



АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ANNALS

OF THE FACULTY OF LAW IN BELGRADE

BELGRADE LAW REVIEW

JOURNAL OF LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

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

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

Главни уредници овој часопису били су:

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

Међународни издавачки савет

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

Главни уредник

Марија Караникић Мирић

Заменик главној уредника

Борис Беговић

Редакција Правној факултету Универзитета у Београду

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

Секретари

Милош Вукотић, Никола Илић, Новак Вујичић

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

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

Издавач

Правни факултет Универзитета у Београду

Лектор и коректор

Ирена Поповић Григоров, Вук Тошић

Технички уредник

Јован Ђорђевић

Дизајн корица

С. I. V.

Слој и њерелом

Δ©СИЈЕ
СТУДИО

Штампа

ЈП Службени гласник



АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ANNALS

OF THE FACULTY OF LAW IN BELGRADE

BELGRADE LAW REVIEW

JOURNAL OF LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

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
Кармен Лутман, Неосновано обogaћење у односу на уговорно, деликтно и стварно право -----	100
Валентина Цветковић Ђорђевић, Непосредно заступање у римском праву с освртом на модерно право -----	124
Миљан Савић, Детерминанте етичких уверења правника у Србији -----	145

ПРИЛОЗИ

Драган Пантић, Ко је био први декан Правног факултета у Београду после Другог светског рата -----	169
---	-----

АНАЛИЗА ЗАКОНОДАВСТВА

Никола Бодирога, О престанку судијске функције навршењем радног века -----	179
--	-----

КОМЕНТАРИ СУДСКИХ ОДЛУКА

- Марија Драшкић, Привилеговани рок застарелости:
неуједначена пракса Врховног (касационог) суда
и став Уставног суда ----- 200

ПРИКАЗИ

- Abbas, S. Ali, Alex Pienkowski, Kenneth Rogoff, eds. 2020.
*Sovereign Debt: A Guide for Economists and
Practitioners*. Oxford: Oxford University Press, 436.
(Борис Беговић) ----- 217
- Casey-Maslen, Stuart, Tobias Vestner. 2019. *A Guide to
International Disarmament Law*. New York: Routledge,
252.
(Andrej Stefanović) ----- 226
- Vujadinović, Dragica, Zorana Antonijević, eds. 2019. *Rodna
ravnopravnost u visokom obrazovanju: Koncepti, prakse
i izazovi*. Novi Sad: Akademska knjiga, 363.
(Ivana Barać) ----- 235
- Станковић, Марко. 2020. *Преображају федералне државе
– Десет расправа о промењеној природи и суштини
федерализма*. Београд: Издавачки центар Правног
факултета, 409.
(Алекса Николић) ----- 248

СЕЋАЊА

- Jasminka Hasanbegović, *Werner Krawietz (1933–2019)* ---- 256
- Упутство за ауторе ----- 260

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 -----	124
Miljan Savić, Determinants of Moral Beliefs of Lawyers in Serbia -----	145

CONTRIBUTIONS

Dragan D. Pantić, Who Was the First Dean of the Faculty of Law in Belgrade After the Second World War -----	169
--	-----

LEGISLATION REVIEW

- Nikola Bodiroga, Termination of Judge's Office with Retirement Age ----- 179

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 ----- 200

BOOK REVIEWS

- Abbas, S. Ali, Alex Pienkowski, Kenneth Rogoff, eds. 2020. *Sovereign Debt: A Guide for Economists and Practitioners*. Oxford: Oxford University Press, 436. (Boris Begović) ----- 217

- Casey-Maslen, Stuart, Tobias Vestner. 2019. *A Guide to International Disarmament Law*. New York: Routledge, 252. (Andrej Stefanović) ----- 226

- Vujadinović, Dragica, Zorana Antonijević, eds. 2019. *Rodna ravnopravnost u visokom obrazovanju: Koncepti, prakse i izazovi*. Novi Sad: Akademska knjiga, 363. (Ivana Barać) ----- 235

- Stanković, Marko. 2020. *Preobražaji federalne države – Deset rasprava o promjenjenoj prirodi i suštini federalizma*. Beograd: Izdavački centar Pravnog fakulteta, 409. (Aleksa Nikolić) ----- 248

IN MEMORIAM

- Jasminka Hasanbegović, *Werner Krawietz (1933–2019)* ---- 256

- Instructions to Authors** ----- 260

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

³ Our definition is close to that in Hovenkamp (2017): “Correct application of the per se rule depends critically on a judgment 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.

a range of intermediate tests that seek to combine some of the clarity and 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.

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).

Table 1. Components of Economic Analysis and Legal Standards

<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

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).

the end of 1970s however, the US Courts have accepted the view that 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.

УДК 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

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.cnmec.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.

УДК 366.5; 339:077

CERIF: S130

DOI: 10.5937/AnalPFB2002062D

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, *OJL* 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).
- Đurović, Mateja. 2019. Private Law Consequences of Unfair Commercial Practices, 29–42 in *Transformation of Economic Law*, edited by Marta Cantero, Lucila de Almeida, Mateja Đurović and Kai P. Purnhagen. Oxford: Hart Publishing.
- Đurović, Mateja. 2016. *European Law on Unfair Commercial Practices and Contract Law*, Oxford: Hart Publishing.
- Đurović, 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.

