



ANALI

PRAVNOG FAKULTETA U BEOGRADU

ANNALS

OF THE FACULTY OF LAW IN BELGRADE
BELGRADE LAW REVIEW

JOURNAL OF LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

UNIVERZITET U BEOGRADU

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

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

Glavni urednici ovog časopisa bili su:

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

Međunarodni izdavački savet

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), Dzheneyra 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)

Glavni urednik

Marija Karanikić Mirić

Zamenik glavnog urednika

Boris Begović

Redakcija Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu

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

Sekretari

Miloš Vukotić, Nikola Ilić, Novak Vujičić

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

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

Izdavač

Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

Lektor i korektor

Irena Popović Grigorov, Vuk Tošić

Tehnički urednik

Jovan Đorđević

Dizajn korica

C. I. B.

Slog i prelom

D©SIJE
STUDIO

Štampa

JP Službeni glasnik



ANALI

PRAVNOG FAKULTETA U BEOGRADU

ANNALS

OF THE FACULTY OF LAW IN BELGRADE
BELGRADE LAW REVIEW

JOURNAL OF LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

UNIVERZITET U BEOGRADU

SADRŽAJ

ČLANCI

Yannis Katsoulacos, Legal and Substantive Standards in Competition Law Enforcement: Relationships and Jurisdictional Variations-----	7
Ivana Rakić, Competition Law in the Age of COVID-19 ----	25
Mateja Đurović, Adaptation of Consumer Law to the Digital Age: EU Directive 2019/2161 on Modernisation and Better Enforcement of Consumer Law -----	62
Branko Radulović, Marko Radović, Bias and Predictability in Judicial Decisions Involving Corporate Restructuring: Evidence from Serbia -----	80
Karmen Lutman, Neosnovano obogaćenje u odnosu na ugovorno, deliktno i stvarno pravo -----	100
Valentina Cvetković Đorđević, Neposredno zastupanje u rimskom pravu s osvrtom na moderno pravo-----	123
Miljan Savić, Determinante etičkih uverenja pravnika u Srbiji –	143

PRILOZI

Dragan Pantić, Ko je bio prvi dekan Pravnog fakulteta u Beogradu posle Drugog svetskog rata -----	166
---	-----

ANALIZA ZAKONODAVSTVA

Nikola Bodiroga, O prestanku sudijske funkcije navršenjem radnog veka -----	175
---	-----

KOMENTARI SUDSKIH ODLUKA

Marija Draškić, Privilegovani rok zastarelosti: neujednačena praksa Vrhovnog (kasacionog) suda i stav Ustavnog suda -----	194
---	-----

PRIKAZI

Abbas, S. Ali, Alex Pienkowski, Kenneth Rogoff, eds. 2020. <i>Sovereign Debt: A Guide for Economists and Practitioners</i> . Oxford: Oxford University Press, 436. (Boris Begović) -----	210
Casey-Maslen, Stuart, Tobias Vestner. 2019. <i>A Guide to International Disarmament Law</i> . New York: Routledge, 252. (Andrej Stefanović) -----	218
Vujadinović, Dragica, Zorana Antonijević, eds. 2019. <i>Rodna ravnopravnost u visokom obrazovanju: Koncepti, prakse i izazovi</i> . Novi Sad: Akademska knjiga, 363. (Ivana Barać) -----	227
Stanković, Marko. 2020. <i>Preobražaji federalne države – Deset rasprava o promjenjenoj prirodi i suštini federalizma</i> . Beograd: Izdavački centar Pravnog fakulteta, 409. (Aleksa Nikolić) -----	240

SEĆANJA

Jasminka Hasanbegović, <i>Werner Krawietz (1933–2019)</i> ----	247
Uputstvo za autore -----	251

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

Yannis Katsoulacos, Legal and Substantive Standards in Competition Law Enforcement: Relationships and Jurisdictional Variations-----	7
Ivana Rakić, Competition Law in the Age of COVID-19 ----	25
Mateja Đurović, Adaptation of Consumer Law to the Digital Age: EU Directive 2019/2161 on Modernisation and Better Enforcement of Consumer Law -----	62
Branko Radulović, Marko Radović, Bias and Predictability in Judicial Decisions Involving Corporate Restructuring: Evidence from Serbia -----	80
Karmen Lutman, Unjustified Enrichment in Relation to Contract, Tort and Property Law -----	100
Valentina Cvetković Đorđević, Direct Representation in Roman Law with Reference to Modern Law -----	123
Miljan Savić, Determinants of Moral Beliefs of Lawyers in Serbia -----	143

CONTRIBUTIONS

Dragan D. Pantić, Who Was the First Dean of the Faculty of Law in Belgrade After the Second World War -----	166
--	-----

LEGISLATION REVIEW

Nikola Bodiroga, Termination of Judge's Office with Retirement Age -----	175
--	-----

COMMENTARIES ON COURT DECISIONS

Marija Draškić, Extended Statute of Limitations: Divergent Jurisprudence of the Supreme Court (of Cassation) and the Opinion of the Constitutional Court -----	194
--	-----

BOOK REVIEWS

Abbas, S. Ali, Alex Pienkowski, Kenneth Rogoff, eds. 2020. <i>Sovereign Debt: A Guide for Economists and Practitioners</i> . Oxford: Oxford University Press, 436. (Boris Begović) -----	210
--	-----

Casey-Maslen, Stuart, Tobias Vestner. 2019. <i>A Guide to International Disarmament Law</i> . New York: Routledge, 252. (Andrej Stefanović) -----	218
---	-----

Vujadinović, Dragica, Zorana Antonijević, eds. 2019. <i>Rodna ravnopravnost u visokom obrazovanju: Koncepti, prakse i izazovi</i> . Novi Sad: Akademska knjiga, 363. (Ivana Barać) -----	227
--	-----

Stanković, Marko. 2020. <i>Preobražaji federalne države – Deset rasprava o promjenjenoj prirodi i suštini federalizma</i> . Beograd: Izdavački centar Pravnog fakulteta, 409. (Aleksa Nikolić) -----	240
--	-----

IN MEMORIAM

Jasminka Hasanbegović, <i>Werner Krawietz (1933–2019)</i> ----	247
--	-----

Instructions to Authors -----	251
--------------------------------------	-----

Yannis Katsoulacos, PhD*

LEGAL AND SUBSTANTIVE STANDARDS
IN COMPETITION LAW ENFORCEMENT:
RELATIONSHIPS AND JURISDICTIONAL VARIATIONS

This article reviews recent literature on legal standards and substantive standards in competition law enforcement, with particular emphasis on the relationship between these two fundamental concepts, specifically on how the adoption of a specific substantive standard may affect the legal standards utilized by the courts and by competition authorities. We also examine the substantive and legal standards adopted in different jurisdictions, focusing on the EU (specifically, the EC) and the US, and discuss why legal standards are different in different countries.

Key words: *Competition law enforcement. – Legal standards. – Substantive standards.*

1. INTRODUCTION

This article examines recent literature on legal standards (LS's) and substantive standards (SS's), with particular emphasis on the relationship between these two fundamental concepts and specifically on how the adoption of a specific SS may affect the LS's utilized by the courts and by competition authorities (CA's).

We start with the definitions of these two concepts:

- the substantive (or liability) standard is the *criterion* for reaching a decision (by a CA or the court) on whether or not there is violation of competition law;

* Professor of Economics, Athens University of Economics and Business, yanniskatsoulacos@gmail.com.

- the legal standard (or decision rule) describes *how* decisions are reached: how do we show that the criterion (or SS) is actually satisfied – for specific conduct in a specific case?

Generally speaking, we can show whether or not the criterion is satisfied either through an inference of the effect of the conduct in the specific case, from the presumed effect of a more general population of cases (in which population we believe the specific case belongs), or we can rely on an investigation of the effect of the specific conduct in the specific case.

SS's and LS's are laid down in competition law and by the courts interpreting the law (i.e. by case law), and they evolve and are influenced by a multitude of factors, the most important of them being:¹

- socio-political/cultural factors/ideology; legal tradition;
- historical/economic development; and
- what economic theory suggests with regard to the effects of different types of business conduct and the optimal standards that should be adopted if the objective is to minimize decision errors or maximize social welfare.

In the next section we provide a description of the main types of LS's and SS's that are discussed in the relevant literature on competition law enforcement. Then in Section 3 we examine the SS's adopted in different jurisdictions – with emphasis on the EU, specifically the European Commission (EC)² and the US. In sections 4 and 5 we consider optimal (social welfare maximizing) LS's and the LS's adopted in assessing practices in different countries. Section 6 deals with the relation between SS's and LS's with focus on discussing and explaining why LS are different in different countries. Section 7 offers concluding remarks.

2. TYPES SS's AND LS's

Types of SS's

We can distinguish between the following two broad types of SS's:

- (i) Welfarist SS's, which assume that the criterion for reaching decisions is consumer surplus or economic efficiency; this is usually assumed in academic discussions by economists, but is probably rarely used in practice.

¹ For a more detailed discussion, see Katsoulacos (2019a)

² "EU" and "EC" will be used below interchangeably.

- (ii) Non-welfarist SS's, which can be categorized as:
- 1) SS's that are just one in a *continuum of criteria* that need to be examined in order to form a judgment about the ultimate criterion of welfare, e.g. the criterion of monopoly power or the criterion of an exclusionary effect/“disadvantaging rivals” (or “distorting the competitive process”); and
 - 2) Other non-welfarist SS's related to “*public interest concerns*”, e.g. concerns of equity, or competitiveness promoted through industrial policy, employment, etc. (see, for example, Baker, Salop 2016; Fox, Sullivan 1987; and Gal, Fox 2014).

Types of LS's

Two (broadly defined) types of LS's can be distinguished:

- *Per Se* (or *object-based*), where the decision in a specific investigation of a given conduct is reached on the basis of a *general presumption* about the impact of a general class of conducts, within which we must establish that the investigated conduct falls.³ Beyond placing the conduct in the general class, by virtue of its characteristics, no further investigation is undertaken, e.g. to account for the context within which the behavior took place or to account for the situation that would emerge without the conduct.
- *Effects-based* (EB, or *rule-of-reason*), where the decision is made after pursuing an investigation and assessment of the *specific* case and establishing the impact, *in this specific case*, on whatever liability criterion is used⁴.

The idea of a *continuum* from Per Se (“low”) to Effects-based (“high”) legal standards has gained popularity in recent years. As Jones and Kovacic (2017) note “the general progression in US doctrine has been toward recognition of an *analytical continuum* whose boundaries are set, respectively, by categorical rules of condemnation (per se illegality) or acquittal (per se legality) and an elaborate, fact-intensive assessment of reasonableness (Rule of Reason, RoR). These poles are connected by a range of intermediate tests that seek to combine some of the clarity and

³ Our definition is close to that in Hovenkamp (2017): “Correct application of the per se rule depends critically on a judgement that certain practices are unreasonable as a ‘class’ or family group. As a result, condemnation requires that they be correctly placed within that group” (p. 42).

⁴ The distinction, sometimes used by legal experts, between standards (like EB LS) and rules (like Per Se LS) is not used here.

economy of bright-line rules with the greater analytical accuracy that a fuller examination of evidence can produce.”⁵

In order to locate different LS’s along the continuum, it is useful to consider the additional analysis that is required as we move from a “low” (Per Se) to a “higher” (EB) legal standard. Specifically, the progression towards full effects-based legal standards requires that additional “blocks” or components of economic analysis be applied. These components are associated with:⁶

1. the definition of the relevant market;
2. the assessment of extant market power;
3. the assessment of whether market power raising or exclusionary effects are present;
4. the articulation of a theory of harm to consumers;
5. the assessment of the efficiency effects on consumers and determination of the net effect of the conduct on consumers; and
6. the assessment of *all* potential efficiency effects and of what is, ultimately, the total welfare impact of the conduct.

Clearly, which of these blocks of analysis are taken into account depends on the LS adopted. For example, under Strict Per Se, only the first block needs to be taken into account while under full EB or rule of reason, all six (or at least, five) blocks (depending on the SS) need to be taken into account. If the substantive criterion in the assessment of a conduct is whether or not there is an adverse effect on consumer welfare, clearly, the economic analysis under block 6 is not relevant (i.e. is not needed), while block 6 is also needed when the SS is that of total welfare. Of course, if the SS was non-welfarist, e.g. if it was that of “non-disadvantaging rivals”, even the 4th block of analysis is not needed.

Table 1. Components of Economic Analysis and Legal Standards

⁵ See also Gavil (2008) and Hovenkamp (2017). Alexander (2013) considered Justice Stevens as probably the first to point out that one should think of LS (for dealing with restraints under US Section 1) as forming a *continuum* with Per Se and Rule of Reason being at the opposite ends of this *continuum*. As Italianer notes, the US Supreme Court has explicitly recognized that “the categories of analysis cannot pigeonholed into terms like ‘per se’ or... ‘rule of reason’. No categorical line can be drawn between them. Instead, what is required is a situational analysis moving along what the Court referred to as a ‘sliding scale’”.

⁶ The components can be identified by analyzing the documents on particular decisions made by a competition authority. Empirical analysis on the adoption of LS has been undertaken using this procedure (see Katsoulacos, Avdasheva, Golovaneva (2018) for a detailed description of the methodology and references to empirical work).

<i>Components of economic analysis applied in assessment</i>	<i>Legal Standard</i>
1	Strict Per Se (SPS) LS
1, 2	Modified Per Se (MPS) LS
1, 2, 3	Truncated Effects Based (TEB) LS
1, 2, 3, 4	Intermediate between TEB and Full Effects Based (FEB) LS (ITFEB)
1, 2, 3, 4, 5	FEB LS under a Consumer Welfare Substantive Standard
1, 2, 3, 4, 5, 6	FEB LS under a Total Welfare Substantive Standard

A brief description of the main LS's follows.

Under the *Strict Per Se* (SPS) LS the CA makes decisions only on the basis of the purely formal characteristics of the conduct under investigation, relying on strong presumptions about the implications of the general class of conducts to which the specific conduct belongs regarding welfare (or, more generally, regarding whichever liability criterion is used). Alternatively, one can say that under a SPS LS the CA makes inferences about the effects from the formal characteristics of the conduct.

The *Modified Per Se* (MPS) LS can be considered as a Per Se rule *subject to* a Significant Market Power requirement or, more generally, as supplementing Per Se by undertaking an analysis of market characteristics, for example, when assessing conducts under abuse of dominance or in an information exchange agreement or in a concerted practice for which there is no strong, hard evidence of collusion. Alternatively, one can say that under MPS LS the CA makes inferences about the effects from the formal characteristics of the conduct, detailed analysis of market characteristics and, depending on the type of conduct, the implications of these on incentives for achieving sustainable collusion and/or on the size of extant market power.

Truncated Effects Based (TEB) LS is a higher LS, under which decisions about whether there is liability in the case of a specific conduct are reached by establishing that the characteristics of the specific conduct and of the market in which it is undertaken are such that it belongs to a class of conducts that distort the competitive process by *disadvantaging rivals* (i.e. through exclusionary effects, widely defined) or by enhancing

market power (as in a concerted practice case) and, assuming a welfarist substantive standard, by establishing that the conditions present are such that a strong *presumption* can be made of adverse welfare effects.⁷ Alternatively, one can say that under a TEB LS the CA decides that there is liability by inferring adverse welfare effects from the potential of the conduct to distort the competitive process by disadvantaging rivals (i.e. through exclusionary effects, widely defined) or by enhancing market power (as in a concerted practice case).

The inclusion of analysis 4 (recognizing factors that affect whether exclusion, reduces consumer welfare (before taking account of efficiencies) leads to an *intermediate LS* (between truncated and full effects-based).

Finally, *Full Effects Based (FEB)* represents the LS under which a finding of liability relies on all potential anticompetitive (exclusionary or market power enhancing) and all potential pro-competitive (efficiency) effects of the specific conduct being assessed for the specific case and compared and showing adverse effects on consumer *welfare* (if the SS is that of consumer welfare) or on total welfare (if the SS is that of total welfare).

3. SUBSTANTIVE STANDARDS IN DIFFERENT COUNTRIES

3.1. The SS in the EU

In the EU, under the influence of a strong Ordo-Liberal tradition,⁸ the SS adopted by the Courts is not welfarist; it is that of the impact of the investigated conduct on rivals (or, the impact on the “competitive process”, or impact on “consumer choice”). A number of articles and recent decisions confirm this (see Korah 2010; Blair, Sokol 2012; Gifford, Kurdle 2015; Jones, Kovacic 2017; Sokol 2017). The recent *Intel* (2014) decision provides a very explicit confirmation of this (see Katsoulacos 2019a). In this, the General Court (GC) explicitly rejected the idea that the criterion of “non-disadvantaging rivals” is not the main criterion governing adjudication in the EU.

3.2. The SS in the US

In the US, prior to the late 1970s, there were many “goals” including, importantly, that of protecting the competitive process. Since the end of 1970s however, the US Courts have accepted the view that

⁷ Consequently, under the TEB, there is no investigation for the specific case using analyses 4, 5 and 6.

⁸ Ordo-liberalism reflects a German idea that the market should have some order. See also Coniglio (2017) and Korah (2010).

antitrust law is a “consumer welfare prescription” (Jones, Kovacic 2017) and therefore a showing of liability requires that consumer welfare be reduced (e.g. because of an increase in price without any counteracting benefits to consumers such as improved service quality). It is worth noting that there have recently been quite a few voices that have argued that this should be changed and that the emphasis should return to the protection of the competitive process (see, for example, Werden, Froeb 2018; Wu 2018).

3.3. The SS in Other Countries

Welfarist SS are adopted in a number of other countries and in recent years some have also been moving towards a total welfare SS (e.g. Canada, Australia) where the liability criterion is that of total welfare, rather than consumer welfare. This requires taking into account a wider range of potential efficiencies under a FEB LS than in the case of the consumer welfare SS.

Non-welfarist SS’s related to *public interest concerns* are popular in developing countries and BRICS, but they are recently also becoming more popular in advanced/mature jurisdictions (see, for example, Baker, Salop 2016; Fox 2018).

4. OPTIMAL LEGAL STANDARDS: WHICH LS’S SHOULD BE ADOPTED IF THE OBJECTIVE IS TO MAXIMIZE SOCIAL WELFARE?

Recent literature on optimal legal standards (see Katoulacos, Ulph 2009; Katoulacos, Ulph 2015; Katoulacos, Ulph 2016) assumes a welfarist SS, and adopts a *welfare maximization approach* (which generalizes the traditional decision-theoretic approach) taking into account both decision errors and deterrence effects (and legal uncertainty). The main result emerging from this literature is the following: shifting from Per Se to effects-based legal standards for *presumptively illegal (resp. legal) conducts* will be optimal (and improve welfare by reducing decisions errors and adverse deterrence effects) if:

- The *presumption of illegality (resp. legality)* is not too high;⁹
- The *discriminatory quality* of the economic models (in terms of their ability to distinguish between harmful and benign cases) is sufficiently high.

⁹ In other words, when the probability that the conduct satisfies (resp. does not satisfy) the criterion adopted for violating the law, is not too high.

The presumption of illegality is extremely high for certain (hard-core) horizontal agreements (e.g. price fixing, market sharing, bid-rigging) and this is the reason for the essentially universal unanimity of using a Per Se Illegality LS for these conducts. It is important to understand that for such conduct this (Per Se) LS is indeed the LS that maximizes social welfare.

But what about other conduct types?

Developments in economic theory (specifically in industrial organization) and evidence suggest that the two conditions mentioned above hold for a large number of other conducts in abuse of dominance and vertical constraints, and consequently, for these conducts, EB LS's seem appropriate (i.e. they are optimal, from the standpoint of social welfare maximization). Furthermore, legal uncertainty issues may not reverse this conclusion (Katsoulacos, Ulph 2015; Katsoulacos, Ulph 2016).

These developments in economic theory have been an important factor responsible for a move towards more EB LS's, for vertical restraints and abuse of dominance practices, in the US in the last 25 years. As noted in Gavil (2008), after the Sylvania decision "the Court systematically went about the task of dismantling many of the per se rules it had created in the prior fifty years, and increasingly turned to modern economic theory to inform its interpretation and application of the Sherman Act."

But this move has not been universal and it has not been followed in the EU (including most of its member states) and many other countries. We need to provide an explanation, as this observation suggests that the LS's adopted in practice in many countries will not maximize social welfare. First, let us take a closer look at the LS's actually adopted in the EU and the US.

5. LEGAL STANDARDS IN US AND EU ENFORCEMENT

Below we discuss the LS's adopted in the US and the EU for the two main categories of conduct other than horizontal agreements (which are universally treated as Per Se): vertical restraints and abuse of dominance practices.

5.1. Vertical Restraints – US

The US makes a vertical restraint lawful if consumers benefit (therefore the consumer welfare SS is used, as previously mentioned) after investigating all the implications (on consumer welfare) of the specific restraint (therefore, the rule of reason LS or FEB is used). For example, resale price maintenance can raise prices to consumers but not

be prohibited if the defendants can show there are non-price benefits to consumers (such as retailers providing better service) which means consumers are not harmed on net.

Even if exclusive dealing is shown to significantly foreclose rivals, plaintiffs must go further and establish that it is detrimental to consumers, such as higher prices or reduced product variety. With regards to customer and territorial restraints, anticompetitive concerns are raised only if those restraints impair inter-brand competition (as opposed to competition among retailers of the same brand) and it is then shown that consumers are worse off.

To conclude, in the US it is required 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.

5.2. Vertical Restraints – EU

Under EU law, Article 101(1), the European Commission (EC) must establish 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 US approach, there is a significant difference. As mentioned “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 EC 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 et al. 2005) That is, the SS concerns “impact on the competitive process”. In turn, depending on the type of the restraint, the LS is either a MPS Illegality or a TEB Illegality LS. As we indicate below, the non-welfarist SS adopted in the EU can be considered an important factor responsible for this.

5.3. Abuse of Dominance (AoD) Practices – US

With regard to legal standards in assessing AoD cases, since the end of the 1970s there have been two competing schools in the US: the Chicago School, arguing for MPS (or TEB) legality, and the Post-Chicago School, arguing for FEB or Rule of Reason (see, for example, Evans,

Padilla 2005). Especially, perhaps, in the hi-tech/innovation intensive markets, the MPS legality prescription has been winning, despite the growing voices that things should change.

5.4. AoD Practices – EU

As noted in Geradin, Petit (2010), under a presumption of illegality, the assessment of AoD cases in the EU has relied on “old, formalistic legal appraisal standards, and (has shown) a reluctance to endorse a modern economic approach.” In another review, Neven (2006) reached the same conclusions. In Ibanez (2016), the extensive review of the European Courts’ choice of legal standard in AoD cases shows that, for a large number of practices associated with such cases, the standard is one of Modified Per Se Illegality while for the rest the legal standard is the so-called truncated effect-based LS (which certainly falls short of the full effects-based). However, a more recent detailed empirical analysis of all the EC antitrust decisions, looking at the LSs implicit in the economic analysis utilized by the EC CA (DGCOMP), shows that while these are findings are confirmed on average for a period of over 20 years (from 1992 – 2016), there is a systematic move towards full effects-based in AoD cases in recent years.

A summary:

Table 2. SS’s and LS’s in EU vs. US for Vertical Restraints and AoD practices

	Substantive Standard	Presumption and Approach to Decision Errors	Legal Standard
EU	Non-disadvantaging rivals	Illegality (i.e. conduct assumed to have exclusionary or market power raising effects, on average). Emphasis on false acquittals.	MPS Illegality or TEB Illegality
US	Consumer Welfare	Legality (i.e. conduct assumed to increase consumer welfare, on average). Emphasis on false convictions.	MPS Legality, or TEB Legality (especially in the hi-tech cases)

6. EXPLAINING DIFFERENT PRESUMPTIONS AND TYPES OF LEGAL STANDARDS IN THE EU AND THE US

6.1. Explaining Different Presumptions in the EU and the US

AoD practices, conducted by firms with a dominant position, is considered presumptively illegal in EU, while they are considered presumptively legal in the US. Both positions can be correct, if we take into account the differences in SS in the two jurisdictions. Conduct that is considered on average to have exclusionary effects (and as such is considered presumptively illegal under the EU SS) can simultaneously be considered, on average, not to reduce consumer welfare (and as such is considered presumptively legal under the US SS).

6.2. Explaining Different Legal Standards

While normative economic theory examines the choice of legal standards to maximize social welfare, empirical observations are not always consistent with this theory's predictions, as discussed above. According to the recently developed positive theory of the choice of LS's (see Katsoulacos, 2019b), these are adopted by the CA in anticipation of the standards that are adopted by the appeal courts, taking into account reputation-related and cost concerns of the CA. Thus, in this approach, one needs to examine the factors that influence the courts' choice of LS's, an important one being the courts' SS. Recent analysis of the relationship between legal and substantive standards shows the important influence of the latter on the choice of the former. Specifically, it is explained why the adoption of non-welfarist substantive standards makes more likely the adoption of Per Se LS's for presumptively illegal conducts (Katsoulacos 2019a).

6.3. The Relation Between SS's and LS's

Two recent articles (Katsoulacos 2019a, and Katsoulacos 2019b) examine the relation between SS's and LS's—specifically how the former influences the choice of the latter. The analysis is used to shed light on the question of the factors that determine the differences in the choice of LS's in different jurisdictions. It is shown that a very important factor behind these differences can be the fact that, in different countries, the courts do not adopt the same SS's. Indeed, it is argued that this may be one of the main factors behind the most significant remaining divergence in antitrust enforcement in the EU and North America, which is that the former continues to use Per Se or “object-based” LS's to a much greater extent.

As noted above, in the EU, under the influence of a strong *Ordo-Liberal* tradition, the SS is not welfarist; it is related to the impact of the investigated conduct on rivals (or, impact on the “competitive process”). Generally, when a court would consider it best to use a non-welfarist SS such as that of not-distorting the competitive process or not-disadvantaging rivals), it would be more likely to consider conducts as presumptively illegal rather than presumptively legal. Also, for the former, the use of this non-welfarist SS will lower the LS adopted by the court closer to *Per Se*, by increasing the strength of the presumption of illegality, since the probability that a conduct is exclusionary (i.e. that it violates the liability criterion of exclusion) is higher than the probability that it is consumer-welfare reducing (i.e. that it violates the liability criterion of consumer harm). Anticipating this, a utility-maximizing CA (motivated by reputation and cost concerns) will adopt (at best) the same (low) LS, or an even lower LS than the court (Katsoulacos, 2019b). As a consequence, this will significantly reduce the extent to which economic analysis will be relied upon in determining liability in any specific case.

More specifically, Katsoulacos (2019a) illustrates that welfarist SS's should not be confused with EB (rule-of-reason) LS's, as is commonly done in literature. We can have EB LS's without welfarist SS's and we can have *Per Se* LS's with welfarist SS's. A characteristic example of the misunderstandings is the exchange in Wils (2014) and Rey, Venit (2015), concerning the EC's Intel case. The latter criticizes the EC and GC “for not using (full) effects-based” (meaning FEB under an welfarist SS), while the former commends the EC and GC “for using the (appropriate) effects-based” (associated with a non-disadvantaging rivals SS): Wils (2014) was right, in the sense that given the non-welfarist SS adopted by the GC, it did not even make sense to use a full effects-based LS (see also Peepercorn 2015).

In the case of Intel, if under an welfarist SS the socially-optimal LS is FEB, with a disadvantaging-rivals SS (as the one applied by EU Courts), the LS adopted is likely to be even lower than TEB, i.e. it is likely to be the MPS LS – which is in fact the LS adopted by the GC. The GC's LS choice is completely rational given its objective (which is essentially to protect rival firms). In summary, given the SS of EU courts, it is natural to find that conduct by dominant firms is considered presumptively illegal and is often assessed using the MPS Illegality LS. If the courts were to switch to welfarist objectives, in AoD cases the LS's are likely to move closer to FEB.

6.4. Explaining Avoidance of FEB in AoD Cases in Both Jurisdictions

It is important to observe that in a number of recent hi-tech AoD cases (such as those involving Google and Intel) both the EU¹⁰ and the

¹⁰ The EU Courts and the EC's Legal Service.

US jurisdictions avoided the adoption of FEB LS's. To explain this we start by noting that the discriminatory quality of economic models and economic evidence in AoD cases is lower than that of mergers and vertical restraints. This fact makes such modeling and related evidence much more likely to be rejected (and decisions reversed or annulled). This constitutes a very serious disincentive for the use of FEB by the CA in AoD cases. Agencies (and in the case of the EC, more specifically, the EC's Legal Service) are making decisions by anticipating the courts' choices and minimizing the risk of annulment (thus avoiding adverse reputation effects). The intensive use of economic modeling and evidence entailed by using FEB can increase the disputability of decisions and consequently it is expected, *ceteris paribus*, to increase the rate of annulment by appeal courts.

There is some evidence of this last effect. Neven (2006) looks at all the appeals against EC decisions during the 1994–2006 period, and computes the proportion of cases in which the EC prevailed (so decisions were not annulled). He determines a 98% success rate of Art. 82 (now Art. 102) AoD decisions that “have remained focused on form”, which “is striking”. The proportion of mergers and Art. 81 (now Art. 101) cases that focus on the effects is much lower – 75%. Neven considers this “probably the most important insight of (his) findings”. The evidence presented by Neven is not however confirmed when a much larger/updated dataset (that considers EC decisions until 2016) is examined in order to identify whether moving closer to FEB in antitrust decisions by the EC's CA (DGCOMP) increases the rate of annulment (Katsoulacos, Makri, 2020) .

Thus we have:

- In the EU, for infringement, the courts need a showing of only exclusionary potential, with conduct considered presumptively illegal. Given this, it is natural for the EC to adopt MPS (or TEB) Illegality LS's.
- In the US, for infringement the courts require a showing of reduction in consumer welfare, with conduct considered presumptively legal. Given this, agencies attempting to show infringement through a FEB LS would be too risky (and more costly), so they adopt MPS (or TEB) Legality.

The US Google case perhaps best illustrates the situation in the US. Concluding its 2013 investigation the FTC noted that “the law protects competition, not competitors” and that there was not enough factual evidence of alleged “search bias” to support a complaint. Interpreting the outcome, Kovacic (2018) states that “Supreme Court rulings have given dominant firms more freedom [than in the EU] to control pricing, product development and marketing” noting that “I believe that the crucial factor

that led the FTC to back down was its perception that Google ultimately would prevail in the Courts. If the US doctrine resembled the EU antitrust doctrine regarding dominant firms, there is a strong chance that the FTC would have brought its own case.”

6.5. Will the ECJ Intel Decision Change the Situation in the EU?

The European Court of Justice (ECJ) decision¹¹ on Intel represents a move in the right direction for the EU. The ECJ decision does ask the GC to move away from MPS Illegality, towards *more effects– based illegality*, whereby it must be established that rivals are indeed disadvantaged, by *undertaking an As Efficient Competitor investigation for the specific case* (and *not* only relying on inference). But this is certainly not a request for FEB, which takes seriously into account efficiencies and undertakes a balancing test, given that the ECJ, as the GC, also adopts the “non-disadvantaging rivals” SS under which there is no scope for a FEB LS.

6.6. The Importance of Innovation in the Choice of SS and LS

It has recently been stressed by many authors that enforcement in innovation-intensive markets must be re-calibrated to preserve the incentive to innovate (by placing more weight on dynamic competition over static competition). This is right. It has also been suggested by some authors that the situation could be improved by abandoning the consumer welfare SS and switching to a “protection of the competitive process” SS. For example, Wu (2018) states that “this small change... would make antitrust far more attentive to dynamic harms.” The suggested switch in the SS, could shift the presumption from legality to illegality or, if the presumption is one of illegality, it will increase the strength of the presumption of illegality. In either case, the impact will be to make it even more likely to adopt MPS or TEB Illegality LS’s, rather than FEB LS’s. From a welfare-maximization (or decision-error minimization) perspective, this suggestion would be sensible if one accepts that exclusionary conduct against new highly-innovative firms is *highly* likely to be harmful to welfare in the long run. In this case, a showing of exclusionary effects can be presumed to be welfare-reducing with a high probability, i.e. the strength of the presumption of illegality of exclusionary conduct is very high (and hence a TEB Illegality LS is indeed justified).

¹¹ Judgment in Case C-4 13/14 P *Intel v. Commission* (Sept. 2017).

7. CONCLUDING REMARKS

While economics literature, under the assumption of a welfarist SS, suggests that EB LS's should be very widely adopted in competition law enforcement, for conducts other than hard-core horizontal agreements, in practice this is not observed in the assessment of many business conducts. Among the more mature jurisdictions, this is particularly pronounced in the EU (though FEB is also avoided in the US in recent hi-tech AoD cases). The non-welfarist SS's and illegality presumptions that the EU Courts have been adopting are likely to be mainly responsible for the differences in the LS's adopted (especially in relation to abuse of dominance cases) in the EU (MPS or TEB Illegality) relative to North America (MPS or TEB Legality).

In summary, the European courts adopt non-welfarist SS's and this influences their presumptions and choice of LS's: the former are presumptions of illegality and the latter are Modified Per Se (or TEB) Illegality LS's. The EC, in turn, chooses Modified Per Se (or TEB) Illegality standards, anticipating the choice of the courts. Clearly, it does not make sense to criticize the EC for acting in anticipation of the courts' choices. It also does not make sense to criticize the courts for a LS choice that is rational, *given* their SS. But it may indeed make sense to criticize the EU courts for using the wrong (non-welfarist) SS's.

REFERENCES

- Baker, Jonathan, Steven Salop. 2016. Antitrust, Competition Policy and Inequality. mimeo, George Town University Law Center.
- Blair, Roger D., Daniel D. Sokol. 2012. The Rule of Reason and the Goals of Antitrust: An Economic Approach. *Antitrust Law Journal* 78 (2): 451–504
- Blair, Roger D., Daniel D. Sokol. 2013. Welfare Antitrust in US and EU Antitrust Enforcement. *Fordham Law Review* 81: 2497–2451.
- Coniglio, Joseph V. 2017. Rejecting the Ordoliberal Standard of Consumer Choice and Making Consumer Welfare the Hallmark of an Antitrust Atlanticism, *CPI Antitrust Chronicle* 1 (2): 65–70
- Cooper, James C., Luke M. Froeb, 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
- Evans, David S., Jorge Padilla. 2005. Designing Antitrust Rules for Assessing Unilateral Practices: A Neo-Chicago Approach. *University of Chicago Law Review*, Vol. 72, Winter 2005.

- Fox, Eleanor M. 2018. Competition Policy at the Intersection of Equity and Efficiency: The Developed and Developing Worlds. *The Antitrust Bulletin* 63: 3–6.
- Fox, Eleanor M., Lawrence A. Sullivan. 1987. Antitrust Retrospective and Prospective: Where Are We Coming From? Where Are We Going?, *NYUL Rev* 62.
- Gal, Michal, Eleanor M. Fox. 2014. Drafting Competition Law for Developing Jurisdictions: Learning from Experience. Working paper. NYU Law and Economics 374.
- Gavil, Andrew. 2008. “Burden of Proof in U.S. Antitrust Law”, in *Issues in Competition Law and Policy*, 125, ABA Section of Antitrust Law.
- Geradin, Damien, Nicolas Petit. 2010. Judicial Review in EU Competition Law: a Quantitative and Qualitative Assessment. TILEC DP No. 2011-008.
- Gifford, Daniel J, Robert T Kurdle. 2017. *Michigan Law Review*, Vol. 115, issue 6, for the multi-objective character of EU Competition Law.
- Hovenkamp, Herbert. 2018. The Rule of Reason. *Florida Law Review* 2471.
- Ibanez, Pablo. 2016. Beyond the ‘More Economics-Based’ Approach: A Legal Perspective On Art. 102 TFEU Case Law. *Common Market Law Review*, Vol. 81, issue 5.
- Italianer, Alexander (2013), Competition Agreements Under EU Competition Law. Speech at 40th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy.
- Jones A and W Kovacic (2017), Identifying Anticompetitive Agreements in the US and the EU: Developing a Coherent Antitrust Analytical Framework. *Antitrust Bulletin* 62(2): 254–293.
- Katsoulacos Yannis, Galatea Makri. 2020. The role of economics and the type of legal standards in antitrust enforcement by the EC: an empirical investigation. DP available in CRESSE Publications <http://www.cresse.info/default.aspx?articleID=3388>, last visited on 11 January 2020.
- Katsoulacos, Yannis, David Ulph. 2009. Optimal legal standards for Competition Policy. *Journal of Industrial Economics* 57(3): 410–437.
- Katsoulacos, Yannis, David Ulph. 2015. Legal Uncertainty, Competition Law Enforcement Procedures and Optimal Penalties, *European Journal of Law and Economics* 41, 255–282.

- Katsoulacos, Yannis, David Ulph. 2016. Regulatory Decision Errors, Legal Uncertainty and Welfare: a General Treatment. *International Journal of Industrial Organization* Vol. 53(C): 326–352.
- Katsoulacos, Yannis, Eleni Metsiou, David Ulph. 2016. Optimal Substantive Standards for Competition Authorities. *Journal of Competition, Industry and Trade* Vol. 16(3): 273–295.
- Katsoulacos, Yannis, Galatela Makri, Eleni Metsiou. 2019. Antitrust Enforcement in Europe in the Last 25 Years: Developments and Challenges, *Review of Industrial Organization* 55: 5–26.
- Katsoulacos, Yannis, Svetlana Avdasheva, Svetlana Golovanova. 2018. A Methodology for Empirically Measuring the Extent of Economic Analysis & Evidence and Identifying the Legal Standards in Competition Law Enforcement. In Festschrift in Honour of Frederic Jenny, *Concurrences Review*.
- Katsoulacos, Yannis. 2019a. A Note on the Concepts of Legal Standards and Substantive Standards (and how the latter influences the choice of the former). *Journal of Antitrust Enforcement* 0: 1–21.
- Katsoulacos, Yannis. 2019b. On the Choice of Legal Standards: a Positive Theory for Comparative Analysis. *European Journal of Law and Economics* 48.
- Korah, Valentine. 2010. “The reform of EC Competition Law: The challenge of an optimal enforcement system”, in *The Reform of EC Competition Law*, edited by Ioannis Lianos and Ioannis Kokkoris, The Hague: Kluwer Law International.
- Neven, Damien. 2006. Competition Economics and Antitrust in Europe. *Economic Policy* 21(48): 741–791.
- Peepercorn, Lucas. 2015. Conditional pricing: Why the General Court is wrong in Intel and what the Court of Justice can do to rebalance the assessment of rebates, *Concurrences* 43–63.
- Rey Patrick, Jim Venit. 2015. An Effects-Based Approach to Art. 102: A Response to Wouter Wills, *World Competition* 38(1).
- Sokol, Daniel D. 2017. Troubled Waters Between US and European Antitrust. (Review of Gifford, Kurdle 2017) *Michigan Law Review*, Vol. 115(6): 955.
- Werden, Gregory J. 2014. Antitrust’s Rule of Reason: Only Competition Matters. *Antitrust Law Journal*, 72.
- Werden, Gregory J., Luke Froeb. 2018. Back to School: What the Chicago School and New Brandeis School Get Right. Symposium on Re-Assessing the Chicago School of Antitrust Law.

Wils, Wouter. 2014. The Judgement of the EU General Court in Intel and the So-Called More Economic Approach to Abuse of Dominance, *World Competition* 37(4), 405–434.

Wu, Tim. 2018. After Consumer Welfare: Now What? The “Protection of Competition Standard” in Practice”, *CPI Antitrust Chronicle*.

Article history:

Received: 11. 1. 2020.

Accepted: 11. 2. 2020.

UDK 616.98:578.834]:346.5

CERIF: S144

DOI: 10.5937/AnalPFB2002025R

Ivana Rakić, PhD*

COMPETITION LAW IN THE AGE OF COVID-19

The aim of this article is to provide a short overview and analysis of some competition authorities' responses to the COVID-19 emergency, by evaluating the state of play and, where relevant, making proposals for how competition law and its enforcement might develop worldwide. The article contributes to the existing international debate about the consequences of the current COVID-19 crisis on competition law. The analysis is limited to restrictive agreements, abuse of dominance and merger control.

The undertakings must primarily be aware of that current crisis is not an excuse to breach competition laws and that competition laws continue to apply, with no general crisis exemption, nor during the COVID-19 crisis. The competition authorities are accommodating their practice in addressing restrictive agreements (cooperation between competitors in times of economic crisis), abuse of dominance (measures to protect against exploitative pricing), and merger control (procedural and substantive aspects of control).

Key words: *Competition law. – Restrictive agreements. – Abuse of dominance. – Merger control. – COVID-19.*

1. INTRODUCTION

Coronavirus disease (COVID-19), which appeared in December 2019, has spread rapidly across the globe, bringing considerable human casualties and major economic disruption. On 11 March 2020, the World Health Organization (WHO) pronounced global outbreak of the disease,

* Special Adviser, Commission for Protection of Competition of the Republic of Serbia; Research Fellow and External Associate, Institute of Comparative Law in Belgrade, ivanarakić12@gmail.com.

declaring COVID-19 a pandemic, which was previously announced as a public health emergency of international concern.¹ According to the WHO, as of 30 April 2020, the novel disease had caused 3,090,445 confirmed human infections, with 217,769 deaths, in 213 countries, areas or territories with confirmed cases, with a fast-rising share of these worldwide (WHO 2020a). The COVID-19 pandemic has become the most challenging health emergency of our time, causing at the same time devastating implications in economic, political, social and psychological spheres of lives.

Apart from being a global health concern, COVID-19 is having major consequences on the world economy. According to the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), when assessing the economic impact of the COVID-19 pandemic, it is the third and greatest economic, financial and social shock of the 21st century, after 9/11 and the global financial crisis of 2008, which brought a halt in production in affected countries, hitting supply chains across the world, a steep drop in consumption together with a collapse in confidence and a sharp decline in services that reflects the consequences of lockdowns and social distancing, especially in urban settings (OECD 2020a, 3). Experts predict that if economic activity uninterruptedly freezes up due to restrictions, quarantine, and people staying at home, the consequences will be much more negative for economic growth, including turbulence in financial markets where the global spread of COVID-19 has heightened market risk aversion in ways not seen since the global financial crisis (OECD 2020b, 1).

According to the preliminary projections of the International Monetary Fund (IMF), it is very likely that in 2020 the global economy will experience its worst recession since the Great Depression, surpassing that seen during the 2008–09 global financial crisis. The COVID-19 crisis (also being called ‘the Great Lockdown’) is projected to shrink global growth dramatically (IMF 2020a, v). For example, as a result of the pandemic, global growth is projected at –3.0 per cent in 2020, an outcome far worse than during the previous global financial crisis, while growth in the European Union (EU) is projected at –7.1 per cent (IMF 2020a, 7).² However, it is disclaimed that there is extreme uncertainty surrounding the global growth forecast because the economic fallout

¹ Pneumonia of unknown cause detected in Wuhan (China) was first reported to the WHO Country Office in China on 31 December 2019. The Chinese authorities identified a new type of coronavirus, which was isolated on 7 January 2020. Previously known as “2019 novel coronavirus”, it was officially named on 11 February 2020 by the WHO, as severe acute respiratory syndrome coronavirus 2 (SARS-CoV-2), responsible for coronavirus disease (COVID-19).

² The United Kingdom is excluded from the EU group, which comprises 27 countries.

depends on uncertain factors that interact in ways that are difficult to predict. These include, for example, the pathway of the pandemic, the progress in finding a vaccine and therapies, the intensity and efficacy of containment efforts, the extent of supply disruptions and productivity losses, the repercussions of the dramatic tightening in global financial market conditions, shifts in spending patterns, behavioural changes (such as people avoiding shopping malls and public transportation), confidence effects, and volatile commodity prices (IMF 2020a, 4).

The COVID-19 pandemic is hitting businesses and public authorities hard, including competition authorities. Application of the competition rules in the context of the health crisis, as well as economic crisis and declining markets, represents an additional challenge for the competition authorities. There is a need to maintain the level playing field as one of the tools to pave the way to economic recovery and, at the same time, to respond to rapidly evolving problems, while upholding the basic objectives of competition law, which also remain relevant in a period when undertakings and economies as a whole suffer from crisis conditions.

The fear of competition authorities is that undertakings may use such an unprecedented situation to violate competition law and exploit vulnerable consumers, through excessive pricing, improper collusion between competitors, exchanging commercially sensitive information, minimum resale price maintenance or other anticompetitive conducts. There is increasing pressure on competition authorities to keep markets functioning by allowing a degree of collaboration between undertakings, while aspiring to ensure that they do not exploit the COVID-19 pandemic to justify anticompetitive behaviours to the detriment of the consumers.

The aim of this paper is to provide a short overview and analysis of the responses of selected competition authorities to the COVID-19 emergency, by evaluating the state of play and, where relevant, making proposals for how competition law and its enforcement might be developed worldwide. The paper contributes to the existing international debate about the consequences of the current COVID-19 emergency on competition law. The analysis is limited to the traditional ‘three pillars’ of competition law (restrictive agreements, abuse of dominance and merger control), but does not encompass competition advocacy or state aid. The enforcement of competition law is a ‘traditional’ tool for promotion of a competitive market and thereby protection of competition and consumer welfare, even though it is not the only way and not always the most effective tool to encourage greater competition. This is the primary duty of the competition authorities during the COVID-19. The article does not consider advocacy activities, since simple enforcement of competition law is the only requirement.

2. CONTINUOUS APPLICATION OF COMPETITION LAW WITH NO GENERAL CRISIS EXEMPTION

The question arises as to whether competition policy and its requirements should possibly be relaxed since the COVID-19 crisis may place a large number of undertakings in financial distress, them being unable to avoid the legal risk of competition law infringement during times of economic volatility. Such a risk may be an efficient way to respond to some of those difficulties, but undertakings must be aware of the competition law criteria for such behaviour.

From the standpoint of competition authorities, it is indisputable that there are no general exemptions to competition rules, even in times of crises. Competition authorities apply competition rules strictly, independently of short or long-term fluctuations in market conditions: there is no automatic 'public interest', 'emergency' or 'crisis' exemption to competition law. In response to the COVID-19 crisis, competition authorities announced that competition would still apply to undertakings during COVID-19 outbreak, regardless of numerous calls for the 'suspension' of competition law during the pandemic.

The message of the competition authorities is clear and unambiguous: undertakings must take care to avoid anticompetitive conduct as they manage this pressing global health threat; they are still forbidden from restricting competition by agreement or other forms of coordinated behaviour, as well as by abuse of dominance or anticompetitive mergers. These efforts of the competition authorities are moreover confirmed by warnings that they will be increasingly vigilant against possible harmful undertakings' anticompetitive practices during the COVID-19 crisis. These authorities also publicly stressed that they would not hesitate to enforce their laws aggressively and would not allow anticompetitive practices to be justified on the basis of economic downturn.³

In the short term, it is expected that competition authorities accommodate the needs that arise from the COVID-19 crisis, in that they will choose to enforce competition law more selectively. Their activities should serve as a tool to both facilitate the healthcare response to the pandemic and protect consumers from exploitation, in order to preserve public health and accelerate economic recovery. In this context, it is extremely important to ensure that essential public health products and

³ For example in Brazil, Bulgaria, Canada, the Czech Republic, the EU, France, Hungary, Greece, Ireland, Israel, Italy, Latvia, Luxembourg, Mexico, Poland, Portugal, the Republic of South Africa, Romania, Spain, Turkey, the United Kingdom, the USA, as well as the European Competition Network (ECN), the International Competition Network (ICN), the OECD and the United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD).

services (like medical supplies and equipment) remain available on the market at competitive prices and their supply will not be impeded. This also applies to the pharmaceutical, food and commerce markets.

Consequently, the competition authorities have enhanced monitoring and prioritised competition law enforcement against practices that exploit the current COVID-19 situation to the detriment of consumers and breach competition law.⁴ They considered that was more important than ever that competition, businesses and consumers receive protection under competition law. Therefore, they announced that they would be closely monitoring the prices of certain types of goods, particularly on online sales and delivery platforms (courier/transport services), especially those in high demand due to COVID-19.⁵ Furthermore, for instance, the US Federal Trade Commission and Justice Department announced an expedited COVID-19 antitrust procedure. In such circumstances, competition law should ensure that national and global support measures are effective in combating COVID-19 and help affected undertakings deal with this unprecedented crisis, but keeping in mind the importance of meeting competition policy objectives.

In order to achieve these goals, several competition authorities have established dedicated COVID-19 task forces to address specific issues and challenges affecting competition due to the COVID-19 pandemic, with a priority of monitoring market developments and prices of food and hygiene products, to maintain a sound competitive market structure, as well as to provide information about the application of competition rules, the investigations carried out during the current emergency and procedural matters (e.g. Greece, Poland, the UK, the USA). Moreover, some authorities have launched dedicated websites to provide guidance to undertakings on the compatibility with competition law of concrete conducts, in a way that it serves as information hub where such information may be found (e.g. Australia, the EU, Ireland, the UK, the USA). These websites are updated on a regular basis. Furthermore, competition authorities have also set up mailboxes where undertakings may seek informal guidance on specific issues and their rights and obligations in relation to the COVID-19 crisis.

⁴ For example in Brazil, Bulgaria, Denmark, the Czech Republic, the EU, France, Greece, Israel, the Republic of South Africa, Romania, Spain, the United Kingdom, the USA, Turkey.

⁵ These products are considered COVID-19 relevant products, e.g. relevant medicinal products (including vaccines) and treatments, their intermediates, active pharmaceutical ingredients and raw materials; medical devices, hospital and medical equipment (including ventilators, protective clothing and equipment as well as diagnostic tools) and necessary raw materials; disinfectants and their intermediary products and raw chemical materials necessary for their production (see Communication from the Commission: Temporary Framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak).

For example, the European Commission has pointed out that its dedicated mailbox should be used to seek informal guidance on specific initiatives, whilst the Spanish authority uses an established dedicated mailbox as an online whistleblowing hotline for reporting anticompetitive practices or complaints related exclusively to competition rules in the context of the current pandemic.

Since the global outbreak of COVID-19, several competition authorities have already initiated or closed investigations into potential infringements of competition laws in the context of the crisis. The Italian competition authority has opened two separate abuse of dominance investigations against the Amazon and eBay platforms with regard to the unjustified and significant price increases of hand sanitizing/disinfectant products, respirators and other health and hygiene products, during the health crisis.⁶

The Greek competition authority has also launched an investigation into significant increases in the retail prices and output restrictions on healthcare materials and other products. It sent requests for information to a large number of undertakings active in the production, import and marketing of healthcare products, in particular surgical masks and disposable gloves, as well as other products such as antiseptic wipes and antiseptic solutions.⁷

At the same time, the Polish Competition Authority initiated proceedings on the conduct of wholesalers supplying personal protective equipment to hospitals, to examine whether the wholesalers terminated contracts with hospitals in order to obtain significantly higher prices for health products and violate competition law, including through abuse of a dominant position and price fixing.⁸

Due to an unprecedented number of complaints received by the competition authority, in the Republic of South Africa numerous undertakings are under preliminary investigation, examining whether retailers and suppliers could be charged for excessive prices of products related to COVID-19 essentials (hand sanitizers and face masks, as well as toilet paper, flu medication and other products).⁹ The competition

⁶ See press releases <https://en.agcm.it/en/media/press-releases/2020/3/ICA-Coronavirus-the-Authority-begins-investigating-Amazon-and-eBay-for-misleading-claims-and-excessive-price-increases>, from 12 March 2020 (last visited 30 April 2020).

⁷ See press release <https://www.epant.gr/en/enimerosi/press-releases/item/840-press-release-investigation-in-healthcare-materials.html>, from 21 March 2020 (last visited 30 April 2020).

⁸ See press release https://www.uokik.gov.pl/news.php?news_id=16277&news_page=1, from 4 March 2020 (last visited 30 April 2020).

⁹ See press release <http://www.compcom.co.za/wp-content/uploads/2020/03/CCSA-COVID-19-statement-31-March-2020-Final-1.pdf>, from 31 March 2020 (last visited 30 April 2020).

authority has further stated it had referred its first COVID-19 price gouging case to the Competition Tribunal.¹⁰

The Spanish competition authority has announced that, as a result of numerous received complaints of anticompetitive conduct related to COVID-19, it has opened investigations into the financial services, funeral services and health product manufacturing markets. In the case of the financial services sector, the authority is investigating whether the requests for additional guarantees when granting state-guaranteed loans and other financial aid, relate to the COVID-19 health crisis, could amount to anticompetitive conduct. Furthermore, the authority is investigating whether the prices charged by numerous funeral service companies during the health crisis could be due to anticompetitive agreements between competitors or due to aggressive unfair practices that are objectively contrary to the requirements of good faith. In the case of the health products sector (such as sanitising gels and raw materials used in their manufacture (ethanol)), the authority is closely monitoring pricing and market shortages with the aim of identifying anticompetitive practices due to potential price increases.¹¹

The French authority had also to intervene in this sector, but it closed an initial investigation into exclusive import practices in the medical equipment sector intended for hospitals in overseas territories (French Guiana and the French West Indies). The authority opened an initial investigation into exclusive import practices likely to be implemented by an undertaking supplying hospitals with respiratory systems and products intended for patients suffering from respiratory disorders. It notes the decision of the accused undertaking to clarify the conditions for the distribution of its products in these overseas territories in order to strengthen competition and ultimately decided to close the investigation.¹²

2.1. Working Policies of the Competition Authorities

Competition authorities have recognised the COVID-19 pandemic as a health hazard that impacts their continuing enforcement missions, their work and the need to maintain the health and safety of their

April 2020).

¹⁰ See press release <http://www.compcom.co.za/wp-content/uploads/2020/04/Media-Statement-COMMISSION-CRACKS-DOWN-ON-EXCESSIVE-PRICING.pdf>, from 15 April 2020 (last visited 30 April 2020).

¹¹ See press release <https://www.cnmc.es/balance-buzon-covid-7-abril-20200407>, from 7 April 2020 (last visited 30 April 2020).

¹² See press release <https://www.autoritedelaconurrence.fr/en/press-release/respiratory-assistance-equipment-french-guiana-and-french-west-indies-investigation>, from 6 April 2020 (last visited 30 April 2020).

employees. As these expedited responses to the health crisis and the sanitary containment measures being adopted across the world, including constraints on physical distancing and travelling, competition authorities adapted competition procedures and deadlines for the extraordinary circumstances. This was their way of preventing the spread of COVID-19 in their workplace practices.

As priority measures, a vast majority of the authorities is currently working remotely and/or with reduced capacities, by encouraging their staff to work from home, which has procedural consequences, including on in-depth investigations, dawn raids and leniency applications. Some authorities are under lockdown and most competition authorities have closed their offices to the public, cancelling and suspending meetings and hearings. They have also had to adapt deadlines and procedures, by interrupting, suspending or postponing the term of the delays, formally or informally, as well as switch to teleworking and reducing their opening hours. Furthermore, the competition authorities are trying to stay operational, and depending on the technical possibilities, are accepting merger filings and submissions electronically or by email.

3. LESSONS FROM PAST ECONOMIC CRISES

During the COVID-19 crisis, competition agencies inevitably face enormous challenges. Previous crises have shown that competition agencies had paid special attention to these issues, in order to maintain the basic principles of competition. This is why many are wondering whether there are lessons from past economic crises, what are the differences and similarities between them, and what were the effects of these crises on competition law enforcement.

There are many examples of competition authorities worldwide being tempted to reduce competition law enforcement and change the rules and their ultimate goals during crises, e.g. Chinese and Taipei up to and including the East Asian Financial Crisis, Indonesia during the East Asian Financial Crisis, Japan in the post-war era, the Republic of Korea in the 1970s and 1980s, the USA during the Great Depression and the aftermath of hurricanes Katrina and Rita in 2015, as well as the global economic downturn that lasted from 2007 until at least 2009 (see OECD 2011a, 23–38). There is a long history of accommodation and practical thinking about competition law when crises demanded it, while the most representative examples are the crises in the USA during the Great Depression and the global financial and economic crisis in 2008.

At the time of the Great Depression, the USA adopted an approach to antitrust law that effectively suspended the law and legalized cartels

covering a wide swath of US industry, instead of reinvigorating antitrust enforcement. The US Supreme Court declined to treat horizontal price fixing as illegal *per se*, which was considered to have serious anticompetitive effects on the economy in the medium and long term. It is believed that such governmental efforts and the emerged cartels delayed economic recovery during the Great Depression, which is the lesson the USA did not forget (see OECD 2011a, 215–217; Shapiro 2009, 6–12). It is stressed that the prosecution of illegal cartels and other antitrust violations is just as necessary during times of economic difficulty as during times of economic prosperity (OECD 2011a, 218).

Consequently, during the 2008 global financial crisis, governments worldwide took the opposite approach. Being aware of that reducing competition law enforcement during economic crisis does not promote economic recovery, the competition authorities emphasized that they would not ignore breaching of competition law (OECD 2011a, 44–47, 217). Although during economic crises it is sometimes suggested that lighter enforcement of competition laws would be appropriate, lessons from the past show that relaxing competition policy during such crises would be counterproductive. Therefore, the competition authorities succeeded in avoiding strong political pressure to suspend the importance of competition policy. In the USA it is stressed that competition law does not change in content or enforcement and the same basic principles of antitrust economics that apply during economic expansion also apply during recession (Shapiro 2009, 12–13). Hence, in the medium and long term, there is no convincing reason to do anything other than maintaining present objectives and standards of competition law enforcement because the opposite would endanger future national and global market economies.

While there is no theoretical or empirical basis for changing the basic principles and objectives of competition law during economic crises (Shapiro 2009, 12), competition enforcement still should not be implemented without taking into account specific circumstances of the crisis. The competition authorities should be aware of the real conditions in the market and carry out a case-by-case analysis, taking into consideration the context and effects of the actual crisis. This means that in the short term, the authorities could relax standards of competition law enforcement, not only with respect to procedural merger control, but also for general antitrust work. Therefore, transitory economy distress could have an immediate impact on competition law enforcement, but should not cause a long-term decline in economic activities because history teaches us that reducing competition law enforcement during economic crises does not promote economic recovery (Shapiro 2009, 23). Past experience demonstrates that recoveries from financial and economic

crises were delayed when competition enforcement was relaxed (OECD 2011b, 51–52).¹³

Competition laws are sufficiently flexible to accommodate beneficial cooperation and collaborations between competitors during crises, but not in a way that would support price fixing or abuse of dominance, at the same time. It is by no means clear that vigorous competition law enforcement should be implemented.

Changing competition authority priorities should focus on strengthening advocacy and paying greater attention to restrictive agreements and abuse of dominance proceedings. These are essential for safeguarding the general public interest and ensuring proper functioning of the markets in the short run. Competition authorities will need to adjust competition law enforcement to the new crisis environment without changing their standards, but they should be also prepared for a new wave of mergers. As we have seen in the 2008 downturn, COVID-19 crisis will lead to an increase in the number of mergers and the number of failing firm defences advanced (OECD 2011b, 52–54).

Considering these lessons from past economic crises, authorities across the globe announced temporary and conditional, but cautious relaxation of competition law enforcement in response to competition challenges caused by the COVID-19 outbreak. It is stressed that current crisis may affect the way the competition law is applied which is why competition authorities introduced flexibility in its enforcement. The competition authorities are adapting their practice of addressing restrictive agreements (collaboration between competitors in times of economic difficulties), abuse of dominance (measures to protect against exploitative pricing) and merger control (procedural aspects of control, protective changes of some national merger rules, etc.), which is examined in detail below.

In theory, the view that competition policy should be temporary softened in extreme crises is not completely unfounded. It would be imprudent not to allow such adjustment to reflect economic reality (OECD 2011b, 17; Shapiro 2009, 12). During the crisis, governments worldwide are counting on undertakings to play a critical role in getting through these extraordinary times which will lead them to look for solutions for dealing with this crisis. Undertakings are called on to coordinate their activities in various ways, to assist in responding to the COVID-19 crisis. However, competition law will not be at the top of undertakings' agendas currently, which means that the responses of the competition authorities should provide undertakings with optimal and legal solutions

¹³ For more information about competition policy and economic crises, see Fingleton 2009; Vickers 2008; Lowe 2009; Lyons 2009; OECD 2009a; Amelio, Siotis 2009.

for managing anticompetitive risk, ensuring they can respond quickly and in the best interests of the consumers and the community.

In order to explain the responses of the competition authorities and to stress the importance of the role of competition policy during the current crisis, it is important to thoroughly understand its causes by comparing it to the 2008 economic downturn. The competition authorities should base their activities on the lessons from the previous experiences, but the COVID-19 crisis has already shown a distinctive facet that must be taken into account.

The competition challenges encountered in previous crises are re-emerging, but this crisis brings new one because the current situation is very different. The global economic crisis was caused by financial reasons in nature and with confidence-related effects, while the root of the COVID-19 crises is medical in nature but economic activity is being shut down. During the economic crisis, governmental support was limited to banks, with the aim of preventing the collapse of the financial services sector, while currently the shock of entire countries being locked down is affecting entire economies through different channels, spreading across many sectors. Now there is a supply shock resulting from the disruption of supply chains, there is a demand shock caused by lower consumer demand and there is the negative effect of uncertainty on investment plans and the impact of liquidity constraints on undertakings (Temporary Framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak). Unlike during the 2008 crisis, current mobility restrictions limit some of the automatic stabilisers/offsetting actions (informal work, share economy) and impose additional costs; there are particular issues with medical equipment and biosecurity of food; the crisis is more services-driven, given the limitations on physical contact and widespread closure of key service sectors (tourism, travel and entertainment); this crisis is having a disproportionate impact on micro, small and medium enterprises; there are greater disruptions to production, leading to pressure on supply chains (OECD 2020c, 7).

A further extraordinary issue is the uncertainty surrounding COVID-19, including in terms of the scale and pace of infection; how long and widespread shutdown measures will prove necessary; and the risk of “second wave” infections as the virus moves around the globe (OECD 2020c, 2). It seems that undertakings are facing particular challenges due to the COVID-19 crisis and that, now more than ever, the competition law enforcement must be flexible enough to account for changing market conditions, even during times of uncertainty. The actions taken by the competition authorities thus seem appropriate in the context of ensuring the health, saving lives and economic security while they must continue to carefully analyse the potential effects of undertakings’ conduct and proposed mergers and stay focused on it.

4. RESTRICTIVE AGREEMENTS AND 'EMERGENCY COOPERATION'

In response to the risk of COVID-19 infections, governments across the globe have limited or cancelled all gatherings, events, educational and commercial activities with the exception of essential activities such as supermarkets, pharmacies, banks, the postal service, etc. Consequently, individuals are increasingly sheltering at home and have stopped buying, whether voluntary or as requested by the state. These measures have led to many businesses temporarily being shut down, factories suspending production, widespread restrictions on travel and mobility, social distancing, financial market turmoil, an erosion of confidence and heightened uncertainty.

Although undertakings are making considerable efforts to ensure 'business as usual' during the COVID-19 crisis, the pandemic is inevitably having a significant impact on their business activities, in terms of struggling to cope with issues like distribution, sourcing inputs, components and other resources. This extraordinary situation triggers the need for undertakings to cooperate or collaborate with competitors to overcome challenges due to COVID-19, in order to ensure the supply and fair distribution of scarce products to all consumers (such as essential utilities, foods and medical supplies). As a consequence, the undertakings may be required to work with competitors and align commercial coping strategies in order to mitigate losses. The economic crisis could invite anticompetitive conduct that triggers competition authorities' attention because the competition rules prohibit undertakings from entering into agreements that directly or indirectly have as their objective or effect the restriction of competition.¹⁴ This means that such cooperation between competitors could generally raise competition law concerns because undertakings may try to collude and take advantage of the economic crisis and gain substantial market power during such a period. The question for the competition authorities is what is the right response to this cooperation, which could be only a short-term problem, and whether they should permit undertakings to cooperate in the public interest without fear of breaching the competition rules concerning restrictive agreements.

Most notably, the majority of competition authorities have announced that they are looking to ease up enforcement temporarily, in order to allow or encourage such pro-competitive cooperation. It is considered that in the current situation cooperation between competitors can speed recovery and that the health crisis could be a legitimate reason

¹⁴ It is suggested that during periods of recession, there is an increased tendency for undertakings to enter into collusive agreements (Amelio, Siotis 2009, 6). For more information about the impact of crises on the incentive to cartelise, see OECD 2011a, 21–24; Stephan 2009; OFT 2005.

justifying potential problematic conduct. There is clear and obvious reason to introduce certain relaxations into competition law enforcement for the purpose of safeguarding public interests.

Across the globe there are indications that governments are experiencing shortages of medicines used to treat patients with COVID-19 or other essential scarce products in short supply. Therefore, there is a clear need to cooperate and keep trade flowing, both to ensure the supply of essential products (to save both lives and livelihoods) and to send a signal of confidence for the global economy. For example, pharmaceutical (or generic drugmakers) and medical companies are encouraged to cooperate in order to develop vaccines, therapies and testing of an effective vaccine, as well as to supply hospital medicines for COVID-19 patients, while hospitals and healthcare providers may need to work together in providing immediate access to healthcare. Additionally, retailers, restaurants, technology and telecommunication companies cooperate in order to limit the economic and personal disruptions caused by the social distancing measure, while other undertakings may need to temporarily combine production or distribution of COVID-19 related supplies. Hence, undertakings active in these markets play a crucial role in overcoming the effects of the COVID-19 crisis because their joint activities may be a necessary response to extraordinary market conditions.

In order to help undertakings to deal with the unprecedented challenges and provide them guidance on the legality of the proposed joint activities in response to the COVID-19 crisis, competition authorities have relaxed enforcement of competition rules. The authorities have made it clear that cooperation between competitors that allow undertakings to continue their business during the COVID-19 crisis, can be considered as market activity that actually aids competition in the long run. If undertakings doubt the compatibility of such cooperation with competition law, they can approach the authorities for formal or informal guidance.

The competition authorities have responded to concerns by providing significant guidance about relaxed application of criteria for restrictive agreements, regarding cooperation between competitors to overcome the challenges raised by the COVID-19, including under capacity, overcapacity and the scarcity of products.¹⁵ Some authorities have introduced new criteria, by adopting new temporary rules related to these conducts. Furthermore, in Iceland, Norway, Australia, South Africa, the UK and the USA, following the COVID-19 epidemic, temporary sector exemption from the competition rules has been granted. At the same time, the authorities warned undertakings not to go beyond what is necessary to curtail the emergency.

¹⁵ For example in Bulgaria, Canada, China, Denmark, Finland, Germany, Greece, India, Luxembourg, Mexico, Netherlands, Romania, Spain.

The Norwegian government has granted the transportation sector a three month temporary exception from the prohibition against anticompetitive agreements and practices prescribed in the Norwegian Competition Act. This exception makes it possible, in particular, to maintain the transportation of passenger and goods in Norway, in order to secure the population access to necessary goods and services. Still, it is pointed out that this exception does not go beyond what is strictly necessary and that the competition authority must be notified if the exception is relied on.¹⁶ In South Africa, block exemption for the healthcare sector has been granted, in order to enable the private healthcare system to cooperate in ensuring adequate capacity and stocks at healthcare facilities throughout the country, in order to respond to the COVID-19 national disaster. This will assist in ensuring that the private and public healthcare system can provide the necessary care to citizens, without the fear of falling foul of the Competition Act. However, these regulations are limited to ensuring an adequate supply of healthcare to citizens and do not give the private healthcare industry the right to cooperate on pricing to the public.¹⁷ These new rules will remain in operation for the duration of the COVID-19 national disaster, or until they are legally withdrawn, whichever comes earlier. In Australia, private health insurers have been granted conditional interim authorisation to coordinate on providing financial relief to policy holders during the COVID-19 pandemic, and broadening insurance coverage to include COVID-19 treatment, tele-health and medical treatment provided at home. The interim authorisation is conditional on details of proposed measures being provided to the competition authority in advance but may be revoked at any time. It also excludes agreements to increase premiums, and specifies that any agreements reached must terminate when authorisation ceases.¹⁸ In Iceland, the competition authority granted a number of temporary exemptions from competition rules, such as in the travel and tourism sectors, pharmacy, financial and health services, fuel market, transportation.¹⁹ In the USA, the competition agencies list several types of collaborative activities designed to improve the health and safety response to the COVID-19 outbreak that would likely be consistent with antitrust laws. It is necessary that such joint

¹⁶ See press release <https://konkurransetilsynet.no/transportation-sector-is-granted-temporary-exception-from-the-competition-act/?lang=en>, from 19 March 2020 (last visited 30 April 2020).

¹⁷ See press release <http://www.compcom.co.za/wp-content/uploads/2020/03/CCSA-COVID-19-statement-20-March-updated.pdf>, from 20 March 2020 (last visited 30 April 2020).

¹⁸ See press release <https://www.accc.gov.au/media-release/private-health-insurers-to-cooperate-on-covid-19-coverage-and-deferral-of-premiums>, from 8 April 2020 (last visited 30 April 2020).

¹⁹ See COVID-19: Application of competition rules and competition enforcement in crisis, <https://en.samkeppni.is/published-content/news/covid-19/>, from 22 March 2020 (last visited 30 April 2020).

efforts be limited in duration and necessary to assist patients, consumers, and communities affected by COVID-19 and its aftermath, are a necessary response to exigent circumstances that provide Americans with products or services that might not be available otherwise, such as research and development, sharing technical know-how, joint purchasing arrangements among healthcare providers, etc. The competition agencies also confirm that they will not challenge collaborative efforts by multiple medicinal supplies distributors to expedite and increase manufacturing, sourcing, and distribution of personal protective equipment and coronavirus-treatment-related medication.²⁰

The UK adopted a broad strategy to mitigate the supply chain issues arising from the COVID-19 outbreak and to enable essential business cooperation by relaxing competition rules. It is believed that competition law enforcement could impede necessary cooperation between businesses in dealing with the current crisis and ensuring security of supplies of essential products and services, such as groceries. Firstly, the government temporarily relaxed elements of competition law as part of a package of measures to allow supermarkets to work together to feed the nation (in order to allow retailers to share data with each other on stock levels, cooperate to keep shops open, share distribution depots and delivery vans or pool staff with to help meet demand).²¹ The government intends to temporarily relax elements of UK competition law to support the dairy industry in order to allow the industry to work together to address current market challenges, avoid waste and maintain productive capacity to meet future demand.²² Secondly, the UK Competition and Markets Authority has announced that where agreements are not covered by that legal relaxation, it can offer the following reassurance: the CMA has no intention of taking competition law enforcement action against cooperation between businesses or rationing of products that this is necessary to protect consumers, e.g. ensuring security of supplies. At the same time, the CMA will not tolerate unscrupulous businesses exploiting the crisis as a ‘cover’ for non-essential collusion, such as exchanging information on longer-term pricing or business strategies, where this is not necessary to meet the needs of the current situation.²³ More guidance

²⁰ See https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1569593/statement_on_coronavirus_fic-doj-3-24-20.pdf, from 24 March 2020 (last visited 30 April 2020); <https://www.justice.gov/opa/pr/department-justice-issues-business-review-letter-medical-supplies-distributors-supporting>, from 4 April 2020 (last visited 30 April 2020).

²¹ See <https://www.gov.uk/government/news/supermarkets-to-join-forces-to-feed-the-nation>, from 19 March 2020 (last visited 30 April 2020).

²² See <https://www.gov.uk/government/news/dairy-industry-to-join-together-to-manage-milk-supply>, from 17 April 2020 (last visited 30 April 2020).

²³ See <https://www.gov.uk/government/news/covid-19-cma-approach-to-essential-business-cooperation>, from 19 March 2020 (last visited 30 April 2020).

on this followed the adopted CMA guidance on its approach to business cooperation in response to COVID-19.²⁴ This guidance sets out details of the CMA's approach to the prioritisation of its work, as well as how it will apply the criteria for exemption from the competition law prohibition on agreements and arrangements restricting competition. Additionally, the UK Government has adopted a number of statutory instruments excluding certain categories of agreement from the scope of application of competition rules, in relation to groceries (concerning the agreements between grocery chain suppliers or between logistic service providers),²⁵ health services for patients in England (concerning agreements between providers of health services to the National Health Service)²⁶ and Isle of Wight ferry routes (concerning cooperation among ferry operators to maintain a crucial lifeline between the island and the mainland).²⁷

Very important relaxation has been introduced in the EU, where the European Commission adopted Temporary Framework for assessing antitrust issues related to business cooperation in response to situations of urgency stemming from the current COVID-19 outbreak.²⁸ This came after the issuing the ECN's Joint statement on application of competition law during the COVID-19 outbreak. The European Commission has set out the main criteria that the Commission will follow when assessing cooperation projects aimed at addressing a shortage of supply of essential products and services during the COVID-19 outbreak (notably medicines and medical equipment that are used to test and treat COVID-19 patients or are necessary to mitigate and possibly overcome the outbreak), as well as in setting its enforcement priorities during this crisis. The Temporary Framework also foresees the possibility of providing companies with written comfort (comfort letters) on specific cooperation projects falling within the scope of the Temporary Framework. The Temporary Framework is a specific system of self-assessment and valuable temporary aid for a large number of undertakings who are themselves responsible for assessing the legality of their agreements and practices, i.e. such cooperation during COVID-19. This guidance is also important because it is expected that national competition authorities in the EU countries,

²⁴ CMA approach to business cooperation in response to COVID-19, 25 March 2020, CMA118.

²⁵ Competition Act 1998 (Groceries) (Coronavirus) (Public Policy Exclusion) Order 2020.

²⁶ Competition Act 1998 (Health Services for Patients in England) (Coronavirus) (Public Policy Exclusion) Order 2020.

²⁷ Competition Act 1998 (Solent Maritime Crossings) (Coronavirus) (Public Policy Exclusion) Order 2020.

²⁸ Communication from the Commission Temporary Framework for assessing antitrust issues related to business cooperation in response to situations of urgency stemming from the current COVID-19 outbreak (hereafter, Temporary Framework), OJ 2020/C 116 I/02.

candidate countries and some other European countries, follow it in their practice or individually published similar information and guidance on how they will apply competition rules in the context of the COVID-19 crisis. However, the guidance is temporary, meaning that it is applicable until the Commission withdraws it (once it considers that the underlying exceptional circumstances due to COVID-19 outbreak are no longer present).

The Temporary Framework provides useful examples of the types of cooperation that might be required to address emergency situations related to the current COVID-19 outbreak and their assessment under Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). It is recognized that the response to emergency situations related to the COVID-19 outbreak might require different degrees of cooperation, with a varying scale of potential antitrust concerns, because it includes necessary exchange/communication of information on sales and stocks. The Commission also understands that cooperation in the health sector might for instance be limited to entrusting a trade association (or an independent advisor, or independent service provider, or a public body) to: coordinate joint transport for input materials; contribute to identifying those essential medicines for which, in view of forecasted production, there are risks of shortages; aggregate production and capacity information, without exchanging individual company information; work on a model to predict demand on a Member State level, and identifying supply gaps; share aggregate supply gap information, and request participating undertakings, on an individual basis and without sharing that information with competitors.²⁹

It is stated that such activities do not raise antitrust concerns, provided that they are subject to sufficient safeguards (such as no flow of individualised company information back to competitors), as indicated in the Commission's Guidelines on the applicability of Article 101 of the TFEU to horizontal co-operation agreements.³⁰ It is also stated that certain exchanges of commercially sensitive information and coordination between undertakings, in the current exceptional circumstances, would not be problematic under EU competition law or – in view of the emergency situation and temporary nature – they would not give rise to an enforcement priority for the Commission, to the extent that such measures would be: (i) designed and objectively necessary to actually increase output, in the most efficient way to address or avoid a shortage of supply of essential products or services, such as those that are used to treat COVID-19 patients; (ii) temporary in nature (i.e. to be applied only as long as there is a risk of shortage or in any event during the

²⁹ Temporary Framework, par. 12.

³⁰ Temporary Framework, par. 14.

COVID-19 outbreak); and (iii) not exceeding what is strictly necessary to achieve the objective of addressing or avoiding the shortage of supply.³¹ If certain cooperation is encouraged and/or coordinated by a public authority (or carried out within a framework set up by the latter), it is also a relevant factor that such cooperation would not be problematic under EU competition law or would not be an enforcement priority for the Commission.

It seems that legal the basis for such flexibility in application of criteria for restrictive agreements assessment is either Article 101(1) or Article 103(3) TFEU. Considering these provisions and current circumstances, such cooperation is unlikely to be problematic because it does not amount to a restriction of competition under Article 101 (according to the Article 101(1) TFEU) or generate efficiencies that would most likely outweigh any such restriction (according to Article 101(3) TFEU) (see also ECN 2020). At the same time, it could be more appropriate to justify such flexibility based on the criteria from Article 101(3) TFEU which is a valuable legal framework in times of economic turbulence and for crisis measures, since the Irish beef case (C-209/07) (Van der Vijver 2009, 198–201). Even though under Article 101(1) assessment of an agreement must be always made in light of its ‘economic context’ and accordingly justified by Article 101(3), undertakings must be aware that the crisis as such will not preclude their agreements from falling within the scope of the object restriction of Article 101(1). The Court of Justice found a crisis cartel in the Irish beef market to be a restriction of competition by object (Van der Vijver 2009, 200–201; Lane 2012, 992–993).

It can be concluded that during the COVID-19 crisis there are forms of cooperation between competitors that do not represent cartel collusion and may therefore be allowed. They do not restrict competition or restrict it to a lesser extent, but at the same time can generate efficiencies that outweigh any such restriction, for instance, continuity of supply, efficient production and distribution of scarce products during the crises. Examples of this conduct, which may be permissible in the current circumstances, may include cooperation regarding joint production (specialisation), joint purchasing or sales, shared use of assets, storage and warehousing of critical products, research and development, as well as industry-wide standardising, logistics/distribution cooperation and exchange of non-sensitive information.

Therefore, the European Commission remains vigilant in its detection of anticompetitive agreements and cooperation among undertakings taking advantage of the current situation to breach EU antitrust law, either by engaging in anti-competitive agreements or

³¹ Temporary Framework, par. 15.

abusing their dominant position. It is underlined that the Commission will not tolerate conduct by undertakings that opportunistically seek to exploit the crisis as a cover for anticompetitive collusion or abuse of their dominant position.³²

It is therefore important to pay attention to cooperation between competitors that may be caused by the COVID-19 crisis but goes beyond the necessary temporary relief. The EU relaxing efforts target cooperation in dealing with short-term shortage of supply that would result in undertakings no longer being able to meet existing demand (undercapacity), but not cooperation to repair overcapacity situations. Any cooperated reduction of production capacity, i.e. agreement to limit capacity, is very likely to be considered anticompetitive by object. Such agreements (sometimes referred to as ‘crisis cartels’) are typical for sectoral, national, and global economic crises, but EU case law generally does not support the view that cooperation that takes the form of crisis cartels deserves special relief. ‘Crisis cartels’ is a technical term used for the agreements, i.e. cooperation between competitors in times of economic distress and are in principle illegal (OECD 2011a). Anticompetitive risks resulting from crisis cartel are obvious, because they deal with exchanges of competitively sensitive information between competitors (about future prices, costs, volumes/output, long-term business strategies), limiting production, fixed prices, or allocation of customers or geographic markets, which would be a prohibited restriction of competition under Article 101 TFEU.

This means that cooperation of undertakings during COVID-19 crisis can’t go beyond what is strictly necessary to manage the crisis; its aim has to be production increase or ensuring a fair distribution of production in order to be considered lawful cooperation during the crisis. Any cooperation aimed at limiting output will likely raise competition concerns and could be considered unlawful. The undertakings should be aware that mere existence of an emergency does not give them ‘carte blanche’ for engaging with each other in order to overcome COVID-19 challenges (OECD 2020d, 6).

Experience shows that crisis cartels generally appear after economic crises, enticing undertakings to collude in order to overcome financial difficulties and avoid competitive pressures (OECD 2011a). Therefore, it is likely that long-term priority for competition authorities could be investigation on cooperation to deal with overcapacity, after the short-run dealing with cooperation about undercapacity (shortage of supply).

It is important to stress that the EU Temporary Framework is limited in scope and has limited impact because the European Commission can only relax its enforcement criteria if undertakings cooperate in order to

³² Temporary Framework, par. 20.

ensure the supply and fair distribution of essential scarce products and services during the COVID-19 outbreak. The undertaking must not exceed what is necessary and temporary to achieve the objective of addressing or avoiding the shortage of supply. It does not cover other form of cooperation or collusion.

5. ABUSE OF DOMINANCE

In addition to the necessity of ensuring the supply and distribution of essential products and services during the COVID-19 outbreak, it is reasonable to expect that products for the protection of health and other scarce products remain available at competitive prices and without discrimination. But, the outbreak particularly affected essential product prices. Those undertakings exploited the current COVID-19 situation to the detriment of consumers, with the aim of maximising their profits, due to the increase in demand at a greater rate than the supply can respond.

That is why a number of competition authorities, as mentioned above, put special focus on exploitative abuses and excessive pricing practices, notably in the pharmaceutical sector and the pricing activities of hospitals, laboratories, suppliers of surgical masks and hand sanitizers. Despite competition authorities usually being reluctant to intervene directly against allegedly excessive prices, these investigations are given the highest priority. It is believed that the (dominant) undertakings have a special responsibility to ensure that their conduct does not distort competition during the COVID-19 emergency.

