643 and n. 52). Accordingly, the damage done to civilian property in Belgium and France was not damage that was the unintended consequence of warfare, i.e. legitimate military activities, restricted to the battlefield, but the result of deliberate, widespread and very well-organized actions by the German armed forces. In short, it was the intentional infliction of damage unrelated to the war effort.

Although unrestricted submarine warfare practice by the German Navy was not an unintended consequence of naval warfare, but its essential and unavoidable part, it was also a deliberate, widespread and very well-organized activity directed at the destruction of civilian property. None of these events and actions are even mentioned in the book. As the author is obsessed with the future, this could be an explanation for neglecting the

past, although in that case Chapter II “Europe before the War” should not have been included in the book. It would be highly speculative to consider the reasons for such inconsistency. One way or the other, according to the book the Great War did not happen at all.<sup>9</sup>

### 3.3. 3<sup>rd</sup> Fallacy: Death Sentence for Many Millions

In response to the draft Treaty that was delivered to the German Government, its Foreign Minister Ulrich von Brockdorff-Rantzau addressed the Conference with a three-hour response. Keynes extensively quotes this address with its final sentence: “Those who sign this Treaty will sign the death sentence of many millions of German men, women and children” (Keynes, 1920, 90), and finally subscribe to the view, as Keynes’ following sentence in the book is simply “I know of no adequate answer to these words” (Keynes, 1920, 91). In short, millions will die.

In hindsight, there is no evidence that a single German man, woman or child died as a consequence of the signing the Treaty.<sup>10</sup> But this insight is a bit trivial. What is much more important is what is missing in the book: Keynes does not comment on the features and results of the German approach to addressing the Conference. The author is, to use his own words describing the US president, blind and deaf in this case. For a side that would like to change the draft Treaty, this approach was far from effective. Three hours of the speech in legalistic German, described as pedantic, with the speaker sitting contrary to diplomatic protocol (Tampke, 2017, 139), and the content full of accusation of the Allied countries, their governments, i.e. the participants of the Conference that Brockdorff-Rantzau was addressing, did not go well with them. On his way out the US president commented: “Germans are really a stupid people. They always made the wrong thing... They don’t understand human nature. This is the most tactless speech I ever heard” (Tampke, 2017 139; Neiberg, 2017, 73). Lloyd George agreed: “it was deplorable to let him talk” (Tampke, 2017, 139) and confess to Clemenceau that “the speech at long last made him understand why French hate the Germans as much as they did” (Neiberg, 2017, 73).

So, there is no doubt that Brockdorff-Rantzau did a poor job of making Germany’s case at the Conference and convincing the representatives of the Allies to be more benevolent to his country in the

---

<sup>9</sup> Nonetheless, as demonstrated by Boff (2019), even focusing only to the ostensible consequences of the war, i.e. the aims accomplished by the war, the book played a major role in constructing the image in Great Britain of the Great War as “a mass slaughter of epic futility”.

<sup>10</sup> Mantoux (1944), also in hindsight, provides a list of Keynes’ predictions from the book that proved to be wrong, especially those regarding iron and steel output, and the output and productivity of the coalmines in Germany and Europe.

terms of the Treaty. Nonetheless, that does not necessarily mean that Germans are stupid, to use the words of the US president, but perhaps that the priorities of von Brockdorff-Rantzau and the German government were something else. The content of the speech, its structure (he made his own Fifteen Points, one more than Wilson) and the information that he leaked the speech to the press before the Conference counterparties have a chance to see it (Neiberg, 2017, 73), infer that this speech was nothing but a public relations exercise and that “was chiefly addressed to the German domestic audience” (Tampke, 2017, 139).

Such an orientation of the German Government delegation was rather rational in the time when it was inevitable that Parliament was about to take a vote on ratifying the Treaty that would be imposed on Germany, so it was the executive government’s legitimate policy to ensure that none of the members of the cabinet were labelled as traitors in the wholesale political accusations that could be expected. Accordingly, this specific government policy is not a problem. The problem is that the author of the book fully subscribed himself to such a policy, and the PR activities in its implementation. And that very subscription made his predictions, not only about the many millions of deaths, quite wrong.

#### 3.4. 4<sup>th</sup> Fallacy: The Role of German Fleet and Colonies

Keynes is appalled by a provisions of the Treaty that “Germany has ceded to the Allies all the vessels of her mercantile marine exceeding 1600 tons gross, half vessels between 1000 tons and 1600 tons,…” and “has ceded to the Allies all her rights and titles over her oversea possessions” (Keynes, 1920, 27). The reason for such attitude on the part of the author can found in his insight that “The German economic system as it existed before the war depended on” among other things “Overseas commerce as represented by her mercantile marine, her colonies... and the overseas connections of her merchants” (Keynes, 1920, 27).

The problem about this author’s insight is that he himself undermines it in the book. The statistics on the first and second largest customer as well as the first and the second largest source of supply includes only European, most of them neighbours, not overseas countries, let alone colonies (Keynes, 1920, 7). German investments were focused in Russia, Austria-Hungary, Bulgaria, Rumania and Turkey (Keynes, 1920, 7) – hardly overseas countries, and definitely not German colonies. A table on the regional structure of German foreign trade in 1913 (Keynes, 1920, 77) identifies the United Kingdom, Russia and the United States as the main foreign trade partners – although the US is an overseas trade partner; there is no foreign trade role of German colonies whatsoever.

Although the author himself undermines the case for economic relevance of Germany overseas trade and the economic role of German colonies, he believes that requisition of the vast segment of German merchant fleet would have adverse effects on German economy. “Germany will have to pay to foreigners for the carriage of her trade such charges as they may be able to exact, and will receive only such conveniences as it may suit them to give” (Keynes, 1920, 27). The reader is confounded by this sentence. It is not clear what the problem is: the sheer fact that foreign shipping companies will transport German export and import or the fare that the German exporters and importers will bear, or both. As to the first issue, merchant fleet is not a navy; it consists of companies that provide maritime transportation services on the international market on commercial grounds and it provide it to the foreign trading commercial companies, not to nations. Hence, it is irrelevant whether German export or import, arranged by the foreign trade companies, is transported by a German or, say, a US shipping company and which companies are paid for that service. As to the fares, there is a single equilibrium price on the international maritime shipping market, established by competition of the maritime shipping companies in that market, and there is a no evidence that there was any incentive for price discrimination against transportation of German merchandise, either its export or import.

The equilibrium price of international commercial shipping at the time was most likely higher than before the war, due to the lack of supply of the service, because of the capacity constraint created by unrestricted submarine warfare of the German Navy, and destruction of substantial shipping capacity of the merchant Allied fleet, especially Great Britain’s. Nonetheless, Keynes just does not mention these losses, nor that these losses were quite a justified rationale for the requisition of the German fleet in order to compensate for the damage done to civilian property – merchant ships,<sup>11</sup> let alone that in due course high equilibrium prices of maritime transportation provide incentives for shipbuilding and expanding the supply of this commercial service, bringing the prices down.

Finally, the quoted sentence reveals Keynes’ mercantilist attitude: Germany should have its own merchant fleet and only that fleet should be used for the maritime transportation of German exports and imports, i.e. it should not “pay foreigners” for that service, even if the foreign companies are more efficient and thus, due to competition, provide better commercial terms. The same attitude can be spotted in the case of the coal industry and Keynes’ attitude towards border rearrangements that would award Upper Silesia to Poland. “Economically it is intensely

---

<sup>11</sup> In another chapter Keynes specifies that the total losses of the British mercantile vessels numbered 2,479, with an aggregate of 7,759,090 tons gross (Keynes, 1920, 50). Keynes does not provide the comparable figures for the requisition of the German merchant fleet, so the reader cannot conclude which part of the British merchant fleet losses had been compensated by the requisition of the German merchant fleet.

German; the industries of Eastern Germany depend upon it for their coal; and its loss would be a destructive blow at the economic structure of the German State” (Keynes, 1920, 34). As if those coalmines did not have incentive to earn profit by exporting the coal to traditional customers in eastern Germany, supplying it with coal instead of searching for virtually non-existent new customers in their own nation state. Obviously, Keynes downplays or even neglects the virtues of free international trade, violating one of the Fourteen Points, and implicitly subscribing to autarchy as a preferred option, at least for Germany.<sup>12</sup>

In short, Keynes’ writings in the book about German colonies and its merchant fleet could be described, by borrowing the title “much ado about nothing”.

### 3.5. 5<sup>th</sup> Fallacy: The Damage Done and the Reparations

Keynes does not doubt the principle that “compensation will be made by Germany for all damage done to the civilian population of the Allies and to their property by the aggression of Germany by land, by sea, and from the air”, as there is a clear difference between the concept of compensation to the civilian population and indemnities for the general costs of the war. The devil is, as usual, in the details, with three specific interrelated questions. First, what constitutes the damage? Second, how should the damage be calculated? Third, what is the amount of damage?

As to the first question, physical damage to the civilian population property is beyond dispute. The implication is that the physical damage is limited to the direct actions of the German armed forces, i.e. the German Army in the occupied parts of Belgium and France, and the German Navy on the sea against Allies, mainly the British merchant fleet. Nonetheless, the expectations of the British constituency were higher, taking into account that France and Belgium would receive bigger amount of compensation due to the occupation of their territory. So, it was the UK prime minister’s idea that the compensation should include amount of the allowances granted during the war by the Allied Governments to the families of mobilised persons and the amount of the pensions and compensation in respect to the injury and death of combatants, payable by these governments. Keynes opposes the idea and rightly so. This is not compensation of civilians, but the compensation of governments. The author rightly points out that, by using the same logic, general costs of war are costs to the taxpayers, i.e. civilians, hence indemnities for the general costs of war should be treated as compensation of the civilians for the

---

<sup>12</sup> As demonstrated by Aly (2005) and Tooze (2006), escaping international trade and creating self-sufficient autarky – since Germany must control everything – was precisely the economic motive for the imperial expansion of Nazi Germany, especially in the East. Acquiring the *Lebensraum* is exactly that – gaining resources and organising their exploitation, including the slave labour, under own terms.

damage (increased taxes) done to them because of the war. Nonetheless, the political economy argument won, and these compensations were, at least in principle, included in the reparations.

The second question is how the damage should be calculated. Keynes is annoyed with the various high figures circulated by the representatives of the Allies and he boldly steps forward with his own estimate, done in a vague way that is incomprehensible to the reader, ostensibly based on the pre-war census data of the national wealth of Belgium and France.<sup>13</sup> His back-on-the-envelope calculation of the physical damage ends up with US\$ 10.6 billion, rounding it down to 10 billion, concluding that “it would have been a wise and just act to have asked the German Government at the Peace Negotiations to agree to a sum of \$10,000,000,000 in final settlement, without further examination of particular” (Keynes, 1920, 51). Nonetheless, as to the figure, the proper way to calculate the damage is to calculate the replacement costs of the civilian property. That procedure takes time to complete and the result definitely could not have been delivered during the Conference. It is very likely that this very method was used by the US Army Corps of Engineers, which finished its report in 1921, estimating the total damage to the Allies, excluding Czechoslovakia, Russia and Poland, at US\$ 40 billion (Brunett, 1965, 46), four times more than the Keynes’ own estimate.

The German counter-proposal, made during the Conference, before any figure was stipulated by the Allies, at US\$ 25 billion is embarrassing for Keynes, as it is two and a half times larger than his own calculation, so he downplays the proposal, evaluating the proposal as “somewhat obscure, and also rather disingenuous” (Keynes, 1920, 86). Furthermore, Keynes is patronising towards German delegation, specifying that “... [they] would have done better if they had stated in less equivocal language how far they felt able to go” (Keynes, 1920, 87). But Keynes substantially downplays the German counter-proposal with figures. First, the author subtracts US\$ 10 Billion from the amount Germany offered ostensibly on various credits (four kinds of them) in their counter-proposal. Keynes just specifies that US\$ 10 billion figure is a rough estimate of all the credits, although he provides no clue to how he came to that figure. One way or the other, this reduces the amount to US\$ 15 billion. Then, according to Keynes, one should “halve the remainder in order to obtain the present value of a deferred payment on which interest is not chargeable. This reduces the offer to \$7,500,000,000” (Keynes, 1920, 87).<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> The only transparent Keynes’ calculation is the compensation for the sunk British merchant fleet vessels, calculated at the US\$ 200 per gross ton (Keynes, 1920, 50).

<sup>14</sup> Unfortunately, Keynes does not provide the elements for his calculation of the present value: time frame and discount factor, so that it may be repeated based on other nominal values.



Ostensibly, this makes the German offer (US\$ 7.5 billion) for reparations smaller than Keynes' recommendation (US\$ 10 billion) and the embarrassment will hopefully disappear. The only problem is that the comparison of these two figures is not methodologically correct, since Keynes compares nominal, i.e. face value, of his recommendation with the present value of the German offer. Accordingly, Keynes' recommendation should be expressed in terms of its present value. The author breaks down his recommendation into the following elements: (1) Further credit of US\$ 2.5 billion on various grounds, leaving its nominal value to US\$ 7.5 billion. (2) The remaining balance "should not carry interest pending its repayment, and should be paid by Germany in thirty annual instalments, beginning in 1923" (Keynes, 1920, 102). With a discount factor of 3% (quite reasonable for the time), the present value of the figure of the reparations Keynes recommended is US\$ 3 billion. With a methodologically correct comparison, i.e. comparison of the present values, the German offer to the Conference was 2.5 times greater than Keynes' recommendation for reparations.

At the end of the day, the Conference did not specify any figure or formula for German obligations but left the task to the Reparations Commission. The amount that was set for paying by the Reparations Commission in London in May 1921 was effectively US\$ 12.5 billion,<sup>15</sup> slightly more than what was Keynes' recommendation in the book and much less than US\$ 40 billion, the amount that, according to his "rough estimate, the Treaty demands of her [Germany]" (Keynes, 1920, 87).