УДК 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 PARP 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.

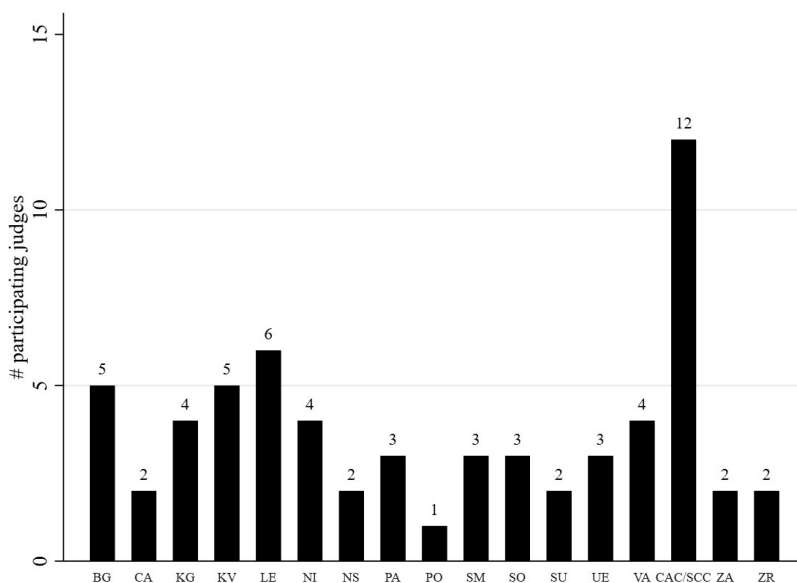
4. RESEARCH DESIGN AND RESULTS

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.

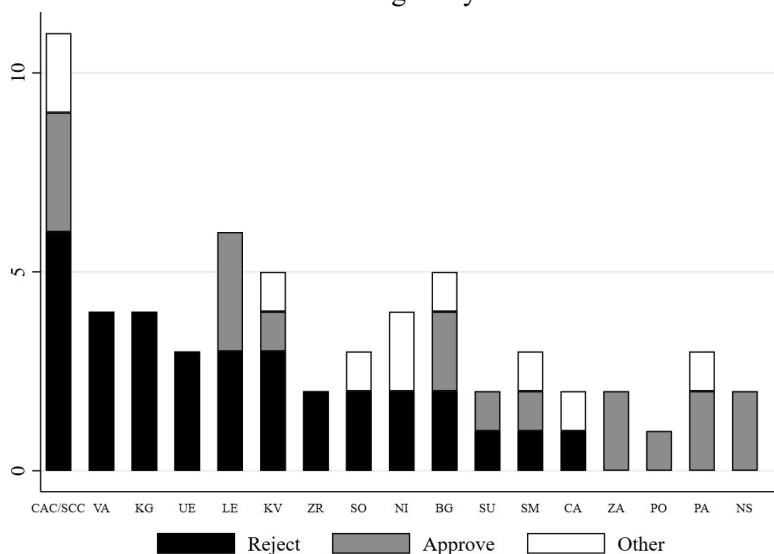
¹³ Zakon o privrednim društvima [Company Law] Art. 546, para.1, it. 10, *Official Gazette of Republic of Serbia* 36/2011, 99/2011, 83–2014, 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019.

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.

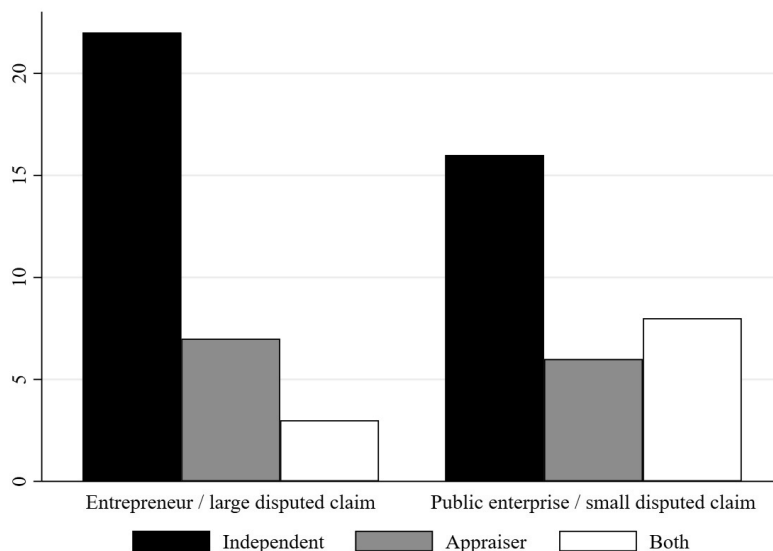
As the total size of the data set is $n=62$, we perform the Freeman-Halton extension of the Fisher exact probability test for a 3×2 contingency table.¹⁶ The null hypothesis is that these two categories are not different. The test shows that there is no statistically significant difference with respect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