Although excessive pricing cases are not occurring very often in competition law, it nevertheless has been announced that abuse of market power still would not be permitted in comparative practice in the time of COVID-19.³³ It is clear that there is no flexibility for any attempts of abusing conduct that would violate competition law, despite some relaxation in the competition rules enabling undertakings to cooperate. The competition authorities underlined zero tolerance of such activities since of the severity of the crisis could result in increased market power, based on abuse of the situation in the COVID-19 related product market. Competition concerns arise because, in the short term, the crisis may lead the undertakings temporarily gaining a dominant market position due to the changed market conditions, and in the long term, some undertakings may come under the scope of competition enforcement through excessive pricing provisions, due to increasing market shares after the COVID-19

³³ For more information about excessive pricing in competition law, see OECD 2018; De Coninck 2018; Calcagno Chapsal, White 2019; Ezrachi, Gilo 2009, 249–268; George S. Cary *et al.* 2020.

crisis. At the same time, some competition authorities combine antitrust powers with consumer protection powers (e.g. Australia, Italy and Poland).

Excessive pricing is prohibited under competition law in the EU and most other jurisdictions, but in the USA there is no prohibition of excessive pricing or abuse of a dominant position. The US antitrust law does not recognise the institution of abuse of dominance but provides that undertakings will be punished for monopolization or attempted monopolization of the market. However, both institutions were introduced for the same purpose: to prohibit the single firm conduct (unilateral behaviour) of those undertakings that have a dominant position, that is, who have significant market (monopoly) power, and which can distort competition in the market. Hence, excessive pricing is not regulated in US law as an antitrust violation in and of itself. Any legal basis for taking action against excessive prices must be tied to a recognised violation of antitrust law. Dramatic price increases could be a catalyst for increased regulatory scrutiny and private enforcement claims (OECD 2018a, 14; OECD 2018b).

In the EU, according to the Article 102 TFEU, any abuse of a dominant position in a relevant market is prohibited, e.g. abuse consisting of directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions. Excessive pricing occurs only in truly exceptional situations, when a dominant undertaking charges prices that are above the competitive pricing level. The EU Court of Justice clarified that two conditions need to be fulfilled to show that the price difference between the product in question and similar comparator products is ‘appreciable’, as it is ‘indicative of an abuse of a dominant position’. To be regarded as ‘abusive’, the difference between the rates compared may be qualified as appreciable if that difference is both significant and persistent: the difference must be significant for the rates concerned and that difference must persist for a certain length of time and must not be temporary or episodic.³⁴

National competition authorities in the EU and most other states apply similar regimes regarding excessive prices, which is why they could be expected to do the same during the COVID-19 crisis. There are no announced new rules that would be applied in this context, apart from South Africa where a special set of criteria was established, according to which excessive pricing will be assessed during the national disaster period.³⁵ It is prescribed that dominant firm may not charge an excessive

³⁴ Case C–177/16, *Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra/Latvijas Autoru apvienība v. Konkurences padome*, 14 September 2017, par. 55, 56, 61. See also OECD 2018c; De Coninck 2018.

³⁵ Competition Act (89/1998): Consumer and Customer Protection and National Disaster Management Regulations and Directions, Regulation Gazette No. 43116;

price to the detriment of consumers or customers, during period of the national disaster, regarding a material price increase of basic food and consumer items, emergency products and services, medical and hygiene supplies, and emergency clean-up products and services. It is stated that a material price increase for a listed good or service which either: 1) does not correspond to or is not equivalent to the increase in the cost of providing that good or service; or 2) increases the net margin or mark-up on that good or service above its average margin or mark-up in the three month period prior to 1 March 2020, is a relevant and critical factor for determining whether the price is excessive or unfair and indicates *prima facie* that the price is excessive or unfair (Competition Act (89/1998)).

In the USA, the government is combating prices increase by preventing price gouging for critical supplies during the crisis, which may have some overlap with the issue of excessive pricing. To combat this misconduct, the COVID-19 Hoarding and Price Gouging Task Force was created, tasked with closely monitoring that certain categories of health and medical supplies are not hoarded or sold at exorbitant prices, including personal protective equipment, respirators, ventilators, sterilization services and disinfecting devices.³⁶ Price gouging occurs when, during the state of emergency (e.g. natural disaster or global pandemic), suppliers of a certain essential goods or services sharply increase their prices beyond the level needed to cover the increased costs. However, these two instruments have a different purpose and scope of application: price-gouging laws prevent traders in general from profiteering of situations of necessity, while Article 102 TFEU prohibits dominant undertakings from imposing excessive prices or other unfair conditions (Costa-Cabral *et al.* 2020, 8). The excessive pricing and prohibition of price gouging each aim to serve the same end: realization of lower or reasonable prices for consumers. However, they do so from different perspectives: prohibitions of ‘price gouging’, by contrast, are direct consumer protection measures, generally making no reference to competition (Rubin 2008, 1).

It seems that, for the purposes of exploitation, price-gouging is not an appropriate tool for competition authorities to control prices during crises, because it is not the best EU comparative practice. The prohibition

Competition Act (89/1998): Regulations on Competition Tribunal Rules for COVID-19 Excessive Pricing Complaint Referrals, Regulation Gazette No. 43205.

³⁶ To combat this misconduct, the US President issued an Executive Order pursuant to section 102 of the Defense Production Act, which prohibits hoarding of designated items, and the Attorney General has now created the COVID-19 Hoarding and Price Gouging Task Force (see <https://www.justice.gov/coronavirus/combatingpricegouginghoarding>, last visited 30 April 2020). In USA, there is no federal law makes charging high prices unlawful, but at the state level, there are laws that regulate price increases in certain situations, such as during a state of emergency. Unlike the EU competition law, these laws apply to any undertakings, regardless of their market power.

of excessive pricing may be a more convenient tool, because the EU member states and candidate countries may have no other instrument to control price increases in reaction to the COVID-19 crisis, other than introducing temporary regulations on price control, i.e. rules to limit price increases of food and health protection products, etc. There is a legitimate public interest for competition authorities to intervene in cases of excessive pricing during the COVID-19 crisis, because no one is certain whether market self-correction is likely to occur within a reasonable timeframe.

However, prohibition of excessive pricing has some obstacles that would probably force governments to use consumer protection legislation to take action against unjustifiable price increases during the crisis. Having in mind the particular circumstances of this crisis, the main obstacle for the application of excessive pricing criteria is the condition that only the dominant undertaking may fall under its scope and the need to consider it in light of the definition of the relevant geographic market (see also Costa-Cabral *et al.* 2020, 11). Being aware of COVID-19 crisis effects on market fragmentation, the competition authorities might not be open to much smaller geographic market definitions than usual, which can in turn lead to infrequent findings of a dominant position (see also Costa-Cabral *et al.* 2020, 11). Further, if an undertaking is found to be a dominant player, it is necessary to prove that the actual price charged exceeded the benchmark range on a ‘persistent’ basis. Considering that COVID-19 is apparently temporary or episodic, it would be difficult to prove that price increase persists for a significant or certain period of time. Therefore, there is no competition concern from this point of view. Still, the authorities may try to intervene promptly by imposing interim measures that empower the authorities to act in cases of urgency where there is a risk that competition will be seriously damaged (Costa-Cabral *et al.* 2020, 11; Cary *et al.* 2020, 5).

It appears that the criteria for excessive pricing do not suit well the combating of COVID-19 through prohibition of abuse of dominance. This pillar of competition policy therefore does not seem to be a strong tool in responding to the COVID-19 challenges. But, if it is expected that the market will accordingly self-correct increased prices, then such an aspect of competition law enforcement is not needed. This is in line with the view that if a competition authority decides not to intervene regarding the excessive pricing, it should do so predominantly based on its belief that in a particular case excessive prices stimulate investment, or due to difficulties in implementation (Ezrachi, Gilo 2009, 268). If there is no risk that problems of excessive pricing assessment are compelling, competition policy intervention should be considered a viable option during crisis.

6. MERGER CONTROL

Merger control is particularly affected by the COVID-19 crisis because it has a major impact on the merger control proceedings and working policies of the competition authorities, as mentioned above. Competition authorities face challenges regarding the functioning of the authority administration, accessing information and conducting market investigations as they are working remotely and, at the same time, must follow relevant procedures under strict and short legal deadlines. Additionally, undertakings are also compelled to address the inquiries of the competition authorities and requests for information.

Competition authorities worldwide have reacted to the new circumstances. With more than 100 competition authorities in existence, at least half have announced changes to their merger control proceedings and how they will operate during the crisis (Krohs, Hamilton, Küttner 2020). Similar merger control guidance has been issued across Europe and in the USA, reflecting important coping strategies of competition authorities. Despite these announcements, merger control regimes are still in operation and undertakings are obliged to file mandatory merger notifications in accordance with procedural delays. Merger control rules thus continue to apply, with adjusted timelines and procedures.

Some of the authorities in particular encourage undertakings to delay merger notifications, where possible and when they are not urgent (e.g. in Belgium, the EU, Germany, Ireland, the UK). Such recommendations will be in force until further notice in light of the outbreak of COVID-19 and the government restrictions that have been put in place. This could be expected to include the cancelling of a number of measures to ensure business continuity and implementation of competition law by each authority. Where it is not commercially possible to delay the closing of a transaction, undertakings are still permitted to file mandatory merger notifications without delay, in particular in urgent cases of financial distress. For example, the EU DG COMP stands ready to deal with cases where firms can show very compelling reasons to proceed with merger notification without delay. In other jurisdictions there is no request to delay merger notifications, but the review deadlines for merger control have formally been suspended or prolonged (such as in Argentina, Austria, the Czech Republic, Denmark, Ecuador, France, Italy, Lithuania, Norway, Portugal, Serbia, Spain, the USA, etc.). These deadlines are extended by special temporary rules that will be in force until specified date or linked to the end of state of emergency in each country.

Moreover, a majority of authorities have requested that notifications be submitted by using electronic means. This temporary accepting of electronic copies of notifications, without requiring hard copies, could

be used as a positive development in establishing a permanent electronic process of notification, in order to facilitate the filing of notification forms and all supporting documentation.

On a procedural level, for mergers that have already been filed and are currently under review, it is expected that delays of ongoing merger investigations will be unavoidable, due to the impact of the crisis on the working policies of the competition authorities. Additionally, the authorities are facing several difficulties in carrying out of market investigations and market test of remedies (e.g. in collecting information from the notifying parties and third parties, such as customers, competitors and suppliers, or the ability to conduct dawn raids), exercising the right of defence (e.g. access to the file), in implementation of commitments and monitoring of remedies, in organising meetings and hearings, etc.

While undertakings are forced to delay the implementation of transactions that are mandatorily notifiable, they are not permitted to implement them prior to receiving approval from the authority. Despite certain procedural changes of the merger control regimes, undertakings are still subject to the notification and standstill obligation. There is no relaxation of such obligation and undertakings may only request for derogation from the suspension obligation, in accordance with the merger control rules and current urgent circumstances. Consequently, undertakings should be aware of the increased risk that any coordination of competitive strategies or behaviour prior to clearance may be considered an infringement of competition law (gun-jumping) due to the fact that current economic conditions might lead undertakings to work together during the pre-clearance stage. This concerns the implementation of the merger prior to clearance, as well as any coordination in behaviour or exchange or future strategies or commercially sensitive information prior to the permitted closing of the transaction that infringes rules on restrictive agreements.

On a substantive level, there is no indication that competition authorities will change their approach to the substantive analysis of notified mergers. There are no efforts to introduce special merger control rules in the light of the COVID-19 crisis, as well as no announcement specifically addressing this issue, as of yet. Because of this it can be concluded that the legal standard will not change, even in the event of an increased level of market concentration due to the consequences of the economic crisis. Rather, the authorities use existing provisions, in their proceedings, to address merger assessment, as well as special provisions for dealing with ‘failing firm’ defences. Moreover, it has been confirmed in the UK that the COVID-19 pandemic has not brought about any relaxation of the standards by which mergers are assessed or investigational standards, because of the need to preserve competition in

the markets through rigorous merger investigations in order to protect the interests of consumers in the longer term.³⁷ The UK CMA is a rare example of providing such guidance during COVID-19, which is annexed with a short reference guide for how the CMA will assess mergers involving ‘failing firm’ claims.³⁸

On the other hand, on the topic of changing the assessment criteria, it is possible that some competition authorities will take a different stance towards mergers in essential industries during the COVID-19 outbreak, in particular if specific legislation could be enacted to facilitate mergers in such industries, as well as towards mergers of large tech companies that are anyway becoming singled out as a particular area of concern in digital markets. Moreover, competition authorities will probably face a large number of cases relying on the failing firm defence to obtain merger approval, which would not be approved under normal circumstances. The crisis may also lead to calls for the revival of the failing firm defence, particularly in the airline and tourism industries, as well as to consideration of a re-evaluation and loosening of the criteria for merger assessment and application of the merger rules. Similar issues were raised in connection with the 2008 global economic crisis and the health of the disrupted financial sector. It remains to be seen how strong such voices will be and how frequent such cases will be during and after the current emergency.

Failing firm defences usually occur during times of financial or economic crises, because it is expected that, as such circumstances continue, a number of undertakings will fall into financial difficulty and be forced to exit the market (facing bankruptcy or sale in order to avoid bankruptcy) while competitors might attempt to acquire them in the aftermath of the crisis. According to IMF, potential cascading bankruptcies and massive layoffs with lasting effects for future recovery (IMF 2020b, 2), could lead to a new wave of mergers to rescue companies facing serious viability difficulties (Costa-Cabral *et al.* 2020, 16). Looking at the 2008 global crisis, it would not be a surprise if the authorities receive much more failing firm defence arguments because, in the course of 2008 crisis, the competition authorities did not review a number of mergers directly associated with the financial and economic crisis. Hence, the potential failure of an undertaking’s business is a relevant factor in the substantive assessment of a merger, including in COVID-19 crisis circumstances.

Historically, it is not unusual for competition authorities to accept failing firm defence in times of financial distress, as was the case in

³⁷ CMA, Merger assessments during the Coronavirus (COVID-19) pandemic, 22 April 2020, CMA120, par. 21.

³⁸ CMA, Annex A: Summary of CMA’s position on mergers involving ‘failing firms’.

the EU in 2013, in Nynas/Shell/Harburg Refinery (COMP/M.6360) and Aegean/Olympic II (COMP/M.6796). The European Commission's approach suggests that there was no relaxation of failing firm defence during the crisis and it was applied very narrowly. It was considered that the failing firm defence is designed to identify the limited circumstances where a firm's assets would exit the market if not for the proposed merger, while merger control rules provide the necessary flexibility to deal with decisions that require fast treatment, such as transactions that are part of rescue operations (Kroes 2009, 4; as well as Komninos, Jeram, Sarmas 2020; Fountoukakos, Geary 2013). The European Commission declared that the proposal that a more lenient failing firm test (or more generally a more lenient SIEC test) should apply in times of recession must be rejected; just as much as the proposal that a tougher test should apply in good times (OECD 2010, 187). The same approach was adopted by numerous countries (OECD 2010).

Therefore, there is no reason for relaxing the failing firm criteria in a distressed economic situation, such as those we are experiencing presently (see, for example, Komninos, Jeram, Sarmas 2020; OECD 2020d, 7–8). Safeguarding a competitive market structure is a time-tested way to protect consumers and competition in the long run, and merger control rules worldwide provide enough tools to approach market concentration assessment (Costa-Cabral *et al.* 2020, 20). To conclude, the economic crisis and declining markets should not directly affect the failing firm defence criteria in merger control, and competition authorities should not favour a more lenient approach to the failing firm defence, or, more generally, a more lenient SIEC test. Such an approach is explicitly confirmed in the UK, where the CMA, in its new guide on how the CMA will assess mergers involving 'failing firm' claims, issued as a general 'refresher' on how it is likely to approach such claims during the COVID-19 pandemic. The guidance reiterates the principles and stringent conditions for the failing firm scenario, outlined in the CMA's existing Merger Assessment Guidelines and decisional practice in this area, which govern how the CMA will assess mergers in which such 'failing firm' claims are raised, underlining no relaxation of the standards by which mergers are assessed.

In its first application of the failing firm defence during the COVID-19 pandemic, the CMA provisionally clears Amazon's investment in Deliveroo under this argument (CMA 2020).³⁹ The CMA provisionally concluded that the transaction would not be expected to result in an substantially lessening of competition (SLC), in either the market for online restaurant platforms or the market for online convenience

³⁹ CMA, Anticipated acquisition by Amazon of a minority shareholding and certain rights in Deliveroo, Summary of provisional findings, Notified: 16 April 2020.

groceries, on the basis that, as a result of the COVID-19 crisis, Deliveroo is likely to exit the market unless it receives the additional funding available through the transaction. The CMA provisionally found that no less anti-competitive investor was available and concluded that the loss of Deliveroo as a competitor would be more detrimental to competition and to consumers than permitting the Amazon investment to proceed and, therefore, the transaction would not be expected to result in an SLC. It is claimed that the COVID-19 crisis has substantially affected the market and Deliveroo's financial position. This decision is an example of the CMA's refined approach and also indicates that the CMA is willing to take into account the changed economic circumstances in its assessment.

However, the failing firm defence may be challenging for undertakings because of the high burden of proof on them. The standard for accepting this argument is high and there are strict criteria to be met for mergers to be cleared. Where the failing firm conditions cannot be fulfilled, undertakings still can underline their weakened competitive and financial position or changed market circumstances due to the crisis in order to diminish the anticompetitive effects of the merger. For instance, the EU merger control rules allow the European Commission to take into account rapidly changing market conditions during the competition assessment. Even if it cannot be shown that each of the prescribed failing firm criteria are met, a counterfactual analysis of what would be the development of the market absent the merger could still lead to the conclusion that the deterioration of competition in the market is not a causal effect of the merger (OECD 2010, 186–187). It is important to bear in mind that this particular application of the general causality test under the EU Merger Regulation does not require any change in the standards by which failing firm cases are assessed during the pandemic. In UK, for instance, the CMA already took advantage of the possibility to carry out such an analysis and take into account the impact of the COVID-19 outbreak when it approved a private hospital merger. As part of its assessment, the CMA took into account the fact that private hospitals have effectively put their entire hospital capacity temporarily under the control of the UK National Health Service to deal with the COVID-19 outbreak, which in particular may delay the planned opening of new hospitals both by the merged company and its competitors.⁴⁰

Considering that mergers play a fundamental role in allowing for efficient economic restructuring, while merger control protects competition from anticompetitive effects, it is important to stress the need for competition authorities to not consider matters unrelated to

⁴⁰ Completed acquisition by Circle Health Holdings Limited of BMI Healthcare Limited – Summary of the CMA's decision on relevant merger situation and substantial lessening of competition, ME/6864/19.

competition, including controversial issues of national and European champions, as well as ‘predatory’ or ‘hostile’ acquisitions of strategic assets by foreign investors. In times of economic distress, political pressures to consider these issues tend to increase, because politicians usually assert protectionism, industrial or public policy reasons in merger assessment. The COVID-19 crisis will certainly highlight the voices for reconsideration of some elements of the traditional framework of competition policy, like it was in the context of SIEMENS-ALSTOM merger case which triggered a new phase in Europe’s ongoing debate on the reform of EU merger control to allow for industrial policy concerns and on the ability of European undertakings to compete in the global market.

Furthermore, in the context of the COVID-19 crisis, there is increased focus on protectionism of weakened domestic companies from foreign takeovers, particularly in the EU. Countries are seeking to protect their strategic healthcare assets and related infrastructure from allegedly predatory acquisitions by foreign firms, i.e. foreign direct investments (FDI). This is not unexpected considering that the EU already has rules on screening by Member States of foreign direct investments into the Union on the grounds of security and public order, whereby ‘screening’ means a procedure allowing to assess, investigate, authorise, condition, prohibit or unwind foreign direct investments.⁴¹

As part of the overall response to the COVID-19 crisis, the European Commission also singled out the issue of foreign direct investment screening due to its pervasive effects on the economy of the European Union. The European Commission issued guidelines calling member states to make full use of their existing FDI screening mechanisms and to fully take into account the risks to critical health infrastructures, supply of critical inputs, and other critical sectors, as envisaged in the EU legal framework.⁴² The Commission also calls upon those member states that currently do not have a screening mechanism, or whose screening mechanisms do not cover all relevant transactions, to set up a full-fledged screening mechanism to address cases where the acquisition or control of a particular business, infrastructure or technology in the EU would create a risk to security or public order, notably in industries such as health, medical research, and biotechnology (‘predatory buying’). National screening mechanisms are already in force in 14 member states and

⁴¹ Regulation (EU) 2019/452 of the European Parliament and of the Council of 19 March 2019 establishing a framework for the screening of foreign direct investments into the Union, OJ L 79I/2019 (FDI Screening Regulation).

⁴² Guidance to the Member States concerning foreign direct investment and free movement of capital from third countries, and the protection of Europe’s strategic assets, ahead of the application of Regulation (EU) 2019/452 (FDI Screening Regulation), Brussels, C(2020) 1981 final.

some of them already adjusted their foreign investment screening regime in light of COVID-19, in order to empower the blocking of takeover of domestic undertakings that may have become weakened due to the economic consequences of the crisis (such as Italy, France, Germany, Spain) (Ahlborn, Barth, Santos-Goncalves 2020).

Even if the abovementioned considerations do not affect merger control as such or are generally not within the scope of the competition authorities' powers, one cannot rule out that they may influence competitive assessment of foreign takeovers. Nevertheless, competition authorities should continue bear in mind such considerations and avoid populism in competition policy and increased politicisation of merger reviews. The enforcement of merger control rules is not a way to support the creation of new or strengthening of exiting national champions, which is confirmed in the EU. It is stressed that competition enforcement does not prevent the creation of European champions. The relaxing of merger control, as well as other competition rules, does not represent a panacea for alleged weaknesses and competitiveness challenges of the European industry and carries significant risks – notably if this translates to authorising anticompetitive transactions (European Political Strategy Centre 2019, 4).

Additionally, national champions distort competition because they are very often dominant in the domestic market, which is a condition that enhances the likelihood of competition being distorted by them (OECD 2009b). This means that competition authorities should follow such an approach and support strong public voices against amending the competition rules to allow for the creation of national and European champions, which we may see as a trend in the aftermath of the crisis. This approach would entail recognition and achieving competitive neutrality, as a fundamental principle of competition law and policy. There is no economic reason to abandon the principle of competitive neutrality because maintaining a level playing field between public and private business is essential for the effective use of resources within the economy, consequently achieving growth and development. The competition law should not allow undertakings benefit to from undue advantages due to their ownership or nationality.

7. CONCLUSION

The COVID-19 pandemic has been recognised as an exceptional situation that has shut down businesses worldwide and kept people in their homes, while generating an extraordinary health and economic crisis and a serious demand and supply shock. During this crisis, unprecedented

measures were applied globally, taking sometimes precedence over competition law. Therefore, it is necessary to cautiously consider the effects of the crisis on competition law enforcement.

Undertakings must primarily be warned that the current crisis is not an excuse to breach competition laws and that competition laws continue to apply, with no general emergency exemption, including during the COVID-19 crisis. The competition authorities, for the time being, are not (and should not be) considering changes to competition law that might be necessary during the crisis. Although they have recognised the social and economic impact of the crisis, it is stressed that competition law is flexible enough to take into account for the changed economic environment.

Further, there is growing interest in the positive contribution that competition policy could provide in combating the COVID-19 pandemic due to the fact that the effectiveness of national health policy responses could be reduced by the demand and supply shock and by competition law obstacles. Consequently, this appealed the need to relax competition law enforcement in the context of allowing undertakings in the health sector to temporarily coordinate and cooperate, as is the case in the retail and food industry, in order to meet consumers demand. Competition authorities worldwide have announced that they would not intervene if such conduct were to occur, if it is necessary to ensure the supply and fair distribution of scarce products to consumers. This means that, due to the exceptional circumstances resulting from COVID-19, the rules on restrictive agreements will be pragmatically and less strictly enforced. Such clarification is very important for undertakings in such time of great difficulty and uncertainty because it is confirmation of the issues presented by the crisis, and it serves the greater public interest during this crisis. The undertakings are also warned that they must not exceed the limits of what is necessary to tackle the crisis in their business. They are not allowed to use the crisis for anticompetitive and non-essential collusion, such as price fixing and exchange of sensitive information.

When it comes to excessive pricing, relaxation of competition law does not cover any abuse of dominance and it would not be tolerated under competition law. This seems reasonable considering the necessity that products for the protection of health and other scarce products remain available at competitive prices and without discrimination. That is why a number of competition authorities, as mentioned above, in the short run, have put special focus on excessive pricing practices.

For merger control, undertakings must continue to notify mergers where the notification obligation applies but notifications may be delayed, and electronic filings are required. They are also encouraged to carefully assess the timing of their transactions due to the current crisis and limited working policies of the competition authorities. Regarding

the substantive assessment of mergers, the merger control rules are not softened or suspended in times of economic crisis, including the failing firm defence criteria. It is considered that those rules are flexible enough to take economic crises into account, which seems justified.

It can be concluded that in the short run, the role and focus of competition authorities should be to facilitate cooperation among undertakings and to eliminate excessive pricing, in order to ensure critical goods and services reach the market promptly, at competitive prices and without discrimination. Historically, this seems the right response to the economic crisis because, in the long run, the negative consequences of the opposite approach would be harmful, such as fewer competitors, reduced innovation, and higher prices. Therefore, the competition authorities must stay the course, while, at the same time, retaining a degree of flexibility so that competition law does not obstruct economic recovery. According to the recommendations, restoring effective competition in the medium to long term is a key to ensuring that the recovery is rapid and consistent (OECD 2020d, 1).

The ongoing COVID-19 crisis is particularly challenging for all competition authorities because of the uncertainty surrounding COVID-19, including in terms of the scale and pace of infection; how long and widespread shutdown measures will prove necessary; and the risk of “second wave” infections as the virus moves around the globe (OECD 2020c, 2).⁴³ It is difficult to discuss about this health emergency and its consequences while science still has no clear answers about the coronavirus and COVID-19. Competition law enforcement is no exception; there are many unknowns about what impact the COVID-19 pandemic will have on further competition law enforcement.

Even when the economic situation begins to stabilize and the phasing out of emergency measures starts, competition authorities and competition policy should play an important role in the design and implementation of recovery measures, bearing in mind that effective competition policy contributes to the economic recovery in the aftermath of crisis. Still, the questions remain: when will this emergency end and how quickly will the economies recover?

If we consider three traditional paths of recovery (V-shaped, U-shaped and L-shaped recovery),⁴⁴ there is confirmation that V-shape,

⁴³ There is useful clarification that there is no complete shutdown of economies worldwide, rather large reductions in economic activity, because (like in US economy), sectors vary widely in the extent to which they continue to operate in such a scenario. For example, while the travel, tourism, entertainment, and hospitality industries are almost completely or wholly shut down, retail stores (like supermarkets) and health care facilities would continue to provide vital supplies and services as well as sectors like software and telecommunications (Lever 2020).

⁴⁴ V-shaped recovery is quick recovery, while U-shaped is slow recovery. L-shape describes no recovery for a significant period of time.

describing the ‘classic’ real economy shock, have been the most common in previous recoveries and supply shocks, including epidemics such as SARS, the 1968 H3N2 (‘Hong Kong’) flu, the 1958 H2N2 (‘Asian’) flu, and the 1918 Spanish flu (Carlsson-Szlezak, Reeves, Swartz 2020, 7; Baldwin, Weder di Mauro 2020, 24). We can hope that COVID-19 recovery may be V-shaped, but there is a fear of the possibility that this crisis will be U-shaped rather than V-shaped (Baldwin, Weder di Mauro 2020, 24; Mann 2020, 82; Cochrane 2020). It is pointed out that the final shape recovery depends on the sector of the economy, intensity of an economy’s production, consumption, and trade, because each sector will have a different ‘shape’ of shock and recovery. Accordingly, it is estimated, for instance, that manufacturing will show a ‘V’ or ‘U’ shape while tourism and transportation will experience an ‘L’ shape (Mann 2020, 82). Additionally, it must be mentioned that the COVID-19 crisis had experience both a demand and a supply shock which did not exist in the previous 2008 global crisis, so it would not be surprising if the COVID-19 recovery was V-shaped. Meanwhile, we must wait the end of COVID-19 pandemic and crisis to see more evidence of their damaging effects on economies.

REFERENCES

- Ahlborn, Christian, Christoph Barth, David dos Santos-Goncalves. 2020. Foreign investment lockdown. Competition law and health crisis. *Concurrences* 2–2020. Art. No 94262.
- Amelio, Andrea, Georges Siotis. Applying EU Competition Rules During Testing Times: Some Issues, Competition policy in times of crisis – Trends. *Concurrences* 2–2009.
- Baldwin, Richard, Beatrice Weder di Mauro. 2020. Introduction. 1–30 in *Economics in the Time of COVID-19*, edited by Richard Baldwin and Beatrice Weder di Mauro. London: Centre for Economic Policy Research.
- Calcagno, Claudio, Antoine Chapsal, Joshua White. 2019. Economics of Excessive Pricing: An Application to the Pharmaceutical Industry. *Journal of European Competition Law and Practice*. 10(3): 166–171.
- Carlsson-Szlezak, Philipp, Martin Reeves, Paul Swartz. 2020. What Coronavirus Could Mean for the Global Economy. *Harvard Business Review*. Reprint H05GO5.
- Cary, George S., Maurits Dolmans, Bruce Hoffman, Thomas Graf, Leah Brannon, Richard Pepper, Henry Mostyn, Alexis R. B. Lazda, Savannah Haynes, Kristi Georgieva, Jan Przerwa. 2020. Exploitative

- abuses, price gouging & COVID-19: The cases pursued by EU and national competition authorities. *e-Competitions Competition Law & Covid-19*. Art. No 94392.
- CJEU, Case C–177/16. 2017. Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra/Latvijas Autoru apvienība v. Konkurences padome [Copyright and Communication Consulting Agency/ Latvian Authors Association v. Competition Council of the Republic of Latvia].
- CMA. CMA approach to business cooperation in response to COVID-19. 25 March 2020. CMA118.
- CMA. Merger assessments during the Coronavirus (COVID-19) pandemic. 22 April 2020. CMA120.
- CMA. 2020. Annex A: Summary of CMA’s position on mergers involving ‘failing firms’. 22 April 2020.
- CMA. 2020. Anticipated acquisition by Amazon of a minority shareholding and certain rights in Deliveroo. Summary of provisional findings. 16 April 2020.
- Cochrane, John. 2020. What shape recovery? *The Grumpy Economist*. 6 April 2020. https://johnhcochrane.blogspot.com/2020/04/what-shape-recovery.html?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed%3A+TheGrumpyEconomist+%28The+Grumpy+Economist%29 (last visited 29 April 2020).
- Communication from the Commission: Temporary Framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak, OJ C 91I/2020, OJ C 112I/2020.
- Communication from the Commission Temporary Framework for assessing antitrust issues related to business cooperation in response to situations of urgency stemming from the current COVID-19 outbreak. OJ 2020/C 116 I/02.
- Competition Act (89/1998): Consumer and Customer Protection and National Disaster Management Regulations and Directions, *Regulation Gazette* No. 43116.
- Costa-Cabral, Francisco, Leigh Hancher, Giorgio Monti, Alexandre Ruiz Feases. 2020. EU Competition Law and COVID-19. TILEC Discussion Paper DP 2020–007. Tilburg Law and Economics Center.
- De Coninck, Raphaël. 2018. Excessive Prices: An overview of EU and national case law. *e-Competitions Excessive Prices*. Art. No. 86604.
- ECN. 2020. Joint statement by the European Competition Network (ECN) on application of competition law during the Corona crisis.

- Ezrachi, Ariel, David Gilo. 2009. Are Excessive Prices Really Self-Correcting? *Journal of Competition Law and Economics*. 5(2): 249–268.
- European Commission, European Political Strategy Centre. 2019. *EU Industrial Policy After Siemens-Alstom: Finding a New Balance Between Openness and Protection*. Publications Office of the European Union
- Fingleton, John. 2009. *Competition policy in troubled times*. Office of Fair Trading.
- Fountoukakos, Kyriakos, Lisa Geary. 2013. Time to Bid Farewell to the Failing Firm Defense? Some Thoughts in the Wake of Nynas/Shell and Olympic/Aegean. *CPI Europe Column* December 20, 2013.
- Guidance to the Member States concerning foreign direct investment and free movement of capital from third countries, and the protection of Europe's strategic assets, ahead of the application of Regulation (EU) 2019/452 (FDI Screening Regulation). Brussels, C(2020) 1981 final.
- IMF. 2020a. *World Economic Outlook – The Great Lockdown*. April 2020.
- IMF. 2020b. Policy Steps to Address the Corona Crisis. Policy Paper No. 20/015.
- Komninos, Assimakis, Jan Jeram, Iakovos Sarmas. 2020. A Re-awakening of the Failing Firm Defence in the EU in the Aftermath of COVID-19? White & Case LLP, <https://www.whitecase.com/publications/alert/re-awakening-failing-firm-defence-eu-aftermath-covid-19> (last visited 28 April 2020).
- Kroes, Neelie. 2009. Competition law in an economic crisis, SPEECH/09/385. Opening address at 13th Annual Competition Conference of the International Bar Association. Fiesole. 11 September 2009.
- Krohs, Christian, Andrea L. Hamilton, Max Küttner. 2020. Collaboration among competitors & COVID-19: The impact on EU and national case laws. *e-Competitions Competition Law & Covid-19*. Art. No 94139.
- Lane, Robert. 2012. Competition law. *International and Comparative Law Quarterly*. 61(4): 991–1005.
- Lever, David. 2020. Covid Economics: Social Distancing and the Relevant Benefits of Cost-Benefit Analysis. *ProMarket*. April 4, <https://promarket.org/covid-economics-social-distancing-and-the-relevant-benefits-of-cost-benefit-analysis/> (last visited 29 April 2020).

- Lowe, Philip. Competition Policy and the Global Economic Crisis. *Competition Policy International*, Vol. 5, 2/2009.
- Lyons, Bruce. 2009. Competition Policy, Bailouts and the Economic Crisis, CCP Working Paper 09–4.
- Mann, Catherine L. 2020. Real and financial lenses to assess the economic consequences of COVID-19. 81–85 in *Economics in the Time of COVID-19*, edited by Richard Baldwin and Beatrice Weder di Mauro. London: Centre for Economic Policy Research.
- OECD. 2020a. Cities policy responses. Tackling coronavirus (COVID-19) – Contributing to a global effort.
- OECD. 2020b. Global Financial Markets – Policy Responses to COVID-19.
- OECD. 2020c. COVID-19 and International Trade: Issues and Actions. 10 April 2020.
- OECD. 2020d. OECD competition policy responses to COVID-19. 27 April 2020.
- OECD. 2018a. Excessive Prices in Pharmaceutical Markets – Background Note by the Secretariat. Meeting of the Competition Committee on 27–28 November 2018.
- OECD. 2018b. Excessive Pricing in Pharmaceutical Markets – Note by the United States. OECD Competition Committee meeting on 27–28 November 2018.
- OECD. 2018c. Excessive Pricing in Pharmaceutical Markets – Note by the European Union. OECD Competition Committee meeting on 27–28 November 2018.
- OECD. 2011a. Global Forum on Competition: Crisis Cartels. DAF/COMP/GF(2011)11.
- OECD. 2011b. *Competition and Financial Markets. Competition Issues in the Financial Sector – Key Findings*. Paris: OSCE Publishing.
- OECD. 2010. *Roundtable on Failing Firm Defence*. DAF/COMP(2009)38.
- OECD. 2009. *Competition and the Financial Crisis*.
- OECD. 2009. *Competition Policy, Industrial Policy and National Champions*, Global Forum on Competition, DAF/COMP/GF(2009)9.
- OFT. 2005. *Predicting Cartels*. Discussion Paper (OFT 773).
- Regulation (EU) 2019/452 of the European Parliament and of the Council of 19 March 2019 establishing a framework for the screening of foreign direct investments into the Union. OJ L 79I/2019 (FDI Screening Regulation).

- Rubin, Janice E. 2008. “Price Gouging,” *the Antitrust Laws, and Vertical Integration in the Petroleum Industry: How They Are Related*. Congressional Research Service Report for Congress. RS22262.
- Shapiro, Carl. 2009. Competition Policy in Distressed Industries. ABA Antitrust Symposium: Competition as Public Policy.
- Stephan, Andreas. 2009. Will the Recession Make Cartels More Likely and Cartel Enforcement More Difficult? *CCP Newsletter* 19/ February.
- Van der Vijver, Tjarda. 2009. The Irish beef case: Competition Authority v. Beef Industry Development Society Ltd and Barry Brothers (Carrigmore) Meats (C-209/07), European Court of Justice. *European Competition Law Review* 30(4): 198–201.
- Vickers, John. 2008. The Financial Crisis and Competition Policy: Some Economics. *Global Competition Policy*. DEC-08 (1).
- WHO. 2020a. *Coronavirus disease 2019 (COVID-19): Situation Report – 101*. 30 April 2020.
- WHO. 2020b. COVID-19: Operational guidance for maintaining essential health services during an outbreak. Interim guidance, 25 March 2020.

Article history:
Received: 30. 4. 2020.
Accepted: 21. 5. 2020.

UDK 366.5; 339:077

CERIF: S130

DOI: 10.5937/AnalPF2002062D

Mateja Đurović, PhD, LL.M. (Cantab.)*

ADAPTATION OF CONSUMER LAW TO THE DIGITAL AGE: EU DIRECTIVE 2019/2161 ON MODERNISATION AND BETTER ENFORCEMENT OF CONSUMER LAW

This Paper examines the most important innovations in the recently adopted European Directive 2019/2161 on better enforcement and modernisation of Union consumer protection rules. First, by adding the innovative rules, such as the ones on the trustworthiness of online reviews, the Directive aims to adapt the European regulatory framework on consumer protection to the challenges and particularities of the digital age and the digital market. Second, through the sharp rise of the fines for breach of consumer law and through the introduction of a mandatory individual remedy to the consumers who has been a victim of unfair commercial practices, the Directive substantially contributes to strengthening of the general enforcement mechanism of EU consumer law and achievement of high level of consumer protection.

Key words: *Consumer protection. – Enforcement. – EU Law. – Harmonisation. – Digital market.*

1. INTRODUCTION

EU consumer law is the most advanced regional system of consumer protection. It has started developing four decades ago and today the consumer acquis consists of a dozen directives and regulations interpreted through the extremely fruitful and far-reaching case law of the Court of Justice of the European Union in Luxembourg.¹ In the European Union

* Reader in Contract and Commercial Law and Deputy Director of Centre for Technology, Ethics, Law and Society (TELOS), The Dickson Poon School of Law, King's College London, London, United Kingdom; mateja.durovic@kcl.ac.uk.

¹ For an overview of EU consumer law, see: Norbert Reich, Hans-Wolfgang Micklitz, Peter Rott, and Klaus Tonner, *European Consumer Law*, 2nd ed,

consumer protection is guaranteed and highlighted by the EU Charter of Fundamental Rights.² European consumer law has two principal goals: to ensure achievement of a high level of consumer protection and strengthening of the internal market through the abolishment of non-tariff barriers for cross-border trade between different EU Member States.³ In the era of the Fourth Industrial Revolution, new technological developments represent a particular challenge to the traditional European consumer law (Hatzopoulos 2018).

2. ADOPTION OF THE NEW DIRECTIVE

European consumer law is developing continuously. Year 2019 was a very successful year for European consumer law. First, in the spring, two new directives were passed, regulating two specific types of consumer contracts. These are Directive 2019/770 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content⁴ and Directive 2019/771 on certain aspects concerning contracts for the sale of goods.⁵ The new directive on the supply of digital content has brought an innovative common European legal framework for contracts on supply of digital content, whereas the new directive on sale of goods has modified and further developed the provisions of the existing Directive 1999/44/EC on the sale of consumer goods. Both of these directives have rather similar subject matter: they aim to ensure conformity, one of supplied digital content and the other one of acquired goods with the consumer contracts. The directives, accordingly, provide remedies that the consumer will have in the event of lack of conformity of supplied digital content or acquired goods as well as the conditions for exercising these remedies.

Eventually, in the last days of 2019, which were also the last days of Jean-Claude Juncker's presidency of the European Commission, the long-awaited Directive 2019/2161 on better enforcement and modernisation of Union consumer protection rules (Directive 2019/2161) was eventually

Intersentia 2014; Geraint Howells, Christian Twigg-Flesner and Thomas Wilhelmson, *Rethinking EU Consumer Law*, Routledge 2017.

² Article 38 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union "Union policies shall ensure a high level of consumer protection".

³ See, e.g. Article 1 of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices.

⁴ Directive (EU) 2019/770 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services, *OJ L* 136, 22 May 2019, 1–27.

⁵ Directive (EU) 2019/771 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the sale of goods, amending Regulation (EU) 2017/2394 and Directive 2009/22/EC, and repealing Directive 1999/44/EC, *OJ L* 136, 22 May 2019, 28–50.

adopted.⁶ The new directive modified and amended four important European directives: Directive 93/13/EEC on unfair contracts terms, Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices, Directive 98/6/EC on product pricing and Directive 2011/83/EU on consumer rights. The Directive 2019/2161 brought substantial change to the regulatory framework of consumer protection in the European Union (Duivenvoorde 2019). The piece of legislation most affected by the changes is Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices,⁷ which has been materially updated.⁸ The Directive also broadens the notion of product, essentially important for the application of the rules on unfair commercial practices, which will now include not only goods and services, but also digital service and digital content, spreading thus the scope of application of consumer law and adapting it to the particularities of the rising digital market.⁹

A two-fold purpose of the new directive on better enforcement and modernisation of consumer law can be identified. First, the Directive aims to strengthen and further develop the existing common European enforcement mechanism of consumer law, which had previously demonstrated a number of shortcomings. Second, the Directive adapts the existing legislative framework to adequately address the challenges to consumer law brought about by new technologies, such as the development of online platforms or trader's increasing engagement in new forms of unfair commercial practices, typical for the digital market.

The new directive is the outcome of the efforts of the European Commission to improve EU consumer law through its Regulatory Fitness and Performance Programme (REFIT), which checks the existing consumer legislation, initiated back in 2012.¹⁰ The REFIT was a detailed fitness check of the existing consumer and marketing law directives

⁶ Directive (EU) 2019/2161 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019 amending Council Directive 93/13/EEC and Directives 98/6/EC, 2005/29/EC and 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council as regards the better enforcement and modernisation of Union consumer protection rules, *OJ L* 328, 18 December 2019, 7–28.

⁷ Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council, *OJ L* 149, 11 June 2005, 22–39.

⁸ On Directive 2005/29/EC, see: M. Durovic, *European Law on Unfair Commercial Practices and Contract Law* (Hart Publishing 2016).

⁹ Article 3(1)(a) of Directive 2019/2161.

¹⁰ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – EU Regulatory Fitness, COM(2012) 746 final, available at https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/eu-regulatory-fitness_dec2012_en_0.pdf (last visited 16 May 2020).

carried in all of the EU Member States during 2016 and 2017. The REFIT concluded that there is a need for improving of effectiveness of the Union's consumer legislation, eventually resulting in the development of the New Deal for Consumers.¹¹ The new directive represents part of the outcome of the New Deal for Consumers, whereas the second part of this project is a legislative draft on common European rules on collective redress, which has not yet been adopted and whose fate is still unclear (Kaprou 2020).

The new directive also, to some extent, limits a previously very strict maximum harmonisation principle adopted in Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices and Directive 2011/83/EU on consumer rights. Generally speaking, in the past twenty years, it is possible to observe a shift in European consumer policy from the minimum harmonisation towards the maximum harmonisation approach, so the new directive's approach, in that sense, seems to be slightly different.

The maximum harmonisation principle requires that the EU Member State to fully harmonise their national rules on consumer protection with EU law, prohibiting them from having any measures that provide not only lower, but also higher level of protection than the one envisaged by the Directive (Faure 2008). The aim of maximum harmonisation approach is to secure strengthening of the internal market (as it diminishes the differences among the legal systems of the EU Member States). For example, in case of unfair commercial practices, Member States are allowed to indicate only the thirty-one practices contained in the Directive as the practices that are always unfair, not a single one more or less, as all other commercial practices have to be assessed under more general tests of fairness.¹² This approach has been confirmed by the Court of Justice of the European Union (Stuyck 2016).

Now, the new directive stipulates that Member States are allowed to introduce stricter national measures in case of unsolicited visits to consumers' homes by a trader in order to offer or sell products or excursions organised by a trader with the aim or effect of promoting or selling products to consumers where such provisions are justified on grounds of consumer protection.¹³ The establishment of a higher level

¹¹ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee: A New Deal for Consumer COM/2018/0183 final, available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1573718927782&uri=CELEX%3A52018DC0183> (last visited 16 May 2020).

¹² Joined Cases C-261/07 and C-299/07 VTB-VAB NV v. Total Belgium NV and Galatea BVBA v. Sanoma Magazines Belgium NV [2009] ECLI:EU:C:2009:244, para 65; Case C-304/08 Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV v. Plus Warenhandels-gesellschaft mbH [2010] ECLI:EU:C:2010:12, para 53; Case C-540/08 Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag v. Österreich-Zeitungsverlag GmbH [2010] ECLI:EU:C:2010:660, para 40.

¹³ Art 6a(8)(a) of Directive 2019/2161.

of consumer protection in this kind of practice is particularly important for certain types of especially vulnerable consumers, such as elderly consumers, who are, in some cases, greatly affected by the unsolicited traders' visits.¹⁴ The introduction of the minimum harmonisation approach in such types of practices is understandable as this is a kind of commercial practice that does not (typically) have a cross-border dimension, so the discrepancies between national laws in this area do not affect the internal market.

3. MODIFICATIONS OF THE EXISTING RULES AND ADAPTATION TO THE DIGITAL AGE

3.1. Online Market Place

In the contemporary world, the digital markets are rapidly becoming the principal consumer markets. This is especially apparent during the coronavirus outbreak when an incredible increase in online consumer transactions can be observed, since the digital market has become a lifeline for many consumers, but also for traders during the COVID-19 pandemic. However, the fast developments of digital markets represent a big challenge for consumer law that is expected to follow this evolution (Twigg-Flesner 2016). In its regulatory response to the digital age, the consumer protection regulatory framework needs, on the one side, to ensure that consumers remain sufficiently protected, but on the other side, it must not unreasonably inhibit innovation and further digitalisation of the market. All in all, from a policy perspective, such a balance is not easy to achieve. In that sense, the new European directive seems to represent a well-balanced piece of legislation.

The new directive establishes the foundation for the development of a new European consumer law which would be able to respond to the technological changes and provide adequate remedies and fines for breach of consumer law, being particularly focused on establishing rules that will ensure full transparency in the online marketplace. Accordingly, one of the main regulatory tools that the new directive relies on is further development of the duty of information. Together with the right of withdrawal, the duty of information has been used as one of the most powerful tools of the EU consumer policy (Wilhelmson, Twigg-Flesner 2006). According to the settled case law of the Court of Justice of the European Union, the consumer is always to be understood as the weaker party 'as regards both his bargaining power and his level of knowledge' in comparison to a trader.¹⁵

¹⁴ Recital 54 of Directive 2019/2161.

¹⁵ See, as one of the latest decision confirming this approach, *OPR-Finance s. r. o. v. GK*, ECLI:EU:C:2020:167, par 19.

However, the appropriateness of the pre-contractual information requirements to provide efficient protection to the consumer was exposed to the severe criticism (Ben-Shahar, Schneider 2014). Likewise, the Court of Justice of the European Union in its recent judgement in Amazon also adopted a more traders-friendly and reasonable approach towards fulfilment of information requirements.¹⁶ Nonetheless, the modifications made by the new directive continue to rely on the pre-contractual information paradigm and introduce additional information requirements aimed at protecting consumers while acting on the online marketplace. Accordingly, providers of online marketplaces are bound to always inform consumers about the statuses of a third party offering goods, services, or digital content in the online marketplace.¹⁷

In particular, they have to inform the consumer whether the provider is a trader or a non-trader and that information is based on the declaration made to the providers by the third party. This is of essential importance practically as consumers should accordingly know whether or not they are protected by consumer law. Otherwise, in the situation when there is no business-to-consumer relation, different sets of rules will apply, which are of a less protective character as parties are considered to be more equal when it comes to bargaining power and knowledge.¹⁸ It is still to be seen how this new obligation will work in practice and whether it will be easy for consumers to understand the status of their counterparty.

3.2. Payment by Consumer's Data

The new directive has introduced another great innovation: consumer law will now apply to allegedly “free” services, in situations where consumers pay for the usage of the provided services with their data, and not with the money.¹⁹ This is the case, for instance in using Facebook or Instagram, which are offered allegedly free of charge, but where these companies collect and sell their users' data. In this sense, the world famous Facebook and Cambridge Analytica scandal in 2018 is very important as it raised awareness among consumers that many of the online platforms they are using are not free in reality, but paid for with their data (Isaak, Hanna 2018). Consequently, consumers have become more aware about the extent of data collection and storage and

¹⁶ Case C-649/17 Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. v. Amazon EU Sàrl ECLI:EU:C:2019:576.

¹⁷ Article 6a(1)(a) of Directive 2019/2161.

¹⁸ E.g. Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services (Text with EEA relevance) PE/56/2019/REV/1, *OJ L* 186, 11 July 2019, 57–79.

¹⁹ Article 4(2)(b) of Directive 2019/2161.

its potential to influence consumers in their decision-making process, but this area is still calling for better regulation, and, as it stands now, it is not sufficiently and adequately regulated.

In recent years, the amount and variety of consumer data that traders collect from consumers has significantly increased. On the European level, the data protection has been reinforced by the powerful Regulation 2016/679 on General Data Protection, which has substantially increased fines for the violation of data protection rules.²⁰ This has been followed by consumer law changes, brought about by the new directive, as providers of allegedly free digital services, who in exchange gather personal data from consumers, will for the first time have to fully comply with consumer law requirements. In practice, this means that such traders will have to respect all of the mandatory consumer law rules, such as pre-contractual information requirements or right of withdrawal. This is a huge step forward in the regulatory system of consumer protection and it demonstrates an increasingly tight connection between the rules on data protection and consumer law (Durovic, Lech 2020).

3.3. New Blacklisted Practices

Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices lists thirty-one concrete examples of banned commercial practices, the so-called blacklisted practices, that are always automatically considered unfair, without the need to apply the general fairness test or any of the three small general clauses.²¹ For all, but these thirty-one commercial practices, the Directive requires that the competent judicial or administrative authority of EU Member State always apply either the general fairness test or one of the three small general clauses (misleading actions, misleading omissions, or aggressive practices) to assess fairness of a commercial practice as confirmed already in the first CJEU cases dealing with unfair commercial practices.²²

However, the text of Directive 2005/29/EC was drafted almost two decades ago and, accordingly, it fails to address certain contemporary

²⁰ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), *OJ L* 119, 4 May 2016, 1.

²¹ Article 5(5) and Annex I of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices.

²² Joined Cases C-261/07 and C-299/07 *VTB-VAB NV v. Total Belgium NV and Galatea BVBA v. Sanoma Magazines Belgium NV* [2009] ECR I-02949, para 65; Case C-304/08 *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV v. Plus Warenhandels-gesellschaft mbH* [2010] ECR I-00217, para 53; Case C-540/08 *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag v. Österreich-Zeitungsverlag GmbH* [2010] ECR I-10909, para 40.

forms of unfair commercial practices that have emerged as a result of the development of new technologies. Although it was imagined to represent a safety net, it seems that the general fairness clause is not powerful enough to firmly sanction these kinds of practices.²³ This why the new Directive on modernisation and better enforcement brings four new forms of unfair commercial practices that are always to be considered as unfair.²⁴ These are the practices dealing with advertorials and ranking of the offers, ticket reselling and two practices related to the online reviews.

3.3.1. Advertorial and Rankings of the Offers

The first new form of unfair commercial practice that is always unfair is non-transparent advertorials and rankings of offers, which may negatively affect consumer capacity to make a well-informed decision while acting in the market.²⁵ Namely, using editorial content in the media, or providing information to a consumer's online search query, to promote a product where a trader has directly or indirectly paid for the promotion or prominent placement, bypassing the main body of search results without making that clear in a concise, easy and intelligible form, in the content or search results, or by images or sounds clearly identifiable by the consumer, will now be considered as unfair practice.

Likewise, the new directive also regulates for the first time the ranking of the offer (as well as personalised pricing),²⁶ an innovative trading tactic which evolved due to the application of new technologies, again with the aim of enhancing transparency in online transactions. The consumer needs to be informed about all of the parameters determining the ranking of a particular offer. These include general criteria, processes, specific signals incorporated into algorithms or other adjustment or demotion mechanisms used in connection with the ranking. The aim is that consumers get a clear picture when the price presented to them is personalised on the basis of automated decision-making, so that they can be fully aware and take into account the potential risks in their purchasing decision.

3.3.2. Ticket Reselling

The second new, always prohibited practice deals with ticket reselling.²⁷ Traders should be prohibited from reselling to consumers tickets to cultural and sports events that they have acquired by using

²³ Article 5(2) of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices.

²⁴ Article 13(7) of Directive 2019/2161.

²⁵ Article 13(7)(a) of Directive 2019/2161.

²⁶ Article 4(4)(a)(ii) of Directive 2019/2161.

²⁷ Article 3(7)(b) of Directive 2019/2161.

software such as ‘bots’, enabling them to buy tickets in excess of the technical limits imposed by the primary ticket seller, or to bypass any other technical means put in place by the primary seller to ensure accessibility of tickets for all individuals.²⁸

The introduction of this practice explicitly regulates secondary ticketing, something that has become an extremely lucrative business, to a large extent due to new technologies enabling easier and faster re-selling of the tickets than in the past. This prohibition applies to all types of cultural and sports events, which is of a rather broad scope. Similarly to the case of online reviews, the idea here is to prohibit reselling of tickets that have been acquired through the application of special new software and which are in excess of the ticket limit imposed by the primary ticket seller.

3.3.3. *Online Reviews*

The third and fourth newly introduced practices that will be automatically considered as unfair deal with the online reviews, an essentially important element of contemporary digital markets. Online reviews include consumers’ written feedback or rating of goods, services, digital services or digital content. The new directive has introduced to EU consumer law, for the first time, direct consumer law regulation of online reviews, addressing the actual problem of fake online reviews and the increasing number of influencers and brands vying for them to promote a product.

In the case of digital markets, the trader’s reputation, expressed in the form of online reviews, represents one of the most important elements for consumers in making their economic decisions. The rise of the Internet has enabled consumers to share with an immense audience their experiences regarding goods they acquired, services they used or digital content they have downloaded. A very good example is the *Tripadvisor.com* website which enables consumers to review and also provides access to the reviews by other consumers of hotels, restaurants or travel experiences offered in most countries of the world. Similarly, the *booking.com* platform has become one of the most popular marketplaces for hotels booking, where ratings provided by previous customers are of essential importance for the customers intending to book a hotel themselves. Such online platforms are supposed to ensure that the reviews posted on them are true (Hatzopoulos 2018). Still, the lack of reliability of online reviews has remained one of the greatest challenges of consumer policy (Narciso 2019).

It is, therefore, essential, from the regulatory perspective, to ensure the trustworthiness of consumers’ reviews and also protect traders’

²⁸ Recital 50 of Directive 2019/2161.

reputations (Ranchordas 2018). This can be achieved, for example, by ensuring that bots are prohibited from submitting fake consumer reviews and endorsements, such as ‘likes’, on social media (e.g. Facebook, Instagram, etc.). In many cases the consumer does not know whether a review has been paid for or whether it represents an honest review. Modern technology enables easily manipulation of the digital fora that provide reviews of products and services or to retaliate against or monitor consumers who criticize them through online reviews. The issue is that misleading and fake reviews have negative effects on consumer confidence, while acting on the market and leading to the consumer detriment.

In order to address this problem straightforwardly, the new European directive has introduced that “stating or otherwise creating the impression that a review of a product is submitted by a consumer who has actually used the product without taking reasonable and proportionate steps to ensure that that review reflects real consumers’ experiences” will always be considered an unfair commercial practice.²⁹ This means that a new obligation has been imposed on traders to always verify, in line with their powers, the trustworthiness of the reviews. The recent technological developments facilitate this. For example, traders can use technological tools to check whether the consumer writing a review has actually used or purchased the product.³⁰ Generally speaking, new technologies can now be applied to help traders comply with all consumer law requirements (Micklitz, Palka, Panagis 2017).

Another online review related practice that will always be automatically considered as unfair, is “submitting or commissioning another legal or natural person to submit false consumer reviews or endorsements, or misrepresenting consumer reviews or social endorsements, in order to promote products”.³¹ Accordingly, these new rules will help avoid the manipulation of reviews, for instance, by hiring bots to write them or by erasing bad product reviews and keeping only positive ones.³²

Prior to the adoption of the new directive, the trustworthiness of the online reviews was safeguarded by less protective and more universal small general clauses on misleading practices (misleading practices and misleading omissions) in Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices.³³ However, by defining two new unfair commercial practices related to online reviews, the new directive emphasises the importance of

²⁹ Article 3(7)(b) of Directive 2019/2161.

³⁰ Recital 47 of Directive 2019/2161.

³¹ Article 3(7)(b) of Directive 2019/2161.

³² Recital 49 of Directive 2019/2161.

³³ Articles 6 and 7 of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices,

trustworthiness of online reviews in the European regulatory framework for consumer protection, increasingly focused on the digital market.³⁴

4. STRENGTHENING ENFORCEMENT

4.1. Enforcement Challenges

As pointed out above, the EU consumer law has been identified as the most advanced regulatory system of consumer protection in the world. It provides a regulatory framework that is aimed at protecting a number of consumer rights, such as fairness of contract terms and fairness of commercial practices. However, when it comes to enforcement, common European rules have traditionally been very scarce, vague and fragmented (Cafaggi, Micklitz 2007). They have turned out to be insufficient and inappropriate to provide adequate protection to the consumers, especially in the situation of increasing number of cross-border breaches of consumer law.

The general concept of consumer redress may be defined as 'receiving satisfaction for injury sustained' (Ramsay 1981). In relation to consumer law, the issue of redress means that consumers have effective and efficient instruments to protect their rights when these have been infringed. For consumer law in order not to be seen merely as a 'paper tiger', procedural law must enable recourse to court for the enforcement of such laws (Miller *et al.* 1998). It is of key importance to remember that a right is only as effective as its enforcement mechanism. Enforcement of consumer rights is primarily associated with recourse to courts and consumers' access to justice (Ramsay 2015).

Accordingly, consumer's right to redress, when their consumer rights have been infringed, has been recognised globally as one of the major principles of consumer law (Benohr 2013). The United Nations Guidelines on Consumer Protection of 1985 (as revised in 1999 and 2016), as the most important international legal document in the area of consumer protection, have also emphasised the importance of the adequate consumer redress (Durovic 2020). This is why the United Nations Guidelines point out that the governments should ensure that consumers can obtain redress of their rights through procedures which are expeditious, fair, inexpensive and accessible³⁵. The required access to justice for consumers is a manifestation of the broader right to a fair trial, as expressed also in Article 6 of the European Convention on Protection of Human Rights (Durovic, Micklitz 2017).

³⁴ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee of the Regions – A Digital Single Market Strategy for Europe, COM(2015) 192 final.

³⁵ United Nations Guidelines on Consumer Protection of 1985 at 33.

However, one of the main problems faced in the enforcement of consumer law is the inequality between trader and consumer, which also results in the fact that it is very difficult for individual consumers to protect themselves against the economically stronger and more powerful traders (Issacharoff 1999). This has been present as an eternal phenomenon. The rise of large corporations in the early twentieth century created a culture of corporations engaging in small violations of the law, since individual consumers were not likely to pursue the case in court. Traditional methods of enforcement turned out to be unsuccessful when it comes to ensuring effective consumer redress.

With the further globalisation of the market and development of technology, the problem with the enforcement has become further complicated. In more recent times, the situation has turned into an even more complex one as consumer transactions are being conducted on an international level, and increasingly via the internet, where the problem of consumer redress has become more prominent. Accordingly, the question on how to design an adequate system of enforcement which will ensure efficient and effective consumer access to justice is the focus of consumer policy, notably of the EU consumer policy (Wrbka 2015).

The problem with the lack of a common European framework for enforcement became particularly apparent after the huge pan-European cross-border scandals involving Apple and Volkswagen which have affected thousands of consumers across Europe (Nemeth, Carvalho 2017). The Apple case dealt with the issue of Apple company being engaged in diverse forms misleading practices in a dozen of European countries, in relation to the mandatory rules on the legal and commercial guarantees for its products, whereas the recent Volkswagen case was related to the misleading claims regarding the pollution emissions of Volkswagen vehicles. Apple case was resolved, whereas Volkswagen case is still pending in a number of jurisdictions.

Therefore, the development of common European rules on enforcement seems to be the natural progression following the 2017 strengthening of the European framework for cooperation among the competent authorities of EU Member States in charge of enforcement of consumer law. This is because in 2017, the institutional framework for cooperation among Member States was strengthened by Regulation 2017/2394 on cooperation between national authorities responsible for the enforcement of consumer protection laws (CPC Regulation) which repealed Regulation 2006/2004.³⁶

³⁶ Regulation (EU) 2017/2394 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2017 on cooperation between national authorities responsible for the enforcement of consumer protection laws and repealing Regulation (EC) No 2006/2004, *OJ L* 345, 27 December 2017, 1–26.

The new CPC Regulation focuses on enforcing compliance and enhancing the protection of consumers' economic interests. For that purpose, it sets up an electronic database to be used for all communications between the competent authorities of the EU Member States. The database is directly accessible to the competent authorities, single liaison offices and the European Commission.

4.2. Higher Fines for Breach of Consumer Law

The new directive has empowered the competent authorities of the Member States, in line with the Regulation 2017/2394, to impose a substantially increased fines in case of major cross-border infringements of consumer law where breaches of consumer law affect consumers in more than one EU Member State. The Member States' authorities (judicial or administrative authorities) will now have the power to impose effective, proportionate and dissuasive penalties in relation to widespread infringements, with a Union dimension, that are subject to coordinated investigation and enforcement measures.

Increasing fines for breach of consumer law certainly represents one of the most important innovations of the directive. Finally, for the first time in the history of EU consumer law, there is an exact amount of fines established by a Directive. Prior to the new Directive, the old European directives would just require from the penalties to be "effective, proportionate and dissuasive"³⁷ without providing any explanation of what this meant in practice.³⁸ Moreover, for the first time, the fines for breach of consumer law are comparable to those for breach of competition law and data protection law.

The competent authorities of Member States will be entitled to impose fines on traders in the amount of at least 4% of the trader's annual turnover in all Member States concerned by the coordinated enforcement action.³⁹ That is potentially a very high fine and represents a radical improvement in comparison to the previous approach. In situation when that information cannot be established, the fine must be no less than 2 million euros.⁴⁰ Importantly, these provisions of the Directive also allow Member States to adopt higher fines than the ones envisaged by the Directive and actually encourages them to adopt higher fines for cases of breach of consumer law, as well as in situations that do not fall under a

³⁷ Article 24(1) of Directive 2011/83/EU on consumer rights; Article 13 of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices.

³⁸ See: Case C-565/12 L CL Le Crédit Lyonnais SA v. Fesih Kalhan [2014] ECLI:EU:C:2014:190 where the Court of Justice of the European Union discussed the meaning of these requirements.

³⁹ Article 13(3) of Directive 2019/2161.

⁴⁰ Article 13(4) of Directive 2019/2161.

category of a “widespread infringement or the widespread infringement with a Union dimension”.⁴¹

The purpose of these developments is to ensure that fines have a deterrent effect on the traders, since the previous system of fines has not been sufficiently successful in that respect.⁴² In certain situations, it might be economically more beneficial for the traders to breach consumer law and make profit than to comply with consumer law, as the produced benefit would be higher than the fine paid. That is something unacceptable and thus such an increase in fine was absolutely necessary. Now the challenge is to start imposing these fines in practice in order to really understand how effective they are, although the comparative experience from the areas of competition law and data protection law is certainly encouraging.

4.3. Individual Remedies for Consumers

The Directive on better enforcement and modernisation of EU consumer protection rules has also introduced an obligation for Member States to adopt individual remedies for consumers, victims of unfair commercial practices.⁴³ The existence of such a remedy is of great benefit for an individual consumer. This means that the Directive requires, for example, that a consumer that has bought a “medicament” that allegedly protects them from catching coronavirus, a common misleading practice these days during coronavirus pandemic, needs to have the possibility to annul the purchase contract of the “medicament” and receive a full refund of the payment for the “medicament”.

The introduction of individual remedy has happened fifteen years after the adoption of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices. This Directive has set up a very progressive system of prohibition of unfair commercial practices in business-to-consumer relations, inhibiting a widest range of unfair commercial practices (Collins 2010). However, Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices has not provided any common European remedy for individual consumers, victims of unfair commercial practices (Durovic 2019). That was a big shortcoming of the Directive and individual consumers had to rely on existing contract law remedies (e.g. fraudulent misrepresentation or dol) that could not always provide efficient and adequate protection.⁴⁴ Some Member States have introduced diverse special contract law remedies exclusively for breach of unfair commercial practices, but only a few of them and a joint systemic and coherent European approach was missing.

⁴¹ Article 21(1) of the Regulation 2017/2394 on cooperation between national authorities responsible for the enforcement of consumer protection laws and repealing Regulation (EC) No 2006/2004.

⁴² Recital 10 of Directive 2019/2161.

⁴³ Article 11a(1) of Directive 2019/2161.

⁴⁴ Recital 9 of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices.

The failure to introduce individual remedies is primarily the outcome of the fact that Directive 2005/29/EC has introduced strict separation between the law on unfair commercial practices and contract law, maintaining the autonomy of the national contract laws of the Member States.⁴⁵ Moreover, the Directive 2005/29/EC seems to be focused on the collective dimension of enforcement rather than on the individual one (Micklitz 2006). The survey that preceded the adoption of the new directive showed that 27% of consumers who had had problems with unfair practices did not take any action, 36% because they did not expect a satisfactory solution.⁴⁶ In practice, the existence of individual remedies is a necessary prerequisite needed to eliminate all the effects that an unfair commercial practice has on an individual consumer (Durovic 2016). In that sense, the introduction of a mandatory individual remedy for every consumer is a huge step forward.

The new Directive explicitly requires that Member States ensure that every consumer who has been affected by an unfair commercial practice has access to compensation for damage, a price reduction and/or contract termination.⁴⁷ It is left to the Member States to determine the conditions for application and the effects of these remedies, but the remedies have to be introduced in each national law. Some of the factors that are to be taken into consideration during assessment are the gravity and the nature of the unfair commercial practice and the damages that the consumer suffered as a result of the unfair practice.

Interestingly, despite introduction of the individual remedy, the new Directive still, formally speaking, keeps strict separation between the law on unfair commercial practices and contract law, by pointing out that the national contract laws of Member States are not to be affected by the Directive.⁴⁸ This is because the European Union is aware that the Member States are very reserved and cautious when it comes to any massive harmonisation of contract law on the European level (Twigg-Flesner 2013).

5. CONCLUSIVE REMARKS

This paper examined some of the most important innovations brought about by Directive 2019/2161 on better enforcement and

⁴⁵ Article 3(2) of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices.

⁴⁶ European Commission, Consumer Conditions Scoreboard 2017, available at: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/consumer-conditions-scoreboard-2017-edition_en_0.pdf, (last visited 30 April 2020).

⁴⁷ Article 11a of Directive 2019/2161.

⁴⁸ Recital 57 of Directive 2019/2161.

modernisation of Union consumer protection. The EU Member States have been given 24 months to align their respective national laws with the new directive, which they will start applying by mid-2022. This means that it will still take time to understand what the effects of the Directive will be in practice. However, what can be concluded at this stage is that the Directive is substantially changing Europe's landscape of consumer protection and improving the level of protection given to consumers.

An especially important part of the Directive is the introduction of much higher fines for breach of consumer law, which are now comparable to those imposed in other related areas of law: competition law and data protection law. This increase in fines will, on the one side, ensure a higher level of compliance with consumer law, and, on the other side, it will lead to the rise of the importance of consumer law. Other major positive changes include the adaptation of the legal framework of consumer protection to the challenges brought by the new technologies and the digitalisation of the market through the introduction of new rules specifically aimed at tackling business-to-consumer commercial practices taking place at the digital market.

REFERENCES

- Ben-Shahar, Omri, Carl E. Schneider. 2014. *More Than You Wanted to Know: The Failure of Mandated Disclosure*. Princeton: Princeton University Press.
- Benöhr, Iris. 2013. *EU Consumer Law and Human Rights*, Oxford: Oxford University Press.
- Collins, Hugh. 2010. Harmonisation by Example: European Laws against Unfair Commercial Practices. *Modern Law Review* 73: 89–118.
- Cafaggi, Fabrizio, Hans-Wolfgang Micklitz. 2007. Administrative and Judicial Collective Enforcement of Consumer Law in the US and the European Community. EUI Working Paper 2007/22, available at <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/6980/LAW-2007-22.pdf> (last visited 13 May 2020).
- Durovic, Mateja. 2019. Private Law Consequences of Unfair Commercial Practices, 29–42 in *Transformation of Economic Law*, edited by Marta Cantero, Lucila de Almeida, Mateja Durovic and Kai P. Purnhagen. Oxford: Hart Publishing.
- Durovic, Mateja. 2016. *European Law on Unfair Commercial Practices and Contract Law*, Oxford: Hart Publishing.
- Durovic, Mateja. 2020. International Consumer Law: What Is It All About?. *Journal of Consumer Policy* 43 (1).

- Durovic, Mateja, Hans-Wolfgang Micklitz. 2016. *Internationalisation of Consumer Law*, Springer.
- Durovic, Mateja, Franciszek Lech. 2020. Big Data and Consumer Law, 154–173. In *New Legal Challenges of Big Data*, edited by Joe Cannataci, Valeria Falce and Oreste Pollicino. Edward Elgar Publishing.
- Issacharoff, Samuel. 1999. Group Litigation of Consumer Claims: Lessons from the US Experience. *Tex Int'l L.J.* 34(1): 135–150.
- Faure, Michael. 2008. Towards a Maximum Harmonization of Consumer Contract Law. *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 15(4): 433–445;
- Hatzopoulos, Vassilis. 2018. *The Collaborative Economy and EU Law*. Oxford: Hart Publishing.
- Isaak, Jim, Mina Hanna. 2018. User Data Privacy: Facebook, Cambridge Analytica, and Privacy Protection, in *Computer* 51(8): 56–59.
- Kaprou, Eleni. 2020. *European Review of Private Law*, forthcoming.
- Micklitz, Hans-Wolfgang. 2006. Legal Redress, 217–240 in *European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive*, edited by Geraint Howells, Hans-Wolfgang Micklitz and Thomas Wilhelmsson. Hampshire UK/Burlington USA: Ashgate.
- Micklitz, Hans-Wolfgang, Przemysław Pałka, Yannis Panagis. 2017. The Empire Strikes Back: Digital Control of Unfair Terms of Online Services. *Journal of Consumer Policy* 40.
- Miller, C.J., Brian W. Harvey, Deborah L. Parry. 1998. *Consumer and Trading Law: Text, Cases and Materials*. Oxford: Oxford University Press.
- Narciso, Barreto Torres de Mendonca. 2019. The Regulation of Online Reviews in European Consumer Law, *European Review of Private Law* 27(3): 557–582.
- Ramsay, Ian. 1981. Consumer Redress Mechanisms for Poor Quality and Defective Products. *U. Toronto L.J.* 21:117–152.
- Ramsay, Ian. 2015. *Consumer Law and Policy: Text and Materials on Regulating Consumer Markets*, 2nd ed. Oxford: Hart Publishing.
- Ranchordás, Sofia. 2018. Online Reputation and the Regulation of Information Asymmetries in the Platform Economy, *Critical Analysis of Law* (Special Issue: New Economic Analysis of Law) 5(1): 127–147.
- Stuyck, Jules. 2015. The Court of Justice and the Unfair Commercial Practices Directive. *Common Market Law Review* 52(3): 721–752;

- Twigg-Flesner, Christian. 2016. Disruptive Technology – Disrupted Law? How the Digital Revolution Affects (Contract) Law, 21–48 in *European Contract Law and the Digital Single Market*, edited by Alberto De Franceschi. Cambridge: Intersentia.
- Twigg-Flesner, Christian. 2013. *Europeanisation of Contract Law*, 2nd ed. Edward Elgar Publishing.
- Thomas Wilhelmsson, Christian Twigg-Flesner. 2006. Pre-contractual Information Duties in the Acquis Communautaire. *European Review of Contract Law* 2.
- Wrbka, Stefan. 2015. *European Consumer Access to Justice Revisited*, Cambridge: Cambridge University Press.

Article history:

Received: 30. 4. 2020.

Accepted: 21. 5. 2020.

UDK 347.736(497.11); 347.962.1(497.11)

CERIF: S130, S180

DOI: 10.5937/AnaliPFB2002080R

Branko Radulović, PhD^{*}

Marko Radović, PhD^{**}

BIAS AND PREDICTABILITY IN JUDICIAL DECISIONS
INVOLVING CORPORATE RESTRUCTURING:
EVIDENCE FROM SERBIA^{***}

The paper empirically assesses evidence of bias among bankruptcy judges and predictability of judicial decision making in Serbia. For this purpose, we devised three hypothetical cases that were distributed to judges that preside over bankruptcy cases in Serbia. While the results do not indicate a consistent bias towards either the debtor or the creditor, they show concerning unpredictability of judicial decision making, hence leading to a high level of legal insecurity. Based on responses we observed high heterogeneity among Serbian bankruptcy judges in their interpretation of the bankruptcy laws. This makes allocation of cases to the particular judge a significant determinant for how the debtors and creditors will be treated and how the law will be applied.

Key words: *Judicial bias. – Predictability. – Pre-arranged reorganization plan. – Bankruptcy.*

^{*} Associate Professor, University of Belgrade Faculty of Law, *bradulovic@ius.bg.ac.rs*.

^{**} Judge, Commercial Court in Belgrade, *marko.radovic@bg.pr.sud.rs*.

^{***} We would like to express our appreciation to Justice Jasminka Obućina, President of the Commercial Appellate Court, for enabling and supporting our research.

1. INTRODUCTION

In an ideal setting, judges should always be impartial, fair and efficient, set aside their prejudices, and follow the rule of law (Rachlinski, Wistrich 2017). Judicial bias, defined as consistent favouring of particular types of claimants (litigants), and unpredictability of judicial decision making may have profound effects on lowering trustworthiness in courts and increasing legal insecurity.¹ While the prevalence of bias and unpredictability of judicial decision making is constrained by law, there is almost always certain leeway allowing judges to exercise discretionary powers, often provided by the very same law. These issues are especially relevant for bankruptcy laws that are commonly perceived to be either pro-creditor or pro-debtor inclined (Ayotte, Yun 2007; Claessens, Klapper 2005; Davydenko, Franks 2008). Besides the inclination of the law, in most legal systems judicial bias may significantly affect the resolution of financial distress. In a nutshell, *ceteris paribus*, the more debtor-friendly the judge is, the more likely the outcome of the bankruptcy resolution is restructuring. This judicial debtor friendliness is linked to the continuation bias, i.e. enabling “failing businesses to linger under the protection of the court” (Morrison 2007, 381). On the contrary, bankruptcy judges may be prone to protect specific types of creditors instead of the debtor. Indeed, recent empirical literature finds that, depending on the jurisdiction, judges may be leaning towards the interests of employees (Blazy *et al.* 2011), state creditors or local authorities (Lambert-Mogiliansky, Sonin, Zhuravskaya 2007), or lawyers and other bankruptcy professionals (LoPucki, Doherty 2004).

So far not only has legal and economic research in Serbia not been accompanied by empirical assessment, but there have been only a handful of studies that examined judiciary bias and/or legal uncertainty (Begović 2016; Mojašević, Nikolić 2018).² Anecdotal evidence that support these views is obviously inadequate, and more reliable empirical studies are needed to examine such assertions. To this end, the paper contributes to a better understanding of judicial decision making in a number of ways.

¹ See, for example, *Black's Law Dictionary* 9th ed. (2009, 183). Similarly, Mills defines judicial bias as the opposite of judicial impartiality, i.e. bias “involves positively or negatively prejudiced ‘feelings or spirit’ toward the claimants in the cases being heard.” (Mills 1999, 12). The term judicial bias may embody a variety of concepts. Most importantly, one can make a distinction between conscious (explicit) and unconscious (implicit) bias. Unconscious biases are stereotypes about certain types of claimants (litigants) that judges form outside their conscious awareness. The legal scholarship on implicit bias is rather large. For a detailed discussion see Jolls, Sunstein (2006). The judicial bias in this paper may be both explicit and implicit and is not related to financial or any other interest judge may have.

² See also, Decker, Harley, Svirčev (2014, 161) for public perceptions of the Serbian judiciary.

First, the paper contributes to the literature examining how judicial bias affects bankruptcy outcomes and provides a novel instrument for assessing continuation and pro-creditor bias. Second, we show that the interpretation (application) of the law seems to vary considerably across bankruptcy judges and courts. Hence, the paper also provides important implications for Serbian bankruptcy practice. More specifically, the paper tests for empirical support for the claim that bankruptcy judges a) have continuation bias and b) treat vulnerable creditors differently, and c) examines the claim that there is a high level of legal insecurity in Serbian bankruptcy courts. In this respect, it contributes to the previous research that examined omissions by the first instance bankruptcy court and the issue of judicial activism (Radulović, Radović 2019), providing additional empirical evidence.

The paper is organized as follows. Section 2 presents the relevant Serbian bankruptcy framework and the role of a bankruptcy judge. Section 3 reviews several strands of relevant literature. Section 4 presents the research design and documents the results regarding several dimensions of judicial bias. Section 5 provides the conclusion.

2. THE ROLE OF THE JUDGE IN SERBIAN BANKRUPTCY PROCEEDINGS

Serbian bankruptcy proceedings are overseen by one of 16 commercial courts.³ The bankruptcy court directs and controls bankruptcy proceedings and randomly appoints a bankruptcy judge who, among other things, rules on the initiation of (preliminary) insolvency proceedings, establishes whether grounds for bankruptcy proceedings exist, approves the proposed reorganisation plan (subject to approval by the requisite majority of classes of creditors) and passes the resolution on the distribution of proceeds.⁴

The major reform of the Serbian Law on Bankruptcy (hereinafter: LoB) that took place some 10 years ago introduced the pre-arranged reorganization plans (PARP), as one of the main innovations.⁵ The PARP is a court-supervised procedure in which the debtor submits a

³ In Serbia, commercial courts have original jurisdiction over disputes arising from commercial activities including bankruptcy proceedings where the seat of the debtor is registered. See *Zakon o uređenju sudova* [Law on Organization of Courts], *Official Gazette of the Republic of Serbia*, 116/2008, 104/2009, 1/2010, 31/2011, 78/2011, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015, 13/2016, 108/2016, Art. 25(1)(4).

⁴ *Zakon o stečajju* [Law on Bankruptcy] Art. 18. *Official Gazette of the Republic of Serbia*, 104/2009, 71/2012, 83/2014, 113/2017, 44/2018, 95/2018.

⁵ The LoB was subsequently amended several times and many of those amendments were aimed at improving PAPR proceedings.

reorganization plan which is then put to a vote, to be accepted or rejected by the debtor's creditors (Radović, Radulović 2018, 397). Besides being a relatively low-cost and reasonably efficient procedure, another advantage is that in the event that the creditors fail to vote for the plan, the PARP does not automatically trigger liquidation procedure. Ahead of the bankruptcy commencement, the debtor and key creditors engage in a voluntary out-of-court work-out procedure (Vukelić *et al.* 2014, 5; Todorović 2016, 8). The bankruptcy judge confirms the fulfilment of formal and material conditions for commencement of bankruptcy proceedings in accordance with the PARP.⁶ If approved by the simple majorities of relevant classes, the plan is confirmed by the bankruptcy judge and has the binding effect on all creditors (Radović, Radulović 2018, 397).

Radović, Radulović (2018, 397–407) emphasises several key features of the PARP procedure. Namely, court intervention is fairly limited, and the interim administrator has a rather limited role.⁷ The judge examines only the overall legality of the plan (including the formation of classes) and the fulfilment of procedural requirements and, at least in theory, should not play an important filtering role (Radulović 2015, 161). The law does not require judges to examine the feasibility of the plan, which is entirely left to creditors and financial advisors. Namely, the law only requires that PARP is accompanied by a statement by the auditor or a licensed bankruptcy administrator regarding the feasibility of the plan. In addition to the auditor's or administrator's opinion on the plan's feasibility, such a statement should contain the evaluation of the appropriateness of measures envisaged by the plan and of the assumptions on which the plan is based. However, "the law substitutes the judicial oversight with a series of disclosure requirements and safeguards" aiming to reduce uncertainty and information asymmetry (Radović, Radulović 2018, 397).⁸ In Serbian legislature the role and discretion of bankruptcy judges has been limited for several reasons: first, the specialization and training of judges in the field of valuation and bankruptcy takes time;

⁶ If PARP contains minor or remedial deficiencies with respect to the fulfilment of formal and material requirements or has a technical error, the judge will order the petitioner to make the necessary corrections within the prescribed period of eight days. Because of the complexity of the actions, additional time is often required to act on the said court order, the bankruptcy judge may, at the reasoned request by the proponent, also grant additional time (Tomić 2016, 269; Radović 2017, 365).