As to the reparations, the crucial conceptual question is: was it better to have a round and finite figure however it may have been calculated, or to have the decision on the number that is flexible, that would in due course take into account Germany's changing capacity to pay. Keynes insists that the Conference should have set a defined figure of the reparations and should not have left it to the Reparations Commission. Insight from the modern theory of economic regulation suggests that the finite figure is better as it creates an incentive for efficiency, as the surplus above that figure is left to the regulated entity. The problem with that approach is that such a figure can be set too high, above the damage done and the other party's capacity to pay, or too low, below both values. The probability of both errors increases if the job is done hastily, during

---

<sup>15</sup> This was the total amount of A and B bonds (with thirty years maturity) issued by Germany to the Reparation Commission. Nominally, the amount of the reparation was US\$ 33 billion and that included C bond. It was obvious that these bonds would never been issued and that the total figure of the German reparation was set only for calming down domestic constituency in the UK and France. According to Feldman (1995), information that the C bonds would not be issued was communicated to Germany through diplomatic channels. Germany's annual obligation was set at US\$ 500 million plus 26% value of its export. Marks (1969) considers this outcome as tremendous victory for Germany.

the Conference and under pressures from the constituencies of the Allied countries.

It is reasonable to conclude, following Marks (1969) and Ritschl (2012), that the decision to postpone setting the figure to 1921 made the reparation figure smaller than it would have been had it been set during the Conference, since the passions and expectations of the Allies public opinion moderated.<sup>16</sup> Furthermore, skilful presentation of the Reparations Commission decision in terms of public relations made constituency of the Allied countries happy with the nominal figure that looked like substantial – it was far above Germany’s actual burden. There was no room for such a compromise at the Conference.

The Reparations Commission established that the annual burden of Germany should have two tiers: one fixed and the other variable, specified as a percentage of its export. On one hand this does not violate Keynes’ idea of a definite figure for reparations, and on the other it takes into account German capacity to pay, measured by its export. Not only that the notion of capacity to pay is taken into account, but such a scheme takes into account that this capacity is variable in time.

It is now the very concept of capacity to pay – the central topic of the book – that should be thoroughly explored.

### 3.6. 6<sup>th</sup> Fallacy: Germany’s Capacity to Pay

Perhaps the most famous or rather infamous argument associated with Keynes’ book is the one about Germany’s capacity to pay the reparations. In a nutshell: Keynes’ position is that German capacity to pay reparations was limited to US\$ 10 billion, by strange coincidence, exactly the same figure that Keynes presents a few pages earlier as the amount of damage done by Germany, and far below what Keynes expects that the total amount of German obligations would be (US\$ 40 billion). That very coincidence, and the round and definite figure, and the lack of any methodological explanation how the calculation was done, undermines the credibility of both figures and the methodology by which Germany’s capacity to pay was estimated.

The first methodological problem of the book is that the concept of capacity to pay employed by Keynes in completely static, based only on the foreign trade balances recorded in that last pre-war year, adjusted only for Germany’s (estimated) territorial losses. Effectively, according to Keynes, a country’s capacity to pay does not change in time, economic agents and government do not respond to incentives, for example those

---

<sup>16</sup> As Marks (1969, 357) put it “The preference for leaving the sum unsettled stemmed not only from political difficulties but also from the hope that, as wartime passions abated, a more moderate settlement would be possible”.

created by the reparations, or to external shocks. With such an attitude, it was inevitable to conclude that Germany's capacity to pay was constant and rather low.<sup>17</sup>

The second methodological problem of Keynes' analysis is that there is no time frame for paying the reparations, i.e. capacity to pay is not considered over time. The same amount of the obligation spread over say 20 or 40 years is something completely different as the capacity to pay is ultimately linked to the GDP of the country and its share of the annual instalment, i.e. the outflow to the GDP that matters. After all, capacity to pay is nothing but the share of the GDP that can be extracted from a country without a detrimental effect on its day-to-day economic life and economic growth. In addition to that, the longer the time frame, the more time there is for economic agents and the economy as a whole to adjust to the new conditions, to grow and to increase their capacity to pay.

Neglecting the link between Germany's capacity to pay and its GDP/GNP is the third methodological weakness, as Keynes considers the capacity to pay only as the foreign trade surplus, as the reparations payment "can only be made by Germany over a series of years by diminishing her imports and increasing her exports, thus enlarging the balance in her favour which is available for effecting payments abroad" (Keynes, 1920, 72). Based on this insight, Keynes wrongly assesses Germany's pre-war trade balance as the only ground for evaluating its capacity to pay, entirely neglecting the relationship between reparatory obligations and the GDP.<sup>18</sup> Furthermore, Keynes neglects that the reparations are paid (by the government) inevitably from the budgetary surplus, and such a surplus must be achieved for the reparations to be paid.<sup>19</sup> In hindsight, it is clear from the sequence of events following the Treaty that Germany's

---

<sup>17</sup> Even an episode unrelated to the German economy demonstrates that even static (asset based) capacity to pay is not constant, as the destructive capacity of the German military elite should not be underestimated. The capacity to pay is diminished by scuttling the ships of the captured German Navy, which the German counterproposal identified as assets that would be counted as reparation to the Allies, due to a decision of Admiral von Reuter's decision to scuttle, a few days before signing the Treaty, the whole German squadron interned at Scapa Flow. Keynes does not mention this event in his book.

<sup>18</sup> Ritschl (2012) calculated the ratio of public debt in 1921 to the GNP for France, Great Britain and Germany (including reparations), demonstrating that the German ratio (147%) was only slightly higher than the British (144%) and French (135%). Furthermore, if this, international economics approach is accepted, it is not trade balance that should be considered, but the payment balance, both the current and the capital, since it is the flow of finances (money) that is relevant, not the flow of goods.

<sup>19</sup> For this consideration, it is irrelevant how the budgetary surplus is achieved. For example, it can be achieved by decreasing domestic consumption, both private (by increased taxation, decreasing the level of available income) or public. Alternatively, it can be achieved by borrowing either domestically or internationally, for example by

frequent defaults on reparations were due to a budgetary deficit (Tooze, 2016), and that the deficit was primarily due to the low taxes (McMillan, 2001).<sup>20</sup>

Ten years later, and following the Dawes Plan, the author accepts (Keynes, 1929) that there is not one but two separate problems, a budgetary and a transfer problem, and that budgetary surplus is a necessary condition for paying reparations. Then Keynes focuses to the transfer problem, i.e. the way that the budgetary surplus is transferred to the other countries, neglecting that Germany in the 1920s had recorded a surplus on the balance of payment, as the total inflow from abroad, mainly due to the US loans, had been greater than the outflow. Keynes specifies that decreasing German real wages is inevitable for increasing export, generating the trade balance surplus and solving the transfer problem. Nonetheless, as demonstrated by Ohlin (1929), the problem is not on the supply, but on the demand side, as surplus on the balance of payment increased the German demand for domestically produced goods (consequently decreasing German export) and increased the German demand for imported goods (increasing German import and undermining the foreign trade balance surplus or generating its deficit). Accordingly, the surplus on the payment balance (including reparations as the outflow) creates the transfer problem.<sup>21</sup> The political consequence of elimination of the balance of payment surplus would be the decrease in the purchasing power of German consumers and their living standard.

The problem with Keynes' concept of Germany's capacity to pay was recorded immediately after the publication of the book. Day (1920, 305) points out: "The question of what the Germans 'can' pay involves social and political factors which are going to have immensely more influence on the sum that Germany actually does pay than are economic theories or antiquated economic facts". Hence, the alternative concept of Germany's capacity to pay could be a political economy one, basically a concept of willingness to pay. As demonstrated by Sharp (2018, 40), there are three basic disagreements between the Allies and Germany at the Conference and after the signing the Treaty: "that its [Germany's] pre-

---

emission of bonds. Hence, the broad concept of budgetary surplus is used in this paper, irrespectively of the political consequences of how the surplus is achieved.

<sup>20</sup> MacMillan (2001, 196) provides a political explanation of the low taxes in post-war German, inherited from the war period, as the war effort was funded by bonds based on domestic borrowing from the population, with the idea that indemnities paid by defeated countries will provided cash flow for paying back the war loans. The terms of the Treaty of Brest-Litovsk and the Treaty of Bucharest support this explanation.

<sup>21</sup> Carlson and Jonung (2019) provides a thorough and detailed review of the debate between Keynes and Ohlin in the transfer problem, as well as the opinion of Swedish economists of Keynes and his contributions, and not only the one discussed in this paper. Coming back to the transfer problem debate, according to the economists they refer to, there is no doubt that Ohlin won the argument.

war behaviour was the main cause of the war; that it has fought the war using foul means; and that the military outcome was a decisive defeat". For the German political elite and constituency, none of these statements were true and they both saw no reason to pay the reparation because, according to them, Germany did not start the war, did not lose it and fought it in a legitimate way. Accordingly, Germany's political economy capacity to pay was very low, if not zero, because this, according to German public opinion, was something unjustly imposed to Germany.<sup>22</sup> The consistent efforts of various German governments to act according to the preferences of the constituency and to sort out the reparation issue during 1920s indirectly confirmed this conjecture.

The insight that Germany's willingness to pay is much more important than its capacity to pay is nothing new. The recent contribution to the reparation debate (Ritschl, 2012) frames the issue within the modern theory of sovereign debt theory (Eaton, Gersovitz and Stiglitz, 1986) based on insight of incomplete contract, i.e. imperfect and costly mechanism for creditors to extract payment of contract obligations. The conclusion is that these mechanisms were rather feeble and agree with Manutoux (1944), and his insight that German reparation defaults basically were due to lack of willingness to pay on the part of the Germans and lack of determination to enforce the payment on the part of the Allies, due to the substantial costs of that enforcement, as demonstrated in the occupation of Ruhr, induced by Germany's default on reparation obligations.<sup>23</sup>

In short, in hindsight, it is evident that Germany was not missing capacity but rather the willingness to pay the reparations.

### 3.7. 7<sup>th</sup> Fallacy: All-out debt relief and investment fund as a panacea

In addition to his counter-proposal regarding German reparations, already discussed in the Section 3.5, Keynes proposes two additional

---

<sup>22</sup> This is also the position of Marks (2013) who claims that in 1921, when the reparation burden was specified, Germany could not pay it, as it was politically and psychological impossible, because of the intense public emotions. These emotions were created by the German political and military elite. One of the mechanisms used to achieve this was that Article 231 of the Treaty stipulates that the Germany accepts responsibility for the losses and damages to property "by the aggression of Germany", which German elite interpreted as "the war guilt article", i.e. as Germany accepting responsibility for the outbreak of the Great War. Nonetheless, Article 232 specifies that it is "by the aggression of Germany by land, by sea and from the air", the same formulation that was used in Lansing's note. The word aggression in these articles obviously refers to the character of German military operations, i.e. to the property on the territory of the Allies and ships under Allies' flags, not to the responsibility for the outbreak of the war.

<sup>23</sup> Ritschl (2012) goes far beyond this insight and constructs different periods regarding Germany's incentives to service the reparation obligations during 1920s and early 1930s, with the implementation of various financial schemes (the Daws Plan, the Young Plan, etc.) up to Hoover Moratorium on debt/reparations in 1931.

international financial schemes for post-war Europe, both deeply affected the United States.

The first proposal is “for the entire cancellation of Inter-Ally indebtedness (that is to say, indebtedness between the Governments of the Allied and Associated countries) incurred for the purpose of war” (Keynes, 1920, 106). Keynes believes that this proposal “to be absolutely essential to the future prosperity of the world” (Keynes, 1920, 106), although he does not provide any evidence to support this bold declaration.

Undoubtedly, the level of Inter-Ally war-generated public debt is significant, about US\$ 20 billion, according to Keynes, about double of what he thinks is the war damage done by Germany.<sup>24</sup> The United States is only a lender (US\$ 10 billion); the United Kingdom is a net lender (US\$ 4.5 billion), but a debtor to the United States; France is net debtor (US\$ 3.5 billion); and the biggest net debtor is Italy (US\$ 4 billion). Although Keynes does not mention this explicitly, it is evident that reparations paid by Germany are crucial to France and, to some extent Italy, to service their debt obligations to the United States. Hence, the reader is tempted to infer that if there is a cancellation of that kind, then both the pressure for Germany to pay the reparations would be reduced.

Keynes has no dilemma that in this field, America is a key player. “It is from the United States, therefore, that the proposal asks generosity” (Keynes, 1920, 107). But what is that the US administration will gain from it? Keynes points out that “A debtor nation does not love its creditor” (Keynes, 1920, 109), more a declaration of a poet than an economist, but perhaps the US administration, at the time of rising isolationism in the country, considered preserving these financial assets abroad as a reasonable leverage for at least some influence in European affairs. What would be the cost for the US government for such a move? Keynes does not provide the answer to this question, but it is easy to grasp. Because most of these loans were based on Liberty Bonds purchased by US households, the US Government would have to compensate them and that would mean more taxation of its own constituency, now or in due course – Riccardinan equivalence stands. Hence, only costs, with no political benefit whatsoever. It was not strange that Keynes’ proposal was turned down by the Americans.

At the end of his plea for debt cancelling Keynes points out: “The existence of the great war debts is a menace to financial stability

---

<sup>24</sup> The figure specified in the book is not accurate because Soviet Russia, which is only a debtor, proclaimed sovereign default on 4 February 1918 (ten months before the manuscript of the book went to press) with repudiating all the obligations of Imperial Russia, meaning all of Russia’s sovereign debt. Keynes does not mention that default or intention of the Soviet Government in the area of international finance. Accordingly, the total amount of the debt should be reduced by roughly US\$ 3.8 billion. Malik (2019) provides substantial details and a thorough analysis of the sovereign default of Soviet Russia in 1918, that includes all international and domestic obligations of the Government.

everywhere. There is no European country in which repudiation may not soon become an important political issue” (Keynes, 1920, 109). In hindsight, it is evident that Keynes’ prediction was wrong. Again.

The other Keynes proposal is an international loan of US\$ 1 billion: a working capital loan for European countries, because “It will be very difficult for European producers to get started again without a temporary measure of external assistance” (Keynes, 1920, 111). Keynes supports the idea of what should be “an international loan in some shape or form” (Keynes, 1920, 111) and he “does not propose to enter on details” (Keynes, 1920, 112), but he is positive about two things. First that the lender should be the US Treasury and that this is a working capital loan, i.e. not a reconstruction loan. In short, and between the lines, since French and Belgium industrial capacities, as well as the UK merchant fleet, will be reconstructed by the German reparations, by earmarking the loan as working capital, Keynes effectively send the signal that there is no need for reconstruction of German industrial capacities and German economy altogether. For an obvious reason: there was no destruction whatsoever.