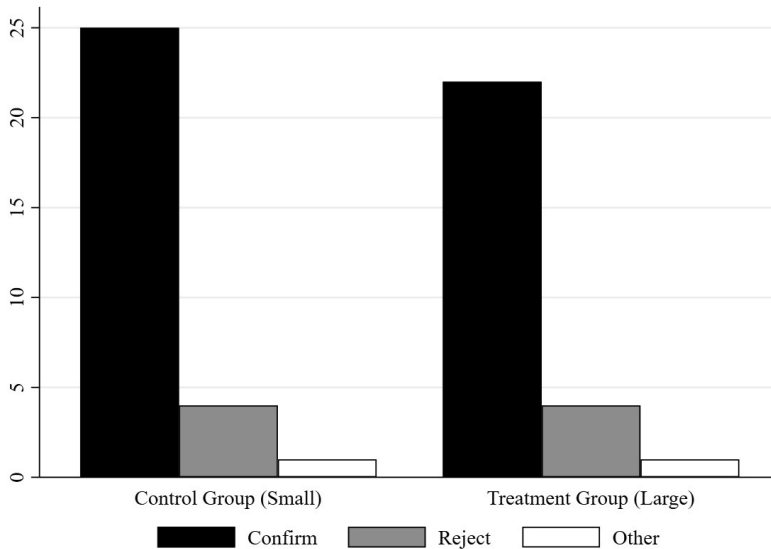
We presented judges with a case in which a petitioner had filed a motion for initiating bankruptcy proceedings in accordance with a PARP. We altered the case to test for the effects of both social concerns and judicial activism. To control for the social concerns and ties to the local community, judges 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.

УДК 347.232

CERIF: S130

DOI: 10.5937/AnaliPFB2002100L

Др Кармен Лутман, LL.M. (Berlin)*

НЕОСНОВАНО ОБОГАЋЕЊЕ У ОДНОСУ НА УГОВОРНО, ДЕЛИКТНО И СТВАРНО ПРАВО

Право неоснованог обogaћења независна је грана облигационог права која се због свог развоја у историји до неке мере преклапа са другим областима цивилног права – деликтним, стварним и уговорним правом те пословодством без налога. Управо због тога се често поставља питање односа уговорних захтева према захтевима по другим правним основама. Рад се бави питањем да ли је захтев из неоснованог обogaћења у односу на уговорно, деликтно и стварно право супсидијарног карактера и да ли је искључен уколико поверилац има могућност да поднесе захтев по другачијој, специјализованој правној основи. У расправи се, која словеначко право ставља у средиште и анализира га у светлу решења одабраних страних правних система, разматрају различите варијанте принципа супсидијарности те улога и значај права неоснованог обogaћења у систему грађанског права.

Кључне речи: *Супсидијарност. – Неосновано обogaћење. – Кондиције. – Верзије. – Принцип специјалности.*

1. УВОД

Иако неосновано обogaћење представља аутономни извор обавеза и ствара комплетан систем правила са сопственим концептима и принципима, његов положај у постојећем правном систему није потпуно разјашњен. Томе је допринела историјска дисперзија захтева из правно неоснованог обogaћења који су се вековима развијали под окриљем различитих института и тек су недавно спојени у

* Асистенткиња за грађанско и привредно право, Правни факултет Универзитета у Љубљани, karmen.lutman@pf.uni-lj.si.

јединствени концепт неоснованог обогаћења. Данас се још увек до неке мере преклапа са другим областима цивилног права – деликтним, стварним и уговорним правом те пословодством без налога – због чега је, чешће од било које друге гране облигационог права, у конкуренцији са захтевима других правних области.

Често се примећује да захтев из обогаћења има само супсидијарну улогу и на њега се може позвати тек ако за повериочево потраживање не постоје друге специјалније правне основе. У том смислу, неосновано обогаћење би требало да служи за попуњавање празнина када се за отклањање последица неоснованог преноса имовине не могу наћи основе у другим институтима грађанског права или се њиховом применом не могу постићи задовољавајући резултати (Љетовска 2007, 3).

Аутори га пореде са заштитном мрежом која пружа извесну флексибилност у облигационом праву (Љетовска 2007, 3). Отуда и метафора о двоглавом богу Јанусу, према којој неосновано обогаћење једним лицем гледа према уговорном праву и настоји да исправи његове грешке, док другим лицем из истог разлога гледа према деликтном и стварном праву (Dannemann 2009, 7). Међутим, управо је неосновано обогаћење грана облигационог права која осигурава да се нико без законског основа не може окористити на рачун другог. Његова сврха је јасна: утврдити да ли се и у којој мери дужник неосновано обогатио на рачун повериоца и побринути се о преносу неосновано стечених користи од обогаћеног назад ка осиромашеном лицу. Због тога се поставља питање његове позиције у остваривању тог циља у систему грађанског права. Рад се фокусира на положај и улогу права неоснованог обогаћења те анализом различитих концепата принципа супсидијарности покушава да одговори на неке дилеме које се постављају у вези са односом права неоснованог обогаћења према уговорном, деликтном и стварном праву.