⁷ The role and the influence of the bankruptcy judge differ significantly from legislation to legislation. A significant number of bankruptcy frameworks give bankruptcy judges a considerable level of discretion. For example, in the US and Germany the ultimate decision rests with a judge (e.g. bankruptcy judges may impose the plan on dissenting classes of creditors). Discretion requires a high degree of specialization and training of bankruptcy judges, so their absence is often cited as one of the key obstacles to the successful implementation of bankruptcy reform. See Ayotte, Hayong (2007, 2).

⁸ For a detailed discussion see Radović (2017, 354–361).

second, the organization of the majority of commercial courts does not allow the narrow specialization of judges so that they deal exclusively with bankruptcy proceedings. However, in the context of PARP, the judge may play an important role as they may assess the amount of the bankruptcy creditor's disputed claim for the purposes of voting, request amendment of the plan, change the formation of creditors' classes, etc.

Radulović, Radović (2019, 659) provides an illustrative example of the judicial continuation bias in bankruptcy proceedings. Namely, in several recent cases, after the PARP was not allowed by the bankruptcy judge or it was rejected by the creditors, the petitioner resubmitted the plan. Prior to the resubmission, a creditor had filed for ordinary bankruptcy proceedings, which should lead to liquidation of the debtor. Despite of a failed attempt and competing petition, in practice, bankruptcy judges found that PARP should be given preferential treatment over ordinary procedure (liquidation), i.e. resubmitted PARP should have priority over a bankruptcy petition filed by the creditor. Basically, bankruptcy judges saw PARP as a preferable solution to liquidation because of continued economic activity of the proponent, job retention, social issues, etc. However, due to the filtering failure, as a number of resubmitted plans failed, the legislature took the opposite view, finding that such court practice enabled the debtor's obstructive action aimed to prolong the resolution of financial distress, thus diminishing the creditor recovery rate. Consequently, the amendments to the Law on Bankruptcy explicitly require that priority be based on the first in time, first in right rule.⁹

3. RELEVANT LITERATURE

Our study is related to several strands of research. First, there is an increasing body of empirical bankruptcy research on the effects of judges' characteristics. However, there is only a handful of studies that analyse judicial bias or judicial discretion in bankruptcy proceedings. Most of these studies examine judicial discretion and bias in the context of the US bankruptcy reorganization framework where judicial approval is necessary for most major actions, including the final approval of a plan of reorganization.¹⁰

Evans (2003) was the first to categorize motions adopted by bankruptcy judges into pro-debtor and pro-creditor actions. Using a sample of 290 small closely held debtor firms from a single district in the United States, it reports that pro-creditor discretionary judicial decisions decreased the probability of reorganization but increased the probability

⁹ Art. 158 LoB.

¹⁰ See 11 U.S. Code Title 11 – Bankruptcy.

of deviation from absolute priority.¹¹ Sharfman (2006) focuses on judicial bias in bankruptcy rulings using data on a small number of disputes over the value of debtor-retained collateral in the United States. The main finding is that judges are generally pro-debtor as they “tend to favor loss-averse debtors over gain seeking secured creditors” (Sharfman 2005, 399). Morrison (2007) used a sample of 95 small business reorganizations to find that despite widespread perception practice in the US, bankruptcy courts exhibit no systematic continuation bias in favour of saving nonviable businesses, but that “judges act as if they are seeking out and preserving going-concern surplus” (Morrison 2007, 411). Chang, Schoar (2013) uses data on Chapter 11 filings for 7,824 private companies in the US between 1989 and 2006. This novel approach uses the random assignment of bankruptcy cases as a natural experiment and heterogeneity in judges’ interpretation of the law. The findings include significant differences across judges in the propensity to consistently grant (or deny) specific key motions (e.g. use of cash collateral or lifting the automatic stay). Judge specific fixed effects were obtained, that were used as a pro-debtor index and show that pro-debtor judges have worse firm outcomes in reorganization cases i.e. Chapter 11 works more efficiently when presided by a pro-creditor judge. More recently, He, Yu, Wu (2020) used US commercial bankruptcy data to determine that judicial bias varies across states and bankruptcy courts. Other empirical bankruptcy literature mainly deals with the judicial attributes such as experience (Iverson *et al.* 2018), ideological preferences (Nash, Pardo 2012), time constraints and workload (Iverson 2017), or forum-shopping on bankruptcy outcomes. Using a similar approach as Chang, Schoar (2013), Iverson *et al.* (2018) finds that judges’ experience significantly influences the speed of ruling and managing of corporate restructuring cases.

Outside of the US, empirical bankruptcy literature that examines issues related to judicial bias is scarce. Lambert-Mogiliansky, Sonin, Zhuravskaya (2007) used a sample of Russian firms to find that Russian commercial courts were biased in favour of regional authorities. Blazy *et al.* (2011) examined a sample of bankruptcy files on French SMEs, showing that employment protection is the key element driving the courts’ behaviour (Blazy *et al.* 2011, 136).

Second, several theoretical papers in law and economics and financial economics literature analyse the role of judicial discretion and bias. Ayotte, Yun (2007) presented a model of optimal bankruptcy law considering the expertise of judges and the quality of contract enforcement. The optimal degree of “creditor friendliness” in the bankruptcy law

¹¹ Absolute priority requires that secured creditors are paid before unsecured petition creditors can be repaid any portion of their claim. Similarly, unsecured creditors should be repaid in total before owners receive any repayment. For details, see Evans (2003, 116).

decreases as judicial ability to recognize firm quality increases, i.e. in order to be effective, debtor-friendly law requires judicial expertise. Gennaioli, Rossi (2010) shows that judicial bias may not be random, due to career concerns of bankruptcy judges. To attract prospective cases, bankruptcy judges tend to “over-reorganize” debtors, signalling their pro-debtor inclination. Similar to Ayotte, Yun (2007), it shows that “creditor-friendly” law is crucial for enhancing judicial incentives to resolve a case in an efficient manner.

Finally, another strand of research, closely related to our research design, deals with the behavioural analysis of judicial decision making (see, for example, Guthrie, Rachlinski, Wistrich 2001; Teichman, Zamir 2014). Rachlinski, Guthrie, Wistrich (2006, 2007) examined the impact of six phenomena on bankruptcy judge decision making in order to compare them to generalist judges. They presented 113 US bankruptcy judges (approximately one-third of all bankruptcy judges in the US) with a set of hypothetical cases to examine the extent of judges’ reliance on common heuristics. On the one side, they found that anchoring (relying on the initial available value to make an estimate) and framing (influencing the decision by the way they are framed through different wordings, settings, and situations) affected judges’ assessments and had the similar effect on bankruptcy judges and generalists. On the other side, unlike irrelevant anchor and framing effects, omission bias (reacting more strongly to harmful actions than to harmful inactions), the debtor’s race, the debtor’s apology, and terror management did not affect bankruptcy judges. Interestingly, there was no evidence found that more experienced judges performed better than less experienced ones.

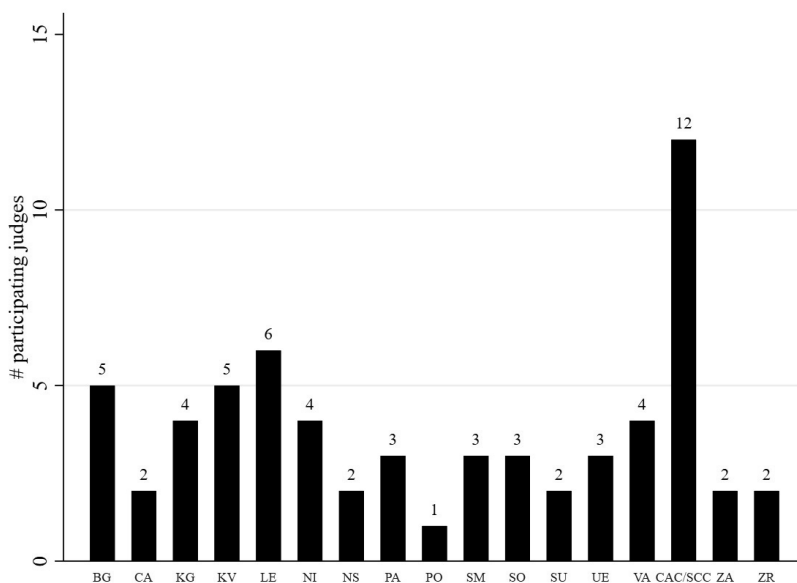
4. RESEARCH DESIGN AND RESULTS

The study was conducted during September and October of 2019. Data was collected with the support of the Commercial Appellate Court (CAC). Participating judges had to make decisions in several hypothetical cases. The research experiment was carefully explained, and a pilot questionnaire used to test participants’ understanding. A total of 63 judges from 16 Commercial Courts, Commercial Appellate Court, and Supreme Court of Cassation (SCC), provided answers to the questionnaire. Only bankruptcy judges from first instance courts and judges that decide bankruptcy-related cases in the CAC and SCC were asked to participate in the study. The sample represented almost the entire population of judges that preside over bankruptcy-related cases. Judges were asked to provide answers and comment individually. Furthermore, to provide incentives to engage in the experiment (and per request of the CAC), participants provided their answers anonymously i.e. judges were assured that their

names or other identifying information were not recorded. This limited the inquiry to some extent, since apart from the region and specialization, we were not able to obtain additional data on judges' experience, gender, law school, etc.

Figure 1 shows the distribution of participating judges. The number of participating judges per court depends on the court organisation. Namely, while large courts usually have bankruptcy judges dedicated solely to bankruptcy cases (e.g. Belgrade, Novi Sad, Kragujevac, etc.), some smaller courts do not have judges that preside exclusively in bankruptcy cases (e.g. Užice, Pančevo, etc.). In addition, in several courts it is difficult to make a clear distinction between “specialized” and “generalist” judges (e.g. a half of judges in a particular commercial court are dedicated solely to bankruptcy cases, while others are not or judges were only recently reallocated from the bankruptcy to litigation panel).

Figure 1. Distribution of participating judges



Source: Authors

Each of the bankruptcy judges was provided a questionnaire that contained three hypothetical cases. The judges were assigned to groups randomly. The first case assessed the presence of continuation (pro-debtor) bias. The second case examined the presence of specific pro-creditor bias. Finally, the third case looked at whether judges express judicial activism when deciding cases and whether this is affected by social concerns. Each of these cases is explained below, along with the results.

4.1. Case 1: Continuation Bias

To test for the presence of continuation bias, we constructed a problem in which judges had to decide on the opening of bankruptcy proceedings. In preparing this case, we took advantage of recent cases involving debtors already in compulsory liquidation proceedings. We used these circumstances as a sort of natural experiment that we replicated in a questionnaire.¹²

The first case provided judges with the following context. Compulsory liquidation proceedings were initiated against the debtor (company) because it failed to submit the annual financial statements to the competent registry by the end of the previous financial year, for two consecutive financial years.¹³ After the compulsory liquidation proceedings had been initiated, the debtor filed a motion for initiating bankruptcy proceedings in accordance with a pre-arranged reorganization plan. The PARP contained all of the essential elements enumerated in Art. 156 of the LoB, with the exception of the annual financial statements for the previous three years. However, the plan proponent had also provided the auditor's opinion on the state of the books of accounts, which states that the information contained in the plan is factual and that PARP is viable. Based on this background, the judges were asked whether they would reject the proposed PARP and if so on what grounds.

Table 1 shows that the majority of bankruptcy judges would reject the plan. However, the majority (54%) is rather slim, as almost 46% of judges would either accept the plan (29%) or provide the debtor with a second chance (17%), i.e. allow the debtor to provide additional documentation, or not render the decision and wait for the resolution of the compulsory liquidation proceedings. The results demonstrate a very high heterogeneity of answers.

¹² The Commercial Appellate Court only recently provided guidance stating that the submission of a pre-prepared reorganization plan is permitted in an event when a company is in the process of compulsory liquidation. Additionally, according to the CAC, the failure to submit financial statements does not constitute sufficient reason to dismiss the reorganization plan as illegal, given that compulsory liquidation proceedings were initiated for this reason. In such a situation, the subsequent submission of the annual financial statements is not possible, so the financial position of the bankruptcy can be determined from the extraordinary audit report.

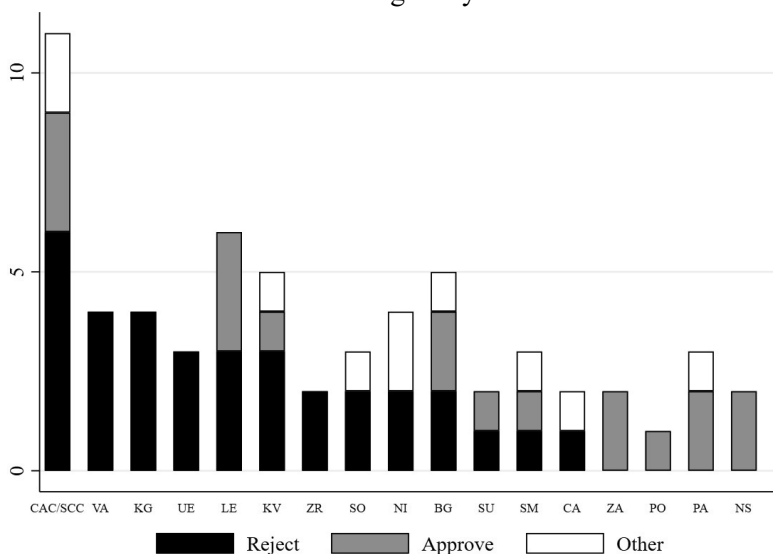
¹³ Zakon o privrednim društvima [Company Law] Art. 546, para.1, it. 10, *Official Gazette of Republic of Serbia* 36/2011, 99/2011, 83–2014, 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019.

Table 1. Decision making in the Continuation Bias Problem

Decision	Freq.	Percent
Reject	34	53.97
Accept	18	28.57
Other (second chance)	11	17.46
Total	63	100.00

This heterogeneity may be observed between commercial courts, but also within commercial courts. Figure 2 reveals that both types of heterogeneity are present. Out of 15 first instance courts (one court with only one response was not included), only in six courts bankruptcy judges provide unison and cohesive answer. In the remaining nine first-instance courts, as well as in the higher instance courts, judges provided substantively different responses. With respect to between courts' differences, four commercial courts seem to be biased towards continuation (i.e. pro-debtor proxied by the acceptance decision) and six towards creditor (with only four courts being evidently pro-creditor, proxied by the rejection decision). The remaining six courts had significant within heterogeneity, so it is not possible to classify them either as having pro-debtor or pro-creditor bias.

Figure 2. Continuation bias – within-court and between-courts heterogeneity



Source: Authors

This makes allocation of cases to the particular judge a significant determinant for how the debtors and creditors will be treated and how the law will be applied. They also provide support for the recent attempts of forum shopping, where debtors changed the seat of their companies in order to be able to file for bankruptcy in different jurisdiction.

4.2. Case 2: Specific Pro-Creditor Bias

The second case examined whether characteristics of creditors and the size of the claim affect judges' decisions. Unbeknownst to the respondents, they were randomly distributed to either to a control group or to a treatment group. To examine whether judges are more prone to decide in favour of particular type of creditors, we presented judges with the case in which in the PARP proceedings a creditor, either an entrepreneur (control group) or a public enterprise (treatment group), had disputed claims against the debtor. We asked judges to state how they would assess the value of disputed claims for the purpose of voting. To examine the effect of the size of the claim, the disputed sum significantly differed in the two versions of a hypothetical case (the sum in the control group was set to be much higher).¹⁴

Again, in creating the case our starting point was a legal ambiguity. Namely, amendments to the 2014 LoB stipulated that the assessment of the likelihood of claims for voting purposes may be made solely by an authorized professional (appraiser). However, amendments to the LoB in 2017 removed this norm, creating a dilemma whether a bankruptcy judge alone should assess the likelihood for the purpose of voting.¹⁵ We

¹⁴ Additional details of the second hypothetical case are as follows. The creditor's first claim against the debtor originates from damages and amounts to EUR 100,000 (control group) or EUR 5,000 (treatment group). The disputed sum represents the value of real estate that the debtor has misappropriated. Consequently, the creditor filed claim for damages with the civil court, and a preliminary hearing was scheduled. Additionally, the creditor also seeks a sum of EUR 100,000.00 from the debtor, backed by a first instance judgement rendered. The said first instance judgement partially upheld the claim to the amount of EUR 50,000.00, while rejecting it for the remaining EUR 50,000.00. From the judgement's reasoning, it is apparent that the claim has become unenforceable due to the statute of limitations, since said claim became due three years before it was filed. Being that, according to the court of first instance, the statute of limitations that applies to companies (referred to in Article 374 of the Law on Obligations) should apply accordingly to entrepreneurs, this claim was considered unenforceable due to the statute of limitations. The PARP acknowledged said creditor's claim to the amount of EUR 50.000,00, based on the aforementioned first instance judgement, while listing the claim of EUR 100.000,00 for damages and the remaining EUR 50.000,00 (considered obsolete and unenforceable by the first instance judgement) as disputable.

¹⁵ Art. 160 LoB.

hypothesise that judges would be prone to protect the entrepreneur with a large disputed claim, rather than public enterprise with a small disputed claim. To avoid random value answers, we avoided asking judges to provide the particular sum and instead asked two questions.

First, we asked judges whether they would perform the evaluation themselves or they would appoint a professional (appraiser) to do the assessment (Case 2a). Note that the problem explicitly states that the creditor that filed said claim had proven with certainty the existence of damages in the amount of real estate’s market value.

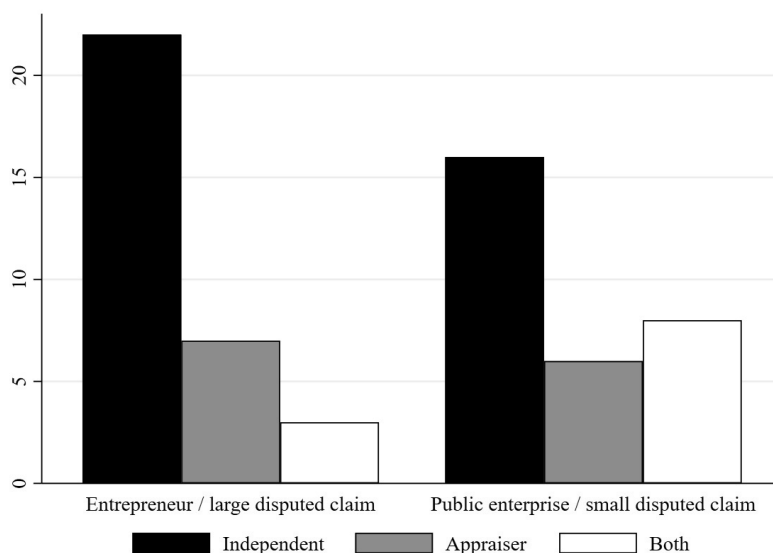
As the total size of the data set is $n=62$, we perform the Freeman-Halton extension of the Fisher exact probability test for a 3×2 contingency table.¹⁶ The null hypothesis is that these two categories are not different. The test shows that there is no statistically significant difference with respect to the creditors’ type and size of the claim ($p= 0.204$).

Table 2. Number of judges choosing options related to the valuation of the disputed claim

Group	Independently (no appraiser)	Independently but using appraiser’s estimate	Appraiser’ estimate	Total
Control Group (Entrepreneur)	22	3	7	33
Treatment Group (Public Ent.)	16	8	6	30
Total	38	11	13	62

¹⁶ For a 3×2 table, it is only possible to compute non-directional (two-tailed) probabilities. For general introduction to Fisher exact probability test and contingency tables, see Agresti (2007, 45–49). In our case n is relatively small and the data is unbalanced, so we used both *exact* distributions and large-sample approximations.

Figure 3. Creditor specific bias – Number of judges choosing options



Source: Authors

To test for robustness of our findings, we also combined all the responses where judges stated that they would engage an appraiser (Table 3). As we hypothesise that judges are more likely to appoint an appraiser when the size of claim is large, we use a one-sided Fisher exact probability test. Again, the test rejects our hypothesis as $p=0.162$, and although data showed that judges were more likely to appoint appraisers when the size of the claim is larger, the results were not statistically significant.

Table 3. Case 2a: Number of judges choosing options

Group	Independently (no appraiser)	Using appraiser's estimate	Total
Control Group (Entrepreneur)	22 (69.7%)	10 (30.3%)	33
Treatment Group (SOE)	16 (53.3%)	14 (46.7%)	30
Total	38	24	62

Second, we also examined how a bankruptcy judge would act with respect to the non-final first instance judgment on a disputed monetary claim that is found to be groundless (Case 2b). More specifically, the judges were asked to provide an answer to whether they would base their decision only by looking at the order of the judgment (in which the court

has rejected said claim), or they would assess the merits of the claim by analysing the judgement’s reasoning. We assessed whether judges are either pro-state or pro-entrepreneur, depending on whether they also looked at the reasoning, trying to find additional grounds for revaluation of the disputed monetary claim.

Table 4 shows that in both the control and treatment group the majority of judges look at the judgement and the reasoning. While the share of judges that look at both judgement and reasoning is higher in the case of entrepreneurs, we again do not find a statistically significant difference.

Table 4. Case 2b: Number of judges choosing options

	Only Judgement	Judgement and Reasoning	N
Control Group (Entrepreneur)	12 (38.7%)	19 (61.3%)	31
Treatment Group (SOE)	13 (48.1%)	14 (51.9%)	27
Total	25	33	58

Results, however, reveal another potentially problematic aspect of bankruptcy judges’ reasoning. It is objectively expected that due to the small amount the bankruptcy judge should not indulge in the detailed analysis of the correctness of the legal position taken in the reasoning of the first instance basic court. Our results reveal that this is not the case.

4.3. Case 3: Social Concerns and Judicial Activism

Radulović, Radović (2019) identified several examples of judicial activism in recent Serbian bankruptcy practice. Under judicial activism in this paper, we refer to bankruptcy rulings that are based on personal opinion, rather than on existing bankruptcy law.¹⁷ We thus examine to what extent judges behave more like legislators than like judges. While the term “judicial activism” is traditionally employed in the context of appellate courts (Green, Roiphe 2019, 365), in the case of Serbian bankruptcy courts there is no such exclusivity, as first instance judges may also use and abuse discretion in how they conduct hearings and rule decisions.

¹⁷ The term “judicial activism is defined in a number of disparate, even contradictory ways” (Kmiec 2004, 1443). Kmiec (2004) provided an in-depth discussion of various definitions of judicial activism that have been used in the US. Note that the definition used in this paper is different from the one that emphasizes creativity in the interpretation of the law.

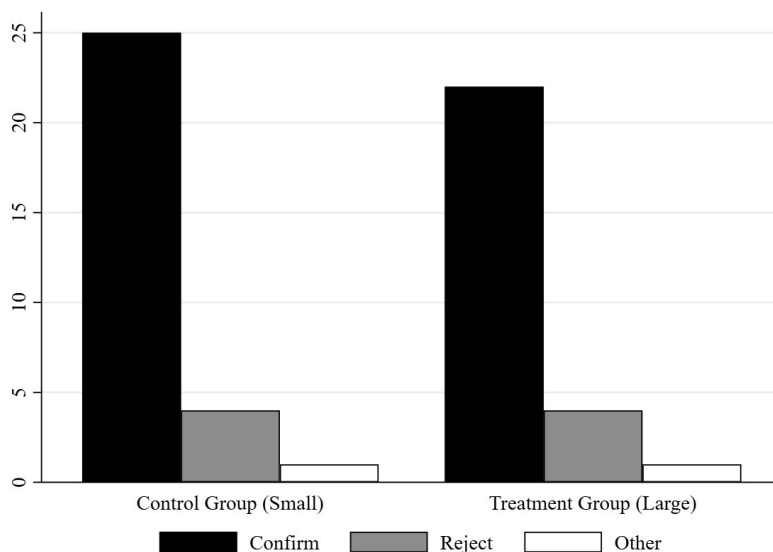
We presented judges with a case in which a petitioner had filed a motion for initiating bankruptcy proceedings in accordance with a PARP. We altered the case to test for the effects of both social concerns and judicial activism. To control for the social concerns and ties to the local community, judges were again randomly distributed to a control and a treatment group. In the control group the debtor was a micro-enterprise that employs 10–15 persons, and in the treatment group the petitioner was a large company employing 1,500 workers. Unlike the first case, where due to vague circumstances judges could decide both ways, in the third case the law clearly suggests that judges should confirm the plan. Hence, any rejection of confirmation of the plan could be interpreted as an instance of judicial activism.

The third case provided judges with the following context. The PARP petitioner stated that the reasons for bankruptcy were permanent inability to make payments as well as excessive indebtedness. The debtor's business activity is the production of specialised packaging. During the previous period, the debtor did business only with company A (buyer). Due to problems, the buyer needed less packaging from the petitioner, which left the petitioner insolvent. The PARP, as a part of the financial projection, stated that the business of the proponent's main client, company A, was of paramount importance. In order to increase business revenue, the petitioner also continuously made efforts to gain other clients as customers. The debtor stated that, should they gain new buyers, a more favourable settlement for creditors could be reached, in comparison to bankruptcy. However, the debtor did not submit any letter of intent or preliminary contract, nor any other evidence that would make the debtor's cooperation with potential partners credible. These circumstances make the debtor's future business extremely uncertain. Notwithstanding these facts, the majority of all creditor classes have voted in favour of the plan. We asked judges to make a decision regarding the confirmation of the plan. Table 5 and Figure 4 show that responses were almost identical in both groups.

Table 5. Social concerns and judicial activism –
Number of judges choosing options

Group	Confirm	Reject	Other	Total
Control Group (Small)	25	4	1	30
Treatment Group (Large)	22	4	1	27
Total	47	8	2	57

Figure 4. Social concerns and judicial activism – Number of judges choosing options



Source: Authors

The Fisher exact test clearly rejects the null hypothesis. Although we cannot relate judicial activism to social concerns, almost 18% of judges express judicial activism either by promptly rejecting the adopted plan or by stating that further actions would be required before confirming the plan. Interestingly, the share of activist judges is similar both at the first instance and appellate courts (both CAC and SCC). While judicial activism in this particular hypothetical case means that bankruptcy judges strive to confirm only feasible plans, i.e. prevent inefficient reorganisation, which may be a positive step in terms of signalling judicial skills, in the context of the current Serbian bankruptcy framework this only contributes to legal uncertainty (at least until the LoB is harmonized with the recently adopted EU Directive on Restructuring and Insolvency).¹⁸

5. CONCLUSION

Our study shows that there are some good and some bad news for the Serbian bankruptcy judiciary. First, the majority of bankruptcy

¹⁸ See Directive (EU) 2019/1023 of the European Parliament and of the Council, 2019 O.J. (L 172) 18. The implementation of the Directive 2019/1023 would dramatically change the role of the bankruptcy judge in Serbia. For a detailed review on the potential implementation of the Directive 2019/1023 in Serbia see Radulović (2019).

judges did resist the continuation bias. However, the majority is rather slim, as only 54% of judges rejected submission of the plan by the dubious petitioner. Second, we did not find sufficient statistical evidence to claim that judges behave differently depending on the type of creditor. In other words, judges are unaffected by the type of the debtors and were indifferent to social concerns proxied by the number of employees. We think that unbiasedness is rather good news.

At the same time, we observed a very high level of heterogeneity among Serbian bankruptcy judges in their interpretation of the bankruptcy laws. Additionally, the judges paid too much attention to irrelevant issues. Such practices by bankruptcy judges are making the process even more costly and time-consuming, further wasting scarce judicial resources. Finally, considering that the whole process of reorganization is based on the out-of-court negotiation between creditors and the manifestation of their will exemplified by the plan approval, it is rather questionable whether the will, clearly expressed by the majority creditors, should be affected by the judge. The share of judges that go beyond what is provided for in the law is close to 20%, i.e. roughly there is a one in five chance that the court may interfere and examine the feasibility of the plan in spite of the fact that the very same plan was approved by the creditors. This type of judicial activism further amplifies the legal uncertainty of the bankruptcy process in Serbia. Our results clearly show that both jurisdiction and the allocation of cases to a particular judge represent significant determinants of how the debtors and creditors will be treated and how the bankruptcy law will be applied.

REFERENCES

- Agresti, Alan. 2007. *An Introduction to Categorical Data Analysis*. 2d ed. Hoboken, N.J.: John Wiley & Sons.
- Ayotte, Kenneth, Hayong Yun. 1/2007. Matching Bankruptcy Laws to Legal Environments. *The Journal of Law, Economics, and Organization*, 25: 2–30.
- Begović, Boris. 10–12/2016. Valutna klauzula: svrha, dileme i mogući ishodi. *Pravo i privreda* 54: 24–53.
- Blazy, Régis, Bertrand Chopard, Agnes Fimayer, Jean-Daniel Guigou. 2/2011. Employment preservation vs. creditors' repayment under bankruptcy law: The French dilemma? *International Review of Law and Economics* 31:126–141.
- Claessens, Stijn, Leora F. Klapper. 1/2005. Bankruptcy Around the World: Explanations of its Relative Use. *American Law and Economics Review* 7: 253–283.

- Davydenko, Sergei. A., Julian R. Franks. 2/2008. Do Bankruptcy Codes Matter? A Study of Defaults in France, Germany, and the U.K. *The Journal of Finance* 63: 565–608.
- Evans, Jocelyn. 1/2003. The effect of discretionary actions on small firms' ability to survive Chapter 11 bankruptcy. *Journal of Corporate Finance* 9: 115–128.
- Decker, Klaus, Georgia Harley, Srdjan Svirčev. 2014. *Serbia judicial functional review (Vol. 2): Main report*. Washington, D.C.: World Bank Group.
- Gennaioli, Nicola, Stefano Rossi. 11/2010. Judicial Discretion in Corporate Bankruptcy. *The Review of Financial Studies* 23: 4078–4114.
- Green, Bruce. A., Rebecca Roiphe. 2/2019. Judicial Activism in Trial Courts. *New York University Annual Survey of American Law* 74: 365–392.
- Guthrie, Chris, Jeffrey J. Rachlinski, Andrew, J. Wistrich. 4/2001. Inside the Judicial Mind. *Cornell Law Review* 86: 777–830.
- He, Dongwei, Kai Yu, Jun Wu. 1/2020. Industry characteristics, court location, and bankruptcy resolution. *Journal of Management Analytics*, in press.
- Iverson, Benjamin. 11/2017. Get in Line: Chapter 11 Restructuring in Crowded Bankruptcy Courts. *Management Science* 64: 5370–5394.
- Iverson, Benjamin, Joshua Madsen, Wei Wang, Qiping Xu. 2018. Learning by Doing: Judge Experience and Bankruptcy Outcomes. Unpublished manuscript. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3084318 (last visited 20 January 2020).
- Jolls, Christine, Cass R. Sunstein. 4/2006. The Law of Implicit Bias. *California Law Review* 94: 969–996.
- Kmieć, Keenan D. 5/2004. The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism.” *California Law Review* 92: 1441–1477.
- Lambert-Mogiliansky, Ariane, Konstantin Sonin, Ekaterina Zhuravskaya. 2/2007. Are Russian commercial courts biased? Evidence from a bankruptcy law transplant. *Journal of Comparative Economics*, 35: 254–277.
- LoPucki, Lynn. M., Joseph W. Doherty. 1/2004. The Determinants of Professional Fees in Large Bankruptcy Reorganization Cases. *Journal of Empirical Legal Studies*, 1: 111–141.
- Mills, Linda. 1999. *A Penchant for Prejudice: Unravelling Bias in Judicial Decision Making*. Ann Arbor: The University of Michigan Press.
- Mojašević, Aleksandar S., Ljubica Nikolić. 79/2018. Kognitivne pri-strastnosti u pravnoj oblasti: Mesto susreta pravne i biheviorističke nauke. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 57: 253–274.

- Morrison, Edward R. 2/2007. Bankruptcy Decision Making: An Empirical Study of Continuation Bias in Small Business Bankruptcies. *The Journal of Law & Economics* 50: 381–419.
- Nash, Jonathan Remy, Rafael I. Pardo. 3/2012. Does Ideology Matter in Bankruptcy? Voting Behaviour on the Courts of Appeals. *William and Mary Law Review* 53: 919–986.
- Rachlinski, Jeffrey J., Guthrie, Andrew, J. Wistrich. 5/2006. Inside the Bankruptcy Judge's Mind. Symposium: The Role of the Judge in the Twenty-First Century. *Boston University Law Review* 86: 1227–1266.
- Rachlinski, Jeffrey J., Guthrie, Andrew, J. Wistrich. 1/2007. Heuristics and Biases in Bankruptcy Judges. *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 163: 167–186.
- Rachlinski, Jeffrey J., Andrew, J. Wistrich. 1/2017. Judging the Judiciary by the Numbers: Empirical Research on Judges. *Annual Review of Law and Social Science* 13: 203–229.
- Radović, Vuk. 2017. *Stečajno pravo—knjiga druga (pobijanje pravnih radnji stečajnog dužnika, reorganizacija, međunarodni stečaj, stečaj povezanih društava)*. Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu, Beograd.
- Radović, Vuk, Branko Radulović. 2/2018. Prearranged Reorganization Plans in Serbia: Form Over Substance. *European Business Organization Law Review*, 19: 393–413.
- Radulović, Branko. 1/2015. Unapred pripremljeni planovi reorganizacije i problem negativne selekcije. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 63: 151–168.
- Radulović, Branko, Marko Radović. 4–6/2019. Nezakonitost u postupanju povodom unapred pripremljenih planova reorganizacije. *Pravo i Privreda* 57: 649–667.
- Radulović, Branko. 2019. Direktiva o restrukturiranju i nesolventnosti: sve će to zakoni pozlatiti. 58–80 in *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije (2019)*, edited by Vuk Radović, Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu, Beograd.
- Sharfman, Keith. 2/2005. Judicial Valuation Behavior: Some Evidence from Bankruptcy. *Florida State University Law Review* 32: 387–400.
- Todorović, Ivan. 4–6/2017. Izvodljivost plana reorganizacije. *Pravo i Privreda* 55:246–257.
- Teichman, Doron, Eyal Zamir. 2014. Judicial Decision-Making: A Behavioral Perspective. 664–702 in *The Oxford Handbook of*

Behavioral Economics and the Law, edited by Eyal Zamir, Doron Teichman. Oxford: Oxford University Press.

Vukelić Luka, Martina Prpić, Blažo Nedić, Branko Radulović, Luka Andrić. 2014. Trends in corporate Restructuring – Croatia and Serbia examined and contrasted. *EBRD Law in Transition Online*. <https://www.ebrd.com/downloads/research/law/lit114.pdf>, last visited 10 January 2020.

Article history:

Received: 16. 4. 2020.

Accepted: 21. 5. 2020.

UDK 347.232

CERIF: S130

DOI: 10.5937/AnaliPFB2002100L

Dr Karmen Lutman, LL.M. (Berlin)*

NEOSNOVANO OBOGAČENJE U ODNOSU NA UGOVORNO, DELIKTNO I STVARNO PRAVO

Pravo neosnovanog obogačenja nezavisna je grana obligacionog prava koja se zbog svog razvoja u istoriji do neke mere preklapa sa drugim oblastima civilnog prava – deliktним, stvarnim i ugovornim pravom te poslovođstvom bez naloga. Upravo zbog toga se često postavlja pitanje odnosa ugovornih zahteva prema zahtevima po drugim pravnim osnovama. Rad se bavi pitanjem da li je zahtev iz neosnovanog obogačenja u odnosu na ugovorno, deliktно i stvarno pravo supsidijarnog karaktera i da li je isključen ukoliko poverilac ima mogućnost da podnese zahtev po drugačijoj, specijalizovanoj pravnoj osnovi. U raspravi se, koja slovenačko pravo stavlja u središte i analizira ga u svetlu rešenja odabranih stranih pravnih sistema, razmatraju različite varijante principa supsidijarnosti te uloga i značaj prava neosnovanog obogačenja u sistemu građanskog prava.

Ključne reči: *Supsidijarnost. – Neosnovano obogačenje. – Kondikcije. – Verzije. – Princip specijalnosti.*

1. UVOD

Iako neosnovano obogačenje predstavlja autonomni izvor obaveza i stvara kompletan sistem pravila sa sopstvenim konceptima i principima, njegov položaj u postojećem pravnom sistemu nije potpuno razjašnjen. Tome je doprinela istorijska disperzija zahteva iz pravno neosnovanog obogačenja koji su se vekovima razvijali pod okriljem različitih instituta i tek su nedavno spojeni u jedinstveni koncept neosnovanog obogačenja.

* Asistentkinja za građansko i privredno pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Ljubljani, karmen.lutman@pf.uni-lj.si.

Danas se još uvek do neke mere preklapa sa drugim oblastima civilnog prava – deliktним, stvarnim i ugovornim pravom te poslovdstvom bez naloga – zbog čega je, češće od bilo koje druge grane obligacionog prava, u konkurenciji sa zahtevima drugih pravnih oblasti.

Često se primećuje da zahtev iz obogaćenja ima samo supsidijarnu ulogu i na njega se može pozvati tek ako za poveriočevo potraživanje ne postoje druge specijalnije pravne osnove. U tom smislu, neosnovano obogaćenje bi trebalo da služi za popunjavanje praznina kada se za otklanjanje posledica neosnovanog prenosa imovine ne mogu naći osnove u drugim institutima građanskog prava ili se njihovom primenom ne mogu postići zadovoljavajući rezultati (Łętowska 2007, 3).

Autori ga porede sa zaštitnom mrežom koja pruža izvesnu fleksibilnost u obligacionom pravu (Łętowska 2007, 3). Otuda i metafora o dvoglavom bogu Janusu, prema kojoj neosnovano obogaćenje jednim licem gleda prema ugovornom pravu i nastoji da ispravi njegove greške, dok drugim licem iz istog razloga gleda prema deliktном i stvarnom pravu (Dannemann 2009, 7). Međutim, upravo je neosnovano obogaćenje grana obligacionog prava koja osigurava da se niko bez zakonskog osnova ne može okoristiti na račun drugog. Njegova svrha je jasna: utvrditi da li se i u kojoj meri dužnik neosnovano obogatio na račun poverioca i pobrinuti se o prenosu neosnovano stečenih koristi od obogaćenog nazad ka osiromašenom licu. Zbog toga se postavlja pitanje njegove pozicije u ostvarivanju tog cilja u sistemu građanskog prava. Rad se fokusira na položaj i ulogu prava neosnovanog obogaćenja te analizom različitih koncepata principa supsidijarnosti pokušava da odgovori na neke dileme koje se postavljaju u vezi sa odnosom prava neosnovanog obogaćenja prema ugovornom, deliktном i stvarnom pravu.

2. O SUPSIDIJARNOSTI PRAVA NEOSNOVANOG OBOGAĆENJA

2.1. Opšte o principu supsidijarnosti

Princip supsidijarnosti u međusobnom odnosu dva zahteva znači da jedan od zahteva isključuje drugi, iako su ispunjene sve pretpostavke za njega (Grantham, Rickett 2001, 273).

Ako se opšti zahtev iz pravno neosnovanog obogaćenja smatra supsidijarnim, podnosilac zahteva se ne može pozivati na njega ako ima na raspolaganju zahtev po drugom pravnom osnovu (Jooste, Schrage 2016a, 8).

Uporednopravno govoreći, postoji nekoliko varijanti tog principa, s tim što je doktrina supsidijarnosti u najstrožem obliku zastupljena u zemljama romanskog pravnog kruga.¹

Prema konceptu tzv. jakog efekta ili apstraktnog značenja supsidijarnosti, zahtev iz neosnovanog obogaćenja isključen je svaki put kada poverilac ima na raspolaganju zahtev po drugačijoj, specijalizovanijoj pravnoj osnovi, čak i ako ga – zbog stvarnih ili pravnih prepreka – ne može primeniti (i stoga može da bude samo hipotetički) – (Nicholas 1994, 2038; Smith 2002, 597).

Tako, na primer, osiromašeni poverilac zahtevom iz neosnovanog obogaćenja ne može zahtevati vraćanje neosnovane koristi koju je dužnik stekao svojim protivpravnim ponašanjem ako su ispunjeni uslovi za ostvarivanje zahteva za naknadu štete iz delikta, bez obzira da li je on već zastareo ili ne (Nicholas 1994, 2043).²

Nešto drugačiji je koncept tzv. slabog efekta ili konkretnog značenja supsidijarnosti, prema kojem se poverilac ne može pozivati na zahtev iz neosnovanog obogaćenja ako u konkretnom slučaju ima na raspolaganju drugi, specijalniji zahtev (Nicholas 1994, 2043). Prema tom konceptu, zahtev iz neosnovanog obogaćenja isključen je samo u slučaju kada poverilac *stvarno* ima na raspolaganju zahtev po drugom pravnom osnovu.

Osim te dve izvedbe principa supsidijarnosti, u novijoj literaturi se mogu pronaći još dva koncepta. Pristup koji zagovara Jooste je kompromis između apstraktnog i konkretnog pristupa. U tom slučaju zahtev iz neosnovanog obogaćenja dostupan je kad god poverilac nema drugog efikasnog pravnog leka, pod uslovom da se ne zaobiđu druga pravna pravila (Jooste, Schrage 2016a, 9).

Kao četvrti, vredi pomenuti tzv. praktični koncept supsidijarnosti, koji se fokusira na poziciju zahteva iz pravno neosnovanog obogaćenja u procesu. Kao što primjećuje Snijders, tužioci svoj primarni tužbeni zahtev uglavnom zasnivaju na specijalizovanoj pravnoj osnovi, poput ugovora ili delikta, a alternativno – kao krajnje sredstvo – podnose zahtev po osnovu neosnovanog obogaćenja (Snijders 2001, 145–158; sažeto prema: Jooste, Schrage 2016a, 8).

O procesnim aspektima ostvarivanja zahteva po osnovu neosnovanog obogaćenja u hrvatskom pravu raspravlja Franić (Franić 2010, 35–45).

Kako objašnjava, u postupku je zahtev iz obogaćenja sa odštetnim zahtevom u odnosu isključenja, konkurencije ili kumulacije (detaljnije u:

¹ To ne iznenađuje jer iz francuskog prava proizilazi i princip *non-comul*, a važi za odnos između zahteva po ugovoru i deliktu.

² Autor objašnjava da je takav stav većine u italijanskom zakonu, prihvatajući koncept apstraktnog tumačenja principa supsidijarnosti.

Franić 2010, 42–44). Međutim, postavlja se pitanje može li se procesni aspekt ostvarivanja zahteva iz neosnovanog obogaćenja shvatiti kao poseban, nezavisan koncept jer materijalno pravo određuje poziciju zahteva iz neosnovanog obogaćenja u odnosu na zahteve po drugim osnovama, a procesna pravila su odraz materijalnopравnih stavova u postupku.

2.2. Uporednopravni pogled

2.2.1. Francusko i italijansko pravo

U romanskim pravnim sistemima, kao što su francusko i italijansko pravo, opšti zahtev po osnovu neosnovanog obogaćenja igra izrazito supsidijarnu ulogu i dolazi u obzir tek kada tužilac nema na raspolaganju specijalnije pravno sredstvo. Rasprave o položaju neosnovanog obogaćenja u romanskim pravnim sistemima odnose se na neosnovano obogaćenje u užem smislu, to jest na generalnu klauzulu i pravila o restituciji povezana sa njom. Pošto su kondikcijski zahtevi po uzoru na rimsko pravo izuzeti iz neosnovanog obogaćenja u užem smislu, generalna se klauzula odnosi prevashodno na verzione zahteve, gde se obogaćenje stiče na drugačiji način, a ne putem ispunjenja. Zbog toga se tamošnje rasprave pretežno tiču odnosa između pravno neosnovanog obogaćenja i delikta.

Italijansko pravo primenjuje najstroži oblik principa supsidijarnosti, to jest koncept apstraktnog značaja supsidijarnosti, prema kojem je zahtev iz neosnovanog obogaćenja isključen svaki put kada poverilac ima na raspolaganju specijalniji zahtev, čak i ako ga u konkretnom slučaju – zbog stvarnih ili pravnih prepreka – ne može ostvariti (Jooste, Schrage, 2016a, 15; Nicholas 1994, 2038 i dalje; Schlechtriem 2000, 14, Rn. 19).

U skladu sa izričitom odredbom čl. 2042 *Codice civile* važi da „poverilac ne može podneti zahtev iz neosnovanog obogaćenja, ako odštetu može da zatraži drugim pravnim sredstvom“.³ Kritičari ovog koncepta pojašnjavaju da je, s takvog stanovišta, uloga opšteg zahteva iz neosnovanog obogaćenja u postojećem sistemu obligacionog prava praktično beznačajna (Nicholas 1994, 2039).

Francusko pravo proizilazi iz blaže verzije principa supsidijarnosti i predstavlja kompromis između apstraktnog i konkretnog koncepta supsidijarnosti. Prema ovom pristupu, poverilac se ne može pozivati na opšti zahtev iz neosnovanog obogaćenja ako u konkretnom slučaju ima na raspolaganju specijalniji zahtev iz naslova ugovora, kvazikontrakta, delikta ili kvazidelikta (Descheemaeker 2017, 89).⁴ Ako poverilac u konkretnom

³ Čl. 2042 *Codice civile* u originalu glasi: „L'azione di arricchimento non è proponibile quando il danneggiato può esercitare un'altra azione per farsi indennizzare del pregiudizio subito.“

⁴ Autor se poziva na definiciju Aubry i Rau u *Cours de droit civil français*, vol. 6, 4. izdanje, 1873, § 578.

slučaju nema na raspolaganju specijalnije pravno sredstvo i, prema opštim pravilima, dakle, mogao bi da se poziva na neosnovano obogaćenje, francuski zakon predviđa dodatno ograničenje zasnovano na različitim razlozima zbog kojih poverilac u konkretnom slučaju nema na raspolaganju specijalniji zahtev. Ako je specijalniji zahtev isključen iz razloga pravne prirode (na primer zbog zastarelosti), poverilac umesto njega ne može podneti zahtev iz neosnovanog obogaćenja, dok je to moguće ako je ostvarivanje specijalnijeg zahteva onemogućeno iz stvarnih razloga (na primer, zbog nesolventnosti dužnika) – (Nicholas 1994, 2039). Razlog je najverovatnije u tome što bi u prvom slučaju bila potpuno izostavljena pravna pravila, koja poveriocu onemogućavaju primenu specijalnijeg pravnog pravila.

U Francuskoj je supsidijarna uloga neosnovanog obogaćenja posledica činjenice da opšti zahtev iz neosnovanog obogaćenja dugo nije bio deo zakonskog prava, što je proizvelo značajno ograničenje u njegovoj primeni, i služio je samo za popunjavanje zakonskih praznina. Međutim, taj njegov položaj nije izmenila ni činjenica da je reformom *Code civil* 2016. godine dobio svoje mesto u zakoniku jer je zajedno sa njim bila ozakonjena i odredba o supsidijarnosti (čl. 1303–3 *Code civil*). Tom odredbom je propisano da se „osiromašeno lice ne može pozivati na opšti zahtev iz neosnovanog obogaćenja ako na raspolaganju ima drugu tužbu ili je ono isključeno iz razloga pravne prirode, na primer zbog zastarelosti“.⁵ Njome se ozakonjuje ranije pomenuti koncept supsidijarnosti, koji se razvio u sudskoj praksi.

2.2.2. Nemačko pravo

Za razliku od italijanskog i francuskog prava, u nemačkom pravu mogućnost pozivanja na zahtev iz neosnovanog obogaćenja nije *a priori* isključena ako je na raspolaganju tužba po drugačijem pravnom osnovu (Jooste, Schrage 2016b, 223).

Postoje i izuzeci od tog osnovnog pravila, posebno u oblasti stvarnog prava i u odnosu zahteva iz obogaćenja jednih prema drugima. Dakle, u pravu neosnovanog obogaćenja „kondikcije ispunjenja“ (kondicioni zahtevi) imaju prednost nad „kondikcijama neispunjenja“ (verzioni zahtevi), što je posebno važno u trostranim odnosima neosnovanog obogaćenja (vidi Dannemann 2009, 149).⁶ Odnos između neosnovanog

⁵ Čl. 1303–3 *Code civil* u originalu glasi: „L'appauvri n'a pas d'action sur ce fondement lorsqu'une autre action lui est ouverte ou se heurte à un obstacle de droit, tel que la prescription.“

⁶ Zbog principa relativnosti obligacionih odnosa, zahtev iz neosnovanog obogaćenja polazišno se dopušta samo protiv onog čija je obaveza ispunjena poveriočevom radnjom. Stoga, ako je kupac prema nalogu prodavca uplatio sumu kupovne cene trećem licu, a kasnije se ispostavilo da je kupoprodajni ugovor nevažeći, moći će da zatraži povraćaj

obogaćenja i stvarnopravnog režima restitucije smatra se problematičnim (Jooste, Schrage 2016b, 225).

Poslednji se koristi za odnos između vlasnika i posednika, ali, prema preovladavajućem stavu, ima prednost nad neosnovanim obogaćenjem (Dannemann 2009, 151; slično i Jooste, Schrage 2016b, 225). Takav stav se polemiše, posebno u vezi sa vraćanjem sekundarnih koristi (troškova, plodova i korisničkih naknada) u slučaju ništavih i otkazanih ugovora, gde bi bilo smislenije primeniti režim neosnovanog obogaćenja (Dannemann 2009, 151). Za razliku od francuskog i italijanskog prava, zahtevi iz neosnovanog obogaćenja i delikta nisu u konkurenciji i nisu u supsidijarnom odnosu, tako da poverilac može slobodno da bira između njih (Dannemann 2009, 151; Jooste, Schrage 2016b, 225; Smith 2002, 621).

2.2.3. Englesko pravo

U engleskom pravu nije poznat koncept supsidijarnosti *eo nomine*, ali je u određenim slučajevima zahtev iz neosnovanog obogaćenja ipak isključen, na primer, ako je ispunjenje izvršeno u očekivanju budućeg zaključenja ugovora, do kojeg ne dolazi. U tom slučaju pravila ugovornog prava imaju prednost nad neosnovanim obogaćenjem (više o odnosu između ugovora i pravno neosnovanog obogaćenja u engleskom pravu vidi u Smith 2002, 623; Jooste, Schrage 2016b, 227–229). Iz *Restatementa* engleskog prava neosnovanog obogaćenja proizilazi da se zahtev iz obogaćenja može ostvarivati u konkurenciji s drugim zahtevima, pri čemu se ne može odobriti više od jednog zahteva, ako bi to omogućilo dvostruku kompenzaciju (Burrows 2012, čl. 1(4)).⁷ I inače se u teoriji može pronaći stav da su zahtev iz obogaćenja i odštetni zahtev iz delikta u odnosu alternativnosti te da tužilac slobodno može da bira između njih (Nicholas 1994, 2040; Jooste, Schrage 2016b, 229). Ako se odriče od odštetnog zahteva u korist zahteva iz neosnovanog obogaćenja, reč je o tzv. *waiver of tort* (Nicholas 1994, 2040; Jooste, Schrage 2016b, 229). Kako objašnjava Virgo (2006, 461), nakon što je odabir pravnog sredstva izvršen, mogućnost pozivanja na drugi zahtev je isključena. Međutim, postoje neki koji i u engleskom pravu zauzimaju suprotan stav prema kojem zahtev iz obogaćenja ima samo supsidijarnu ulogu u odnosu na odštetni zahtev (Beatson 1991, 425, međutim drugačije Birks 2005, 230).

plaćene sume samo od prodavca. Uplatom je, naime, ispunio svoju obavezu prema prodavcu. Stoga ispunjenje činidbe (nem. *Leistungskondiktion*) protiv prodavca ima prednost nad neispunjenjem činidbe (nem. *Nichtleistungskondiktion*) protiv trećeg lica.

⁷ Odredba u originalu glasi: „A right to restitution for unjust enrichment may be claimed concurrently with another claim (for example, for a tort or breach of contract) but satisfaction of more than one claim is not permitted where it would produce double recovery.“

2.3. Pogledi na položaj neosnovanog obogaćenja u slovenačkom pravu: polazišta

Za razliku od italijanskog *Codice civile* i francuskog *Code civil*, zakonska regulativa u Sloveniji nema (opštu) odredbu o položaju neosnovanog obogaćenja u odnosu na zahteve po drugim pravnim osnovama. Posebno pravilo kojim se reguliše odnos između zahteva po osnovu pravno neosnovanog obogaćenja i odštetnog zahteva sadrži čl. 189 Obligacionog zakonika (OZ),⁸ prema kojem oštećeni, posle nastupanja zastarevanja zahteva za naknadu štete, može zahtevati od odgovornog lica, prema pravilima koja važe u slučaju neosnovanog obogaćenja, da mu ustupi ono što je dobio radnjom kojom je prouzrokovana šteta. Ta odredba je bila predviđena već u Konstantinovićevoj skici⁹, a kasnije je usvojena u Zakonu o obligacionim odnosima (ZOO).¹⁰ Ona je sadržajno nespojiva sa konceptom supsidijarnosti, utvrđenim francuskim pravom, prema kojem poverilac ne može tražiti opšti zahtev iz pravno neosnovanog obogaćenja ako na raspolaganju ima tužbeni zahtev po drugom pravnom osnovu, a koji je već zastareo. Slična odredba je poznata i u nemačkom pravu, koje takođe dopušta ostvarivanje zahteva po osnovu pravno neosnovanog obogaćenja nakon zastarevanja odštetnog zahteva.¹¹

U slovenačkoj teoriji se položajem zahteva iz neosnovanog obogaćenja prvenstveno bavio Cigoj, koji je zauzeo stav da poverilac ima mogućnost izbora između zahteva po različitim pravnim osnovama. O odnosu između zahteva iz neosnovanog obogaćenja i vindikacionog zahteva zapisao je kako ne vidi nikakvu prepreku da tužilac ne bi mogao da podnese jedno ili drugo, ako ima pravni osnov za oba, pri čemu će često lakše dokazati kondikcioni zahtev nego vlasnički (Cigoj 2006, 266 – odnos između kondikcionog i vindikacionog zahteva, i 272 – odnos između verzionog i vindikacionog zahteva; drugačije Radišić 1982, 276). Kondikcioni zahtev takođe može konkurisati zahtevu iz neosnovanog obogaćenja, tako da poverilac može slobodno birati između njih, a da ne mora da dokaže krivicu u slučaju zahteva iz neosnovanog obogaćenja (Cigoj 2006, 266; tako i Radišić 1982, 276). Međutim, nije sasvim jasno u kojim bi slučajevima čak postojala konkurencija između odštetnog i

⁸ *Službeni list RS* 97/07 i dalje.

⁹ Čl. 167 Skice za Zakonik o obligacijama i ugovorima („Konstantinovićeve skica“).

¹⁰ *Službeni list SFRJ* 29/78 i dalje. Vidi čl. 209 ZOO.

¹¹ Paragraf 852 BGB u originalu glasi: „Hat der Ersatzpflichtige durch eine unerlaubte Handlung auf Kosten des Verletzten etwas erlangt, so ist er auch nach Eintritt der Verjährung des Anspruchs auf Ersatz des aus einer unerlaubten Handlung entstandenen Schadens zur Herausgabe nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet. Dieser Anspruch verjährt in zehn Jahren von seiner Entstehung an, ohne Rücksicht auf die Entstehung in 30 Jahren von der Begehung der Verletzungshandlung oder dem sonstigen, den Schaden auslösenden Ereignis an.“

kondikcionog zahteva jer je teško zamisliti da bi postupanje izvršeno sa ciljem ispunjenja neke obaveze bilo protivpravno. U praksi je konkurencija između odštetnog i verzionog zahteva sve češća. Cigoj objašnjava da verzija ima samo komplementarno značenje. Ipak dodaje da oštećeno lice ne bi trebalo da bude lišeno mogućnosti pozivanja na verzioni zahtev pri kojem treba da dokaže manje nego kod ostalih zahteva za povraćaj (Cigoj 2006, 271).

Prema stavu Jadek Pense, zahtev za naknadu štete i zahtev iz pravno neosnovanog obogaćenja ne isključuju se po svom nastanku, pa bi oštećeni trebalo da ima mogućnost izbora između njih ili mogućnost da u istoj tužbi sa jednim tužbenim predlogom navede obe osnove, ističući pri tome da ne bi trebalo da dođe do dvostruke kompenzacije jer je reč samo o jednom dugu (Jadek Pensa u Juhart, Plavšak 2003, 1077).

Slovenačka teorija načelno je više naklonjena stavu da zahtev iz pravno neosnovanog obogaćenja u postojećem građanskopravnom sistemu nema samo supsidijarnu ulogu već se može ostvarivati bez obzira na to da li je u konkretnom slučaju na raspolaganju specijalnije pravno sredstvo. Prema tome, poverilac može slobodno da bira između zahteva po različitim pravnim osnovama. Međutim, ukazuje se na problem dvostruke kompenzacije, koja se mora izbeći ako dođe do kumulacije zahteva po različitim pravnim osnovama.

Stavovi slovenačke sudske prakse o položaju zahteva iz pravno neosnovanog obogaćenja različiti su. Iako neke odluke pokazuju izrazito podređenu, supsidijarnu ulogu prava neosnovanog obogaćenja, iz drugih proizlazi da poverilac ima mogućnost da bira između zahteva po različitim pravnim osnovama, posebno u slučaju odštete i neosnovanog obogaćenja.

U svojoj presudi II Ips 145/2010 od 20. juna 2013, pozivajući se na stavove hrvatskih pisaca, Vrhovni sud Republike Slovenije zapisao je da se „kondikcioni zahtev u principu može podneti samo ako ne može konkurisati nijednoj drugoj tužbi, posebno ne tužbi zasnovanoj na tvrdnjama o neispunjenju ugovornih obaveza ili tužbi za naknadu štete ako je postupanje zbog kojeg je nastala šteta protivpravno i takođe su obezbeđeni drugi elementi građanskog delikta“ (Klarić, Vedriš 2006, 646 i 647). U nastavku se objašnjava da kondikcioni zahtev dolazi u obzir (tek) samo ako nijedna druga tužba nije na raspolaganju.¹² Slično tome, iz presude Vrhovnog suda Republike Slovenije II Ips 535/2005 od 8. novembra 2007. proizlazi da „u načelu kondikcioni zahtev ne može konkurisati nijednoj drugoj tužbi, a odnos čija je posledica neosnovani prelaz imovine ne sme da bude štetna radnja (u takvom slučaju nastaje neposlovni odnos odgovornosti za štetu)“.¹³ Tako je presudio i Viši sud u Mariboru u reše-

¹² Tačka 8 obrazloženja spomenute presude.

¹³ U tom sporu sud je zaključio da pravila iz zakonske subrogacije kao imaju prednost nad verzionim zahtevom. Isto je učinio i Viši sud u Ljubljani, I Cpg 1281/2016

nju I Cpg 129/2016 od 12. maja 2016: „...odredbe o verziji primenjuju se samo ako zakon ne nudi korisniku nikakvu drugu pravnu zaštitu, pri čemu član 190 OZ utvrđuje opšta pravila o zahtevu iz neosnovanog obogaćenja i treba ga koristiti kao opšte pravilo, tj. tek kada nijedan drugi specijalniji materijalnopравни osnov ne dolazi u obzir“.¹⁴

Drugačiji stav proizlazi iz presude Vrhovnog suda Republike Slovenije II Ips 311/2017 od 26. aprila 2018, u kojoj je sud, pozivajući se na stav Jadek Pense, zapisao: „Samo principijelno treba objasniti da se odštetni zahtev i zahtev iz pravno neosnovanog obogaćenja ne isključuju. Ako je posledica iste radnje nastanak štete i korist odgovornog lica, mogu da budu ispunjene pretpostavke odštetne odgovornosti kao i zahteva iz neosnovanog obogaćenja. U takvom slučaju, oštećeni ima mogućnost izbora po kojem će pravnom osnovu zahtevati povraćaj gubitka. No, zastarevanje potraživanja naknade štete i potraživanja po osnovu neosnovanog obogaćenja nezavisno se procenjuju.“¹⁵ Sličan stav je očišćen i u presudi Višeg suda u Ljubljani u predmetu II Cpg 1049/2016 od 28. septembra 2016, u kojoj se navodi da „se zahtev za povraćaj i zahtev za naknadu štete ne isključuju, nego se dopunjuju i kumulativno podnose“¹⁶, i u rešenju Višeg suda u Ljubljani I Cpg 688/2017 od 8. novembra 2018: „Stav prvostepenog suda da zahtev, zasnovan na tvrdnjama o protivpravnom ponašanju tuženog ne može biti kondikcijski nego samo odštetni, nije pravilan. Uslovi za ostvarivanje zahteva iz pravno neosnovanog obogaćenja su: obogaćenje jednog lica, osiromašenje drugog lica, uzročno-posledična veza između obogaćenja i osiromašenja te odsustvo pravne osnove. Tvrdnja o protivpravnom ponašanju obogaćenog lica stoga nije potrebna, ali ako je navedena, to ne isključuje postavljanja zahteva iz neosnovanog obogaćenja.“¹⁷

2.4. Nekoliko misli o položaju zahteva iz pravno neosnovanog obogaćenja u slovenačkom pravu

Navedeno ukazuje na to da se stavovi o položaju zahteva iz neosnovanog obogaćenja međusobno razlikuju, pri čemu to važi za slovenačko pravno područje, pa i u širem uporednopravnom kontekstu. Razlog značajne suzdržanosti u primeni opšteg zahteva iz neosnovanog obogaćenja često je strah od otvaranja bočnih vrata neograničenoj odgovornosti

od 11. oktobra 2017, objašnjavajući da je razlika između neosnovanog obogaćenja i zakske subrogacije važna i u pogledu rokova zastarelosti.

¹⁴ Vrhovni sud Republike Slovenije takođe se u ovoj odluci poziva na stav Klarića i Vedriša u: Klarić, Vedriš 2006, 645 i dalje.

¹⁵ Tačka 18 obrazloženja spomenute presude, pozivajući se na stav Jadek Pensa u Juhart, Plavšak 2003, 1077.

¹⁶ Tačka 9 obrazloženja spomenute presude.

¹⁷ Tačka 7 obrazloženja spomenute presude.

dužnika ili čak omogućavanje zaobilaženja postojećih pravila civilnog prava. U francuskoj literaturi neosnovano obogaćenje se upoređuje sa trojanskim konjem, potajno prokrijumčarenim u tvrđavu obligacionog prava, koji u bilo kojem trenutku može da eksplodira i sruši njegovu unutrašnju strukturu (tako Drakidis 1961, 580). To poređenje je preterano za slovenački pravni poredak, u kojem neosnovano obogaćenje ima svoje mesto u zakonskom pravu i sastavni je deo obligacionopravne tvrđave, ali ipak moramo paziti da se njegovom primenom ne potkopaju druga pravila. Naime, pravo neosnovanog obogaćenja vodi računa o harmoniji pravnog sistema, dopunjava ga i usavršava, ali ne sme ugrožavati njegovu unutrašnju koherenciju i rušiti ravnotežu uspostavljenu na pravilima stvarnog, ugovornog i deliktneog prava (Jooste, Schrage 2016b, 234 i 235).

U slovenačkom pravu specijalni zakon (pravna norma) ukida opšti zakon, što proizlazi iz principa *lex specialis derogat legi generali*.¹⁸ Stoga, kada je u odnosu između dva zahteva zahtev iz neosnovanog obogaćenja opštiji, specijalniji zahtev ima prednost nad njim. Iako poverilac, u principu, nije ograničen u ostvarivanju zahteva po različitim pravnim osnovama, sud će uz odgovarajuće tvrdnje spor ipak rešavati po specijalnoj pravnoj osnovi. Određena norma je sa drugom normom u odnosu specijalnosti, ako opšta uključuje specijalniju ili druga logično pretpostavlja opštiju (Zorzetto 2011, 46 i 49). U proceni odnosa specijalnosti posebno su korisni sledeći kriterijumi: (1) stvarno stanje regulisano normom; (2) pravni efekti norme i njene posledice i (3) način deontološke kvalifikacije (tako je, na primer, norma koja dozvoljava određeno ponašanje opštija od one koja takvo ponašanje zabranjuje) – (Zorzetto 2011, 46–50). Dok se o odnosu zahteva iz neosnovanog obogaćenja prema zahtevima iz ugovora, delikta i stvarnopravnih reparacija govori u nastavku, ovde donosim još nekoliko opštih zapažanja o ulozi prava neosnovanog obogaćenja kod nas.

U slovenačkom pravu svakako se može odbiti primena najstrožeg, apstraktnog koncepta supsidijarnosti, utvrđenog u italijanskom pravu, prema kojem je zahtev iz neosnovanog obogaćenja isključen kad god tužilac (iako samo potencijalno) ima mogućnost da podnese zahtev po drugom pravnom osnovu. Uvođenje takvog koncepta značilo bi praktično uklanjanje instituta neosnovanog obogaćenja, a protivureći mu i odredba čl. 189 OZ, prema kojoj poverilac izričito ima na raspolaganju zahtev iz neosnovanog obogaćenja ako je odštetni zahtev već zastareo. Ta odredba, kao što je rečeno, takođe sprečava primenu francuskog koncepta supsidijarnosti u našoj zemlji, prema kojem zahtev iz neosnovanog obogaćenja nije moguć čak i ako je zahtev po drugom pravnom osnovu isključen iz razloga pravne prirode, na primer zbog zastarelosti.

¹⁸ Prema tom pravilu, posebne odredbe zakona namenjene specijalnom uređenju određenog pravnog pitanja imaju veću snagu od odredaba drugog zakona kojima se regulišu ista pravna pitanja, ali samo generalno. Preuzeto prema: Kranjc 2006, 142.

Za naš sistem prihvatljiviji je koncept prema kojem se zahtev iz neosnovanog obogaćenja primenjuje kad god poverilac nema na raspolaganju zahtev po drugom, specijalnom pravnom osnovu, pod uslovom da njegova primena nije u suprotnosti sa sistemom vrednosti uspostavljenim drugim pravilima civilnog prava, kada bi zapravo bila reč o izigravanju zakona (tzv. *fraus legis*). Takav slučaj izigravanja zakona bio bi, na primer, ako bi opšti zahtev iz neosnovanog obogaćenja bio stavljen na raspolaganje poveriocu nakon zastarelosti specijalnog zahteva. U takvom slučaju pravila zastarelosti bi bila potpuno potkopana, što verovatno nije cilj prava neosnovanog obogaćenja.

U tom pogledu slažem se sa stavom slovenačke sudske prakse, koja u slučaju kolizije između zahteva iz zakonske subrogacije i zahteva iz pravno neosnovanog obogaćenja daje prednost prvom, koji je specijalan i stoga isključuje mogućnost pozivanja na neosnovano obogaćenje.¹⁹ Ako neko, na primer, plati tuđi dug i uslovi za subrogaciju su ispunjeni, prema pravilima subrogacije potraživanje poverioca prelazi na ispunitelja. U takvom slučaju treba isključiti mogućnost pozivanja na zahtev iz neosnovanog obogaćenja iz naslova plaćanja tuđeg duga.²⁰ S obzirom na to da se rok zastarelosti potraživanja koje je subrogacijom preneto na novog poverioca može razlikovati od petogodišnjeg roka zastarelosti za zahteve iz neosnovanog obogaćenja, pravila zastarelosti bila bi praktično potkopana ako bi poverilac nakon zastarelosti potraživanja po pravilima o neosnovanom obogaćenju od dužnika mogao zatražiti naknadu postignute koristi.²¹ Pri tome treba naglasiti da je situacija drugačija od odnosa između odštetnog zahteva i zahteva iz neosnovanog obogaćenja, gde prema izričitom pravilu čl. 189 OZ ne postoje prepreke da poverilac nakon zastarelosti odštetnog zahteva podnese zahtev iz neosnovanog obogaćenja. Naime, odštetni i zahtev iz neosnovanog obogaćenja imaju potpuno drugačiji cilj – dok je odštetni zahtev usmeren na naknadu štete oštećenom licu, cilj zahteva iz obogaćenja je oduzimanje neosnovano postignutih koristi obogaćenog lica. Upravo stoga, ostvarivanje zahteva iz neosnovanog obogaćenja nakon zastarelosti odštetnog zahteva ne poništava svrhu poslednjeg (tu nije reč o zaobilaženju postojećih pravila) – (vidi i Nicholas 1994, 2043). No, odnos između neosnovanog obogaćenja i subrogacije je drugačiji jer oni imaju isti cilj – prenošenje koristi koje je dužnik postigao oslobođanjem od plaćanja duga. Stoga bi dopuštanje zahteva iz neosnovanog obogaćenja nakon zastarelosti potraživanja, koje

¹⁹ Vidi npr. rešenje Višeg suda u Mariboru I Cpg 129/2016 od 12. maja 2016, presuda Višeg suda u Ljubljani II Cpg 342/2015 od 8. jula 2015.

²⁰ Član 197 OZ.

²¹ Tako je, na primer, u presudi Višeg suda u Ljubljani II Cpg 342/2015 od 8. jula 2015, sud smatrao da se zahtevi tužioca tretiraju kao povremeni zahtevi koji podležu trogodišnjem roku zastarelosti, primenjujući pri tome pravila o subrogaciji (tač. 14–16 obrazloženje presude).

je prema pravilima subrogacije prešlo na ispunitelja, bilo u suprotnosti sa efektom pravnog poretka.

3. NEOSNOVANO OBOGAĆENJE U ODNOSU NA UGOVOR

Postojanje važećeg ugovora između poverioca i dužnika, koji je osnov za prenos imovine, isključuje eventualne zahteve iz pravno neosnovanog obogaćenja između njih. Takvo obogaćenje nije neopravdano jer je ugovor pravni osnov za njega.²² Čak i u odnosima između više osoba, strana koja je na osnovu važećeg ugovora izvršila ispunjenje u korist trećeg lica a od druge strane nije primila suprotno ispunjenje ne može zameniti zahtev za ispunjenje zahtevom iz neosnovanog obogaćenja prema trećem licu²³ jer je za takvo ispunjenje postojao važeći pravni osnov.

Ako ugovor prestane da važi a raskid stupi na snagu retroaktivno (*ex tunc*), između ugovornih strana dolazi do zahteva za restituciju kako bi vratile ono što su ispunile tim ugovorom. U slovenačkom pravu posledice ništavih i otkazanih ugovora nalaze se u domenu prava neosnovanog obogaćenja,²⁴ dok su posledice raskinutih dvostranih ugovora posebno uređene u čl. 111 OZ, koji je smisleno dopunjen pravilima neosnovanog obogaćenja (više o pravilima vraćanja zbog raskida ugovora u slovenačkom pravu u Lutman, van Eck 2020). Drugačiji pravac razvoja diktiraju tendencije u uporednom pravu, prema kojima posledice nevažećih ili otkazanih ugovora regulišu posebna pravila o restituciji, koja su odvojena od prava neosnovanog obogaćenja (više u Lutman 2017, 169–187). Razlog posebnog uređenja leži pre svega u unifikaciji pravila vraćanja za različite načine raskida ugovora, a pisci takođe ističu da su pravila neosnovanog obogaćenja prvobitno bila koncipirana za jednostrane odnose i nisu poseve prilagođena recipročnoj prirodi dvostranih ugovora, koju je potrebno u najvećoj mogućoj meri uvažavati i u fazi restitucije (Jansen 2016, 21).

Kako je cilj neosnovanog obogaćenja u iscrpljivanju koristi koje je dužnik bez pravnog osnova stekao na račun poverioca, u vezi s ugo-

²² Tako i presuda Vrhovnog suda Republike Slovenije III Ips 89/2013 od 20. januara 2015, tač. 13–16 (postojanje važećeg ugovora o zakupu, na osnovu kojeg je izvršeno ispunjenje, isključuje zahteve iz neosnovanog obogaćenja), presuda Višeg suda u Ljubljani I Cpg 1100/2016 od 7. februara 2018, tač. 20 (obavljen rad je plaćen u skladu sa zaključenim ugovorom, stoga nije ispunjena pretpostavka bez zakonskog osnova), presuda Višeg suda u Ljubljani I Cpg 1635/2015 od 11. maja 2016, tač. 8 (ugovor o zakupu je pravni osnov za plaćanje i samim tim je isključen zahtev iz neosnovanog obogaćenja).

²³ Čak i ako ugovor istekne, kondicioni zahtev protiv saugovornika u principu ima prednost nad verzionim zahtevom protiv trećeg lica (Dannemann 2009, 149). O koliziji između zahteva iz neosnovanog obogaćenja u odnosima između više lica vidi: Lutman 2019, 199–214.

²⁴ Čl. 87 i 96 OZ smisleno dopunjuju pravila neosnovanog obogaćenja.

vorom se postavlja pitanje uloge zahteva iz pravno neosnovanog obogaćenja u slučaju profitabilnog kršenja ugovora. Pitanje je da li strana osim ili umesto zahteva na ime ugovorne odštetne odgovornosti može da podnese i zahtev iz neosnovanog obogaćenja za oduzimanje protivpravno stečene dobiti, koja odštetnim zahtevom uglavnom nije obuhvaćena. S obzirom na to da se zahtev za naknadu štete i zahtev iz neosnovanog obogaćenja prema pretpostavkama i zacrtanom cilju značajno razlikuju, ne može se generalno tvrditi da je odštetni zahtev specijalniji od zahteva iz neosnovanog obogaćenja. U praksi odštetno pravo *de facto* ima monopol nad regulisanjem posledica protivpravnih štetnih radnji (tako Birks u Reynolds, Birks 1992, 58). Međutim, treba naglasiti da je cilj neosnovanog obogaćenja različit od cilja koji sledi odštetno pravo; dok se ovo poslednje usredsređuje na položaj oštećenog i na naknadu njegove štete, neosnovano obogaćenje je usmereno prema obogaćenom, a njegov je cilj iscrpljivanje neosnovano stečene koristi (vidi i Smith 1994, 121 i 122).

Rasprave o mogućnosti oduzimanja dobiti koju je počinitelj stekao kršenjem ugovora u korist ugovoru lojalne strane nedavno su istaknute pre svega u sistemima *common law* (vidi, na primer, Farnsworth 1985, 1339–1393; Smith 1994, 121–140; McCamus, 943–974; Siems 2003, 27–59; Kull 2001, 2021–2053; Campbell 2014, 164–188). Tome je nedavno doprinela i odluka Doma lordova u predmetu *Blake*²⁵, koja je, doduše u specifičnim okolnostima konkretnog slučaja, dopustila oduzimanje dobiti zbog kršenja ugovora (eng. *disgorgement of profits*).²⁶ Međutim, generalno, može se primetiti da su sudovi koji u sistemima *common law* po pravilu omogućavaju oduzimanje dobiti samo u slučaju delikta, povrede fiducijarne dužnosti ili stvarnih prava, prema spomenutom pravnom sredstvu suzdržaniji. Na kontinentu slične rasprave ne postoje, barem ne u vezi sa kršenjem ugovora (tako i Siems 2010, 27–59). U slovenačkoj teoriji Možina (2015, 472 i 473) objašnjava da drugi stav člana 243 OZ, koji se inače odnosi na naknadu štete poverioca u slučaju prevare ili namernog neispunjenja i neispunjenja iz krajnje nepažnje, u funkcionalnom smislu omogućava prenos dela dobiti ili cele dobiti koju je dužnik stekao kršenjem, dakle reč je o funkcionalnom ekvivalentu oduzimanja profita u okviru neosnovanog obogaćenja. Pritom dodaje da je sudska praksa u vezi sa namernim ili prevarantskim kršenjima skromna i da takve rasprave u teoriji ne postoje (Možina, 473). Dakle, oduzimanje dobiti nije *a priori* isključeno u slučaju profitabilnog kršenja ugovora, to jest ako dužnik namerno prekrši ugovor, jer od drugog posla ostvaruje veći profit. Imajući u vidu već spomenute različite uloge zahteva iz pravno neosnovanog obogaćenja i poslovne odštetne odgovornosti, u principu nema razloga da

²⁵ *Attorney General v. Blake* [2000] UKHL 45, [2001] 1 AC 268.

²⁶ U sistemima *common law* predviđeno je posebno pravno sredstvo za oduzimanje dobiti stečene protivpravnom radnjom tzv. *disgorgement of profits*, koje je odvojeno od prava neosnovanog obogaćenja.

njihova kumulacija ne bude moguća, naravno, pod uslovom da ne dolazi do dvostruke kompenzacije.

4. NEOSNOVANO OBOGAĆENJE U ODNOSU NA DELIKT

Pitanje konkurencije između zahteva iz neposlovne odštetne odgovornosti i zahteva iz neosnovanog obogaćenja može se pojaviti ako radnja čija je posledica neosnovan prenos imovine takođe ima svojstvo delikta ili, tačnije, vanugovornog nanošenja štete. U praksi su najčešći primeri profitabilnog kršenja prava intelektualne svojine. U slovenačkom pravu preovlađuje stav da ta dva zahteva nisu u odnosu specijalnosti i da poverilac može slobodno da bira između njih (Cigoj 2006, 271; Jadek Pensa u Juhart, Plavšak 2003, 1077).²⁷ Kao što je već rečeno, deo sudske prakse zauzima drugačiji stav, prema kojem je zahtev iz neosnovanog obogaćenja moguć samo ako ne može konkurisati tužbi za naknadu štete.²⁸ Pri tome se Vrhovni sud Republike Slovenije oslanjao na stav Klarića i Vedriša iz hrvatskog prava, ali oni za takav stav ne navode posebne razloge (vidi Klarić, Vedriš 2009, 646).²⁹

Različite uloge zahteva iz neosnovanog obogaćenja i odštetnog zahteva – oduzimanje neosnovano stečene koristi i naknada pravno priznate štete – govore u prilog mišljenju da tužilac može slobodno da bira između njih. Različitost zahteva po funkciji pisci takođe navode kao argument za promenu stava u francuskom pravu, dopuštajući zahtev iz neosnovanog obogaćenja (bar) nakon zastarelosti odštetnog (što načelno nije moguće prema francuskom zakonu) jer to ne predstavlja izigravanje zakona (tzv. *fraus legis*) – (Nicholas 1994, 2043). Slobodan izbor poverioca između odštetnog zahteva i zahteva iz obogaćenja već je bio primenjivan u jugoslovenskoj teoriji (Cigoj 2006, 271; Radišić 1982, 276), a danas je tako i u nemačkom i engleskom pravu.

Odredbom čl. 189 OZ, koja dozvoljava zahtev iz neosnovanog obogaćenja ako je zahtev za naknadu štete već zastareo, ne reguliše se pitanje odnosa dva zahteva *pre* zastarelosti odštetnog zahteva. Slično tome određuje i § 852 BGB³⁰, ali to u nemačkom pravu ne predstavlja

²⁷ Tako i Vrhovni sud Republike Slovenije u presudi II Ips 311/2017 od 26. aprila 2018.

²⁸ Tako, na primer, Vrhovni sud Republike Slovenije u presudi II Ips 145/2010 od 20. juna 2013.

²⁹ Autori istovremeno navode da u hrvatskom pravu postoje suprotna mišljenja o tom stajalištu (Tumbri 1988, 1062; Vojković 1997, 491).

³⁰ Kao što Wagner objašnjava, odredba o odgovornosti delinkventa za neosnovano obogaćenje došla je u zakonik kao funkcionalni ekvivalent opštepravne *condictio ex iniuria causa*. Njegov praktični značaj (bio) je prvenstveno u tome da je pre reforme BGB iz 2002. godine rok zastarelosti zahteva iz neposlovne odštetne odgovornosti bio znatno

prepreku utvrđenom stavu da poverilac već pre zastarelosti odštetnog zahteva ima mogućnost izbora (Dannemann 2009, 151). Takvo tumačenje u slovenačkom pravu zagovaraju i Možina (2015, 471) i Jadek Pensa (u Juhart, Plavšak 2003, 1077). Odredba člana 198 OZ, kojom se reguliše verzioni zahtev zbog upotrebe tuđe stvari u svoju korist, takođe podrazumeva mogućnost podnošenja zahteva iz neosnovanog obogaćenja, čak i ako poverilac na raspolaganju ima odštetni zahtev.³¹ Na osnovu toga novija hrvatska teorija zagovara tumačenje koje, uprkos odštetnom zahtevu, omogućava pozivanje na oblast neosnovanog obogaćenja (vidi Held 2015a, 1364 i Held 2015b, 17).³²

S obzirom na različitu funkciju odštetnog zahteva i zahteva iz neosnovanog obogaćenja poveriocu bi trebalo dopustiti ne samo mogućnost izbora između ta dva zahteva nego i njihovu kumulaciju (tako i Možina 2015, 471). Naime, nema razloga zbog kojeg on eventualni višak (protivpravno) stečene koristi nad štetom koja mu je naneta ne bi mogao da ostvari zahtevom iz neosnovanog obogaćenja i na taj način ga kumulira sa odštetnim (naravno, gledajući na to da ne dolazi do dvostruke kompenzacije). U francuskom pravu se pitanje takve kumulacije ne postavlja jer zbog ograničavanja zahteva iz neosnovanog obogaćenja prema visini nadoknade (po pravilu *double plafond*)³³ kumulacija ta dva zahteva za poverioca nije naročito zanimljiva, zato što ne omogućava oduzimanje dobiti u iznosu koji prelazi gubitak poverioca. U drugim pravnim porecima, koji dopuštaju mogućnost izbora, prepreke za eventualnu kumulaciju ta dva zahteva ne postoje.