As to the feasibility of the loan, Keynes had no second thoughts about it. “In short, America would have postponed her own capital developments and raised her own cost of living in order that Europe might continue for another year or two the practices, the policy, and the men of the past nine months” (Keynes, 1920, 111). Then, Keynes is even more explicit: “If I had influence at the United States Treasury, I would not lend a penny to a single one of the present Governments of Europe” (Keynes, 1920, 112). Hence, the author himself spotlights the infeasibility of his own proposal. Being aware of it,<sup>25</sup> Keynes proposes a long-run solution. “A great change is necessary in public opinion before the proposals of this chapter can enter the region of practical politics, and we must await the progress of events as patiently as we can” (Keynes, 1920, 113). Nonetheless, the issue is that the solution for the short-term problem, if it occurs at all, is inevitably long-term, due to a timeframe of the change of public opinion. The lack of working capital cannot wait for years to be solved. It will be solved one way or the other, by adjustments of economic agents; it could be inferior (with lower level of output), but it will be solved. Hence, the grand scheme that Keynes proposed several years, which enables the public opinion to change, would just be useless.

### 3.8. 8<sup>th</sup> Fallacy: Soviet Russia is Neglected

Russia was not represented at the Conference, there is no question about that. Among other good reasons why it was not invited, the most

---

<sup>25</sup> In hindsight and with Paris bridges 1968 graffiti flavour, this kind of proposal appears to be consistent with the notion of “Be realistic, demand the impossible!”, the guideline attributed to Ernesto Che Guevara.

important one was a dilemma whom to invite: the Soviet Government or the White rebels fighting against it. Within that framework, Keynes is not necessarily concerned with the long-run prospects for Russia, but for short-run consequences of economic prosperity of the two countries: Germany and Russia, ostensibly for some of their neighbours.<sup>26</sup>

For Keynes the biggest and perhaps the only problem is how to obtain the export of Russian wheat for the European market in 1920. He had some clues that there were some problems with agricultural production in Russia. Keynes stuck to euphemisms, both for the description of the problem: “The present productivity of the Russian peasant is not believed to be sufficient to yield an exportable surplus on the pre-war scale”. (Keynes, 1920, 115), as well as the explanation of its causality: “The reasons for this are obviously many, but among them are... absence of incentives to production caused by the lack of commodities in the towns which the peasants can purchase in exchange for their produce” (Keynes, 1920, 115). This is Keynes’ contribution about something that historiography recorded as the massive famine in the Russian Civil War, due to the substantial drop of the agricultural output. This happened because peasants were killed and/or drafted by the both sides; crops and farms were looted and burned, transportation lines and distribution centres were destroyed, privately property rights massively violated, to use contemporary language, in the conditions where new (international) wars had been either going on or could be expected soon near the western borders of the new Russia, irrespective of whether it would be Soviet or not. In such conditions, peasants had only one incentive: to save their own lives and the lives of their families. It is the hindsight of historiography that provides all these details, but it is documented (MacMillan, 2001; Tooze, 2014, Sharp, 2018) that substantial information about developments in Russia, including the agriculture, reached Paris in the spring of 1919 and the Conference, as their participants discussed them and exchanged views about the future of Russia and what the position the Conference should take on it.

Nonetheless, Keynes even at the end of 1919 (when the manuscript of the book had been submitted to the publisher), subscribed to the view that the main reason for the lack of exportable surplus of Russian agricultural products is the lack of commodities in towns that peasants can purchase. His recommendation was straightforward and for the already experienced reader (the Russian issue is mentioned in the last chapter of the book) hardly surprising: “Germany... has the experience, the incentive, and to a large extent the materials for furnishing the Russian peasant with the goods of which he has been starved for the past five

---

<sup>26</sup> Keynes description of some of them is sarcastic beyond good taste even at that time. “Yet, unless her great neighbors are prosperous and orderly, Poland is an economic impossibility with no industry but Jew-baiting” (Keynes, 1920, 114).



years” (Keynes, 1920, 115). It is as if there is no problem with working capital (the reason for the recommended international loan), no problems regarding the civil war in Russia and its consequences, etc. A sarcastic reader might comment that perhaps the Brest-Litovsk Treaty should be resurrected to provide the institutional background for the suggested arrangement.

Irrespective of to what extent Keynes’ recommendation is plausible, it is evident that he was completely focused on the short-run issues, and only one of them: supplying grain to the European market for 1920/1921. He was not concerned with the long-run future of Russia, political or economic, the future of the Revolution and Bolshevism, its impact to Central and Eastern Europe. In that way, his position is completely consistent with his credo “In the long run we are all dead”.<sup>27</sup>

### 3.9. 9<sup>th</sup> Fallacy: The Treaty and the Rise of National Socialism

Considering the rise of National Socialism in Germany, and the outbreak of the Second World War as an almost inevitable consequence of the Treaty, is definitely not a fallacy of the book, but the widespread fallacy that the book had contributed to. There is only a vague guess in the book about the possible political consequences of this sort.<sup>28</sup> It is in reading the book in hindsight that a causality chain can be established. The harsh economic terms of the Treaty, i.e. outflows due to reparations well beyond Germany’s capacity to pay, destabilised Germany economically, undermined its economic potentials, that denied post-war Germany economic growth, so it plunged into wholesale recession, which impoverished substantial segments of society and these segments became the power base for the advent of the National Socialist Party and Adolf Hitler himself. Marks (2013) provides an extensive list of historians who have subscribed to this view (though not necessarily to every detail of the causality chain), and Sharp (2018) provides such a list of diplomats, including George Kennan, Henry Kissinger and Douglas Hurd, as well as *The Economist* which in the millennial special specified that “The final crime was the treaty of Versailles, whose harsh terms would ensure a second world war”.

Obviously, the impact of Keynes’ book on this school of thought cannot be underestimated. But the crucial question is whether there is any evidence to support the mentioned causality chain. As to economic

---

<sup>27</sup> It was von Mises (2005, 130) who responded to this motto saying “nearly all of us outlive the short run and... spend decades paying for the easy money orgy of a few years”.

<sup>28</sup> “You cannot restore Central Europe to 1870 without setting up such strains in the European structure and letting loose such human and spiritual forces as, pushing beyond frontiers and races, will overwhelm not only you and your ‘guarantees’, but your institutions, and the existing order of your Society” (Keynes, 1920, 15).

growth, in hindsight, there is no evidence to support it, because the average annual growth rate of the Germany economy in a decade that followed the Treaty was 5.8% – quite a high growth rate.<sup>29</sup> Obviously, the reparation burden was not a significant constraint to the dynamics of the German economy. This insight is supported by the data on the outflows due to the reparations expressed as the share of the GDP. In only two years (1921 and 1922) it was more than 5%, and the average for the period was 3.4% of the GDP.<sup>30</sup>

This clearly demonstrates that the reparations obligations were well within the German capacity to pay, that the capacity was not a static concept and the only proper way to express it was as the share of the GDP. The other important point was that it was not the total amount of the burden that mattered; what mattered was the outflows to service that burden compared to the GDP and the prospects for financing that outflow by borrowing funds. What actually happened in the 1920s was that Germany, with the conclusion of the Dawes Plan, started to borrow from the Wall Street, i.e. United States private financial institutions, and that the inflow of funds was greater than the total outflow, reparations included. Hence, in the decade after the Treaty and before the advent of the Great Depression to Germany (it was effectively in 1931), the country recorded substantial economic growth. Had the Treaty's economic terms been really harsh, there would have been no economic growth in Germany in the first decade after the Treaty. Nonetheless, the growth was substantial.

The other important fact was the election results of the Germany far-right political parties and their representatives. The National Socialist party candidate for the president, a war hero, at least for Germans, recorded only 1.1% of the votes in the 1926 presidential elections, and the National Socialist Party, whatever name it used, was not able to get more than 5% of votes on the parliamentary elections before the 1930s. The political success of the party came only after the full-blown Great Depression in 1931. Had the Treaty's economic terms been really harsh, there would have been mass impoverishment and emergence of the winning far-right in Germany in the first decade following the Treaty. Nonetheless, there was no political success of the far-right in Germany at that time.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> Based on data from Tooze (2014, 369) who compiled data from Schuker (1988) and cross-checked it with Bresciani-Turroni (1937) and Webb (1989). The data is on the national income, which was at the time the equivalent measure of the GDP. The annual average growth rate included the negative growth rate of -14.3% for the year 1923 – a hyperinflation year. According to Ritschl (2012, 5), after hyperinflation, Germany experienced its own version of the Roaring Twenties.

<sup>30</sup> Tooze (2014, 369). Reparation outflows are specified as reparation items in the German balance of payment and this outflow included cash transfers, payments in kind and all other charges.

<sup>31</sup> This is not to deny that the Treaty produced substantial grievance of Germany's constituency, not only because of the reparations, but also because of the loss of colonies

### 3.10. 10<sup>th</sup> Fallacy: The Relevance of the Book for Modern Sovereign Debt Crises

Naturally, this is not the fallacy of the book itself, but the fallacy created by the admirers of Keynes and the book. The wisdom of Keynes from the book is praised even today and is seen as missing in the consideration of the modern sovereign debt crisis and other economic and social evils of the time. Moore (2012) even titles his contribution, a review of the book, as “Keynes’ wisdom is perfect for the eurozone”, though from the text it is not clear what is the specific wisdom of the book that the author has in mind and why it is perfect for the eurozone. Pettifor (2019, 492), who thinks that the book is “a bold, eloquent work unafraid of the long view”, even considers that the “Golden Age” period, during the several decades after the Second World War, was due to economic policies Keynes recommended in the book. Carabelli and Cedrini (2014) focus to Keynes’ suggestion regarding the magnanimity related to debt forgiveness as a possible precondition for building trust for cooperation, overcoming antagonisms between the actors with the eye on the Europe’s sovereign debt crisis in the 21<sup>st</sup> century.

It is a bit surprising that a hundred years of development of economics is simply neglected and Keynes’ insights from the book are used for policies that should tackle modern issues. Development in the field of sovereign default theory and methodological development in the debt sustainability analysis have been substantial since the early 1920s, as well as development of financial markets and instruments used on these markets. The debate on the sustainability of Greece’s sovereign debt clearly demonstrated that modern methods of economic analysis provide a rather clear answer to the question. Why these answers were neglected by policy decision makers is provided by modern political economy.<sup>32</sup> There is hardly a need for Keynes’ topical insights, provided 100 years ago, for proper consideration of contemporary sovereign debt crises.<sup>33</sup>

This concludes a non-exclusive list of fallacies of Keynes’ book.

---

and territory (about 13% of its pre-war area), take-it-or-leave-it approach of the Allies, and general treatment of Germany as a country that lost a war. These sentiments, fuelled by effective public relations strategy of German political elite, sustained in the whole interwar period. It was in the aftermath of the Great Depression that these sentiments paved the way for the German far-right to win the power, but it is indisputable that the Treaty did not produce the Great Depression. Hence, acknowledging the grievance of Germany’s constituency does not provide any evidence for the economic hardship due to the Treaty – advent of National Socialism causality link.

<sup>32</sup> Alesina, Favero and Giavazzi (2019) provide a comprehensive review of the debate and the results of the Greek sovereign debt crisis and its impact to eurozone stability.

<sup>33</sup> Annas, Pienkowski and Rogoff (2020) provide a thorough insight of modern sovereign debt theory and best practices, demonstrating how advanced this discipline

#### 4. POSSIBLE SOURCES OF THE FALLACIES

What is the source for these and other fallacies of the Keynes book? The straightforward answer is the character of the book. It was noticed in a very early review of the book that “It is written by an economist on an economic subject, but it is not, and cannot have been designed to be, a contribution to economic literature. It is a political tract. ...it is meant to rouse public interest and to force political action, and to reach that end it follows methods which are far removed from those of the strict scientist”. (Day, 1920, 301).

In modern language, Keynes’ book is an advocacy piece, not a well-balanced academic contribution. And it was a very powerful advocacy piece, as “It was the power of its political polemic rather than the cogency of its economic analysis that generated its reputation” (Clark, 263). The book was aimed at and was very successful in swinging public opinion, primarily in Britain, against the Treaty and for a lenient reparation policy towards Germany. There was no need to swing German public opinion, and the French was unlikely to change. The effects of that swing have endured for many years as well as the reputation of the book. As Marks (1969, 364) points out “It is probably impossible to exaggerate the influence of *The Economic Consequences of the Peace*. A whole generation of the intelligentsia, especially in the English-speaking world, came to believe that the reparations burden under the Versailles Treaty was both vicious and unpayable”. It is precisely because the book is an advocacy contribution that the fallacies were very likely created.

The durability of the effects of the book on the public opinion is a bit puzzling, as the book was obviously written with the short-run objective: swinging public opinion and shaping policies towards Germany immediately after the end of the Conference. Such an orientation means that the recommendations of the book are followed by predictions of what would happen if the recommendations are not implemented, basically a threat of what would happen if the recommendations are not accepted.<sup>34</sup> In principle, this is a risky strategy of the author, because if that does not happen, if the predictions do not come true, the book loses its credibility in the long run. Although it is evident in hindsight that many of Keynes’ predictions did not come true, the main one being about the gloom and doom of Germany’s economy post-Treaty, the impact of the book on public opinion has been very durable, and for the general public at least,

---

of economics is. Browsing this book provides information on what is missing from the Keynes’ analysis of Germany’s capacity to pay.

<sup>34</sup> This approach is based on the assumption of the inevitability of the events, the inevitable cost of advocacy approach. Modern historiography has demonstrated (MacMillan, 2009) that nothing is inevitable in history.

the credibility of the book has not been undermined. This puzzle is yet to be explained, especially taking into account that there is evidence that Keynes himself regretted having written the book.<sup>35</sup>

The other important question is why a splendid economist, endowed with all the methodical knowledge in the economics of that time, decided to write an advocacy book with all the methodological shortcomings, some of them identified in early reviews (Day, 1920; Taussig, 1920) and some of them referred to in this review. An additional question could be why write an advocacy book favouring Germany. One could explain that by his inner moral need. Kasper (2010) points out Keynes' legacy as a public intellectual, motivated throughout his lifetime by an inner moral need to voice the truth in times of social crises. Even if this idealistic view of Keynes is accepted, the question remains regarding the "voice of truth", as truth can hardly be discovered through advocacy, but rather through rigorous academic study. This is obviously not a promising way of considering the answer to the question why the book was written in the way that it was.