2. О СУПСИДИЈАРНОСТИ ПРАВА НЕОСНОВАНОГ ОБОГАЋЕЊА

2.1. Опште о принципу супсидијарности

Принцип супсидијарности у међусобном односу два захтева значи да један од захтева искључује други, иако су испуњене све претпоставке за њега (Grantham, Rickett 2001, 273).

Ако се општи захтев из правно неоснованог обогаћења сматра супсидијарним, подносилац захтева се не може позивати на њега ако има на располагању захтев по другом правном основу (Jooste, Schrage 2016a, 8).

Упоредноправно говорећи, постоји неколико варијанти тог принципа, с тим што је доктрина супсидијарности у најстрожем облику заступљена у земљама романског правног круга.¹

Према концепту тзв. јаког ефекта или апстрактног значења супсидијарности, захтев из неоснованог обogaћења искључен је сваки пут када поверилац има на располагању захтев по другачијој, специјализованијој правној основи, чак и ако га – због стварних или правних препрека – не може применити (и стога може да буде само хипотетички) – (Nicholas 1994, 2038; Smith 2002, 597).

Тако, на пример, осиромашени поверилац захтевом из неоснованог обogaћења не може захтевати враћање неосноване користи коју је дужник стекао својим противправним понашањем ако су испуњени услови за остваривање захтева за накнаду штете из деликта, без обзира да ли је он већ застарео или не (Nicholas 1994, 2043).²

Нешто другачији је концепт тзв. слабог ефекта или конкретног значења супсидијарности, према којем се поверилац не може позивати на захтев из неоснованог обogaћења ако у конкретном случају има на располагању други, специјалнији захтев (Nicholas 1994, 2043). Према том концепту, захтев из неоснованог обogaћења искључен је само у случају када поверилац *стварно* има на располагању захтев по другом правном основу.

Осим те две изведбе принципа супсидијарности, у новијој литератури се могу пронаћи још два концепта. Приступ који заговара Jooste је компромис између апстрактног и конкретног приступа. У том случају захтев из неоснованог обogaћења доступан је кад год поверилац нема другог ефикасног правног лека, под условом да се не заобиђу друга правна правила (Jooste, Schrage 2016a, 9).

Као четврти, вреди поменути тзв. практични концепт супсидијарности, који се фокусира на позицију захтева из правно неоснованог обogaћења у процесу. Као што примјећује Snijders, тужиоци свој примарни тужбени захтев углавном заснивају на специјализованој правној основи, попут уговора или деликта, а алтернативно – као крајње средство – подносе захтев по основу неоснованог обogaћења (Snijders 2001, 145–158; сажето према: Jooste, Schrage 2016a, 8).

О процесним аспектима остваривања захтева по основу неоснованог обogaћења у хрватском праву расправља Франић (Franić 2010, 35–45).

¹ То не изненађује јер из француског права произилази и принцип *non-convul*, а важи за однос између захтева по уговору и деликту.

² Аутор објашњава да је такав став већине у италијанском закону, прихватајући концепт апстрактног тумачења принципа супсидијарности.

Како објашњава, у поступку је захтев из обogaћења са одштетним захтевом у односу искључења, конкуренције или кумулације (детаљније у: Franić 2010, 42–44). Међутим, поставља се питање може ли се процесни аспект остваривања захтева из неоснованог обogaћења схватити као посебан, независан концепт јер материјално право одређује позицију захтева из неоснованог обogaћења у односу на захтеве по другим основама, а процесна правила су одраз материјалноправних ставова у поступку.

2.2. Упоредноправни поглед

2.2.1. Француско и италијанско право

У романским правним системима, као што су француско и италијанско право, општи захтев по основу неоснованог обogaћења игра изразито супсидијарну улогу и долази у обзир тек када тужилац нема на располагању специјалније правно средство. Расправе о положају неоснованог обogaћења у романским правним системима односе се на неосновано обogaћење у ужем смислу, то јест на генералну клаузулу и правила о реституцији повезана са њом. Пошто су кондикцијски захтеви по узору на римско право изузети из неоснованог обogaћења у ужем смислу, генерална се клаузула односи преваходно на верзионе захтеве, где се обogaћење стиче на другачији начин, а не путем испуњења. Због тога се тамошње расправе претежно тичу односа између правно неоснованог обogaћења и деликта.

Италијанско право примењује најстрожи облик принципа супсидијарности, то јест концепт апстрактног значаја супсидијарности, према којем је захтев из неоснованог обogaћења искључен сваки пут када поверилац има на располагању специјалнији захтев, чак и ако га у конкретном случају – због стварних или правних препрека – не може остварити (Jooste, Schrage, 2016a, 15; Nicholas 1994, 2038 и даље; Schlechtriem 2000, 14, Rn. 19).

У складу са изричитом одредбом чл. 2042 *Codice civile* важи да „поверилац не може поднети захтев из неоснованог обogaћења, ако одштету може да затражи другим правним средством“.³ Критичари овог концепта појашњавају да је, с таквог становишта, улога општег захтева из неоснованог обogaћења у постојећем систему облигационог права практично безначајна (Nicholas 1994, 2039).