5. PRAVILA NEOSNOVANOG OBOGAĆENJA U ODNOSU NA STVARNO PRAVO

Pitanje supsidijarnosti prava neosnovanog obogaćenja takođe se postavlja u odnosu između vindikacionog i zahteva iz pravno neosnovanog obogaćenja. Dilema nije čisto teorijske prirode, budući da se stvarnopravna pravila o restituciji koja se primenjuju na odnos vlasnik – posednik (čl. 95 i 96 Zakonika o stvarnim pravima – ZSP³⁴) u određenoj

kraći od roka za zastarelost zahteva iz pravno neosnovanog obogaćenja. Više vidi: Wagner u MüKoBGB 2017, § 852, Rn. 1.

³¹ Zakonska odredba glasi: „Kad je neko tuđu stvar upotrebio u svoju korist, imalac može zahtevati, nezavisno od prava na naknadu štete, ili u odsustvu ove, da mu ovaj naknadi korist koju je imao od upotrebe.“

³² Held (2015b) istovremeno ističe da bi *de lege ferenda* bilo poželjnije jasnije regulisati odnos između ova dva zahteva.

³³ Prema tom pravilu, zahtev iz neosnovanog obogaćenja je prema visini nadoknade ograničen sa dve strane – sa jedne strane obogaćenjem, a sa druge osiromašenjem.

³⁴ *Službeni list RS* 87/02 i 91/13.

meri razlikuju od pravila neosnovanog obogaćenja.³⁵ S obzirom na to da vindikacioni zahtev ne može da zastari, za poverioca je u tom pogledu povoljniji, ali poverilac mora da dokaže postojanje prava vlasništva, zbog čega bi u nekim slučajevima verovatno radije tražio zahtev iz neosnovanog obogaćenja.

U slovenačkom pravu Cigoj je zauzeo stav da je poverilac slobodan da bira između vindikacionog i kondikcionog odn. verzionog zahteva (2006, 266 – odnos između kondikacionog i vindikacionog zahteva, i 272 – odnos između verzionog i vindikacionog zahteva). Prema Radišićevom shvatanju, vindikacioni i zahtev iz pravno neosnovanog obogaćenja ne mogu međusobno konkurisati jer su njihove pretpostavke kontradiktorne. On objašnjava da u praksi ne postoje situacije kada je moguća tužba po oba pravna osnova (ili skraćeno: *Ko može da vindicira, ne može da kondicira*) – (Radišić 1982, 276). Pritom objašnjava da je osiromašeni, koji poseduje stvar na koju nema pravo svojine, obogaćen samo u ekonomskom, a ne u pravnom smislu, pa je protiv njega moguća samo vindikaciona tužba, a ne kondikcija (Radišić 1982, 276).

Uporednopravno posmatrano, postoje različiti stavovi o tom pitanju. U nemačkom pravu, gde se zbog principa apstraktnosti ređe javlja konkurencija između dva zahteva,³⁶ generalno se smatra da vindikacioni zahtev (i pravila o restituciji vezana za njega) ima prednost u odnosu na zahtev iz neosnovanog obogaćenja (Dannemann 2009, 151; o različitim stavovima o tom pitanju u nemačkom pravu vidi i Mühl 1976, 396–424). Piscio objašnjavaju da u slučaju ništavog ugovora o prodaji robe (ako pravo svojine nije prešlo na kupca) prodavac može tražiti povraćaj stvari vindikacionom tužbom, a povraćaj državine kondikcijom (*condictio possessionis*); međutim, ako je pravo svojine prešlo na kupca, prodavac za oba – povraćaj stvari i predaju poseda – ima na raspolaganju kondikcioni zahtev (Dannemann 2009, 152). Nemačka teorija dovodi u pitanje stav sudske prakse (koji se može pronaći i kod nas – Vrenčur 2010, 99) da se za rešavanje zahteva za restituciju u vezi sa sekundarnim koristima (korisnička naknada, plodovi, troškovi) uvek primenjuju pravila stvarnog prava koja važe u odnosu između vlasnika i posednika (Lorenz 2007, Vorbemerkung zu §§ 812 ff., Rn. 40–44). Čak i prema prevladavajućem

³⁵ Razlike postoje u obavezi plaćanja korisničkih naknada, plodova i naknade troškova. Na problem odnosa između pravila za povraćaj neosnovanog obogaćenja i stvarnog prava, koja se tiču odnosa između vlasnika i posednika, u hrvatskom pravu ukazuje i Held, koji predlaže da se verzioni zahtev koristi za povraćaj same stvari, a za povraćaj koristi od korišćenja stvari pravila neosnovanog obogaćenja (takođe spominje i problem konkurencije između pravila neosnovanog obogaćenja za povraćaj koristi od korišćenja tuđe stvari i pravila koja važe za odnos između vlasnika i posednika, no odgovore na ovu dilemu ne pruža) – vidi Held 2015b, 16.

³⁶ Zbog nevaljanosti (obavezujućeg) pravnog posla, pravo svojine ne prelazi na ispunitelja, pa stoga on na raspolaganju ima samo kondikcioni zahtev.

mišljenju švajcarske teorije i sudske prakse, vindikacija ima prednost pred kondikcijom, tako da vlasnik može tražiti povraćaj stvari samo na osnovu svojinske tužbe, a ne na osnovu zahteva iz neosnovanog obogaćenja (tako sažeto i u Koller 2010, 210). Postoji i suprotni (doduše manjinski) stav, prema kojem je tužilac slobodan da bira između njih (što je za njega povoljnije ako je, na primer, ništavost ugovora lakše dokazati nego pravo svojine) ili podneti tužbu po oba pravna osnova (tako Koller 2010, 210).

Slovenačka sudska praksa ne rešava konkurenciju između pravila o restituciji iz OZ i ZSP na jedinstven način. Viši sud u Ljubljani, na primer, u odluci I Cp 383/2016 od 3. avgusta 2016, na osnovu zahteva tužiteljke za povraćaj investicija koje je izvršila na kupljenoj nekretnini, a ugovor o prodaji naknadno je poništen, zauzeo je stav da je reč o neosnovanom obogaćenju, koji je rezultat efekta stvarnog prava, zbog čega je primenio pravila 95 i 96 člana ZSP. Primena tih pravila, naime, kao kasnijih i specijalnijih, isključila je primenu odredbe člana 194 OZ o naknadi troškova.³⁷ Tako je viši sud vratio predmet prvostepenom sudu da ponovo ispita da li su troškovi koje je tužiteljka imala prilikom obnove hodnika i kuhinje bili neophodni, korisni ili luksuzni u smislu članova 95 i 96 ZSP.³⁸ Nešto slično proizlazi iz odluke Višeg suda u Ljubljani I Cp 1631/2017 od 10. januara 2018, u kojoj je sud o zahtevu za plaćanje korisničke naknade na osnovu poništenog ugovora odlučivao prema odredbama čl. 95 i 96 ZSP, koje kao kasnije i specijalnije isključuju pravila o neosnovanom obogaćenju iz OZ. Takav stav je zauzeo i Vrhovni sud u presudi II Ips 117/2017 od 18. oktobra 2018, koji je presudio da se za obavezu plaćanja naknade za korišćenje nekretnine u slučaju raskida ugovora primenjuju pravila ZSP, u tom slučaju konkretno drugi stav člana 95 ZSP, prema kojem dobronamerni posednik nije dužan da plati korisničku naknadu.³⁹

Drugačije je Vrhovni sud presudio u predmetu II Ips 1261/2008 od 1. juna 2009: u slučaju zahteva za povraćaj ulaganja u nekretnine zbog raskinutog kupoprodajnog ugovora odlučeno je da se primenjuju pravila o troškovima iz ZOO, a ne stvarnopravne reparacije prema (tada važećem) Zakonu o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima (ZOSO).⁴⁰ Potvrdio je stav nižih sudova da tuženi imaju pravo da nakon razvoda braka podnesu

³⁷ Slično i Viši sud u Ljubljani I Cp 1631/2017, od 10. januara 2018. (nevažeci kupoprodajni ugovor – sud je smatrao da je, u pogledu obaveze plaćanja korisničke naknade, ZSP *lex specialis*).

³⁸ Vidi i presudu i rešenje Višeg suda u Ljubljani I Cp 383/2016 od 3. avgusta 2016, tačka 14 obrazloženja.

³⁹ Tačka 14 obrazloženja spomenute presude. Takav stav u vezi s obavezom plaćanja korisničke naknade u slučaju verzionog zahteva jednog suvlasnika protiv drugog takođe sledi iz odluke Vrhovnog suda Republike Slovenije II Ips 90/2017 od 4. oktobra 2018, tač. 7.

⁴⁰ *Službeni list SFRJ* 6/80 i dalje.

zahtev za reparaciju na osnovu odredaba ZOO jer je opšte pravilo o posledicama raskinutog ugovora sadržano u članu 132 ZOO (član 111 OZ), a u ostalom dolaze u obzir opšta pravila o kondikcijama zbog izgubljenog pravnog osnova, uključujući troškove člana 215 ZOO (član 194 OZ).⁴¹ Pritom je objasnio da je razlog zbog kojeg su tuženi zahtevali naknadu troškova nastalih u vezi sa nekretninama bilo nepostojanje pravnog osnova, a stvarnopravne reparacije potiču iz zahteva vlasnika za vraćanje stvari.⁴²

Pregled stavova u našem i stranom pravu otvara više pitanja nego što nudi odgovora. Sigurno se možemo složiti sa stavom da je uređenje vraćanja između vlasnika i posednika prema ZSP specijalnije jer se tiče odnosa neosnovanog obogaćenja između vlasnika i posednika. Međutim, to se ne može tumačiti preširoko, već bi se u vindikacionoj situaciji trebalo primeniti samo za vlasničko-posedničke odnose, dok se za potraživanja zasnovana na opštim zahtevima iz neosnovanog obogaćenja, za koja nema potrebe da se dokazuje pravo svojine, primenjuje uređenje neosnovanog obogaćenja. Stoga bi bilo smisljeno uređenje tumačiti tako da se u slučajevima vindikacionog zahteva primenjuju pravila vraćanja iz ZSP, a u slučaju zahteva iz neosnovanog obogaćenja pravila iz OZ. Međutim, ako bi zahtev bio izvršen po oba pravna osnova, vindikacioni zahtev treba smatrati specijalnijim i primeniti pravila koja važe za odnos između vlasnika i posednika.

U slučajevima nevažećih dvostranih ugovora čini se prikladnijim rešenje da se za povraćaj ispunjenja i preostalih koristi uvek primene jedinstvena pravila neosnovanog obogaćenja, bez obzira na to da li je predmet ispunjenja ugovora stvar, nekretnina, novčani iznos ili usluga. Uporedni trendovi ukazuju na pravac primene posebnih pravila za vraćanje u slučaju nevažećih ugovora gde su isključena pravila vlasničko-posedničkog odnosa.⁴³

6. ZAKLJUČAK

Retko postoje toliko različiti stavovi o pitanju iz oblasti neosnovanog obogaćenja kao u odnosu prava neosnovanog obogaćenja prema drugim granama prava. Iako u romanskim pravnim sistemima zahtev iz pravno neosnovanog obogaćenja ima izrazitu supsidijarnu ulogu, u nemačkom i engleskom pravu on je po pravilu izjednačen sa zahtevima po

⁴¹ Tačka 7 obrazloženja spomenute presude.

⁴² *Ibid.*

⁴³ To važi u predlogu reforme novog uređenja švajcarskog obligacionog prava OR 2020 (vidi Huguenin, Hilty, Purtschert u Huguenin, Hilty 2013, Vorbemerkungen zu Art. 79–84, Rn. 59 i dalje; vidi i: Meier 2017, 27).

drugim pravnim osnovama. Ovaj poslednji stav takođe podržava slovenačka teorija, koja poveriocu daje mogućnost izbora između zahteva, dok sudska praksa u vezi sa tim pitanjem nije ujednačena. U nekim odlukama Vrhovnog suda Republike Slovenije nalazimo stav da je zahtev iz pravno neosnovanog obogaćenja izrazito supsidijaran i da dolazi u obzir samo ako zahtev po specijalnijem pravnom osnovu nije na raspolaganju, dok iz drugih odluka proizlazi da poverilac ima mogućnost izbora, posebno između zahteva iz neosnovanog obogaćenja i odštetnog zahteva. Shodno tome je i sudska praksa viših sudova neujednačena.

Kako je generalna klauzula iz neosnovanog obogaćenja formulisana vrlo uopšteno, često se dešava da su ispunjene pretpostavke i za druge zahteve – poput zahteva po osnovu vanugovorne odgovornosti za štetu ili stvarnog prava. Ako su ta pravila, po svom sadržaju i ciljevima, specijalnija nego pravila neosnovanog obogaćenja, po načelu *lex specialis derogat legi generali* imaju prednost u odnosu na opšti zahtev iz neosnovanog obogaćenja. Za slovenačko pravo najprikladniji je koncept supsidijarnosti, prema kojem se zahtev iz pravno neosnovanog obogaćenja primenjuje kad god poverilac u konkretnom slučaju nema na raspolaganju zahtev po drugom, specijalnom pravnom osnovu. Prema tome, kad specijalniji zahtev nije na raspolaganju, dolazi u obzir zahtev iz pravno neosnovanog obogaćenja, ali samo pod uslovom da njegova primena nije u suprotnosti sa sistemom vrednosti uspostavljenim drugim pravilima civilnog prava, kada bi zapravo bila reč o izigravanju zakona (tzv. *fraus legis*). Do takvog bi izigravanja, na primer, došlo ako bi poverilac, nakon zastarelosti specijalnijeg zahteva, imao na raspolaganju opšti zahtev iz neosnovanog obogaćenja, zbog čega je u takvim slučajevima mogućnost pozivanja na zahtev iz obogaćenja isključena.

Odštetni i zahtev iz neosnovanog obogaćenja nisu u odnosu specijalnosti jer se zasnivaju na različitim pretpostavkama i slede različite ciljeve, zbog čega se često govori da pravo neosnovanog obogaćenja predstavlja suprotnost odštetnom pravu. Dok je cilj odštetnog zahteva kompenzacija štete na strani oštećenog, zahtev iz neosnovanog obogaćenja je usmeren prema obogaćenom, a njegov je cilj oduzimanje neosnovano stečene koristi. Poverilac stoga može slobodno birati između njih, a nije isključena ni njihova kumulacija, ali pri tome ne sme da dođe do dvostruke kompenzacije.

Vindikacioni zahtev je u odnosu na zahtev iz neosnovanog obogaćenja specijalniji, tako da u slučaju kada poverilac zahteva povraćaj stvari na osnovu prava svojine pravila o restituciji ZSP, koja važe za odnos između vlasnika i posednika, imaju prednost nad pravilima iz OZ. U principu, ne postavlja se pitanje konkurencije između pojedinih vrsta zahteva iz pravno neosnovanog obogaćenja, osim u odnosima obogaćenja više osoba, gde kondikcioni zahtev protiv druge ugovorne strane ima prednost pred verzionim zahtevom protiv treće strane.

LITERATURA (REFERENCES)

- Beatson, Jack. 1991. *The Use and Abuse of Unjust Enrichment: Essays on the Law of Restitution*. Oxford: Clarendon Press Oxford.
- Birks, Peter. 2005. *Unjust Enrichment*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press.
- Burrows, Andrew. 2012. *A restatement of the English law of unjust enrichment*. Oxford: Oxford University Press.
- Campbell, David. 2014. Kršitev pogodbe in učinkovitost trgov, 164–188 u *Pravni temelj prostih trgov*, Stephen Copp ed., Ljubljana: Inštitut Nove revije, zavod za humanistiko.
- Cigoj, Stojan. 2006. *Teorija obligacij: splošni del obligacijskega prava*. Ljubljana: Uradni list RS.
- Dannemann, Gerhard. 2009. *The German Law of Unjustified Enrichment and Restitution: A Comparative Introduction*. Oxford: Oxford University Press.
- Descheemaeker, Eric. 2017. The new French law of unjustified enrichment. *Restitution Law Review* 25: 77–103.
- Drakidis, Philippe. 1961. La „subsidiarité“, caractère spécifique et international de l’action d’enrichissement sans cause. *Revue Trimestrielle de Droit Civil* 59: 577–615.
- Farnsworth, Allan. 1985. Your loss or my gain? The dilemma of the disgorgement principle in breach of contract. *The Yale Law Journal*: 1339–1393.
- Franić, Milan. 2010. Stjecanje bez osnove, s posebnim osvrtom na razlikovanje od izvanugovorne odgovornosti za štetu. *Hrvatska pravna revija* 5: 35–45.
- Grantham, Ross, Rickett, Charles. 2001. On the subsidiarity of unjust enrichment. *Law quarterly review* 117: 273–299.
- Held, Henrik-Riko. 2015a. Kondikcijski i verzijski zahtjevi de iure condito. *Pravo u gospodarstvu* 54/6: 1343–1366.
- Held, Henrik-Riko. 2015b. Neki problemi suvremenog uređenja stjecanja bez osnove. *Hrvatska pravna revija*: 13–18.
- Huguenin, Claire, Hilty, Reto M., eds. 2013. *Schweizer Obligationenrecht 2020, Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil*. Zürich: Schulthess Verlag.
- Jansen, Nils. 2016. Farewell to Unjustified Enrichment? *Edinburgh Law Review* 20/2: 123–148.
- Jooste, Christo, Schrage, Eltjo. 2016a. Subsidiarity of the general action for unjust enrichment (part 1). *Journal of South African Law* 1: 1–19.

- Jooste, Christo, Schrage, Eltjo. 2016b. Subsidiarity of the general action for unjust enrichment (part 2). *Journal of South African Law* 2: 220–235.
- Juhart, Miha, Plavšak, Nina. 2003. *Obligacijski zakonik s komentarjem*. 1. knjiga. Ljubljana: GV Založba.
- Klarić, Petar, Vedriš, Martin. 2006. *Gradjansko pravo*. Zagreb: Narodne novine.
- Koller, Alfred. 2010. Berührungspunkte zwischen Schuld- und Sachenrecht. *SJZ* 106: 209–215.
- Kranjc, Janez. 2006. *Latinski pravni reki*. Ljubljana: GV Založba.
- Kull, Andrew. 2001. Disgorgement for Breach, the „Restitution Interest“, and the Restatement of Contracts. *Texas Law Review* 79: 2021–2053.
- Łętowska, Ewa. 2007. Unjust enrichment in Eastern European Countries. 4–1–4–219 u *International encyclopedia of comparative law*, Vol. X, *Restitution/Unjust enrichment and negotiorum gestio*, ed. Ernst von Caemmerer, Peter Schlechtriem. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Lorenz, Stephan. 2007. *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2, §§ 812–822. Berlin: Sellier de Gruyter.
- Lutman, Karmen. 2019. Neupravičena obogatitev v večosebnih razmerjih. *Pravni letopis*: 199–216.
- Lutman, Karmen. 2017. Vračanje izpolnitev zaradi prenehanja pogodbe – razvojne tendence. 169–187 u *Razsežnosti zasebnega prava, Liber amicorum Ada Polajnar Pavčnik*, ed. Damjan Možina. Ljubljana: Pravna fakulteta v Ljubljani, Litteralis.
- Lutman, Karmen, Van Eck, Michele. 2020. Restitution after failed contracts u *Universality of the Rule of Law: Lessons to be Learned from Slovenia and South Africa*, ed. Elmarie Fourie, Jerca Kramberger Škerl. Johannesburg: African Sun Media, u štampi.
- McCamus, John. 2003. *Disgorgement for breach of contract: a comparative perspective*. *Loyola of Los Angeles Law Review*: 943–974.
- Meier, Sonja. 2017. Unwinding Failed Contracts: New European Developments. *Edinburgh Law Review* 21/1: 1–29.
- Možina, Damjan. 2015. Protipravno pridobljen dobiček kot merilo odškodninskega in obogatitvenega zahtevka. *Podjetje in delo* 3–4: 462–478.
- Mühl, Otto. 1976. Vindikation und Kondiktion. *Archiv für Civilistische Praxis*: 396–424.

- Nicholas, Barry. 1994. Unjust enrichment and subsidiarity. 2037–2046 u *Scintillae iuris; studi in memoria di Gino Gorla*, Milano: Giuffrè.
- Radišić, Jakov. 1982. *Obligaciono pravo, opšti deo*. Beograd: Savremena administracija.
- Reynolds, Francis, Birks, Peter. 1992. *Butterworth lectures 1990–91*. London: Butterworth.
- Säcker, Franz Jürgen, Rixecker, Roland, Oetker, Hartmut, Limperg, Bettina, eds. 2017. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (MüKoBGB)*. Bd. 6, 7. izdaja. München: Verlag C. H. Beck.
- Schlechtriem, Peter. 2000. *Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa, Bd. 1*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Siems, Mathias. 2010. Disgorgement of profits for breach of contract. A comparative analysis. *Edinburgh Law Review* 7/1: 27–59.
- Smith, Lionel. 2002. Property, subsidiarity and unjust enrichment. 588–623 u *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective*, ed. Johnston David, Zimmermann Reinhard. Cambridge, Cambridge University Press.
- Smith, Lionel. 1994. Disgorgement of the profits of breach of contract: property, contract and „efficient breach“. *Canadian Business Law Journal*.
- Snijders, W. 2001. Unjust Enrichment: the Relative Value of Statutory Provisions. 145–158 u *Unjust enrichment and the law of contract*, ed. Eltjo Schrage. The Haag: Kluwer Law International.
- Tumbri, Tanja. 1988. Stjecanje bez osnove. *Naša zakonitost* 9–10: 1055–1070.
- Virgo, Graham. 2006. *The Principles of the Law of Restitution*. 1. ed. Oxford: Oxford University Press.
- Vojković, Lidija. 1997. Pravna osnova kondikcijskih tužbenih zahtjeva. *Godišnjak: Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse* 4: 491–501.
- Vrenčur, Renato. 2010. Splošna razvrstitev obogatitvenih obveznosti. *Zbornik 2. Dnevoov stvarnega in zemljiškopravnega prava*: 81–100.
- Zorzetto, Silvia. 2011. Posebne norme i derogacija, Nekoliko pojašnjenja glede načela lex specialis derogat generali. *Revus* 15: 43–67.

Karmen Lutman, PhD, LL.M. (Berlin)

Teaching and Research Assistant
University of Ljubljana Faculty of Law

UNJUSTIFIED ENRICHMENT IN RELATION TO CONTRACT, TORT AND PROPERTY LAW

Summary

The unjustified enrichment law creates an independent source of obligations, which for historic reasons often overlaps with other fields of private law—the law of delict, property law, contract law, and negotiorum gestio. This raises many issues concerning the relationship between enrichment claims and other private law claims. The paper examines the issue whether the enrichment claim has a subsidiary role and is excluded in the event that the creditor disposes of a more specific claim based on contract, tort or ownership. In doing so it analyses the principle of subsidiarity and examines the role of unjustified enrichment in the system of private law. While the discussion mainly focuses on the Slovenian law of unjustified enrichment, it takes into consideration the approaches adopted in selected foreign jurisdictions.

Key words: *Subsidiarity. – Unjustified enrichment. – Performance-based enrichment claims. – Non-performance-based enrichment claims. – The lex specialis principle.*

Article history:

Received: 16. 4. 2020.

Accepted: 19. 5. 2020.

UDK 347.413(37)

CERIF: S100, S114

DOI: 10.5937/AnaliPFB2002124C

Dr Valentina Cvetković Đorđević*

NEPOSREDNO ZASTUPANJE U RIMSKOM PRAVU S OSVRTOM NA MODERNO PRAVO

Savremeno pravo ne može se zamisliti bez ustanove neposrednog zastupanja. Njeno doktrinarno utemeljenje tvorevina je moderne nauke. Prve moderne građanske kodifikacije, pod uticajem novovekovne prirodnopravne misli, ovlašćenje za zastupanje (punomoćje) regulišu u ugovoru o nalogu. U drugoj polovini 19. veka menja se shvatanje o odnosu punomoćja i ugovora o nalogu te, počev od nemačkog Građanskog zakonika, zakonski tekstovi, u koje spada i srpski Zakon o obligacionim odnosima, propisuju punomoćje odvojeno od ugovora o nalogu. Načelu savremenog prava o neposrednom zastupanju suprotstavlja se zabrana neposrednog zastupanja sačuvana u rimskim izvorima. Prema dominantnom stavu u pandektistici, čiji uticaj i danas postoji, rimsko pravo, usled te zabrane, nije omogućavalo neposredno zastupanje. U radu se analiziraju slučajevi u kojima se, zaslugom pretora i rimskih klasičnih pravnika, dozvoljava neposredno zastupanje. Izostanak pojmovnog definisanja i načelnog propisivanja neposrednog zastupanja ne opravdava tvrđenje da se u rimskom pravu ono nije primenjivalo.

Ključne reči: *Neposredno zastupanje. – Rimsko pravo. – Punomoćje. – Ugovor o nalogu. – Laband.*

1. UVOD

Zastupanje predstavlja jedan od osnovnih pojmova moderne pravne dogmatike. U evropskokontinentalnom pravu ustanova zastupanja beleži dug razvoj koji počinje u rimskom pravu. Izričite zabrane neposrednog zastupanja u rimskim izvorima dale su povoda različitim shvatanjima o

* Docent, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, valentina_cvetkovic@ius.bg.ac.rs.

tome da li je rimsko pravo tokom viševjekovnog razvoja poznavalo neposredno zastupanje. Savinji (Savigny 1840, 96–97) obezvređio je zabranu neposrednog zastupanja u Justinijanovom pravu time što je ukazao na njenu malu praktičnu vrednost. Pandektisti su, suprotno Savinjiju, toj zabrani pridavali značaj zbog čega je u romanističkoj doktrini prevladala misao da u rimskom pravu nije postojalo neposredno zastupanje.¹ Protiv takve interpretacije rimskih izvora ističe se italijanski romanista Rikobono (Riccobono 1930), koji je temeljnim istraživanjem rasvetlio proces derogiranja drevne zabrane neposrednog zastupanja pokazavši da Justinijanovo pravo odgovara modernom pravu jer se u njemu priznaje neposredno zastupanje. Već je u klasičnom rimskom pravu, a još više u postklasičnom, ta zabrana izgubila svaku praktičnu vrednost, te njeno spominjanje u Justinijanovoj kodifikaciji ima samo istorijski značaj. Istra-

¹ Vladajuće mišljenje u 19. veku, čiji je uticaj i danas primetan, odricalo je načelnu mogućnost neposrednog zastupanja u rimskom pravu. Pravni pisci su se razlikovali u pokušaju da objasne razloge zbog kojih neposredno zastupanje nije postojalo u rimskom pravu. Prema Milenbruhovom (Mühlenbruch) mišljenju, neposredno zastupanje nije bilo moguće prilikom zaključenja ugovora jer je po rimskom shvatanju obligacija strogo lični odnos između poverioca i dužnika te bi se prenosom na drugo lice njena suština izgubila (Mitteis [1885] 1962, 10). Taj autor stoga smatra da u rimskom pravu načelno nisu bili mogući ni neposredno zastupanje ni cesija. Milenbruhovu argumentaciju u prilog nepostojanju neposrednog zastupanja u rimskom pravu pobija Šojrl (Scheurl), koji kaže da u slučaju neposrednog zastupanja nema prenosa obligacije već njena dejstva neposredno nastaju za zastupanog (Mitteis [1885] 1962, 10). Drugim rečima, neposredno zastupanje ne pretpostavlja prenos obligacije sa zastupnika na zastupanog, te nepostojanje neposrednog zastupanja nije uzrokovano nemogućnošću tog prenosa. Objašnjavajući razloge nepostojanja neposrednog zastupanja u rimskom pravu Unger (Unger) i Laband (Laband) polaze od apstraktnih kategorija poput suvereniteta subjektivne volje i egoizma (Mitteis [1885] 1962, 10). Prema njihovom shvatanju, one predstavljaju temeljne rimske vrednosti s kojima je nespojivo delanje u korist drugog. S obzirom na to da zastupanje pretpostavlja delanje u interesu zastupanog, ono nije moglo biti razvijeno u rimskom pravu. Do razvoja te ustanove dolazi pod uticajem hrišćanstva koje, suprotno rimskom egoizmu, propagira brigu o drugome i „ljubav bližnjeg svog“. Apstraktnu argumentaciju u prilog nepostojanju neposrednog zastupanja u rimskom pravu navodi i Šlosman (Schloßmann). On polazi od toga da je načelo *per liberam personam adquiri non potest* imalo apsolutnu važnost jer je predstavljalo „branu koja štiti ličnu slobodu od ekonomskog iskorišćavanja i poništenja ličnosti što bi najposle dovelo do brisanja granice između robova i slobodnih, te stavljanja slobodnih u položaj robova“ (Mitteis [1885] 1962, 11). Prema Jeringovom (Jhering) mišljenju, „simultanost“ sklapanja pravnog posla i njegovih dejstava predstavljalo je zapreku razvoju neposrednog zastupanja (Mitteis [1885] 1962, 12). Utemeljenje neposrednog zastupanja u klasičnom pravu bilo je otežano zbog toga što tada još uvek nije postojalo fenomenološko razdvajanje sklapanja pravnog posla od dejstava koje on proizvodi, te mogućnosti da posao sklapa jedno lice, a pravna dejstva posla nastaju za drugo lice. Mitajs (Mitteis [1885] 1962, 11) ustaje protiv spekulativnih objašnjenja koja polaze od apriorne ideje koja „diktira“ nepostojanje neposrednog zastupanja. Zabrana neposrednog zastupanja koja postoji u rimskim izvorima nastala je u običajnom pravu koje se nikako ne može dovesti u vezu s teorijskim i pravno-političkim spekulacijama. Osim toga, ta zabrana je u direktnoj suprotnosti sa drugim rimskim izvorima u kojima se dozvoljava neposredno zastupanje. To je dalo povoda Mitajsu i Savinjiju da se suprotstave vladajućem stavu u romanistici u 19. veku. Obojica zastupaju stav da je tokom razvoja rimskog prava bilo moguće neposredno zastupanje.

živanje u ovom članku ograničeno je na efekte neposrednog zastupanja poslovno sposobnog *sui iuris* lica. U savremenom pravu neposredno voljno zastupanje temelji se na ovlašćenju za zastupanje (punomoćju) koje zastupani (vlastodavac) pravnim poslom daje zastupniku (punomoćniku) da u njegovo ime i za njegov račun preuzima određene pravne radnje (čl. 89, st. 1 ZOO).² Takvo određenje neposrednog voljnog zastupanja plod je nauke 19. veka. Pokušaj utvrđivanja neposrednog zastupanja u rimskom pravu ne ogleda se u potrazi za slučajevima koji ispunjavaju pretpostavke te ustanove sadržane u njenoj savremenoj definiciji. Za potrebe razmatranja neposrednog zastupanja poslovno sposobnih *sui iuris* lica dovoljno je utvrditi jednu karakteristiku njenog savremenog određenja. Ta karakteristika tiče se pravnih dejstava radnje koju je preduzeo zastupnik, a koja neposredno nastaju za zastupanog. U rimskom pravu neposredan nastanak dejstava odgovara sticanju prava na odgovarajuće procesno sredstvo.

2. ZABRANA NEPOSREDNOG ZASTUPANJA

U rimskim izvorima nailazi se na izričitu zabranu neposrednog zastupanja u različitim formulacijama: *alteri stipulari nemo potest* (Iust. Inst. III, 19.19; D.45.1.38.17), *per extraneam (liberam) personam non adquiritur, per extraneam (liberam) personam nihil adquiri potest* (Gaius, Inst. II, 95; Paul Sent. V, 2.2), *nemo factum alienum promittere potest* (D.46.1.65). Njeno poreklo seže duboko u prošlost, kada je u rimskom pravu vladao strogi formalizam.³ Pravni poslovi su se sklapali izvršenjem svečane forme (forma *ad solemnitatem*). Kada je reč o mancipaciji (*mancipatio*), forma *per aes at libram* podrazumevala je učešće pet svedoka koji garantuju da su svi zahtevi forme u konkretnom slučaju zadovoljeni, te da je pravni posao zaključen.⁴ Na osnovu forme mancipacije pretpostavlja se volja mancipanta da prenese svojinu mancipataru odnosno da mu, u slučaju da ne dođe do prenosa, plati dvostruku cenu. Mancipacija nije mogla biti izvršena putem zastupnika jer svedoci na osnovu njene forme ne mogu da imaju saznanje o ovlašćenju za zastupanje, odnosno ne mogu da posvedoče da postoji volja zastupanog da se obaveže mancipataru (Mitteis [1885] 1962, 15). Za razliku od mancipacije, stipulacija

² Zakon o obligacionim odnosima – ZOO (Sl. list SFRJ 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, Sl. list SRJ 31/93, Sl. list SCG 1/2003 – Ustavna povelja i Sl. glasnik RS 18/2020)

³ Prema mišljenju Mitajsa (Mitteis [1885] 1962, 18), upravo je strogi formalizam starog civilnog prava predstavljao smetnju sklapanju pravnih poslova putem zastupnika. Rikobono (Ricobono 1930, 392) smatra da u starom civilnom pravu nije postojalo neposredno zastupanje zbog toga što ono zahteva „snagu apstrahovanja“ koja nije svojstvena primitivnom pravu.

⁴ Mancipacija je imala za posledicu prenos svojine na mancipataru, te odgovornost mancipanta po osnovu *actio auctoritatis* ukoliko se taj prenos nije dogodio.

(*stipulatio*) sklapala se bez prisustva svedoka. Otuda razlog nemogućnosti sklapanja stipulacije putem zastupnika nije onaj koji važi za mancipaciju. Svim različitim hipotezama o poreklu stipulacije zajedničko je to što je dovode u vezu sa sakralnim elementima (Mitteis [1885] 1962, 16). Prema jednom shvatanju, stipulacija predstavlja zakletvu promisoru (dužnika) bogovima da će ispuniti dugovanu činidbu (Mitteis [1885] 1962, 17). Upravo zbog toga što sklapanje stipulacije predstavlja obavezivanje dužnika bogovima, nemoguće je da tu obavezu za račun dužnika preuzme neko drugi. Prema drugom shvatanju, u stipulaciji ne treba videti zakletvu već prosto obećanje dužnika koje uživa sankciju bogova (Mitteis [1885] 1962, 18). Bez obzira na to da li je stipulacija starog rimskog prava predstavljala zakletvu ili ne, ona je sadržala sakralne elemente zbog kojih nije mogla biti sklopljena putem zastupnika (Mitteis [1885] 1962, 18). Upravo u vezi sa stipulacijom i nastaje pravilo da se za drugog ne može stipulisati – *alteri stipulari nemo potest*, ali je vremenom ono prošireno na sve obligacije (Zimmermann 1996, 35). U savremenoj literaturi iznet je i drugačiji stav o mogućnosti neposrednog zastupanja prilikom sklapanja stipulacije. Finkenauer (Finkenauer 2008, 440–497) analizira slučajeve u kojima se sklapaju stipulacije s efektom neposrednog zastupanja. Taj efekat se ogleda u tome što je stipulaciju sklopilo jedno lice (najčešće prokurator), a pravo na tužbu na osnovu stipulacije (*actio utilis*) stiže drugo lice.⁵ Osim pretorskih stipulacija⁶, u još nekim slučajevima sklapanje stipulacije ima efekat neposrednog zastupanja.⁷

⁵ Prema civilnom pravu, zastupnik ostaje ugovorna strana, zbog čega ima pravo na tužbu, odnosno može biti tužen civilnom tužbom iz stipulacije. U praksi je, međutim, primena civilne tužbe bila onemogućena prigovorom (*exceptio*). Videti D.3.3.28. Tako Finkenauer 2008, 496.

⁶ *Cautio iudicatum solvi* (D.3.3.28), *cautio ex operis novi nuntiatione* (D.45.1.79), *cautio damni infecti* (D.39.2.18.16), *cautio de rato* (D.10.2.44.6; D.45.1.4.1), *addictio bonorum libertatis causa* (D.40.5.4.9; D.40.5.4.22; D.40.5.3). Paul (D.46.5.5) uopštava jer kaže da na osnovu svih pretorskih stipulacija koje je sklopio prokurator tužba za njihovo ispunjenje (*actio utilis*) pripada gospodaru. Videti Finkenauer 2008, 451–472.

⁷ U fragmentu D.12.1.26. prokurator vojnika (*procurator militis*) pozajmio je vojnikov novac i sklopio stipulaciju (*fideiussio*) kojom se jamči povraćaj predmeta zajma. Prema Ulpianu, pravo na tužbu na osnovu stipulacije ima vojnik čiji je novac pozajmljen. Videti Finkenauer 2008, 475–477. U fragmentu D.14.3.19.pr prokurator je na osnovu ovlašćenja gospodara uzeo na zajam novac i sklopio stipulaciju da će predmet zajma biti vraćen. Papinijan dodeljuje stipulatoru (zajmodavcu) protiv gospodara tužbu *utilis ad exemplum institoriae*, odnosno *actio negotiorum gestorum* (Finkenauer 2008, 477–478). U fragmentu D.14.3.17.pr Paul razmatra situaciju u kojoj se institor ovlašćuje da izvrši kupoprodaju robova i stoke. On sa kupcem sklapa stipulaciju kojom se obavezuje da će, u slučaju evikcije, biti isplaćena dvostruka cena (*stipulatio duplae*). Ako do nje dođe, kupac podiže tužbu *ex stipulatu* protiv gospodara. Ukoliko se, pak, institor nalazi u ulozi kupca, on prodavcu stipulacijom obećava isplatu cene (*stipulatio simplae*). Tužbu iz stipulacije za isplatu cene prodavac podiže protiv gospodara. Premda Paul to ne precizira, u ulozi institora može se javiti i slobodno lice koje se ne nalazi pod vlašću gospodara (Finkenauer 2008, 481).

U civilnom pravu, osim zabrane ugovaranja za drugog, važila je i zabrana sticanja za drugog – *per extraneam personam non acquiritur*. Sticanje za drugog u početku je bilo moguće samo u okviru porodice. U porodici je jedino paterfamilijas imao punu pravnu sposobnost zbog čega je u načelu jedino on imao imovinu. Promenom društveno-ekonomskih uslova paterfamilijas nije mogao sâm da sklapa sve pravne poslove, te se oslanjao na članove svoje porodice (pretežno sinove i robove).⁸ Korist iz posla koji je sklopilo potčinjeno lice pripada njegovom paterfamilijasu. U toj situaciji nije reč o voljnom zastupanju zbog toga što se potčinjena lica smatraju „produženom rukom“ svog paterfamilijasa (Kaser 1971, 262). Osim toga, korist iz posla koji je sklopilo potčinjeno lice pripisivana je imovini paterfamilijasa bez obzira na njihovu volju (Savigny 1840, 92–93). S druge strane, paterfamilijas u početku nije odgovarao za obaveze iz pravnih poslova koje je sklopilo njegovo potčinjeno lice. Takva odgovornost nastaje tek stvaranjem pretorskih tužbi, takozvanih *actiones adiecticae qualitatis* (Gaius, *Inst.* IV,70–74). Organizacija rimske agnatske familije i mehanizmi sklapanja pravnih poslova posredstvom potčinjenih lica u izvesnoj meri su zadovoljavali sve veće potrebe razvijenog rimskog društva ne dirajući u načelo rimskog civilnog prava *per extraneam personam non acquiritur*. Štaviše, Mitajs (Mitteis [1885] 1962, 25) smatra da su *actiones adiecticae qualitatis* bile smetnja načelnom priznavanju mogućnosti neposrednog zastupanja. Prema njegovoj proceni, Rimljani bi, zbog potreba pravnog prometa, verovatno uveli princip neposrednog zastupanja da pretor nije u svom ediktu propisao adjektivne tužbe. Osnovanost tog mišljenja nalazi se u Gajevim Institucijama (IV,71), u kojima se izričito kaže da je paterfamilijas za zapovednika broda ili za poslovođu krčme odnosno trgovačke radnje mogao postaviti slobodno lice izvan njegove porodice.⁹ Duboko ukorenjeno shvatanje Rimljana da neformalni sporazum ne stvara obligaciju (*nudum pactum non parit obligationem*) bilo je još jedna smetnja principijelnom priznavanju neposrednog zastupanja.¹⁰ Pa ipak, nepostojanje tog principa ne znači da rimsko pravo uopšte nije dozvoljavalo da lica koja se ne nalaze pod njegovom vlašću neposredno zastupaju poslovno sposobnog paterfamilijasa. U određenim slučajevima zastupanje je bilo posredno jer je zastupnik posebnim pravnim poslom bio dužan da prenese zastupanom efekte pravnog posla koji je sklopio u svoje ime a za njegov račun (Sanfilippo 2002, 98).

⁸ O zastupanju u pravnim poslovima u rimskom pravu videti Šarac 2008 i Polojac 2012, 441–452. O zastupanju u vezi sa trima adjektivnim tužbama (*actio institoria*, *actio exercitoria* i *actio quod iussu*) videti Miškić 2019. O efektima neposrednog zastupanja gospodarâ od roba u susvojini videti Katančević 2018, 333–345.

⁹ Rikobono (Riccobono 1930, 394) smatra da je jurisprudencija, u doba dinastije Severa, proširila primenu institorne tužbe (*actio institoria*) i na situaciju u kojoj je pravni posao preduzeo prokurator za račun gospodara.

¹⁰ Voljno zastupanje se temelji na opunomoćavanju koje se često ogleda u neformalnom sporazumu vlastodavca i punomoćnika. Ukoliko neformalni sporazum načelno nije pravno zaštićen, opunomoćavanje ostaje bez pravnih dejstava.

3. SLUČAJEVI NEPOSREDNOG ZASTUPANJA U RIMSKOM PRAVU

U rimskom pravu u načelu nije dozvoljeno zastupanje u poslovima starog civilnog prava (*stipulatio, mancipatio*). Nešto mlađa *in iure cessio* takođe nije mogla biti preduzeta posredstvom zastupnika (Mitteis [1885] 1962, 51). Neposredno zastupanje paterfamilijasa od lica koja nisu pod njegovom vlašću omogućeno je u određenim situacijama zahvaljujući delatnosti pretora i rimskih jurisprudenata. Pravnici su, tumačeći pretorov edikt, polazili od fikcije da se radnja preduzeta od zastupnika smatra radnjom preduzetom od zastupanog (Mitteis [1885] 1962, 69). Premda civilno pravo nije dozvoljavalo neposredno zastupanje, i u njegovom domenu javili su se izuzeci koji su se odnosili na sticanja državnine i svojine.

Van sudskog postupka¹¹ efekti neposrednog zastupanja prvo su nastali na osnovu materijalnih akata koje je jedno lice preduzelo za račun drugog lica kao što je primanje isplate od dužnika za račun poverioca (Orestano 1957, 798–799; Coppola Bisazza 2008, 60–61). O tome svedoči Plaut (254–184. godine pre n. e.) u komediji *Žizak (Curculio)*. Iz odlomka te komedije (*Curc.* 550) proizlazi da isplata učinjena oslobođeniku poverioca ima za posledicu gašenje duga (*solutio*). Ako dužnik isplati dug poveriočevom oslobođeniku, takva isplata ima liberatorno dejstvo za dužnika jer se smatra da je njegova obaveza prema poveriocu ugašena. Stoga se primanje isplate od oslobođenika može smatrati aktom neposrednog zastupanja patrona. Nakon što je oslobodio roba, gospodar ga je često postavljao za svog prokuratora.¹² Razvojem rimskog društva sve učestalije se za prokuratora postavljalo slobodno rođeno lice (*ingenuus*) koje nikada nije bilo pod vlašću gospodara posla. Takvo lice je moralo biti saglasno sa imenovanjem za prokuratora (*procurator invitus*, D.3.3.8.1). Isplata duga izvršena slobodno rođenom prokuratoru takođe je gasila obavezu

¹¹ Mogućnost neposrednog zastupanja najpre se javila u sudskom postupku. U vreme isključivog važenja legisakcionog postupka postojalo je zastupanje *pro populo* u sporovima od opšteg interesa (*actiones populares*). Zastupanje se javlja i u sporovima o slobodi (*pro libertate*) u kojima se zastupa osoba kojoj je osporen status slobodnog lica i *pro tutela* gde se zastupa maloletno lice. Zastupanje se omogućava i u sporovima *ex lege Hostilia* u slučaju krađe koju je pretrpelo: lice dok je u ratnom zarobljeništvu, lice koje je odsutno usled obavljanja posla u javnom interesu (*rei publicae causa*), maloletno lice čiji je tutor onemogućen da štiti pupiline interese iz opravdanih razloga (Iust. *Inst.* IV, 10.pr). U formularnom postupku proširuje se mogućnost procesnog zastupanja posredstvom kognitora i prokuratora (Gaius, *Inst.* IV, 82–84). U Justinijanovom pravu, koje karakteriše ujednačavanje različitih oblika procesnih zastupnika, postupak pokrenut od ili protiv prokuratora po okončanju proizvodi ista dejstva za zastupanog kao da je on neposredno učestvovao u njemu (Orestano 1957, 797).

¹² U početku je prokurator bio isključivo oslobođenik. On je zadržavao zavisan položaj prema patronu te nije mogao da odbije svoje imenovanje za prokuratora. Otuda se i pravna dejstva aktivnosti koje je obavljao po tom osnovu nisu razlikovala od onih koja su nastajala iz aktivnosti lica *alieni iuris* preduzetih za svog paterfamilijasa.

isplatioca (dužnika) prema gospodaru posla (poverioco), o čemu svedoče izvori klasičnog prava (D.46.3.12.pr; D.46.3.34.3). Fenomen zastupanja može se razmatrati u još nekim slučajevima izvršenja materijalnih akata koje preduzima jedno lice, a pravne posledice nastaju za drugo lice. Prema fragmentu D.43.26.6.1.¹³, ako prokurator na osnovu naloga gospodara zahteva ustanovljenje prekarijuma ili gospodar naknadno odobri taj zahtev, prekaristom će se smatrati gospodar.¹⁴ U fragmentima D.39.1.1.3.¹⁵ i D.43.24.3.pr¹⁶ dozvoljava se zastupanje u nuncijaciji (*nuntiatio operis novi*)¹⁷ i prohibiciji (*prohibitio*).¹⁸

Kada je reč o sticanju državine posredstvom drugog, u većini fragmenta zastupnik je prokurator. Papinijan saopštava da posredstvom prokuratora gospodar stiče državinu i bez znanja o tome. Međutim, za sticanje svojine održajem neophodno je da gospodar zna da je državina ustanovljena (D.41.2.49.2).¹⁹ Paul u fragmentu D.41.2.1.20. takođe kaže da se državina može steći posredstvom prokuratora.²⁰ Prema Neracijevom mišljenju, moguće je da gospodar neposredno stekne svojinu na osnovu akta prokuratora. Ako je prokurator po nalogu gospodara kupio stvar i preuzeo je u njegovo ime, svojinu neposredno stiče gospodar iako još ne zna da su kupovina i tradicija izvršene (D.41.1.13.pr).²¹ Za razliku od slu-

¹³ Ulpianus libro 71 ad edictum: *Si procurator meus me mandante vel ratum habente precario rogaverit, ego precario habere proprie dicor.*

¹⁴ O zahtevanju (*rogatio*) prekarijuma putem posrednika videti Biavaschi 2006, 333–336.

¹⁵ Ulpianus libro 52 ad edictum: *Item nuntiationem et nostro et alieno nomine facere possumus.*

¹⁶ Ulpianus libro 71 ad edictum: *Prohibere autem non utique per semet ipsum necesse est, sed et si quis per servum suum vel procuratorem prohibuerit, recte videtur prohibuisse. Idem etiam si mercennarius meus prohibuerit...*

¹⁷ *Operis novi nuntiatio* predstavlja protest koji upućuje vlasnik zgrade (ili drugo lice u ime vlasnika – D.39.1.1.3) susedu koji je počeo da gradi neku građevinu tako da time ugrožava neko njegovo pravo (na primer službenost *non altius tollendi* ili sigurnost njegove zgrade ili zemljišta). Posledica protesta se ogledala u tome što je graditelj odmah morao prestati sa gradnjom jer bi, u protivnom, sused čije je pravo ugroženo od pretora dobio *interdictum demolitorium* na osnovu koga je bio ovlašćen da poruši susedovu građevinu. Videti Romac 1975, 383.

¹⁸ U fragmentu D.43.24.3.pr govori se o zabrani (*prohibitio*) koja se upućuje licu koje nedozvoljeno vrši određenu radnju na tuđoj nepokretnosti. Zabranu može uputiti ne samo vlasnik stvari već i njegov rob ili prokurator. Ukoliko zabrana ostane bez efekata, pretor pruža interdiktnu zaštitu držaocu stvari (*interdictum quod vi aut clam*).

¹⁹ Papinianus libro secundo definitionum: *Etsi possessio per procuratorem ignorantem quaeritur, usucapio vero scienti competit, tamen evictionis actio domino contra venditorem invito procuratore non datur, sed per actionem mandati ea cedere cogitur.*

²⁰ Paulus libro 54 ad edictum: *Per procuratorem tutorem curatoremve possessio nobis acquiritur.*

²¹ Neratius libro sexto regularum: *Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo eique sit tradita meo nomine, dominium mihi, id est proprietas acquiritur etiam ignorantem.*

čaja u kome gospodar na temelju kupoprodaje koju je zaključio prokurator neposredno stiče državinu i svojину, u drugom fragmentu (D.41.3.41)²² Neracije zahteva održaj da bi stvar ponovo bila u vlasti gospodara. Reč je o situaciji u kojoj je prokurator jednostranim aktom (*adprehensio*) uzeo stvar (*res furtiva*) koju je lopov prethodno ukrao gospodaru. Neracije ističe da je gotovo usaglašeno da se posredstvom prokuratora neposredno stiče državina, ali je neophodan održaj da bi se smatralo da je gospodar povratio vlast na stvari.²³ Iz Ulpijanovog fragmenta D.39.5.13.²⁴ saznaje se da gospodar neposredno stiče državinu i svojину u situaciji u kojoj je izvršena tradicija *donationis causa* prokuratoru. Pritom, poklonodavac je tradirao stvar s voljom da je stekne gospodar, dok je prokurator primio stvar s voljom da je stekne za sebe. Iz tog fragmenta zaključuje se da se stvar može dobročino steći posredstvom prokuratora, pri čemu je irelevantno da li je on u trenutku sticanja imao volju da stekne za gospodara. Isti pravnik potvrđuje mogućnost neposrednog sticanja državnine posredstvom prokuratora i na temelju kupoprodaje (D.41.2.42.1).²⁵ U slučaju da prokurator po nalogu gospodara kupi stvar, gospodar neposredno stiče njenu državinu. Ako je, pak, prokurator samoinicijativno kupio stvar za gospodara, on stiče državinu samo ako odobri kupovinu. U Digestama se nalaze i fragmenti u kojima je zastupnik slobodno lice koje nije prokurator. U fragmentu D.41.1.53. Modestin pravi razliku između civilnog i honorarnog prava u pogledu mogućnosti sticanja za drugog. Za razliku od civilnog prava, koje samo potčinjenim licima dozvoljava da stiču za svog gospodara, honorarno pravo dozvoljava sticanje državnine za drugog putem slobodnog lica.²⁶ O mogućnosti sticanja državnine putem slobodne osobe govori i Ulpijan u fragmentu D.41.1.20.2.²⁷ Reč je o tome da smo Ja i Ticije kupili neku stvar, pri čemu je ona predata Ticiju kao da je on Moj prokurator. Ulpijan smatra da svojину na stvari stičem i Ja, budući

²² Neratius libro septimo membranarum: *Si rem subreptam mihi procurator meus adprehendit, quamvis per procuratorem possessionem apisci nos iam fere conveniat, nihil magis eam in potestatem meam redisse usuque capi posse existimandum est, quia contra statui captiosum erit.*

²³ O različitim tumačenjima ovog fragmenta videti Briguglio 2007, 116–121, fn. 171.

²⁴ Ulpianus libro septimo disputationum: *... nam et si procuratori meo hoc animo rem tradiderit, ut mihi adquirat, ille quasi sibi adquisiturus acceperit, nihil agit in sua persona, sed mihi adquirat.*

²⁵ Ulpianus libro quarto regularum: *Procurator si quidem mandante domino rem emerit, protinus illi adquirit possessionem: quod si sua sponte emerit, non nisi ratam habuerit dominus emptionem.*

²⁶ Modestinus libro 14 ad Quintum Mucium: *Ea quae civiliter adquiruntur per eos, qui in potestate nostra sunt, adquirimus, veluti stipulationem: quod naturaliter adquiritur; sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere adquirimus.*

²⁷ Ulpianus libro 29 ad Sabinum: *Si ego et Titius rem emerimus eaque Titio et quasi meo procuratori tradita sit, puto mihi quoque quaesitum dominium, quia placet per liberam personam omnium rerum possessionem quaeri posse et per hanc dominium.*

da je prihvaćeno da državina, a putem nje i svojina, može da se stekne posredstvom slobodne osobe.²⁸ Iako bi se iz tog fragmenta moglo zaključiti da svojina može biti stečena posredstvom (bilo koje) slobodne osobe, takvo tumačenje nije prihvatljivo za klasično pravo. Naime, u klasičnom pravu gospodar može da stekne svojinu posredstvom slobodne osobe samo ukoliko je ona njegov prokurator (Briguglio 167, fn. 305).

O efektima zastupanja može se razmatrati i u vezi sa određenim nedozvoljenim ponašanjem jednog lica kada pravne posledice nastaju za drugo lice. Komentarišući pretorov edikt u kome je propisan *interdictum unde vi* (D.43.16.1.13)²⁹, Ulpijan se poziva na Sabina koji je, u situaciji u kojoj je prokurator silom lišio neko lice poseda nepokretnosti, smatrao da se interdikt može podići i protiv prokuratora i protiv gospodara. Pravnici se bave pitanjem kakvo dejstvo ima ratihabicija ukoliko gospodar odobri protivpravan akt kojim neko lice u ime gospodara silom liši poseda nepokretnosti drugo lice. Iako Ulpijan (D.43.16.1.14)³⁰ pristaje uz mišljenje Sabina i Kasija da se ratihabicija može uporediti sa mandatom, Mitajš (Mitteis [1885] 1962, 70) smatra da ratihabicija nije dozvoljena povodom izvršenja delikta već da je ovde pre reč o tome da se viciozna državina može pripisati gospodaru ako se delinkvent smatra njegovim zastupnikom.

Kada je reč o založnom pravu, takođe se uočava pokušaj pravnika da, formalno poštujući načelo civilnog prava *per liberam personam adquiri non potest*, tumačenjem pretorovog edikta omogućuje efekte zastupanja. Ulpijan, oslanjajući se na civilno pravo, zabranjuje sticanje obaveze iz pignusa posredstvom slobodnog lica (D.13.7.11.6).³¹ Prokurator ili tutor može da sklopi pignus, pri čemu protiv njega, a ne protiv gospodara odnosno štićenika dužnik može da podigne tužbu za povraćaj založene stvari (*actio pigneraticia directa*). Drugim rečima, prokurator odnosno tutor koji zaključuje ugovor o pignusu obavezuje sebe, a ne gospodara odnosno štićenika. Isti pravnik, međutim, dopušta efekte zastupanja prilikom ustanovljenja hipoteke. Tako Ulpijan u fragmentu D.20.1.21.pr³² kaže da kada

²⁸ U Justinijanovom pravu (*Inst.* II, 9.5) postoji opšti princip sticanja državine posredstvom slobodnog lica.

²⁹ Ulpianus libro 69 ad edictu: *Quotiens verus procurator deiecerit, cum utrolibet eorum, id est sive domino sive procuratore, agi posse sabinus aitet alterius nomine alteri eximi...*

³⁰ Ulpianus libro 69 ad edictum: *Sed et si quod alius deiecit, ratum habuero, sunt qui putent secundum Sabinum et Cassium, qui ratihabitionem mandato comparant, me videri deiecisisse interdictoque isto teneri, et hoc verum est: rectius enim dicitur in maleficio ratihabitionem mandato comparari.*

³¹ Ulpianus libro 28 ad edictum: *Per liberam autem personam pignoris obligatio nobis non acquiritur, adeo ut ne per procuratorem plerumque vel tutorem adquiratur: et ideo ipsi actione pigneraticia conveniuntur...*

³² Ulpianus libro 73 ad edictum: *Si inter colonum et procuratorem meum convenerit de pignore vel ratam habente me conventionem vel mandante, quasi inter me et colonum meum convenisse videatur.*

je sporazum o ustanovljenju hipoteke sklopljen između kolona i prokuratora bilo po nalogu gospodara bilo tako što ga je on naknadno odobrio, smatra se kao da ga je sklopio gospodar sa kolonom.

Zastupanje je bilo moguće u jednostranim poslovima pretorskog prava. Postavljanje institora moglo se obaviti posredstvom zastupnika. Prema Ulpijanovom fragmentu D.14.3.5.18.³³, pretor dodeljuje *actio institoria* u situaciji u kojoj je prokurator, tutor ili staratelj postavio institora jer se uzima kao da ga je postavio sâm gospodar. Komentarišući pretorov edikt, Ulpijan se u fragmentu D.15.4.1.9.³⁴ poziva na Labeona koji, u situaciji u kojoj je rob sklopio pravni posao po nalogu (*iussum*) prokuratora, dodeljuje *actio quod iussu* protiv gospodara roba, a ne protiv prokuratora. Takav stav je razumljiv ako se prokurator smatra neposrednim zastupnikom gospodara. Zastupanje je bilo dozvoljeno i u oblasti nasleđivanja u situaciji u kojoj jedno lice po nalogu drugog lica zahteva od pretora državinu dobara (*bonorum possessio*). Paul u fragmentu D.29.2.48.³⁵ razmatra situaciju u kojoj je jedno lice dobilo nalog od drugog lica da za njegov račun zahteva od pretora državinu dobara, pri čemu je u međuvremenu mentalno obolelo. On kaže da, ukoliko je lice učinilo zahtev pre nego što je obolelo, to nema uticaja na sticanje državnine dobara od nalogodavca. Drugim rečima, njegovo zastupanje u sticanju državnine je važeće, te nalogodavac neposredno stiče državinu dobara. S druge strane, ako nalogoprimac učini zahtev nakon što je oboleo, nalogodavac ne stiče neposredno državinu dobara već tek ako dâ odobrenje (*ratihabitio*).³⁶ Osim toga, u fragmentu D.37.1.3.7.³⁷ izričito se kaže da se *bonorum possessio* može steći za drugoga.

Zastupanje je bilo dozvoljeno i u dvostranim poslovima pretorskog prava. Jedan od njih je pretorski pakt *receptum nautarum*. U fragmentu D.4.9.1.3.³⁸, komentarišući pretorov edikt, Ulpijan govori o odgovornosti

³³ Ulpianus libro 28 ad edictum: *Sed et si procurator meus, tutor, curator institorum praeposuerit, dicendum erit veluti a me praeposito dandam institoriam actionem.*

³⁴ Ulpianus libro 29 ad edictum: *Si curatore adulescentis vel furiosi vel prodigi iubente cum servo contractum sit, putat Labeo dandam quod iussu actionem in eos quorum servus fuerit: idem et in vero procuratore. Sed si procurator verus non sit, in ipsum potius dandam act ionem idem Labeo ait.*

³⁵ Paulus libro primo manualium: *Si quis alicui mandaverit, ut, si aestimaverit, peteret sibi bonorum possessionem, et postquam ille petit, furere coeperit, nihilo minus acquisita est ei bonorum possessio. Quod si antequam ille petat, is qui mandavit petendum furere coeperit, dicendum est non statim ei adquisitam bonorum possessionem: igitur bonorum possessionis petitio ratihabitione debet confirmari.*

³⁶ Iz Afrikanovog fragmenta D.46.8.24.pr saznaje se da se ratihabicija mogla dati u roku od 100 dana.

³⁷ Ulpianus libro 39 ad edictum: *Acquirere quis bonorum possessionem potest vel per semetipsum vel per alium.*

³⁸ Ulpianus libro 14 ad edictum: *Et sunt quidam in navibus, qui custodiae gratia navibus praeponuntur, ut naufulakes et diaetarii. Si quis igitur ex his receperit, puto in*

vlasnika broda po osnovu pakta koji je sklopljen između brodskog osoblja (*naufulakes, diaetarii*) i vlasnika stvari koja se prevozi. Zaposleni na brodu, sklapajući pakt, neposredno zastupa vlasnika broda koji na osnovu njega odgovara drugoj strani.³⁹ Jak uticaj civilnog prava ogledao se u pretorskom paktu ustanovljenja duga (*constitutum debiti*) kod koga je u načelu bilo zabranjeno zastupanje (Mitteis [1885] 1962, 74). Tako, u fragmentu D.13.5.5.6.⁴⁰ Ulpijan, komentarišući pretorov edikt, navodi Julijanovo mišljenje da dužnik može da sklopi pretorski pakt ustanovljenja duga s poveriočevim prokuratorom. Prema Pomponijevom tumačenju, dužnik je onda obavezan da dug izvrši prokuratoru, a ne njegovom gospodaru. Prokurator se prilikom ustanovljenja duga ne smatra zastupnikom gospodara posla. U Digestama se nailazi na fragment koji je dao povoda oprečnim tumačenjima. Reč je o fragmentu D.13.5.15.⁴¹ u kome Paul iznosi mišljenje da se dug može ustanoviti posredstvom slobodnog lica, pri čemu kao argument u prilog tome navodi već postojeću mogućnost sticanja posredstvom slobodnog lica. Tumačenje tog fragmenta sporno je u romanističkoj doktrini. Helman (Hellmann) polazi od tog teksta kao dokaza da je zastupanje u ustanovljenju duga bilo moguće (Mitteis [1885] 1962, 73). Isto tako misli i Rikobono (Ricobono 1930, 408). Mitajs (Mitteis [1885] 1962, 73), oslanjajući se na prethodni fragment u Digestama (D.13.5.14.3), smatra drugačije – da se u D.13.5.15. ne govori o zastupniku već o glasniku (*nuntius*). Kada je reč o ustanovljenju duga, Mitajs odriče mogućnost neposrednog zastupanja samo *sui iuris* lica koja imaju poslovnu sposobnost. Lica koja se nalaze pod tutorstvom ili starateljstvom i municipije u pravnom prometu učestvuju posredstvom zastupnika (tutora, staratelja, *actor municipum*-a). Ako zastupnik sklopi pakt o ustanovljenju duga na osnovu koga isplata treba da bude izvršena zastupanom (licu pod tutorstvom, starateljstvom ili stanovnicima municipije), zastupani ima pravo na tužbu iz razloga korisnosti – *actio utilis* (D.13.5.5.9).⁴²

exercitorem dandam actionem, quia is, qui eos huiusmodi officio praeponit, committi eis permittit, quamquam ipse navicularius vel magister id faciat, quod xei rembolon appellant. Sed et si hoc non exercet, tamen de recepto navicularius tenebitur.

³⁹ Odgovornost vlasnika broda bila je objektivna jer je odgovarao i za slučajnu propast stvari. Odgovornost za kustodiju (*custodia*) temelji se na paktu koji sklapaju vlasnik broda ili njegov zaposleni i vlasnik stvari. Tim paktom vlasnik poverava svoju stvar drugoj strani (vlasniku broda), koja je obavezna da je sačuva.

⁴⁰ Ulpianus libro 27 ad edictum: *Iulianus libro undecimo digestorum scribit procuratori constitui posse: quod Pomponius ita interpretatur, ut ipsi procuratori constitutas te soluturum, non domino.*

⁴¹ Paulus libro 29 ad edictum: *Et licet libera persona sit, per quam tibi constitui, non erit impedimentum, quod per liberam personam adquirimus, quia ministerium tantummodo hoc casu praestare videtur.*

⁴² Ulpianus libro 27 ad edictum: *Si actori municipum vel tutori pupilli vel curatoris furiosus vel adulescentis ita constituatur municipibus solvi vel pupillo vel furioso vel adulescenti, utilitatis gratia puto dandam municipibus vel pupillo vel furioso vel adulescenti utilem actionem.*

Efekti neposrednog zastupanja javili su se i prilikom sklapanja ugovora o kupoprodaji. Prema fragmentu D.19.1.13.25.⁴³, prokurator je na osnovu ovlašćenja gospodara prodao njegovu stvar. Papinijan smatra da kupac ima pravo na tužbu (*actio utilis ex empto*) protiv gospodara, a Ulpijan da i gospodar protiv kupca ima pravo na tužbu iz razloga korisnosti.⁴⁴

Iako je u praksi bio faktički derogiran, princip starog civilnog prava prema kome je zabranjeno sticanje za drugog zastupljen je u Justinijanovoj kodifikaciji (Iust. Inst. II, 9.5; C.4.27.1.pr). Njegovo važenje se svelo na jedini preživeli posao starog civilnog prava – stipulaciju, koja se, prema mišljenju Savinjija (Savigny 1840, 96), do kraja istorije antičkog rimskog prava morala sklapati lično. Akurzijeva Glosa pridaje značaj drevnom principu sadržanom u Justinijanovoj kodifikaciji i kao pravilo ističe zabranu neposrednog zastupanja, pri čemu navodi suprotno mišljenje Martina.⁴⁵

4. UKIDANJE ZABRANE UGOVARANJA ZA DRUGOG

Premda je u rimskom pravu bilo moguće da jedno lice obavlja poslove za račun drugog lica, u rimskim izvorima ne nailazi se na opšti pojam zastupanja (Orestano 1957, 796). Taj pojam je mogao biti stvoren tek nakon ukidanja formalne zabrane ugovaranja za drugog. Ukidanje pravila *alteri stipulari nemo potest* postignuto je zahvaljujući kanonskom pravu.⁴⁶ Španski pravници Gomez (Gomez) i Kovarubijas (Covarrubias) ističu da zabrana *alteri stipulari nemo potest* ne isključuje postojanje neformalnog sporazuma (*pactum nudum*) koji je po kanonskom i kastiljanskom pravu važeći i daje pravo na tužbu (*actio*). Drugim rečima, priznanjem pravila *pacta sunt servanda* otpala je zabrana *alteri stipulari nemo potest* (Coing 1985, 425).

⁴³ Ulpianus libro 32 ad edictum: *Si procurator vendiderit et caverit emptori, quaeritur, an domino vel adversus dominum actio dari debeat. Et Papinianus libro tertio responsorum putat cum domino ex empto agi posse utili actione ad exemplum institoriae actionis, si modo rem vendendam mandavit: ergo et per contrarium dicendum est utilem ex empto actionem domino competere.*

⁴⁴ Detaljnije tumačenje tog fragmenta daje Finkenauer (Finkenauer 2008, 479–481)

⁴⁵ „Sed Martinus dicebat hos casus facere regulam et sic quis casus esset contra illud speciale esset“. Navedeno prema Orestano 1957, 800.

⁴⁶ Pravilo *alteri stipulari nemo potest* nije moglo biti ukinuto odjednom već je najpre ublažavano proširivanjem izuzetaka od tog pravila. Tako je, na primer, *stipulatio alteri facta* važeća ako je preduzeta od notara koji na temelju D.46.6.2. dela kao *servus publicus* (Coing 1985, 425).

Savremena ustanova zastupanja sadrži mogućnost aktivnog i pasivnog zastupanja.⁴⁷ Takav jedinstveni kapacitet zastupanja nije oduvek postojao. Pravnici su dugo vremena odvojeno razmatrali mogućnost da zastupnik za račun zastupanog izjavi volju drugom licu (aktivno zastupanje) od mogućnosti da određeno lice svoju izjavu volje saopšti zastupniku za račun zastupanog (pasivno zastupanje).⁴⁸ S tim u vezi je ukidanje zabrane *alteri stipulari nemo potest* uzrokovalo da pravnici različito tumače mogućnost sklapanja ugovora u korist trećeg lica.⁴⁹ Predstavnicima novovekovne škole prirodnog prava Grocije (Grotius) i Volf (Wolff) smatrali su da je ukidanjem zabrane *alteri stipulari nemo potest* omogućeno i aktivno zastupanje i sklapanje ugovora u korist trećeg (Coing 1985, 426). Francuski autori Doma (Domat) i Potije (Pothier) smatrali su, pak, da se ukidanje zabrane odnosi samo na aktivno zastupanje a ne i na ugovore u korist trećeg lica (Coing 1985, 427).

⁴⁷ Razlika između aktivnog (*aktive Stellvertretung*) i pasivnog zastupanja (*passive Stellvertretung*) izričito se čini u nemačkom Građanskom zakoniku (BGB). Tako, izjava volje koju neko daje u okviru datih mu ovlašćenja u ime zastupanog lica predstavlja aktivno zastupanje (čl. 164, st. 1). Pasivno zastupanje nastaje kada se izjava volje, koja je trebalo da bude data drugome, učini njegovom zastupniku (čl. 164, st. 3).

⁴⁸ Primera radi, u fragmentu D.3.3.28. prilikom sklapanja procesne stipulacije (*cautio iudicatum solvi*) Ulpijan dozvoljava da prokurator samo pasivno, ali ne i aktivno zastupa gospodara.

⁴⁹ U rimskom pravu nije bilo moguće zaključiti ugovore u korist trećeg lica (D.50.17.73.4; D.44.7.11). Pravnici su izuzetno dozvoljavali stipulaciju u korist trećeg ako je stipulator imao interes da promisor izvrši činidbu trećem licu (D.45.1.38.20; D.45.1.38.21). Rikobono (Ricobono 1930, 394) smatra da su potrebe rimske porodice i intenzivne trgovine uzrokovale priznanje ugovora u korist trećeg lica u praksi. U Justinijanovoj kodifikaciji nailazi se na nekoliko slučajeva u kojima je dozvoljeno ugovarati u korist trećeg, pri čemu poverilac nema interes da dužnik izvrši obavezu trećem licu. Osim situacije u kojoj neko pozajmi novac u ime odsutne osobe kada ona tužbom može da zahteva povraćaj predmeta zajma (D.12.1.9.8; D.45.1.126.2), važan izuzetak predstavlja *donatio sub modo* – poklon s nalogom – kada treće lice ima pravo na tužbu protiv poklonoprimca koji mu, nakon proteka vremena, nije predao darovani predmet (C.8.54.3.1). Bolonjski glosatori ostaju pri stavu da nije moguće sklopiti ugovor u korist trećeg lica. Martin i ovde predstavlja izuzetak jer beneficijaru (odsutnom licu u čiju korist je nešto obećano) dodeljuje procesno sredstvo kojim može zahtevati izvršenje činidbe koju je drugi u njegovu korist obećao (Hallebeek 2008, 15). U savremenom pravu razlika između aktivnog zastupanja i ugovora u korist trećeg lica ogleda se u tome što se u slučaju aktivnog zastupanja prilikom sklapanja ugovora ugovornom stranom smatra zastupani a ne zastupnik. Kada je reč o ugovorima u korist trećeg lica, treće lice nije ugovorna strana te ono ne može da pobija ugovor već samo ima pravo da zahteva njegovo izvršenje (Larenz, Wolf 2004, 429–430). Osim slučajeva takozvanog pravog ugovora u korist trećeg (*echter, berechtigender Vertrag zugunsten Dritter*, čl. 328, st. 1 BGB), na osnovu koga treće lice u čiju korist je ugovor sklopljen ima pravo da zahteva njegovo izvršenje, postoje i slučajevi takozvanog nepravog ugovora u korist trećeg (*unechter Vertrag zugunsten Dritter*, čl. 362, st. 2 BGB), gde je dužnik dužan da izvrši obavezu trećem licu, ali treći nema pravo da zahteva izvršenje ugovorne činidbe. Videti Gottwald 2003, Rn 19, 2077.

5. OPUNOMOĆAVANJE KAO SAMOSTALAN PRAVNI POSAO

Ukidanje zabrane ugovaranja za drugog uticalo je na razvoj voljnog zastupanja. U prvoj fazi tog razvoja ustanova zastupanja ne odvajaju se od kontrakta. Kada je reč o ugovoru o nalogu (*mandatum*), predstavnici novovekovne prirodnopravne škole (Grocije, Volf) smatraju da na njegovom temelju nastaje neposredno zastupanje, a ne posredno kao što je bio slučaj u rimskom pravu (Schmoeckel 2003, 920). Te ideje su oživotvorene u prvim modernim građanskim kodifikacijama u kojima je neposredno zastupanje regulisano u ugovoru o nalogu. Ovlašćenje za zastupanje (punomoćje) nije razmatrano odvojeno od ugovora o nalogu, već se smatralo da ono nastaje sklapanjem tog ugovora. Otuda se u građanskim zakonici-
ma Pruske⁵⁰, Francuske⁵¹ i Austrije⁵² ne pravi razlika između punomoćja i naloga već se oni koriste kao sinonimi.⁵³ S druge strane, nemačka istorijska škola, oslanjajući se na rimsko pravo, odbija da prihvati načelo neposrednog zastupanja na temelju punomoćja (Doerner 2018, 36). Polovinom 19. veka nemačka pandektistika razvija bogatu diskusiju o potrebi osamostaljenja punomoćja od ugovora o nalogu. Ključno pitanje je postavljeno u vezi sa izjavom volje punomoćnika prilikom sklapanja pravnog posla sa trećim licem. Čija volja je izražena u pravnom poslu koji je sklopio punomoćnik: da li je to volja vlastodavca ili punomoćnika?

⁵⁰ U pruskom Građanskom zakoniku (*Allgemeines Landrecht Fur Die Preussischen Staaten* – ALR) voljno zastupanje je regulisano u 13. naslovu prvog dela koji nosi naziv *Von Erwerbung des Eigentums der Sachen und Rechte durch einen Dritten* (O sticanju stvari i drugih prava posredstvom trećeg lica). U prvom paragrafu se najpre propisuje neposredno zastupanje: *Sachen und Rechte können auch durch Handlungen eines Dritten erworben werden* (Stvari i prava mogu da se stiču i delanjem trećeg lica). U petom paragrafu definisano je punomoćje: *Die Willenserklärung, wodurch Einer dem Andern das Recht ertheilt, ein Geschäft für ihn und statt seiner zu betreiben, wird Auftrag oder Vollmacht genannt* (Izjava volje kojom jedno lice dodeljuje ovlašćenje drugom licu da za njega i umesto njega preduzme pravni posao naziva se nalog ili punomoćje). ALR ne pravi razliku između punomoćja i naloga već ih upotrebljava kao sinonime. Otuda se punomoćje smatra ugovorom koji sklapaju zastupani i zastupnik.

⁵¹ Francuski građanski zakonik (*Code Civil* – CC), slično kao ALR, punomoćje izjednačava sa nalogom. U čl. 1984 CC stoji: (1) *Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom.* (2) *Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire* [Mandat ili punomoćje je akt kojim jedno lice daje drugom moć da nešto učini za račun i u ime vlastodavca (st. 1), Ugovor nastaje tek kada punomoćnik prihvati ovlašćenje (st. 2)].

⁵² U austrijskom Građanskom zakoniku (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* – ABGB) zastupanje je regulisano u 22. glavi koja nosi naziv O opunomoćavanju i drugim vrstama posloводства. Prema čl. 1002 ABGB: *Der Vertrag, wodurch jemand ein ihm aufgetragenes Geschäft im Namen des Anderen zur Besorgung übernimmt, heißt Bevollmächtigungsvertrag* (Ugovor o opunomoćavanju zove se onaj ugovor kojim se ko prima naloženog mu posla da ga u ime drugoga izvrši).

⁵³ ALR i CC punomoćje i nalog upotrebljavaju kao sinonime, dok ih ABGB spaja u jedan pojam *Bevollmächtigungsvertrag* – ugovor o opunomoćavanju.

Savinji zastupa tezu da iza volje koju je izjavio zastupnik (punomoćnik) stoji volja zastupanog (vlastodavca) [Coing 1989, 456]. U ugovoru koji sklapa zastupnik ugovornom stranom se smatra zastupani (vlastodavac). Zastupnik ima svojstvo glasnika jer trećem licu prenosi volju zastupanog (Doerner 2018, 37). Otuda je Savinjijska teorija dobila naziv „teorija gospodara posla“ (*Geschäftsherrentheorie*). Savinjijska teorija nije bila prihvaćena među pandektistima. Vladajuća teorija koju su oni zastupali bila je „teorija predstavljanja“ (*Repräsentationstheorie*) po kojoj zastupnik, iako pravni posao preduzima u ime zastupanog, izjavljuje svoju volju (Coing 1989, 457). Ta teorija je široko prihvaćena u savremenoj doktrini koja u neposrednom zastupanju vidi zamenu volje zastupanog voljom zastupnika (Lobrano, Onida 2016, 9). Treću teoriju koja miri prethodne dve zastupa Mitajs, prema čijem se mišljenju pravni posao sa trećim licem sklapa zajedničkim delovanjem zastupanog i zastupnika (Mitteis [1885] 1962, 110). Drugim rečima, volja zastupanog učestvuje u formiranju volje zastupnika koja se, prilikom sklapanja pravnog posla, sreće sa voljom druge ugovorne strane.

Zahvaljujući naučnim raspravama o zastupanju koje su trajale tokom 19. veka razvio se samostalan pojam punomoćja (*Vollmacht*). Najveća zasluga pripisuje se nemačkom pravniku Labandu (Laband), koji ističe da su opunomoćavanje i ugovor o nalogu dva odvojena pravna posla koja imaju različite pretpostavke, sadržinu i pravne posledice. Svoju tezu o opunomoćavanju kao samostalnom pravnom poslu Laband razvija na temelju Opšteg nemačkog trgovačkog zakonika (*Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs* – ADHGB) iz 1861. godine.⁵⁴ On zastupa stav da se svako punomoćje, a ne samo poslovno punomoćje, zasniva na samostalnom pravnom poslu koji se razlikuje od osnovnog pravnog posla – ugovora o nalogu (Doerner 2018, 47). Njegovo učenje imalo je dalekosežne posledice jer je prihvaćeno ne samo u nemačkom Građanskom zakoniku već i u drugim pravima.⁵⁵ Uticaj tog učenja primetan je i u srpskom pravu jer se u Zakonu o obligacionim odnosima neposredno zastupanje (i u okviru njega punomoćje) reguliše odvojeno od ugovora o nalogu.⁵⁶

⁵⁴ Istorija donošenja Opšteg nemačkog trgovačkog zakonika iz 1861. godine prikazuje istoriju prodora ideje osamostaljivanja punomoćja od osnovnog pravnog posla sklopljenog između vlastodavca i punomoćnika. Impuls za osamostaljivanje poslovnog punomoćja (prokure) od osnovnog pravnog posla zaključenog između vlastodavca (principala) i prokuriste potekao je od predstavnika trgovačkih gradova na severu Nemačke. Oni su zahtevali nesmetan razvoj trgovine koji je nezamisliv bez zaštite trećih lica koja sklapaju posao s prokuristom. Zahtevi predstavnika trgovačkih gradova da se ustanovi poslovno punomoćje čija je sadržina zakonski utvrđena i koju vlastodavac ne može da suzi sa uspehom su inkorporisani u tom zakoniku. Posledica razdvajanja unutrašnjeg odnosa prokuriste i vlastodavca i spoljašnjeg odnosa u kojem učestvuje treće lice bilo je izdvajanje prokure u samostalan pravni posao koji se razlikuje od osnovnog pravnog posla (najčešće ugovora o nalogu ili ugovora o radu). Videti Doerner 2018, 45.

⁵⁵ Videti čl. 167 i 168 BGB.

⁵⁶ U ZOO se punomoćje uređuje u čl. 89–94, a ugovor o nalogu u čl. 749–770.