Neither is an opposing view about Keynes as a moral villain, a German agent who deliberately worked for the German cause because his Germanophile sentiments, not divergent from the attitude of his social class and peer group and perhaps due to the conflict of interest, as suggested by Tampke (2017).<sup>36</sup>

Even if Germanophilia is not a proper word, sympathy for Germany, its culture, accomplishments and civilisation were not missing from British society and especially its intellectual elite at the end of the 19<sup>th</sup> and the beginning of the 20<sup>th</sup> century, as described by Clark (2013), who takes that attitude into account in the analysis of the environment in which the decisions that eventually lead to the Great War were made

---

<sup>35</sup> According to the testimony of Wiskemann (1968, 53), after 1936, when Germany was in full economic and political swing, under the new National Socialist administration: "I met Maynard Keynes at some gathering in London. 'I do wish you had not written that book', I found myself saying (meaning *The Economic Consequences*, which the Germans never ceases to quote) and then longed for the ground to swallow me up. But he said simply and gently 'So do I.'"

<sup>36</sup> The ostensible conflict of interest was due to Keynes who "fell in love with a German financial delegate to the conference, the banker, Dr. Melchior". (Tampke, 2017, 206), an event mentioned by Skidelsky (1983). Clark (2017, 289) quotes Keynes' words "In a sort of way, I was in love with him" from the essay to be read to the Bloomsbury group, explaining that Keynes "fed Bloomsbury appetite for sexual innuendo". MacMillan (2001) downplays the whole affair, being sceptical that anything like that really happened. Ferguson (1998, 400–401) shed more light on the relations between Keynes and Melchior, providing evidence that the Keynes proclamation of love refers to the Melchior intellect and his analysis. It seems that the conflict of interest explanation is not found on facts, though its consideration provides additional evidence of Keynes' unconstrained belief in accuracy of the inputs provided by the German representatives.

– a process that he characterised as sleepwalking. Keynes was a part of that elite and shared its value judgments. Furthermore, Keynes was a member of Bloomsbury Group, whose members shared a pacific stance and perhaps his engagements in the UK Treasury during the war created the need for redemption. One way or the other, Keynes personality was complicated and a simple answer to the question of motives for such a book will apparently be lacking.

Furthermore, it is inevitable to take into account the strong personal touch in the book, originating, among other things, from the frustration and perhaps even malevolence of the author whose ideas were rejected at the Conference, or at least not fully appreciated by the crucial decision makers of the Treaty. Perhaps this frustration, which does not necessarily contradict the genuine feeling of injustice, can explain some of the passages in the book, its bitter style and main findings. It is understandable – John Maynard Keynes was only human, save the view of his most ardent supporters.

Perhaps the story of the motives should be moved to fiction and *The Remains of the Day* character of Lord Darlington (Ishiguro, 1989). It was he, a noble, honest and old fashion English gentleman, a man of virtue, who participated in the Great War, but he thinks that after his side won, there should be no more animosity between England and Germany. He feels sympathy for the suffering of the Germans, and genuine regret and guilt about the post-Versailles treatment of Germany, hence he decides to do something about it. Darlington Hall is a place of these efforts, but he never understood the true German agenda and the way he has been used in it. Perhaps the biggest difference between Lord Darlington and Lord Keynes is that the former ended up being labelled a Nazi sympathizer and a traitor, which ruined his reputation and left him a broken and disillusioned old man at his death. Contrary to that, Lord Keynes' glory as an economist of a superior mind and a person of superior morality lived on to our days.

## 5. CONCLUSION

John Maynard Keynes' *The Economic Consequences of the Peace* is an advocacy book and because of this it is inevitably biased. Its target audience was the general public, aiming to create the public opinion that would support recommended policies, favouring Germany. It made no academic contribution whatsoever.

In hindsight, it is evident that the book created many fallacies, some of them considered in this review, and that many of the predictions from the book were wrong. Perhaps the most important wrong prediction was

that Germany would be economically ruined by the terms of reparations imposed by the Treaty. Contrary to that, Germany bounced back after the Great War. The thesis that the harsh economic treatment of Germany by the Treaty is to be blamed for the advent of National Socialism is at odds with the facts.

Perhaps the greatest puzzle is why an advocacy book that was so wrong about so many things made such an extraordinary impact on both academia and the general public opinion for so many years. Its reputation is alive and well, it seems, even after 100 years. This is the puzzle that remains to be solved.

## REFERENCES

- Abbas, S. Ali, Alex Pienkowski, Kenneth Rogoff (Eds). 2020. *Sovereign Debt: A Guide for Economist and Practitioners*. Oxford: Oxford University Press.
- Alesina, Alberto, Carlo Favero, Francesco Giavazzi. 2019. *Austerity: When It Works and When It Doesn't*. Princeton & Oxford: Princeton University Press.
- Aly, Götz. 2005. *Hitler's Beneficiaries: Plunder, Racial War, and the Nazi Welfare State*. New York: Metropolitan Books, Henry Holt and Company, 2007.
- Boff, Jonathan. 2019. The Economic Consequences of the Peace and the Popular Perception of the WWI. Paper presented at the Economic Consequences of the Piece Conference in Cambridge, 9–10 September.
- Bresciani-Turroni, Constantino. 1937. *A Study of Currency Depreciation in Post-War Germany*. London & New York: Routledge, Taylor & Francis Group, 2003.
- Brunett, Mason. 1965. *Reparations at the Paris Peace Conference for the Standpoint of the American Delegation*. New York: Columbia University Press.
- Carbelli, Anna M., Mario A. Cedrini. 2014. A Methodological Reading of Economic Consequences of the Peace. 97–117 in *Keynes Economic Consequences of the Peace* edited by Jens Holscher and Mathias Klaes. London: Pickering and Chatto.
- Carlson, Benny, Lars Jonung. “Too Bad to Be True”: David Davidson, Gustav Cassel, Eli Heckscher and Bertil Ohlin on John Maynard Keynes's *The Economic Consequences of the Peace* and the German Reparation 1919–1929. Paper presented at the Economic

- Consequences of the Peace Centenary Conference in Cambridge, 9–10 September.
- Clark, Christopher. 2013. *The Sleepwalkers: How Europe Went to War in 1914*. London: Allen Lane.
- Clark, Peter. 2017. *The Locomotive of War: Money, Empire, Power and Guilt*. London: Bloomsbury Press.
- Day, Clive. 2/1920. Keynes' Economic Consequences of the Peace. *American Economic Review* 10: 299–312.
- Eaton, Jonathan, Mark Gersovitz, Joseph E. Stiglitz. 3/1986. A Pure Theory of Country Risk, *European Economic Review* 30: 481–513.
- Feldman, Gerard D. 1995. *The Great Disorder*. Oxford: Oxford University Press.
- Ferguson, Nail. 1998. *The Pity of War*. London: Penguin, 1999.
- Harrod, Robert F. 324/1971. Keynes on Lloyd George. *Economic Journal* 81: 936–937.
- Ishiguro, Kazuo. 1989. *The Remains of the Day*. New York & London: Alfred A. Knopf, 2012.
- Kasper, Sherry D. 2010. The Legacy of Keynes as Public Intellectual. 43–62 in *Keynes's General Theory after Seventy Years*, edited by Robert Dimand, Robert Mundell and Alessandro Vericelli. New York: Palgrave MacMillan.
- Keynes, John Maynard. 1920. *The Economic Consequences of Peace*. London: Freeland Press, 2017.
- Keynes, John Maynard. 153/1929. The German Transfer Problem. *Economic Journal* 39: 1–7.
- MacMillan, Margaret. 2001. *Peacemakers: Six Months that Changed the World*. London: John Murray Publishers.
- MacMillan, Margaret. 2009. *The Uses and Abuses of History*. London: Profile Books.
- Malik, Hassan. 2019. *Bankers and Bolsheviks: International Finance and the Russian Revolution*. Princeton and Oxford: Princeton University Press.
- Mantoux, Etienne. 1944. *The Carthaginian Peace – Or the economic Consequences of Mr. Keynes*, Oxford: Oxford University Press, 1946.
- Marks, Sally. 4/1969. Reparations Reconsidered: A Remainder. *Central European History* 2: 356–365.
- Marks, Sally. 3/2013. Mistakes and Myths: The Allies, Germany, and the Versailles Treaty, 1918–1921. *Journal of Modern History* 85: 632–659.



- Mises, Ludwig von. 2005. *The Quotable Mises*. Edited by Mark Thornton. Auburn, Alabama: Ludwig von Mises Institute.
- Moore, Charles. 2012. Keynes' wisdom is perfect for the eurozone. *Daily Telegraph*. 20 February.
- Neiberg, Michael, S. 2017. *The Treaty of Versailles: A Concise History*. Oxford University Press.
- Ohlin, Bertil G. 155/2019. Mr. Keynes Views on the Transfer Problem. *Economic Journal* 39: 388–408.
- Pettifor, Ann. 2019. In Retrospect: The Economic Consequences of the Peace, *Nature* 573: 492–494.
- Ritschl, Albrecht. 6/2012. The German Transfer Problem, 1920–1933: A Sovereign Debt Perspective, *European Review of History* 19: 943–964.
- Schuker, Stepen, A. 1988. *American "Reparations" to Germany 1919–33: Implications for the Third World Debt Crisis*, Princeton: Princeton University, Department of Economics.
- Sharp, Alan. 2018. *Versailles 1919: A Centennial Perspective*. London: Haus Publishing.
- Skidelsky, Robert. 1983. *John Maynard Keynes, 1883–1946: Economist, Philosopher, Statesman*. London: Pan Books.
- Taussig, Frank W. 2/1920. The Economic Consequences of the Peace by John Maynard Keynes, *Quarterly Journal of Economics* 34: 381–387.
- Tooze, Adam. 2006. *The Wages of Destruction: The Making and the Breaking of the Nazi Economy*, London: Allan Lane.
- Tooze, Adam. 2014. *The Deluge: The Great War, America and the Remaking of the Global Order, 1916–1931*. London: Allan Lane.
- Tampke, Jürgen. 2017. *A Perfidious Distortion of History*. Melbourne & London: Scribe.
- Webb, Steven B. 1989. *Hyperinflation and Stabilization in Weimar Germany*, Oxford: Oxford University Press.
- Wiskemann, Elizabeth. 1968. *Europe I Saw*. London: St. Martin's Press.

Article history:

Received: 26. 1. 2020.

Accepted: 11. 2. 2020.

Ana Odorović\*

Basu, Kaushik. 2018. *The Republic of Beliefs: A New Approach to Law and Economics*. Princeton: Princeton University Press, 238.

In the words of former UK Prime Minister Gordon Brown, “In establishing the rule of law, the first five centuries are always the hardest.” (p.5) How and why does “the law of the books” transpose into real-life practices? How can simple “ink on the paper” explain change in human behavior?

Intuitively and without reading extensive legal scholarship on this matter, underpinned by contributions from other fields such as philosophy, sociology, and economics, the answer is straightforward. It is the threat of sanction with a certain probability that induces people to abide by the rules. Kaushik Basu, former chief economist at the World Bank, calls into question this trivial conjecture, inspired by numerous examples of excellent policies that did not produce the desired effects: from food subsidies for the poor to anti-corruption laws. In his latest book, Basu promises to offer new methodological underpinnings to the study of law effectiveness and implementation, which he denotes as the “focal point approach with behavioral features”. Abstract as it may appear, it is only towards the end of the book that the reader is able to fully grasp the multifaceted meaning of this term. The underlying idea, which the author develops through different game theory models, is that the difference between laws that are followed and those overlooked lies in the beliefs of ordinary people and their expectations about the beliefs of other members of society.

The structure of the book can be divided into two parts. In the first several chapters the author develops a new methodological approach within law and economics, followed by a discussion of potential avenues of application. In the second part, he explores how the new approach interacts with some of the closely interconnected concepts of social norms, politics, and legitimacy.

---

\* Lecturer, University of Belgrade Faculty of Law, [ana.odorovic@ius.bg.ac.rs](mailto:ana.odorovic@ius.bg.ac.rs).

Despite high regard for the law and economics as a discipline, Basu has skeptical views on “neoclassical law and economics”. Before diving into its flaws and inconsistencies, the author offers a primer on standard models of game theory to cater to readers with limited background in economics. Using mainly the prisoner’s dilemma as an example, the author explains the concepts of interactive rationality and the Nash equilibrium – a situation in which no single individual can do better by unilaterally deviating to a different behavior i.e. strategy, given the set of feasible strategies. Such an equilibrium may nevertheless be inferior from society’s point of view – all individuals may be better off if they decide to cooperate. This is where the law steps in, by punishing those individuals who defect, changing individual payoffs, and steering society towards better outcomes. In other words, the law makes cooperation in everyone’s best interest.

At this point, the author introduces, in his view, the major fault line in conventional law and economics thinking. He takes for granted that enforcers of the law are “robots who will automatically do what the law asks them to do” (p. 35). If everybody ignores “the ink on the paper” and continues behaving in the same way after the enactment of the law, their payoffs will remain the same. For this reason, the author emphasizes the need to include enforcers of the law, i.e. the police, the magistrate, the government, into existing game-theoretical models as players. From there, the author derives the central thesis of the book: once the game is fully described, once all players are taken into account, the law itself cannot change payoffs; it can merely guide individual behavior to one of the preexisting equilibria. This striking and, at first glance, counterintuitive conjecture is further developed through the concept of the law as the focal point.

The idea behind the focal point is that once people face the problem of selecting one among multiple equilibria, they need some sort of guidance that directs their behavior to a superior equilibrium. The author illustrates this again using the framework of the prisoner’s dilemma, with the “tweak” of introducing the law enforcer as the third player. The enforcer decides whether to enforce the law against the other two players, i.e. the citizens, who can cooperate or defect. In the example that the author uses, there are two equilibria: one in which the two players defect and the law enforcer chooses not to enforce the law, and other one in which the two players cooperate and the law enforcer chooses to enforce the law. The main argument used here is that the enactment of the law merely changes people’s expectations of how others will behave, including the law enforcer, leading the players to choose the superior equilibrium (in the example at hand, the cooperation). From there, the author advances an argument as to why some laws are not implemented in real life: they

simply direct players to a non-equilibrium point, in which at least one of the players, the citizens or the law enforcer, is better off not behaving in the way recommended. At a more intuitive level, what the author tries to argue is that a law will be followed only if citizens hold expectations that the law will be enforced against them in the case of non-compliance, and this usually holds in societies in which state agents bear consequences if they choose not to act on an infringement of the law. When arguing that the law itself does not change the payoffs of players, the author claims that, at least theoretically, a society can punish individuals who defect even in the absence of the law. The law merely makes such expectations more salient.