Француско право произилази из блаже верзије принципа супсидијарности и представља компромис између апстрактног и конкретног концепта супсидијарности. Према овом приступу, повери-

³ Чл. 2042 *Codice civile* у оригиналу гласи: „L'azione di arricchimento non è proponibile quando il danneggiato può esercitare un'altra azione per farsi indennizzare del pregiudizio subito.“

лац се не може позивати на општи захтев из неоснованог обогаћења ако у конкретном случају има на располагању специјалнији захтев из наслова уговора, квазиконтракта, деликта или квазиделикта (Descheemaeker 2017, 89).⁴ Ако поверилац у конкретном случају нема на располагању специјалније правно средство и, према општим правилима, дакле, могао би да се позива на неосновано обогаћење, француски закон предвиђа додатно ограничење засновано на различитим разлозима због којих поверилац у конкретном случају нема на располагању специјалнији захтев. Ако је специјалнији захтев искључен из разлога правне природе (на пример због застарелости), поверилац уместо њега не може поднети захтев из неоснованог обогаћења, док је то могуће ако је остваривање специјалнијег захтева онемогућено из стварних разлога (на пример, због несолвентности дужника) – (Nicholas 1994, 2039). Разлог је највероватније у томе што би у првом случају била потпуно изостављена правна правила, која повериоцу онемогућавају примену специјалнијег правног правила.

У Француској је супсидијарна улога неоснованог обогаћења последица чињенице да општи захтев из неоснованог обогаћења дуго није био део законског права, што је произвело значајно ограничење у његовој примени, и служио је само за попуњавање законских празнина. Међутим, тај његов положај није изменила ни чињеница да је реформом *Code civil* 2016. године добио своје место у законнику јер је заједно са њим била озакоњена и одредба о супсидијарности (чл. 1303–3 *Code civil*). Том одредбом је прописано да се „осиромашено лице не може позивати на општи захтев из неоснованог обогаћења ако на располагању има другу тужбу или је оно искључено из разлога правне природе, на пример због застарелости“.⁵ Њоме се озакоњује раније поменути концепт супсидијарности, који се развио у судској пракси.

2.2.2. Немачко право

За разлику од италијанског и француског права, у немачком праву могућност позивања на захтев из неоснованог обогаћења није *a priori* искључена ако је на располагању тужба по другачијем правном основу (Jooste, Schrage 2016b, 223).

Постоје и изузеци од тог основног правила, посебно у области стварног права и у односу захтева из обогаћења једних према другима.

⁴ Аутор се позива на дефиницију Aubry и Rau у *Cours de droit civil français*, vol. 6, 4. издање, 1873, § 578.

⁵ Чл. 1303–3 *Code civil* у оригиналу гласи: „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.“

Дакле, у праву неоснованог обogaћења „кондикције испуњења“ (кондикциони захтеви) имају предност над „кондикцијама неиспуњења“ (верзиони захтеви), што је посебно важно у тространим односима неоснованог обogaћења (види Dannemann 2009, 149).⁶ Однос између неоснованог обogaћења и стварноправног режима реституције сматра се проблематичним (Jooste, Schrage 2016b, 225).

Последњи се користи за однос између власника и поседника, али, према преовладавајућем ставу, има предност над неоснованим обogaћењем (Dannemann 2009, 151; слично и Jooste, Schrage 2016b, 225). Такав став се полемично, посебно у вези са враћањем секундарних користи (трошкова, плодова и корисничких накнада) у случају ништавих и отказаних уговора, где би било смисленије применити режим неоснованог обogaћења (Dannemann 2009, 151). За разлику од француског и италијанског права, захтеви из неоснованог обogaћења и деликта нису у конкуренцији и нису у супсидијарном односу, тако да поверилац може слободно да бира између њих (Dannemann 2009, 151; Jooste, Schrage 2016b, 225; Smith 2002, 621).

2.2.3. *Englesko pravo*

У енглеском праву није познат концепт супсидијарности *eo nomine*, али је у одређеним случајевима захтев из неоснованог обogaћења ипак искључен, на пример, ако је испуњење извршено у очекивању будућег закључења уговора, до којег не долази. У том случају правила уговорног права имају предност над неоснованим обogaћењем (више о односу између уговора и правно неоснованог обogaћења у енглеском праву види у Smith 2002, 623; Jooste, Schrage 2016b, 227–229). Из *Restatementa* енглеског права неоснованог обogaћења произилази да се захтев из обogaћења може остваривати у конкуренцији с другим захтевима, при чему се не може одобрити више од једног захтева, ако би то омогућило двоструку компензацију (Burrows 2012, чл. 1(4)).⁷ И иначе се у теорији може пронаћи став да су захтев из обogaћења и одштетни захтев из деликта у односу

⁶ Због принципа релативности облигационих односа, захтев из неоснованог обogaћења полазишно се допушта само против оног чија је обавеза испуњена повериоцем радњом. Стога, ако је купац према налогу продавца уплатио суму куповне цене трећем лицу, а касније се испоставило да је купопродајни уговор неважећи, моћи ће да затражи повраћај плаћене суме само од продавца. Уплатом је, наиме, испунио своју обавезу према продавцу. Стога испуњење чинидбе (нем. *Leistungskondition*) против продавца има предност над неиспуњењем чинидбе (нем. *Nichtleistungskondition*) против трећег лица.