6. ZAKLJUČAK

Zabrana ugovaranja odnosno sticanja za drugog nastala je u rimskom starom civilnom pravu, ali je u promenjenim društveno-ekonomskim okolnostima počela da slabi. Rimski konzervativni duh sprečavao je da ta zabrana formalno bude ukinuta, zbog čega je ona zadržana i u Justinijanovoj kodifikaciji. Njeno važenje se prostiralo na poslove starog civilnog prava, od kojih je u doba Justinijana ostala samo stipulacija. Veliki broj fragmenata govori u prilog tome da je rimsko pravo poznavalo neposredno zastupanje i da se ono pretežno javljalo u vezi sa poslovima pretorskog prava. Klasični pravници su, komentarišući pretorov edikt, smatrali da određene akte može da preduzme jedno lice, a da pravne posledice neposredno nastaju za drugo lice koje stiče pravo na odgovarajuće procesno sredstvo. Osim mogućnosti izvršenja materijalnih akata za drugog (primanje isplate, zahtevanje ustanovljenja prekarijuma, izvršenje nuncijacije i prohibicije), pravni poslovi pretorskog prava takođe su mogli biti preduzeti posredstvom drugog. Izvori svedoče da je bilo moguće preduzimati za drugog i jednostrane poslove [imenovanje institora, davanje naloga (*issum*) robu, zahtevanje državine dobara (*bonorum possessio*)] i dvostrane poslove (pakteve *receptum nautarum* i *constitutum debiti*). Neposredno zastupanje bilo je moguće i u ugovorima o kupoprodaji. Pretor je dodeljivao tužbu iz razloga korisnosti (*actio utilis*) u korist ili protiv gospodara kada je ugovor o kupoprodaji sklopio njegov prokurator. Premda je civilno pravo zabranjivalo sticanje za drugog, važne ustanove civilnog prava takođe su mogle biti stečene putem zastupnika. Digesta sadrže zanimljivu kazuistiku koja se tiče sticanja državine za drugog. Iako se u najvećem broju slučajeva radilo o sticanju državine posredstvom prokuratora, izgleda da je već u klasičnom pravu svako slobodno lice moglo da stekne državinu za drugog. Prokurator je u klasičnom pravu mogao da stiče za gospodara i svojinu na stvarima za čiji prenos je bila dovoljna tradicija. Od stvarnih prava na tuđoj stvari hipoteka je takođe mogla biti ustanovljena posredstvom prokuratora. Pomenuti slučajevi ukazuju na to da je rimsko klasično pravo, uprkos formalnim zabranama, omogućavalo neposredno zastupanje. Izostanak njegovog načelnog uređenja pripisuje se rimskom poslovičnom konzervativizmu koji je sprečavao izričito ukidanje drevnih pravila i u situaciji u kojoj su ona izgubila praktičnu op-ravdanost.

U savremenom pravu voljno zastupanje se temelji na ovlašćenju za zastupanje (punomoćju) koje zastupani (vlastodavac) pravnim poslom daje zastupniku (punomoćniku) da u njegovo ime i za njegov račun preduzima određene pravne radnje (čl. 89, st. 1 ZOO). Ustanovljenje načela neposrednog zastupanja tekovina je moderne nauke. Značajan doprinos doktrinarnom utemeljenju neposrednog zastupanja dali su pripadnici novovekovne škole prirodnog prava Grocije i Volf, koji iznose učenje o zastupanju kao deo učenja o kontraktima. Obojica smatraju da je ugovor

o nalogu (*mandatum*) temelj neposrednog zastupanja. Pravna nauka je, zalažući se za neposredno zastupanje, dala legitimitet onom što je praksa već prihvatila budući da je neposredno zastupanje bilo poznato običajnom pravu 17. veka. Neposredno zastupanje, međutim, nije poimano kao samostalan institut već kao deo učenja o ugovoru o nalogu. Otuda je u prvim građanskim kodifikacijama 18. i 19. veka neposredno zastupanje bilo regulisano u ugovoru o nalogu. Predstavnicima nemačke istorijskoppravne škole, a naročito pandektisti, analiziraju antičko rimsko pravo u nameri da stvore sistem „današnjeg rimskog prava“. U svojim bogatim i minucioznim analizama rimskih izvora oni razmatraju mogućnost neposrednog zastupanja u rimskom pravu. S izuzetkom Savinjija i Mitajsa, dominantan stav odriče mogućnost neposrednog zastupanja poslovno sposobnih *sui iuris* lica. Savremena nauka ostaje verna vladajućem pandektističkom mišljenju da rimskom pravu, za razliku od savremenog prava, nije svojstveno neposredno zastupanje. Zahvaljujući raskošnoj raspravi pandektista o mogućnosti neposrednog zastupanja stvoren je pojam punomoćja (*Vollmacht*) i on je osamostaljen od ugovora o nalogu. U tom smislu se ističe Laband, koji je ukazao na to da je opunomoćavanje neophodno osamostaliti od osnovnog pravnog posla. Njegovo shvatanje usvojeno je u nemačkom Građanskom zakoniku, a potom i u drugim zakonskim tekstovima kojima pripada i srpski Zakon o obligacionim odnosima.

LITERATURA (REFERENCES)

- Biavaschi, Paola. 2006. *Ricerche sul precarium*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore.
- Briguglio, Filippo. 2007. *Studi sul procurator*. L'acquisto del possesso e della proprietà. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore.
- Coing, Helmut. 1985. *Europäisches Privatrecht*, Bd. I, Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800). München: Verlag C. H. Beck.
- Coing, Helmut. 1989. *Europäisches Privatrecht*, Bd. II, 19. Jahrhundert. Überblick über die Entwicklung des Privatrechts in den ehemals gemeinrechtlichen Ländern. München: Verlag C. H. Beck.
- Coppola Bisazza, Giovanna. 2008. *Dallo iussum domini alla contemplatio domini: contributo allo studio della storia della Rappresentanza*. Milano: Dott. A. Giuffrè editore.
- Doerner, Ruth. 2018. *Abstraktheit der Vollmacht*. Berlin: Duncker&Humboldt.
- De Melo, Wolfgang, trans. 2011. *Casina; The Casket Comedy; Curculio; Epidicus; The Two Menaechmuses*. By Plautus. Loeb Classical Library 61. Cambridge, MA: Harvard University Press.

- Finkenauer, Thomas. 2008. Direkte Stellvertretung bei Stipulationen? *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung* 125: 440–497.
- Gottwald, Peter. 2003. Paragraph 328. Versprechen der Leistung an einen Dritten. Rn 19. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil (§§ 241–432), Hgg. Kurt Rebmann, Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, 4. Aufl. München: Verlag C. H. Beck.
- Hallebeek, Jan. 2008. Contracts for a third-party beneficiary: A brief sketch from the Corpus iuris to present-day civil law. *Fundamina* 13(2): 11–32.
- Kaser, Max. 1971. *Das Römische Privatrecht*. Erster Abschnitt – Das altrömische, das Vorklassische und Klassische Recht. München: Verlag C. H. Beck.
- Katančević, Andreja. 2018. Sticanje svojine preko zajedničkog roba. *Identitetski preobražaj Srbije*. Prilozi projektu 2017: kolektivna monografija, ur. Radmila Vasić, Bojana Čučković. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Centar za izdavaštvo i informisanje. 333–345.
- Larenz, Karl, Manfred Wolf. 2004. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9. Aufl. München: Verlag C. H. Beck.
- Lobrano, Giovanni, Pietro Paolo Onida. 2016. Rappresentanza o/e partecipazione. Formazione della volontà ‘per’ o/e ‘per mezzo di’ altri. Nei rapporti individuali e collettivi, di diritto privato e pubblico, romano e positivo. *Diritto@Storia* 14: 5–48.
- Miškić, Mirjana. 2019. *Odgovornost gospodara posla na osnovu prae-positio i iussum*. Neobjavljena doktorska disertacija. Univerzitet u Beogradu, Pravni fakultet, jul.
- Mitteis, Ludwig. [1885] 1962. *Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht mit Berücksichtigung des österreichischen Rechts*. Neudruck, Aalen: Scientia Verlag.
- Orestano, Riccardo, 1957. Rappresentanza (Diritto romano), *Novissimo Digesto italiano*, XIV, a cura di Antonio Azara, Ernesto Eula. Torino: Unione tipografica – Editrice Torinese, 795–800.
- Polojac, Milena. 2012. Preduzimanje pravnih poslova za drugog i zastupanje – istorijski pogled. *Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU*: Prilozi projektu 2011: kolektivna monografija, ur. Svetislav Taboroši. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Centar za izdavaštvo i informisanje. 441–452.

- Riccobono, Salvatore. 1930. Lineamenti della dottrina della rappresentanza diretta in Diritto Romano. *Analli del Seminario giuridico della Regia Università di Palermo* 14. Cortona: Stabilimento Tipografico Commerciale.
- Romac, Ante. 1975. *Rječnik rimskog prava*. Zagreb: Informator.
- Sanfilippo, Cesare. 2002. *Istituzioni di diritto romano*, 10. ed. Soveria Mannelli: Rubbettino.
- Schmoeckel, Mathias. 2003. §§ 164–181. Vertretung und Vollmacht. 916–956. *Historisch–kritischer Kommentar zum BGB*. Bd. I, Allgemeiner Teil (§§ 1–240), Hgg. Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert, Reinhard Zimmermann. Tübingen: Mohr (Siebeck).
- von Savigny, Friedrich Carl. 1840. Freie Handlungen. – Erweiterung durch Stellvertreter. 90–98, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. III, Berlin: Veit.
- Šarac, Mirela. 2008. *Zastupanje u pravnim poslovima u rimskom pravu*. Split: Pravni fakultet Sveučilišta.
- Zimmermann, Reinhard. 1996. *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford: Clarendon Press.

Valentina Cvetković Đorđević, PhD

Assistant Professor

University of Belgrade Faculty of Law

DIRECT REPRESENTATION IN ROMAN LAW WITH REFERENCE TO MODERN LAW

Summary

The institute of direct representation is indispensable in contemporary law. The first modern civil codes acknowledged direct representation regulating power of attorney through a mandate contract. The second half of the 19th century saw a change in that perception. Starting with the German Civil Code, legal texts, including the Serbian Contract and Torts Act, prescribe power of attorney as a separate institute. The contemporary law principle of direct representation contrasts with the Roman law prohibition of direct representation contained in ancient Roman sources. Under the prevailing Pandectist view, it is due to this prohibition that Roman law did not permit direct representation. The article analyses the cases in which, courtesy of classical Roman jurists, direct representation was allowed despite formal prohibition. The absence of a direct representation concept definition and general prescribing does not justify the claim that it was not applied under Roman law.

Key words: *Direct representation. – Roman law. – Power of attorney. – Mandate contract. – Laband.*

Article history:

Received: 13. 4. 2020.

Accepted: 29. 5. 2020.

UDK 174:34.08(497.11)

CERIF: S130, S180

DOI: 10.5937/AnaliPFB2002145S

Miljan Savić, master*

DETERMINANTE ETIČKIH UVERENJA PRAVNIKA U SRBIJI**

Ispitivanje etičkih uverenja sadašnjih i budućih članova advokatske profesije predstavlja važan korak ka adekvatnom definisanju i razumevanju faktora koji utiču na njihovo formiranje i promenu. U radu je predstavljena analiza etičkih uverenja različitih kategorija pravnika u Srbiji, korišćenjem faktorske analize (analize glavnih komponenti) na uzorku od 325 ispitanika, advokata, advokatskih pripravnika i studenata. Analiziran je uticaj socio-demografskih činilaca (pol, starost, pozicija i dužina radnog staža) na etička uverenja. Predstavljene su oblasti i pravila ponašanja uređena Kodeksom u odnosu na koje postoji najveća nesaglasnost između uverenja i propisanih pravila ponašanja. Najvažniji nalazi ukazuju da starost i radno iskustvo ispitanika direktno utiču na pooštrevanje njihovih etičkih uverenja kada su u pitanju određeni tipovi neetičkih ponašanja.

Ključne reči: *Profesionalna etika. – Uverenja. – Advokatski pripravnici. – Advokati. – Faktorska analiza.*

1. UVOD

Etička odgovornost advokata i advokatskih pripravnika (*pripravnici*) kao važnih učesnika pravosudnog sistema, proizlazi iz činjenice da svojim profesionalnim delovanjem direktno utiču na vladavinu prava u

* Istraživač Balkanskog centra za regulatornu reformu i student doktorskih akademskih studija na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, *miljansavicbg@gmail.com*.

** Zahvaljujem učesnicima seminara Srpskog udruženja za ekonomsku analizu prava i članovima udruženja na korisnim komentarima i sugestijama. Naravno, odgovornost za preostale greške ili za iznete vrednosne sudove snosi isključivo autor rada.

jednoj zemlji. Takođe, postupanje advokata bitno utiče na nivo poverenja društva prema profesiji i samim advokatima. Nesporno je postojanje „razlike u moći“ između advokata i klijenata. Razlike, između ostalog, potiču iz asimetrije informacija i znanja neophodnih za ostvarenje i zaštitu određenih prava klijenta. Uz to, moguće je postojanje agencijskog problema, odnosno moralnog hazarda, na primer, u situacijama u kojima klijent nema mogućnost da sazna da li je od strane advokata, ili pripravnika, uložena dovoljan napor prilikom zaštite njegovih prava i interesa. U profesijama koje karakteriše ovakva asimetrija postoji izrazita mogućnost da slabijoj strani bude prouzrokovana šteta, kao posledica informacione nesrazmere i „razlike u moći“ (videti posebno Koocher, Keith-Spiegel 2016; Pope, Vasquez 2007).

Etički upitna uverenja i postupci članova advokatske profesije ne nanose štetu isključivo trećim licima, već nju mogu trpeti i sami pojedinci koji ispoljavaju takva uverenja, odnosno čine takve postupke. Na primer, u optužnici podnetoj od strane Disciplinskog tužioca Advokatske komore Beograda, zbog prijavljenih navodnih procesnih opstrukcija u postupku koji se vodio pred Agencijom za restituciju, navedeno je da je advokat: „u više navrata bez zakonskog osnova Agenciji postavljao zahteve za priznavanjem svojstva stranke... te zahteve za razgledanje i fotokopiranje spisa, kako u ime svojih klijenata, tako i u svoje lično ime, da bi, nakon odbačaja usled nepostojanja pravnog interesa, izjavljivao žalbe na odluke ovlašćenih organa, pa čak i kada formalna odluka nije postojala, podnosio neosnovane krivične prijave protiv postupajućeg savetnika, zloupotrebljavao procesna ovlašćenja Zakona o opštem upravnom postupku kako bi svesno opstruisao gore navedene postupke... pri čemu je optuženi advokat postupao svesno, jer je znao ili morao znati da na gore opisani način krši odredbe Zakona o advokaturi, Statuta Advokatske komore Srbije i Kodeksa profesionalne etike advokata.“¹

U Srbiji do sada nisu rađena istraživanja čiji je predmet profesionalna etika u oblasti advokature. Stoga, postoje ograničene informacije o etičkim uverenjima i, u krajnjem slučaju, postupanju sadašnjih i budućih članova advokatske profesije. Međutim, empirijska istraživanja sprovedena u Srbiji i regionu, omogućavaju prikaz društvenog i profesionalnog aspekta advokatske prakse u Srbiji.²

¹ Optužnica Disciplinskog tužioca Advokatske komore Beograda broj 4/2015 od 22. septembra 2015. godine.

² Advokatura predstavlja profesiju sa visokim barijerama ulasku. Detaljna analiza barijera ulasku u advokatsku profesiju data je u Cabrillo, Fitzpatrick 2018, 155–186. Autori takođe pružaju komparativni prikaz advokatske profesije u različitim jurisdikcijama. Barijere ulasku stvaraju ograničenja na strani ponude advokatskih usluga, što dovodi do uvećanja cene usluga. Ove barijere nisu nužno isključivo pravne prirode već mogu biti i ekonomske prirode. Na primer, za upis u Imenik advokata predviđeno je da kandidati iz reda advokatskih pripravnika plaćaju iznos od 500 EUR dok ostali kandidati plaćaju iznos od 4.000 EUR. U Odluci o merilima i kriterijumima za delimično oslobađanje troškova

Vuković (2019, 103–113) daje uvid u razlike u materijalnom položaju advokata u Srbiji, u zadovoljstvu poslom kao i u stavovima o Advokatskoj komori Srbije (AKS). Shodno nalazima, advokati su relativno zadovoljni poslom ali iskazuju izrazito nezadovoljstvo spram stanja u pravosuđu, sprovedenih reformi, kao i spram ugleda i statusa advokata u društvu i u odnosu na druge profesije.³ Nalazi ukazuju i da postoji nizak nivo poverenja advokata u institucije u Srbiji ali i neujednačen odnos prema AKS. Svega 38% ispitanika smatra da AKS dobro brani interese svojih članova, dok čak dve trećine smatra da više služi interesima uticajnih advokata nego običnih članova. Zanimljivo je istaći i da advokatski pripravnici iskazuju relativno manji nivo poverenja u AKS u odnosu na ispitanike advokate (Vuković 2019, 111–113).

Mrakovčić i Vuković (2019, 75–105) ukazuju na nezadovoljstvo pripadnika pravničke profesije⁴ radom pravosudnih organa i sprovedenim reformama, te utvrđuju postojanje „unutrašnje“ krize poverenja u srpsko pravosuđe. Shodno nalazima, kategorija advokata u Srbiji iskazuje najveći nivo nepoverenja u pravosudne institucije (Mrakovčić, Vuković 2019, 87–88). Autori ističu i postojanje razlika u stavovima shodno profesiji. Naime, advokati su, prosečno gledano, zadovoljni svojom stručnošću kao i cenom i kvalitetom pruženih usluga, dok drugi članovi pravničke profesije iskazuju veći stepen nezadovoljstva spram advokata, prema predmetnim parametrima (Mrakovčić, Vuković 2019, 96).

Nesporno je da bavljenje profesijom uz poštovanje profesionalnih etičkih načela omogućava smanjenje transakcionih troškova svih strana koje stupaju u međusobne odnose (Perry *et al.* 2005, 3), na primer, iz-

upisa u Imenik advokata kandidata iz reda advokatskih pripravnika od 18 maja 2016. godine propisano je da kandidat koji podnosi zahtev za upis u Imenik advokata iz reda advokatskih pripravnika može biti oslobođen plaćanja troškova upisa koji je odlukom Advokatske komore Srbije br. 476–4–2014 od 22. juna 2014. godine utvrđen u iznosu od 3.500,00 EUR, ukoliko je bio upisan u Imenik advokatskih pripravnika u trajanju od najmanje dve godine, ukoliko zahtev podnosi najkasnije u roku od jedne godine po prestanku pripravničke vežbe, ukoliko je izmirio sve dospеле obaveze prema advokatskoj komori u kojoj je obavljao pripravničku vežbu i ukoliko za vreme trajanja vežbe, kao i nakon prestanka statusa advokatskog pripravnika, nije zasnovao radni odnos. Za prikaz različitih pravnih barijera u advokatskoj profesiji, na primer, problematike pravne forme prilikom inkorporiranja, ulaska na tržište velikih inostranih advokatskih kancelarija, otpora „prenosu“ dela advokatskih usluga na javne beležnike videti Vuković, Dabetić, Forić, prihvaćeno za objavljivanje.

³ Nalazi takođe ukazuju da u Srbiji postoji materijalno raslojavanje advokata, te da je moguće diferencirati mlađe advokate (iz velikih kancelarija) koji pretežno pružaju usluge domaćim i stranim pravnim licima i advokate koji najčešće pružaju usluge fizičkim licima i rade u manjim kancelarijama. Advokati koji rade u velikim kancelarijama i pružaju usluge velikim privrednim subjektima imaju bolji materijalni status (Vuković 2019, 106–109).

⁴ U uzorak ispitanika nisu uključeni samo pripadnici advokatske profesije već, između ostalog, i sudije, državni tužioci, pravnici u privredi i drugi članovi pravničke profesije. Za detaljan prikaz strukture ispitanika videti Mrakovčić, Vuković 2019, 75–105.

među advokata i klijenata, sudija, državnih službenika i drugih advokata. Glavno istraživačko pitanje ovog rada stoga i jeste – kakva su profesionalna etička uverenja različitih kategorija pravnika u Srbiji prema neetičkim profesionalnim postupcima i koji faktori mogu uticati na ta uverenja?⁵ Ovakav predmet istraživanja u velikoj meri otežava dolazak do verodostojnih informacija, zbog potencijalnog otpora ispitanika, stoga je istraživanje ograničeno na ispitivanje uverenja o hipotetičkim postupcima, te na dobijanje i analizu suda ispitanika u kojoj meri smatraju da je određena vrsta ponašanja (ne)etička. Na taj način, ne ispitujući direktno ponašanja i umanjujući verovatnoću društveno poželjnih odgovora, cilj je utvrđivanje kakva su uverenja studenata prava, pripravnika i advokata o postojećim etičkim smernicama i pravilima i posredno dobijanje informacija da li bi se ispitanici možda lakše upustili u takvo ponašanje, ukoliko smatraju da ne postoje nikakve etičke prepreke. Istovremeno, moguće je posredno izvođenje zaključaka i o informisanosti ispitanika o navedenim etičkim smernicama.⁶

Rad je strukturiran na sledeći način. U nastavku je predstavljen značaj Kodeksa profesionalne etike advokata. U trećem delu dat je pregled literature i različitih metodoloških pristupa. U četvrtom delu prikazane su osnovne karakteristike uzorka ispitanika i klasifikacije varijabli. U petom delu dat je pregled najznačajnijih rezultata istraživanja. Slede zaključak i preporuke.

2. ZNAČAJ KODEKSA PROFESIONALNE ETIKE ADVOKATA

Etička uverenja i ponašanje koje može u većoj ili manjoj meri odstupati od njih, formirani su i putem uticaja različitih egzogenih pozitivnih i negativnih podsticaja. Na primer, to mogu biti podsticaji koje pojedincu pružaju određene institucije u jednoj zemlji. Imajući u vidu „razlike u moći“ i značaj same profesije, kodifikovanje profesionalno–etičkih pra-

⁵ Termin „pravnic“ u kontekstu ovog rada korišćen je kao krovni termin za kategorije studenata prava odnosno potencijalnih budućih članova advokatske profesije, pripravnika i samih advokata.

⁶ Razumno je očekivati da bi upitnik kojim bi bila merena namera prema neetičkom ponašanju pravnika doveo do većeg broja društveno poželjnih odgovora (*social desirability bias*) u odnosu na upitnik kojim se ispituju isključivo uverenja ispitanika. Za više o problemu društveno poželjnih odgovora u upitnicima sa osetljivim predmetom videti posebno Čang i Monro (Chung, Monroe, 2003, 291–302) i Čarls i Datalo (Charles, Dattalo 2018, 587–599). Rezultati dobijeni merenjem uverenja indikativni su i kada je u pitanju namera odnosno u krajnjem slučaju ponašanje, iako navedene kategorije nisu merene instrumentom. Mnoga istraživanja su pokazala jasnu vezu između uverenja i ponašanja, sa vrlo retkim odstupanjem. Za više o usklaidivosti uverenja i ponašanja videti posebno istraživanje Poup i saradnika (Pope, *et al.* 1987, 993–1006). Za više o problemima koji mogu pojaviti u istraživanjima sa osetljivom tematikom i tehnikama za rešavanje predmetnih problema videti posebno Mek Nili (McNeely, 2012, 377–396).

vila u advokaturi neophodno je radi prevencije neželjenih ishoda i ponašanja. Kodifikovanje se ostvaruje definisanjem i propisivanjem željenog ponašanja, sankcija, načina njihovog izvršenja i stvaranjem tela čija je uloga kontrola i kažnjavanje ponašanja koja predstavljaju povredu propisanih pravila. Sa druge strane, neadekvatno formiran kodeks, može da intenzivira distorzije u vezi usaglašenosti propisa, uverenja i ponašanja.

U Srbiji, Kodeks profesionalne etike advokata (*Kodeks*),⁷ predstavlja polaznu osnovu za definisanje profesionalno–etičkih obaveza prilikom bavljenja advokaturom. Stoga, Kodeks takođe predstavlja i polaznu osnovu za definisanje postupaka u odnosu na koje su u okviru ovog rada istraživana uverenja ispitanika o stepenu etičnosti.⁸ Kodeksom su regulisani osnovi profesionalne etike advokata i pripravnika, njihove pravne i etičke obaveze u odnosu na advokatsku profesiju odnosno pravnu struku uopšte i svakog njenog pripadnika posebno. Između ostalog, propisane su i regulisane obaveze u odnosu na klijente, sudove i druge državne organe, suprotnu stranu odnosno ostale članove advokatske profesije i klijente sa suprotnim interesom, te pripravnike. Kodeksom su definisana pravna i etička načela u okviru kojih su pojedinci dužni da obavljaju sopstvenu profesionalnu delatnost. Taksativno su navedena pravila u vezi sa različitim aspektima advokatske profesije odnosno pravne struke. Kodeks propisuje i detaljno uređuje profesionalno–etičke dužnosti advokata u vezi sa advokatskom tajnom, nedopuštenim sticanjem klijenata, istupanjem u javnosti, zastupanjem, uređenjem advokatske kancelarije, međusobnim odnosima advokata, odnosom advokata i same advokatske komore, državnih organa, pripravnika kao i suprotne stranke.

⁷ Kodeks profesionalne etike advokata, *Službeni glasnik RS* 27/2012. Propisi kojima su takođe uređeni prava, obaveze i odgovornosti pripravnika i advokata jesu, između ostalog i: Zakon o advokaturi, *Službeni glasnik RS* 31/2011 i 24/2012 – odluka US, Statut advokatske komore Srbije, *Službeni glasnik RS* 85/2011, 78/2012, 86/2013, Statuti Advokatskih komora Beograda, Vojvodine, Zaječara, Kragujevca, Niša, Požarevca, Čačka, Šapca, Kosova i Metohije. Navedeni akti takođe imaju značajnu preventivnu ali i „usmerujuću“ funkciju, imajući u vidu da su u njima u većoj ili manjoj meri takođe definisana neželjena ponašanja i posledično i kazne. I pored navedenog, Kodeks svakako predstavlja najmanji zajednički sadržalac kada su u pitanju propisana nedozvoljena ponašanja pripadnika advokatske profesije, te predstavlja prvi i najjači faktor uticaja na njihove stavove.

⁸ Jedna od mogućih podela, u zavisnosti od sadržine kodeksa, jeste podela na aspiracione kodekse (*Aspirational codes*) i disciplinske kodekse (*Disciplinary codes*). U Aspiracionim kodeksima se ne navode striktna pravila ponašanja, već pravila čija je sadržina apstraktna i podložna tumačenju, što predstavlja njihov primarni nedostatak. Disciplinske kodekse karakteriše koncizno i taksativno navođenje okvira za postupanje pripadnika advokatske profesije, te potencijalnih kazni. Nedostatak ovakvog tipa kodeksa predstavlja moguća saturacija pravilima te nemogućnost obuhvatanja svih željenih ponašanja. To ostavlja prostora za tumačenje i neefikasne ishode kada su u pitanju rešenja za potencijalne etičke dileme. Za detaljniji uvid videti Nicolson 2005, 601–626. Po svojoj strukturi, srpski Kodeks profesionalne etike advokata spada u disciplinske kodekse.

Shodno navedenom, moguće je pretpostaviti da su ispunjeni predušlovi koji se tiču regulacije profesionalne etike u advokaturi u Srbiji. Naime, Kodeks sam po sebi ima preventivnu ulogu budući da predviđa nedozvoljene vidove profesionalnog ponašanja, a na osnovu Kodeksa takođe je moguće izraditi program edukacije kao dodatnu meru prevencije.⁹ U slučaju da se Kodeks i u njemu propisana pravila ponašanja i načini razrešenja potencijalnih etičkih dilema pokažu neefikasnim kada je u pitanju adekvatno usmeravanje ka etički prihvatljivim uverenjima i postupcima, to može biti jedno od mogućih objašnjenja za stavove i ponašanja članova advokatske profesije.

3. PREGLED LITERATURE

Rezultati istraživanja čiji su predmet uverenja i ponašanje članova advokatske profesije, nisu ujednačeni po pitanju faktora koji utiču na njihovo formiranje i ispoljavanje. Verodostojan je iskaz da Kodeksi profesionalne etike advokata u različitim državama u velikoj meri odražavaju slične profesionalne principe, bez obzira na razlike u pravnim i obrazovnim sistemima, kao i druge razlike. Takođe, nevezano od različitosti pojedinačnih odredaba, u ovim aktima su propisane i regulisane profesionalne obaveze u odnosu na klijente, sudove i suprotnu stranu. Takođe je regulisano postojanje advokatske tajne, istupanje u javnosti i drugi relevantni modaliteti profesionalnog ponašanja.¹⁰ U nastavku su prikazana istraživanja koja koriste različite metodološke pristupe i izloženi najvažniji nalazi. Prikazani radovi su relevantni za ovo istraživanje budući da omogućavaju uvid u faktore koji su od značaja za neetička uverenja pravnika u drugim zemljama, bez obzira na potencijalne razlike u konkretnim normama.

Peper (Pepper 1999, 181–205) navodi razloge za određene vidove ponašanja advokata. Autor zaključuje da se, kod situacija u kojima propisi omogućavaju neetičko ponašanje, stvara mogućnost da advokat svoje ponašanje opravdava prebacujući krivicu na želje klijenta i propise. Sa druge strane, klijent je u mogućnosti da svoju želju za neetičkim ishodom opravdava smatrajući da odgovornost leži na propisima i advokatu.

⁹ Kazne za povrede Kodeksa bliže su uređene Statutima pojedinačnih Advokatskih komora i one mogu biti: opomena, novčana kazna ili mera brisanja iz imenika advokata.

¹⁰ Na primer, i Kodeks profesionalne etike advokata u Italiji (*Code of Conduct for Italian Lawyers approved by the National Bar Council during the session of January 31, 2014*), i u Poljskoj (Resolution no. 3/2014 of the Extraordinary Assembly of Polish Attorneys at Law of November 22, 2014 regarding the Code of Ethics of Attorney at Law) i u Nemačkoj (*Rules of Professional Practice in Germany, Version of January 1, 2020*) sadrže odredbe o poverljivosti i advokatskoj tajni.

Autori koji koriste pristup biheviorističke etike prilikom analize uverenja članova advokatske profesije, zaključuju da je edukacija najde-
lotvorniji način prevencije. Prentis (Prentice 2015, 35–85) navodi needu-
kovanost advokata po pitanju diferencijacije etičkih i neetičkih ponašanja
kao glavni razlog za neetičko ponašanje. Autor ističe da su pojedinci pod-
ložni heuristikama i kognitivnoj disonanci, što utiče na korekciju njihovih
stavova tako da opravdavaju neetičke postupke.

U empirijskim istraživanjima, razmatran je uticaj pohađanja Prav-
nog fakulteta na promenu stepena moralnog razvoja studenata, uglavnom
na osnovu Kolbergove teorije moralnog razvoja (*Kohlberg's theory of
moral development*).¹¹ Nalazi nisu ujednačeni i jedna grupa autora ističe
da postoje statistički značajne razlike između uverenja studenata prav-
nih fakulteta i drugih fakulteta, dok druga grupa ne utvrđuje značajne
razlike (Daicoff 1996, 197–261). Takođe, nije potvrđena hipoteza koju je
postavila Dajkof (Daicoff 1996, 231) da će stavovi advokata o tome šta
bi trebalo uraditi u određenim etički diskutabilnim situacijama (*should
questionnaire*) biti stroži u odnosu na hipotetičko ponašanje (šta bi uradili
u navedenim situacijama – *would questionnaire*). Burbank i Duboff (Bur-
bank, Duboff 1974–1975, 66–117) navode da ne postoji značajna razlika
između važećeg Kodeksa etike advokata na području Bostona i njihovih
uverenja o etičnosti određenih postupaka. Ispitanici donose zaključke *ad
hoc*, te ne postoji princip rezonovanja na osnovu kojeg je određeno po-
našanje etično u većoj ili manjoj meri, shodno stavovima ispitanika. Do
identičnog nalaza dolaze i Dajkof (Daicoff 1996, 197–261) i Peri i sarad-
nici (Perry, *et al.* 2009, 470) koji takođe navode da faktori koji utiču na
odluku advokata koji je suočen sa etičkom dilemom jesu želja za pošto-
vanjem Kodeksa, želja za pospešivanjem mišljenja o sebi kao individui i
kao članu advokatske profesije, kao i averzija prema riziku u kontekstu
izbegavanja nepovoljnog ishoda po klijenta.

4. DESKRIPCIIJA ISTRAŽIVANJA

Kada su u pitanju advokati, pripravnici i studenti prava u Republici
Srbiji, do sada nije postojalo istraživanje u okviru kojeg bi bile ispitane
razlike u njihovim etičkim uverenjima. Stoga se u radu ne polazi od po-
stavljenih hipoteza, već je istraživanje eksplorativne prirode, budući da je
oblast etike u advokaturi nedovoljno potkrepljena prethodnim nalazima.

¹¹ U okviru Teorije moralnog razvoja Lorensa Kolberga (Lawrence Kohlberg)
pretpostavlja se da moralni razvoj pojedinca progresira kroz šest faza, kako pojedinac
stari. Za pregled nalaza i zaključaka teorije, kao i detaljan pregled literature u okviru koje
je ispitivan stepen moralnog razvoja studenata prava na različitim godinama pohađanja
fakulteta, videti posebno Daicoff 1996, 202–207.

To onemogućava postavljanje hipoteza koje su utemeljene ili povezane sa već postojećom teorijskom osnovom.

Predmet rada konzervativno je ograničen na utvrđivanje razlika u etičkim uverenjima pravnika u različitim stepenima profesionalnog razvoja. Stoga, u instrumentu nisu korišćena pitanja vezana za identifikaciju i veličinu mesta u kojem ispitanici studiraju, stanuju i rade, niti pitanja koja dodatno definišu granu prava kojom se bave. Pretpostavljeno je da bi dodavanje ovih varijabli, direktno uticalo na osećaj anonimnosti ispitanika i dodatno umanjilo odaziv (*response rate*). Veći broj pitanja u upitniku takođe bi mogao dovesti do zamora ispitanika (*fatigue*).¹² Stoga je analiza ograničena samo na objašnjavajuće promenljive direktno povezane sa ciljem rada. Dodatne objašnjavajuće promenljive moguće je koristiti u idućoj iteraciji i na taj način dati dodatni doprinos razmatranju ove teme.

4.1. Uzorak

Istraživanje je sprovedeno kao neeksperimentalno eksplorativno kvantitativno istraživanje anketnog tipa, sa ciljem utvrđivanja da li pol, starost, pozicija i dužina radnog staža ispitanika utiču na razlike u uverenjima ispitanika.

Uzorak su činili advokati i pripravnici koji obavljaju delatnost u Srbiji kao i studenti pravnih fakulteta na teritoriji Srbije.¹³ Iako su to, po strogim kriterijumima, heterogene kategorije, ipak su u pitanju kategorije pravnika u različitim periodima i stepenu profesionalnog razvoja. Nalazi Perija i saradnika (Perry *et al.* 2009, 471) ukazuju da starost i profesionalno iskustvo mogu predstavljati barijeru za neetička uverenja. Uključivanjem sve tri kategorije u uzorak, pored upoređivanja mlađih i starijih kategorija ispitanika, omogućeno je poređenje pravnika kroz vreme i kroz različiti stepen profesionalnog razvoja.

Na osnovu podataka imenika advokatske komore Beograda, Vojvodine, Zaječara, Kragujevca, Niša, Požarevca, Čačka i Šapca formiran je spisak *e-mail* adresa advokata.¹⁴ Spisak *e-mail* adresa pripravnika for-

¹² Zamor ispitanika (*fatigue*) verodostojno je predupređen imajući u vidu dužinu upitnika kao i da nije utvrđena tendencija pravolinijskog odgovaranja (*straight line answers*) prilikom verifikacije odgovora.

¹³ Činjenica da nije moguće unapred sa sigurnošću pretpostaviti koji će se studenti baviti advokaturom, predstavlja jedan od mogućih nedostataka uključivanja i ove kategorije ispitanika. Međutim, imajući u vidu potencijalni značaj upoređivanja razlika između etičkih uverenja studenata i pripravnika te advokata, ova kategorija ispitanika je uključena u rad.

¹⁴ Tokom 2016. godine, bilo je 129 advokata na 100.000 stanovnika, što predstavlja povećanje od 15% u odnosu na 2012. godinu (CEPEJ 2018, 171–172). Populaciju advokatskih pripravnika nije moguće verodostojno proceniti budući da imenici advokatskih pripravnika nisu javno dostupni. Na osnovu podataka RZS, broj upisanih studenata državnih

miran je na osnovu agregacije podataka sa internet portala advokatskih kancelarija u okviru kojih su zaposleni, dok je spisak studenata Pravnog fakulteta formiran na osnovu *e-mail* adresa članova internet portala *moje-pravo.net*, i obuhvata studente Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, Nišu, Kragujevcu i Novom Sadu. Formirani spisak advokata predstavlja verodostojnu aproksimaciju ukupne populacije. Međutim, na relevantnost spiska utiče činjenica da nije moguće proveriti verodostojnost odnosno ažurnost *e-mail* adresa preuzetih sa internet portala navedenih advokatskih komora. Kada su u pitanju pripravnici, može se sa velikom dozom izvesnosti tvrditi da su adrese ažurne budući da su preuzete direktno sa internet portala advokatskih kancelarija. Nakon provere preklapanja i formiranja jedinstvenog spiska *e-mail* adresa došlo se do 4.510 potencijalnih ispitanika.

Putem internet portala *SurveyMonkey* konstruisan je instrument koji je putem *e-mail*-a upućen, u periodu jul–novembar 2016. godine. Anonimnost *IP* adresa je garantovana, a potencijalni ispitanici su takođe obavješteni o njihovoj anonimnosti. Pretpostavljen je visok procenat odbijanja popunjavanja zadatog upitnika zbog moguće percepcije intruzivnosti predmeta upitnika, stoga je uz poštovanje kriterijuma maksimalnosti, upitnik poslat na *e-mail* adresu svih potencijalnih ispitanika. Upitnik je upućen na 4.510 *e-mail* adresa – 380 adresa studenata, 402 adrese pripravnika i 3.728 adresa advokata. Pošiljaocu je vraćeno 389 poruka zbog nevalidnosti adresa.

Upitnik je popunilo 325 ispitanika i prikupljeni odgovori čine prigodan uzorak pravnika u Srbiji. Ovo ograničenje utiče na interpretaciju podataka. Sa jedne strane, moguće objašnjenje za slab odziv ispitanika jeste osetljivost predmeta istraživanja.¹⁵ Naime, prema Mek Nili (McNeely, 2012, 377–396) postoji bojazan od odbijanja učestvovanja u istraživanju kada potencijalni ispitanici predmet istraživanja percipiraju kao intruzivan. Ukoliko je udeo odgovora u odnosu na ukupan broj poziva prenizak, veća je verovatnoća autoselekcije ispitanika.¹⁶ Kada je u pitanju sklonost ka autoselekciji (*self-selection bias*), činjenica je da nije moguće tvrditi da upitnik nisu popunjavali samo ispitanici koji imaju izrazito blaža ili stroža etička uverenja, ili kod kojih postoji izrazita zainteresovanost za dileme etičke prirode. Međutim, prilikom verifikacije podataka, nije primećena homogenost odgovora ispitanika.

pravnih fakulteta u Srbiji, nevezano od vrste studija, u akademskoj 2018/2019. godini, iznosio je 14.236 studenata (RZS 2019, 16–28).

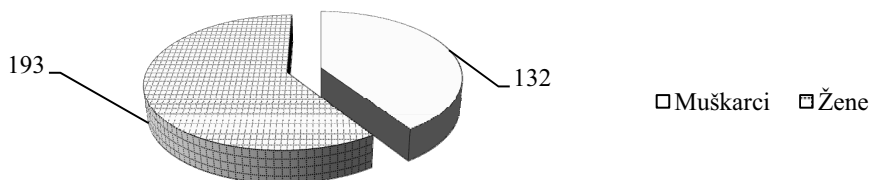
¹⁵ Zabeležen je „otpor“ dela potencijalnih ispitanika. Primljeno je više od deset odgovora advokata na molbu za učešće u istraživanju, u okviru kojih su izrazili sumnju u krajnje namere istraživača.

¹⁶ Drugalis i Plaza (Draugalis, Plaza 2009, 1) ističu da pristrasnost uzorka (*non-response error*) teoretski može nastati kad kod je udeo ispitanika koji su odgovorili na upitnik manji od ukupnog broja poslatih poziva za učestvovanje u istraživanju.

Zbog nedovoljnog broja empirijskih istraživanja sa istim ili sličnim predmetom, nije moguće uporediti odstupanje stope odaziva u ovom radu u odnosu na druga slična istraživanja. U kvantitativnom istraživanju moralnih odluka advokata koje su sproveli Peri i saradnici (Perry, *et al.* 2009, 461–475) svega 18% ispitanika je dostavilo upotrebljiv upitnik. Akman (Akman 2011, 199–204) uzorkovanjem korišćenjem principa „snežnih grudvi“¹⁷ formira uzorak od 85 ispitanika.¹⁸ U istraživanjima etičkih uverenja u drugim profesijama, stopa odziva ispitanika takođe je bila izrazito niska.¹⁹

Grafik 1 prikazuje strukturu ispitanika prema polu. Od 325 ispitanika, 193 ispitanika je ženskog pola (59,4%) a 132 ispitanika muškog pola (40,6%).

Grafikon 1 – Struktura ispitanika prema polu



Izvor: autor

Uzorak čine 114 ispitanika studenta (35,1%), 80 ispitanika pripravnika (24,6%) te 131 ispitanik advokat (40,3%). Najmlađi ispitanik imao je 18 godina, a najstariji 73 godine. Prosečna starost iznosila je 31,92 godine (standardna devijacija – SD=12,68).²⁰ Radno iskustvo se kretalo od pripravnika koji su tek otpočeli sa radom (definisano kao nula godina radnog iskustva) do 45 godina radnog iskustva, sa prosečnim radnim iskustvom od 5,22 godine (SD=8,28). Kada je u pitanju uspeh kancelarije, 53,6% zaposlenih ispitanika opisuje uspeh kao isti u poređenju sa većinom drugih kancelarija, 39,3% kao bolji, a svega 5,2% kao lošiji.

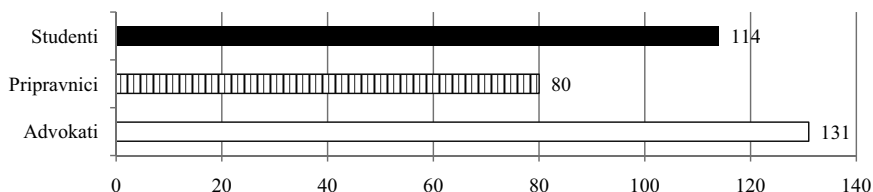
¹⁷ Uzorkovanje „snežnih grudvi“ implicira odabir početnog broja ispitanika koji će potom uputiti istraživača na nove potencijalne ispitanike koji će biti uključeni u uzorak.

¹⁸ U kvalitativnim istraživanjima, Etjen (Etienne 2005, 1195–1260) intervjuiše 40 advokata, dok Holms i saradnici (Holmes *et al.* 2012, 29–55) intervjuiše samo 11 advokata.

¹⁹ U istraživanjima etičkih uverenja pripadnika računovodstvene profesije stopa odziva je iznosila 10–16%. Videti, na primer, Emerson, Conroy, Stanley 2007, 73–87; Armstrong 1987, 27–44; Eynon, Hills, Stevens 1997, 1297–1309; Elias 2022, 33–45. U istraživanjima profesionalne etike psihoterapeuta stopa odziva nije prelazila 30%. Videti, na primer, prikaz koji daje Petrović 2013, 165–166.

²⁰ Standardna devijacija predstavlja meru disperzije odgovora ispitanika.

Grafikon 2 – Struktura ispitanika prema poziciji



Izvor: autor

4.2. Opis instrumenta i klasifikovanje varijabli

Prvi deo instrumenta (6 stavki) služio je za prikupljanje socio–demografskih karakteristika ispitanika, a drugi (30 stavki) za ispitivanje uverenja o različitim profesionalnim postupcima u advokaturi. Ove stavke su formirane na osnovu analize Kodeksa na snazi i uglavnom se odnose na postupke koji su Kodeksom propisani kao nedozvoljeni.

Varijable u ovom istraživanju dele se na nezavisne i zavisne. Nezavisne varijable,²¹ potencijalne determinante etičkih uverenja, jesu: (1) pol; (2) starost; (3) pozicija i (4) profesionalno iskustvo²² Sa povećanjem godina života i sa većim profesionalnim iskustvom, trebalo bi da raste i nivo upoznatosti sa pravilima i stanjem u praksi i sposobnost individue da prepozna, usvoji i primeni etičke principe.²³ Predmetni rezon ispitan je kada je u pitanju „pozicija“ ispitanika, radi utvrđivanja da li su ovakve razlike prisutne i kada se ispitanici diferenciraju na studente, advokatske pripravnike i advokate.

Kao zavisne varijable uzeta su uverenja o različitim većinom nedozvoljenim profesionalnim postupcima. Korišćena je petostepena Likertova skala, sa stavkama od 1 – bez sumnje neetično ponašanje (nikada etično) do 5 – bez sumnje etično ponašanje.

²¹ Nezavisne varijable „pol“, „starost“ i „profesionalno iskustvo“ su osnovne, standardizovane socio-demografske varijable korišćene u velikom broju empirijskih istraživanja istog ili sličnog tipa. Ju, Maeda i Bebeu (You, Maeda & Bebeau, 2011), daju pregled literature u kojima su korišćene varijable „pol“ i „starost“ i čiji je cilj utvrđivanje polnih razlika po pitanju etičke senzitivnosti. Akman (Akman, 2011) sprovodi empirijsku analizu polnih i starosnih razlika u etičkim percepcijama advokata u Turskoj.

²² Ispitanici studenti nisu bili dužni da odgovore na navedeno pitanje kao i ostala neprimenjiva pitanja.

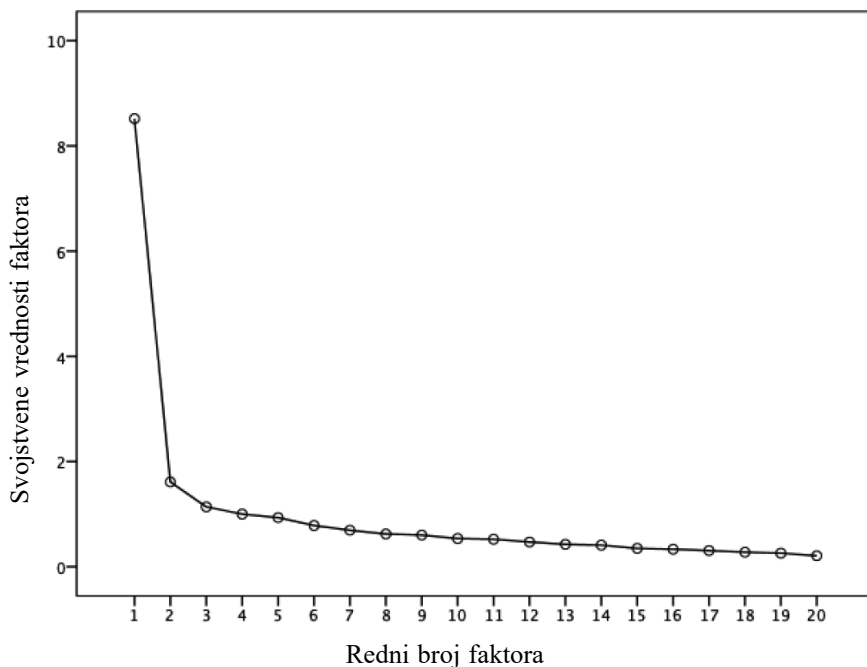
²³ Peri i saradnici (Perry *et al.* 2009, 471) utvrđuju da starost i profesionalno iskustvo utiču na formiranje strožih etičkih uverenja članova advokatske profesije kad su suočeni sa određenom etičkom dilemom.

5. REZULTATI ISTRAŽIVANJA

5.1. Faktorska struktura instrumenta

Upitnik je formiran radi ispitivanja uverenja u odnosu na veći broj različitih postupaka te je stoga, pored deskriptivne statistike korišćena i eksplorativna faktorska analiza – analiza glavnih komponenti (*Principal Components Analysis*). Faktorska analiza korišćena je radi utvrđivanja međuzavisnosti varijabli, otkrivanja njihovih zajedničkih karakteristika i grupisanja u tzv. faktore kojim se veći broj varijabli grupiše u jednu.²⁴ Grafikon 3 prikazuje svojstvene vrednosti faktora.

Grafikon 3 – Svojstvene vrednosti faktora



Izvor: autor

Izdvojena 4 faktora objašnjavaju 61,35% varijabiliteta promenljivih. U pitanju su: faktor 1 – procesne i druge opstrukcije, faktor 2 – eksploatacija, faktor 3 – neprikladno postupanje prema strankama i faktor 4 – odnos prema pripravnici.²⁵ Ovi faktori su imenovani shodno

²⁴ Na taj način, moguće je analizu izvršiti u odnosu na nekoliko grupisanih kategorija uverenja naspram uverenja koja se odnose na pojedinačne stavke u instrumentu, što bi predstavljalo veliku prepreku prilikom obrade podataka.

²⁵ Korišćena je i *Varimax* rotacija i Katelov princip ekstrakcije faktora (*Cattell scree test*). Poslednji faktor koji je zadržan radi analize bio je četvrti faktor i on do-

zajedničkim karakteristikama najznačajnijih stavki koje su grupisane u njima.²⁶ Na primer, stavke iz faktora 3 tiču se neprikladnog postupanja prema strankama. Za poređenje razlika između ispitanika, korišćeni su *Mann-Whitney U* test i *Kruskall-Wollis* test.²⁷

Prvo pitanje koje treba postaviti jeste u kojoj meri su uverenja pravnika u skladu sa Kodeksom. Prilikom analize odgovora uočljiv je zabrinjavajuć trend. Naime, iako nije primećeno sistematsko slaganje uverenja ispitanika, u proseku, u odnosu na većinu tvrdnji, gotovo polovina ispitanika smatra da su ponašanja iz upitnika donekle ili u potpunosti etična. Svega 19,7% ispitanika navodi da *Prihvatanje slučaja iako je šansa da klijent dobije spor skoro nepostojeća* nikada ne može biti okarakterisano kao etično. Drugim rečima, približno 80% ispitanika smatra da je prihvatanje ovakvog slučaja u manjoj ili većoj meri prihvatljiva praksa. Slični rezultati uočeni su i kada je u pitanju *Davanje neosnovanih razloga za odlaganje ročišta kao vid procesne opstrukcije u cilju dobiti za klijenta*. I u ovom slučaju, približno 70% ispitanika smatra da ovakva praksa u određenoj meri (ili čak nimalo) nije problematična. Dodatno, svega 32,3% ispitanika smatra da *Odbijanje pružanja usluga klijentu koji je optužen za svirep zločin bez sumnje* predstavlja neetičko postupanje. Svega 41,8% smatra da je *Sakrivanje dokaza koji bi mogli ugroziti dobit klijenta*, bez sumnje neetički. *Uticanje na svedoka da promeni iskaz* je 59,4% ispitanika ocenilo kao bez sumnje neetičko ponašanje, dok je *Iznošenje podataka i informacija u podnescima uz znanje da nisu istiniti* 63,1% ispitanika ocenilo kao bez sumnje neetičko ponašanje.

Moguće je tumačenje da su navedeni nalazi komplementarni nalazima Vukovića (2019, 103–113) i Mrakovčića i Vukovića (2019, 75–105), koji ukazuju da su pravnici (naročito advokati) nezadovoljni stanjem u pravosuđu i da iskazuju nepoverenje u kvalitet rada ovih institucija. Nalazi

prinosi objašnjenju 10,60% varijabiliteta promenljivih. Nakon ovog faktora primetno je grupisanje preostalih faktora u niz sa silaznom putanjom. (Bukvić 2007, 192–196). Iz analize je izostavljeno 10 stavki budući da ne doprinose objašnjenju varijanse nijednog od izdvojenih faktora.

²⁶ Faktori su imenovani shodno dominantnoj karakteristikici korelacije stavki u okviru svakog faktora. U prilogu A rada tabelarno su prikazana pitanja u okviru svakog od četiri definisana faktora. Takođe je prikazana i faktorska struktura stavki u instrumentu.

²⁷ Primenom Kolmogorov–Smirnov testa, radi utvrđivanja postoji li odstupanje faktora od Gausove krive odnosno normalne raspodele u populaciji (Dragičević 2002, 99–101) utvrđeno je odstupanje faktora od normalne distribucije. Kada postoji odstupanje od normalne distribucije, u praksi se pretežno koriste neparametarski testovi. *Mann-Whitney U* test se koristi radi analize razlika između dve nezavisne grupe podataka kada postoji odstupanje od normalne distribucije. Parametarski pandan je *t-test*. Za više informacija videti (Howitt, Cramer 2011, 197). *Kruskall-Wollis* test se koristi prilikom ispitivanja međusobnog odnosa više od dve različite grupe podataka kada postoji odstupanje od normalne distribucije. Njegov parametarski pandan je *ANOVA*. Za više informacija videti (Howitt, Cramer 2011, 571).

ovog rada ukazuju da, ne samo da postoji „unutrašnja“ kriza poverenja u srpsko pravosuđe, već je ona praćena i blagim etičkim uverenjima kada su u pitanju procesne i druge opstrukcije.

Međutim, uočeno je da je povodom poštovanja advokatske tajne, odnosno poverljivosti, prisutna usaglašenost ispitanika da odavanje poverljivih podataka predstavlja ponašanje koja nikada ne može biti okarakterisano kao etička. Paradoksalno, ali procesne i druge opstrukcije (faktor 1) kao i neprikladno postupanje prema strankama (faktor 3) predstavljaju faktore u okviru kojih su otkrivena ponašanja za koja ispitanici smatraju da su najmanje etična ali i ponašanja za koja smatraju da su najmanje problematična.²⁸

5.2. Determinante etičkih uverenja

Tabela 1 prikazuje uticaj pola na etička uverenja ispitanika.²⁹ Utvrđeno je da postoje statistički značajne razlike među ispitanicima kada su u pitanju faktori 2 i 3, te da ispitanici muškog pola u značajnijoj meri imaju blaža uverenja kada je u pitanju eksploatacija klijenata (faktor 2). Predmetni nalaz istovetan je i kada se analiza ograniči samo na poduzorak advokata. To je u skladu sa nalazima Akmana (Akman 2011, 199–204) koji je ispitivao uticaj polnih razlika u kontekstu profesionalne etike u advokaturi na uzorku od 85 ispitanika advokata.

²⁸ Neophodno je istaći i da se neprikladno postupanje prema strankama (faktor 3) pokazao kao statistički značajan faktor kada su u pitanju sve ispitivane potencijalne determinante. Sa druge strane, neprikladan odnos prema pripravnicima (faktor 4) nije se pokazao kao statistički značajan ni u jednom slučaju. Međutim, treba istaći da u proseku polovina ispitanika smatra da izbegavanje plaćanja poreza i doprinosa advokatskim pripravnicima predstavlja u određenoj meri prihvatljivo ponašanje.

²⁹ Kolona u kojoj su prikazane „p“ vrednosti omogućava utvrđivanje da li postoji statistički značajna razlika između posmatranih kategorija ispitanika, u ovom slučaju ispitanika muškog i ženskog pola. Da bi postojale statistički značajne razlike, neophodno je da „p“ vrednost bude manja od 0,05. Korišćeni statistički testovi rangiraju sve vrednosti odgovora ispitanika. „Srednji rang“ predstavlja aritmetičku sredinu rangova. Vrednosti srednjeg ranga (prva i druga kolona u tabeli 1) ukazuju nam u kom pravcu idu utvrđene statistički značajne razlike. Drugim rečima ove vrednosti ukazuju da li ispitanici muškog pola imaju stroža ili blaža etička uverenja u odnosu na ispitanike ženskog pola. Na primer, kad je u pitanju eksploatacija (faktor 2), ispitanici muškog pola imaju znatno blaža etička uverenja, budući da je vrednost njihovog srednjeg ranga veća u odnosu na ispitanike ženskog pola, koji imaju stroža uverenja.

Tabela 1: Uticaj pola ispitanika

Naziv faktora	Faktor 1 Procesne i druge opstrukcije	Faktor 2 Eksploatacija	Faktor 3 Neprikladno postupanje prema strankama	Faktor 4 Odnos prema pripravnicima
Ženski pol (Sred. rang)	159,78	139,18	178,23	159,30
Muški pol (Sred. rang)	167,71	197,83	140,73	168,41
Mann–Whitney U	12.116,00	8.141,00	9.799,00	12.024,00
p	,455	,000	,000	,391

Sa druge strane, kada je u pitanju neprikladno postupanje prema strankama (faktor 3), nalazi iz tabele 1 ukazuju na postojanje blažih etičkih uverenja ispitanika ženskog pola. Uočeno je da definišuću razliku stvara stavka u instrumentu *Odbijanje pružanja usluga klijentu koji je optužen za svirep zločin*, imajući u vidu da su za ostale stavke gde postoji statistički značajna razlika, uočena znatno blaža uverenja ispitanika muškog pola. Radi izvođenja verodostojnih zaključaka, svakako je neophodno sprovesti dodatna ispitivanja uticaja pola kao determinante etičkih uverenja.

Tabela 2 prikazuje uticaj starosti na etička uverenja ispitanika. Ispitanici iskazuju statistički značajne razlike kada su u pitanju procesne i druge opstrukcije (faktor 1), eksploatacija (faktor 2) i neprikladno postupanje prema strankama (faktor 3). Povećanje radnog iskustva, starosti i dužine radnog staža, te pozicije, mogu uticati na uspešnije usvajanje etičkih principa. Kada su u pitanju procesne i druge opstrukcije (faktor 1) kao i eksploatacija (faktor 2), ispitanici 31–40 godina starosti iskazivali su najblaža uverenja, dok je, kada je u pitanju neprikladno postupanje prema strankama (faktor 3) to bila najmlađa kategorija ispitanika, gde je rang takođe opadao sa rastom godina ispitanika.

Tabela 2: Uticaj starosti³⁰

Naziv faktora	Faktor 1	Faktor 2	Faktor 3	Faktor 4
	Procesne i druge opstrukcije	Eksploatacija	Neprikladno postupanje prema strankama	Odnos prema pripravnicima
18–23 (Sred. rang)	123,43	150,44	209,67	170,01
24–30 (Sred. rang)	176,24	176,88	157,54	153,65
31–40 (Sred. rang)	185,68	178,98	153,85	178,85
41 i preko (Sred. rang)	179,50	145,65	109,13	150,28
Kruskal–Wallis test (Chi–Square)	24,38	7,95	46,72	4,54
P	,000	,047	,000	,208

Tabela 3 prikazuje uticaj radnog iskustva na etička uverenja ispitanika. Ispitanici³¹ su podeljeni na dve kategorije, „početnike“ i „iskusne“, na osnovu godina radnog iskustva, gde granicu prelaska iz jedne u drugu kategoriju predstavlja postojanje dve godine radnog iskustva. Ispitanici početnici u većoj meri podržavaju neetička postupanja u vezi sa neprikladnim postupanjem prema strankama (faktor 3). Kod drugih faktora nisu utvrđene statistički značajne razlike između kategorija ispitanika.

Tabela 3: Uticaj radnog iskustva

Naziv faktora	Faktor 1	Faktor 2	Faktor 3	Faktor 4
	Procesne i druge opstrukcije	Eksploatacija	Neprikladno postupanje prema strankama	Odnos prema pripravnicima
Početnici (Sred. rang)	98,31	110,32	120,45	106,82
Iskusni (Sred. rang)	111,09	103,14	96,44	105,46
Mann–Whitney U	4.688,00	4.971,00	4.120,00	5.265,00
P	,137	,403	,005	,874

Tabela 4 prikazuje uticaj starosti na etička uverenja ispitanika. Ispitanici iskazuju statistički značajne razlike kada su u pitanju faktori 1 i 3.

³⁰ Različitim preuređivanjem starosnih granica u kategorijama, radi ispitivanja verodostojnosti izbora, konzistentno je otkriven trend identičan onom prikazanom u tabeli 2.

³¹ Ispitanici studenti isključeni su iz analize prilikom sprovođenja ovog testa.

Studenti iskazuju najblaža uverenja povodom neprikladnog postupanja prema strankama (faktor 3), pripravnici nešto stroža, a advokati najstroža. Sa druge strane, kada su u pitanju procesne i druge opstrukcije (faktor 1), gde studenti imaju stroža uverenja, pripravnici iskazuju nešto blaža, a advokati iskazuju najblaža uverenja.

Tabela 4: Uticaj pozicije

Naziv faktora	Faktor 1	Faktor 2	Faktor 3	Faktor 4
	Procesne i druge opstrukcije	Eksploatacija	Neprikladno postupanje prema strankama	Odnos prema pripravnici
Advokat (Sred. rang)	190,15	163,28	125,66	166,16
Pripravnik (Sred. rang)	167,71	182,14	165,25	162,61
Student (Sred. rang)	128,50	149,25	204,33	159,64
Kruskal Wallis Test (Chi-Square)	26,51	5,76	42,79	,296
P	,000	,056	,000	,862

Shodno prikazanom, starost predstavlja važnu determinantu etičkih uverenja. Međutim, u odnosu na procesne i druge opstrukcije (faktor 1) i eksploataciju (faktor 2), postoji nelinearan odnos između godina starosti i etičkih uverenja. Kod ovih faktora, sa rastom godina starosti, uverenja se kreću od strožih ka blažim a nakon četrdesete godine života ispitanici ponovo iskazuju stroža uverenja. Deluje da su ispitanici starosti 31–40 najpodložniji ublažavanju etičkih uverenja u odnosu na ove faktore. Mogući razlog je to što je to period u okviru kog je najizraženija potreba za sticanjem i održavanjem sopstvene pozicije u okviru profesije. To može da utiče na reevaluaciju etičkih uverenja ispitanika u tom periodu u odnosu na raniji period. Kada je u pitanju neprikladno postupanje prema strankama (faktor 3), uverenja ispitanika kreću se od blažih ka strožim što su ispitanici stariji. Povećanje godina života, veće radno iskustvo, i bolja profesionalna pozicija, teoretski bi trebalo da utiču na poslovnu ostvarenost, upoznatost sa pravilima i stanjem u praksi, na podobnost individue da implementira stroži odnos prema etički neprihvatljivim ponašanjima kao sopstvena načela. Utvrđeno je da ispitanici sa više radnog iskustva, iskazuju stroža etička uverenja, međutim ispitanici advokati iskazali su blaža uverenja kada su u pitanju procesne i druge opstrukcije (faktor 1), a stroža uverenja kada je u pitanju neprikladno postupanje prema strankama (faktor 3).

Štaviše, kada su u pitanju opstrukcije, studenti su imali najstroža uverenja, zatim pripravnici, a advokati najblaža. Kada je u pitanju neprikladno postupanje prema strankama, trend je obratan. Postavlja se pitanje uzroka navedene razlike. Da li ispitanici advokati, upravo zbog boljeg poznavanja propisa i poznavanja stanja u pravosuđu iskazuju blaža uverenja? Da li iskazuju stroža uverenja prema neprikladnom postupanju prema klijentima zbog održanja i povećanja sopstvenog blagostanja? Procesne opstrukcije se takođe mogu posmatrati kroz prizmu klijenata, odnosno, iz perspektive uverenja advokata i pripravnika, one mogu biti u interesu klijenta. I pored postojećih pitanja koja iziskuju dalje sprovođenje novih istraživanja, nesporno je da ispitivane determinante dovode do snažnog uticaja na uverenja ispitanika kada su u pitanju različiti posmatrani faktori.

6. ZAKLJUČAK I PREPORUKE

U ovom radu sprovedeno je ispitivanje etičkih uverenja različitih kategorija pravnika u Srbiji i definisani faktori koji utiču na njihovo formiranje, i promenu. Analizom uticaja socio–demografskih činilaca na etička uverenja studenata, pripravnika i advokata, otkriveno je značajno odstupanje uverenja ispitanika od načela propisanih Kodeksom. Moguće je tumačenje da pravnici ili ne podržavaju Kodeks, ili da nisu detaljno upoznati sa propisanim odredbama, ili da su upoznati ali da Kodeks ne predstavlja značajan korektivni faktor u odnosu na njihova uverenja i posledično na ponašanje.

Iako su ispitivana uverenja u odnosu na hipotetičke slučajeve, moguće je uvideti čime se ispitanici rukovode i istovremeno izvesti posredne zaključke o stepenu njihove informisanosti u vezi sa Kodeksom. Dobijeni rezultati indikativni su i kada je u pitanju namera te u krajnjem slučaju ponašanje. Uverenja vode ka ponašanjima i predstavljaju facilitatore za ponašanja. Pozitivnu stranu predstavlja činjenica da je poštovanje poverljivosti klijenata prihvaćeno kao ispravno ponašanje od strane gotovo 80% ispitanika, kao i činjenica da je uočen trend da se sa starošću određena uverenja ispitanika koriguju i postaju stroža.

Kakve su praktične implikacije ovog rada? Nalazi ukazuju da mlađi pravnici iskazuju znatno blaža uverenja, stoga, prvi korak ka usklađivanju uverenja i Kodeksa svakako iziskuje edukativne mere, u okviru kojih bi se na adekvatan način uticalo na formiranje i promenu njihovih uverenja. To mogu biti studijski kursevi u okviru kojih im se pruža šansa da se pre zaposlenja upoznaju sa etičkim principima koje bi bili dužni da poštuju prilikom budućeg bavljenja advokaturom. Takođe je moguće, tokom osnovnih nastavnih programa, ukazati veću pažnju etičkim problemima i

problematičnim situacijama koje se mogu pojaviti u praksi, ali je moguće i sprovođenje ciljane edukacije diplomiranih pravnika i pripravnika, nakon završetka fakulteta. Ne bi trebalo zanemariti ni uticaj organizovanja naučno–stručnih skupova, debata i simpozijuma posvećenih ovoj oblasti.

Buduća istraživanja je svakako moguće poboljšati. Formirani upitnik predstavlja prvi korak analize etičkih uverenja pravnika u Srbiji ali sadrži ograničen broj objašnjavajućih promenljivih (npr. moguće je uključiti i promenljive koje opisuju imovinski status, dominantnu oblast prava kojom se ispitanik bavi, region, bračni status, itd). Rezultate je takođe moguće dalje analizirati korišćenjem multivarijacione regresione analize. Dodavanjem novih, potencijalno značajnih prediktora, moguće je identifikovati dodatne faktore koji utiču na formiranje i promenu etičkih uverenja pravnika u Srbiji i time ostvariti dalji doprinos razmatranju ove slabo istražene teme.

Poželjno je sprovođenje i komparativne analize razlika između uverenja i prijavljenog ponašanja kao i analize uticaja kaznenih mera na uverenja i ponašanje različitih kategorija pravnika. Time bi se stvorila adekvatna osnova za formulaciju konkretnih preventivnih mera edukativnog, kaznenog ili drugog karaktera. Na primer, bilo bi moguće otkriti da li je i na koji način neophodno pooštriti disciplinsku i kaznenu politiku u advokaturi, a smanjili bi se potencijalni društveni troškovi koje prouzrokuju neusklađena uverenja pravnika u odnosu na Kodeks profesionalne etike i uvećalo poverenje javnosti u advokaturu kao profesiju.

PRILOG A
Tabela A1.
Uverenja i faktorska struktura instrumenta

Sadržaj stavke	Uverenje o etičnosti postupka					Avg.	Glavna komponenta % objašnjene varijanse			
	1	2	3	4	5		1 17,07%	2 17,01%	3 16,66%	4 10,60%
Faktor 1 – Procesne i druge opstrukcije										
Davanje neosnovanih razloga za odlaganje ročišta kao vid procesne opstrukcije.	27,7%	29,2%	23,7%	11,7%	7,7%	2,42	,69	,13	,23	,20
Iznošenje podataka i informacija u podnescima uz znanje da nisu istiniti.	63,1%	17,8%	11,1%	3,4%	4,6%	1,69	,73	,21	,29	,15
Sakrivanje dokaza koji bi mogli ugroziti dobiti klijenta.	41,8%	24,3%	15,1%	8,0%	10,8%	2,22	,70	,29	,02	,22
Uticanje na svedoka da promeni iskaz.	59,4%	16,6%	13,5%	5,2%	5,2%	1,80	,53	,42	,31	,17
Pravdanje privatnih troškova kao troškova advokatske kancelarije.	65,2%	13,5%	8,6%	3,7%	8,9%	1,78	,53	,26	,12	,41
Faktor 2 – Eksploatacija										
Ulaženje u seksualni odnos sa klijentom.	69,5%	12%	8%	1,8%	8,6%	1,68	,20	,81	,30	,03
Neprikladno razmišljanje o odnosu sa klijentom.	64,6%	11,7%	8,3%	4,9%	10,5%	1,85	,08	,82	,26	,03
Prihvatanje skupog poklona od klijenta.	40,3%	21,2%	19,1%	8,9%	10,5%	2,28	,39	,66	,01	,33
Davanje poklona ili novca osobama koje vam upućuju klijente.	53,2%	15,7%	16,6%	8%	6,5%	1,99	,24	,55	,30	,30
Upućivanje klijenta kolegama u zamenu za novac.	59,7%	19,7%	10,5%	3,7%	6,5%	1,78	,36	,51	,38	,22
Naplaćivanje usluga klijentima po drugim cenama u odnosu na one propisane advokatskom tarifom.	47,1%	19,4%	17,8%	5,8%	9,8%	2,12	,30	,53	,14	,38
Faktor 3 – Neprikladno postupanje prema strankama										
Diskriminacija klijenta zbog toga što je pripravnik romske etničke grupe.	71,7%	12,3%	5,5%	4,3%	6,2%	1,61	,28	,21	,60	,10
Odavanje poverljivih informacija o klijentu posle njegove smrti.	73,8%	14,5%	6,2%	,6%	4,9%	1,48	,41	,27	,63	,05
Otkrivanje poverljivih podataka o klijentu prijateljima.	82,2%	9,2%	3,4%	,9%	4,3%	1,36	,40	,24	,67	,07
Prihvatanje slučaja iako je šansa da klijent dobije spor skoro nepostojeća.	19,7%	29,5%	22,8%	15,7%	12,3%	2,71	,25	,12	,63	,26
Odbijanje pružanja usluga klijentu koji je optužen za svirep zločin.	32,3%	28,6%	20,9%	8,9%	9,2%	2,34	,04	,09	,58	,03
Sastavljanje suvišnih podnesaka.	47,1%	26,5%	16%	5,5%	4,9%	1,95	,28	,14	,61	,32
Napadanje protivničke strane u sporu korišćenjem pežorativnih prideva ili blaćenjem njene ličnosti.	82,2%	8,6%	2,5%	1,5%	5,2%	1,39	,41	,39	,58	,03
Faktor 4 – Odnos prema pripravnicima										
Isplaćivanje plate pripravniku „na ruke“.	44,6%	20,6%	13,8%	8,6%	12,3%	2,23	,35	,13	,04	,74
Potpisivanje ugovora o volontiranju sa pripravnicima radi izbegavanja plaćanja poreza i doprinosa.	60,9%	16,0%	10,8%	5,2%	5,2%	1,82	,13	,15	,19	,82

1 Bez sumnje neetično ponašanje (nikada etično), 2 Etično ponašanje u retkim situacijama, 3 Ponašanje koje je ponekad etično, 4 etično ponašanje u većini situacija (često etično), 5 Bez sumnje etično ponašanje

LITERATURA (REFERENCES)

- Akman, Vedat. 2011. An Empirical Analysis of the Gender and Age Factors Effecting Ethical Perception of Lawyers in Turkey. *International Journal of Business and Social Science* 2(16): 199–204.
- Armstrong, Mary Beth. 1987. Moral Development and Accounting Education. *Journal of Accounting Education* 5(1): 27–43.
- Bukvić, Aleksandar. 2007. *Načela izrade psiholoških testova*. Beograd: Zavod za udžbenike.
- Burbank, David D., Robert S. Duboff. 1974–1975. Ethics and the Legal Profession: a Survey of Boston Lawyers. *Suffolk University Law Review* 9: 66–117.
- Cabrillo, Francisco, Sean Fitzpatrick. 2008. *The Economics of Courts and Litigation*. Cheltenham, UK: Edward Edgar Pub.
- Charles, Jennifer L.K., Patrick V. Dattalo. 2018. Minimizing Social Desirability Bias in Measuring Sensitive Topics: The use of Forgiving Language in Item Development. *Journal of Social Service Research* 44(4): 587–599.
- Chung, Jane, Gary S. Monroe. 2003. Exploring Social Desirability Bias. *Journal of Business Ethics* 44(4): 291–302.
- Daicoff, Susan. 1996. (Oxymoron?) Ethical Decisionmaking by Attorneys: An Empirical Study. *Florida Law Review* 48: 197–261.
- Dragičević, Čedomir. 2002. *Statistika za psihologe*. Beograd: Centar za primenjenu psihologiju.
- Draugalis, JoLaine R., Cecilia M. Plaza. 2009. Best practices for survey research reports revisited: implications of target population, probability sampling, and response rate. *American journal of pharmaceutical education* 73(8): 1–3.
- European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ). 2018. *European judicial systems Efficiency and quality of justice*. Strasbourg: Printed at the Council of Europe.
- Emerson Tisha L.N., Stephen J. Conroy, Charles W. Stanley. 2007. Ethical Attitudes of Accountants: recent Evidence from a Practitioners' Survey. *Journal of business Ethics* 71: 73–87.
- Etienne, Margareth. 2005. The Ethics of Cause Lawyering: An Empirical Examination of Criminal Defense Lawyers as Cause Lawyers. *The Journal of Criminal Law and Criminology* 95(4): 1195–1260.
- Eynon, Gail, Nancey T. Hills, Kevin T. Stevens. 1997. Factors that Influence the Moral Reasoning Abilities of Accountants: Implications for Universities and the Profession. *Journal of Business Ethics* 16: 1297–1309.
- Holmes, Vivien, Tony Foley, Stephen Tang, Margie Rowe. 2012. Practicing Professionalism: Observations from an Empirical Study of New Australian Lawyers. *Legal Ethics* 15(1): 29–55.

- Howitt, Denis, Duncan Cramer. 2011. *Introduction to Statistics in Psychology*. 5 ed., Harlow: Pearson Education Limited.
- Koocher, Gerald P., Patricia Keith-Spiegel. 2016. *Ethics in psychology and the Mental Health Professions*. 4 ed., New York: Oxford University Press.
- McNeeley, Susan. 2012. Sensitive Issues in Surveys: Reducing Refusals While Increasing Reliability and Quality of Responses to Sensitive Survey Items. 377–396. u *Handbook of Survey Methodology for the Social Sciences*, ed. Gideon Lior. New York: Springer.
- Mrakovčić, Marko, Danilo Vuković. 2019. „Unutarnja“ kriza pravosuđa? Stavovi pripadnika pravničkih profesija o pravosuđu u Hrvatskoj i Srbiji. *Politička misao* 56(1): 75–105.
- Nicolson, Donald. 2005. Making lawyers moral? Ethical codes and moral character. *Legal Studies* 25(4): 601–626.
- Pepper, Stephen. 1999. Lawyers' Ethics in the Gap between Law and Justice. *South Texas Law Review* 40: 181–205.
- Perry, Gregory M., Patricia A. Duffy, Clair J. Nixon, Lindon J. Robinson. 2005. An Exploration of Factors Influencing Ethical and Unethical Behavior in Negotiations. *Journal of Agricultural and Applied Economics* 37: 1–20.
- Perry, Joshua E., Ilene N. Moore, Bruce Barry, Ellen Wright Clayton, Amanda R. Carrico. 2009. The Ethical Health Lawyer: An Empirical Assessment of Moral Decision Making. *The Journal of Law, Medicine & Ethics* 37(3): 461–475.
- Petrović, Nikola M. 2013. Profesionalna etička uverenja i postupci kliničkih psihologa u Srbiji. *Doktorska disertacija*, Filozofski fakultet, Univerzitet u Beogradu.
- Pope, Kenneth S., Melba J. T. Vasquez. 2007. *Ethics in Psychotherapy and Counseling: A Practical Guide*. 4 ed., New York: Jossey-Bass.
- Pope, Kenneth S., Barbara G. Tabachnick, Patricia Keith-Spiegel. 1987. Ethics of practice: The beliefs and behaviours of psychologists as therapists. *American Psychologist* 42(11): 993–1006.
- Prentice, Robert A. 2015. Behavioral Ethics: Can It Help Lawyers (And Others) Be Their Best Selves? *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy* 29: 35–85.
- Republika Srbija, Republički zavod za statistiku. 2019. *Visoko obrazovanje 2018/2019*. Beograd: Republički zavod za statistiku.
- Vuković, Danilo. 2019. Advokatura u Srbiji: rezultati empirijskog istraživanja. *Branik* 130(1–4)/2017: 103–113.

- Vuković, Danilo, Valerija Dabetić, Samir Forić. Prihvaćeno za objavljivanje. Serbia and Bosnia and Herzegovina, u *Lawyers in Society – 30 Years Later*, eds. Abel Richard *et al.* Oxford: Hart Publishing.
- You, Di, Yukiko Maeda, Muriel J. Bebeau. 2011. Gender Difference in Moral Sensitivity: A Meta-Analysis. *Ethics & Behavior* 21(4): 263–282.

Miljan Savić, LL.M.

Researcher, Balkan Center for Regulatory Reform, PhD Candidate
University of Belgrade Faculty of Law

DETERMINANTS OF MORAL BELIEFS OF LAWYERS IN SERBIA

Summary

Examining of the moral beliefs of current and future members of the legal profession is an important step toward properly understanding and defining the factors that influence their formation and change. This paper presents an analysis of the moral beliefs of different categories of legal professionals in Serbia, using factor analysis (principal components analysis) on a sample of 325 respondents, attorneys at law, legal trainees, and students. The impact of socio-demographic factors (gender, age, position, and length of service) on moral beliefs is analyzed. We present areas and norms where the greatest discrepancy between beliefs and the Code in force exists. The most important findings indicate that respondents' age and work experience directly influence stricter ethical beliefs when it comes to certain types of unethical behavior.

Key words: *Professional ethics. – Beliefs. – Legal associates. – Attorneys at law. – Principal components analysis.*

Article history:

Received: 5. 12. 2019.

Accepted: 21. 5. 2020.

UDK 378-057.177:34(497.11)''1945/1946''

CERIF: H250, H260

DOI: 10.5937/AnaliPFB2002169P

Dr Dragan Pantić*

KO JE BIO PRVI DEKAN PRAVNOG FAKULTETA U BEOGRADU POSLE DRUGOG SVETSKOG RATA

Istorija Pravnog fakulteta u Beogradu u burnom periodu neposredno nakon završetka Drugog svetskog rata nije do sada detaljnije proučavana. Autor je u radu delimično osvetlio taj period pokušavajući da razreši dilemu ko je bio prvi dekan Pravnog fakulteta u Beogradu nakon oslobođenja. Prema podacima iz fakultetskih hronika, to je bio prof. dr Jovan Đorđević. Međutim, u relevantnoj arhivskoj građi nalazimo drugačije podatke, prema kojima je prvi izabrani dekan Pravnog fakulteta u Beogradu nakon završetka Drugog svetskog rata bio prof. dr Milan Bartoš.

Ključne reči: *Pravni fakultet u Beogradu. – Dekan. – Drugi svetski rat. – Milan Bartoš. – Jovan Đorđević.*

1. UVOD

Pravni fakultet u Beogradu je ugledna visokoškolska ustanova koja zaslužuje da njena istorija bude detaljno proučena. Najveći doprinos u istraživanju istorije Pravnog fakulteta u Beogradu pripada bivšem profesoru i dekanu Ljubici Kandić, koja je rezultate do kojih je došla objavila u vrednim monografijama pod naslovom *Istorija Pravnog fakulteta u Beogradu*. Istraživanja su objavljena u tri knjige koje je izdao Zavod za udžbenika i nastavna sredstva u Beogradu. Prvu knjigu prof. Kandić je napisala zajedno sa bivšom profesorkom tog fakulteta Jelenom Danilović i ona je obuhvatila period 1808–1905. godine (Kandić, Danilović 1997). U drugoj knjizi objavljenog u dva toma, obrađen je period 1905–1941.

* Advokat u Velikom Gradištu, dr.pantic68@gmail.com.

godine (Kandić 2002). Treća knjiga se bavila sudbinom Pravnog fakulteta u Beogradu u ratnom periodu 1941–1945. godine (Kandić 2005).

Za razliku od ranijih perioda koji su iscrpnije proučavani, istorija Pravnog fakulteta u Beogradu u prvim godinama nakon Drugog svetskog rata nije detaljnije istraživana. Taj period je ozbiljnije obrađivan samo u jednoj monografiji koja se bavi sudbinom beogradskog i subotičkog Pravnog fakulteta u ratnom periodu i prvim mesecima nakon oslobođenja (Simić 1996, 121–140) i jednom članku u kojem se obrađuje period neposredno nakon završetka Drugog svetskog rata i prikazuju brojne teškoće sa kojima se Fakultet suočavao u nastojanju da stvori uslove za početak prve posleratne školske godine (Pantić 2015, 154–173).