There are several inconsistencies in this approach. It is counterintuitive that, in the game that Basu uses as an example, the enforcer of the law (e.g. the police officer) has lower payoff if they choose enforcement as opposed to non-enforcement. Presumably, this is because enforcement creates costs. However, it is unclear what may incentivize the police officer to choose to enforce the law. If it is the threat that they will be punished by someone higher in the hierarchy, as the author suggests (p. 52), there should be costs associated with non-enforcement, which are not presented in Basu's model. If one would consider such costs, it is difficult to contemplate how they can exist in the absence of the law. To use one of Basu's real-life examples, while it may be theoretically possible for a police officer to punish someone who exceeds the speed limit of 70 m/h even without the law, it is unclear why the police officer would face negative consequences if they omit to do so. Put differently, only the law can change the incentives of the police officer, and thus, the expectations of potential infringers, which implies that the law has to change the payoffs of players, contrary to what the author claims. Alternatively, if the incentives of the police officer are perfectly aligned with the interests of society as a whole, and therefore they are inherently inclined to behave in society's best interest, the question is how is such an interest articulated. If one nevertheless supports Basu's proposal that the game theoretical models looking into law effectiveness should be expanded to include the law enforcer, it is unclear why the model does not include several players each representing a different level of enforcement, including judges, the government and the constituency. This is partially addressed in the subsequent chapter when the author discusses an extensive-form game in which in period three there is another game played between the policeman and the magistrate. Complexity appears to be an obvious drawback when one tries to offer a full account of why laws are obeyed.

There is another related question that the author tries to answer in the subsequent chapter. If all the outcomes and associated payoffs of the

game were available even before passing the law, how can the law make any difference? Isn't that just a "cheap talk", to use the jargon of game theorists? If the enactment of the law is a costless announcement, it is expected to be inconsequential. The author argues that the enactment of the law might not be costless for the individuals engaged in the process. Once the lawmaker is included in the game, the costs that the lawmaker incurs produce the "burning money" effect, i.e. it serves as a signal what they intend to do, again directing society to one of the equilibria. After reading this chapter, the reader is likely to remain puzzled by the question as to who is the lawmaker: the constituency, which is also subject to the same law, or an abstract ruler with some exogenously given preferences.

In an attempt to further address potential controversies of his approach, Basu discusses the distinction between laws and social norms. Here, he reiterates the main thesis of the book that, in a well-defined game, any outcome that can be achieved by the use of laws, can be achieved without laws. In the author's view, social norms, similar to laws, are "nothing but a convention that helps you guess what the other is likely to do" (p.93). He uses three interesting examples in which societies can settle in different equilibria: (un)punctuality, discrimination, and child labor. In the first example, he explains how less punctual societies are caught in an unpunctual equilibrium: if one expects that the other person will be late, one is better off being late, too. As to societies with widespread discrimination in labor markets, the author claims this is rational behavior in markets with a strategic complementarity. If other members of society discriminate in favor of a certain group, hiring a member of this group leads to higher productivity. In other words, one may discriminate simply because a certain race, gender or caste matters to others. However, they might be reasoning in the same way. Along similar lines, Basu offers an interesting explanation as to why child labor might be prevalent in some societies, as a consequence of a rational behavior. In his view, this is a cooperation game between parents, i.e. low-skilled workers who settle in a bad equilibrium of sending children to work and themselves earning low wages, instead of withdrawing children from the labor market, which in turn would increase adult wages. From there, the author claims that the fundamental difference between social norms and laws is that the former is self-enforcing, whereas the latter requires the involvement of functionaries of the state taking certain actions. There are two issues with this reasoning that are unclear. Firstly, social norms, in contrast to morals, are not self-enforcing; they simply require a less formal mechanism of enforcement by society in comparison to laws. Secondly, Basu does not discuss how issues in the society that are addressed by social norms are different from those that require legal intervention. One potential avenue of thinking is that these are essentially different games played. In the first two examples (relating to punctuality

and discrimination), the interests of the players are not conflicting. This is essentially a coordination problem that can be overcome with a social norm. The issue of child labor can be modeled as a cooperation game in which the outcome of children not working is not an equilibrium. Thus, a legal “nudge” may be more necessary.

Furthermore, the author discusses how the focal point approach may explain some issues relating to politics and corruption. First, he makes interesting observations on how different forms of dictatorships and non-democratic regimes can be maintained without the need or capacity of the regime to hurt anyone directly. It is the common expectation or fear of punishment and ostracism from other citizens, in the event that one is disloyal to the regime, that allows the dictator to stay in power. As the author puts it. “If you believe that others do not want to be disloyal, you will not want to be disloyal; and this behavior is the Nash equilibrium” (p. 127). Along similar lines of reasoning, Basu explains how freedom of speech is curtailed in different societies despite being entrenched in the laws and the constitution. However, this holds only if a citizen’s gain from being disloyal is not substantial, which explains different forms of rebellion against undemocratic systems. Finally, the author explains the prevalence of corruption in some societies. Once again, the root cause is “a shared belief that using public office to benefit oneself [...] is widespread, expected and tolerated” (p. 142). This is how society gets caught in an equilibrium in which everyone is corrupt.

The last central idea that the author develops in the book is the relation between the focal point approach and the concept of legitimacy. Surprisingly, Basu makes an abrupt disconnection from the rational choice assumption embraced throughout the book. In line with behavioral economics findings that individual preferences are not always exogenous and immutable, what he proposes here is “the focal point approach with behavioral features”. In sharp contrast to what he argued previously, he admits the possibility that the law may change the game played. However, the change in outcomes comes from changed preferences and values of people who, once the law is enacted, “feel pangs of conscience” (p. 163) to choose a strategy that is not law-abiding. The author then turns to the discussion of why law-abiding outcomes do not always reside in the idea of the legitimacy of laws, as widely debated among legal scholars. In his view, individuals may abide by the law because it is in their best interest, despite feeling resentful about the law. Here again, one may find contradictory how the law can legitimize certain behavior in one context, and at the same time influence behavior despite a lack of legitimacy in another context, as explained by the author.

Overall, the reader of the book is likely to remain unconvinced that the new approach elaborated in this book has the potential to revolutionize

how law and economics addresses the problem of law implementation. Regardless of several caveats discussed earlier, Basu puts forward several convincing ideas and insightful lessons for countries struggling to establish rule of law. The law acts as a socially self-enforcing mechanism if people hold the belief that others will behave in accordance with the law. Therefore, it may take a long time before a new law replaces the old focal points (customs or social norms) and becomes the most salient coordinator of behavior. Similarly, societies that are generally more law-abiding are those in which civil servants, i.e. functionaries of the state, will punish one another for not doing their job. Once such behavior becomes a common belief, an entire set of different laws will be enforced.

No doubt that this book will be intellectually stimulating for anyone interested in the issue of law enforcement, even those readers with little prior knowledge of game theory concepts. Its elegant and engaging style makes it a pleasant read.

Nikola Ilić\*

Thomas J. Miceli. 2019. *The Paradox of Punishment: Reflections on the Economics of Criminal Justice*. London: Palgrave Macmillan, 229.

Thomas J. Miceli is Professor of Economics at the University of Connecticut (USA), with significant works in law and economics, and applied microeconomics.<sup>1</sup> He has published a new intriguing book exploring the criminal justice system from an economic standpoint. Such a perspective, of course, is not a new one,<sup>2</sup> but the author offers valuable insights which could challenge conventional wisdom.

The book is divided into three main sections: Competing Economic Theories of Crime (part I), The Institutional Structure of Punishment (part II), and the Other Objectives of Punishment (part III), followed by the fourth and final section – Concluding Remarks (part IV). Through all the chapters, it seems the underlining idea is to whittle down fundamental issues related to the economics of criminal justice and to offer alternative insights.

Starting with economic theories of crime, the author explains the traditional normative theory on the economics of criminal justice and juxtaposes it with the positive theory. As a starting point, both theories imply the concept of crime as a (non-consensual) exchange, and punishment as a price for that exchange. For instance, if party A (offender) takes something of value from party B (victim), party A is then required (by the forceful intervention of the state) to pay the cost of the item they have taken. For everything else being equal (*et ceteris paribus*), as the

---

\* Lecturer, University of Belgrade Faculty of Law, [nikola.ilic@ius.bg.ac.rs](mailto:nikola.ilic@ius.bg.ac.rs).

<sup>1</sup> Some of Miceli's most recent books are *The Economic Approach to Law* (2017), *Contemporary Issues in Law and Economics* (2018), and *Law and Economics: Private and Public* (2018).

<sup>2</sup> The economic analysis of crime and punishment may be found in the early works of Montesquieu (1748), Beccaria (1764), and Bentham (1780). However, the subject was mostly neglected by economists for centuries, until it was revived by Gary Becker in his famous article *Crime and Punishment: An Economic Approach* (1968).



price of a crime increases, quantity of supply decreases; and conversely, as the price of a crime decreases, quantity of supply increases. The main difference between the normative and positive theory is reflected in their goals and consequently, in the specification of the price of crime. The author emphasizes that Becker's normative theory (1968) focuses on the optimal deterrence and overall welfare maximization, while Adelstein's positive theory (1981) focuses on the retribution and corrective justice in individual cases. Thus, due to the different goals they strive for, the two theories envision significantly different punishment schemes. Miceli explains the differences in detail, and he also offers a goldmine of references for anyone who would be interested in investigating the distinction further.

The second part of the book examines how the two competing theories manifest themselves in practice, by analysing the institutional structure within which criminal policy is formulated. As an example, the author takes the United States legal system, but all the insights and the same methodology may be applied in any given institutional setting. The main point is to observe the legal rules as "rules of the game", and the offender and the government as "players", i.e. to apply game theory to the crime and punishment procedure. In doing so, Miceli elegantly demonstrated that the timing of punishment specification plays a crucial role in how efficient the criminal justice system will be. In the first place, punishment is specified by the legislator *ex-ante*, and subsequently, by the judges who implement the prescribed sentence *ex-post*. In this sense, the legislator places more weight on deterrence, by enacting the law and sending a credible signal to all potential offenders that law-breaking will result in a punishment. Contrary to that, judges confront actual offenders, and they are more inclined to impose "fair" sanctions, based on the circumstances of the case at hand. Thus, in Miceli's words, the interplay between legislator and judges reflects an ongoing balancing act between the competing theories, with the legislator emphasising deterrence (Becker's model) and judges stressing retribution and corrective justice (Adelstein's model). Furthermore, in the same part of the book, the author introduces a new player into the game – the prosecutor, thus expending the analysis to include plea bargaining.

In the vast majority of legal systems, plea bargaining involves negotiations between the prosecutor and defendant over the mutually acceptable sentence. Thus, the outcome of the plea bargaining depends on many factors, including parties' expectations about the possible result of a trial, collected evidence, available procedural safeguards of the defendant's rights during the trial, etc. The principal objection to plea bargaining is the real possibility of making a type I error or a type II error during the negotiations. In other words, innocent defendants may be

falsely convicted as a result of bargaining, and guilty defendants may get mitigated sentence. In this sense, Miceli raises the question of how plea-bargaining affects deterrence and whether it may achieve “justice”, i.e. appropriate punishment for guilty defendants and exoneration of innocent? Along with many insightful explanations, the author offers a two-folded answer to the raised questions: i) if offenders rationally anticipate that they will be punished within the plea bargaining procedure, then the prescribed sentences (by law) may have a relatively modest effect on their behaviour; ii) since the type II error is relatively more frequent in the plea bargaining procedure compared to the type I error, a compulsory prosecution system better fits the goals of retribution and corrective justice. Miceli concludes by quoting himself and his co-author: “plea bargaining is more likely to evolve in systems that emphasize the protection of innocent defendants, and systems that stress punishing the guilty are more likely to be able to sustain a regime of compulsory prosecution” (Adelstein and Miceli, 2001, p.60). However, some of the readers may think that the main problem is not in plea bargaining. In that sense, Easterbrook (1983) notes that even if an innocent defendant is convicted as the result of plea bargaining, the source of injustice is not in the bargain – it is, instead, in the fact that innocent people may be convicted in trial. And *vice versa*, in the case when offenders are not punished adequately, i.e. when they get mitigated punishment as a result of plea bargaining, the source of injustice lies with the fact that they could be exonerated during the trial. All the mentioned disadvantages of plea bargaining are, in fact, the reflection of the trial’s failures, and it seems that Miceli persistently analyses that reflection instead of facing the real source of the problem.

The third part of the book undertakes a broader view of criminal justice, which includes analysis of the behaviour of repeat offenders, collective responsibility and the limits of punishment. It is not clear why or how the author selected these issues in the third section. One way or the other, Miceli starts with the theme of repeat offenders and marginal deterrence, i.e. poses a question of how punishment scheme should be structured to deter those who have already committed a crime from committing further criminal acts. Between the two extremes – applying the same legal rules for repeat offenders (the same sanctions, or “free redemption”) and employing more strict penalties due to previous criminal activities, the author suggests the moderate approach. Metaphorically speaking, Miceli explains that: “[...] by making those early sins essentially costless, free redemption may not lower overall sinning at all but merely shift it backward in time. In contrast, attaching some positive price to early sins (a stick), while still holding out the prospect of redemption (the carrot), can perhaps reduce overall sinning”. The whole issue of the behaviour of repeat offenders’ behaviour is presented in a very interesting

way by using the Prodigal Son parable.<sup>3</sup> At the same time, the engaging story is followed by the formal and precise economic model of repeat offenders and marginal deterrence. Everything seems bright and polished in this part of the book except the fact that the reader cannot find any convincing explanation of how big the “stick” and “carrot” should be, i.e. how exactly the punishment and redemption of repeat offenders should be structured.<sup>4</sup>

The second topic in the third part examines punishment and collective responsibility. It is common knowledge that collective responsibility in criminal law is a relic of the past. Still, Miceli tries to explain the historical path from collective to individual responsibility and, more importantly, he tries to justify the existing exemptions from individual responsibility and prove their relevance in a broader context of deterrence and retribution. While searching for answers, the author quotes Joel Feinberg (1991) who noted that “the demise of collective responsibility throughout the course of human history has not necessarily occurred because individual responsibility is an eternal law of reason toward which society has been striving in an ongoing quest for a more civilized world, but rather because the conditions that may have made it reasonable or necessary in ancient times are rarely present today”. Guided by these thoughts, Miceli identifies the conditions that have been altered over time and, as the most important one, he stresses the available technology. Namely, new technology provides for more efficient law enforcement, i.e. it decreases enforcement costs and the costs of making type I errors (the price of wrongful punishment). Thus, with a better-calibrated system of individual responsibility and sanctioning, both deterrence and retribution becoming more emphasised in comparison with a collective responsibility system. The author concludes that: “[...] as technology improves, even a vengeful society may eventually find it desirable to switch to individual punishment”. This conclusion is strongly supported by the set of equations explaining the optimal choice between individual and group punishment. The author demonstrates that if the effective sanctioning in the two systems is the same, random individual and collective punishment are equally desirable. Furthermore, he explains that when the technology of detection is sufficiently effective, “individual punishment will necessarily yield strictly greater welfare than group punishment”.