⁷ Одредба у оригиналу гласи: „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.“

алтернативности те да тужилац слободно може да бира између њих (Nicholas 1994, 2040; Jooste, Schrage 2016b, 229). Ако се одриче од одштетног захтева у корист захтева из неоснованог обogaћења, реч је о тзв. *wavier of tort* (Nicholas 1994, 2040; Jooste, Schrage 2016b, 229). Како објашњава Virgo (2006, 461), након што је одабир правног средства извршен, могућност позивања на други захтев је искључена. Међутим, постоје неки који и у енглеском праву заузимају супротан став према којем захтев из обogaћења има само супсидијарну улогу у односу на одштетни захтев (Beatson 1991, 425, међутим другачије Birks 2005, 230).

2.3. Погледи на положај неоснованог обogaћења у словеначком праву: полазишта

За разлику од италијанског *Codice civile* и француског *Code civil*, законска регулатива у Словенији нема (општу) одредбу о положају неоснованог обogaћења у односу на захтеве по другим правним основама. Посебно правило којим се регулише однос између захтева по основу правно неоснованог обogaћења и одштетног захтева садржи чл. 189 Облигационог законика (OZ),⁸ према којем оштећени, после наступања застаревања захтева за накнаду штете, може захтевати од одговорног лица, према правилима која важе у случају неоснованог обogaћења, да му уступи оно што је добио радњом којом је проузрокована штета. Та одредба је била предвиђена већ у Константиновићевој скици⁹, а касније је усвојена у Закону о облигационим односима (ЗОО).¹⁰ Она је садржајно неспојива са концептом супсидијарности, утврђеним француским правом, према којем поверилац не може тражити општи захтев из правно неоснованог обogaћења ако на располагању има тужбени захтев по другом правном основу, а који је већ застарео. Слична одредба је позната и у немачком праву, које такође допушта остваривање захтева по основу правно неоснованог обogaћења након застаревања одштетног захтева.¹¹

У словеначкој теорији се положајем захтева из неоснованог обogaћења првенствено бавио Цигој, који је заузео став да повери-

⁸ *Службени лист РС* 97/07 и даље.

⁹ Чл. 167 Скице за Законик о облигацијама и уговорима („Константиновићева скица“).

¹⁰ *Службени лист СФРЈ* 29/78 и даље. Види чл. 209 ЗОО.

¹¹ Параграф 852 BGB у оригиналу гласи: „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.“

лац има могућност избора између захтева по различитим правним основама. О односу између захтева из неоснованог обogaћења и виндикационог захтева записао је како не види никакву препреку да тужилац не би могао да поднесе једно или друго, ако има правни основ за оба, при чему ће често лакше доказати кондикциони захтев него власнички (Cigoj 2006, 266 – однос између кондикционог и виндикационог захтева, и 272 – однос између верзионог и виндикационог захтева; другачије Radišić 1982, 276). Кондикциони захтев такође може конкурисати захтеву из неоснованог обogaћења, тако да поверилац може слободно бирати између њих, а да не мора да докаже кривицу у случају захтева из неоснованог обogaћења (Cigoj 2006, 266; тако и Radišić 1982, 276). Међутим, није сасвим јасно у којим би случајевима чак постојала конкуренција између одштетног и кондикционог захтева јер је тешко замислити да би поступање извршено са циљем испуњења неке обавезе било противправно. У пракси је конкуренција између одштетног и верзионог захтева све чешћа. Цигој објашњава да верзија има само комплементарно значење. Ипак додаје да оштећено лице не би требало да буде лишено могућности позивања на верзиони захтев при којем треба да докаже мање него код осталих захтева за повраћај (Cigoj 2006, 271).

Према ставу Jadek Pense, захтев за накнаду штете и захтев из правно неоснованог обogaћења не искључују се по свом настанку, па би оштећени требало да има могућност избора између њих или могућност да у истој тужби са једним тужбеним предлогом наведе обе основе, истичући при томе да не би требало да дође до двоструке компензације јер је реч само о једном дугу (Jadek Pensa у Juhart, Plavšak 2003, 1077).

Словеначка теорија начелно је више наклоњена ставу да захтев из правно неоснованог обogaћења у постојећем грађанскоправном систему нема само супсидијарну улогу већ се може остваривати без обзира на то да ли је у конкретном случају на располагању специјалније правно средство. Према томе, поверилац може слободно да бира између захтева по различитим правним основама. Међутим, указује се на проблем двоструке компензације, која се мора избећи ако дође до кумулације захтева по различитим правним основама.

Ставови словеначке судске праксе о положају захтева из правно неоснованог обogaћења различити су. Иако неке одлуке показују изразито подређену, супсидијарну улогу права неоснованог обogaћења, из других произлази да поверилац има могућност да бира између захтева по различитим правним основама, посебно у случају одште-те и неоснованог обogaћења.