Jedna od dilema iz tog perioda jeste ko je bio prvi dekan Pravnog fakulteta u Beogradu nakon Drugog svetskog rata. Odgovor na to pitanje naizgled ne bi trebalo da predstavlja posebnu teškoću. U publikaciji koju je fakultet objavio povodom jubileja sto pedeset godina od početka rada navodi se da je dekan 1945, 1945/46. godine bio prof. Jovan Đorđević (Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu 1991, 85). I u sledećoj jubilarnoj publikaciji fakulteta povodom sto šezdeset pet godina od početka rada Fakulteta navodi se da je dekan 1945/46. godine bio prof. Jovan Đorđević (Jovanović, ur. 2006, 72). Najistaknutiji istraživač i hroničar istorije Pravnog fakulteta u Beogradu prof. Ljubica Kandić u svom životnom delu *Istorija Pravnog fakulteta u Beogradu* zabeležila je podatak da je profesor Jovan Đorđević bio prvi vršilac dužnosti dekana Pravnog fakulteta po oslobođenju, a zatim prvi izabrani dekan 1945. godine (Kandić 2005, 274). Na mermernoj ploči u holu ispred Dekanata Fakulteta na kojoj su upisana imena svih dosadašnjih dekana sa godinama u kojima su obavljali tu funkciju, nalazi se podatak da je dekan 1945/46. godine bio prof. Jovan Đorđević.

Međutim, proučavajući arhivsku građu o Pravnom fakultetu u Beogradu koja se odnosi na prve godine nakon oslobođenja, došli smo do nekih drugačijih saznanja, koja mogu staviti pod sumnju podatak da je to tačno.

2. OBNOVA RADA PRAVNOG FAKULTETA U BEOGRADU NEPOSREDNO POSLE OSLOBOĐENJA

Već prvih dana nakon oslobođenja Beograda otpočelo se sa priprema za obnovu rada Univerziteta. Glavni narodnooslobodilački odbor Srbije doneo je odluku 1. novembra 1944. godine kojom je ustanovljena Komisija za obnovu Univerziteta koja je imala zadatak da sagleda postojeće stanje na Univerzitetu, da vodi njegove poslove i da preduzima sve

mere za njegovu obnovu.¹ Istog dana Glavni narodnooslobodilački odbor Srbije je doneo odluku kojom je suspendovao sa dužnosti sve dotadašnje univerzitetske vlasti: rektora, prorektora, administrativnog direktora, sve dekane, prodekane i članove univerzitetskih upravnih tela. Prijem tog akta svojeručnim potpisom potvrdio je dotadašnji dekan Pravnog fakulteta dr Relja Popović 3. novembra 1944. godine.²

U rad obnovljenog Univerziteta aktivno su bili uključeni nastavnici Pravnog fakulteta. Komisija je odlukom od 8. novembra 1944. godine za administrativne poslove u Rektoratu odredila profesore Pravnog fakulteta u Beogradu dr Nikolu Stjepanovića, koji je imao nadležnost da vodi opšte poslove Sekretarijata i administracije Univerziteta, i dr Borislava Blagojevića, koji je bio zadužen za poslove univerzitetskih zadužbina, fondova i dobara.³ Komisija je na sednici od 13. decembra 1944. godine odlučila da dužnost sekretara Univerziteta vrši dr Milivoje Marković, docent Pravnog fakulteta.⁴

Na osnovu odluke Glavnog narodnooslobodilačkog odbora Srbije od 1. novembra 1944. godine Komisija za univerzitetske poslove je na svojoj sednici od 3. novembra 1944. godine odredila dr Jovana Đorđevića, da vodi sve poslove koji spadaju u delokrug dekana tog fakulteta.⁵ Kao vršilac dužnosti dekana, morao je da rešava brojne probleme. Zgrada je u većoj meri bila ruinirana tokom boravka nemačke i oslobodilačke vojske. Nastavni kadar je bio uskraćen za mnoga značajna imena jer su neki profesori streljani za vreme rata od okupatora (Đorđe Tasić i Mihajlo Ilić), a druge je nakon oslobođenja nova vlast uklonila sa fakulteta neki su streljani (Ilija Pržić), a drugi odstranjeni kao nepodobni (Toma Živanović, Aleksandar Solovjev, Božidar S. Marković, Tihomir Vasiljević, Adam Lazarević itd.) Velikim trudom i zalaganjem prof. Jovana Đorđevića zadržan je veći deo prostorija u fakultetskoj zgradi, a nastavni kadar je konsolidovan od preostalih nastavnika Pravnog fakulteta u Beogradu i Pravnog fakulteta u Subotici, koji je nakon oslobođenja ukinut, pa je preostale nastavnike preuzeo Pravni fakultet u Beogradu.

¹ Komisiju su sačinjavali: dr Siniša Stanković, dr Borislav Stevanović, dr Vaso Čubrilović, dr Sreten Šljivić, dr Baja Bajić, dr Jevrem Nedeljković, dr Jovan Đorđević, dr Stevan Đelineo, dr Petar Kolendić, dr Aleksandar Leko i dr Mladen Josipović. Arhiv Srbije, Fond G-200, Rektorat Beogradskog univerziteta, Komisija za obnovu, fascikla I, br. 905/45.

² Arhiv Srbije, Fond G-205, Pravni fakultet, Opšta arhiva, godina 1944-45, fascikla XIX

³ *Ibid.*, odluka dostavljena Pravnom fakultetu u Beogradu dopisom Komisije pod brojem 8. od 9. novembra 1944. godine.

⁴ *Ibid.*, odluka dostavljena Pravnom fakultetu u Beogradu dopisom Komisije pod brojem 208 od 14. decembra 1944. godine.

⁵ *Ibid.*, br. 686/44 odluka dostavljena Pravnom fakultetu u Beogradu dopisom Komisije za univerzitetske poslove pod oznakom „službeno“ od 4. novembra 1944. godine.

3. IZBOR PRVOG DEKANA PRAVNOG FAKULTETA U BEOGRADU POSLE DRUGOG SVETSKOG RATA

Već krajem avgusta 1945. godine stvoreni su uslovi da se pristupi izboru stalnih rukovodstava na Univerzitetu i fakultetima, kako bi se što bolje pripremio početak prve školske godine nakon oslobođenja. Na osnovu Uredbe o univerzitetskim vlastima i osoblju Univerziteta u Beogradu, Komisija za obnovu Univerziteta organizovala je izbor rektora, prorektora i dekana svih fakulteta za školsku 1945/46. godinu. Izbor je obavljen na skupu univerzitetskih profesora i docenata 28. avgusta 1945. godine. Prvi izabrani dekan Pravnog fakulteta u Beogradu nakon oslobođenja bio je prof. Milan Bartoš. Tri dana kasnije, Ministarstvo prosvete Srbije potvrdilo je izbor prof. Bartoša za dekana.⁶ Istim aktom je dotadašnji vršilac dužnosti dekana prof. Jovan Đorđević izabran za prodekana za školsku 1945/46. godinu.

Prof. Milan Bartoš je obavljao dužnost dekana sve do 10. oktobra 1946. godine kada je na fakultetskom savetu za dekana za sledeću školsku godinu izabran prof. dr Miodrag Aćimović. Tu odluku je 12. oktobra 1946. godine potvrdilo Ministarstvo prosvete Narodne Republike Srbije.⁷

Ime dekana Milana Bartoša ne spominje se u fakultetskim analizama verovatno zbog toga što je pretežni deo školske 1945/46. godine bio odsutan sa fakulteta. Profesor Milan Bartoš se u periodu nakon oslobođenja zemlje i povratka iz zarobljeništva odmah javio na dužnost na Pravnom fakultetu.⁸ Međutim, kao eksperta za međunarodno pravo nova vlast ga je angažovala na državičkim poslovima u inostranstvu, tako da je prodekan prof. Jovan Đorđević veći deo te školske godine obavljao poslove dekana. Profesora Bartoša je u izvođenju nastave na predmetu međunarodno privatno pravo zamenjivao prof. Borislav Blagojević, koji je te školske godine predavao više predmeta (rimsko pravo, nasledno pravo, međunarodno privatno pravo, radno pravo).

4. DELATNOST PROF. MILANA BARTOŠA NA FUNKCIJI DEKANA PRAVNOG FAKULTETA U BEOGRADU

Nakon izbora za dekana u vreme dok je još bio u zemlji, prof. Bartoš je bio aktivno uključen u rad Fakulteta. Naročito je zapažena

⁶ Arhiv Srbije, Fond Rektorat Beogradskog univerziteta, Komisija za obnovu univerziteta, fascikla razno, br. 2696/45.

⁷ *Ibid.*, br. 4182/46.

⁸ Prof. Milan Bartoš se iz zarobljeništva vratio 15. aprila 1945. godine, a na redovnu dužnost na Pravnom fakultetu u Beogradu se javio 16. aprila 1945. godine (Simić, 140).

njegova aktivnost na poslovima dekana u danima pred svečano otvaranje Fakulteta, 3. novembra 1945. godine, nakon čega je otpočela nastava.⁹ U tom smislu su značajne bile sednice Saveta Pravnog fakulteta od 25. i 29. oktobra 1945. godine na kojima su donete sve značajnije odluke u vezi sa početkom rada fakulteta. Tim sednicama, na kojima su usvojeni nastavni planovi, rešavani kadrovski problemi, donete su odluke o početku rada fakulteta, organizaciji nastave i ispita i utvrđivanju rasporeda časova, rukovodio je prof. Bartoš kao dekan. U nekim odlukama donetim na sednicama Saveta fakulteta on je obavestavao Rektorat Univerziteta i tražio instrukcije ili potvrdu odluka.

Tako je 26. oktobra 1945. godine uputio dopis Rektoratu u kome se navodi da se na sednici fakultetskog Saveta od 25. oktobra 1945. godine raspravljalo o nastavnici Velizaru Mitroviću i Radomiru Živkoviću koje je izabralo Ministarstvo prosvete, a nisu se odazvali pozivu da se jave na Fakultet. U dopisu dekan Bartoš navodi da je prof. Mitrović bolestan i da se nalazi u Vrnjačkoj Banji, gde je njegovo stalno prebivalište, te da mu je uputio pismo u kome ga moli da se izjasni da li će se javiti na dužnost do početka nastave.¹⁰

Istog dana dekan Bartoš upućuje dopis Rektoratu Univerziteta u kome navodi da je Savet fakulteta primio znanju obavještenje da je docent Radomir Živković određen za stalnog delegata pri Međunarodnoj komisiji za ratne zločine u Londonu i da će na toj dužnosti biti zauzet u toku celog zimskog semestra te moli Rektorat da od Predsedništva Savezne vlade – Personalno odeljenje pribavi izveštaj o tome čijom odlukom je on postavljen za stalnog delegata u Londonu i koliko će još ostati na toj dužnosti.¹¹

Dekan Milan Bartoš je 30. oktobra 1945. godine uputio dopis Rektoratu Univerziteta u kome ih obavestava da je fakultetski Savet na sednici od prethodnog dana na predlog dr Mihaila Konstantinovića i dr Milana Bartoša, jednoglasno izabrao Dragomira Stojčevića, asistenta i doktoranda prava, za honorarnog nastavnika za predmet rimsko pravo i moli da se taj izbor potvrdi.¹²

Profesor Bartoš, kao dekan fakulteta, morao je da se stara i o smeštajnim problemima u zgradi fakulteta i da obezbedi dovoljno prostorija

⁹ Svečana akademija kojom je obeležen početak rada fakulteta održana je 3. novembra 1945. godine u amfiteatru V uz prisustvo brojnih gostiju među kojima su bili predsednici svih sudova sa teritorije grada Beograda i predstavnici vojnih komandi. Štampa je obavestila javnost o početku rada fakulteta: *Politika* br. 12130 (1945, 5) i *Borba* br. 268 (1945, 3).

¹⁰ Arhiv Srbije, Fond Rektorat Beogradskog univerziteta, Komisija za obnovu univerziteta, fascikla razno, br. 1002/45.

¹¹ *Ibid.*, br. 1003/45.

¹² *Ibid.*, br. 1040/45.

za nesmetano održavanje nastave. U toku rata mnoge fakultetske zgrade bile su oštećene i neupotrebljive, te je nakon oslobođenja većini fakulteta bilo teško da obezbede adekvatne prostorije za održavanje nastave. Zgrada Pravnog fakulteta je bila relativno nova, građena u modernističkom stilu i komforna za ono vreme.¹³ Bez znatnijih spoljašnjih oštećenja dočekala je kraj rata.¹⁴ Stoga je od Pravnog fakulteta zahtevano da ustupi deo svojih prostorija za potrebe drugih fakulteta.¹⁵ U dopisu od 26. oktobra 1945. godine dekan prof. Bartoš obaveštava Rektorat da nisu u mogućnosti da udovolje zahtevima drugih fakulteta jer su već ustupili suterenske prostorije koje se sastoje od jednog amfiteatra, dve seminarske sobe i osam kabineta, u koje je useljen Fizički zavod i da su u mogućnosti da ustupe još samo dva seminarara i pet kabineta na levom krilu prizemlja. Time bi na raspolaganju Pravnom fakultetu, osim amfiteatara i slušaonica za održavanje nastave na redovnim studijama, ostalo još sedam seminarara za doktorski kurs i posebne tečajeve i 28 kabineta za nastavnike, od kojih bi pet moralo da se pretvori u seminare.¹⁶

Profesor Bartoš je u teško vreme posle oslobođenja pokazao preduzimljivost u rukovođenju fakultetom, svojstvenu savremenim menadžerima, sposobnost da obezbedi finansijska sredstva za potrebe fakulteta. Tako je omogućio da se neke od prostorija, koje nisu bile neophodne za održavanje nastave, izdaju uz nadoknadu, da bi prihod od naplaćene zakupnine koristio Fakultet. Petog novembra 1945. godine uputio je Rektoratu Univerziteta dopis u kome ih obaveštava da je Omladinsko fiskulturno društvo „Crvena zvezda“ – koristilo fakultetsku salu na ime čega im je naplaćena naknada koju u prilogu dostavljaju sa predlogom da se otvori posebna partija „Naknada za upotrebu sale na Pravnom

¹³ Zgrada Pravnog fakulteta je sagrađena u periodu 1937–1940. godine, a otvorena je za studente u jesen 1940. godine

¹⁴ Unutrašnjost prostorija i nameštaj bili su znatnije oštećeni. Nakon oslobođenja Beograda 20. oktobra 1944. godine u zgradu Fakuleta uselila se najpre sovjetska oslobodilačka vojska, koja je tu boravila do 5. novembra 1944, a zatim i jedinice Narodno-oslobodilačke vojske, koje su zgradu koristile kao kasarnu. To je još više doprinelo da se pogorša ionako loše stanje prostorija koje su bile ruinirane i oštećene boravkom nemačke vojske u njima. O tome da je Narodnooslobodilačka vojska dodatno nanosila štetu zgradi i nameštaju govori i pismeni akt vršioća dužnosti dekana upućen Komisiji za obnovu Univerziteta u kome ih obaveštava da je zgrada u bednom stanju, da su oštećene instalacije centralnog grejanja i kanalizacije, da je nameštaj delom raznet, a vojnici oštećuju nameštaj i cepaju drva po podovima, usled čega je došlo do oštećenja podova u većini prostorija, a u nedostatku drva i uglja za ogrev koriste i sam preostali nameštaj. Arhiv Srbije, Fond G–205, fascikla XIX.

¹⁵ Rektorat je svojim aktom br. 3542 od 24. oktobra 1945. godine tražio da se za potrebe Filozofskog fakulteta odnosno smeštaj Geografskog i Pedagoškog instituta i drugih delova tog fakulteta, ustupe desno krilo prvog sprata sa dva seminarara, slušaonicom, amfiteatrom i svim kabinetima, i prostorije u prizemlju i to: slušaonica, dva kabineta i još dve prostorije pored slušaonice. Arhiv Srbije Fond G–205, fascikla XIX, br. 974/45.

¹⁶ Arhiv Srbije, Fond G–205, fascikla XIX.

fakultetu“, gde bi se knjižila naplaćena zakupnina, kao i ona koja se bude ubuduće naplaćivala za korišćenje sale, a prikupljeni novac bi se iskoristio za održavanje sale i druge potrebe fakulteta.¹⁷

To je samo deo zabeleženih aktivnosti prof. Bartoša na poslovima dekana fakulteta, na osnovu čega se može zaključiti da on nije bio samo formalno izabran za dekana za školsku 1945/46 godinu, već da je tu dužnost obavljao savesno i predano kada je bio u zemlji.

5. SVEDOČANSTVA O IZBORU PROF. MILANA BARTOŠA NA FUNKCIJU DEKANA PRAVNOG FAKULTETA U BEOGRADU

Podatak da je prof. Bartoš bio dekan u prvoj školskoj godini nakon oslobođenja potvrđuju u svojim memoarskim zapisima i pojedini njegovi savremenici, tadašnji nastavnici Pravnog fakulteta u Beogradu, kao što je čuveni predratni pravnik i političar Dragoljub Jovanović, koji je nakon završetka rata nakratko bio vraćen na Pravni fakultet. Kao honorarni nastavnik dr Jovanović je izvodio nastavu iz predmeta politička ekonomija školske 1945/46. godine, nakon čega je bio politički progonjen od nove vlasti i odstranjen sa Univerziteta. On u svojim memoarskim zapisima navodi da je u leto 1946. godine, u vreme kada je stigao nalog da bude uklonjen sa Fakulteta dužnost dekana vršio Jovan Đorđević, pošto je dekan Milan Bartoš bio zauzet važnijim državnim poslovima (Jovanović 2008, 153) .

Zanimljivo je da je u enciklopedijskim izdanjima „*Ko je ko u Jugoslaviji*“ koji su predstavljali neku vrstu biografskih leksikona živih savremenika na različit način interpretiran deo biografije dr Milana Bartoša koji se odnosi na njegovu dužnost dekana. U izdanju iz 1957. godine navodi se da je 1945. godine Milan Bartoš bio dekan Pravnog fakulteta, a od 1946. godine honorarni redovni profesor (Janković, Milanović red. 1957, 45). Međutim, u izdanju iz 1970. godine, za koje je predgovor napisao upravo prof. Milan Bartoš, takav podatak nedostaje, a navodi se samo da je on posle rata bio profesor Pravnog fakulteta (Rajović, gl. red. 1970, 57). Srpska akademija nauka i umetnosti (SANU), čiji je bio redovni član, sekretar (1961–1965) i potpredsednik (1965–1971), objavila je u njegovoj biografiji podatak da je 1945. godine bio dekan Pravnog fakulteta u Beogradu (SANU, 2020).

¹⁷ *Ibid.*, br. 927/45.

6. ZAKLJUČAK

Iz dostupne arhivske građe koja se odnosi na delatnosti Pravnog fakulteta u Beogradu neposredno nakon završetka Drugog svetskog rata, nedvosmisleno proizilazi da je vršilac dužnosti dekana u periodu nakon oslobođenja, od 3. novembra 1944. do 28. avgusta 1945. godine bio prof. dr Jovan Đorđević. Njemu pripadaju najveće zasluge za rešavanje brojnih teškoća sa kojima se fakultet suočio u tim danima da bi se stvorili uslovi za obnovu rada fakulteta i početak nastave. Međutim, prvi izabrani dekan Pravnog fakulteta u Beogradu za školsku 1945/46. godinu bio je prof. dr Milan Bartoš, koji je na tu funkciju izabran 28. avgusta 1945. godine. Zbog državnčkih poslova u inostranstvu veći deo te školske godine bio je odsutan sa fakulteta, pa je fakultetom upravljao prodekan Jovan Đorđević. Međutim, kada je bio u zemlji, prof. Bartoš je aktivno obavljao dužnost dekana fakulteta. Takva aktivnost je naročito zapažena na sednicama Saveta na kojima su donete sve značajnije odluke u vezi sa početkom rada fakulteta. Stoga smatramo da bi u fakultetske hronike trebalo upisati podatak da je vršilac dužnosti dekana 1944/45. godine u vreme priprema za početak rada fakulteta bio prof. dr Jovan Đorđević, a da je prvi izabrani dekan Pravnog fakulteta u Beogradu nakon Drugog svetskog rata za školsku 1945/46. godinu, bio prof. dr Milan Bartoš.

LITERATURA (REFERENCES)

- Borba*. 1945. Svečana akademija povodom otvaranja Pravnog fakulteta. 5. novembar 1945, br. 268.
- Janković Slavko, Mihajlo Milanović, red. 1957. *Ko je ko u Jugoslaviji: biografski podaci o jugoslovenskim savremenicima*. Beograd: Sedma sila.
- Jovanović, Dragoljub. 2008. *Medaljoni, knjiga IV*. Beograd: Službeni glasnik.
- Jovanović, Miodrag, ur. *Sto šezdeset pet godina Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu: 1841–2006*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Kandić, Ljubica, Jelena Danilović. 1997. *Istorija Pravnog fakulteta u Beogradu 1808–1905*. Beograd: Zavod za udžbenike i nastavna sredstva.
- Kandić, Ljubica. 2002. *Istorija Pravnog fakulteta u Beogradu 1905–1941, druga knjiga*, I–II tom. Beograd: Zavod za udžbenike i nastavna sredstva.

- Kandić, Ljubica. 2005. *Istorija Pravnog fakulteta u Beogradu 1941–1945, treća knjiga*. Beograd: Zavod za udžbenike i nastavna sredstva.
- Pantić, Dragan D. 2/2015. Obnova rada Pravnog fakulteta u Beogradu neposredno posle završetka Drugog svetskog rata. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 63: 154–173.
- Politika*. 1945. Pravni fakultet je otpočeo rad. 4. novembar 1945, br. 12130
- Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu. 1991. *Sto pedeset godina Pravnog fakulteta: 1841–1991*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Rajović, Radošin, gl. red. 1970. *Ko je ko u Jugoslaviji: jugoslovenski savremenici..* Beograd: Hronometar.
- Simić Miodrag. 1996. *Beogradski i subotički Pravni fakultet: 1941–1945*. Beograd: Publik pres.
- Srpska akademija nauka i umetnosti. 2020. Milan Bartoš. <https://www.sanu.ac.rs/clan/milan-bartos/>, poslednji pristup 4. aprila 2020.

Dragan D. Pantić, PhD

Attorney at Law, Veliko Gradište, Serbia

WHO WAS THE FIRST DEAN OF THE FACULTY OF LAW IN BELGRADE AFTER THE SECOND WORLD WAR

Summary

In this work, the author has tried to determine who the first dean of the University of Belgrade Faculty of Law was, after the Second World War. According to official sources, the first dean was Prof. Jovan Djordjević. Studying the archival material we came to a different conclusion—that the first dean of the Faculty of Law in Belgrade after the Second World War was Prof. Milan Bartoš.

Key words: *University of Belgrade Faculty of Law. – Dean. – World War II. – Milan Bartoš. – Jovan Djordjević.*

Contribution history:
Received: 13. 4. 2020.
Accepted: 21. 5. 2020.

ANALIZA ZAKONODAVSTVA

UDK 347.962.1(497.11)

CERIF: S130

DOI: 10.5937/AnaliPFB2002179B

Dr Nikola Bodiřoga *

O PRESTANKU SUDIJSKE FUNKCIJE NAVRŠENJEM RADNOG VEKA

Ustav Republike Srbije sadrži jedanaest članova kojima se utvrđuju načela na kojima je sudstvo organizovano, kao i garancije sudske nezavisnosti. Osnovi za prestanak sudijske funkcije uređeni su Ustavom, to jest oni su nabrojani u členu 148, stav 1 Ustava, ali je zakonodavcu prepuštena njihova detaljna razrada, kao i uređenje samog postupka za prestanak sudijske funkcije i zaštita prava sudije u tom postupku. Jedan od načina prestanka sudijske funkcije jeste i navršenje radnog veka. Zakonom o sudijama propisan je različit pravni režim za prestanak sudijske funkcije navršenjem radnog veka zavisno od toga da li sudija vrši funkciju u Vrhovnom kasacionom sudu ili u nekom drugom sudu, kao i posebna pravila za prestanak sudijske funkcije sudije koji je predsednik suda. U radu analiziramo različite pravne režime u pogledu prestanka sudijske funkcije navršenjem radnog veka i preispitujemo postojanje razloga koji bi te razlike opravdali.

Ključne reči: Prestanak sudijske funkcije. – Navršenje radnog veka. – Predsednik suda. Vrhovni kasacioni sud. – Ustavni sud.

1. O RAZLOZIMA ZA PRESTANAK SUDIJSKE FUNKCIJE

U členu 148 Ustava nabrojane su situacije u kojima može prestati sudijska funkcija. To se može dogoditi na zahtev samog sudije, ispunjenjem zakonom propisanih uslova ili razrešenjem iz zakonom predviđenih razloga, kao i ako sudija ne bude izabran na stalnu sudijsku funkciju. Osnovi i razlozi za prestanak sudijske funkcije bliže se uređuju zakonom.

* Redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, bodiroga@ius.bg.ac.rs.

Četvrta glava Zakona o sudijama (ZS)¹ nosi naziv „Prestanak sudijske funkcije“. Sudijska funkcija prestaje na zahtev sudije, kad sudija navrší radni vek, kad trajno izgubi radnu sposobnost za obavljanje sudijske funkcije, kad ne bude izabran na stalnu funkciju ili kad bude razrešen (član 57, stav 1 ZS). Odluku o prestanku sudijske funkcije donosi Visoki savet sudstva i protiv nje sudija može izjaviti prigovor Visokom savetu sudstva u roku od 15 dana od dana dostavljanja odluke (član 57, stav 2 ZS). Visoki savet sudstva može odbaciti prigovor ako nije izjavljen u roku, usvojiti prigovor i izmeniti odluku o prestanku funkcije ili odbiti prigovor i potvrditi odluku o prestanku funkcije (član 57, stav 3 ZS). Odluka o prestanku sudijske funkcije postaje pravnosnažna kada je potvrđena u postupku po prigovoru ili istekom roka za izjavljivanje prigovora ako prigovor nije izjavljen (član 57, stav 4 ZS). Protiv pravnosnažne odluke Visokog saveta sudstva može se izjaviti žalba Ustavnom sudu.

Sudija koji želi da mu funkcija prestane podnosi pismeni zahtev Visokom savetu sudstva (član 58, stav 1 ZS). Zahtev može biti povučen dok funkcija sudiji ne prestane odlukom Visokog saveta sudstva ili istekom roka predviđenog ovim zakonom (član 58, stav 2 ZS). Ako o zahtevu za prestanak funkcije ne bude odlučeno u roku od 30 dana, smatra se da je sudiji funkcija prestala istekom roka od 30 dana od dana podnošenja zahteva (član 58, stav 3 ZS). U ostalim slučajevima sudijska funkcija prestaje onog dana koji Visoki savet sudstva navede u svojoj odluci (član 58, stav 4 ZS). Ako sudija posle pokrenutog postupka za razrešenje podnese zahtev za prestanak funkcije, on se ne razmatra do okončanja postupka za razrešenje (član 58, stav 5 ZS).

Sudiji prestaje sudijska funkcija kada se na osnovu mišljenja stručne komisije nadležnog organa utvrdi da je zbog zdravstvenog stanja nesposoban za vršenje sudijske funkcije (član 60, stav 1 ZS). Odluku o upućivanju na obavezan zdravstveni pregled donosi Visoki savet sudstva, na predlog predsednika suda, predsednika neposredno višeg suda i samog sudije (član 60, stav 2 ZS).

Sudiji koji je prvi put biran, a ne bude izabran na stalnu sudijsku funkciju, prestaje sudijska funkcija danom isteka trogodišnjeg mandata, na osnovu obrazložene odluke Visokog saveta sudstva (član 61 ZS).

Sudija se razrešava kad je osuđen za krivično delo na безусловnu kaznu zatvora od najmanje šest meseci ili za kažnjivo delo koje ga čini nedostojnim sudijske funkcije, kad nestručno vrši funkciju ili zbog učinjenog teškog disciplinskog prekršaja (član 62 ZS). Nestručnim se smatra

¹ Zakon o sudijama – ZS, *Službeni glasnik RS* 116/2008, 58/2009 – odluka US, 104/2009, 101/2010, 8/2012 – odluka US, 121/2012, 124/2012 – odluka US, 101/2013, 111/2014 – odluka US, 117/2014, 40/2015, 63/2015 – odluka US, 106/ 2015, 63/2016 – odluka US, 47/2017.

nedovoljno uspešno vršenje sudijske funkcije, ako sudija dobije ocenu „ne zadovoljava“, shodno kriterijumima i merilima za vrednovanje rada sudija (član 63 ZS).

Sudiji prestaje radni vek kad navrši 65 godina života, po sili zakona (član 59, stav 1 ZS). Izuzetno od stava 1 ovog člana, sudiji Vrhovnog kasacionog suda prestaje radni vek kada navrši 67 godina života, po sili zakona (član 59, stav 2 ZS).² Predsedniku suda koji u toku mandata navrši radni vek sudijska funkcija i funkcija predsednika suda prestaju istekom mandata predsednika suda (član 74, stav 2 ZS).

2. RAZLIČIT PRAVNI REŽIM PRESTANKA SUDIJSKE FUNKCIJE NAVRŠENJEM RADNOG VEKA

Prema odredbi člana 59 ZS, sudiji prestaje radni vek kada navrši 65 godina života, po sili zakona. To je opšte pravilo koje trpi značajna odstupanja. Prvo odstupanje je izvršeno polazeći od vrste suda u kojem sudija vrši funkciju. Tako sudiji Vrhovnog kasacionog suda prestaje radni vek kad navrši 67 godina života, po sili zakona. Drugo odstupanje odnosi se na sudiju koji je izabran za predsednika suda. Ukoliko u toku trajanja mandata predsednik suda navrši radni vek, njegova sudijska funkcija i funkcija predsednika suda prestaju istekom mandata predsednika suda.

Zakonodavac je odstupio od opšteg pravila za prestanak sudijske funkcije navršenjem radnog veka, najpre kada su u pitanju sudije Vrhovnog kasacionog suda. Ustav se bavi položajem Vrhovnog kasacionog suda u članu 143, i to samo u dva stava, propisujući da je to najviši sud u Republici Srbiji (stav 4) i da je sedište Vrhovnog kasacionog suda u Beogradu (stav 5). Poseban član Ustava posvećen je predsedniku Vrhovnog kasacionog suda. Njega bira Narodna skupština, na predlog Visokog saveta sudstva, po pribavljenom mišljenju opšte sednice Vrhovnog kasacionog suda i nadležnog odbora Narodne skupštine (član 144, stav 1 Ustava). Predsednik Vrhovnog kasacionog suda bira se na period od pet godina i ne može biti ponovo biran (član 144, stav 2 Ustava). Predsedniku Vrhovnog kasacionog suda prestaje funkcija pre isteka vremena na koje je izabran na njegov zahtev, nastupanjem zakonom propisanih uslova za prestanak sudijske funkcije ili razrešenjem iz zakonom propisanih razloga za razrešenje predsednika suda (član 144, stav 3 Ustava). Odluku o prestanku funkcije predsednika Vrhovnog kasacionog suda donosi Narodna skupština, u skladu sa zakonom, pri čemu odluku o razrešenju donosi na predlog Visokog saveta sudstva (član 144, stav 4 Ustava).

² Izuzetno, mandat sudije koji je prvi put izabran na funkciju traje tri godine (član 147, stav 2 Ustava).

Položaj i uloga Vrhovnog kasacionog suda bliže su definisani u Zakonu o uređenju sudova (ZUrS).³ U tom zakonu se razlikuju nadležnost Vrhovnog kasacionog suda u suđenju i njegova nadležnost izvan suđenja. U okviru nadležnosti u suđenju Vrhovni kasacioni sud odlučuje o vanrednim pravnim sredstvima izjavljenim na odluke sudova Republike Srbije i u drugim stvarima određenim zakonom (član 30, stav 1 ZUrS). Vrhovni kasacioni sud odlučuje o sukobu nadležnosti između sudova, ako za odlučivanje nije nadležan drugi sud, kao i o prenošenju nadležnosti sudova radi lakšeg vođenja postupka ili drugih važnih razloga (član 30, stav 2 ZUrS). Nadležnost izvan suđenja obuhvata: obezbeđivanje jedinstvene sudske primene prava i jednakosti stranaka u sudskim postupcima; razmatranje primene zakona i drugih propisa i rada sudova; imenovanje sudija Ustavnog suda, davanje mišljenja o kandidatima za predsednika Vrhovnog kasacionog suda i vršenje drugih nadležnosti koje su mu poverene zakonom (član 31 ZUrS).

U kontekstu teme ovog rada postavlja se pitanje da li postoji razlog za propisivanje posebnog pravnog režima za sudije Vrhovnog kasacionog kada je u pitanju prestanak sudijske funkcije usled navršenja radnog veka. Da bismo odgovorili na to pitanje, neophodno je da ukažemo na ranije zakonske odredbe kojima je bio uređen prestanak sudijske funkcije usled navršenja radnog veka.

Zakon o sudijama usvojen je 2008. godine. U tom zakonskom tekstu članom 59 bio je uređen prestanak sudijske funkcije usled navršenja radnog veka. Stavom 1 ovog člana bilo je propisano da sudiji prestaje radni vek kada navrší 65 godina života ili 40 godina staža osiguranja, po sili zakona. Stavom 2 bilo je propisano da Visoki savet sudstva može izuzetno sudiji produžiti radni vek najduže za još dve godine, uz saglasnost sudije, a na zahtev predsednika suda. Stavom 3 bilo je propisano da se sudiji može produžiti radni vek samo zbog završavanja započelih predmeta. U tom zakonskom tekstu prestanak sudijske funkcije usled navršenja radnog veka bio je uređen jednobrazno za sve sudije, nezavisno od toga u kom sudu vrše funkciju. Sudiji je prestajao radni vek kad navrší 65 godina života ili 40 godina staža osiguranja.⁴ Tako formulisan član 59 ZS bio je na snazi sve do kraja 2013. godine.

³ Zakon o uređenju sudova – ZUrS, *Službeni glasnik RS* 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 – dr. zakon, 78/2011 – dr. zakon, 101/2011, 101/2013, 40/2015 – dr. zakon, 106/2015, 13/2016, 108/2016, 113/2017, 65/2018 – odluka US, 87/2018 i 88/2018 – odluka US.

⁴ Ta zakonska odredba bila je predmet kontrole Ustavnog suda. Prema mišljenju podnositeljke inicijative za pokretanje postupka za ocenu ustavnosti, Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju je opšti i potpun zakon u toj oblasti, kojim se u potpunosti regulišu prava i obaveze iz oblasti penzijskog i invalidskog osiguranja, pa Zakon o sudijama neovlašćeno propisuje druge uslove za penzionisanje sudija. Podnositeljka inicijative je smatrala da na taj način neki osiguranici imaju pravo da rade do 67 godina života, odno-

Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o sudijama iz 2013. godine⁵ ukinuta je mogućnost produženja radnog veka (brisani su stavovi 2 i 3 u členu 59), a osim toga Zakonom o izmeni Zakona o sudijama iz 2014. godine⁶ brisan je i deo stava 1 koji je propisivao prestanak sudijske funkcije usled navršanja 40 godina staža osiguranja. Tako je po novousvojenom rešenju sudiji prestajala sudijska funkcija kad navršši 65 godina života, po sili zakona. Isti režim opet je bio predviđen za sve sudije, odnosno svakom sudiji sudijska funkcija je prestajala kad navršši 65 godina života, nezavisno od toga u kojem sudu je vršio sudijsku funkciju.

Zakonom o dopuni Zakona o sudijama iz 2015. godine⁷ dopunjen je član 59, i to dodavanjem novog stava 2 kojim je propisano da izuzetno od odredbe stava 1 ovog člana sudiji Vrhovnog kasacionog suda prestaje sudijska funkcija kad navršši 67 godina života, po sili zakona.

Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o sudijama iz 2017. godine⁸ ustanovljen je poseban pravni režim za prestanak sudijske funkcije predsednika suda, tako što je propisano da predsedniku suda koji u toku trajanja mandata navršši radni vek sudijska funkcija i funkcija predsednika suda prestaju istekom mandata predsednika suda (novi stav 2 u členu 74).⁹ Izmenama u členu 72 propisano je da se predsednik suda bira na četiri godine i da može ponovo biti biran za predsednika istog suda. Predsednicima

sno da rade do navršanja 45 godina radnog staža, dok drugi to pravo nemaju, pa se time povređuje Ustavom utvrđeno načelo jednakosti pred zakonom i zabrane diskriminacije iz člana 21 Ustava, odnosno povređuje se Ustavom zajemčeno pravo na rad iz člana 60 Ustava. Ustavni sud nije prihvatio inicijativu navodeći da osporene odredbe ranije i sada važećeg Zakona o sudijama kojima je, kao jedan od načina prestanka sudijske dužnosti, odnosno sudijske funkcije, predviđen i tzv. prestanak radnog veka, propisuju uslove za prestanak radnog veka, dakle uslove za starosnu penziju koje predviđa i Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju, to, po oceni Ustavnog suda, sudije na koje se primenjuju osporene zakonske odredbe, a koje su kao posebna kategorija zaposlenih u istoj pravnoj situaciji, nisu stavljene u nejednak položaj niti je u odnosu na njih izvršen bilo koji vid diskriminacije. Odluka Ustavnog suda IUz–131/2009, 4. mart 2010, iz arhive suda.

⁵ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o sudijama – ZID ZS 2013, *Službeni glasnik Republike Srbije* 101/2013.

⁶ Zakon o izmeni Zakona o sudijama–ZI ZS 2014, *Službeni glasnik Republike Srbije* 117/2014.

⁷ Zakon o dopuni Zakona o sudijama – ZD ZS 2015, *Službeni glasnik Republike Srbije* 40/2015.

⁸ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o sudijama – ZID ZS 2017, *Službeni glasnik Republike Srbije* 47/2017.

⁹ To bi značilo da se sudiji koji je sa 64 godine života izabran za predsednika suda sudijska funkcija produžava za četiri godine, jer toliko traje mandat predsednika suda, pa bi tom sudiji sudijska funkcija prestala sa navršanih 68 godina života. Postavlja se pitanje i da li se citirana odredba člana 74, stav 2 ZS može primeniti na sudiju koji je izabran za predsednika Vrhovnog kasacionog suda jer je položaj i prestanak funkcije predsednika tog suda regulisan članom 79 ZS, dok se prethodne zakonske odredbe odnose na predsednike ostalih sudova opšte i posebne nadležnosti.

sudova koji su po ranijim propisima bili birani na period od pet godina uz nemogućnost ponovnog izbora omogućeno je da se još jednom biraju na funkciju predsednika suda, ovog puta na period od četiri godine.

3. O USTAVNOSTI PROPISIVANJA RAZLIČITOG PRAVNOG REŽIMA PRESTANKA SUDIJSKE FUNKCIJE NAVRŠENJEM RADNOG VEKA

Zakon o dopuni Zakona o sudijama iz 2015. godine, kojim je predviđeno da, za razliku od sudija svih drugih sudova, sudijama Vrhovnog kasacionog suda sudijska funkcija prestaje kad navrše 67 godina života, na snazi je skoro pet godina, ali se pitanje njegove ustavnosti još uvek nije postavilo. Neke druge odredbe Zakona o sudijama došle su pod lupu Ustavnog suda, a stavovi koje je Ustavni sud tim povodom zauzeo mogu biti primenljivi i kada se bude postavilo pitanje ustavnosti propisivanja različite starosne granice za prestanak sudijske funkcije zavisno od toga da li sudija vrši funkciju u Vrhovnom kasacionom ili u nekom drugom sudu.

Zakon o izmenama i dopunama Zakona o sudijama iz 2013. godine donela je Narodna skupština na sednici održanoj 20. novembra 2013. godine. Taj zakon je objavljen u *Službenom glasniku Republike Srbije* broj 101, od 20. novembra 2013. godine, a stupio je na snagu sledećeg dana, kada je i otpočela njegova primena, osim odredaba članova 3, 15 i 17, koje se primenjuju od 1. januara 2014. godine. Odredbama člana 16 ovog zakona izvršena je dopuna člana 42 osnovnog teksta Zakona o sudijama, dodavanjem dva nova stava, i to st. 5 i 6, kojima je propisano: da pravo na naknadu za odvojen život imaju sudije sudova republičkog ranga i apelacionih sudova i da pravo na naknadu iz st. 5 ovog člana utvrđuje Visoki savet sudstva.¹⁰ Dopunjeni član 42 osnovnog teksta Zakona o sudijama nalazi se pod rubrumom „Uvećanje osnovne plate sudije“, a odredbama st. 1 do 4 ovog člana, koje nisu menjane niti dopunjavane od usvajanja osnovnog teksta Zakona o sudijama iz decembra 2008. godine, propisano je: da se osnovna plata sudije koji obavlja funkciju u sudu u kome se ne mogu popuniti sudijska mesta može uvećati do 50%, da se osnovna plata sudije koji postupi u predmetima krivičnih dela sa elementom organizovanog kriminala i ratnog zločina može uvećati do 100%, da

¹⁰ U obrazloženju Predloga zakona uopšte nije navedeno zašto se pravo na naknadu za odvojeni život priznaje samo sudijama sudova republičkog ranga i sudijama apelacionih sudova, a ne i sudijama ostalih sudova u Republici Srbiji. Umesto razloga koji bi opravdali različit tretman u obrazloženju je samo navedeno kako se Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o sudijama uređuje pravo sudija na naknadu za odvojeni život (Narodna skupština Republike Srbije, 2013).

odluku o uvećanju osnovne plate iz st. 1 i 2 ovog člana donosi Visoki savet sudstva i da se osnovna plata zamenika predsednika suda uvećava za 50% uvećanja iz člana 40, stav 1 ovog zakona (članom 40, stav 1 Zakona o sudijama određeno je procentualno uvećanje plate predsednika suda).

Ustavnom sudu podneta je inicijativa za pokretanje postupka za ocenu ustavnosti i saglasnosti sa potvrđenim međunarodnim ugovorom odredaba člana 16 Zakona o izmenama i dopunama Zakona o sudijama (*Službeni glasnik RS* 101/13). U inicijativi je navedeno da, imajući u vidu da Ustav, kao najviši pravni akt države, izričito zabranjuje svaki oblik diskriminacije, po bilo kom osnovu, i ne dozvoljava zasnivanje takvih odnosa kojima bi se ukinulo ili ograničilo korišćenje, sticanje i uživanje ljudskih prava i građanskih prava zasnovanih na principu jednakosti i ravnopravnosti, predlagač smatra da je odredba člana 16 Zakona o izmenama i dopunama Zakona o sudijama u suprotnosti sa odredbama člana 21 Ustava i člana 14 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, kao i sa odredbom člana 1 Protokola 12 uz ovu konvenciju, jer je reč o zaštiti istog pravnog načela – zabrani diskriminacije po bilo kom osnovu. Inicijator ističe da je u konkretnom slučaju povređeno načelo zaštite jednakosti svih pred Ustavom i zakonom jer se na osnovu osporenog rešenja iz člana 16 Zakona omogućava nejednako postupanje prilikom utvrđivanja prava na naknadu za odvojen život, prema sudijama viših sudova u odnosu na sudije Vrhovnog kasacionog suda i apelacionih sudova u Republici Srbiji, iako su svi ti sudovi – sudovi opšte nadležnosti, pri čemu ne postoji nikakav pravni osnov koji bi to različito postupanje opravdao.

Ustavni sud je 7. septembra 2015. godine doneo rešenje IUz–92/2014 o pokretanju postupka za ocenu ustavnosti i saglasnosti sa potvrđenim međunarodnim ugovorom odredaba člana 16 Zakona o izmenama i dopunama Zakona o sudijama (*Službeni glasnik RS* 101/13). U obrazloženju rešenja Ustavnog suda se, između ostalog kaže: „Polazeći od izloženog ustavnopravnog okvira koji je od značaja za razmatranje spornih ustavnopravnih pitanja u ovom predmetu, a posebno od odredaba čl. 146 do 152 Ustava kojima je utvrđen položaj sudija u obavljanju sudijske funkcije, izbor sudija i prestanak sudijske funkcije, Ustavni sud konstatuje da je Narodna skupština ovlašćena da zakonom uredi prava, dužnosti i obaveze sudija i predsednika sudova u obavljanju sudijske funkcije. Saglasno navedenom, Skupština je Zakonom o sudijama uredila načela sudijske funkcije, položaj i izbor sudije, prestanak sudijske funkcije, položaj predsednika suda i sudije porotnika i disciplinsku odgovornost sudija. U pogledu ostvarivanja prava sudije iz radnog odnosa članom 11 ovog zakona je propisano da sudija ova prava ostvaruje u skladu sa propisima koji uređuju prava iz radnog odnosa izabranih lica, ako ovim zakonom nije drukčije određeno. Iz navedenog sledi da pojedina pita-

nja iz radnog odnosa sudije mogu biti uređena Zakonom o sudijama i na drugačiji način nego što je to uređeno propisima koji uređuju prava iz radnog odnosa izabranih lica. Polazeći od navedenog, Zakonom o sudijama su i uređena određena pitanja koja se odnose na materijalni položaj sudija i predsednika sudova, a vezana su za ostvarivanje prava iz radnog odnosa ovih lica, tj. pravo na osnovnu platu i način njenog određivanja, pravo na osnovnu platu, naknade i druga primanja u slučaju premeštaja ili upućivanja sudije i pravo na uvećanje osnovne plate. Međutim, ovim zakonom nisu posebno uređena pitanja koja se odnose na vrste naknada i drugih primanja koje sudija ima u toku obavljanja sudijske funkcije, kao ni uslovi, način ostvarivanja ni visina ovih primanja sudija, niti ko je nadležan za njihovo propisivanje. Po prvi put se, na osnovu osporenog člana 16 Zakona o izmenama i dopunama Zakona o sudijama iz 2013. godine u Zakon o sudijama, u okviru regulisanja navedenih pitanja vezanih za materijalni položaj sudija, u članu 42. Osnovnog teksta Zakona, koji se nalazi pod rubrumom „Uvećanje osnovne plate sudije“ propisuje pravo na određenu naknadu troškova sudiji u toku obavljanja sudijske funkcije i to tako što je utvrđeno pravo na naknadu za odvojen život za sudije određenih sudova, tj. sudova republičkog ranga i apelacionih sudova. Povodom navedenog, Ustavni sud konstatuje da se najpre kao sporno otvara pitanje zašto je samo pravo na naknadu za odvojen život utvrđeno Zakonom o sudijama, odnosno da li je navedeno pravo propisano ovim zakonom saglasno članu 11 Zakona o sudijama, kojim je ovim zakonom dozvoljeno drugačije uređenje ostvarivanja prava iz radnog odnosa sudija u odnosu na propise koji uređuju prava iz radnog odnosa izabranih lica. Međutim, osporenim odredbama člana 16 Zakona nisu određeni neki posebni, tj. drugačiji uslovi za sticanje ovog prava od uslova koji su propisani Uredbom Vlade, na osnovu koje izabrana lica u državnim organima ostvaruju prava na naknade i druga primanja u toku obavljanja svoje funkcije, a odnose se na udaljenost novog radnog mesta u odnosu na mesto prebivališta i prethodno radno mesto sudije, njegovu odvojenost od porodice i nerešeno stambeno pitanje, već je kao jedini uslov za sticanje ovog prava određena vrsta suda u kome sudija vrši svoju funkciju. Naime, ovo pravo osporenim Zakonom je dato samo sudijama koji funkciju vrše u sudovima republičkog ranga i apelacionim sudovima, iz čega sledi da pravo na naknadu za odvojen život nemaju sudije koje sude u osnovnom, višem, privrednom i prekršajnom sudu. Saglasno navedenom, za Ustavni sud je sporno da li utvrđivanje prava na naknadu za odvojen život na način kako je to učinjeno osporenim članom 16 Zakona predstavlja uređivanje ovog pitanja u skladu sa odredbom člana 21, stav 1 Ustava, prema kojoj su svi pred Ustavom i zakonom jednaki. Pri tome, Ustavni sud ističe da smisao instituta naknade troškova za odvojeni život od porodice jeste svojevrsna kompenzacija troškova koji nastaju usled premeštaja sudije u drugo mesto rada i koji zbog toga živi odvojeno od porodice i nema rešeno stam-

beno pitanje u novom mestu rada. Polazeći od navedenog, Ustavni sud nalazi da se kao sporno može postaviti pitanje da li ostvarivanje prava na naknadu za odvojen život sudije u zavisnosti od vrste suda u kome on/ona vrše svoju funkciju može biti legitimni osnov za različito postupanje u ostvarivanju ovog prava iz radnog odnosa, odnosno da li u konkretnoj situaciji postoji legitimni cilj za različito uređivanje prava na navedenu naknadu sudija...“¹¹

Iz obrazloženja rešenja o pokretanju postupka za ocenu ustavnosti navedene odredbe Zakona o izmenama i dopunama Zakona o sudijama može se zaključiti da se za Ustavni sud kao sporno postavilo pitanje da li se utvrđivanjem prava na naknadu za odvojen život samo određenim kategorijama sudija iz člana 16, stav 1 Zakona o izmenama i dopunama Zakona o sudijama, u zavisnosti od vrste suda u kome obavljaju sudijsku funkciju, narušava ustavni princip jednakosti svih pred Ustavom i zakonom iz člana 21, stav 1 Ustava i načelo zabrane diskriminacije, utvrđeno stavom 3 istog člana Ustava, odnosno da li za ovakvo različito zakonsko uređivanje prava za lica koja se mogu naći u istoj činjeničnoj i pravnoj situaciji postoji objektivno i razumno opravdanje.

Odlukom od 26. maja 2016. godine Ustavni sud je utvrdio da odredbe člana 16 Zakona o izmenama i dopunama Zakona o sudijama (*Službeni glasnik RS* 101/13) nisu u saglasnosti sa Ustavom i potvrđenim međunarodnim ugovorom. U obrazloženju odluke Ustavnog suda se, između ostalog, navodi: „...Povodom razloga za osporavanje odredaba člana 16 Zakona u odnosu na Ustavom utvrđen princip jednakosti svih pred Ustavom i zakonom iz člana 21, stav 1 Ustava, Ustavni sud najpre konstatuje da nejednako postupanje (diskriminacija), u najširem smislu reči, predstavlja drugačije tretiranje lica u istim ili sličnim situacijama bez objektivnog i razumnog opravdanja, pri čemu nepostojanje objektivnog i razumnog opravdanja znači da razlikovanje u pitanju ne teži legitimnom cilju ili da ne postoji razuman odnos proporcionalnosti između upotrebljenih sredstava i cilja čijoj se realizaciji teži. Polazeći od navedene definicije diskriminacije, Ustavni sud nalazi da je u ovom slučaju neophodno utvrditi da li se osporenim odredbom člana 16 Zakona uspostavlja drugačiji tretman prema sudijama u osnovnim i višim sudovima u odnosu na sudije u ostalim sudovima tj. sudovima republičkog ranga i apelacionim sudovima u istoj pravnoj situaciji i ako takav tretman postoji, da li za njegovo propisivanje postoji objektivno i razumno opravdanje ili ne. Povodom uspostavljanja drugačijeg pravnog tretmana, Ustavni sud je konstatovao da se osporeno rešenje iz člana 16 Zakona odnosi samo na pojedine, a ne na sve sudije, pri čemu zakonodavac ne navodi nikakve razloge za različito postupanje prilikom određivanja kruga subjekata kojima se priznaje pravo na odvojen život. Znači, od trenutka stupanja na snagu

¹¹ Rešenje Ustavnog suda IUz–92/2014, 7. septembar 2015, iz arhive suda.

ove zakonske odredbe, tj. od 21. novembra 2013. godine, uspostavlja se drugačiji tretman prema jednom broju sudija u Republici Srbiji u pogledu ostvarivanja prava na naknadu za odvojen život, na taj način što se pravi selekcija i ovo pravo priznaje samo sudijama republičkog ranga i apelacionih sudova, a to pravo ne priznaje se više sudijama u osnovnim i višim sudovima. Saglasno navedenom, Ustavni sud konstatuje da u istoj pravnoj situaciji postoji nejednako postupanje (različit tretman) prema sudijama u pogledu ostvarivanja prava na naknadu za odvojen život. Međutim, kao što je već istaknuto, razlike u pogledu uživanja nekog prava utvrđenog zakonom unutar jedne grupe lica u istoj ili sličnoj pravnoj situaciji ne predstavljaju nejednako postupanje ukoliko za to razlikovanje postoji objektivno i razumno opravdanje. Da bi se utvrdilo da li je za propisivanje nejednakog postupanja u slučaju predviđenom odredbom člana 16, stav 1 osporenog Zakona postojalo objektivno i razumno opravdanje, Ustavni sud je najpre pošao od konstatacije da postojanje objektivnog i razumnog opravdanja za uspostavljanje različitog postupanja mora da proizlazi iz prirode stvari i da bude u funkciji postizanja određenog legitimnog cilja, te da u konkretnoj situaciji postoji razuman odnos proporcionalnosti između ograničenja prava i cilja čijoj se realizaciji teži. Polazeći od navedenog, Ustavni sud ističe da se svrha instituta naknade troškova za odvojen život od porodice ogleda u svojevrstnoj kompenzaciji troškova koji nastaju usled premeštaja sudije u drugo mesto rada i koji zbog toga živi odvojeno od porodice i nema rešeno stambeno pitanje u novom mestu rada kako bi mogao živeti sa svojom porodicom. Kako se Zakonom o sudijama ne pravi razlika između sudija u pogledu regulisanja njihovog premeštaja, odnosno upućivanja saglasno odredbama čl. 19 do 21 ovog zakona u drugo mesto rada, to Ustavni sud nalazi da vrsta suda u kome sudija vrši svoju funkciju ne može biti legitimni osnov za različito postupanje u ostvarivanju ovog prava iz radnog odnosa. Uz to, za uskraćivanje ovog prava određenoj kategoriji sudija, i to samo iz razloga što svoju funkciju obavljaju u osnovnim, odnosno višim sudovima, po oceni Suda ne postoji ni razumno i objektivno opravdanje, jer se različito propisuje pravo na naknadu za odvojen život samo prema vrsti suda u kome sudija obavlja svoju funkciju. Ustavni sud nalazi da se na propisan način uvodi nejednakost između sudija, odnosno da se unutar iste skupine lica sudijske struke prave razlike u ostvarivanju jednog istog prava po osnovu rada, protivno ustavnom jemstvu o jednakosti svih pred zakonom.

Polazeći od svega navedenog, Ustavni sud je utvrdio da se propisivanjem prava na naknadu za odvojen život samo određenim kategorijama sudija iz osporenog člana 16 Zakona narušavaju ustavni princip jednakosti svih pred Ustavom i zakonom iz člana 21, stav 1 Ustava i načelo zabrane diskriminacije utvrđeno stavom 3 istog člana Ustava, odnosno da za ovakvo različito zakonsko uređivanje prava za lica koja se mogu naći u istoj pravnoj i činjeničnoj situaciji ne postoji objektivno i razumno

opravdanje. Iz istog razloga, Ustavni sud je utvrdio da osporene odredbe člana 16 Zakona nisu u saglasnosti ni sa odredbama člana 14 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i člana 1 Protokola 12 uz ovu konvenciju, imajući u vidu da je ovim odredbama Evropske konvencije proklamovano načelo zabrane diskriminacije na isti način kako je to utvrđeno i Ustavom Republike Srbije...¹²

Na osnovu gotovo identičnog obrazloženja, Ustavni sud je proglasio neustavnim odredbu člana 73, stav 5 Zakona o javnom tužilaštvu,¹³ kojom je bilo priznato pravo na naknadu za odvojeni život samo određenim kategorijama javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca, u zavisnosti od toga u kom tužilaštvu obavljaju svoju funkciju. Odredbom člana 73, stav 5 ZJT bilo je propisano da pravo na naknadu za odvojen život imaju samo javni tužioci, odnosno zamenici javnih tužilaca u Republičkom javnom tužilaštvu, javnim tužilaštvima posebne nadležnosti i apelacionim javnim tužilaštvima. Ustavni sud je utvrdio da se propisivanjem prava na naknadu za odvojen život samo određenim kategorijama javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca iz osporenog člana 73, stav 5 Zakona narušava ustavni princip jednakosti svih pred Ustavom i zakonom iz člana 21, stav 1 Ustava i načelo zabrane diskriminacije utvrđeno stavom 3 istog člana Ustava, odnosno da za različito zakonsko uređivanje prava za lica koja se mogu naći u istoj pravnoj i činjeničnoj situaciji ne postoji objektivno i razumno opravdanje.¹⁴ Interesantno je da nakon donošenja citiranih odluka Ustavnog suda pravo na naknadu za odvojeni život više nije uređeno ni u odredbama ZS ni u odredbama ZJT. Stavovi Ustavnog suda u skladu su sa jednom od prvih odluka koje je taj sud doneo o pitanju diskriminacije, u predmetu IU 347/2005 od 22. jula 2010. godine (Bodiřoga 2019, 442).

Sušćina obrazloženja citiranih odluka Ustavnog suda svodi se na to da se priznavanjem prava na naknadu za odvojeni život samo određenim kategorijama sudija, odnosno samo određenim kategorijama javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca uvodi nejednako postupanje (različit tretman) u pogledu ostvarivanja prava na naknadu za odvojeni život. Prema shvatanju Ustavnog suda, razlike u pogledu uživanja nekog prava utvrđenog zakonom unutar jedne grupe lica u istoj ili sličnoj pravnoj situaciji ne predstavljaju nejednako postupanje ukoliko za to razlikovanje postoji objektivno i razumno opravdanje. Samo postojanje objektivnog i razumnog opravdanja za uspostavljanje različitog postupanja mora da proizlazi iz prirode stvari i da bude u funkciji postizanja određenog legitimnog cilja, te da u konkretnoj situaciji postoji razuman odnos proporcij-

¹² Odluka Ustavnog suda IUz–92/2014, 26. maj 2016, iz arhive suda.

¹³ Zakon o javnom tužilaštvu – ZJT, *Službeni glasnik RS* 116/2008, 104/2009, 101/2010, 78/2011 – dr. zakon, 101/2011, 38/2012 – odluka US, 121/2012, 101/2013, 111/2014 – odluka US, 117/2014, 106/2015, 63/2016 – odluka US.

¹⁴ Odluka Ustavnog suda IUz–80/2014, 21. april 2016, iz arhive suda.

onalnosti između ograničenja prava i cilja čijoj se realizaciji teži. Polazeći od svega navedenog, Ustavni sud je našao da nije postojalo objektivno i razumno opravdanje za uskraćivanje prava na odvojeni život određenim kategorijama sudija, javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca, usled čega su sporne zakonske odredbe proglašene neustavnim.

Sledom navedene argumentacije Ustavnog suda može se postaviti pitanje ustavnosti različitog pravnog režima u pogledu prestanka sudijske funkcije navršenjem radnog veka, u zavisnosti od toga u kom sudu sudija obavlja svoju funkciju. Zakon o dopuni Zakona o sudijama usvojen je krajem 2015. godine, a dodavanje novog stava 2 u članu 59, kojim je samo za sudije Vrhovnog kasacionog suda propisano da im sudijska funkcija prestaje kada navršše 67 godina života, za razliku od sudija svih ostalih sudova kojima funkcija prestaje kad navršše 65 godina života, bilo je praćeno kratkim navođenjem razloga zbog kojih je predlagač smatrao da za sudije Vrhovnog kasacionog suda treba da važi drugačiji pravni režim od onog koji je propisan za sudije svih ostalih sudova u Republici Srbiji. U obrazloženju Predloga navedeno je kako je važećim zakonskim rešenjem propisano da sudiji prestaje radni vek kad navršši 65 godina života, po sili zakona, bez obzira na stepen suda, ali kako je Vrhovni kasacioni sud najviši sud u Republici Srbiji koji prema članu 31 ZUrS obezbeđuje jedinstvenu primenu prava i jednakost stranaka u sudskim postupcima, a sudije Vrhovnog kasacionog suda predstavljaju najstručnije sudije, neophodno je da se radi zaštite prava na pravično suđenje zakonom omogući da te sudije vrše funkciju dve godine duže od sudija sudova nižeg stepena (Narodna skupština Republike Srbije, 2015). Tačno je da su uslovi za izbor sudija Vrhovnog kasacionog suda stroži nego uslovi za izbor sudija ostalih sudova u Republici Srbiji (član 44 ZS), međutim sporno je da li se time može opravdati prestanak sudijske funkcije sudijama Vrhovnog kasacionog suda sa 67 godina života, dok sudijama svih ostalih sudova prestaje sudijska funkcija sa navršenih 65 godina života. U obrazloženju se još navodi kako je neophodno da sudije Vrhovnog kasacionog suda rade dve godine duže nego sudije ostalih sudova radi zaštite prava na pravično suđenje. Veza između radnog veka sudija Vrhovnog kasacionog suda ili najvišeg suda uopšte i jemstava koja proizilaze iz prava na pravično suđenje ne postoji (Popović 2012, 239–267).

Videli smo da su raniji zakoni o sudijama propisivali iste uslove za prestanak sudijske funkcije usled navršenja radnog veka za sve sudije, iako su i po tim zakonima uslovi za izbor sudija Vrhovnog kasacionog suda bili stroži nego uslovi za izbor sudija ostalih sudova. Stepenu suda u kojem sudija vrši sudijsku funkciju nije opravdanje za ustanovljavanje različitog pravnog režima u pogledu prestanka sudijske funkcije navršenjem radnog veka. Pravo stranke na pravično suđenje nema nikakve veze sa dužinom radnog veka sudija Vrhovnog kasacionog suda. Različit režim u pogledu dužine radnog veka u zavisnosti od toga u kom sudu sudija vrši funkciju nije rasprostranjen ni u uporednom pravu. U Nemačkoj se ta

starosna granica određuje na isti naćin za sve sudije izabrane na stalnu sudijsku funkciju, nezavisno od stepena suda u kom vrše funkciju (Rosenberg, Schwab, Gottwald 2010, 123; Schilken 2010, 23; ćlan 48 Zakona o sudijama). U Austriji se takođe ne pravi razlika u pogledu dućine trajanja radnog veka sudije u zavisnosti od toga u kom sudu sudija vrši funkciju i navršenje radnog veka nastupa istekom meseca u kojem sudija puni 65 godina (Zakon o sudijskoj i javnotućilaćkoj slućbi Austrije, ćlan 99).

Slićna je situacija i u drćzavama nastalim raspadom nekadašnje SFRJ. Tako u Hrvatskoj, u skladu sa ćlanom 120, stav 2, taćka 5 Ustava, sudiji prestaje funkcija kad navršu 70 godina ćivota, bez obzira na to u kom sudu vrši sudijsku funkciju (Triva, Dika 2004, 219). U Crnoj Gori sudiji prestaje funkcija kad ostvari uslov za starosnu penziju, nezavisno od toga u kom sudu vrši sudijsku funkciju (Ustav Crne Gore, ćlan 121, stav 2).

U našojoj pravnoj teoriji ne mogu se naći stavovi prema kojima u pogledu navršjenja radnog veka treba da vaćže razlićita pravila za sudije Vrhovnog kasacionog suda u odnosu na sudije svih ostalih sudova (Jakšić 2018, 135; Keća, Knećević 2016, 71–72; Poznić, Rakić Vodinelić 2015, 99–101; Stanković, Mandić 2013, 61–63; Rakić Vodinelić 2012, 171–172; Ilić 2009, 44–47).

U presudama Evropskog suda za ljudska prava u kojima je po predstavkama pojedinih sudija razmatran prestanak njihove funkcije navršljenjem radnog veka zastupan je stav da je retroaktivno smanjivanje starosne granice za navršenje radnog veka nedopustivo i da se time potkopava nezavisnost sudstva, ali se ni u tim presudama ne mogu naći argumenti koji bi opravdali propisivanje razlićite starosne granice za navršenje radnog veka u zavisnosti od toga u kom sudu sudija vrši sudijsku funkciju.¹⁵ U preporukama Saveta Evrope u kojima se razmatraju sudijska nezavisnost i nepristrasnost i osnovi prestanka sudijske funkcije, kao ni u preporukama u kojima se razmatra uloga sudova najvišeg stepena u sudskim postupcima, ne sugerise se usvajanje rešenja prema kojima bi za te sudije vaćzila posebna pravila o navršanju radnog veka (Bodiřoga 2012, 233).

Navršenje radnog veka javnog tućioca i zamenika javnog tućioca ne zavisi od toga u kom tućilaćtvu javni tućilac, odnosno zamenik javnog tućioca vrši svoju funkciju. Javnom tućiocu i zameniku javnog tućioca prestaje funkcija kad navršu 65 godina, po sili zakona (ćlan 89 ZJT).¹⁶ Ne postoji posebna zakonska odredba o prestanku funkcije navršljenjem radnog veka za republićkog javnog tućioca, kojom bi bilo predvićdeno da njegov radni vek traje duće od radnog veka tućilaca koji vrše funkciju u drugim tućilaćtvima.

¹⁵ European Court of Human Rights (Grand Chamber), *Baka v. Hungary*, 23. 6. 2016, paras. 57–83.

¹⁶ Mandat zamenika javnog tućioca koji je prvi put izabran na funkciju traje tri godine (ćlan 56, stav 1 ZJT).

Član 158 Ustava posvećen je republičkom javnom tužiocu koji vrši nadležnost javnog tužilaštva u okviru prava i dužnosti Republike Srbije (stav 1). Republičkog javnog tužioca, na predlog Vlade, po pribavljenom mišljenju nadležnog odbora Narodne skupštine, bira Narodna skupština (član 158, stav 2 Ustava). Republički javni tužilac bira se na period od šest godina i može biti ponovo biran (član 158, stav 3 Ustava). Republičkom javnom tužiocu prestaje funkcija ako ne bude ponovo izabran, kada sam to zatraži, nastupanjem zakonom propisanih uslova ili razrešenjem iz zakonom propisanih razloga (član 158, stav 4 Ustava). Odluku o prestanku funkcije republičkom javnom tužiocu donosi Narodna skupština, u skladu sa zakonom, pri čemu odluku o razrešenju donosi na predlog Vlade (član 158, stav 5 Ustava).

Članom 25 ZJT propisano je da republički javni tužilac izdaje u pismenoj formi opšta obavezna uputstva za postupanje svih javnih tužilaca radi postizanja zakonitosti, delotvornosti i jednoobraznosti u postupanju. Članom 29, stav 1 ZJT propisano je da republički javni tužilac vrši nadležnost javnog tužilaštva u okviru prava i dužnosti Republike Srbije. Republički javni tužilac nadležan je da postupa pred svim sudovima i drugim organima u Republici Srbiji i da preduzima sve radnje na koje je javno tužilaštvo ovlašćeno (član 29, stav 2 ZJT). Nadležan je i da: 1. ulaže vanredna pravna sredstva u skladu sa zakonom; 2. nadzire rad javnih tužilaštava i sprovođenje uputstava, prati i proučava praksu javnih tužilaštava i sudova; 3. predlaže programe stručnog usavršavanja javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca; 4. podnosi Narodnoj skupštini redovni godišnji izveštaj o radu javnih tužilaštava u Republici Srbiji i izveštaje koje zatraži nadležni odbor Narodne skupštine; 5. vrši druge poslove određene zakonom (član 29, stav 3 ZJT). U poslovima iz svoje nadležnosti, republički javni tužilac postupa neposredno i posredstvom svojih zamenika (član 29, stav 4 ZJT). Članom 77 ZJT propisani su posebni uslovi za izbor javnog tužioca i zamenika javnog tužioca, a najstroži uslovi propisani su za izbor republičkog javnog tužioca. Za javnog tužioca i zamenika javnog tužioca može biti izabrano lice koje, osim opštih uslova, ima radno iskustvo u pravnoj struci nakon položenog pravosudnog ispita, i to: četiri godine za osnovnog javnog tužioca i tri godine za zamenika osnovnog javnog tužioca; sedam godina za višeg javnog tužioca i šest godina za zamenika višeg javnog tužioca; deset godina za apelacionog javnog tužioca i javnog tužioca posebne nadležnosti i osam godina za zamenika apelacionog javnog tužioca i zamenika javnog tužioca posebne nadležnosti; dvanaest godina za republičkog javnog tužioca i jedanaest godina za njegovog zamenika.

Sve citirane ustavne i zakonske odredbe koje posebno izdvajaju republičkog javnog tužioca u odnosu na tužioce koji vrše svoju funkciju u drugim javnim tužilaštvima, kako u pogledu uslova za izbor, tako u pogledu nadležnosti, nisu bile opravdanje da se ustanovi posebno pravilo

o prestanku funkcije republićkog javnog tuŹioca navršenjem radnog veka, ĉime bi se omogućilo da radni vek republićkog javnog tuŹioca traje duŹe od radnog veka tuŹilaca koji svoju funkciju vrše u drugim tuŹilaštva.

4. NAVRŠENJE RADNOG VEKA SUDIJA USTAVNOG SUDA

Ustavni sud je samostalan i nezavisan drŹavni organ koji štiti ustavnost i zakonitost i ljudska i manjinska prava i slobode (ĉlan 166, stav 1 Ustava). Ćini ga 15 sudija koji se biraju i imenuju na devet godina (ĉlan 172, stav 1 Ustava). Pet sudija Ustavnog suda bira Narodna skupština, pet imenuje predsednik Republike, a pet opšta sednica Vrhovnog kasacionog suda (ĉlan 172, stav 2 Ustava). Narodna skupština bira pet sudija Ustavnog suda između 10 kandidata koje predloŹi predsednik Republike, predsednik Republike imenuje pet sudija Ustavnog suda između 10 kandidata koje predloŹi Narodna skupština, a opšta sednica Vrhovnog kasacionog suda imenuje pet sudija između 10 kandidata koje na zajednićkoj sednici predloŹe Visoki savet sudstva i DrŹavno veće tuŹilaca (ĉlan 172, stav 3 Ustava). Sa liste predloŹenih kandidata jedan od izabranih kandidata mora biti sa teritorije autonomnih pokrajina (ĉlan 172, stav 4 Ustava). Sudija Ustavnog suda se bira i imenuje među istaknutim pravnicima sa najmanje 40 godina Źivota i 15 godina iskustva u pravnoj struci (ĉlan 172, stav 5 Ustava). Jedno lice moŹe biti birano ili imenovano za sudiju Ustavnog suda najviše dva puta (ĉlan 172, stav 6 Ustava). Sudije Ustavnog suda iz svog sastava biraju predsednika na period od tri godine, tajnim glasanjem (ĉlan 172, stav 7 Ustava).

Sudiji Ustavnog suda duŹnost prestaje istekom vremena na koje je izabran ili imenovan, na njegov zahtev, kad ispuni zakonom propisane opšte uslove za starosnu penziju ili razrešenjem (ĉlan 174, stav 1 Ustava). Sudija Ustavnog suda razrešava se ako povredi zabranu sukoba interesa, trajno izgubi radnu sposobnost za duŹnost sudije Ustavnog suda, bude osuđen na kaznu zatvora ili za kaŹnjivo delo koje ga ĉini nedostojnim duŹnosti sudije Ustavnog suda (ĉlan 174, stav 2 Ustava). O prestanku duŹnosti sudije, na zahtev ovlašćenih predlagaa za izbor, odnosno imenovanje za izbor sudije Ustavnog suda, odlućuje Narodna skupština, dok inicijativu za pokretanje postupka moŹe da podnese Ustavni sud (ĉlan 174, stav 3 Ustava).

Za razliku od sudija redovnih sudova, prestanak sudijske funkcije sudije Ustavnog suda navršenjem radnog veka povezan je sa ostvarivanjem uslova za starosnu penziju. Ćlanom 14, stav 2 Zakona o Ustavnom sudu¹⁷ propisano je da sudiji prestaje duŹnost ispunjenjem uslova za sta-

¹⁷ Zakon o Ustavnom sudu – ZUS, *SluŹbeni glasnik RS* 109/2007, 99/2011, 18/2013 – odluka US, 40/2015 i 103/2015.

rosnu penziju, ali da Ustavni sud može izuzetno, zbog rada na započetim predmetima, produžiti radni vek sudiji do okončanja predmeta na kojima je bio angažovan, a najduže do isteka vremena na koje je izabran, odnosno imenovan, uz njegovu saglasnost.

Na taj način ZUS neznatno ublažava dejstvo ustavne norme koja prestanak radnog veka sudije Ustavnog suda poistovećuje sa ostvarivanjem opštih uslova za starosnu penziju. Ustavna odredba kojom se prestanak sudijske funkcije sudije Ustavnog suda čini zavisnim od ostvarivanja uslova za starosnu penziju nije u skladu sa rešenjima uporednog prava. Tako u Austriji sudije Ustavnog suda navršavaju radni vek 31. decembra one godine u kojoj su navršili 70 godina (Heller 2010, 202), dok se u Nemačkoj sudije Saveznog ustavnog suda biraju na period od 12 godina, a pre toga im funkcija može prestati poslednjeg dana u mesecu u kojem pune 68 godina. U Nemačkoj je minimalna starosna granica za izbor sudije Saveznog ustavnog suda postavljena na 40 godina, isto kao i u Republici Srbiji, a mandat im traje dvanaest godina (Zakon o Saveznom ustavnom sudu Savezne Republike Nemačke, čl. 3 i 4). Imajući u vidu da prema našem Ustavu isto lice može biti birano ili imenovano za sudiju Ustavnog suda najviše dva puta, pri čemu mandat traje devet godina, smatramo da bi prestanak sudijske funkcije sudije Ustavnog suda trebalo usloviti određenom starosnom granicom, na način na koji je to učinjeno u pravnim sistemima čija rešenja smo citirali.

5. UMESTO ZAKLJUČKA

U radu smo razmatrali zakonska rešenja kojima se uređuje prestanak sudijske funkcije usled navršenja radnog veka. U Republici Srbiji u periodu 2008–2017. godine ti propisi menjani su tri puta. Najpre je prestanak sudijske funkcije usled navršenja radnog veka povezivan sa ostvarivanjem 40 godina staža osiguranja ili sa navršenjem 65 godina života. Ta zakonska odredba je prošla kontrolu u postupku pred Ustavnim sudom. Zakonodavac je 2014. godine propisao da sudiji prestaje sudijska funkcija kad navršši 65 godina života, po sili zakona, da bi godinu dana kasnije bio propisan izuzetak samo za sudije Vrhovnog kasacionog suda, kojima sudijska funkcija prestaje sa navršenih 67 godina života, po sili zakona. Razloge za postojanje posebnog pravnog režima za prestanak sudijske funkcije sudijama Vrhovnog kasacionog suda zakonodavac je našao u tome što su to najstručnije sudije u Republici Srbiji i zbog ostvarivanja prava na pravično suđenje. Bez obzira na to što su uslovi za izbor sudija Vrhovnog kasacionog suda stroži nego uslovi za izbor sudija ostalih sudova u Republici Srbiji, smatramo da za propisivanje različitog pravnog režima u pogledu dužine trajanja radnog veka za sudije

Vrhovnog kasacionog suda u odnosu na sudije svih drugih sudova, ne postoje opravdani razlozi. To pokazuju i rešenja uporednog prava koja smo u radu prikazali, koja ne prave razliku u pogledu dužine trajanja radnog veka sudije u zavisnosti od toga u kom sudu sudija vrši funkciju. Dužina trajanja radnog veka sudija najvišeg suda ne može se dovesti u vezu ni sa ostvarivanjem prava na pravično suđenje, kako je navedeno u obrazloženju tog zakonskog rešenja. Osim toga, Ustavni sud je prilikom ocene ustavnosti drugih odredaba Zakona o sudijama zauzeo stav da je neustavno priznavanje prava na naknadu za odvojeni život samo sudijama sudova republičkog ranga i sudijama apelacionih sudova nalazeći da je time povređeno ustavno načelo zabrane diskriminacije, jer zakonodavac nije naveo razloge koji bi opravdali takvo razlikovanje. Smatramo da obrazloženje koje je zakonodavac dao kada je propisao posebnu starosnu granicu za navršenje radnog veka za sudije Vrhovnog kasacionog suda ne bi zadovoljilo standarde Ustavnog suda.

Osim toga, problematičnom smatramo i odredbu prema kojoj se predsedniku suda koji je navršio radni vek u toku trajanja mandata i sudijska funkcija i funkcija predsednika suda produžavaju do isteka mandata, što je rezultat izmena ZS iz 2017. godine. Na taj način privileguje se predsednik suda u odnosu na sve druge sudije iz tog suda, a za takav privilegovan položaj ne postoje opravdani razlozi.

Za razliku od sudija redovnih sudova čiji se radni vek navršava sa 65 odnosno 67 godina života, sudijama Ustavnog suda sudijska funkcija prestaje kada ostvare uslove za starosnu penziju. Opet za razliku od sudija redovnih sudova kojima je dužina trajanja radnog veka regulisana zakonom i zbog toga je podložna čestim izmenama, dužina trajanja radnog veka sudija Ustavnog suda uređena je Ustavom. Smatramo da je rešenje prema kojem sudiji Ustavnog suda prestaje funkcija zbog ostvarivanja uslova za starosnu penziju neodgovarajuće i ne uvažava činjenicu da isto lice može biti birano za sudiju Ustavnog suda dva puta i da mandat sudije Ustavnog suda traje devet godina. Prilikom predlaganja amandmana na Ustav, Ministarstvo pravde je predložilo izmenu u članu 145 Ustava kako bi omogućilo da sudska odluka bude predmet preispitivanja ne samo u postupku pred sudom pravnog leka nego i pred Ustavnim sudom u postupku po ustavnoj žalbi, ali se nije bavilo izborom, imenovanjem i prestankom sudijske funkcije sudijama Ustavnog suda.

LITERATURA (REFERENCES)

- Bodiřoga, Nikola. 2019. *Ustavna jemstva u parničnom postupku*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Bodiřoga, Nikola. 2012. *Novi Zakon o parničnom postupku*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

- Zakon o Saveznom ustavnom sudu SR Nemačke, <https://www.gesetze-im-internet.de/bverfgg/BVerfGG.pdf>, poslednji pristup 24. aprila 2020.
- Zakon o sudijskoj i javnotužilačkoj službi Austrije, <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10008187>, poslednji pristup 24. aprila 2020.
- Ilić P. Goran. 2009. *Pravosudno organizaciono pravo*. Beograd: Službeni glasnik.
- Jakšić, Aleksandar. 2018. *Građansko procesno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Keča, Ranko i Marko Knežević. 2016. *Građansko procesno pravo*. Beograd: Službeni glasnik.
- Narodna skupština Srbije, Predlog zakona o izmenama i dopunama zakona o sudijama, http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi_zakona/1439-13Lat.pdf, poslednji pristup 29. aprila 2020.
- Narodna skupština Srbije, Predlog zakona o dopuni zakona o sudijama, http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi_zakona/1107-15%20-%20lat.pdf, poslednji pristup 29. aprila 2020.
- Poznić, Borivoje i Vesna Rakić Vodinelić. 2015. *Građansko procesno pravo*. Beograd: Službeni glasnik i Pravni fakultet Univerziteta Union.
- Popović, Dragoljub. 2012. *Evropsko pravo ljudskih prava*. Beograd: Službeni glasnik.
- Rakić Vodinelić, Vesna. 2012. *Pravosudno organizaciono pravo*. Beograd: Službeni glasnik i Pravni fakultet Univerziteta Union.
- Rosenberg, Leo, Schwab, Karl-Heinz, Peter Gottwald. 2010. *Zivilprozessrecht*. München: Verlag C. H. Beck.
- Schilken, Eberhard. 2010. *Zivilprozessrecht*. München: Verlag C. H. Beck.
- Stanković, Gordana i Ljubica Mandić. 2013. *Organizaciono građansko procesno pravo*. Niš: Sven.
- Triva Siniša i Mihajlo Dika. 2004. *Građansko parnično procesno pravo*. Zagreb: Narodne Novine.
- Ustav Crne Gore, <https://www.paragraf.rs/>, poslednji pristup 27. aprila 2020.
- Heller, Kurt. 2010. *Der Verfassungsgerichtshof: Die Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich von den Anfängen bis zur Gegenwart*. Wien: Verlag Österreich.

Nikola Bodiroga, PhD

Full Professor

University of Belgrade Faculty of Law

TERMINATION OF JUDGE'S OFFICE WITH RETIREMENT AGE

Summary

The purpose of this paper is to address the issue of retirement age for judges in Serbia. The Law on Judges has been changed several times in this regard and according to the current situation there is a difference in the legal status of judges of the Supreme Court of Cassation and judges of all other courts. According to the standards set by the Constitutional Court in its jurisprudence, different legal status within a group of people in the same or similar situation would have to be justified by very weighty or compelling reasons. The legislator has failed to provide objective and reasonable justification for establishing special rules that apply only to the judges of the Supreme Court of Cassation. In comparative legal systems that are analysed in this paper, retirement age is based on the same criteria for all judges, regardless of the rank of the court.

Key words: *Judge's office. – Termination of office. – Retirement age. – President of the court. – Supreme Court of Cassation. – Constitutional Court.*

Review history:

Received: 30. 4. 2020.

Accepted: 21. 5. 2020.

KOMENTARI SUDSKIH ODLUKA

UDK 342.7(497.11)

CERIF: S130, S148, S112

DOI: 10.5937/AnalPFB2002200D

Dr Marija Draškić*

PRIVILEGOVANI ROK ZASTARELOSTI: NEUJEDNAČENA PRAKSA VRHOVNOG (KASACIONOG) SUDA I STAV USTAVNOG SUDA

Iako se na normativnom, pa i na praktičnom nivou razlika u nadležnostima Ustavnog suda i redovnih sudova može dobro videti i objasniti, u Srbiji se vodila usijana rasprava o tome da li Ustavni sud uopšte može da kontroliše sudske odluke, odnosno da poništava sudske odluke, a posebno odluke najvišeg suda. Cilj ovog teksta je da prikaže jednu odluku Ustavnog suda koja dobro ilustruje i opravdava razloge zbog kojih je Ustavni sud dobio ovlašćenje da odlučuje i o ustavnim žalbama i tako uđe u prostor neposredne zaštite ustavom zajemčenih ljudskih prava i sloboda. U slučaju koji će biti predmet ovog komentara Ustavni sud je delovao na ujednačavanju nedosledne sudske prakse povodom spora o tome da li privilegovani rok zastarelosti treba da važi prema svakom odgovornom licu, a ne samo prema štetniku, i time zaštitio pravo na pravično suđenje onih građana koji su takvom praksom bili oštećeni.