---

<sup>3</sup> The author explains a broader concept of free redemption through the biblical story of two brothers and the forgiving father. For more details on this story see: New Testament (Luke 15: 11–32).

<sup>4</sup> For instance, Begović (2015) explains several factors that should be considered when determining a sentence for repeat offenders, such as asymmetry of information and the probability of sentencing.

Finally, the third main topic in the third part explores the limits of punishment by using an interesting metaphor of angels and bad men. Miceli uses Madison's (2008) observation – "if men were angels, no government would be necessary", and as the opposite, he uses Holmes' (1963) "bad men", who are amoral actors motivated solely by the threat of punishment.<sup>5</sup> In the given context, Miceli examines the limits of law as the ability of (legal) regulation to structure human behaviour. Angels are obedient, and thus the enforcement costs are lower with a more significant share of angels in a society. Yet, every community has a certain percentage of bad men, and it would not be efficient to make all harmful conducts in a community "illegal", and accordingly to punish all lawbreakers. Thus, Miceli states, it would be more efficient to have some complementary constraints to human behaviour, in addition to law, such as religion and morality. That could increase the share of angels in a community, improving the enforcement efficiency, and decreasing related costs. Miceli inclines to Friedman (2004) who noted that "[...] punishment is, in a way, only an add-on to the powerful work of social norms; an important one to be sure", but the author does not analyse in detail the interaction between these different sets of social norms, even though that could be crucial for the limits of punishment.

Lastly, in the concluding remarks, Miceli summarises the main three parts of the book and all the mentioned topics referring to the paradox of punishment. That curious paradox has its reflection in a continuing conflict between two fundamentally different goals to which criminal law strives: deterrence and retribution. Every criminal policy that strengthens deterrence could, at the same time, deteriorate corrective justice and *vice versa*. It seems one would need a magic wand to accomplish these two opposed goals simultaneously or at least the economic analysis of crime and punishment to determine what is the optimal proportion of the different motives within the same criminal policy. No matter how detailed Miceli is in conducting his analysis, he undoubtedly successfully explains the essence of the punishment paradox. Also, along with alternative insights, the author provides an extensive list of useful references for future research in the field of economic analysis of criminal justice.

Paradoxically, Miceli concludes his book by stating that criminal justice reform is mostly a question of social values and so it is not fundamentally an economic issue. In Miceli's words, the economic analysis takes preferences as a given and thus can help increase efficiency of the criminal law enforcement, but "it cannot tell society what values it should embrace, or what outcomes are just".

---

<sup>5</sup> Holmes (1897) observes: "If you want to know the law and nothing else, you must look at it as a bad man, who cares only for the material consequences which such knowledge enables him to predict".

## REFERENCES

- Adelstein, Richard, Thomas Miceli. 2001. Toward a Comparative Economics of Plea Bargaining. *European Journal of Law and Economics* 11: 47–67.
- Adelstein, Richard. 1981. Institutional Function and Evolution in the Criminal Process. *Northwestern University Law Review* 76: 1–99.
- Beccaria, Cesare. 1764 [1986]. *On Crimes and Punishments*. Indianapolis: Hackett Publishing Company.
- Becker, Gary. 1968. Crime and Punishment: An Economic Approach. *Journal of Political Economy* 76:169217.
- Begović, Boris. 2015. *Ekonomska analiza generalne prevencije*. Beograd: University of Belgrade Faculty of Law.
- Bentham, Jeremy. 1780 [1970]. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. New York: Oxford University Press.
- Easterbrook, Frank. 1983. Criminal Procedure as a Market System. *The Journal of Legal Studies* 12: 289–322.
- Feinberg, Joel. 1991. Collective Responsibility. 53–76 in *Collective Responsibility: Five Decades of Debate in Theoretical and Applied Ethics*, edited by Larry May. Savage: Rowan and Littlefield.
- Friedman, Lawrence. 2004. *Law in America: A Short History*. New York: The Modern Library.
- Holmes, Olivier Wendell. 1881 [1963]. *The Common Law*. Boston: Little Brown.
- Madison, James. 2008. The Federalist, 51. 256–260 in *The Federalist Papers*, edited by Lawrence Goldman. Oxford: Oxford University Press.
- Miceli, Thomas J. 2017. *The Economic Approach to Law*. Stanford: Stanford Economics and Finance.
- Miceli, Thomas J. 2018. *Contemporary Issues in Law and Economics*. Abingdon: Routledge
- Miceli, Thomas J. 2018. *Law and Economics: Private and Public*. Saint Paul. West Academic Publishing
- Montesquieu, Charles-Louis. 1748 [1977]. *The Spirit of Law*. Berkeley: University of California Press.

Др Сима Аврамовић\*

ЉУБИЦА КАНДИЋ  
(1925–2019)

Постоје људи такве снаге духа и животне енергије за које понекад помислимо да никад неће отићи са овога света те се њихов одлазак, ма колико година имали, увек чини прераним. Професорка Кандић је била једна од таквих стамених особа, енергична и у позним годинама свог живота, интелегентна, бритког ума и задивљујуће моћи запажања, одлучна, непоколебљива, истрајна, поносна, достојанствена и увек некако сва своја, са потребном дистанцом, а истовремено довољно блиска. Једном речју права *lady*, којој би добро пристајао и епитет „челична“. Тако је и отишла, готово би се могло рећи у једном дану, као да је сама проценила да јој је дошло време.

Професорка Љубица Кандић је, са многим славним именима послератног Правног факултета Универзитета у Београду друге половине 20. века, обележила једну епоху у историји те институције, време експанзије високошколског образовања у земљи и време развоја правноисторијске науке у новим теоријским оквирима.

За разлику од Краљевине Југославије, у којој су постојала само три правна факултета – у Београду (са Одељењем у Суботици), Загребу и Љубљани, то је било доба када су се рађали нови правни факултети у Србији и широм новоформиране, социјалистичке Југославије. Професорка Кандић је са неизмерним пожртвовањем и ентузијазмом учествовала у стварању Правног факултета у Новом Саду, Нишу, Крагујевцу, Приштини, Скопљу, Подгорици, и где све не. Њени постдипломци су постајали професори на свим правним факултетима широм Југославије, који су и после распада те државе са поносом истицали да су били њени студенти, магистри и доктори, трајни поштоваоци Правног факултета Универзитета у Београду.

---

\* Редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, *sima@ius.bg.ac.rs*.

Формирање многих генерација правних историчара, од Вардара па до Триглава, један је од најважнијих људских и професионалних трагова које је наша професорка оставила. Са нама за њом тугују и наше колеге, правни историчари из Љубљане, Загреба, Сплита, Бања Луке, сви који су чули за њен одлазак, а неки су и лично дошли да је испрате. То је онај најважнији споменик који је себи за живота подигла, остављајући само лепе успомене свима са којима је сарађивала. Скоро је три деценије од како је у пензији, а њено присуство, симпатије према њој и поштовање које Факултет има за њу једнако су снажни као и у време када је била активна.

Била је срећна што је њен професор био Алберт Вајс, интелектуалца светског формата, изузетни ерудита и велики педагог, човек од кога се имало шта научити. На Факултет је дошла са 25 година (1950) и 40 година је развијала општу историју државе и права и друге правноисторијске дисциплине, које је водила све до свог пензионисања (1990). Заједно са проф. Вајсом била је аутор уџбеника *Општа историја државе и права*, који се више деценија користио као литература не само на нашем већ и на скоро свим другим факултетима њене некадашње, велике домовине. Сачинила је и познати *Практикум* за тај предмет, са избором најважнијих законских и других изворних текстова из правне историје, који може и данас свакоме бити занимљиво и корисно штиво.

Њена радна енергија и стваралачки ентузијазам били су неисцрпни. Наша професорка је и после пензионисања остала везана за свој Факултет, настављајући још једно своје животно дело – *Историју Правног факултета у Београду*, почев од 1808. године. Велики, чак далеко највећи део те јединствене вишетомне едиције плод је њених истраживања и изашао је из њеног пера. Иако већ у деведесетим, носила се мишљу и подстицала своје колеге да се подухват настави и напише историја Правног факултета у Београду од 1945. до седамдесетих година XX века. Њена *Историја Правног факултета од 1905. до 1941. године* у две књиге, чији је једини аутор, није само историја институције и њених наставника већ и сведочанство једног времена. То је историја Србије у малом, посматрана на микроузорку, која се преламала кроз животе истакнутих интелектуалаца, професора, студената и саме установе, оцртавајући њихову појединачну и колективну повест.

А професорка Кандић је и сама ушла у ту повест. И то не само као истраживач, писац и професор. Она ће остати запамћена као прва жена – декан Правног факултета у Београду. Декан у турбулентним временима с краја осамдесетих година прошлог века, трудила се да на Факултету ублажи бројне потресе и да сачува колегијалне односе. Притом је изгарала да у њеном мандату обезбеди изградњу Анекса

зграде нашег Факултета. Без тог њеног градитељског подухвата, којим је обезбеђено око 1.500 квадратних метара новог, модерног простора, Правни факултет у Београду данас не би имао услове за функционисање и акредитацију. Далековидо је схватила да је, осим великог броја кабинета, Факултету неопходна репрезентативна, модерна Конференцијска сала, која је данас понос и један од знакова распознавања наше установе, па и Универзитета у Београду.

Водила је рачуна о свему – од обезбеђивања средстава за градњу, борбе са извођачима радова, до квалитета, функционалности и изгледа тог простора. Суочавала се и са неразумевањем и отпорима у делу колектива који је, у познатом српском маниру, налазио мане чак и једном тако насушно потребном и неупитном подухвату. Али је својом одлучношћу, предузимљивошћу и упорношћу ломила све приговоре. Успела је да остави за собом свој белег на који је с правом била поносна и, чини се, сматрала га је једним од својих најважнијих факултетских легата. Факултет јој се недавно, срећом још за живота, одужио постављањем једне скромне, месингане табле на улазу у Анекс, са убележеним траговима тог њеног драгоценог доприноса Правном факултету.

Тај тренутак, та њена срећа и фотографија испред табле посвећене њеном неимарском делу, свакоме од нас ко је том приликом био присутан остаје у сећању као трајна успомена на њу и њен последњи боравак на њеном Факултету, који је доживљавала као своју другу кућу. Верујем да би и она желела да је увек памтимо тако насмејану, раздрагану и поносну на своје дело, које остаје њен трајни памјатник.

Осим материјалних трагова, њених књига, чланака и пројеката, за њом остаје и много другог што је учинила за свој Факултет, за развој научног подмлатка, за афирмацију правне историје, остају искрена пријатељства, драгоцени савети, узор како се воли своја установа, како се брине о својим колегама и својој породици. Једном речју, професорка Љубица Кандић остаје трајан пример часног и достојанственог људског и академског пута.



Milena Polojac, PhD\*

HANS ANKUM  
(1930–2019)

Professor emeritus, Hans Ankum (*Johan Albert Hans Ankum*), *Doctor Honoris Causa* of the University of Belgrade and one of the greatest scholars of Roman law of our day, passed away on 3 June 2019, in Amsterdam, at the age of 88. He was graced with an extraordinarily active and vital energy, acumen and an outstanding gift of oratory. His enthusiasm and missionary dedication to the history of law, especially the preservation and spreading of the influence of Roman law, is widely known in legal historian circles. Being very sociable, approachable, and generous, he had a great number of professional and friendly contacts all over the world. All this, however, can hardly describe the unique personality of this Dutch coryphaeus of Roman law.

His professional life was predominantly linked to the University of Amsterdam (*Universiteit van Amsterdam*) and its School of Law (*Faculteit der Rechtgeleerdheid*). It is there that he studied and graduated (1948–1953), thereafter receiving his doctoral degree in 1962, with his thesis on the history of the *actio Pauliana* (*De geschiedenis der 'actio Pauliana'*, which included a summary in French). He worked at that University for thirty years (1965–1995) as a professor of Roman law, legal history and legal papyrology, until he retired as professor *emeritus*. He held the positions of Department Head (1976–1978, 1990–1992), and Deputy Dean of the University of Amsterdam (1979, 1984, and 1985). His lectures were brilliant and inspirational for the students. Shortly after moving to the Amsterdam School of Law, from the School of Law in Leiden, where he started his university career, he founded *Forum Romanum*, a club gathering admirers of ancient history and law, and also organized numerous excursions and workshops, as well as playing host to many foreign professors and scholars. He mentored the doctoral theses

---

\* Full Professor, University of Belgrade Faculty of Law, [polojac@ius.bg.ac.rs](mailto:polojac@ius.bg.ac.rs).

of many distinguished Dutch jurists and Roman law experts (Arthur Hartkamp, Peter Kop, Jan Willhem Tellegen, Olga Tellegen Couperus, Laurens Winkel, Boudewijn Sirks, Eric Pool, Noordraven, etc.) As an active professor, he fought relentlessly for the status of Roman law and legal history in the law school curriculum, and ultimately succeeded in his effort.

In 1986 he became a member of the Dutch Royal Academy of Sciences, and in 1992, the Queen of the Netherlands made him a knight of the Order of the Lion of the Netherlands.

His career, however, extended far beyond the confines of the Netherlands. He was a man who could not be stopped by any borders, in the true meaning of the word. A superb connoisseur of foreign languages (he was fluent in French – especially after his specialization in Paris, which created his lasting bond with the French language and literature – as well as in German, English, Italian, and Spanish), Hans Ankum was an inexhaustible world traveller, from 1965 on. He was a visiting professor at numerous universities in Europe, South Africa, the United States of America, South America and Japan.