У својој пресуди II Ips 145/2010 од 20. јуна 2013, позивајући се на ставове хрватских писаца, Врховни суд Републике Словеније записао је да се „кондикциони захтев у принципу може поднети само

ако не може конкурисати ниједној другој тужби, посебно не тужби заснованој на тврдњама о неиспуњењу уговорних обавеза или тужби за накнаду штете ако је поступање због којег је настала штета противправно и такође су обезбеђени други елементи грађанског деликта“ (Klarić, Vedriš 2006, 646 и 647). У наставку се објашњава да кондикциони захтев долази у обзир (тек) само ако ниједна друга тужба није на располагању.¹² Слично томе, из пресуде Врховног суда Републике Словеније II Ips 535/2005 од 8. новембра 2007. произлази да „у начелу кондикциони захтев не може конкурисати ниједној другој тужби, а однос чија је последица неосновани прелаз имовине не сме да буде штетна радња (у таквом случају настаје непословни однос одговорности за штету)“.¹³ Тако је пресудио и Виши суд у Марибору у решењу I Срг 129/2016 од 12. маја 2016: „...одредбе о верзији примењују се само ако закон не нуди кориснику никакву другу правну заштиту, при чему члан 190 ОЗ утврђује општа правила о захтеву из неоснованог обогаћења и треба га користити као опште правило, тј. тек када ниједан други специјалнији материјалноправни основ не долази у обзир“.¹⁴

Другачији став произлази из пресуде Врховног суда Републике Словеније II Ips 311/2017 од 26. априла 2018, у којој је суд, позивајући се на став Јадек Пенсе, записао: „Само принципијелно треба објаснити да се одштетни захтев и захтев из правно неоснованог обогаћења не искључују. Ако је последица исте радње настанак штете и корист одговорног лица, могу да буду испуњене претпоставке одштетне одговорности као и захтева из неоснованог обогаћења. У таквом случају, оштећени има могућност избора по којем ће правном основу захтевати повраћај губитка. Но, застаревање потраживања накнаде штете и потраживања по основу неоснованог обогаћења независно се процењују.“¹⁵ Сличан став је очигледан и у пресуди Вишег суда у Љубљани у предмету II Срг 1049/2016 од 28. септембра 2016, у којој се наводи да „се захтев за повраћај и захтев за накнаду штете не искључују, него се допуњују и кумулативно подносе“¹⁶, и у решењу Вишег суда у Љубљани I Срг 688/2017 од 8. новембра 2018: „Став првостепеног суда да захтев, заснован на тврдњама о противправном

¹² Тачка 8 образложења споменуте пресуде.

¹³ У том спору суд је закључио да правила из законске суброгације као имају предност над верзионим захтевом. Исто је учинио и Виши суд у Љубљани, I Срг 1281/2016 од 11. октобра 2017, објашњавајући да је разлика између неоснованог обогаћења и законске суброгације важна и у погледу рокова застарелости.

¹⁴ Врховни суд Републике Словеније такође се у овој одлуци позива на став Кларића и Ведриша у: Klarić, Vedriš 2006, 645 и даље.

¹⁵ Тачка 18 образложења споменуте пресуде, позивајући се на став Jadek Pensa у Juhart, Plavšak 2003, 1077.

¹⁶ Тачка 9 образложења споменуте пресуде.

понашању туженог не може бити кондикцијски него само одштетни, није правилан. Услови за остваривање захтева из правно неоснованог обogaћења су: обogaћење једног лица, осиромашење другог лица, узрочно-последична веза између обogaћења и осиромашења те одсуство правне основе. Тврдња о противправном понашању обogaћеног лица стога није потребна, али ако је наведена, то не искључује постављања захтева из неоснованог обogaћења.¹⁷

2.4. Неколико мисли о положају захтева из правно неоснованог обogaћења у словеначком праву

Наведено указује на то да се ставови о положају захтева из неоснованог обogaћења међусобно разликују, при чему то важи за словеначко правно подручје, па и у ширем упоредноправном контексту. Разлог значајне суздржаности у примени општег захтева из неоснованог обogaћења често је страх од отварања бочних врата неограниченој одговорности дужника или чак омогућавање заобилажења постојећих правила цивилног права. У француској литератури неосновано обogaћење се упоређује са тројанским коњем, потајно прокријумчареним у тврђаву облигационог права, који у било којем тренутку може да експлодира и сруши његову унутрашњу структуру (тако Drakidis 1961, 580). То поређење је претерано за словеначки правни поредак, у којем неосновано обogaћење има своје место у законском праву и саставни је део облигационоправне тврђаве, али ипак морамо пазити да се његовом применом не поткопају друга правила. Наиме, право неоснованог обogaћења води рачуна о хармонији правног система, допуњава га и усавршава, али не сме угрожавати његову унутрашњу кохеренцију и рушити равнотежу успостављену на правилима стварног, уговорног и деликтног права (Jooste, Schrage 2016b, 234 и 235).