Ključne reči: *Ustavni sud. – Vrhovni (kasacioni) sud. – Ustavna žalba. – Ljudska prava. – Privilegovani rok zastarelosti.*

1. UVODNE NAPOMENE

Osim klasične nadležnosti apstraktne normativne kontrole opštih akata i ocene njihove saglasnosti sa Ustavom, donošenjem Ustava od 2006. godine i uvođenjem instituta ustavne žalbe Ustavni sud (US) dobio je u nadležnost i da odlučuje o ustavnosudskoj zaštiti ljudskih i manjinskih prava i sloboda.¹ Normativni okvir za postupanje US po ustavnim

* Redovna profesorka Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu i sudija Ustavnog suda Srbije u periodu 2007–2016. godine, maja@ius.bg.ac.rs.

¹ Ustav je stupio na snagu 8. novembra 2006. godine. Videti Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS* 98/2006, čl. 170.

žalbama čine odredbe Ustava i Zakona o Ustavnom sudu (ZoUS)² prema kojima se ustavna žalba može izjaviti ako su povređeni ili uskraćeni ljudsko ili manjinsko pravo i sloboda zajemčena Ustavom, ako je ta povreda ili uskraćivanje izvršeno pojedinačnim aktom ili radnjom državnog organa ili organizacije kojoj je povereno javno ovlašćenje, te ako su iscrpljena ili nisu predviđena druga pravna sredstva za njihovu zaštitu.³ Dodatne pretpostavke, koje se odnose na aktivnu legitimaciju podnosioca ustavne žalbe, te blagovremenost i urednost podnesaka koji se kao ustavne žalbe upućuju US, predviđene su takođe u ZoUS.⁴

Ustavni sud ima mandat da povodom ustavne žalbe odlučuje o povredi bilo kog ustavnog prava, nezavisno od njegovog sistemskog mesta u Ustavu.⁵ Osim povrede ljudskih prava garantovanih u II delu Ustava, koji nosi naziv „Ljudska i manjinska prava i slobode“ – a te povrede su daleko najčešće i isticane pred US – teoretski bi predmet ustavne žalbe mogla biti i prava iz I dela Ustava koja se odnose na ustavna načela ili, pak, neka prava koja se tiču ekonomskog uređenja i navedena su u III delu Ustava (kao što je, na primer, pravo na jednak pravni položaj na tržištu).⁶ Takođe, u Ustavu i ZoUS nije propisan nikakav poseban uslov koji bi se odnosio na težinu povrede ili uskraćivanja, pa stoga „kvalitet“ odnosno težina povrede ne igraju nikakvu ulogu.⁷ Najzad, zaštitu uživaju

² Zakon o Ustavnom sudu, *Službeni glasnik RS* 109/2007, 99/2011, 18/2013 – Odluka US, 40/2015 i 103/2015.

³ Uporediti Ustav, čl. 170 i Zakon o Ustavnom sudu, čl. 82. Odredba Zakona o Ustavnom sudu razlikuje se samo po tome što u čl. 82 *in fine* načelo supsidijarnosti u postupanju Ustavnog suda dopunjuje i sintagmom „ili je zakonom isključeno pravo na njihovu sudsku zaštitu“. No, takva dopuna nije više ni od kakvog značaja, budući da nema zakona koji bi isključivao pravo na sudsku zaštitu u slučaju povrede ili uskraćivanja nekog ljudskog prava.

⁴ Zakon o Ustavnom sudu, čl. 83–85.

⁵ Slično rešenje poznaje, na primer, i Ustav Hrvatske: „Ustavni sud... odlučuje povodom ustavnih tužbi kad su tim odlukama povrijeđena ljudska prava i temeljne slobode...“ Videti Ustav Republike Hrvatske, *Narodne novine* 56/1990, 135/1997, 113/2000, 28/2001, 76/2010 i 5/2014, čl. 125, alineja 4. Takođe, slovenački Ustavni sud odlučuje, između ostalog, „...o ustavnih pritožbah zaradi kršitev človekovih pravic in temeljnih svoboščin...“ Videti Ustav Republike Slovenije, *Uradni list RS* 33/91 – I, 42/1997 – UZS68, 66/2000 – UZ80, 24/2003 – UZ3a, 47, 68, 69/2004 – UZ14, 69/2004 – UZ43, 69/2004 – UZ50, 68/2006 – UZ121, 140, 143, 47/2013 – UZ148, 47/2013 – UZ90, 97, 99 u 75/2016 – UZ70a, čl. 160, st. 1, alineja 6.

⁶ To je potvrdio i Ustavni sud svojim stavom od 30. oktobra 2008. godine. Videti *Stavovi Ustavnog suda*, Beograd 2015, 49.

⁷ Doduše, tokom godina Ustavni sud je ipak počeo da donosi rešenja o odbacivanju ustavnih žalbi, obrazlažući takvo postupanje malim značajem povređenog prava: „Uvažavajući eventualni značaj osporenog rešenja za podnosioca ustavne žalbe, Ustavni sud ukazuje na to da povreda ustavnih prava mora podrazumevati određeni nivo težine i ozbiljnosti da bi bila razmatrana pred ovim sudom. Procena tog nivoa je relativna stvar i zavisi od okolnosti datog slučaja, koje obuhvataju kako subjektivnu percepciju podnosioca ustavne žalbe, tako i objektivni karakter predmeta odlučivanja. Subjektivni osećaj podnosioca o važnosti navodne povrede ustavnog prava mora biti opravdan i sa objektiv-

sva ljudska prava i slobode, nezavisno od toga da li su individualna ili kolektivna i nezavisno od toga da li su garantovana u srpskom Ustavu ili su deo opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava, odnosno potvrđenih međunarodnih ugovora; u svim tim slučajevima njima se garantuje ustavni rang zaštite pred US. Najzad, činjenica da je US u svojoj praksi dosledno poštovao standarde koje je ustanovio Evropski sud za ljudska prava (ESLJP) bio je ključni razlog zbog koga je ustavna žalba bila vrlo brzo prepoznata kao delotvorno pravno sredstvo u pravnom poretku Republike Srbije.⁸

Takvim upadljivim jačanjem pozicije US i proširivanjem njegovih nadležnosti da – osim uloge „čuvara ustava“ koja se primarno ostvaruje klasičnom funkcijom normativne kontrole prava – počne da odlučuje i o saglasnosti pojedinačnih akata i radnji sa Ustavom garantovanim pravima pojedinaca i manjinskih zajednica, US sve više postaje „sud običnih ljudi“ (Stojanović 2016, 208–209). S druge strane, međutim, u tako široko postavljenom konceptu zaštite ljudskih prava pred Ustavnim sudom pažnju stručne javnosti, a naročito sudijske branše, privukla je odredba ZoUS, prema kojoj je US mogao – kada utvrdi da je osporenim pojedinačnim aktom ili radnjom povređeno ili uskraćeno ljudsko pravo i sloboda zajemčena Ustavom – da poništi pojedinačni akt ili izrekne neku drugu meru za otklanjanje povrede (na primer, da zabrani dalje vršenje radnje ili da odredi preduzimanje druge mere ili radnje kojom se otklanjaju štetne posledice utvrđene povrede ili uskraćivanja) i da odredi način pravičnog zadovoljenja podnosioca.⁹ Da se zakonska odredba odnosi na sve pojedinačne akte i radnje koje Ustavni sud može poništiti u postupku po ustavnoj žalbi, a time i na sudsku presudu, potvrdio je opet i izričito i sâm US svojim stavom od 30. oktobra 2008. godine.¹⁰ Drugim rečima, Ustavni sud može ne samo da utvrdi da je pravnosnažna sudska presuda povredila neko zajemčeno ustavno ljudsko pravo ili slobodu već i da takvu presudu poništi i naloži redovnom sudu da odluči ponovo, u skladu sa mišljenjem izraženim u odluci Ustavnog suda.¹¹ Takva nadležnost Ustavnog suda izazvala je – kao i u mnogim drugim zemljama koje

nog stanovišta, što u ovom ustavnosudskom predmetu nije slučaj.“ Videti, umesto mnogih drugih, rešenje Ustavnog suda UŽ-5523/2017, 2. 10. 2018, iz arhive suda.

⁸ „Sud je mišljenja da ustavnu žalbu treba, u načelu, smatrati delotvornim domaćim sredstvom u smislu značenja člana 35. stav 1. Konvencije u vezi sa svim predstavkama podnetim počev od 7. avgusta 2008. godine, kao datuma kada su prve meritorne odluke Ustavnog suda o osnovanosti navedenih žalbi objavljene u ‘Službenom listu’ Tužene države“. Videti *Vinčić i drugi protiv Srbije*, 44698/06 i dr., 1. 12. 2009, § 51.

⁹ Zakon o Ustavnom sudu, čl. 89, st. 2.

¹⁰ „Ustavna žalba se može izjaviti protiv pojedinačnog akta ili radnje svih državnih organa koji su nosioci zakonodavne, izvršne i sudske vlasti.“ Videti *Stavovi Ustavnog suda*, Beograd 2015, 50.

¹¹ Takvu praksu nedvosmisleno je podržala i Venecijanska komisija. Videti Venice Commission. 2011. Opinion on draft amendments and additions to the law on the Constitutional Court of Serbia adopted by the Venice Commission at its 89th plenary session (Venice, 16–17 December 2011), CDL-AD(2011)050cor-e, § 46, <https://www.venice.coe>.

imaju sličan koncept ustavne žalbe/tužbe/predstavke – veliku napetost u odnosima između Ustavnog suda i Vrhovnog (kasacionog) suda i užarene rasprave o granicama preispitivanja pravnosnažnih sudskih odluka, koja nije prestala do danas (Draškić 2019, 113–129). Ipak, uprkos osporavanjima, iz citiranih odredaba jasno proizilazi da US nema nikakvo ustavno ili zakonsko ograničenje da interveniše ako je do povrede ili uskraćivanja bilo kojeg ljudskog prava ili slobode došlo, između ostalog, i pravnosnažnom sudskom odlukom. Tako se moglo dogoditi da je US bio u prilici da kroz prizmu ljudskih prava i sloboda podvrgne kontroli ustavnosti i jedno obligaciono pravo, o kome nije bilo jedinstvenog stava u pravnoj teoriji i sudskoj praksi. Jedna takva važna odluka koju je doneo US i koja jasno pokazuje koliko je važan korektivni mehanizam Ustavnog suda u zaštiti ljudskih prava i sloboda biće predmet komentara u tekstu koji sledi.

2. PRIVILEGOVANI ROK ZASTARELOSTI: NE SAMO PREMA ŠTETNIKU

2.1. Postupak pred redovnim sudovima

Šukrija Zeka, Avni Zeka, Bedri Zeka, Hazbija Šalja rođena Zeka, Bahrija Zeka, Hazbije Šalja i Uka Šalja, svi iz Beograda, podneli su Ustavnom sudu 29. aprila 2008. godine ustavnu žalbu zbog povrede prava na pravično suđenje i suđenje u razumnom roku, zajemčenih članom 32, stav 1 Ustava, kao i zbog povrede prava na jednaku zaštitu prava iz člana 36, stav 1 Ustava.

Utvrđeno činjenično stanje u sudskim spisima pokazivalo je da je rudar Ljah Zeka, suprug podnositeljke ustavne žalbe Šukrije Zeka i otac ostalih podnosilaca ustavne žalbe, poginuo u rudarskoj nesreći koja se dogodila 17. novembra 1989. godine u Aleksinačkim rudnicima. U istoj nesreći poginuo je i Uka Šalja, suprug podnositeljke Hazbije Šalja i otac podnosioca Uka Šalje. Pravnosnažnom presudom Opštinskog suda (OpšS) u Aleksincu K. 12/92 od 4. aprila 1996. godine više odgovornih lica u Aleksinačkim rudnicima oglašeno je krivim i osuđeno za izvršeno krivično delo teško delo protiv opšte sigurnosti.¹² Supruga i deca poginulog Ljaha Zeke podneli su 27. septembra 1999. godine tužbu za naknadu nematerijalne i materijalne štete prouzrokovane pomenutim štetnim događajem, a supruga i sin poginulog Uka Šalje podneli su takvu tužbu 29. septembra 1999. godine.

Delimičnom presudom Četvrtog opštinskog suda (IVOpšS) u Beogradu P. 5074/02 od 22. novembra 2005. godine, prvim stavom izreke,

int/webforms/documents/default.aspx?pdfFile=CDL-AD(2011)050cor-e, poslednji pristup 23. aprila 2020.

¹² Prema tada važećem Krivičnom zakonu Republike Srbije, *Službeni glasnik SRS* 26/1977... i *Službeni glasnik RS*... 10/2002.

usvojen je tužbeni zahtev tužilaca, pa je Javno preduzeće „Elektropri-
vreda Srbije“ iz Beograda, kao prvotuženi, obavezano da tužiocima na
ime naknade nematerijalne štete isplati pojedinačne iznose bliže opisane
u izreci presude. Drugim stavom izreke te presude odbijen je kao neos-
novan tužbeni zahtev tužilaca kojim su tražili da se drugotuženi, Javno
preduzeće za podzemnu eksploataciju uglja iz Resavice, obaveže da im
naknadi nematerijalnu štetu i troškove parničnog postupka.

Okružni sud (OkrS) u Beogradu je presudom Gž. 2854/07 od 14.
marta 2007. godine preinačio delimičnu presudu IVOpŠS u Beogradu P.
5074/02 u stavu prvom u odnosu na tuženo JP „Elektropri-
vreda Srbije“ tako što je odbijen kao neosnovan tužbeni zahtev kojim je traženo da
se tuženo JP „Elektropri-
vreda Srbije“ obaveže da tužiocima nadoknadi
nematerijalnu štetu na ime duševnih bolova zbog smrti bliskog lica. U
obrazloženju svoje presude, OkrS je zauzeo stanovište da je do trenutka
podnošenja tužbe istekao rok iz člana 376, stav 2 Zakona o obligacionim
odnosima (ZOO), budući da je od nastanka štete proteklo više od pet go-
dina, pa je po stavu OkrS u Beogradu tužbeni zahtev u toj pravnoj stvari
neosnovan.

Presudom Vrhovnog suda Srbije (VSS) Rev. 2002/07 od 29. avgu-
sta 2007. godine odbijena je kao neosnovana revizija tužilaca izjavljena
protiv presude OkrS u Beogradu Gž. 2854/07. Vrhovni sud Srbije se, isto
kao i OkrS u Beogradu, izjasnio da su tužbe za naknadu štete podnete 27.
septembra 1999. i 29. septembra 1999. godine, odnosno nakon proteka
više od pet godina od dana kada je šteta nastala, te da je zbog toga revizi-
ja tužilaca neosnovana, a potraživanje naknade štete zastarelo.

2.2. Postupak pred Ustavnim sudom

Tužioci su protiv pravnosnažne presude VSS podneli ustavnu žal-
bu, a US je doneo odluku kojom je usvojio ustavnu žalbu podnosilaca,
utvrdio povredu prava na pravično suđenje zajemčeno članom 32, stav 1
Ustava i povredu prava na jednaku zaštitu prava iz člana 36, stav 1 Usta-
va, poništio presudu VSS Rev. 2002/07 i naložio Vrhovnom kasacionom
sudu (VKS) da ponovo odluči o reviziji podnosilaca ustavne žalbe izjav-
ljenoj protiv presude OkrS u Beogradu Gž. 2854/07.

2.2.1. Pravni stav Ustavnog suda

Osnov za takvu odluku US bio je pravni stav koji je US utvrdio na
redovnoj sednici održanoj 7. jula 2011. godine:

„U slučaju kada je šteta prouzrokovana krivičnim delom
(član 377. ZOO), ako je za krivično gonjenje predviđen duži rok
zastarelosti od rokova propisanih članom 376. Zakona o obligacio-

nim odnosima, zahtev za naknadu štete prema svakom odgovornom licu, a ne samo štetniku, zastareva kada istekne vreme određeno za zastarelost krivičnog gonjenja samo ako je pravnosnažnom presudom utvrđeno postojanje krivičnog dela i okrivljeni oglašen krivim za krivično delo. Prekid zastarevanja krivičnog gonjenja povlači za sobom i prekid zastarevanja zahteva za naknadu štete.

Isti rok zastarelosti krivičnog gonjenja primenjuje se ako je krivični postupak obustavljen, odnosno ako se nije mogao pokrenuti zato što je okrivljeni umro ili je duševno oboleo, odnosno ako postoje druge okolnosti koje isključuju krivično gonjenje i odgovornost okrivljenog, kao što su amnestija i pomilovanje.

U svim ostalim slučajevima primenjuje se opšti rok zastarelosti potraživanja iz člana 376. Zakona o obligacionim odnosima.¹³

Taj stav US je primenio i na činjenično stanje odluke u slučaju *Zeka, Šalja i ostali*:

¹³ *Stavovi Ustavnog suda*, Beograd 2015, 64. Dosledno tom stavu, iako su donete pre njegovog usvajanja, Ustavni sud je usvojio i odluke kojima je odbio ustavne žalbe podnosilaca u naizgled sličnim okolnostima. Međutim, za razliku od slučaja *Zeka, Šalja i ostali*, u tim predmetima uopšte nije bilo poznato ko bi mogao biti okrivljeni, odnosno krivični postupak nikada nije ni bio pokrenut. Naime, to su bili sporovi za naknadu štete po tužbama lica izbeglih iz ratom zahvaćenih područja u Hrvatskoj i Bosni i Hercegovini, koja su tokom 1995. godine organi MUP-a Republike Srbije nezakonito lišavali slobode i posle privremenog zadržavanja predavali vojnim i policijskim organima Republike Srpske i Republike Srpske Krajine. Iako su ta lica u mnogim slučajevima bila podvrgavana torturi u kampovima pod kontrolom policijskih ili paravojnih formacija, u Srbiji nikada nije vođen nijedan krivični postupak u kome bi bila utvrđena krivična odgovornost državnih službenika za takva dela. Zbog toga su se, u takvim situacijama, prema nalaženju Ustavnog suda, mogla primeniti samo opšta pravila o zastarelosti potraživanja naknade štete utvrđena odredbama člana 376 Zakona o obligacionim odnosima. Videti odluke Ustavnog suda Už-345/2008, 17. 3. 2010, i Už-583/2008, 1. 4. 2010. Isto i odluka Už-1980/2009, 27. 1. 2010, u kojoj je bila reč o osobi koja je pretrpela štetu kao mobilisani pripadnik jedinice Vojske Jugoslavije koja je bila angažovana u borbenim dejstvima na Kosovu i Metohiji 1999. godine, ali takođe nije bilo poznato lice koje je štetu prouzrokovalo i koje bi moglo biti okrivljeno. Nema sumnje da parnični sud može – za potrebe utvrđivanja ispunjenosti uslova za primenu produženog roka zastarelosti potraživanja naknade štete – sâm da ispita da li je šteta prouzrokovana takvom radnjom koja sadrži elemente krivičnog dela, te da o tome odluči kao o prethodnom pitanju, ali samo onda kada je bilo nemoguće da se protiv poznatog štetnika, i eventualno učinioca krivičnog dela, postupak pokrene ili okonča. Videti opširnije Karanikić Mirić 2011, 197–202. Zanimljivo je, međutim, da je od tog stava odstupio Vrhovni sud Srbije samo u slučajevima u kojima se radilo o šteti pričinjenoj pripadnicima JNA u oružanim sukobima u bivšim republikama SFRJ do dana njihovog priznanja u Generalnoj skupštini Ujedinjenih nacija 22. maja 1992. godine. Sud je smatrao da je to bilo krivično delo oružane pobune iz člana 124 tada važećeg Krivičnog zakona SRJ, bez obzira na to što nisu bili poznati ni eventualni učinioci takvih krivičnih dela, niti su ti oružani sukobi bilo kada okarakterisani u međunarodnoj zajednici kao oružana pobuna sa stanovišta međunarodnog prava. Videti Pravno shvatanje Vrhovnog suda Srbije od 27. 12. 1999, *Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije* 11/1999, 14.

„U konkretnom slučaju je utvrđeno da su u krivičnom postupku koji je vođen pred Opštinskim sudom u Aleksincu, u predmetu K-12/92, odgovorna lica oglašena krivim i osuđena na kaznu zatvora pravnosnažnom presudom Opštinskog suda u Aleksincu K. 12/92 od 4. aprila 1996. godine. Dakle, u konkretnom predmetu, u vezi pitanja primene roka zastarelosti potraživanja naknade štete koja je pričinjena krivičnim delom, Ustavni sud smatra da se na zastarelost primenjuju odredbe člana 377. Zakona o obligacionim odnosima ne samo kada se naknada štete zahteva od učinioca krivičnog dela kao neposrednog štetnika, već i od drugog lica koje odgovara za štetu iako nije učinilac krivičnog dela.“¹⁴

2.2.2. Povreda prava na jednaku sudsku zaštitu

Ustavni sud je najpre utvrdio povredu prava na jednaku sudsku zaštitu, zajemčenu članom 36, stav 1 Ustava, nalazeći da su se podnosioci osnovano pozvali na sudske odluke u kojima je u identičnim pravnim situacijama proisteklim iz istog štetnog događaja zauzet drugačiji stav, odnosno utvrđeno je da potraživanje tužilaca za naknadu štete nije zastarelo.¹⁵ Naime, te presude su obrazložene tako da se u slučaju kada je šteta prouzrokovana krivičnim delom na zastarelost primenjuju odredbe člana 377 ZOO, a ne odredba člana 376, budući da se odredbe člana 377 ZOO primenjuju ne samo kada se naknada zahteva od učinioca krivičnog dela kao neposrednog štetnika već i od drugog lica koje odgovara za štetu iako nije učinilac krivičnog dela. Tako se dogodilo da su iz istog štetnog događaja neka lica ostvarila pravo na naknadu štete – tako što su sudovi usvajali tužbene zahteve nalazeći da potraživanje nije zastarelo – dok je podnosiocima ustavne žalbe tužbeni zahtev odbijen upravo zbog zastarelosti. Imajući to u vidu, US je utvrdio da su okružni sudovi, pa i VSS, u identičnoj činjeničnoj i pravnoj situaciji donosili različite odluke i na taj način podnosiocima ustavne žalbe doveli u bitno različit položaj od onoga u kome su bili tužiocima čiji je istovrsni tužbeni zahtev usvojen. Drugim rečima, različito postupanje redovnih sudova povodom iste činjenične i pravne situacije dovelo je podnosiocima ustavne žalbe u neravnopravan položaj u ostvarivanju sudske zaštite u odnosu na lica čiji su tužbeni zahtevi usvojeni, što ukazuje na povredu principa pravne sigurnosti. Da potreba harmonizacije sudske prakse u Srbiji zasluži posebnu pažnju, navodi se i u literaturi (Popović, Marinković 2016, 381), a nekonzistentna sudska praksa srpskih sudova dovela je u više navrata i do intervencije ESLJP u slučajevima protiv

¹⁴ Odluka UŽ-482/2008, 13.10.2011, <http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Curl-CS/5358/?NOLAYOUT=1>, poslednji pristup 10. avgusta 2019. Odluka je objavljena i u *Službenom glasniku RS* 88/2011.

¹⁵ Okružni sud u Nišu Gž. 25/06, 24. 1. 2006, Vrhovni sud Srbije Rev. 43/01, 9. 5. 2001, Vrhovni sud Srbije Rev. 89/03, 21. 1. 2003.

Srbije.¹⁶ Ustavni sud je posebno naglasio da nije nadležan za ujednačavanje sudske prakse redovnih sudova, ali je – imajući u vidu svoja Ustavom utvrđena ovlašćenja da štiti ljudska i manjinska prava i slobode – smatrao da je neophodno da nadležni redovni sudovi, u situacijama kada nađu da dotadašnja sudska praksa nije u skladu sa merodavnim materijalnim pravom, preduzmu sve mere i radnje predviđene odgovarajućim procesnim zakonima. To se naročito odnosi na VSS koji je, umesto da ujednačava sudske prakse povodom iste činjenične i pravne situacije, donošenjem različitih odluka stvorio pravnu nesigurnost podnosilaca ustavne žalbe, te je ta okolnost sama po sebi dovoljan razlog da se utvrdi postojanje povrede prava podnosilaca ustavne žalbe na jednaku zaštitu prava pred sudovima.

2.2.3. Povreda prava na pravično suđenje

U pogledu istaknute povrede prava na pravično suđenje zajemčenog članom 32, stav 1 Ustava, Ustavni sud se pozvao na svoj gore citirani stav od 7. jula 2011. godine:

„Polazeći od navedenog, Ustavni sud ocenjuje da su u konkretnom slučaju drugostepeni i revizijski sud proizvoljno primenili materijalno pravo, i to na štetu podnosilaca ustavne žalbe, primenjujući u konkretnom slučaju odredbe člana 376. Zakona o obligacionim odnosima.“¹⁷

Šta su bili argumenti da US usvoji taj pravni stav?

Prema odredbi člana 377, stav 1 ZOO, u situacijama kad je šteta prouzrokovana krivičnim delom a za krivično gonjenje je predviđen duži rok zastarelosti, zahtev za naknadu štete prema odgovornom licu zastareva kad istekne vreme određeno za zastarelost krivičnog gonjenja. U toj stvari bilo je sporno pravno pitanje da li privilegovani rok zastarelosti potraživanja naknade štete treba da važi samo prema štetniku koji je i učinilac krivičnog dela ili prema svakom odgovornom licu, nezavisno od osnova njegove odgovornosti za štetu. Ta ostala odgovorna lica pojavljuju se po osnovu odgovornosti za drugoga (odgovornost za štetu koju pričinili lice nesposobno za rasuđivanje ili maloletnik),¹⁸ po osnovu odgovornosti pravnog lica za štetu koju njegov radnik ili organ prouzrokuje trećim licima¹⁹ ili, pak, po osnovu objektivne odgovornosti za štetu koja je nastala od opasne stvari ili opasne delatnosti.²⁰

¹⁶ Naime, iz presuda Evropskog suda za ljudska prava proizilazi da je povreda prava na pravično suđenje više puta bila utvrđivana kao rezultat protivrečne sudske prakse istog suda. Videti, na primer, presude *Vinčić i drugi protiv Srbije*, 44698/06 i dr., 1. 12. 2009, §§ 17, 39 i 50, i *Rakić i drugi protiv Srbije*, 47469/07 i dr., 5. 10. 2010, § 38.

¹⁷ Odluka Ustavnog suda Už-482/2008, 13. 10. 2011.

¹⁸ Zakon o obligacionim odnosima, čl. 164–169.

¹⁹ Zakon o obligacionim odnosima, čl. 170–172.

²⁰ Zakon o obligacionim odnosima, čl. 173–179.

U pravnoj književnosti i sudskoj praksi pojavila su se dva potpuno oprečna stava. Tako, Vizner smatra (Vizner 1978, 1327) da se privilegovani rok zastarelosti iz člana 377 ZOO primenjuje samo kada je reč o potraživanju naknade štete od učinioca krivičnog dela, dok se u odnosu na sva ostala odgovorna lica primenjuju opšti rokovi zastarelosti propisani u članu 376 ZOO.²¹ Isto stanovište izrazio je u jednom trenutku i VSS:

„Polazeći od izloženog, sudije Građanskog odeljenja Vrhovnog suda Srbije su se opredelile za već prihvaćeno doktrinarno stanovište da rokovi zastarevanja potraživanja naknade štete iz člana 377. Zakona o obligacionim odnosima teku samo prema učiniocu krivičnog dela kojim je šteta uzrokovana, a ne i prema državi, odnosno pravnom licu koje za štetu odgovara umesto njega po odredbama člana 172. Zakona o obligacionim odnosima, te da zbog toga potraživanje naknade štete po osnovu odgovornosti države za štetu koju prouzrokuje njen organ, zastareva u rokovima propisanim odredbama člana 376. Zakona o obligacionim odnosima.“²²

Prema drugom stanovištu iznetom u pravnoj književnosti, privilegovani rok zastarelosti iz člana 377 ZOO treba primenjivati ne samo kada je reč o učiniocu krivičnog dela već i onda kada se tužbeni zahtev za naknadu štete upućuje prema svakom licu koje odgovara po pravilima o odgovornosti za drugog, odnosno po pravilima o objektivnoj odgovornosti (Karanikić Mirić 2011, 192–196; Studin 1983, 1141). Potpuno neverovatno, ali isti VSS koji je usvojio prethodno pomenuto pravno shvatanje doneo je i sasvim suprotnu odluku godinu dana kasnije:

„Prema čl. 377. st. 1 ZOO, kada je šteta prouzrokovana krivičnim delom, a za krivično gonjenje je predviđen duži rok zastarelosti, zahtev za naknadu štete prema odgovornom licu zastareva kada istekne vreme određeno za zastarelost krivičnog gonjenja. Pod odgovornim licem ne podrazumeva se samo učinilac krivič-

²¹ „(1) Potraživanje naknade prouzrokovane štete zastareva za tri godine od kad je oštećenik doznao za štetu i za lica koje je štetu učinilo. (2) U svakom slučaju ovo potraživanje zastareva za pet godina od kad je šteta nastala. (3) Potraživanje naknade štete nastale povredom ugovorne obaveze zastareva za vreme određeno za zastarelost te obaveze“ (čl. 376 Zakona o obligacionim odnosima).

²² Pravno shvatanje Građanskog odeljenja Vrhovnog suda Srbije, utvrđeno na sednici od 10. 2. 2004, *Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije* 3/05, 127. Isti stav izrazio je Vrhovni sud Srbije i u nekim svojim kasnijim odlukama: „Privilegovani rok zastarelosti potraživanja naknade štete pričinjene krivičnim delom može se primeniti samo u odnosu na izvršioca krivičnog dela a ne i na pravno lice koje umesto njega odgovara za tako pričinjenu štetu trećem licu.“ Videti presudu Rev. 2865/05, 24.1.2006, *Pravni informator* 12/06, 30. Isto: „Rokovi zastarelosti potraživanja naknade štete iz člana 377 ZOO teku samo prema učiniocu krivičnog dela kojim je šteta prouzrokovana, a ne prema državi odnosno pravnom licu koje za štetu odgovara umesto njega po odredbama člana 172 ZOO.“ Videti presudu Rev. 1354/06, 6. 9. 2006. Iz arhive suda.

nog dela, već i lice koje odgovara za štetu koja je učinjena krivičnim delom, iako samo nije učinilac tog dela.²³

Postoje razlozi koji su rukovodili US da prihvati taj drugi stav pravne teorije i sudske prakse, ali oni se na prvom mestu odnose na jezičko i istorijsko tumačenje odredbe člana 377, stav 1 ZOO. Naime, još u vreme važenja Zakona o zastarelosti potraživanja (ZoZP), čija odredba nije sadržavala sintagmu „prema odgovornom licu“,²⁴ postavilo se pitanje da li privilegovani rok zastarelosti teče i prema samom štetniku i prema licu koje odgovara za isti događaj po nekom drugom osnovu. Na Proširenoj opštoj sednici Vrhovnog suda Jugoslavije, koja je održana 19. oktobra 1970. godine, usvojeno je Načelno mišljenje da rok iz člana 20, stav 1 ZoZP ne teče samo prema štetniku kao učiniocu krivičnog dela, nego i prema svakom licu koje odgovara za štetu koju je takav štetnik prouzrokovao. Prihvatajući takav stav, zakonodavac je, donoseći ZOO, u članu 377, stav 1 dopunio raniju odredbu ZoZP upravo rečima da „pravo na naknadu štete zastareva prema odgovornom licu“.²⁵ Pritom, kao odgovorno lice mogu da se kvalifikuju: sam štetnik, u čijem se aktu stiču elementi krivičnog dela; neko drugo lice koje za štetnika koji je učinio krivično delo odgovara po pravilima o odgovornosti za drugoga; ili imalac opasne stvari, odnosno lice koje obavlja opasnu delatnost, ako se upotreba opasne stvari ili vršenje opasne delatnosti mogu kvalifikovati kao krivično delo (Karanikić Mirić 2011, 192). Dakle, i čisto jezičko tumačenje sporne odredbe, u kojoj se ne pominje ni štetnik ni učinilac krivičnog dela već samo odgovorno lice, nikako ne dopušta da se njeno značenje sužava samo na štetnika i u tom smislu se suprotna praksa redovnih sudova, pa i VSS, može smatrati nedoslednom, a odluka US utemeljenom i opravdanom.²⁶

²³ Videti rešenje Vrhovnog suda Srbije Rev. 1335/05 i Sgzz 58/05, 30. 11. 2005, *Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije* 4/05, 89–91. Okružni sud u Nišu takođe sledi taj novi stav: „Kada je štetu prouzrokovao tuženikov osiguranik krivičnim delom, rok zastarelosti tužbenog zahteva za naknadu štete je onaj koji je propisan za zastarelost krivičnog gonjenja za krivično delo i on važi kako za vozača vozila, tako i za osiguravajuću organizaciju.“ Videti presudu Okružnog suda u Nišu Gž. 4021/07, 8. 11. 2007, *Bilten sudske prakse Okružnog suda u Nišu* 27/08, 32.

²⁴ „Kad je šteta prouzrokovana krivičnim delom, a za krivično gonjenje je predviđen duži rok zastarelosti, zahtev za naknadu štete zastareva kad istekne vreme određeno za zastarelost krivičnog gonjenja.“ Videti Zakon o zastarelosti potraživanja, *Službeni list FNRJ* 40/1953 i 57/1954, čl. 20, st. 1.

²⁵ Isto takvo istorijsko tumačenje sporne odredbe Zakona o obligacionim odnosima potvrdio je i prof. dr Slobodan Perović koji je, zajedno sa prof. dr Marijom Karanikić Mirić, bio pozvan na konsultativni sastanak Ustavnog suda. Takvi sastanci održavaju se kada postoji potreba da se o pitanjima od značaja za odlučivanje u konkretnom ustavnosudskom predmetu pribavi mišljenje i od pravnih eksperata u određenoj oblasti prava. Videti Poslovnik o radu Ustavnog suda, *Službeni glasnik RS* 103/2013, čl. 32.

²⁶ Opširnije o ciljnom tumačenju i o ostalim razlozima za zauzimanje takvog stava (razlozi ekonomičnosti, razlozi pravne politike da se strože postavi odgovornost štetnika koji je štetu prouzrokovao krivičnim delom itd.) videti u Karanikić Mirić 2011, 192–196.

2.3. Postupak pred Vrhovnim kasacionim sudom

Odluka Ustavnog suda UŽ-482/2008 od 13. oktobra 2011. godine dostavljena je VKS 1. decembra 2011. godine, radi ponovnog odlučivanja o reviziji tužilaca. Međutim, sasvim neočekivano, VKS je odlučio da ponovo odbije kao neosnovanu reviziju tužilaca. Obrazloženje se temeljilo na istim stavovima na kojima je bila zasnovana i ranija odbijajuća revizijska presuda VSS, o kojoj je već bilo govora u ovom tekstu. Drugim rečima, i VKS je zauzeo stanovište da je potraživanje tužilaca zastarelo, budući da su tužbe podnete sudu nakon proteka više od pet godina od dana kada je šteta nastala, da se u tom slučaju rokovi zastarelosti računaju prema opštem propisu iz člana 376 ZOO, odnosno da propisani rokovi zastarelosti potraživanja iz člana 377 ZOO teku samo prema učiniocu krivičnog dela kojim je šteta uzrokovana, a ne i prema državi, odnosno pravnom licu koje odgovara umesto njega.²⁷ Pritom se VKS pozvao samo na pravno shvatanje VSS utvrđeno na sednici Građanskog odeljenja od 10. februara 2004. godine,²⁸ navodeći „da se pravno shvatanje o primeni roka zastarelosti za naknadu štete uzrokovane krivičnim delom isključivo primenjuje u sudskoj praksi Vrhovnog kasacionog suda, od strane svih veća i da navedeno pravno shvatanje nije izmenjeno na sednici Građanskog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda... da su naknada štete i zastarelost instituti materijalnog (obligacionog) prava, pa zato tumačenje značenja odredaba čl. 376 i 377 u vezi čl. 172 ZOO može dati samo Vrhovni kasacioni sud, a ne Ustavni sud, jer pitanja koja se odnose na zastarelost potraživanja naknade štete ne spadaju u oblast ljudskih i manjinskih prava i sloboda“ (*sic!*)... „da je sudska praksa u primeni ovih instituta, počev od usvajanja pomenutog pravnog shvatanja revizijskog suda od 10. februara 2004. godine saglasna, dosledna i neprotivurečna“.²⁹ Nažalost, VKS je iz svoje optike potpuno izostavio činjenicu da praksa vrlo očigledno nije bila „saglasna, dosledna i neprotivurečna“, odnosno da je isti VSS izrazio potpuno suprotno stanovište u nekim drugim odlukama,³⁰ a ocenio je da dve presude VSS koje su ponudili sami tužioci³¹ „nisu od značaja“ (*sic!*).³²

²⁷ Vrhovni kasacioni sud, Rev. 17/11, 3. 10. 2012, iz arhive suda.

²⁸ Videti belešku 22.

²⁹ Vrhovni kasacioni sud, Rev 17/11. *Ibid.*

³⁰ Videti belešku 23.

³¹ Videti belešku 15.

³² Vrhovni kasacioni sud osvrnuo se u svom obrazloženju i na tri odluke US (beleška 13), pogrešno zaključujući da je u njima US zauzeo suprotno stanovište, ali se nažalost nije potrudio da utvrdi da je činjenično stanje u ta tri slučaja bilo bitno različito u odnosu na slučaj *Zeka*, *Šalja* i *ostali*.

2.4. Ponovni postupak pred Ustavnim sudom

Tužiocu su podneli novu ustavnu žalbu US, obrazlažući ovoga puta povredu prava na pravično suđenje tvrdnjom da je nakon donošenja Odluke US UŽ-482/2008 od 13. oktobra 2011. i poništenja presude VSS Rev. 2002/07 od 29. avgusta 2007. godine, nadležni VKS doneo osporenu presudu u kojoj je, kao i u prethodnoj revizijskoj presudi, odbio reviziju podnosioca jer je ocenio da je potraživanje podnosioca zastarelo.

Ustavni sud je, postupajući po drugi put u toj pravnoj stvari, doneo odluku kojom je usvojio ustavnu žalbu, poništio presudu VKS Rev. 17/11 od 3. oktobra 2012. godine i naložio mu da ponovo odluči o reviziji tužilaca, u skladu sa ocenama US iznetim u toj odluci.³³ U obrazloženju je US pošao od toga da se VKS očigledno oglušio o imperativne odredbe člana 171 Ustava, kojim je utvrđeno da je svako dužan da poštuje i izvršava odluku Ustavnog suda, te da Ustavni sud može odrediti način izvršenja svoje odluke, kao i o zakonske odredbe kojima je, između ostalog, propisana obaveza državnih i drugih organa da, u okviru svojih prava i dužnosti, izvršavaju odluke i rešenja Ustavnog suda,³⁴ te da su odluke US konačne, izvršne i opšteobavezujuće.³⁵ Stoga je US našao da nije potrebno da posebno i ponovo obrazlaže svoje pravno stanovište koje se odnosi na rok zastarelosti za naknadu štete prouzrokovane krivičnim delom i koje je detaljno obrazloženo u prethodnoj odluci u toj pravnoj stvari. Međutim, imajući u vidu onaj deo obrazloženja osporene revizijske presude koji se odnosi na nadležnost US da odlučuje o jednom obligacionom pravu, US je ocenio da treba još jednom posebno da ukaže na svoj generalni stav da u postupku po ustavnoj žalbi nije nadležan da kao instancioni sud preispituje zaključke i ocene redovnih sudova u pogledu utvrđenog činjeničnog stanja i primene procesnog i/ili materijalnog prava, osim kada je primena procesnog i/ili materijalnog prava od redovnih sudova očigledno proizvoljna, arbitrarna i na štetu podnosioca ustavne žalbe. Tada Ustavni sud, pružajući podnosiocu ustavne žalbe neposrednu ustavnosudsku zaštitu, utvrđuje povredu Ustavom garantovanog prava na pravično suđenje.³⁶ Pritom, US se posebno osvrnuo na navode iz osporene revizijske presude o tome da „su naknada štete i zastarelost instituti materijalnog (obligacionog) prava, pa zato tumačenje značenja odredbi iz čl. 376. i 377. u vezi čl. 172. ZOO može dati samo Vrhovni kasacioni sud, a ne Ustavni sud, jer pitanja koja se odnose na zastarelost potraživanja naknade štete ne spadaju u oblast ljudskih i manjinskih prava i sloboda“. Sasvim suprotno

³³ Odluka UŽ-224/2013, 6.6.2013, <http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Cyrl-CS/9000/?NOLAYOUT=1>, poslednji pristup 3. maja 2020. Odluka je objavljena i u *Službenom glasniku RS* 55/2013.

³⁴ Zakon o Ustavnom sudu, čl. 104, st. 1.

³⁵ Zakon o Ustavnom sudu, čl. 7.

³⁶ Odluka Ustavnog suda, UŽ-224/2013. *Ibid.*

tim navodima VKS, u konkretnom slučaju je upravo očigledno da je VKS proizvoljnim tumačenjem pomenutih instituta i odredaba ZOO ponovo povredio Ustavom garantovano pravo na pravično suđenje podnosioca ustavne žalbe, a to nesporno jeste „oblast ljudskih i manjinskih prava i sloboda“ za čiju zaštitu je nadležan Ustavni sud.³⁷ Dakle, ne zato što je US neki „sud van sistema“ već zbog toga što ima Ustavom ustanovljene funkcije čuvara Ustava i jemca ljudskih sloboda i prava ustanovljeno je da je US dobio nadležnost da kontroliše ustavnost svih akata i radnji svih nosilaca državne vlasti. To znači da opšti, ali isto tako i pojedinačni akti i radnje nijednog državnog organa – organa zakonodavne, izvršne ili sudske vlasti – od te ustavnosudske kontrole nisu izuzeti. Zbog toga se u literaturi navodi da takve „pingpong odluke“ ozbiljno mogu otvoriti pitanje delotvornosti zaštite ljudskih prava u Srbiji, budući da ako oba suda istrajavaju na svojim stavovima, postupci mogu trajati unedogled (Nenadić 2013, 103). Drugim rečima, važan kontrolni mehanizam koji u postupku po ustavnim žalbama sprovodi US može biti delotvoran samo ako redovni sudovi dosledno poštuju odluke US i prihvataju stavove koji se odnose na zaštitu ustavom garantovanih ljudskih prava i sloboda.

Kada je reč o delu obrazloženja osporene revizijske presude u kome se VKS poziva na odredbe Zakona o uređenju sudova i obavezu sudskih veća Građanskog odeljenja VKS da se pridržavaju stavova usvojenih na sednici odeljenja, US je još jednom naglasio da imperativna odredba člana 171, stav 1 Ustava obavezuje sudove da izvršavaju odluke US, a da izvršavanje odluke US podrazumeva donošenje nove odluke ukoliko je to naloženo, kao i obavezno postupanje i odlučivanje sudova u skladu sa ocenama i stavovima iznetim u odluci US. To obesmišljava pozivanje VKS na zakonom predviđenu obaveznost postupanja po sopstvenim pravnim stavovima, posebno u situaciji kada je US utvrdio da se takvim pravnim stavom povređuje Ustavom garantovano pravo na pravično suđenje podnosioca ustavne žalbe.

Najzad, iako to nije činio često kada je utvrđivao povredu prava na pravično suđenje, u tom slučaju US je, zbog ponovljene povrede prava na pravično suđenje, svakom od podnosioca ustavne žalbe dosudio naknadu nematerijalne štete u iznosu od po 1.000 evra, u dinarskoj protivvrednosti.

³⁷ Ustavni sud se pozvao i na dobro ustanovljenu praksu Evropskog suda za ljudska prava u pogledu tumačenja prava na pravično suđenje u kontekstu primene materijalnog prava: „Sud neće postavljati pitanje tumačenja domaćeg prava od strane domaćih sudova, osim u slučaju očigledne proizvoljnosti (vidi, *mutatis mutandis*, *Adamsons protiv Letonije*, broj 3669/03, stav 118., 24. 6. 2008. godine), drugim rečima, kada uoči da je primena prava od strane domaćih sudova u određenom slučaju bila očigledno pogrešna ili takva da su izvedeni proizvoljni zaključci i/ili uskraćivanja pravde (vidi, *mutatis mutandis*, *Farbers i Harlanova protiv Litvanije* (odluka), broj 57313/00, 6. 9. 2001. godine, i, mada u kontekstu člana 1. Protokola broj 1, *Beyeler protiv Italije* [VV], broj 33202/96, stav 108., ECHR 2000-I).“ *Ibid.* Videti *Andelković protiv Srbije*, 1401/2008, 19. 3. 2013, § 24.

3. ZAKLJUČNE NAPOMENE

Usvajanjem Ustava Srbije od 2006. godine zajemčena je ustavnopravna zaštita povređenih ili uskraćenih ljudskih i manjinskih prava i sloboda kroz novi institut ustavne žalbe. Nakon što je US počeo da donosi meritorne odluke u postupcima po ustavnim žalbama, a naročito od kada je počeo da usvaja ustavne žalbe, da utvrđuje da je povređeno ili uskraćeno neko od ustavom zajemčenih ljudskih prava i sloboda i da poništava presude redovnih sudova, pa i VSS (odnosno VKS), odnos između US i VSS (odnosno VKS) postao je naročito tenzičan. Iako je i Venecijanska komisija nedvosmisleno saopštila svoj stav da ako Ustavni sud ima kompetencije da ispituje sudske odluke – što je veoma pozitivno iz perspektive ljudskih prava – on mora imati ovlašćenja i da ih sankcioniše ako nađe da su neustavne, te da bi u slučaju da osporena presuda ne bi mogla biti poništena to oslabilo ovlašćenja Ustavnog suda i ozbiljno ugrozilo njegov ugled, otpor redovnih sudova nije prestao ni do danas. Upravo stoga, nema boljeg načina da se dobro ilustruje razlika između sudske nadležnosti redovnih sudova i postupanja US po ustavnim žalbama nego da se to pokaže na primerima dobre prakse. Ovde prikazana odluka ima upravo takvu funkciju, budući da je US intervenisao zbog postojanja potpuno nedosledne i konfuzne prakse vrhovnih sudova u tumačenju odgovarajuće odredbe ZOO i spornog pitanja primene privilegovanog roka zastarelosti ne samo u odnosu na štetnika nego i u odnosu na svako drugo lice koje može biti po nekom osnovu odgovorno za štetu, usput se i u meritumu izjašnjavajući za stav koji je ocenio kao pravo značenje sporne odredbe ZOO (član 377/2).

LITERATURA (REFERENCES)

- Draškić, Marija. 2019. Ustavna žalba u Srbiji: prostor za tenzije između Ustavnog suda i Vrhovnog (kasacionog) suda. 111–135. *Ustavna žalba u pravnom sistemu Srbije*, ur. Edin Šarčević, D. Simović, Sarajevo: Fondacija Centar za javno pravo.
- Karanikić Mirić, Marija. 1/2011. Zastarelost potraživanja naknade štete prouzrokovane krivičnim delom. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 59: 178–204.
- Nenadić, Bosa. 2013. O nekim aspektima odnosa ustavnih i redovnih sudova. 71–111. *Uloga i značaj ustavnog suda u očuvanju vladavine prava*, ur. Bosa Nenadić. Beograd: Ustavni sud.
- Popović, Dragoljub, Marinković, Tanasije. 2016. The emergence of the human rights protection in Serbia under the European Convention on Human Rights: The experience of the first ten years. 373–400.

The Impact of the ECHR on Democratic Change in Central and Eastern Europe – Judicial Perspectives, eds. Iulia Motoc, Ineta Ziemele. Cambridge: Cambridge University Press.

- Stojanović, Dragan. 2016. *Ustavno pravosuđe – Ustavno procesno pravo*. Niš: Pravni fakultet u Nišu.
- Studin, Josip. 1983. Član 377. Potraživanje naknade štete prouzrokovane krivičnim delom. 1141–1143. *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, knjiga I, ur. Borislav T. Blagojević, Vrleta Krulj, 2. izdanje. Beograd: Savremena administracija.
- Vizner, Boris. 1978. Član 377. Potraživanje naknade štete uzrokovane krivičnim djelom. 1325–1327. *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, 2. knjiga. Zagreb: nepoznat izdavač.

Marija Draškić, PhD

Full Professor

University of Belgrade Faculty of Law

Judge of the Constitutional Court of the Republic of Serbia (2007–2016)

EXTENDED STATUTE OF LIMITATIONS: DIVERGENT
JURISPRUDENCE OF THE SUPREME COURT (OF CASSATION)
AND THE OPINION OF THE CONSTITUTIONAL COURT

Summary

Although the difference in the competences of the Constitutional Court's and courts' of general jurisdiction can be observed and explained on the normative and even on the practical level, a heated debate took place in Serbia on whether the Constitutional Court could control judicial decisions at all. This paper seeks to outline one Constitutional Court decision that illustrates the reasons why the Constitutional Court obtained competence for the adjudication of constitutional appeals and therefore entered the area of direct protection of constitutionally guaranteed human rights. In the case that is the subject of this comment, the Constitutional Court acted to harmonize inconsistent case law in the case of the dispute as to whether the prolonged prescription period—in case of damage caused by a criminal offence—runs solely against a wrongdoer, or also against a person liable for damage caused by the wrongdoer, protecting the complainants' right to a fair trial.

Key words: *Constitutional Court. – Supreme Court (of Cassation). – Constitutional complaint. – Human rights. – Extended statute of limitations.*

Commentary history:
Received: 30. 4. 2020.
Accepted: 1. 6. 2020.

Dr Boris Begović*

Abbas, S. Ali, Alex Pienkowski, Kenneth Rogoff, eds. 2020.
Sovereign Debt: A Guide for Economists and Practitioners. Oxford:
Oxford University Press, 436.

Zbornik radova čiji prikaz sledi posvećen je jednom od najsloženijih fenomena kojim se bavi ekonomska nauka i jednim od najrelevantnijih pitanja ekonomske politike bilo koje zemlje – pitanju državnog (suverelog) duga. No, toj temi dosad je bio posvećen veliki broj radova, članaka i knjiga, koji su ponudili manje ili više uverljive odgovore na pitanja u vezi sa tim fenomenom – koji su to motivi zaduživanja i pokretači akumulacije državnog duga, kako oceniti njegovu održivost, kako upravljati državnim dugom, kako i zbog čega države bankrotiraju i tako dalje. Stoga se postavlja pitanje: šta je doprinos ovog zbornika? U jednoj rečenici – to što je, na jednom mestu, na ograničenom prostoru, jeziku razumljivom i onima koji nisu ekonomski ili pravni specijalisti za ovu oblast, bez obzira na to da li su istraživači ili praktičari, ovaj zbornik ponudio pregled najznačajniji raspoloživih odgovora na najbitnija pitanja državnog duga.

Devet znalački odabranih tema obrađeno je u devet razborito poređanih poglavlja.¹ Prvo je, sasvim očekivano, posvećeno istoriji državnog duga. Prati se viševekovna tendencija porasta državnog duga uporedo sa porastom ekonomskih funkcija države. Dok je nekad njena osnovna funkcija bila vođenje ratova, uglavnom za slavu i bogatstvo vladara, država vremenom počinje da pruža sve više i više javnih dobara, sve je više ulaganja u infrastrukturu, pa je sve veća verovatnoća nastanka fiskalnog deficita, koji se finansira zaduživanjem. Zanimljiva je analiza mehanizama umanjavanja, odnosno gomilanja državnog duga, merenog stepenom zaduženosti zemlje (iznos duga u odnosu na nivo bruto domaćeg proizvoda

* Redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, begovic@ius.bg.ac.rs.

¹ Svako poglavlje je delo najmanje tri koautora. Ukupno je 34 autora učestvovalo u pisanju poglavlja. Budući da bi pominjanje imena svakog od njih uzelo izuzetno mnogo prostora, nijedno ime autora, ma koliko bilo proslavljeno u ekonomskoj nauci, ne pojavljuje se u ovom prikazu.

– BDP). U XIX veku se zaduženost država (na primeru tri zemlje, SAD, Velike Britanije i Francuske) umanjivala velikim primarnim suficitom (posledica fiskalne konsolidacije), pri čemu je negativna razlika između stopa privrednog rasta i realnih kamatnih stopa usporavala to umanjjenje, budući da je znatan deo primarnog suficita odlazio na plaćanje kamate. Nasuprot tome, dve velike epizode umanjjenja državnog duga (posle oba svetska rata) pokazuju da se ono zasnivalo na podjednacom (posle I svetskog rata) ili nešto manjem (posle II svetskog rata) doprinosu primarnog fiskalnog suficita u odnosu na doprinos pozitivne razlike između stopa privrednog rasta i realnih kamatnih stopa. Vredna informacija za one koji danas tvrde da se zaduženost zemlje može umanjiti bez fiskalne konsolidacije (uz opstajanje primarnog fiskalnog deficita), samo stopama privrednog rasta većim od realnih kamatnih stopa.

Zanimljivo je i poređenje dve epizode gomilanja državnog duga u poslednjih stotina godina: Velike depresije (1928–1933) i Velike recesije (2007–2013). Dok se u prvom slučaju zaduženost povećala isključivo usled negativne razlike između stopa privrednog rasta i realnih kamatnih stopa, uz primarni suficit koji je usporavao rast duga u odnosu na BDP, u slučaju nedavne svetske recesije, primarni fiskalni deficit je 2,6 puta više doprineo gomilanju državnog duga nego negativne razlike između stopa privrednog rasta i realnih kamatnih stopa. Potonji mehanizam gomilanja državnog duga svedoči o brzini reakcije makroekonomske politike na finansijski krah iz 2008. godine: urgentno započinjanje deficitarnog finansiranja budžeta, kako bi se upravljalo agregatnom tražnjom, i obaranje kamatnih stopa, kako bi se pospešile investicije. Lekcije iz doba Velike depresije su, očigledno, dobro naučene.

Drugo poglavlje donosi detaljno razmatranje pitanja šta sve čini državni dug i kakva je njegova struktura. Iako su, pod okriljem Međunarodnog monetarnog fonda (MMF), uspostavljene međunarodne konvencije o tome koje to sve obaveze države ulaze u njen dug, pokazalo se da, zavisno od analitičke odluke kako se obračunava državni dug, on može znatno da varira. Primera radi, državni dug SAD (analitički) varira između 20 i 75 triliona američkih dolara. Autori tu celu raspravu s pravom smeštaju u okvir bilansa stanja države sa, naravno, dve strane – aktivom i pasivom – to jest svim njenim potraživanjima i obavezama. Autori navode da u obaveze države (pasivu) spadaju i one obaveze koje, striktno posmatrano, ne čine državni dug, poput još neisplaćenih penzija, obaveza koje tek mogu da nastanu, državnih garancija koje mogu biti aktivirane ili obaveza u pogledu garantovanih depozita u bankama, pa sve do zanimljivog pitanja da li količina novca u opticaju predstavlja državni dug.²

² Striktno posmatrano, svaka novčanica predstavlja ispravu o dugu koju u ime države izdaje centralna banka, pa se, kao deo nasleđa zlatnog standarda, novčana masa može smatrati obavezom države. Puni smisao takvog poimanja novca, navode autori, do-

Bilans stanja države ne bi bio potpun bez njene aktive – imovine koju država poseduje (uključujući potraživanja), koja omogućava da se izvršavaju obaveze i tek se sa tim delom bilansa stanja stiče informacija o neto obavezama države. To konceptualno razmatranje prati i obilje informacija o strukturi državnog duga po zemljama, odnosno po grupama zemalja: bogatih, siromašnih i onima između. A struktura se iskazuje u odnosu na finansijske instrumente (obveznice ili krediti), ročnost dospeća (dugoročni ili kratkoročni), izvore sredstava (domaći ili strani dug) i valute obaveze (nacionalnu ili stranu). Pravilo je, što se strukture duga tiče, da nema pravila – gotovo da se može zaključiti da su razlike između zemalja u tom pogledu stohastičke prirode.

Zašto države pozajmljuju finansijska sredstva, zašto sebe opterećuju dugom – kratko je pitanje sa dugačkim i složenim odgovorom. Tautologija zbog finansiranja fiskalnog deficita tu mnogo ne pomaže. To se jasno vidi iz trećeg poglavlja knjige, u kojem se motivi država, preciznije motivi onih koji vode države, da se zadužuju dele na dve velike grupe: na dobre i loše. U prve spada izravnavanje poreskog opterećenja obveznika u uslovima u kojima se menjaju nivoi javnih rashoda. Razmatranje je potpuno u skladu sa koncepcijom rikardijanske jednakosti i njenim nalazom da će se današnji fiskalni deficit neminovno finansirati budućim suficitom. Autori smatraju da u dobre motive spada i kejnsovsko upravljanje agregatnom tražnjom, budući da budžetski deficit i uvećanje javne potrošnje predstavljaju fiskalni podstrek i osnovnu kontracikličnu meru ekonomske politike u uslovima recesije. No, autori ukazuju na one političke činioce koji, usled nepopularnosti smanjivanja javne potrošnje i uvećanja poreza, otežavaju formiranje fiskalnog suficita posle recesije, što izaziva gomilanje državnog duga posle epizoda kontracikličnih fiskalnih politika. U dobre motive zaduživanja spadaju i dugoročne investicije u fizičku infrastrukturu, i ne samo fizičku, i u ljudski kapital, što omogućava održivo uvećanje stope privrednog rasta zadužene zemlje. Konačno, pojava državnih dužničkih hartija od vrednosti, kao finansijskih instrumenata niskog kreditnog rizika, važna je za razvoj tržišta kapitala u zemljama u kojima ono nije duboko, pa time i razvoja celokupnog finansijskog sektora u njima.

Nasuprot dobrim motivima za zaduživanje država, postoje, sasvim očekivano, i loši. To su, navode autori, oni koji dovode do prekomernog zaduživanja i do krize državnog duga kao moguće posledice. Prvi od njih povezan je sa političkim budžetskim ciklusom, empirijski potvrđenom regularnošću da vlast, neposredno pre izbora, želeći da bude reizabrana, umanjuje poreze i uvećava javnu potrošnju, i to tekuću potrošnju, ne

bija se tek uvođenjem u analizu koncepcije (odavno napuštenog) zlatnog standarda, u kome je postojala adekvatna zlatna podloga, kao imovina države na strani aktive njenog bilansa stanja.

investicije. Da bi takva politika dala izborne rezultate, biračko telo treba da pati od tzv. fiskalne iluzije, zablude da fiskalni deficit može dovoljno dugo da traje. Ta empirijski potvrđena iluzija pojačava se kejnsovskim pristupom upravljanju agregatnom tražnjom, u kome se veliki fiskalni deficit koji se (opravdano) stvaraju tokom recesije ne kompenzuju fiskalnim suficitima posle nje, odnosno uvećanim porezima, već se refinansiraju, te se obaveza vraćanja duga pomera u budućnost. Time se dolazi do drugog lošeg motiva zaduživanja, koji autori vide u međugeneracijskoj preraspodeli, tako što prekomernu potrošnju sadašnje generacije, veću od njenog budžetskog ograničenja, to jest od raspoloživog dohotka, snose buduće. Dok pojedinci koji žele da uvećaju potrošnju svog potomstva, to jest koji žele (usmerenu) međugeneracijsku preraspodelu u suprotnom smeru, to lako mogu da ostvare privatnim sredstvima, nasledno pravo se bavi upravo tim mehanizmima, preraspodela u korist sadašnje generacije na račun budućih ostvaruje se državnim dugom – mi danas trošimo više nego što imamo, a vi to sutra plaćate. Kada se tome pridoda politička ekonomija donošenja fiskalnih odluka, u kojoj su obično veoma jake i dobro organizovane one interesne grupe koje naročito dobijaju određenim programima javne potrošnje, izvesno je da raste sklonost država ka fiskalnim deficitima, pa time i gomilanju duga.

No, napominju autori, visoki državni dug, nezavisno od načina na koji je nastao, ima nepoželjno dejstvo na privredni rast. Reč je o tome da takav dug umanjuje prostor za kontracikličnu ekonomsku politiku u periodu recesije, istiskuje privatne investicije budući da treba servisirati nastale obaveze prema poveriocima, i stvara očekivanja o sve većem budućem oporezivanju prinosa, što obeshrabruje investitore da preduzimaju poslovne poduhvate. Umesto da se štednja domaćinstva sliva u investicije, ona nepovratno odlazi u servisiranje dužničkih obaveza.³

Četvrto poglavlje knjige posvećeno je koncepciji održivosti duga i počinje jednostavnim pitanjem: zbog čega Japan „prkosi sili Zemljine teže“ sa državnim dugom koji iznosi oko 200 odsto BDP, dok je Ukrajina bankrotirala zbog državnog duga od 30 odsto 1998. godine? Teško da može da se nađe bolji primer da se opiše da za razmatranje državnog duga nije važno samo koliki je dug nego, naročito, da li je održiv. Autori koriste standardnu MMF-ovu definiciju održivosti, prema kojoj je državni dug održiv ukoliko je velika verovatnoća da će država biti solventna, to jest da će moći da ispuni sve svoje sadašnje i buduće obaveze bez pribegavanja neostvarljivim ili nepoželjnim ekonomskim politikama. Dakle, koncepcija održivosti neminovno je okrenuta budućnosti. A budućnost je neizvesna, tako da je ocena održivosti zasnovana na predviđanju

³ To su osnovni nalazi do kojih su došli Rajnhart i Rogoff (Reinhart, Roggoff 2010). Iako je u vreme kada se pojavio ovaj članak bio predmet kontroverze, istraživanja tokom protekle decenije potvrdila su, smatraju autori, osnovne nalaze iznesene u ovom radu.

budućnosti, a ne na čvrstim činjenicama o sadašnjosti. Zanimljivo je da autori pokreću pitanje zbog se čega pojedine države odlučuju da proglaše bankrot iako je njihov dug održiv.⁴ Očigledan razlog za bankrot je to što na taj način uvećavaju svoju neto aktivu – aktiva ostaje ista, dok se pasiva, načelno posmatrano, umanjuje.⁵ Ipak, postoje snažni razlozi zbog kojih države to ne čine, odnosno zbog čega su državni bankroti sve ređi: isključivanje sa tržišta kapitala, što znači da više ne postoji mogućnost fiskalnog deficita, uz pogoršanje reputacije na tom tržištu što će, u perspektivi, kada se prevaziđe isključenje, značiti više kamatne stope koje će zahtevati poverioci. Nadalje, poveriocima, naročito velikim, stoje na raspolaganju određena, nimalo prijatna, pravna sredstva protiv onih koji ne ispunjavaju svoje dužničke obaveze. Na sve to se povećava pritisak tzv. lešinarskih fondova, koji na sekundarnim tržištima obveznica po batatelnoj ceni kupuju obveznice države koja je proglasila bankrot, pa onda stvaraju snažan pritisak da te obveznice naplate po njihovoj nominalnoj vrednosti, što je bolno iskusila Argentina posle bankrota 2001. godine. Konačno, državni bankrot, navode autori, izaziva duboki poremećaj domaćeg finansijskog sistema. Zaista uverljivi razlozi za državu da izbegne bankrot.⁶

Sa održivošću državnog duga neposredno je povezano upravljanje tim dugom, obrađeno u petom poglavlju zbornika, koje je ipak više namenjeno praktičarima nego akademskim istraživačima fenomena državnog duga. Obraduju se pitanja ciljeva upravljanja državnim dugom, osnovnih rizika kojima treba upravljati, različitog načina upravljanja domaćim i stranim dugom, razvoja domaćeg tržišta državnih obveznica i, konačno, nešto što nije samo praktično pitanje – pitanje institucionalnog okvira u kojem se upravlja dugom. Čitalac bez pretenzija da bude praktičar u oblasti upravljanja državnim dugom ipak žurno prelazi na sledeće poglavlje.

To, šesto poglavlje posvećeno je pitanju načina umanjenja državnog duga (uvek merenog kao iznos državnog duga u odnosu na nivo BDP-a) koji ne podrazumevaju proglašavanje bankrota. Postoje tri osnovna načina takvog umanjenja, navode autori. Prvi je fiskalna konsolidacija, skup aktivnosti kojima se eliminiše fiskalni deficit i stvara suficit kojim se finansira umanjenje duga. Autori pokreću relevantna pitanja fiskalne

⁴ Time slede u ekonomskoj nauci široko prihvaćeni pristup (Eaton, Gersovitz 1981) da se svaka država (čiji je državni dug održiv), odnosno njena vlada, nalazi pred strateškom odlukom da li da bankrotira ili ne.

⁵ Za razliku od privrednih društava, za bilans stanja država ne važi безусловna jednakost aktive i pasive bilansa stanja.

⁶ Takvu sveobuhvatnu analizu treba uporediti sa neargumentovanim i neuverljivim, navodno politekonomskim objašnjenjem da je umanjenje frekvencija državnih bankrota u savremenom svetu posledica koalicije između bogatih društvenih slojeva u zemljama poveriocima i bogatih slojeva u zemljama dužnicima, koje se nedavno pojavilo u sociološkoj literaturi (Ross 2019).

konsolidacije, počev od njenog iznosa, preko brzine i trajanja, da bi se na kraju pažnja posvetila metodima te konsolidacije: da li se fiskalna konsolidacije izvodi smanjenjem rashoda ili povećanjem prihoda? Začudo, autori su ocenu dejstva metoda fiskalne konsolidacije na stopu privrednog rasta ostavili otvorenom, iako se nedavno pojavilo sveobuhvatno istraživanje kojim se nedvosmisleno pokazuje superiornost konsolidacije zasnovane na smanjenju rashoda.⁷ Drugi način umanjavanja državnog duga je ubrzani rast BDP-a, budući da se zaduženost zemlje obara rastom imenioca u razlomku kojim se ona meri, a i uvećava se poreska osnovica, što uzrokuje rast poreskih prihoda i umanjjenje fiskalnog deficita. Da bi prvi mehanizam mogao da dâ rezultat, stopa privrednog rasta treba da bude viša od realne kamatne stope, budući da onda imenilac (BDP) raste brže od brojioca (apsolutnog iznosa duga). Autori razmatraju nekoliko strategija ubrzanja privrednog rasta, ali ne pokreću, a još manje odgovaraju na pitanje kako obezbediti rast u uslovima visoke zaduženosti, iako je u zborniku već napomenuto da visoki državni dug usporava privredni rast. Konačno, državni dug može da se umanja ekspanzivnom monetarnom politikom i inflacijom kao njenom posledicom. Veoma često inflacija i nastaje kao način da se finansira fiskalni deficit, u uslovima u kojima zaduživanje nije moguće. Dakle, inflacija umanjuje porast državnog duga. A ukoliko je državni dug u domaćoj valuti, inflacija obezbeđuje njegovo umanjjenje, preciznije, umanjjenje njegove realne vrednosti. No, autori napominju da inflacija generiše svoje troškove i da cena takvog načina umanjjenja duga može da bude prohibitivno visoka.

Kada ništa drugo ne pomaže, država proglašava bankrot. Upravo je tome – državnom bankrotu – posvećeno sedmo poglavlje knjige. Posle prilično mukotrpnog definisanja tog pojma, uz sve tehničke detalje i razjašnjenje odgovarajuće pravne i ekonomske terminologije, autori prelaze na razmatranje mogućnosti selektivnog proglašavanja bankrota (na primer, samo prema privatnim poveriocima ili samo prema domaćim poveriocima), a zatim se zalazi u pitanje da li je reč o čvrstom (jednostranom) bankrotu ili mekom (dogovorenom). Pominje se i situacija poricanja dužničkih obaveza u slučaju Lenjinove Rusije i Maove Kine, začudo bez pominjanja Hitlerove Nemačke, kao osnove državnog bankrota, da bi se na kraju razmotrila distinkcija između restrukturiranja i reprogramiranja duga kao kvantitativna razlika između većeg ili manjeg gubitka neto sadašnje vrednosti potraživanja prilikom bankrota – fenomen poznat kao

⁷ Alesina, Favero i Đavaci (Alesina, Favero, Giavazzi 2019), vrednujući 170 slučajeva fiskalnih konsolidacija u zemljama OECD-a, izneli su empirijske dokaze da je fiskalna konsolidacija zasnovana na umanjjenju rashoda superiorna u odnosu na onu zasnovanu na uvećanju prihoda u pogledu dejstva na privredi rasta i ponudili uverljivo teorijsko obrazloženje te regularnosti. Tu knjigu je detaljno prikazao Begović (2019). Nažalost, u spisku literature koji prati ovo poglavlje zbornika koji se prikazuje navedena knjiga se ne pominje.

„šišanje“ poverilaca. To prate ne baš sadržajna analiza razloga državnog bankrota i razmatranje podsticaja državama da ne bankrotiraju, uglavnom ponavljanje onog što je već napisano u četvrtom poglavlju zbornika.

Svaki državni bankrot prati razrešenje odnosa dužnika i poverilaca, bez obzira na to koliko dugo traje proces njegovog pronalaženja. Tom razrešenju, pre svega procesu kojim se do njega dolazi, posvećeno je osmo poglavlje, zasnovano na uvidima o saniranju posledica državnih bankrota u poslednjih nekoliko decenija, uz mnoštvo studija slučajeva. Veoma poučno gradivo za one koji planiraju da proglase državni bankrot – da znaju šta ih čeka ili bar kakvu muku mogu da ostave svojim naslednicima na vlasti.

Poslednje, deveto poglavlje posvećeno je, kakav je i red, budućnosti i, savremenim rečnikom rečeno, izazovima koje ona donosi. Oni se zasnivaju na proceni najvažnijih kretanja i ishoda koji se na planu državnog duga mogu očekivati, i na strani dužnika, država kojima je potreban kapital, i na strani poverioca. Izneti su i predlozi mera koje bi mogle da ublaže rizike na finansijskim tržištima dostupnih vladama, odnosno da umanje verovatnoću državnih bankrota, kao i predlog načina za rešavanje kriza državnog druga, poput grčke krize, one koja je početkom druge decenije ovog veka iz temelja uzdrmala evropsku monetarnu uniju. Razmažen sveobuhvatnom, detaljnom i produbljenom analizom na prethodnim stranicama zbornika, čitalac je ipak, više očekivao od njegovog završnog poglavlja.

Ovaj zbornik je prava muzika za uši ozbiljnih čitalaca – onih koji ponešto poznaju pitanja državnog duga i koju žele da o njemu saznaju nešto više, da bolje razumeju taj fenomen, uzroke njegovog nastanka i posledice koje on stvara. A knjiga je izašla u pravo vreme – vreme u kojem se državnim dugovima sve više bave horde površnih ljudi, šarlatana bez ikakvih solidnih znanja iz ove oblasti, doduše i iz bilo koje druge, sa jednoznačnim, pojednostavljenim i uglavnom optužujućim odgovorima na sva pitanja. Sve se, naravno, svodi na teoriju zavere bogatih (država, pojedinaca, banaka...) da se upropaste siromašni.

Činjenica da je autor prikaza ovu knjigu čitao u vreme vrhunca (prvog talasa) pandemije COVID-19 otvara mogućnost za jednu paralelu. Tokom ove pandemije svako ko ima priključak na internet je, protiv svoje volje, dobio hiljade poruka od svih mogućih teoretičara zavere, uključujući i pojedine predsednike država, o poreklu korona virusa, ciljevima njegove proizvodnje i diseminacije, ali i o tome da ta zarazna bolest uopšte ne postoji, nego je sve to inscenirano (poput sletanja na Mesec, pretpostavljam), a ta predstava je napravljena kako bi nas sve prisilili da se vakcinišemo, budući da će u toj vakcini biti nanočipovi, koji će omogućiti onom koji je sve to osmislio da nam kontroliše misli ili bar ponašanje. Teorije zavere koje se bave državnim dugovima nisu toliko

životopisne, ali su podjednako utemeljenje u neznanju, zatucanosti, aprior-
nom osuđivanju i nedostatku dobre volje da se spoznaju činjenice i shvate
uzročno-posledične veze. Na primer, objašnjenje krize grčkog državnog
duga, koja je posledica zavere nemačkih i francuskih proizvođača oruž-
ja, nemačko-francuskog bankarskog sektora i grčke vojno-političke elite,
zbog koje je Grčka zaduživanjem nabavila oružje kojoj joj uopšte nije
potrebno (zbog toga što ima malog, miroljubivog i tradicionalno prijatelj-
ski nastrojenog suseda na istoku, pretpostavljam), a sve to plaćaju grčki
siromašni društveni slojevi. Pažljivo čitanje ove knjige predstavlja veoma
delotvornu vakcinu protiv tih teorija zavere. Nažalost, onima koji se
samostalno odluče da je čitaju vakcina nije potrebna, oni imaju prirodni
imunitet, a mala je verovatnoća da će takva vakcinacija postati obavezna.

LITERATURA (REFERENCES)

- Alesina, Alberto, Carlo Favero, Francesco Giavazzi. 2019. *Austerity: When It Works and When It Doesn't*. Princeton and Oxford: Princeton University Press.
- Begović, Boris. 4/2019. Book Review: *Austerity: When It Works and When It Doesn't* by Alberto Alesina, Carlo Favero, and Francesco Giavazzi. *Panoeconomicus* 66: 525–534.
- Eaton, Jonathan, Mark Gersovitz. 2/1981. Debt with Potential Repudiation: Theoretical and Empirical Analysis, *Review of Economic Studies* 48: 289–309.
- Reinhart, Carmen M, Kenneth S. Rogoff. 2/2010. Growth in the Time of Debt, *American Economic Review* 100: 573–8.
- Ross, Jerome E. 2019. *Why Not Default?: The Political Economy of Sovereign Debt*. Princeton and Oxford: Princeton University Press.

Andrej Stefanović*

Casey-Maslen, Stuart, Tobias Vestner. 2019. *A Guide to International Disarmament Law*. New York: Routledge, 252.

A Guide to International Disarmament Law was written by Stuart Casey-Maslen, professor of International Law at the University of Pretoria in South Africa, and Tobias Vestner, Head of the Security and Law Program at the Geneva Centre for Security Policy (GCSP). The book represents the latest attempt at providing structure and greater clarity to this specific branch of international law, which has so far lacked the appropriate attention of the academic community. In this sense, it could certainly be used as a primer in this field of study and research.

It is noticeable that this work opts right from the start (i.e. its very title) for an approach of granting the concept of disarmament preference to other notions. Namely, the authors argue that the notion of disarmament is wider and that it encapsulates other concepts, such as arms control (taken to mean “the balancing reduction of armed forces”) and non-proliferation (which entails the “limitations on the transfer of weapons”). At the same time, the authors share the opinion that a distinction exists between the concepts of disarmament and arms control, as the latter is based on the presumption that „weapons will – and indeed should – persist as a feature of international relations.” This makes the matter a bit confusing, as disarmament – in its fullest form as “general and complete disarmament” – entails all-out renunciation and destruction of weapons. Nonetheless, this ambiguity in no way influences the quality of discussions that ensued.

It is no secret that the authors aimed at providing information on disarmament treaties through a novel and arguably more refined manner, compared to earlier works in this field, as most of them, including Jozef Goldblat’s seminal work *Arms Control: The New Guide to Negotiations and Agreements*, provide a chronological explanation and overview of the development of arms control and disarmament efforts. Given this book’s

* Attaché at the Permanent Mission of the Republic of Serbia to the UN Office in Geneva, andrejstef89@gmail.com.

focus on the law of disarmament (and arms control and non-proliferation), the authors explain in Chapter 2 that the book is structured in accordance with the main themes (or, as the authors call them, “core elements”) of disarmament law. These are the following: stockpile destruction, transfer, production, development, testing, use, victim assistance, information exchange, and transparency and verification.

Following the introductory section of the book, in which, *inter alia*, a brief overview of historical development of disarmament efforts prior to the 1945 establishment of the United Nations (UN) is provided, the authors dedicated the first chapter to tackling international disarmament law *in toto*. Even though the authors take into account all sources of law, including unilateral acts of states, nonetheless primary importance is given to international treaty law, as it is acknowledged that most rules within this branch of law are found in treaties, either bilateral or multilateral. In this sense they reiterate the premise found in the Report of the UN General Assembly’s First Special Session on Disarmament, in which disarmament is treated as reduction of arms and armed forces *by international agreements*. In their survey of other sources of law (international customary law and general principles of law) the authors point out that the rules on disarmament are scarce, that they mostly stem from other principles (rules on armed conflict in case of customary law), and that only a few can be identified. Apart from legally binding agreements, the importance of soft law instruments (e.g. the UN Program of Action on Small Arms and Light Weapons (SALW), and the Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE) Vienna Document) is also mentioned.

In Chapter 3 the authors touch upon (albeit very briefly as this is not the subject matter of the book) the notions of international security, the security dilemma, deterrence and balance of power, which underpin the more theoretical foundations and roots of disarmament and arms control. It is explained that disarmament is an element of both national and international security, as well as human security.

Chapters 4 through 9 explore in greater detail the abovementioned core concepts of international disarmament law (found mostly in international disarmament treaties, but also in politically binding documents).

Chapter 4 discusses the issue of use and threat of use of weapons. The authors underscore that prohibitions contained in disarmament treaties are broader than those established by the law of armed conflict (i.e. international humanitarian law, IHL), as they outlaw the use of specific weapons at all times, not only during armed hostilities. This is precisely why disarmament treaties include an explicit prohibition on use of weapons, even in cases where a prohibition of their use in armed

conflict already exists. The authors note that the transformation of the rule of law of armed conflict into a disarmament treaty was sometimes extremely difficult and laborious (as was the case with the adoption of the Chemical Weapons Convention – CWC), or occurred through numerous phases (an example being the Anti-Personnel Landmines Convention – APLC). There are, of course, exceptions to the above stated rule: namely, the Biological Weapons Convention (BWC), the first convention to ban an entire category of weapons, was adopted without a provision that would prohibit the use of these types of weapons (even though many considered that this prohibition was implied). Another exception are non-proliferation treaties, whose prime objective is to prevent the spread of nuclear weapons, and which do not regulate their use. As a side note, with regard to the topic of use of nuclear weapons, the authors point to the fact that this issue is still unresolved, mostly due to the Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, rendered by the International Court of Justice (ICJ) in 1996, where it was stated that no comprehensive and universal prohibition of the use of nuclear weapons exists, even though their use would be, generally speaking, contrary to the rules of armed conflict.

The threat of use of weapons, which is seldom mentioned in disarmament treaties, is a peculiar subject in disarmament law. The problem of defining the threat of use in disarmament law stems from the more general failure of international law to reach a consensual definition of the meaning of threat of use of force. Again, the authors place special attention to nuclear weapons. Here, they discuss negative security assurances, which were developed as guarantees that nuclear weapons states would not use or threaten to use nuclear weapons against non-nuclear weapon states.

The rest of Chapter 4 is devoted to exploring the main principles and rules regarding armed conflict (*ius in bello*), such as the rules on distinction and proportionality, which have become parts of customary international law. It is shown how these principles intertwine with disarmament law, as they are applicable to all situations of armed conflict, due to being part of customary law. At the same time, the authors indicate limitations of these principles, as contentions exist regarding their application with regard to certain weapons. The importance of the law on inter-state conflict (*ius ad bellum*) for disarmament law is also discussed, with an argument put forward that these rules are not weapon-specific and do not, *ipso facto*, prohibit any weapon or category of weapons.

The issue of weapons development and testing is considered in Chapter 5. It is asserted that disarmament treaties generally prohibit the development of weapons that are outlawed. While the concept of „development“ is not explicitly defined in treaties, it is taken to entail

all “undertakings by states never in any circumstances to develop the weapon that is prohibited.” Even though all disarmament treaties prohibit development, they differ in the extent to which this prohibition spans. For example, the Convention on Cluster Munitions (CCM) envisages the prohibition of all forms of development of cluster munitions, both direct and indirect, while, on the other hand, the CWC allows for the development of chemicals intended for peaceful purposes. All other treaties fall somewhere between these two.

Understood properly, development entails a range of activities, for instance research and testing, which form integral parts of the concept of development. The authors show that there is a class of treaties that include generic prohibition of testing of weapons, with some of them outlawing testing of all types of weapons, such as the Outer Space Treaty and the Moon Treaty. Others are narrower, in that they are devoted to testing of nuclear weapons, such as the Partial Nuclear-Test-Ban Treaty (PTBT), which prohibits the testing of nuclear weapons in the atmosphere, underwater and in outer space, and the Comprehensive Nuclear-Test-Ban Treaty (CTBT, not yet in force), which introduces a comprehensive prohibition of nuclear weapon testing. The authors point out that the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons (TPNW) introduces a novelty in disarmament law, as it concurrently bans both the development and testing of nuclear weapons. However, this instrument has not yet entered into force.