He was also tireless as an active participant at numerous conferences and seminars that he himself had organized, and at those that he attended, never missing a single one of them, even when his health and his advanced age barely permitted him to do so. His focus and his alertness during the lectures, even when he seemed to have dozed off, and then, the questions he raised and his lively, encouraging discussion, without any desire or intention to impose his authority, all of that characterized the atmosphere at the conferences and seminars where Hans Ankum imprinted unique and exceptional tone.

The SIHDA (*Société Fernand de Visscher pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité*) occupied a special place on the list of his priorities and in his heart. He was the informal coordinator and *spiritus movens* of that most democratic gathering of Roman law experts and legal historians, which he always rightly referred to as *societas amicorum*. He never missed a single session, and the last one he attended was in Krakow, in the autumn of 2018. He often stressed that Roman law had helped him make friends with people from all over the world whom he would never have met had it not been for Roman law.

His academic competence and renown, as well as his extraordinary international activity qualified him for becoming a member of the editorial boards of numerous Roman law and legal history journals (*IVRA*, *RIDA*, *Orbis Iuris Romani*, *Seminarios Complutenses*). He was a member of the academic boards of the Roman law associations *Centro romanistico Copanello*, and *Academia Constantini*. As a regular member of the panel of judges for the *Gerard Boulvert* award for the best first monograph

in the field of Roman law, he was always updated on the activities of young scholars, for whom he always had special sympathies, supporting them and encouraging them with great enthusiasm.

The broad spectrum of his scholarly research, the number of papers he has written, as well as their quality, deserve special attention. His doctoral thesis on the history of the *actio Pauliana* is of extraordinary scope and profoundness, encompassing the entire history within the framework of the antique Roman law, followed by its reception in the Middle Ages, to modern law (Ankum, J. A. 1962. *De geschiedenis der actio Pauliana*. Zwolle: 491). The later phase of his work was dominated by articles dedicated to private Roman law of the classical period, based on a profound and detailed analysis of the sources. His entire opus, also including book reviews, necrologies and other texts, exceeds 350 bibliographical units.

In one of his addresses, Hans Ankum explained his relationship towards Roman law in the following words:

*“During nearly sixty years I worked mainly in the field of antique Roman law, which we call often “droit romain romain” to distinguish it from medieval Roman law...I studied Roman law from the XII Tables to Justinian’s legislation as a student, as a promovendus, as an assistant, as a lecturer, as a professor during 32 years and as an emeritus. One could wonder whether there came never a moment of “dèjà vu” or of diminishing interest in the sources of Roman law. I have now still eight minutes to explain you why I had, apart from the hours dedicated to the translation of long postclassical imperial constitutions for the Dutch translation of the Corpus Iuris Civilis, in sixty years never a boring moment, when I was busy with Roman law. The main reasons are the astonishing richness of thoughts and solutions formulated in the works of the classical Roman lawyers of the first three centuries A.D. – preserved to us mainly in and partly outside of the Digest – and the impressive high level of their reasonings”* (Ankum, Hans, 2008. Address pronounced in Charles University Prague on 7<sup>th</sup> April 2008 after having received the degree of *doctor honoris causa* in legal sciences, *Orbis Iuris Romani*, 12: 117–120).

On the occasion of his 65<sup>th</sup> birthday and his retirement, his colleagues and friends, eminent Roman law experts and legal historians, dedicated a two-volume collection of articles to him (Robert Feenstra, Arthur S. Hartkamp, J. E. Spruit, P. J. Sijpesteijn, L. C. Winkel (eds.) 1995. *Collatio iuris romani, études dédiées à Hans Ankum à l’occasion de son 65<sup>e</sup> anniversaire*, I-II. Amsterdam: J.C. Gieben). This publication includes a bibliography of his papers, numbering 234 bibliographical units written during the period from 1994 until his retirement.

An anthological collection of 25 selected articles by Hans Ankum, entitled *Extravagantes, Scritti sparsi sul diritto romano* (a cura di Carla Masi Doria e Johannes Emil Spruit), was published in Naples in 2007, by publisher *Jovene editore*, in their *Antiqua* edition, which has, so far published a total of 93 oeuvres by the most eminent Roman law experts and legal historians. This collection also includes a supplement to the bibliography, i.e. a list of the papers Hans Ankum published from 1995 until the printing of the publication. Naturally, the publication includes only a small number of papers from his inexhaustible workshop (e.g. La “codification” de Justinien était-elle une véritable codification?; Was Justinian’s *Corpus Iuris Civilis* a Codification?; Pap. D.21.2.65: the legal Position of two Heirs who sold a thing mortgaged by the Deceased; La laconisme extreme de Papinien; Le *minor captus* et le *minor circumscriptus* en droit romain classique; Gab es im klassischen römischen Recht eine exception und eine replication *legis Laetoriae*; Alcuni problemi concernenti la responsabilità per evizione del venditore nel diritto romano classico; Eviction of servitudes in Roman law; El character jurídico de la action *legis Aquiliae* en el derecho romano classico; Römisches Recht im neuen niederländischen Bürgerlichen Gezezbuch).

As the winner of the Ursicino Álvarez Award in Spain, Hans Ankum acquired his second anthological collection of articles. The compendium comprising 15 of his articles was published in Madrid in 2014, under the title *Nueva antología romanística* in the *Colección Premios Ursicino Álvarez* edition by prominent Spanish publisher Marcial Pons (e.g. Towards a rehabilitation of Pomponius; *Quanti ea res erit in diebus xxx proximis* dans le troisième chapitre de la *lex Aquilia*: un fantasma florentin; Actions by which we claim a thing (*res*) and a penalty (*poena*) in classical Roman law; La noción de *ius publicum* en Derecho Romano; Papiniano, un jurista oscuro?; Fusion and ‘transfusion’ of legal institutions in Justinian’s *Corpus Iuris Civilis*; D.21,2,66 pr. Eine schwierige Papanianstelle über die auctoritas-Haftung des Verkäufers im Fall umgekehrter Eviktion).

The anthology also lists a bibliography of papers now including 327 bibliographical units, i.e. papers, published in the period from 1952 to 2013.

His academic contribution, as well as his renown, and the influence he wielded in the international academic community resulted in his acquiring the rank of *Doctor Honoris Causa* at seven universities, namely: in France – Aix-Marseille (1985), in Belgium – Vrije Universiteit Bruxelles (1986), in Germany – Bochum, Ruhr Universität (1995), at the University of Belgrade (2005), at Charles University in Prague (2008), in Spain – Univesidad de Murcia (2015), and in Bulgaria – UNWE Sofia (2015).

Hans Ankum fostered collegial relations and friendships with many colleagues from the University of Belgrade Faculty of Law, as well as of faculties of law in Novi Sad, Niš, Kragujevac, and other universities of the then common country of Yugoslavia: in Podgorica, Split, Banjaluka and Skoplje.

His relationship with our School of Law was a very long and rich one. He summed it up in his brief address on the occasion of receiving the *Doctor Honoris Causa* degree at ceremony organized on 21 October 2005, at the Rectorate of the University of Belgrade:

*‘My contacts with colleagues in Belgrade started with Dragomir Stojčević who, after having read a paper for the Amsterdam Roman Law Group called “Forum Romanum”, founded a “Forum Romanum” in this town that will celebrate tomorrow its seventh lustrum. There were early contacts – and there still are contacts – with Madame Jelena Danilović who read in the nineteen sixties at the congresses of the Société d’Histoire du Droit vivid papers on the old private law of Dubrovnik and who came several times for lectures of Roman law to the Netherlands. With my friend Obrad Stanojević my contacts started thirty years ago; the first point of common interest was the Roman lawyer Gaius on whom he wrote an interesting book defending Gaius` excellent qualities as a lawyer; the French version of this book appeared in the Netherlands. The mixed friendly and scientific connections continued with younger colleagues as Sima Avramović, one of the rare specialists on old Greek law, Miroslav Milošević, a learned Romanist whom you can only meet in Belgrade, Milena Polojac, who wrote her thesis on the actio de pauperie partly in Amsterdam and Žika Bujuklić, for whom I followed during many years everything that was published on Roman republican legislation.’* (Ankum, Hans. 2005. Connections in Roman Law between Amsterdam and Beograd. *Orbis iuris romani* 10: 263–264).

It was thanks to the interceding of Hans Ankum that the monograph on Gaius, written by our professor Obrad Stanojević, was published in Amsterdam, in 1989, in French (Stanojević, Obrad. 1989. *Gaius noster: plaidoyer pour Gaius*. Amsterdam: J. C. Gieben within the framework of the edition *Studia amstelodamensia ad epigraphicam ius antiquum e papyrologiam pertinentia*). Later on, writing an article dedicated to Hans Ankum, Obrad Stanojević noted:

*“For our Hans I have always felt an admiration and, by time, friendship and gratitude. Admiration for his energy, his ability to answer promptly all correspondence by handwriting (not always legible, though). For his skills to teach young Romanists how to survive within the Ocean of the literature and how to use the Digest. Friendship and gratitude for his extrovert and kind nature and for his readiness to help. He has not only offered me to publish my book on Gaius, but he has personally*

*corrected my French (minus quam perfect) and has asked another noble character of our Society, Jacques Michel to give me a hand in that respect. His club Forum Romanum was shown nice results in the last 30 years of existence. Hans has visited our club in many occasions and has spoken about Hugo Grotius, commodatum, praetorian ownership and other topics. This paper...., I am dedicating to Hans ANKUM, to HANS NOSTER.”* (Stanojević, Obrad. 1997. Gaius and Pomponius. Notes on David Pugsley, *RIDA XLIV*: 333–356)

In 1993, when Serbia was under international sanctions, Hans Ankum, lead organizer of SIHDA in Amsterdam at the time, provided visas for our professors, teachers and associates, as well as covered all the relevant costs.

He sent hundreds, and even thousands of photocopied pages of literature to all those who needed them. He handled all of that on his own, himself operating the copying machine, and the envelopes addressed in his distinct handwriting reached every corner of the world, and all those who needed them, wherever literature was in short supply. He was able to eliminate all the obstacles to accomplish his final goal. If he could not provide the literature any other way, he would purchase the books himself and send them as gifts.

He published in our country, the then State of Serbia and Montenegro, some of his most successful lectures, subsequently transposed into articles (Ankum, Hans. 2001. Was Justinian's *Corpus iuris civilis* a codification? *Zbornik Pravnog fakulteta u Podgorici* 32: 9–22; Ankum, Hans. 1/2006. Rescripts of Roman emperors promulgated until the end of the reign of Diocletian in 305 A.D. *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu* (Collected Papers Novi Sad Faculty of Law) 40: 9–18; Ankum, Hans. 2007. *Extravagantes, Scritti sparsi sul diritto romano*. Napoli: Jovene editore).

All of this, as well as many other details were evoked with gratitude by Sima Avramović, Žika Bujuklić and Milena Polojac, at the commemoration organized by the Department of Legal History several days after receiving the sad news about the death of Hans Ankum.<sup>1</sup>

My study visit and stay in Amsterdam was, no doubt, the most inspiring event and experience at the beginning of my academic career. Daily visits to the library of the Amsterdam School of Law, where Hans Ankum used to come regularly, my discussions with him about my doctoral thesis, and the manner of communication in which he absolutely never showed any inclination to act as a senior authority in relation to a beginner, his enormous personal library, his invitation for me to deliver

---

<sup>1</sup> Department of Legal History organized a commemoration on the 11<sup>th</sup> of June 2019, dedicated to Professor Hans Ankum.

a lecture at the Amsterdam Forum, all of these were a huge intellectual impetus and support for me. This extended on to other conferences and seminars, then, through his participation in the committee assessing the defence of my doctoral thesis at the Faculty of Law in Belgrade, as well as through his assistance in my work on the preparation of my book, which was to be published in English, and equally, in the most difficult moments of my academic career. I have tried to express my gratitude and profound respect for him in my regular contacts with him, especially in the form of correspondence, which never ceased, until the last days of his life.

His academic legacy will remain for the generations to come, reminding us of the greatness of Roman law, and teaching us the skills of exegesis. We shall remember him not only as a brilliant and admirable scholar and professor, but also as a great friend who was with us in moments of joy, as well as in difficult times. His numerous separates and letters written in his specific handwriting will remain as mementoes of a man who fostered friendships and was sincerely interested in the lives of his friends and their families. Neither age nor health problems could stop Hans Ankum in his intention to live the life he loved. He kept writing articles, attending congresses, writing letters to his friends, while his greatest passion – classical music – was his haven. It escorted him to eternity after the last of the numerous concerts he attended at his favourite *Concertgebouw*. His extraordinary personality will remain in the hearts of all those he generously supported, and whose lives he has immensely enriched. And there are so many of them.

## 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 у Београду* јесте да аутори издавачу дозволе да објављиви дело, да гарантују право да ће *Анали* бити 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 се дистрибуирају 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 било ком другом медију. Аутор такође изјављује да је носилац ауторског права, да је обавештен о правима трећих лица и да је испунио захтеве који произлазе из тих права.

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

Информације о уредничкој политици *Анала Правног факултета у Београду* видети на: [ojs.ius.bg.ac.rs/index.php/anali/about/editorialPolicies#open%20AccessPolicy](https://ojs.ius.bg.ac.rs/index.php/anali/about/editorialPolicies#open%20AccessPolicy).

Ако желите да предате свој рад *Аналима Правног факултета у Београду*, молимо вас да пратите следећа упутства.

Ако предајете рад на енглеском језику, молимо вас да пратите посебно упутство које је доступно на: [ojs.ius.bg.ac.rs/index.php/anali/information/authors](https://ojs.ius.bg.ac.rs/index.php/anali/information/authors).



Рукопис треба да буде уређен на следећи начин:

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

## 1. НАСЛОВНА СТРАНА

**Насловна страна рукописа треба да садржи следеће податке:**

- наслов текста,
- име, презиме, годину рођења и афилијацију свих аутора,
- пуну адресу за кореспонденцију и адресу електронске поште.

Ако је текст коауторски, молимо вас да доставите тражене податке за сваког аутора.

## 2. АПСТРАКТ И КЉУЧНЕ РЕЧИ

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

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

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

## 3. РУКОПИС И СПИСАК ЛИТЕРАТУРЕ

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

Текстови морају да буду написани у следећем формату:

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

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

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

Све слике и табеле морају да буду поменуте у тексту, према редоследу по којем се појављује.