Chapter 6 is about transfer. It is a common place for disarmament treaties to contain provisions on the prohibition of transfer of weapons that are within the purview of the respective treaty. Treaties on weapons of mass destruction (WMD) envisage complete prohibitions of transfer of the weapons that they outlaw, with slight exceptions to the general rule (the BWC and the CWC allow transfer of biological agents and toxins and toxic chemicals and their precursors, respectively, provided that they are used for peaceful purposes, and in appropriate quantities and types; furthermore, the CWC permits the transfer of chemical agents intended for law enforcement operations). Such extensive prohibitions are stipulated despite the fact that WMD treaties do not contain explicit definitions of “transfer”. On the other hand, the authors showcase that within the edifice of treaties dedicated to conventional weapons, there usually is a definition of „transfer“, albeit they tend to be rather ambiguous. Here, the authors accord special attention to the Arms Trade Treaty (ATT) regime, which lays out a comprehensive view of transfer, as it involves export, import, transit and transshipment. In addition to its general prohibitions of weapons transfers in cases where they might lead to violations of UN arms embargoes, other relevant international obligations, or breaches of IHL, the ATT framework also envisions an

obligation of assessing exports of weapons, on the basis of their potential to undermine peace and security. Chapter 6 also offers an overview of existing regional regimes that regulate weapons transfers (such as those in Africa and Europe), as well politically binding export systems, such as the Wassenaar Arrangement and the Australia Group.

Chapter 7 is dedicated to the issue of stockpile destruction, which stands at the centre of disarmament treaties, as an obligation corresponding to prohibition of the use, production, retention, and stockpiling of weapons. The authors warn that, as is the case with some other “core concepts”, there is no international treaty-based definition of stockpile or of stockpile destruction. The first thing that should be observed is that the obligation of stockpile destruction is accompanied in every treaty by a deadline for its fulfillment, which is set in years (or months), rather than specifying a particular year by which the obligation is to be met. In the case of the two WMD treaties (BWC and CWC) there is a uniform deadline for stockpile destruction, set up depending on the entry into force of the treaty. On the other hand, disarmament treaties on conventional weapons (APLC and CCM) set deadlines that are „state-specific“, i.e. their commencement depends on a country’s accession to the treaty: the APLC foresees that a state party must destroy its stockpile of anti-personnel landmines within four years of the Treaty entering into force for it, while the CCM specifies an eight year country-specific deadline. The authors detail that the duration of the deadline is not the only point of departure between the two, as the CCM also allows for possible extensions of the deadline, while the APLC does not. In both cases it is permitted to retain a certain number of anti-personnel landmines, and cluster munitions and explosive submunitions respectively, for training purposes.

The second part of the chapter is dedicated to different techniques used for stockpile destruction. The authors underline that with the banning of activities such as dumping munitions and explosives at sea and disposing of them on landfills, the most common means of destruction have become detonation, burning (including closed incineration of chemical toxins), disassembly, crushing, etc.

Chapter 8 discusses the addressing of the effects of weapons, which the authors have broadly divided into four distinctive groups: victim assistance, clearance of munitions, environmental remediation, and international cooperation and assistance. Victim assistance appears as a relatively novel concept in disarmament treaties, as it was introduced in the 1993 CWC. Building upon the contribution of the CWC, which was limited in scope, the APLC and the CCM contained much broader provisions, with the CCM committing states parties to providing age- and gender- sensitive assistance to victims. The necessity of victim assistance is also mentioned in the preamble to the ATT, although

provisions therewith were not incorporated in the operative text of the Treaty. The authors show that these Treaties differ in regard to the definition of victims, with the TPNW referring to victims of both use and testing of nuclear weapons. The authors point out that victim assistance is always weapon-specific, meaning that the type of assistance, ranging from medical aid and rehabilitation, to social and economic integration, depends on the method of harm.

Another point examined by the authors in this chapter is clearing of munitions, which entails the destruction of munitions that have been used. The APLC envisages that the clearance of anti-personnel landmines is to be executed within 10 years, with the possibility for the state party requesting extensions, up to 10 years. Likewise, the CCM contains similar provisions, stipulating the obligation of clearance within 10 years, with the possibility for extension of up to 5 years. On the other hand, WMD treaties do not contain such obligations.

Next in line of examination is environmental remediation, a costly and complex activity, which is necessary in some areas following the disruption caused by the deployment of weapons and explosives. These activities are especially important in those parts of the world that have seen many nuclear tests, such as the Marshall Islands.

Lastly, Chapter 8 explores the possibility of international cooperation and assistance, with the goal of supporting treaty implementation and compliance. The authors single out the ATT, where international assistance encompasses a range of forms of international assistance measures, such as legal and legislative assistance, capacity-building, and stockpile management.

Chapter 9 discusses reporting, verification and compliance. The authors reason that the notion of compliance, understood as observance of the treaty by states parties, stands at the apex, with other concepts, such as verification, reporting obligations, confidence building, and other implementation supporting mechanisms, serving as measures to enhance its promotion. With regard to reporting obligations, the authors point out that the BWC was incomplete, as in many other aspects, due to the absence of provisions regarding reporting obligations, something that was rectified at the first three Review Conferences, which stipulated what issues states parties should report, as a means of advancing confidence building. On the other hand, the CWC envisaged both obligations of submitting an initial declaration upon accession, where a state would report the chemical weapons it possesses, and also annually report to the Technical Secretariat of the Organization for the Prohibition of Chemical Weapons (OPCW) the progress it had achieved in destroying chemical weapons. A similar initial declaration obligation is contained in the TPNW. With regard to the APLC and CCM, the authors acknowledge

that the reporting obligations contained therein are very similar, with provisions regarding cluster munitions being a bit more elaborated. Other than the main disarmament treaties, there are reporting and information exchange mechanisms in other instruments, both legally binding, such as the ATT, and those which are more informal and politically, rather than legally, binding – for example the Wassenaar Arrangement and the Vienna Document of the OSCE.

Another important aspect of compliance enhancement is the establishment of implementation support mechanisms, two of which are particularly common: treaty secretariats or implementation support units (ISU), and meetings of states parties. The most evolved structure was established within the CWC, in the creation of the OPCW, tasked with ensuring the implementation of the CWC, including verification of compliance. The ATT also has its own Secretariat. Unlike the CWC and ATT, other disarmament treaties did not prescribe the establishment of secretariats. Rather, subsequent meetings of states parties reached the decisions on setting up ISUs. Unlike the ISUs established within the APLC and CCM, which are funded by voluntary contributions and located outside the UN building in Geneva, in the case of the BWC regular annual contributions by states parties are used for financing the work of its ISU, which is located within the UN Office for Disarmament Affairs (ODA) on the UN premises in Geneva.

Most disarmament treaties also envisage regular meetings and conferences of states parties, for the purpose of discussion and decision-making. Most treaties foresee regular meetings or conferences of states parties, to be held annually or biannually, as well as review conferences, which are held in certain intervals (four or five years). An exception is the ATT, which regulates the convening of conferences of states parties, with the possibility of holding extraordinary meetings, but not review conferences are envisaged.

Verification is an important aspect of ensuring compliance with treaty obligations, generally speaking, and it is paramount when it comes to disarmament treaties, as these instruments often touch upon the very foundations of a country's national security. However, the authors draw attention to the fact that disarmament treaties vary significantly in terms of how broadly they develop their verification mechanisms.

Verification can be viewed in distinct ways and aspects. Verification (investigation) of alleged use is one. Here, like in other areas, the authors underline the discrepancy between the BWC, which does not envisage any verification mechanism whatsoever (although it does allow referrals of alleged breaches to the UN Security Council – UNSC), and the CWC, with its advanced system of investigations of alleged use of chemical weapons by a state party. The BWC's lack of verification provisions is,

to some extent, remedied by the UN Secretary General's Mechanism (UNSGM), established in the late 1980s, for the investigation of alleged uses of chemical and biological weapons. The same difference between the CWC and the BWC exists also in another aspect of verification – stockpile destruction and non-production. The CWC contains substantive provisions on on-site inspections, which can be routine inspections, in order to verify compliance, and challenge inspections, which are used to check alleged non-compliance. On the other hand, the BWC has no mechanism to verify stockpile destruction, even though there have been proposals for adopting a legally binding verification protocol.

Another important aspect is verification of non-proliferation of nuclear weapons. Verification that non-nuclear states are using nuclear technology only for peaceful purposes is conducted through safeguards agreements, concluded by non-nuclear weapon states with the International Atomic Energy Agency (IAEA). These include provisions for monitoring, evaluation, and on-site inspections, which include routine inspections, ad-hoc inspections, special inspections, and safeguards visits. As an annex to safeguards agreements, states can approve the Additional Protocol, which grants the IAEA supplementary inspection authority. In addition to the IAEA, a verification mechanism is also operated by the Preparatory Commission of the Comprehensive Nuclear-Test-Ban Treaty Organization (CTBTO), for detecting nuclear tests underwater, underground, and in the atmosphere.

Lastly, the authors signal that states parties have at their disposal several options, within disarmament law, to remedy potential non-compliance with treaty provisions. Apart from sanctions, there are also possibilities to refer the matter to the UNGA, UNSC, and of course the ICJ.

The last chapter, on the concept of Demobilization, Disarmament and Reintegration (DDR), also known as „micro-disarmament“, is distinctly different from the previous sections. The DDR is used as a component in managing post-conflict society, mainly through collecting SALWs from former combatants (the disarmament and demobilization part) and offering them viable means of reintegration into society. The authors point out that this concept has no basis in international law, rather that it has been developed through politically binding documents. Nevertheless, it does have points of connections with certain branches of international law, such as human rights law, international criminal law, and the law of armed conflict. The authors identify four generations of DDR. They argue that unlike the first two generations, when DDR was tilted towards stabilizing post-conflict societies, with the aim of supporting peace-building, newer generations of DDR programs have been developed in order to be employed during the conflict, with the goal of achieving peace. The most

recent, fourth generation DDR, which is often incorporated in national counter-terrorism strategies, replaced disarmament and demobilization with disengagement and disassociation (hence, often termed DDRR – Disengagement, Disassociation, Reintegration and Reconciliation), with the primary objective of encouraging desertion from terrorist groups. The authors assert that these changes have resulted in loss of neutrality in DDR approaches and programs.

The last section in the book is devoted to summarizing the most important challenges faced by international disarmament law. As has been the case in the past, disarmament law will have to hurry to „catching up“ with new weapons technologies, especially those that might utilize artificial intelligence. Disarmament treaties will also have to tackle the continuous criticism of consensus-based decision-making. Even though the consensual approach might result in a stalemate (as has been witnessed in some treaty bodies), nonetheless it offers the safest way of achieving universality. It is evident that universality presents a significant challenge in the field of disarmament law, as most disarmament instruments are far from universal (with the exceptions being the BWC and the CWC).

The authors finally conclude that there is a danger that states might turn to concluding bilateral and plurilateral treaties, rather than pooling their efforts in pursuing global disarmament efforts. This might, in turn, impede full and complete implementation of disarmament treaty obligations. Another potential outcome could be the fragmentation of the disarmament treaty law structure. Even though this has continuously been a trait of disarmament law throughout its historical development, nevertheless the authors insist that a degree of coherence between various instruments in this field is critical.

Ivana Barać, LL.M.*

Vujadinović, Dragica, Zorana Antonijević, eds. 2019. *Rodna ravnopravnost u visokom obrazovanju: Koncepti, prakse i izazovi*. Novi Sad: Akademska knjiga, 363.

The gender equality, although analysed by many scholars within different academic disciplines, still faces great hurdles, mainly stemming from the traditionally closed and patriarchy-oriented society, ignorant to the need of improvement of women's position both in their personal and professional life. This becomes more apparent when analysing the position of gender equality in higher education.

One would expect that academia, i.e. higher education, presents a perfect opportunity for performing multidisciplinary activities aimed at improving gender perspectives and understanding of the so-called women's question. However, the truth remains elusive, as the problem of gender (in)equality in academia persists.

Although the latest research, as cited in literature, goes to prove that the gap existing between men and women in higher education is becoming smaller, the patriarchal view that the exclusivity in academia belongs solely to men allows us to understand the background leading to the collection of articles uniformly covered within the book titled *Rodna ravnopravnost u visokom obrazovanju: Koncepti, prakse i izazovi* (Gender equality in higher education: concepts, practices and challenges), edited by Dragica Vujadinović and Zorana Antonijević. It encompasses five different sections, consisting of research papers written in both Serbian and English language.

The book was preceded by the international conference Gender Equality in Higher Education: International Good Practice and Local Context, organised at the University of Belgrade Faculty of Law in October 2017. The conference was a strong impetus for the editors to gather researchers and academics and offer up-to-date analysis of emerging problems and challenges of gender equality in higher education.

* Assistant Lecturer, University of Belgrade Faculty of Law, ivana.barac@ius.bg.ac.rs.

The authors aim to address the ever-present questions of male dominance in academia, absence of gender sensitive study programmes, ignorance of the impediments women face in balancing their private and professional lives, obvious discrepancy of normative compliance and assertive dedication to gender equality in higher education and in that respect propose measures and actions that could address the question of gender equality in a more profound and substantive manner.

The first section of the book, titled *Kritički pristup visokom obrazovanju iz rodne perspektive* (Critical approach to higher education from a gender perspective) focusses on the existing, as well as the newly-founded concepts of gender equality within higher education. It opens with Marina Hughson's paper *Rodnost i proizvodnja znanja na poluperiferiji: Pravo na izvrsnost?* (Gender and education production at the semi-periphery: the right to excellence?), where the author opts for a two-way approach to elaborate on gender equality in higher education. Better said, she focusses on the position of women in the former Yugoslavia and present-day Serbia, with the intention of proving that the "semi-periphery" is not falling behind in knowledge related to the scientific position of women, as existing in the "centre". It is worth noting that in the context of this research paper, present-day Serbia represents the semi-periphery in comparison to different progressive countries, being the centre.

That being said, the author opposes the idea that ready-made measures from the "centre" present an adequate mechanism to improve the position of women scientists in semi-periphery, mainly because the two areas have specific characteristics that should be dealt with differently. In order to prove this, the paper examines the right to excellence from both a general and an individual perspective. Hughson concludes that it is important to understand the great difference existing in the institutional environment in the semi-periphery, as oppose to that existing in the centre, as the semi-periphery can and most often is subject to the so-called „twist“ caused by its specificity. It would also represent an oversight to this specificity to merely implement the solutions from the centre without applying appropriate adaptations.

The contribution *Men and Masculinities in Academia, Higher Education and Science: Approaches, Applications and Actions*, by Jeff Hearn, discusses academia, higher education and science from a critical viewpoint of studies on men and masculinities. He argues that there is a need to refocus „the standpoint on gender, framed with a focus on women, either women's experience or even women as the problem and the need to change women“. Hence, Hearn takes a different view and concentrates on men in academia as equally gendered. Taking critical studies on men and masculinities as his theoretical point of departure, Hearn offers an in-depth analysis of approaches that could lead to a better understanding of gender

regimes in academia and science. He proposes actions on an individual, organisational and (trans)national level, in academia, higher education and science, as he considers that there is a need to inspect the double complexity of men. Thus, he suggests an action plan which should, on an individual and interpersonal level, focus on changing individuals, while on the organisational level, it should address the need for systematic and structural changes. Finally, on the national and international level, Hearn propounds that there is a need to find creative transnational responses for changing men transnationally.

A new aspect for resolving gender inequality in academia can be sought in Ana Kolarić's contribution titled *Pedagogija i aktivizam: Osvrt na eseje Adrijen Rič o obrazovanju* (Pedagogy and activism: a look at Adrienne Rich's educational essays). Specifically, and due to the newly emerging trends of promoting right-wing ideology and conservatism, the author considers that core values of democratic society are in jeopardy. As a response, Kolarić provides an overview of essays by Adrien Rich¹ on the subject of education and pedagogy, with the aim of improving education and teachers in today's society. The author presents Rich's teaching experience and views on education, which derive from a feminist perspective, and as such primarily relate to her understanding of the power of language in education. In the end, the author elaborates on the possibility of using language as a powerful tool for changing modern-day perspectives on gender equality, through actions carried out both by students and teachers in higher education. Kolarić concludes that academia should promote social justice and democratisation of knowledge rather than its commercialisation.

The second section of the book, titled *Urođnjavanje visokog obrazovanja i istraživanja: Izazovi prakse i mogućnosti institucionalizacije u evropskom kontekstu i Srbiji* (Gendering of higher education and research: the challenges of practice and possibilities of institutionalisation in the European context and in Serbia), on one hand sheds light on the practice of gendering of higher education in Nordic countries and Slovenia, while on the other it provides an overview of gender inequalities existing in scientific researches globally. The first paper is *Gender Equality in Nordic Academia: Advances and Challenges*, by Liisa Husu, which offers insight on the existing paradox within Nordic countries in tackling gender inequality. To be specific, the author presents an overview of rather contradictory perceptions on the matter of gender equality, by addressing the existence of three paradoxes (paradox of

¹ Adrienne Rich was a prominent American poet, essayist and a radical feminist and social activist during the civil rights movement. The author underlines that the key essays written by Adrienne Rich can be found in the collection titled *On Lies, Secrets and Silence*.

change, paradox of excellence, and paradox of interventions) present in Nordic countries. To this end, Husu acknowledges that the high level of political will, national initiatives, action plans and mechanisms aimed at fighting gender inequality in higher education in Denmark, Sweden, Finland, Iceland and Norway contributed to the countries' high ranking in the overall gender equality of society globally. Despite that, she emphasises that Nordic countries still face challenges in favouring men and masculine perspectives in higher education and science.

Veronika Tašner and Milica Antić Graber's paper *Educational Meritocracy and Gender Equality in Slovene Academia* examines the concept of educational meritocracy and its effect on the educational system in Slovenia. The authors presented a historical background of the developments of education in Slovenia and thus acknowledged the importance of educational meritocracy regarding the equality of women and men in the field of academia/education. However, they advise caution as meritocracy cannot and should not be the sole criterion for achieving gender equality. Instead, they conclude that meritocracy and hegemonic structures should be subject to scrutiny and, as such, modified. Consequently, that would result in the adoption of new perspectives that would include a higher number of well-educated individuals.

As previously stated, this section allows us to inspect the existing practical issues of gender inequality in academia as well. Admittedly, the next author, Ljiljana Čičkarić, in her paper *Rodne nejednakosti u naučnim istraživanjima* (Gender inequalities in scientific research), analyses the position of women in the international scientific arena, by presenting valid arguments on their inequality in comparison to men scientists. In that respect, she elaborates on the lower proportion of women scientist compared to men scientists, on the gross disparity in the number of research papers published by men compared to women, on the vast difference in income based on gender, etc. Čičkarić argues that there is a need for structural changes, consisting of measures and mechanisms focussed on achieving balance of private and professional lives of women. On that note, the author underlines the importance of gender diversity in scientific projects and the increase of women's participation in scientific work, which would subsequently lead to the raising of both the efficiency and the quality of the scientific work.

Section 3 of the book, *Rodna ravnopravnost, diskriminacija i segregacija u visokom obrazovanju u Srbiji: Kritički osvrt* (Gender equality, discrimination and segregation in higher education in Serbia: a critical overview), deals with a) the contemporary issue of gendering in academia by providing examples of gendering in higher education institutions (primarily research and development institutions) and b) the issue of discrimination and segregation in higher education in Serbia.

The first research paper in this section, *Razumevanje koncepta rodne ravnopravnosti u normativnom okviru visokog obrazovanja u Srbiji* (Understanding gender equality in the normative framework of higher education in Serbia), presents a critical overview of the concept of gender equality in academia, which authors Jelena Čeriman and Irena Fiket detect by conducting a thorough analysis of Serbia's general normative framework of gender equality, hence covering the norms concerning higher education and academia. The authors argue that the universities in Serbia in no manner differ from the general normative framework when dealing with the persisting gender inequalities, gendered career possibilities and unequal working conditions in academia for women and men. They further support their stance by presenting narratives of interviews conducted with academic members of the University of Belgrade. Čeriman and Fiket conclude by stressing that their overview testifies to the existence of misinterpretation and false recognition of the importance of gender equality. This is mainly deduced from the fact that academia fails to implement provisions dealing with gender sensitive language, gender sensitive curriculum and study programmes.

The contribution *Rodna segregacija u visokom obrazovanju na primeru Srbije* (Gender segregation in higher education in Serbia), by Ankica Šobot, remains in the area of gender segregation. The author presents an analysis of gender segregation in higher education institutions in Serbia and argues that such an analysis testifies to the existence of both vertical and horizontal segregation. Šobot connects the existence of gender segregation to the perspectives of the traditional roles of women and men, and to the organisation of scientific work and realisation of scientific projects. Such data, as stated by the author, corresponds to the data on the position of higher education institutions in the European Union Member States. That being said, Šobot considers two approaches that could potentially ease the position of highly-educated women. She underlines the necessity to overcome both cultural barriers of gender roles within society and the perception of women's scientific work, their carrier paths as well as the manner of organising scientific work.

Valentina Janev and Sanja Vraneš provide a rather refreshing approach to the issue of gender equality. Particularly, their paper, *Sprovođenje politike rodne ravnopravnosti u organizacijama istraživanja i razvoja: Studija slučaja iz Srbije* (Implementation of gender equality policies in research and development organisations: case study from Serbia), analyses the results of implementation of the Action Plan for the Promotion of Gender Equality, launched as part of the GenderTime (Transferring Implementing Monitoring Equality) Project² within

² The aim of the GenderTime Project was the implementation of action plans for gender equality in different educational and scientific institutions throughout Europe.

the Mihajlo Pupin Institute (hereinafter: Institute), one of the oldest, most renowned and largest research and development institutions for information and communication technologies (ICT) in Southeast Europe. The aim of the action plan was to examine the issue of gender equality within the Institute by employing a set of new qualitative and quantitative methods for gender equality analysis. After primarily addressing the existing Serbian normative framework in regards to gender equality policies, the authors focus on an overview of the newly-implemented methods within the action plan (hiring policies, promotions of women researchers, measures for balancing private and professional life, etc.). In this respect they elaborate on the most important results achieved through the action plan, such as the improvement of women researcher's professional careers, the increase in the number of women holding managing positions, the increase in the number of prizes won by women, and most importantly, the improved motivation of young women researchers. On the other hand, they underline that there is still room for improvement within the Institute. Therefore, Janev and Vraneš conclude that the next steps in the implementation of gender equality plans must focus on the greater inclusion of female researchers, both in scientific commissions and in various decision-making boards, primarily at the Institute but also within the academic community in Serbia.

Further assessment of gender equality in academia in Serbia is presented by Marija Babović, Branka Drašković and Ivanka Popović in their paper *Rodne strukture, politike i kulture u organizacijama visokog obrazovanja: Kvalitativno istraživanje na državnom i privatnom fakultetu u Beogradu* (Gender structure, policies and cultures in higher education organisations: quality research at state and private faculties in Belgrade). The authors chose to present a comparative analysis of the gender structure, policies and cultures in two rather different surroundings: the Department of Psychology of the Faculty of Philosophy – University of Belgrade (state university), and the Faculty of Economics, Finance and Administration, (private university), by interviewing both male and female lecturers from the said higher education institutions. When elaborating on their discoveries, the authors indicate that a high level of both horizontal and vertical segregation exists in academia, as a result of a multitude of factors (such as the misinterpretation of gender roles within the family/society). Additionally, the authors note that there is a high presence of indirect and covert inequalities against women, which present an important issue as they are hidden and usually more difficult to recognize. Henceforth, the authors conclude by underlining the lack of institutional mechanisms and policies of gender equality and stress the need to discuss gender equality and introduce institutional changes.

In the paper *Etnicitet i rod: (Ne)vidljive predrasude u akademskoj zajednici u Srbiji* (Ethnicity and gender: (in)visible prejudices in Serbia's academic community), author Karolina Lendák-Kabók connects contemporary problems of gender equality and ethnicity by conducting a survey of ethnic Hungarian, Slovakian and Romanian professors at the University of Belgrade and the University of Novi Sad, in order to examine whether women from ethnic minorities can become part of the academic community despite the two-layered obstacles (their ethnicity and gender). Specifically, Lendák-Kabók explores whether women from national minorities have more difficulty building an academic career and whether they can be elected to higher positions in academia. In an attempt to answer these questions, the author presupposes the existence of biases related to ethnicity and gender and opts for a narrative, intersectional and discursive analysis of the issue by conducting interviews. Consequently, the results demonstrate the merit of the author's hypothesis as the survey indicates that respondents truly feel that there is bias and that they face difficulties when building their careers. Nevertheless, the survey indicated that women fail to engage in a joint fight against gender inequality, as they lack both solidarity and empathy, and consider ethnicity to be the main cause of the existing bias against them. Thus, they opt for different strategies³ in order to explain their position in academia, and by doing so they disregard the gender dimension of the issue.

Section 4 of this collection of articles, titled *Urođnjavanje disciplina i rođnost kao disciplina* (Gendering of disciplines and gender as a discipline) begins with the paper *Studije srpske književnosti: Mit o urođnjavanju višeg obrazovanja* (Serbian literature studies: myth on gendering of higher education), by Svetlana Tomić. This paper analyses the curricula of undergraduate programmes at the University of Belgrade Faculty of Philology and the University of Novi Sad Faculty of Philosophy, with an aim of providing a critique of Serbian literature studies from the standpoint of gendering. This analysis also looks back in time with focus on the course *Serbian Literature in the Second Half of the 19th Century*, which, as understood by Tomić, presents an „academic fantasy“. Particularly, she offers a critical view of perspectives on female authors in 19th century. In that regard Tomić elaborates that male authors, distinguished literary critic Jovan Skerlić amongst other, led to the creation of the „blank field“ concept in Serbian literature. The said concept created an understanding of male dominance in literature and the absence of female authors and their writings. Consequently, it broke the connection that exists between the education level and the

³ These strategies are: strategy of minority complex, strategy of scientific excellence, strategy of political background, strategy of self-deception, and language barrier strategy.

activities of professional women in Serbia and resulted in the exclusion of female literature authors from the referential syllabi. The issue is still present. Despite the fact that the previously mentioned higher education institutions do offer students the possibility to opt for gender-oriented courses, it cannot be ignored that a) such possibilities exist only in the master's study programmes and b) that they represent an optional rather than an obligatory course. Accordingly, the author suggests alterations and a set of measures, by offering examples from both obligatory and elective courses. In that respect, Tomić proposes amendments within the Serbian Realism course, in order to promote gender equality and to eliminate the so-called academic fantasy.

The stance that gender equality does indeed intertwine with different areas is further supported by Tatjana Đurić Kuzmanović in her paper, *Feministička ekonomija i rodne studije u Srbiji: Mogućnosti i izazovi* (Feminist economy and gender studies in Serbia: possibilities and challenges), which offers a different perspective on the understanding of economy. Specifically, she focusses on feminist economics and underlines its importance as a scientific discipline that reconsiders the economic power relations of women and men by addressing the presence of an invisible and gender-biased position of women in the economy. Đurić Kuzmanović concentrates on the issue of gender economics in Serbia and in that respect explores the existing gaps in economics regarding the subject matter. Namely, Đurić Kuzmanović points out that despite some individual efforts to make this discipline a mandatory subject in study programmes at universities, Serbia fails to act uniformly and institutionally on this matter. The author states that on one hand there is a need to examine the reasons why feminist economics is side-lined, and on the other, that there is a need to face the persisting social and political barriers related to gender inequality. Đurić Kuzmanović calls on policy makers to address the issue of implementing gender-sensitive economic policy, as well as gender-sensitive approach within economics as a scientific discipline.

The contribution *Izazovi u praksama institucionalizacije i izvođenja ženskih studija* (Challenges in the process of establishing and institutionalising women's studies), by Daša Duhaček, primarily deals with the issue of gender equality in academia and in that sense addresses concerns focussing on a) conceptual differences in naming study programmes „women“ or „gender“ studies, and b) tensions related to efforts of including women/gender studies in mainstream disciplines, also known as gender mainstreaming. These concerns are further developed by interpreting a case study from Serbia. Namely, Duhaček describes the creation and development of the Centre for Women's Studies, in Belgrade. To that end, the author notes that the Centre endured different

dilemmas and difficulties as it was in complete opposition to the ruling political party in Serbia at the time. Regardless, the Centre's main goal—to provide for institutionalisation of gender studies—was ultimately achieved as the University of Belgrade Faculty of Political Science incorporated gender studies in its study programme. Nevertheless, the question of institutionalising women's/gender studies remains a focal concern and thus leads to the marginalisation of gender studies within academia.

Isidora Jarić's contribution, *Javni i skriveni kurikulumi rodnih studija u Srbiji (1978–2018) i njihovo integrisanje u sistem visokog obrazovanja (Overt and hidden curricula of women's studies in Serbia (1978–2018) and its implementation within the higher education system of Serbia)*, gives a historical overview of incorporating gender studies within the curricula of the higher education system in Serbia. In that respect, the author argues that gender studies were subject to three different phases, as supported by the analysed data. The first phase led to the emergence of the so-called women's question, consequently leading to the increased activity on that topic as well as the formation of different centres for women's/gender studies. The second phase is connected to the activities at universities as it resulted to the implementation of gender studies within the University of Belgrade curricula.⁴ Logically enough, these activities brought about the need to address the issue of gender equality in higher education more seriously and profoundly, and this consequently led to reform activities (the Bologna Process). Jurić stresses that Serbia should implement different standards related to the inclusion of gender studies in its higher education system, such as: prevention of prejudice existing in regard to gender studies, endorsement of both institutional and non-institutional practice that promote gender studies and reform of the predetermined behaviour patterns existing and exercised by individuals.

The final section of the book, *Teorijska i strateška pitanja urođjavanja pravničkog obrazovanja (Theoretical and strategic questions of gendering of legal education)*, covers the issues of gendering of legal education as well as concrete examples of gender equality policies and its institutionalisation through action plans. It begins with a contribution by Zorica Mršević, who explores feminist jurisprudence through the comparison and correlation of feminism and jurisprudence in her paper *Jurisprudencija i feminizam (Jurisprudence and feminism)*. The author emphasises the importance feminist jurisprudence has to the issue of gender equality. Along these lines she discusses the unresolved issue

⁴ The University of Belgrade Faculty of Philosophy was the first to incorporate gender studies into its study programme. This initiative was later followed by different higher education institutions (University of Belgrade Faculty of Political Science, and University of Belgrade Faculty of Law, amongst others).

of gender equality through the prism of views emerging from feminist jurisprudence. In Mršević's point of view, the area of law is deeply rooted in tradition and patriarchy-oriented, both theoretically and practically speaking. Hence, she considers feminist jurisprudence to be a mechanism for the creation of a different social perspective of the issue of gender equality, as well as a means to initiate implementation of gender sensitive provisions and strategies aimed at their affirmation.

Equality Adds Quality: On Upgrading Higher Education and Research in the Field of Law, by Susanne Baer, deals with the issue of improving the quality of higher education by implementing gender studies and hence improving the perspectives on gender equality within academia. The author presents her views that gender equality is an important factor which could in turn lead to the improvement of quality in higher education. Although the author is not neglecting the importance of gender equality within other areas of our lives, she underlines that academia, especially faculties of law, present the perfect starting point for developing and upgrading the idea of excellence related to gender equality. In that respect, Baer offers examples of activities already carried in Germany showcasing the reasons why gender equality is genuinely important to higher education and research. She argues that a gender analysis as well as the promotion of gender diversity should be carried out in order to allow for a better understanding of gender inequality and discrimination. That being said, the author highlights that individuals focussed on improving gender equality in higher education and research should expose and educate, insist and integrate, and demand as well as do, in order to achieve gender competent knowledge and diversity of actors.

Marijana Pajvančić's contribution, *Integrisanje rodne perspektive u pravne studije – primer Ustavnog prava* (Integration of gender perspective in legal studies – example of Constitutional Law), investigates the possibility of gender mainstreaming within humanities, particularly within the field of law. The paper presents an overview of the existing curricula, study programmes as well as textbooks of faculties of law which, in the author's opinion, are the basis for refocussing and accepting gender mainstreaming. The author specifically deals with Constitutional Law and detects areas adaptable to gender mainstreaming. Pajvančić considers that „the inclusion of the issue of gender is possible in any area that relates to the standard constitutional matter“. Specifically, she underlines that such a need exists in the following sections: introductory remarks, basic principles of the constitutional array, the human rights' section, and the horizontal and vertical organisation of powers. The author is convinced that syllabi and textbooks fail to implement gender perspective in the educational process and instead only superficially tackle gender-related

issues. In that sense, she believes that students should be given an opportunity to interpret comparative constitutional orders and not solely focus on the system of the Republic of Serbia. Ultimately, this paper leads to the conclusion that gender mainstreaming within education at all levels is none other than the result of compliance of the Republic of Serbia with its contractual obligations stemming from multilateral and bilateral agreements, rather than proof of a real change in the approach to gender equality.

Gender mainstreaming of higher education was also the subject of scrutiny by Dragica Vujadinović and Nevena Petrušić in their paper *Neophodnost urođjavanja studijskih programa prava i pravničkih predmeta – predlozi rodno senzitivnih silabusa za Sociologiju prava i Porodično pravo* (The necessity of gender mainstreaming of study programmes of law and legal subjects – suggestions of gender sensitive syllabuses for Sociology of Law and Family Law). The starting point of the authors is that gender equality represents an important prerequisite for improving quality in higher education. Accordingly, the authors conducted a gender analysis of undergraduate study programmes at two eminent state universities (the University of Belgrade Faculty of Law, and the University of Niš Faculty of Law) in order to assess whether and to what degree gender perspectives form part of their study programmes. It was deduced that both faculties lack gender-sensitive profiling of the aims, outcomes and content of legal studies. Accordingly, Vujadinović and Petrušić propose a set of measures to be performed from “above” and “below” in order to create gender perspective in higher education. The „above“ measures relate to interventions at the state university level, which should be performed by creating and implementing gender oriented public policies, while the “below” measures are related to the creation of gender sensitive study programmes at all levels of studies. The authors submit that making legal education gender-sensitive would provide a better understanding of the importance of gender equality within our society, based on human rights and the rule of law.

The book ends with a rather insightful paper co-authored by Dragica Vujadinović, Ljubinka Kovačević and Tanasije Marinković, titled *Postizanje rodne ravnopravnosti na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu – nacrt akcionog plana* (Achieving gender equality at the University of Belgrade Faculty of Law – a draft action plan). It relates to their common intent to embark on a pioneering journey of gendering higher education in Serbia, by using University of Belgrade Faculty of Law as their starting point. More precisely, the authors pursued their idea by drafting an action plan, related to the subject matter, for the University of Belgrade Faculty of Law, which would hopefully motivate other

higher education institutions to act in the same manner and draft and implement gender action plans. With that in mind, the authors underline the importance of understanding the history of the legal invisibility of women and the need for reviewing all legal disciplines from a gender-sensitive perspective. For this reason, and in order to draft a proper gender equality plan, the authors initiated a two-phased undertaking: they first conducted a gender-sensitive statistical analysis and an empirical survey of the questionnaires on different issues related to gender equality, previously answered by the academic staff from the said institution. The second phase was the preparation of a draft action plan (gender equality plan) with a set of measures to be implemented in order to achieve the predetermined and previously mentioned goals at the University of Belgrade Faculty of Law. The authors concluded that a review of all legal disciplines from a gender-sensitive perspective can contribute to the better study of law and, consequently, the better understanding, implementation, and interpretation of the law. In other words, it is not just a matter of internal significance for the improvement of teaching and scientific research and working conditions at the Faculty of Law, but that an action plan for achieving gender equality at the University of Belgrade Faculty of Law could play a wider, general role in society.

A mere glance at this book distinguishes it as a rather valuable and important contribution to the subject of gendering of higher education. It represents a response to the need to improve the current position of gender perspectives in higher education, seeing that the issue of gender (in)equality persists. To that end, it allows us to inspect and understand the basis of gender (in)equality, its development, continuing struggle of women scientists and the challenges that they face. In other words, we are introduced to a rather systematic and detailed analysis of different perspectives and directions on gender issues within academia. More importantly this book presents a sort of guideline for our future actions related to the question of gender equality. More precisely, various research papers offer a myriad of mechanisms and measures that should be implemented and (re)considered in order to promote and implement gender perspectives in higher education institutions. This becomes even more significant if we bear in mind that gender mainstreaming is most commonly regarded as rather artificial, aimed at opposing patriarchy-oriented society. As the truth remains on the other side, there is also a need to promote gender sensitive and gender competent study programmes, curriculum and syllabi, and as such allow for gender equality, which in turn will result in the improvement of the quality of higher education and research. Such a need is very clearly understood and articulated in this book, as the authors present their intent to provide for the gendering of legal education and consequently of higher education institutions in

general. It is therefore safe to conclude that this book will be of great importance for individuals tackling gender inequalities. In other words, researchers, higher education teachers and lecturers, students, public policy drafters should undoubtedly consider it, as it is a valuable tool for assessing gender equality, gender segregation, as well as biases regarding the position of women scientists in academia.

Aleksa Nikolić, master*

Stanković, Marko. 2020. *Preobražaji federalne države – Deset rasprava o promenjenoj prirodi i suštini federalizma*. Beograd: Izdavački centar Pravnog fakulteta, 409.

Donedavno, gotovo cela posthladnoratovska pravna literatura posvećena federalizmu i federalnoj državi bavila se istraživanjem dva fenomena: 1) prisustvom/odsustvom etničkih konflikata i problemom secesije, odnosno 2) pitanjem stepena efikasnosti demokratije u federalno uređenim državama. Pritom, naučna zajednica je bila podeljena oko ocene njihovih posledica. Jedan deo istraživača, poput Arenda Lijpharta (*Arend Lijphart*) (Lijphart, 1977, 41–47) i Alfreda Stepana (*Alfred C. Stepan*) (Stepan, 1999, 19–20) je smatrao da federalizam predstavlja alternativu etničkim nemirima i secesiji, da je on „podupirač demokratske tranzicije i demokratije“, dok je drugi deo istraživača poput Kaima Kaufmana (*Chaim Kaufmann*) (Kaufmann, 1998, 120–156) i Donalda Horovica (*Donald Horowitz*) (Horowitz, 2000, 682–683) smatrao upravo suprotno. Uz to, postojanje sporova oko toga da li postoji opšta teorija federalizma i šta nju zapravo čini samo dodatno komplikuje davanje odgovora na sva ova pitanja.

Međutim, neprestana dinamičnost federalizma dovodi do stvaranja nove, drugačije stvarnosti, a nova stvarnost traži novu nauku, budući da postojeće ideje, teorije i principi federalizma sve manje odgovaraju karakteru današnjeg društva, država, politike i prava. S tim u vezi, monografija profesora dr Marka Stankovića predstavlja jednu od najznačajnijih federalističkih studija naše ustavnopravne baštine, budući da u njoj autor uspešno koristi različite teorijske, konceptualne i institucionalne tradicije u istraživanju raznoraznih procesa vezanih za federalizam i federalnu državu, ali i u isto vreme otvara neka nova važna i aktuelna pitanja u „svetu federalizma“.

Monografija *Preobražaji federalne države – Deset rasprava o promenjenoj prirodi i suštini federalizma* predstavlja rezultat dugogo-

* Saradnik u nastavi Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, aleksa.nikolic@ius.bg.ac.rs.

dišnjeg proučavanja i bavljenja federalizmom i federalnom državom. Na više od četiri stotine stranica, podeljenih u pet tematskih celina, autor do detalja razrađuje sva ključna pitanja vezana za ovaj oblik državnog uređenja, obuhvatajući na taj način celokupnu „patologiju“ teorije federalizma. Metaforični nazivi poglavlja nastoje da navedu čitaoca na najkritičnije tačke savremenog federalizma, ali i da na taj način osvetle suštinu i kompleksnost problema. Stoga, delovi knjige redom nose nazive: 1) „Familija“ („Federacija i srodni organizacioni oblici“); 2) „Temelji“ („Nastanak federacije“); 3) „Stubovi“ („Federacija i drugi oblici države“); 4) „Kuća“ („Položaj federalne države“) i 5) „Domaćinstvo“ („Položaj federalnih jedinica“).

U okviru prvog poglavlja „Familija“ („Federacija i srodni organizacioni oblici“) autor teži da preispita postojeće teorijske kalupe o federalizmu kroz analizu odnosa između federacije i konfederacije, odnosno pojavu regionalne države kao tzv. trećeg oblika državnog uređenja. Kritički analizirajući klasičnu teoriju federalizma, koja svrstava federaciju i konfederaciju pod opšti pojam federalizma, Stanković konstatuje da je konfederacija jedna od okončanih faza u razvoju federalizma i da danas federalna država ima mnogo više sličnosti sa decentralizovanom unitarnom državom, nego konfederacijom. Analizirajući primer Evropske unije, autor zaključuje da je ona zajednica *sui generis*, specifičan oblik federalizma negde između konfederacije i federacije. Međutim, ona ipak nije „na pola puta“ između dva pomenuta oblika federalizma, već je bliža konfederaciji budući da predstavlja kategoriju međunarodnog, a ne ustavnog prava. Uz to, propast predloga Ustava EU, kao i odluka Ujedinjenog Kraljevstva da napusti Uniju, trajno su onemogućili EU da se transformiše u specifičnu federaciju. U raspravi posvećenoj regionalnoj državi Stanković nakon analize stavova stranih i domaćih autoriteta ustavnopravne nauke konstatuje da regionalna država nije poseban oblik državnog uređenja, već da ona predstavlja posebnu podvrstu unitarnog državnog uređenja. Rečima Slobodana Jovanovića, koji je za sistem vlasti u Švajcarskoj govorio da je to „parlamentarni sistem, ali oteran u krajnost“, autor navodi da je regionalna država u stvari decentralizovana država, ali „oterala u krajnost“.

„Temelji“ („Nastanak federacije“) nude u sebi analizu kriterijuma za razlikovanje federacije prema načinu nastanka (agregacija ili devolucija) odnosno prema njenom nacionalnom sastavu (etnički homogene federacije ili višenacionalne). S tim u vezi, autor u ovom poglavlju najpre polazi od analize tri arhetipske federacije (Sjedinjenih Američkih Država, Švajcarske i Nemačke) gde konstatuje da su one nastale metodom agregacije, evoluirajući iz konfederalnog u federalni oblik državnog uređenja. Međutim, kako je samo „izumiranje“ konfederacija dovelo do nestanka

agregacije, federalno klatno se „prebacilo“ na teren devolucije.¹ Tu se kao ključno nametnulo pitanje (ne)stabilnosti federalnih država.² Analizirajući istorijska i uporednopravna iskustva, Stanković konstatuje da devolucija nije sama po sebi „lošiji“ način nastanka federalnog državnog uređenja, iako neretko pokazuje loše osobine kada se kombinuje sa federalnom državom u višenacionalnim zajednicama. S tim u vezi, opravdano se otvara pitanje da li je federalno uređenje dobar model za rešavanje problema višenacionalnosti u društvu. Starija ustavnopravna literatura je većinom zagovarala takvo rešenje, dok su savremeni pisci mnogo oprezniji prilikom davanja odgovora. Oni naročito ističu značaj liberalnog nacionalizma i konsocijativne demokratije kao potencijalnih koncepata za rešavanje višenacionalnih društva. U nastavku autor analizira švajcarski, kanadski, indijski, španski i belgijski koncept višenacionalnosti. Švajcarska, iako na prvi pogled deluje kao višenacionalna država sa jezičkom, verskom i kulturnom raznolikosti stanovništva ipak nije višenacionalna federacija zbog izraženog švajcarskog identiteta stanovništva. Nasuprot njoj, Kanada, Indija, Španija i Belgija predstavljaju primere višenacionalnih federacija koje se previše međusobno razlikuju, tako da je nemoguće u njihovim ustavnim sistemima pronaći zajedničke elemente. Uz to, analiza pomenute četiri federacije je nedvosmisleno pokazala da federalni oblik državnog uređenja nije besprekoran model koji nužno omogućava izgradnju idiličnih odnosa u višenacionalnim državama, već je samo okvir ili platforma koja, uz sadejstvo odgovarajućih preduslova i faktora, može dovesti do postepenog uspostavljanja ravnoteže u heterogenim društvima.

Treće poglavlje, „Stubovi“ („Federacija i drugi oblici države“), kritički sagledava kompatibilnost svih oblika državne vlasti i vladavine sa federalnim državnim uređenjem. Savremene federacije, kao i arhetipske, prihatile su sve postojeće sisteme vlasti, pa je tako predsednički sistem vlasti zastupljen u SAD, skupštinski u Švajcarskoj, parlamentarni sistem vlasti svoje predstavnike ima u državama koje su nekada bile u sastavu britanske imperije, poput Kanade i Australije, dok je mešoviti (polupredsednički) sistem vlasti prisutan u Ruskoj Federaciji. Na osnovu analize ostvarenosti načela participacije, efikasnosti u vršenju federalnih nadležnosti i prirode federalnog bikameralizma autor konstatuje da su kruta podela vlasti, kakva postoji u američkom predsedničkom sistemu, odnosno demokratsko jedinstvo vlasti, koje je prisutno u Švajcarskoj, najefikasnije i najadekvatnije rešenje za federalne države. Nasuprot tome, gipka podela vlasti, koja odlikuje parlamentarni i mešoviti sistem, ima brojne manjkavosti i ne uklapa se u potpunosti u doktrinarne kalupe. Međutim, Stanković naglašava da bi pored nesporne analize teorijskih stavova o kom-

¹ Upravo je Evropska unija (EU) dokaz da je agregacija u savremenim uslovima teško izvodljiva jer su njene države članice u prvoj deceniji XXI veka odbile da prihvate Ustav EU, koji bi je postepeno pretvorio u *sui generis* federalnu državu.

² Videti raspravu Marković (2014, 277) protiv Jovičića (1973, 60) (str. 81–82).

patibilnosti različitih oblika države trebalo uvažiti i nepravne elemente, odnosno društvenu stvarnost. Na taj način, autor zaključuje da je, uporednopravno posmatrano, danas mnogo lakše uspostaviti parlamentarni i mešoviti sistem i nudi rešenja kako da se ta dva sistema unaprede i učine održivijim. U raspravi posvećenoj oblicima vladavine Stanković ističe da je jedna od najvećih zabluda shvatanje po kome je federalno državno uređenje spojivo isključivo sa republikanskim oblikom vladavine, odnosno da je apsolutno prevaziđeno učenje po kome monarhijski oblik vladavine nije demokratski. Argumentaciju u korist ovih tvrdnji autor pronalazi u činjenici da je šest od sedam savremenih federacija monarhijskog oblika vladavine nedvosmisleno pokazalo spojivost sa demokratijom, odnosno da se neutralna uloga monarha u pojedinim „starim evropskim monarhijama“ poput Španije i Belgije pokazala kao kohezioni faktor između federalnih jedinica, odnosno jedan od ključnih faktora stabilnosti. Uz to, primena direktne participacije federalnih jedinica u vršenju funkcije šefa države u pojedinim federacijama, samo je dodatno „učvrstila“ položaj monarhija u svetu federacija.

U četvrtom delu autor se bavi „krovnim“ pitanjima federalne države. Stoga „Kuća“ („Položaj federalne države“) analizira načelo suprematije federacije, kao i načelo participacije federalnih jedinica u vršenju federalne vlasti. Prilikom analize načela suprematije federacije, autor se najpre bavi teorijskim konceptom pojma suverenosti, kao jednim od najspornijih pitanja, da bi potom prešao na analizu spoljašnjih i unutrašnjih elemenata suverenosti u federalnoj državi. S tim u vezi, Stanković konstatuje da spoljna i unutrašnja suverenost nesumnjivo pripadaju federaciji, ali da u savremenim uslovima ta suverenost podleže brojim ograničenjima, kako u korist federalnih jedinica, tako i u korist međunarodnih organizacija. Uostalom, sâm autor konstatuje da se odgovor na pitanje gde počiva suverenost u federaciji suštinski svodi na pitanje da li federalne jedinice imaju pravo na jednostrano otcepljenje (secesiju) i konstatuje da je klasična teorija dala negativan odgovor, ali i da pitanje secesije nije samo pravno pitanje, već je u velikoj meri i političko. Na kraju, načelo suprematije federacije nužno iziskuje i jako i nezavisno sudstvo kao i saradnju dva nivoa vlasti u federaciji iskazanu kroz načelo federalnog poverenja ili lojalnosti. Sa druge strane, kada je reč o načelu participacije federalnih jedinica, rasprava se suštinski svodi na pitanje neophodnosti i opravdanosti postojanja drugog doma kao „čuvara federacije“. S tim u vezi, Stanković zaključuje da je klasični federalizam podrazumevao postojanje drugog doma federalnog parlamenta, koji bi imao značajnu ulogu u federalnom sistemu, dok je on u savremenim prilikama više deo tradicije, pa je danas zaista moguće zamisliti i jednodomne federacije. Participacija federalnih jedinica u vršenju ustavotvorne vlasti efikasnija je kada se ostvaruje neposredno u federalnim jedinicama, a njihov uticaj na vršenje federalne ustavnosudske funkcije omogućava im da zaštite svoj ustavni položaj od

neustavnih zakona, zaključuje autor. Kada je reč o egzekutivi, imajući u vidu opšti trend slabljenja uloge parlamenta u svetu, učešće federalnih jedinica danas dobija sve veći značaj u „svetu federalizma“.

U okviru poslednjeg poglavlja koje slikovito nosi naziv „Domaćinstvo“ („Položaj federalnih jedinica“), autor se bavi pitanjem samostalnog ustavotvornog kapaciteta federalnih jedinica kao i pitanjem njihove (ne) jednakosti. Promenjena priroda federalne države odrazila se i na položaj federalnih jedinica, budući da se „federalni tas“ sa federalnih jedinica pomerio u korist federalne države. U raspravi o načelu autonomije, Stanković smatra da je neophodno analizirati nekoliko važnih pitanja: 1) pitanje raspodele nadležnosti, odnosno definisanja delokruga federacije i federalnih jedinica; 2) pitanje zaštite teritorijalnog integriteta federalnih jedinica i 3) pravo na samoorganizaciju federalnih jedinica. Na kraju, autor konstatuje da federalne jedinice svoju autonomiju najmanje koriste u domenu organizacije vlasti, pa obično sve federalne jedinice u istoj federaciji primenjuju identična rešenja po tom pitanju. Kada je reč o načelu jednakosti federalnih jedinica, uobičajena je pojava u federacijama da celokupno njihovo područje bude prekriveno jednoobraznom mrežom federalnih jedinica. Međutim, relativno rano, još za vreme Bizmarkovog Ustava od 1871. godine, Nemačka je stvorila model asimetrične federacije.³ S tim u vezi, u teoriji se pravi razlika između asimetrije *de facto* i asimetrije *de iure*. Faktička asimetrija, kao prirodna posledica različitosti između federalnih jedinica ima pet oblika. Prvi oblik predstavlja neposrednu posledicu različitosti u veličini teritorije, dok je drugi oblik u tesnoj vezi sa prvim i odnosi se na predstavljenost federalnih jedinica u centralnim organima, pre svega federalnom parlamentu. Treći vid faktičke asimetrije posledica je primenjenog modela partijskog sistema u federacijama, dok je četvrti oblik posledica različite ekonomske snage federalnih jedinica. Na kraju, Stanković kao poseban oblik faktičke asimetrije navodi i položaj južnoafričke provincije Zapadni Kejp, koja je jedina od deset federalnih jedinica donela svoj ustav, iako prema federalnom ustavu i druge federalne jedinice imaju to pravo. U okviru analize formalne asimetrije izričitim ustavnim normama se pravi razlika između federalnih jedinica. Ovaj model je ocenjen kao teorijski odgovor na praktični problem heterogenosti u društvu i u uporednopravnim sistemima je zabeležio pozitivna iskustva (Ruska Federacija, Belgija, Španija, Malezija, Sv. Kits i Nevis).

U zaključnim razmatranjima autor se najpre još jednom ukratko osvrnuo na ranije iskazane rezultate, a potom je ponudio odgovore na tri ključna pitanja savremene teorije federalizma: 1) da li je i dalje na snazi zakon ugledanja na prvu federaciju na svetu; 2) da li je i dalje aktuel-

³ Stanković (2020, 346) navodi da je asimetričnost u nemačkom federalnom uređenju predstavljala podela Imperije na 25 država među kojima je Pruska bila dominantan entitet, budući da je pruski kancelar bio istovremeno kancelar Imperije, a da je pruski monarh bio po položaju federalni šef države, sa titulom cara.

lan trend „slabljenja federalnog načela po sadržaju“ i 3) da li je moguće „meriti“ federacije pomoću „starih merila“? Prilikom odgovora na prvo pitanje, Stanković konstatuje da je došlo do značajnog slabljenja „zakona ugledanja“ na federalni sistem u SAD, imajući u vidu različitost ustavnih tradicija, ali i problem osobenosti i heterogenosti federacija, koje su za konkretne situacije pokušale da kreiraju federalizam po sopstvenoj meri. Pišući o trendu „slabljenja federalnog načela po sadržaju“, odnosno širenju nadležnosti federalne države, autor smelo zaključuje da je ovaj koncept prevaziđen, imajući u vidu tri razloga. Najpre, jer je koncept dvojnog federalizma, za koji su stariji pisci vezivali federalno načelo danas u potpunosti napušten. Drugo, imajući u vidu da danas federacije nastaju metodom devolucije, logično je da federalne jedinice u njima nisu „razrađene“ države i da one postepeno proširuju svoju autonomiju, što znači da je u njima prisutan trend decentralizacije. Na kraju, zanimljivo je ukazati na povezanost trenda „slabljenja federalnog načela po sadržaju“ i sve manje primene „zakona ugledanja“ na SAD, odnosno činjenicu da savremeni federalizam pokazuje sve manje sličnosti sa klasičnim federalnim državnim uređenjem. Poslednje pitanje rezervisano je za merenje „merila federacije“, odnosno postavljanje kriterijuma za utvrđivanje minimalnih uslova prilikom ispitivanja da li jedna država pripada „federalnoj porodici“. S tim u vezi, nakon pažljive analize stavova najuglednijih ustavnopravnih teoretičara federalizma, autor je ponudio svoje kriterijume koji mogu biti od pomoći prilikom utvrđivanja da li je jedna država federalna ili ne (načelo suprematije federalnog ustava, načelo podele nadležnosti, načelo autonomije federalnih jedinica, načelo participacije federalnih jedinica, načelo (ustavno)sudske zaštite ustavnosti i zakonitosti i načelo kooperativnosti). Međutim, svi ovi kriterijumi nose sa sobom dvojaka ograničenja: oni moraju uvažavati osobenosti konkretnog društva i moraju imati na umu neprestanu dinamičnost federalizma⁴. Na kraju, imajući u vidu sve razvojne stadijume federalne države od nastanka prve federacije pa do danas, Stanković navodi da su višedimenzionalnost, kontroverznost i dinamičnost konstante federalizma.

Kreiranje bilo kog teorijskog sistema, a naročito nauke o federalizmu, uslovljeno je različitim znanjima, kako pravnim, tako i onim koje uveliko nadilaze jurisprudenciju ustavnog prava. Svojim kapitalnim delom *Preobražaji federalne države – Deset rasprava o promenjenoj prirodi i suštini federalizma* profesor dr Marko Stanković je nesporno pokazao da je bio na visini tog zahtevnog i veoma odgovornog zadatka. Sâma monografija predstavlja sveobuhvatnu pravu raspravu o ključnim pitanjima koja „muče“ savremenu teoriju federalizma, a bogata teorijska analiza

⁴ Palermo i Kesler slikovito navode da „ukoliko bi federalizam i federalni sistem bili filmovi, svaka definicija bi bila samo fotografija ekrana (*screenshot*), stoga neminovno parcijalna i na kraju osuđena na propast, iako su definicije nesumnjivo veoma korisne za orijentaciju i saznavanje šta su opšta pravila“ (Palermo, Kössler, 2017, 50).

nudi čitaocu jasne, nedvosmislene i dobro obrazložene odgovore. Uz to, preglednost i sistematičnost dela napisanog jasnim, jezgrovitim stilom, uz mnoštvo primera iz uporednog prava samo su neke od karakteristika koje ovo delo čine vrednim pažnje. Stoga, ostaje nam da zaključimo da je nakon gotovo pola veka od Jovičićevog *Savremenog federalizma* naša ustavnopravna nauka dobila izuzetno značajnu monografsku obradu federalnog državnog uređenja koja zaslužuje sve preporuke.

LITERATURA (REFERENCES)

- Horowitz, D. 2000. *Ethnic Groups in Conflict*. University of California Press: Berkeley and Los Angeles.
- Jovičić, M. 1973. *Savremeni federalizam – uporednopravna studija*. Savremena administracija: Beograd.
- Kaufmann, C. 1998. When All Else Falls: Ethnic Population Transfers and Participation in the Twentieth Century. *International Security* 23: 120–156.
- Lijphard, A. 1977. *Democracy in Plural Societies*. Yale University Press: New Haven.
- Marković, R. 2014. *Ustavno pravo*. Izdavački centar Pravnog fakulteta: Beograd
- Palermo, F., Kössler K. 2017. *Comparative Federalism – Constitutional Arrangements and Case Law*. Hart Publishing: Oxford and Portland.
- Stepan, A. 1999. Federalism and Democracy: Beyond the U.S. model. *Journal of Democracy* 10: 19–20.

Jasminka Hasanbegović, PhD*

WERNER KRAWIETZ
(1933–2019)

Werner Krawietz (1933–2019) was a proven friend and an exceptional colleague who supported many scholars from former Yugoslavia involved in legal theory and similar disciplines, and especially the University of Belgrade Faculty of Law as an institution, and the existence of that support has and will always continue to represent a great honour for us.

In 2005, at the invitation of Academician Danilo Basta, he became a member of the International Editorial Board of the *Annals of the Faculty of Law in Belgrade*. He had previously already visited Belgrade, when attending the symposium *Legal State – The Origin and Future of an Idea*. The symposium was held on 26–27 September 1991, on the occasion of Faculty's jubilee, i.e. its 150th anniversary. This happened during a very difficult period for our country, and internationals were already being discouraged from visiting, especially by the German government. However, professor Krawietz did in fact come, speak on the topic of social rules of the game and law from a system theory perspective and engage in debate and informal discussion with other symposium participants: Radomir D. Lukić, Stevan Vračar, Erhard Denninger, Edin Šarčević, Jasminka Hasanbegović, Ulrich K. Preuß, Jovica Trkulja, Kosta Čavoški, Dragoljub Popović, Lidija R. Basta-Posavec, Božidar S. Marković and Slavoljub Popović. He recalled the aforementioned colleagues years after the event and inquired about them at every subsequent occasion. The scientific value of the presentations at that symposium was and will be evaluated by the readers of the bilingual (Serbian-German) edition of the proceedings published that same year.

Still, professor Krawietz did even more on that occasion: he suggested and in a certain manner undertook the obligation to publish

* Full Professor, University of Belgrade Faculty of Law.

the papers from the Symposium in the special volume (*Sonderheft*) of the renowned *Rechtstheorie* journal that he had been editing for many years. However, in attempting to do so he faced strong resistance and harsh criticism at home, both from his colleagues, who strictly adhered to the views of their government during the UN sanctions against the Federal Republic of Yugoslavia, and, though informally, from that same government which had quite widely interpreted and implemented the sanctions. Still, he managed to withstand the pressure and stood firm in his conviction that the actors in culture and government policy should remain separate and that imposing collective cultural sanctions on colleagues should be resisted, which two years later resulted in the publication of: D. Basta, W. Krawietz, D. Müller (eds.), *Rechtsstaat – Ursprung und Zukunft einer Idee*. Symposium zum 150jährigen Bestehen der Belgrader Juristischen Fakultät: Sonderheft Jugoslawien (Symposium on the 150th anniversary of the Belgrade Faculty of Law. Special issue Yugoslavia). *Rechtstheorie*, Vol. 24, No. 1–2, 1993, SS. 1–260. This last journal differs from the previously mentioned bilingual proceedings (which is good) because it includes an additional paper – the German translation of a text by Danilo Basta titled *Šta nije pravna država* [What isn't legal state] (*Gledišta*, 1989, No. 10–12, 75–78).

The exceptional character of Werner Krawietz is also reflected in his professional achievements. In the best tradition of the German approach to university studies (taking simultaneous majors at different universities), after graduating high school, he studied law, philosophy and sociology in Munster, Freiburg and Graz, from 1954 to 1957. Then he passed the first state examination in Hamm, at the Supreme Court of North Rhine-Westphalia, one of the Germany's biggest and oldest courts, dating back to the early 19th century. After that he passed the National Economy Exam in Graz, as well as subsequently received his PhD in Political Science in 1960. He passed the second state examination (corresponding to the bar exam) in 1963, and received his second PhD in Munster in 1965 – this time in Legal Science – with a dissertation titled *Das positive Recht und seine Funktion. Kategoriale und methodologische Überlegungen zu einer funktionalen Rechtstheorie* [Positive law and its function: Categorical and methodological considerations on a functional theory of law]. This dissertation was published two years later (in 1967) in Berlin by Duncker & Humblot, one of the oldest and most renowned German publishing houses (dating back to late 18th century) specialized for the field of legal, government, political, economic, social, historical and literary sciences, as well as philosophy, i.e. the field of humanities.

As a lawyer who had passed the state exams and obtained his (first) PhD, he was employed in the administration of Munster University (1964–1966), and then, after receiving his second PhD, he became an assistant professor in the Institute of Public Law and Policy (1966–1974).

In 1970 – together with Karl Engisch, Herbert L.A. Hart, Hans Kelsen, Ulrich Klug and Karl R. Popper – Werner Krawietz participated in the founding of *Rechtstheorie*, a journal for legal method, logic and theory, general theory of law and state, theory of communication, norms and action, legal sociology and philosophy. *Rechtstheorie* would soon become and remain one of the most respectable global journals in its field, and Werner Krawietz would remain its editor for many years, up until his death. In professional circles he might be primarily recognized in this role.

In 1974, he obtained *Venia legendi* in Public Law, Legal Theory and Sociology of Law at the Munster Faculty of Law, on the basis of his Habilitation thesis *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz* [The theory and technique of conceptual jurisprudence] which was published in 1976 by the Wissenschaftliche Buchgesellschaft publishing house in Darmstadt. He became a full professor of Theory of Law, Philosophy of Law and Social Philosophy in 1979, taking over the seat from his mentor Helmut Schelsky. He held the position of Dean of Faculty of Law from 1980 to 1982, and continued lecturing even after retiring in 1999 as professor emeritus.

From the very beginning Werner Krawietz possessed an extraordinary sense for cooperation in science even beyond the borders of his own country, which with time allowed him to gain great prominence and the respect of his colleagues. In 1982 he was appointed professor at the European Faculty of Land Use and Development in Strasbourg. He developed especially strong cooperation with the Moscow State University Faculty of Law and the Russian Academy of Sciences Institute of State and Law, which is especially reflected in the International Centre for German-Russian Legal Studies, which he established in Munster. For many years he was a member of the Executive Committee of International Association for the Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR).

His writings include more than four hundred bibliographic units. He was particularly involved in the study of the foundations of legal science, theory of state and law, political systems analysis, comparison of institutions and systems, the new constitutionalism in post-Soviet constitutional and legal states, as well as legal system changes. The scope and achievements of his research is indirectly demonstrated by as many as three Festschrift publications honouring him. These edited volumes were dedicated to: issues of legal norm and legal reality – *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit* [Legal norm and legal reality], published in 1993 on the occasion of his 60th birthday; legal and social theory – *Theorie des Rechts und der Gesellschaft* [On law and society theory], an edited volume from 2003; as well as on positivity, normativity and institutionality of law – *Positivität, Normativität und Institutionalität des*

Rechts, a 2013 celebratory publication published on his 80th birthday. The author of these lines had the honour of being the only author from Southeastern Europe who was invited to provide her contribution to this last publication.

Krawietz's impressive body of scientific work and results, as well as the various forms of cooperation that he had initiated, have been widely recognized and acknowledged. He received the honorary doctorate from Helsinki University, regular membership in the Finnish Academy of Science (despite not being Finnish), an honorary doctorate and tenure at the renowned Hungarian Eötvös-Loránd University, honorary membership (also as the first German to receive such an acknowledgement) and a honorary doctorate from the Russian Academy of Science, as well as honorary doctorates from the University of Salento in Lecce (Italy) and the University of Tartu (Estonia).

We shall remember Werner Krawietz not only for his exceptional academic achievements but also as a sincere friend of the Belgrade University Faculty of Law, as a man who has provided our faculty and his Serbian colleagues with support during difficult times, when we needed it the most.

UPUTSTVO ZA AUTORE

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

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

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

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

Informacije o uredničkoj politici *Anala Pravnog fakulteta u Beogradu* videti na: ojs.ius.bg.ac.rs/index.php/anali/about/editorialPolicies#open%20AccessPolicy.

Ako želite da predate svoj rad *Analima Pravnog fakulteta u Beogradu*, molimo vas da pratite sledeća uputstva.

Ako predajete rad na engleskom jeziku, molimo vas da pratite posebno uputstvo koje je dostupno na: ojs.ius.bg.ac.rs/index.php/anali/information/authors.

Rukopis treba da bude uređen na sledeći način:

1. naslovna strana,

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

1. NASLOVNA STRANA

Naslovna strana rukopisa treba da sadrži sledeće podatke:

- naslov teksta,
- ime, prezime, godinu rođenja i afilijaciju svih autora,
- punu adresu za korespondenciju i adresu elektronske pošte.

Ako je tekst koautorski, molimo vas da dostavite tražene podatke za svakog autora.

2. APSTRAKT I KLJUČNE REČI

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

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

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

3. RUKOPIS I SPISAK LITERATURE

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

Tekstovi moraju da budu napisani u sledećem formatu:

- veličina stranice: A4,
- margine: 2,5 cm,
- font: Times New Roman,
- razmak između redova u glavnom tekstu: 1,5,
- razmak između redova u fusnotama: Easy,
- veličina slova u glavnom tekstu: 12 pt,
- veličina slova u fusnotama: 10 pt,
- numeracija stranica: arapski broj u donjem desnom uglu stranice.

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

Sve slike i tabele moraju da budu pomenute u tekstu, prema redosledu po kojem se pojavljuju.

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

Evropska unija – EU,

The United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL

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

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

Podnaslove treba pisati na sledeći način:

1. VELIKA SLOVA

1.1. Prvo slovo veliko

1.1.1. Prvo slovo veliko kurziv

Citiranje

Svi citati, u tekstu i fusnotama, treba da budu napisani u sledećem formatu: (autor/godina/broj strane ili više strana).

Domaća imena koja se pominju u rečenici ne treba ponavljati u zagradama:

- Prema Miloševiću (2014, 224–234)...
- Rimski pravnici su poznavali različite klasifikacije stvari (Milošević 2014, 224–234)

Strana imena koja se pominju u rečenici treba da budu transkribovana, a u zagradama ih treba ponoviti i ostaviti u originalu. U spisku literature strana imena se ne transkribuju:

- Prema Kociolu (Koziol 1997, 73–87)...
- O tome je opsežno pisao Kociol (Koziol 1997, 73–87).
- Koziol, Helmut. 1997. *Österreichisches Haftpflichtrecht*, Band I: Allgemeiner Teil. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Domaća dela se citiraju pismom kojim su štampana. U spisku literature delo štampano latinicom navodi se samo latinicom, a delo štampano ćirilicom navodi se ćirilicom i latinicom, pri čemu se latinična referenca stavlja u zagrade:

- Prema Miloševiću (2014, 347–352)...
- Milošević, Miroslav. 2014. *Rimsko pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Dosije studio. (Milošević, Miroslav. 2014. *Rimsko pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Dosije studio.)
- Vukadinović (Vukadinović 2015, 27) ističe da jemac ispunjava tuđu, a garant svoju obavezu.
- U literaturi se navodi (Vukadinović 2015, 27)...
- Vukadinović, Radovan. 5–6/2015. O pravnom regulisanju posla bankarske garancije u novom Građanskom zakoniku. *Pravni život* 64: 17–36.

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

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

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

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

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

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

(videti, na primer, Bartoš 1959; Simović 1972)

(videti posebno Bakić 1959)

(Stanković, Orlić 2014)

Jedan autor

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

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

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

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

T: Vasiljević (2007, broj strane),

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

Dva autora

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

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

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

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

Tri autora

T: Kao što su predložili Sesil, Lind i Bermant (Cecil, Lind, Bermant 1987, broj strane),

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

Više od tri autora

T: Prema istraživanju koje je sproveo Turner sa saradnicima (Turner *et al.* 2002, broj strane),

L: Turner, Charles F., Susan M. Rogers, Heather G. Miller, William C. Miller, James N. Gribble, James R. Chromy, Peter A. Leone, Phillip C. Cooley, Thomas C. Quinn, Jonathan M. Zenilman. 2002. Untreated Gonococcal and Chlamydial Infection in a Probability Sample of Adults. *Journal of the American Medical Association* 287: 726–733.

T: Pojedini autori smatraju (Varadi *et al.* 2012, broj strane)...

L: Varadi, Tibor, Bernadet Bordaš, Gašo Knežević, Vladimir Pavić. 2012. *Međunarodno privatno pravo*. 14. izdanje. Beograd: Pravni fakultet

Univerziteta u Beogradu. (Varadi, Tibor, Bernadet Bordaš, Gašo Knežević, Vladimir Pavić. 2012. *Međunarodno privatno pravo*. 14. izdanje. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.)

Institucija kao autor

T: (U.S. Department of Justice 1992, broj strane)

L: U.S. Department of Justice. Office of Justice Programs. Bureau of Justice Statistics. 1992. *Civil Justice Survey of State Courts*. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office.

T: (Zavod za intelektualnu svojinu Republike Srbije 2015, broj strane)

L: Zavod za intelektualnu svojinu Republike Srbije. 2015. *95 godina zaštite intelektualne svojine u Srbiji*. Beograd: Colorgraphx. (Zavod za intelektualnu svojinu Republike Srbije. 2015. *95 godina zaštite intelektualne svojine u Srbiji*. Beograd: Colorgraphx.)

Delo bez autora

T: (*Journal of the Assembly* 1822, broj strane)

L: *Journal of the Assembly of the State of New York at Their Forty-Fifth Session, Begun and Held at the Capitol, in the City of Albany, the First Day of January, 1822*. 1822. Albany: Cantine & Leake.

Citiranje više dela istog autora

Klermont i Ajzenberg smatraju (Clermont, Eisenberg 1992, broj strane; 1998, broj strane)...

Basta ističe (2001, broj strane; 2003, broj strane)...

Citiranje više dela istog autora iz iste godine

T: (White 1991a, page)

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

Istovremeno citiranje više autora i dela

(Grogger 1991, broj strane; Witte 1980, broj strane; Levitt 1997, broj strane)

(Popović 2017, broj strane; Labus 2014, broj strane; Vasiljević 2013, broj strane)

Poglavlje u knjizi

T: Holms (Holmes 1988, broj strane) tvrdi...

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

Poglavlje u delu koje je izdato u više tomova

T: Švarc i Sajks (Schwartz, Sykes 1998, broj strane) tvrde suprotno.

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.

Knjiga sa više izdanja

T: Koristeći Grinov metod (Greene 1997), napravili smo model koji...

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

T: (Popović 2018, broj strane),

R: Popović, Dejan. 2018. *Poresko pravo*. 16. izdanje. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu. (Popović, Dejan. 2018. *Poresko pravo*. 16. izdanje. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.)

Navođenje broja izdanja nije obavezno.

Ponovno izdanje – reprint

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.

Članak

U spisku literature navode se: prezime i ime autora, broj i godina objavljivanja sveske, naziv članka, naziv časopisa, godina izlaženja časopisa, stranice. Pri navođenju inostranih časopisa koji ne numerišu sveske taj podatak se izostavlja.

T: Taj model koristio je Levin sa saradnicima (Levine *et al.* 1999, broj strane)

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: Na to je ukazao Vasiljević (2018, broj strane)

L: Vasiljević, Mirko. 2/2018. Arbitražni ugovor i interkompanijskopravni sporovi. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 66: 7–46. (Vasiljević, Mirko. 2/2018. Arbitražni ugovor i interkompanijskopravni sporovi. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 66: 7–46.)

T: Orlić ističe uticaj uporednog prava na sadržinu Skice (Orlić 2010, 815–819).

L: Orlić, Miodrag. 10/2010. Subjektivna deliktna odgovornost u srpskom pravu. *Pravni život* 59: 809–840.

Citiranje celog broja časopisa

T: Tome je posvećena jedna sveska časopisa *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: Osiguranje od građanske odgovornosti detaljno je analizirano u časopisu *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* (1982).

L: *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*. 6/1982. *Savetovanje: Neka aktuelna pitanja osiguranja od građanske odgovornosti*, 30: 939–1288. (*Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*. 6/1982. *Savetovanje: Neka aktuelna pitanja osiguranja od građanske odgovornosti*, 30: 939–1288.)

Komentari

T: Smit (Smith 1983, broj strane) tvrdi...

L: Smith, John. 1983. Article 175. Unjust Enrichment. 195–240. *Commentary to the Law on Obligations*, ed. Jane Foster. Cambridge: Cambridge University Press.

T: Prema Šmalenbahy (Schmalenbach 2018, broj strane), jasno je da...

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: Perović (Perović 1980, broj strane) tvrdi da...

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.

Članak u časopisu ili dnevnim novinama bez autora

T: objavljeno u *Politici* (2019)

L: *Politika*. 2019. Srbija snažno posvećena evropskom putu. Mart 2019. (*Politika*. 2019. Srbija snažno posvećena evropskom putu. Mart 2019)

T: Kao što je objavljeno u časopisu *Newsweek* (2000)...

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

Članak u časopisu ili dnevnim novinama sa autorom (autorima)

T: U *Vremenu* je objavljeno (Švarm, Georgijev 2018) da...

L: Švarm, 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.

Neobjavljeni rukopis

T: (Avramović, Todorović 2017)

L: Avramović, Pavle, Nenad Todorović. 2017. Sticanje bez osnova u rimskom pravu. Neobjavljen rukopis. Univerzitet u Nišu, Pravni fakultet, avgust. (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.

Radni dokument

T: (Stojanović, Savić 2017)

L: Stojanović, Ognjen, Martin Savić. 2017. Pravna priroda ugovora o kreditu. Radni dokument. Institut za pravo i finansije, Beograd. (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.

Numerisani radni dokument

T: (Tomić, Pavlović 2018)

L: Tomić, Janko, Saša Pavlović. 2018. Uporednopravna analiza propisa u oblasti radnog prava. Radni dokument br. 7676. Institut za uporedno pravo, Beograd. (Tomić, Janko, Saša Pavlović. 2018. Uporednopravna 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.

Lična korespondencija/komunikacija

T: Kao što tvrdi Damnjanović (2017),

L: Damnjanović, Vićentije. 2017. Pismo autoru, 15. januar. (Damnjanović, Vićentije. 2017. Pismo autoru, 15. januar.)

T: (Welch 1998)

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

Stabilni internet protokol (URL)

T: Prema Zavodu za intelektualnu svojinu Republike Srbije (2018),

L: 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. (Zavod za intelek-

tualnu 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.

U štampi

T: (Bogdanović 2019, broj strane)

L: Bogdanović, Luka. 2019. Ekonomske posledice ugovaranja klauzule najpovlašćenije nacije u bilateralnim investicionim sporazumima. *Nomos*, tom 11, u štampi. (Bogdanović, Luka. 2019. Ekonomske posledice ugovaranja klauzule najpovlašćenije nacije u bilateralnim investicionim sporazumima. *Nomos*, tom 11, u štampi.)

T: (Spier 2003, broj strane)

L: Spier, Kathryn E. 2003. The Use of Most-Favored-Nations Clauses in Settlement of Litigation. *RAND Journal of Economics*, vol. 34, in press.

Prihvaćeno za objavljivanje

T: U jednom istraživanju (Petrović, prihvaćeno za objavljivanje) posebno se ističe značaj prava manjinskih akcionara za funkcionisanje akcionarskog društva.

L: Petrović, Marko. Prihvaćeno za objavljivanje. Prava manjinskih akcionara u kontekstu funkcionisanja skupštine akcionarskog društva. *Pravni život*.

T: Jedna studija (Joyce, prihvaćeno za objavljivanje) odnosi se na Kolumbijski distrikt.

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

Sudska praksa

F(usnote): Vrhovni sud Srbije, Rev. 1354/06, 6. 9. 2006, Paragraf Lex; Vrhovni sud Srbije, Rev. 2331/96, 3. 7. 1996, *Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije* 4/96, 27; CJEU, case C-20/12, Giersch and Others,

ECLI:EU:C:2013:411, para. 16; Opinion of AG Mengozzi to CJEU, case C-20/12, Giersch and Others, ECLI:EU:C:2013:411, para. 16.

T: Za reference u tekstu koristiti skraćenice (VSS Rev. 1354/06; CJEU C-20/12, ili Giersch and Others; Opinion of AG Mengozzi) konzistentno u celom članku.

L: Ne treba navoditi sudsku praksu u spisku korišćene literature.

Zakoni i drugi propisi

F: Zakonik o krivičnom postupku, *Službeni glasnik RS* 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014, čl. 2, st. 1, tač. 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: Za reference u tekstu koristiti skraćenice (ZKP ili ZKP RS; Regulation No. 1052/2013; Directive 2013/32) konzistentno u celom članku.

L: Ne treba navoditi propise u spisku korišćene literature.

4. PRILOZI, TABELE I SLIKE

Fusnote u priložima numerišu se bez prekida kao nastavak na one u ostatku teksta.

Numeracija jednačina, tabela i slika u priložima počinje sa 1 (jednačina A1, tabela A1, slika A1 itd., za prilog A; jednačina B1, tabela B1, slika B1 itd., za prilog B).

Na strani može biti samo jedna tabela. Tabela može zauzimati više od jedne strane.

Tabele imaju kratke naslove. Dodatna objašnjenja se navode u napomenama na dnu tabele.

Treba identifikovati sve količine, jedinice mere i skraćenice za sve unose u tabeli.

Izvori se navode u celini na dnu tabele, bez unakrsnih referenci na fusnote ili izvore na drugim mestima u članku.

Slike se prilažu u fajlovima odvojeno od teksta i treba da budu jasno obeležene.

Ne treba koristiti senčenje ili boju na grafičkim prikazima. Ako je potrebno vizuelno istaći pojedine razlike, molimo vas da koristite šrafiranje i unakrsno šrafiranje ili drugo sredstvo označavanja.

Ne treba koristiti okvir za tekst ispod ili oko slike.

Molimo vas da koristite font Times New Roman ako postoji bilo kakvo slovo ili tekst na slici. Veličina fonta mora biti najmanje 7.

Grafici ne sadrže bilo kakvu boju.

Naslovi slika su navedeni i na zasebnoj stranici sa dvostrukim proredom pod nazivom – Legenda korišćenih slika.

Slike ne mogu biti veće od 10 cm x 18 cm. Da bi se izbeglo da slika bude značajno smanjena, objašnjenja pojedinih delova slike treba da budu postavljena u okviru slike ili ispod nje.

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд
34(497.11)

АНАЛИ Правног факултета у Београду : часопис
за правне и друштвене науке = Annals of the Faculty of
Law in Belgrade : Belgrade Law review : Journal of Legal
and Social Sciences / главни уредник Марија Караникић
Мирић. – [Српско изд.]. – Год. 1, бр. 1 (1953)– . –
Београд : Правни факултет, 1953– (Београд : Службени
гласник). – 24 cm

Тромесечно. – Сваки 4. број у години на енгл. језику.
– Друго издање на другом медијуму: Анали Правног
факултета у Београду (Online) = ISSN 2406-2693. –
ISSN 0003-2565 = Анали Правног факултета у Београду
COBISS.SR-ID 6016514

U OVOM BROJU:

Yannis KATSOULACOS

/Legal and Substantive Standards in Competition Law Enforcement: Relationships and Jurisdictional Variations

Ivana RAKIĆ

/Competition Law in the Age of COVID 19

Mateja ĐUROVIĆ

/Adaptation of Consumer Law to the Digital Age: EU Directive 2019/2161 on Modernisation and Better Enforcement of Consumer Law

Branko RADULOVIĆ, Marko RADOVIĆ

/Bias and Predictability in Judicial Decisions Involving Corporate Restructuring: Evidence from Serbia

Karmen LUTMAN

/Neosnovano obogaćenje u odnosu na ugovorno, deliktno i stvarno pravo

Valentina CVETKOVIĆ ĐORĐEVIĆ

/Neposredno zastupanje u rimskom pravu s osvrtom na moderno pravo

Miljan SAVIĆ

/Determinante etičkih uverenja pravnika u Srbiji

Dragan PANTIĆ

/Ko je bio prvi dekan Pravnog fakulteta u Beogradu posle Drugog svetskog rata

Nikola BODIROGA

/O prestanku sudijske funkcije navršljenem radnog veka

Marija DRAŠKIĆ

/Privilegovani rok zastarelosti: neujednačena praksa Vrhovnog (kasacionog) suda i stav Ustavnog suda

ISSN 0003 2565