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

Европска унија – ЕУ,

The United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL

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

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

### **Поднасловe треба писати на следећи начин:**

#### **1. ВЕЛИКА СЛОВА**

##### **1.1. Прво слово велико**

##### *1.1.1. Прво слово велико курсив*

### **Цитирање**

Сви цитати, у тексту и фуснотама, треба да буду написани у следећем формату: (аутор/година/број стране или више страна).

Домаћа имена која се помињу у реченици не треба понављати у заградама:

- Према Милошевићу (2014, 224–234)...
- Римски правници су познавали различите класификације ствари (Милошевић 2014, 224–234)

Страна имена која се помињу у реченици треба да буду транскрибована, а у заградама их треба поновити и оставити у оригиналу. У списку литературе страна имена се не транскрибују:

- Према Коциолу (Koziol 1997, 73–87)...
- О томе је опсежно писао Коциол (Koziol 1997, 73–87).
- Koziol, Helmut. 1997. *Österreichisches Haftpflichtrecht, Band I: Allgemeiner Teil*. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Домаћа дела се цитирају писмом којим су штампана. У списку литературе дело штампано латиницом наводи се само латиницом, а дело штампано ћирилицом наводи се ћирилицом и латиницом, при чему се латинична референца ставља у заграда:

- Према Милошевићу (2014, 347–352)...
- Милошевић, Мирослав. 2014. *Римско право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду – Досије студио. (Milošević, Miroslav. 2014. *Rimsko pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Dosije studio.)
- Вукадиновић (Vukadinović 2015, 27) истиче да јемац испуњава туђу, а гарант своју обавезу.
- У литератури се наводи (Vukadinović 2015, 27)...
- Vukadinović, Radovan. 5–6/2015. О правном regulisanju posla bankarske garancije u novom Грађанском законик. *Pravni život* 64: 17–36.

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

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

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

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

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

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

(видети, на пример, Бартош 1959; Симовић 1972)

(видети посебно Бакић 1959)

(Станковић, Орлић 2014)

### Један аутор

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

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

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

*Л:* Аврамовић, Сима. 2008. *Rhetorike techne – веџтина беседништва и јавни наступ*. Београд: Службени гласник – Правни факултет Универзитета у Београду. (Avramović, Sima. 2008. *Rhetorike techne – veština besedništva i javni nastup*. Beograd: Službeni glasnik – Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.)

*Т:* Васиљевић (2007, број стране),

*Л:* Васиљевић, Мирко. 2007. *Корпоративно управљање: правни аспекти*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. (Vasiljević, Mirko. 2007. *Korporativno upravljanje: pravni aspekti*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.)

### Два аутора

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

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

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

*Л:* Станковић, Обрен, Миодраг Орлић. 2014. *Стварно право*. Београд: Номос. (Stanković, Obren, Miodrag Orlić. 2014. *Stvarno pravo*. Beograd: Nomos.)

### Три аутора

*Т:* Као што су предложили Сесил, Линд и Бермант (Cecil, Lind, Bermant 1987, број стране),

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

### Више од три аутора

*Т:* Према истраживању које је спровео Тарнер са сарадницима (Turner *et al.* 2002, број стране),

*Л:* Turner, Charles F., Susan M. Rogers, Heather G. Miller, William C. Miller, James N. Gribble, James R. Chromy, Peter A. Leone, Phillip C. Cooley, Thomas C. Quinn, Jonathan M. Zenilman. 2002. Untreated Gonococcal and Chlamydial Infection in a Probability Sample of Adults. *Journal of the American Medical Association* 287: 726–733.

*Т:* Поједини аутори сматрају (Варади *et al.* 2012, број стране)...

*Л:* Варади, Тибор, Бернадет Бордаш, Гашо Кнежевић, Владимир Павић. 2012. *Међународно приватно право*. 14. издање. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. (Varadi, Tibor, Bernadet Bordaš, Gašo Knežević, Vladimir Pavić. 2012. *Međunarodno privatno pravo*. 14. izdanje. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.)

### **Институција као аутор**

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

*Л:* U.S. Department of Justice. Office of Justice Programs. Bureau of Justice Statistics. 1992. *Civil Justice Survey of State Courts*. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office.

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

*Л:* Завод за интелектуалну својину Републике Србије. 2015. *95 година заштите интелектуалне својине у Србији*. Београд: Colorgraphx. (Zavod za intelektualnu svojinu Republike Srbije. 2015. *95 godina zaštite intelektualne svojine u Srbiji*. Beograd: Colorgraphx.)

### **Дело без аутора**

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

*Л:* *Journal of the Assembly of the State of New York at Their Forty-Fifth Session, Begun and Held at the Capitol, in the City of Albany, the First Day of January, 1822*. 1822. Albany: Cantine & Leake.

### **Цитирање више дела истог аутора**

Клермонт и Ајзенберг сматрају (Clermont, Eisenberg 1992, број стране; 1998, број стране)...

Баста истиче (2001, број стране; 2003, број стране)...

### **Цитирање више дела истог аутора из исте године**

*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:* Холмс (Holmes 1988, број стране) тврди...

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

### **Поглавље у делу које је издато у више томова**

*T:* Шварц и Сајкс (Schwartz, Sykes 1998, број стране) тврде супротно.

*L:* Schwartz, Warren F., Alan O. Sykes. 1998. Most-Favoured-Nation Obligations in International Trade. 660–664, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Vol. II, ed. Peter Newman. London: MacMillan.

### **Књига са више издања**

*T:* Користећи Гринов метод (Greene 1997), направили смо модел који...

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

*T:* (Поповић 2018, број стране),

*P:* Поповић, Дејан. 2018. *Пореско право*. 16. издање. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. (Popović, Dejan. 2018. *Poresko pravo*. 16. izdanje. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.)

Навођење броја издања није обавезно.

### Поновно издање – репринт

*T:* (Angell, Ames [1832] 1972, 24)

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

### Чланак

У списку литературе наводе се: презиме и име аутора, број и година објављивања свеске, назив чланка, назив часописа, година излажења часописа, странице. При навођењу иностраних часописа који не нумеришу свеске тај податак се изоставља.

*T:* Тај модел користио је Левин са сарадницима (Levine *et al.* 1999, број стране)

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

*T:* На то је указао Васиљевић (2018, број стране)

*L:* Васиљевић, Мирко. 2/2018. Арбитражни уговор и интер-компанијскоправни спорови. *Анали Правног факултета у Београду* 66: 7–46. (Vasiljević, Mirko. 2/2018. Arbitražni ugovor i interkompanijskopравни спорови. *Анали Правног факултета у Београду* 66: 7–46.)

*T:* Орлић истиче утицај упоредног права на садржину Скице (Orlić 2010, 815–819).

*L:* Orlić, Miodrag. 10/2010. Subjektivna deliktна odgovornost u srpskom pravu. *Pravni život* 59: 809–840.

### Цитирање целог броја часописа

*T:* Томе је посвећена једна свеска часописа *Texas Law Review* (1994).

*L:* *Texas Law Review*. 1993–1994. *Symposium: Law of Bad Faith in Contracts and Insurance*, special edition 72: 1203–1702.

*T:* Осигурање од грађанске одговорности подробно је анализирано у часопису *Анали Правног факултета у Београду* (1982).

*L:* *Анали Правног факултета у Београду*. 6/1982. *Саветовање: Нека актуелна питања осигурања од грађанске одговорности*, 30:

939–1288. (*Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*. 6/1982. *Savetovanje: Neka aktuelna pitanja osiguranja od građanske odgovornosti*, 30: 939–1288.)

### Коментари

*T*: Смит (Smith 1983, број стране) тврди...

*L*: Smith, John. 1983. Article 175. Unjust Enrichment. 195–240. *Commentary to the Law on Obligations*, ed. Jane Foster. Cambridge: Cambridge University Press.

*T*: Према Шмаленбаху (Schmalenbach 2018, број стране), јасно је да...

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

*T*: Перовић (Perović 1980, број стране) тврди да...

*L*: Perović, Slobodan. 1980. Član 45. Predugovor. 221–224. *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, ur. Slobodan Perović, Dragoljub Stojanović. Gornji Milanovac: Kulturni centar – Kragujevac: Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu.

### Чланак у часопису или дневним новинама без аутора

*T*: објављено у *Политици* (2019)

*L*: *Политика*. 2019. Србија снажно посвећена европском путу. Март 2019. (*Politika*. 2019. Srbija snažno posvećena evropskom putu. Mart 2019)

*T*: Као што је објављено у часопису *Newsweek* (2000)...

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

### Чланак у часопису или дневним новинама са аутором (ауторима)

*T*: У *Времену* је објављено (Švarn, Georgijev 2018) да...

*L*: Švarn, Filip, Slobodan Georgijev. 2018. Razgraničenje je model u skladu sa politikom etničkog čišćenja. *Vreme*. Avgust 2018.

*T*: (Mathews, DeBaise 2000)

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



### **Необјављени рукопис**

*T:* (Аврамовић, Тодоровић 2017)

*L:* Аврамовић, Павле, Ненад Тодоровић. 2017. Стицање без основа у римском праву. Необјављен рукопис. Универзитет у Нишу, Правни факултет, август. (Avramović, Pavle, Nenad Todorović. 2017. Sticanje bez osnova u rimskom pravu. Neobjavljen rukopis. Univerzitet u Nišu, Pravni fakultet, avgust.)

*T:* (Daughety, Reinganum 2002)

*L:* Daughety, Andrew F., 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, Савић 2017)

*L:* Стојановић, Огњен, Мартин Савић. 2017. Правна природа уговора о кредиту. Радни документ. Институт за право и финансије, Београд. (Stojanović, Ognjen, Martin Savić. 2017. Pravna priroda ugovora o kreditu. Radni dokument. Institut za pravo i finansije, Beograd.)

*T:* (Eisenberg, Wells 2002)

*L:* Eisenberg, Theodore, 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, Павловић 2018)

*L:* Томић, Јанко, Саша Павловић. 2018. Упоредноправна анализа за прописа у области радног права. Радни документ бр. 7676. Институт за упоредно право, Београд. (Tomić, Janko, Saša Pavlović. 2018. Uperednopravna analiza propisa u oblasti radnog prava. Radni dokument br. 7676. Institut za uporedno pravo, Beograd.)

*T:* (Glaeser, Sacerdote 2000)

*L:* Glaeser, Edward L., Bruce Sacerdote. 2000. The Determinants of Punishment: Deterrence, Incapacitation and Vengeance. Working Paper No. 7676. National Bureau of Economic Research, Cambridge, Mass.

### Лична кореспонденција/комуникација

*T:* Као што тврди Дамњановић (2017),

*L:* Дамњановић, Вићентије. 2017. Писмо аутору, 15. јануар.  
(Damnjanović, Vićentije. 2017. Pismo autoru, 15. januar.)

*T:* (Welch 1998)

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

### Стабилни интернет протокол (URL)

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

*L:* Завод за интелектуалну својину Републике Србије. 2018. Годишњи извештај о раду за 2017. годину. <http://www.zis.gov.rs/o-zavodu/godisnji-izvestaji.50.html>, последњи приступ 28. марта 2018. (Zavod za intelektualnu svojinu Republike Srbije. 2018. Godišnji izveštaj o radu za 2017. godinu. <http://www.zis.gov.rs/o-zavodu/godisnji-izvestaji.50.html>, poslednji pristup 28. marta 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 visited 28 February, 2019.

### У штампи

*T:* (Богдановић 2019, број стране)

*L:* Богдановић, Лука. 2019. Економске последице уговарања клаузуле најповлашћеније нације у билатералним инвестиционим споразумима. *Номос*, том 11, у штампи. (Bogdanović, Luka. 2019. Ekonomske posledice ugovaranja klauzule najpovlašćenije nacije u bilateralnim investicionim sporazumima. *Nomos*, tom 11, u štampi.)

*T:* (Spier 2003, број стране)

*L:* Spier, Kathryn E. 2003. The Use of Most-Favored-Nations Clauses in Settlement of Litigation. *RAND Journal of Economics*, vol. 34, in press.

### Прихваћено за објављивање

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

*L:* Petrović, Marko. *Prihvaćeno za objavljivanje. Prava manjinskih akcionara u kontekstu funkcionisanja skupštine akcionarskog društva. Pravni život.*

*T:* Једна студија (Joyce, прихваћено за објављивање) односи се на Колумбијски дистрикт.

*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, чл. 2, ст. 1, тач. 3; Regulation (EU) No. 1052/2013 establishing the European Border Surveillance System (Eurosur), OJ L 295 of 6/11/2013, Art. 2 (3); Directive 2013/32/EU on common procedures for granting and withdrawing international protection (recast), OJ L 180 of 29/6/2013, 60, Art. 6 (3).

*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.

#### 4. ПРИЛОЗИ, ТАБЕЛЕ И СЛИКЕ

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

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

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

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

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

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

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

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

Не треба користити оквир за текст испод или око слике.

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

Графици не садрже било какву боју.

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

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



CIP – Каталогизација у публикацији  
Народна библиотека Србије, Београд  
34(497.11)

АНАЛИ Правног факултета у Београду : часопис  
за правне и друштвене науке = 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:

Joseph E. HARRINGTON, Jr.

*/Horizontal and Vertical Agreements: Differences between the European Union and the United States*

Goran GEORGIJEVIĆ

*/Gift of Professional Income Generated by a Spouse to a Third Person in Mauritian Civil Law*

Marko BOŽIĆ

*/Intellectual History of a Textbook: Radomir Lukić's Introduction to Law between Marx and Kelsen*

Melina ROKAI

*/Constructing a Traitor: The Case of Guichard of Troyes, the Nominal Bishop of Bosnia in the Early Fourteenth Century*

Miloš ŽIVKOVIĆ

*/Contractual Waiver of Claim under the 1978 Yugoslav Code of Obligations*

Наташа ПЕТРОВИЋ ТОМИЋ

*/О ограниченој и усмереној слободи уговарања у уговорном праву осигурања: феномен „поковања“ уговора о осигурању*

Снежана ДАБИЋ

*/Утицај преваре која потиче од сајемца на пуноважност уговора о јемству и права јемца – жртве преваре*

Катарина ДОЛОВИЋ БОЈИЋ

*/О конверзији уговора у српском праву са посебним освртом на судску конверзију*

Никола ВУЈИЧИЋ, Тијана КАРИЋ

*/Процена ризика и напредовање у третману у Казнено поправном заводу у Сремској Митровици*

Boris BEGOVIĆ

*/John Maynard Keynes' The Economic Consequences of the Peace: A Centennial Review*

ISSN 0003 2565