У словеначком праву специјални закон (правна норма) укида општи закон, што произлази из принципа *lex specialis derogat legi generali*.¹⁸ Стога, када је у односу између два захтева захтев из неоснованог обogaћења општији, специјалнији захтев има предност над њим. Иако поверилац, у принципу, није ограничен у остваривању захтева по различитим правним основама, суд ће уз одговарајуће тврдње спор ипак решавати по специјалној правној основи. Одређена норма је са другом нормом у односу специјалности, ако општа укључује специјалнију или друга логично претпоставља општију

¹⁷ Тачка 7 образложења споменуте пресуде.

¹⁸ Према том правилу, посебне одредбе закона намењене специјалном уређењу одређеног правног питања имају већу снагу од одредаба другог закона којима се регулишу иста правна питања, али само генерално. Преузето према: Kranjc 2006, 142.

(Zorzetto 2011, 46 и 49). У процени односа специјалности посебно су корисни следећи критеријуми: (1) стварно стање регулисано нормом; (2) правни ефекти норме и њене последице и (3) начин деонтолошке квалификације (тако је, на пример, норма која дозвољава одређено понашање општија од оне која такво понашање забрањује) – (Zorzetto 2011, 46–50). Док се о односу захтева из неоснованог обogaћења према захтевима из уговора, деликта и стварноправних репарација говори у наставку, овде доносим још неколико општих запажања о улози права неоснованог обogaћења код нас.

У словеначком праву свакако се може одбити примена најстрожег, апстрактног концепта супсидијарности, утврђеног у италијанском праву, према којем је захтев из неоснованог обogaћења искључен кад год тужилац (иако само потенцијално) има могућност да поднесе захтев по другом правном основу. Увођење таквог концепта значило би практично уклањање института неоснованог обogaћења, а противуречи му и одредба чл. 189 OZ, према којој поверилац изричито има на располагању захтев из неоснованог обogaћења ако је одштетни захтев већ застарео. Та одредба, као што је речено, такође спречава примену француског концепта супсидијарности у нашој земљи, према којем захтев из неоснованог обogaћења није могућ чак и ако је захтев по другом правном основу искључен из разлога правне природе, на пример због застарелости.

За наш систем прихватљиви је концепт према којем се захтев из неоснованог обogaћења примењује кад год поверилац нема на располагању захтев по другом, специјалном правном основу, под условом да његова примена није у супротности са системом вредности успостављеним другим правилима цивилног права, када би заправо била реч о изигравању закона (тзв. *fraus legis*). Такав случај изигравања закона био би, на пример, ако би општи захтев из неоснованог обogaћења био стављен на располагање повериоцу након застарелости специјалног захтева. У таквом случају правила застарелости би била потпуно поткопана, што вероватно није циљ права неоснованог обogaћења.

У том погледу слажем се са ставом словеначке судске праксе, која у случају колизије између захтева из законске суброгације и захтева из правно неоснованог обogaћења даје предност првом, који је специјалан и стога искључује могућност позивања на неосновано обogaћење.¹⁹ Ако неко, на пример, плати туђи дуг и услови за суброгацију су испуњени, према правилима суброгације потраживање повериоца прелази на испунитеља. У таквом случају треба искључити могућност позивања на захтев из неоснованог обogaћења

¹⁹ Види нпр. решење Вишег суда у Марибору I Cpg 129/2016 од 12. маја 2016, пресуда Вишег суда у Љубљани II Cpg 342/2015 од 8. јула 2015.

из наслова плаћања туђег дуга.²⁰ С обзиром на то да се рок застарелости потраживања које је суброгацијом пренето на новог повериоца може разликовати од петогодишњег рока застарелости за захтеве из неоснованог обogaћења, правила застарелости била би практично поткопана ако би поверилац након застарелости потраживања по правилима о неоснованом обogaћењу од дужника могао затражити накнаду постигнуте користи.²¹ При томе треба нагласити да је ситуација другачија од односа између одштетног захтева и захтева из неоснованог обogaћења, где према изричитом правилу чл. 189 ОЗ не постоје препреке да поверилац након застарелости одштетног захтева поднесе захтев из неоснованог обogaћења. Наиме, одштетни и захтев из неоснованог обogaћења имају потпуно другачији циљ – док је одштетни захтев усмерен на накнаду штете оштећеном лицу, циљ захтева из обogaћења је одузимање неосновано постигнутих користи обogaћеног лица. Управо стога, остваривање захтева из неоснованог обogaћења након застарелости одштетног захтева не поништава сврху последњег (ту није реч о заобилажењу постојећих правила) – (види и Nicholas 1994, 2043). Но, однос између неоснованог обogaћења и суброгације је другачији јер они имају исти циљ – преношење користи које је дужник постигао ослобађањем од плаћања дуга. Стога би допуштање захтева из неоснованог обogaћења након застарелости потраживања, које је према правилима суброгације прешло на испунитеља, било у супротности са ефектом правног поретка.

3. НЕОСНОВАНО ОБОГАЋЕЊЕ У ОДНОСУ НА УГОВОР

Постојање важећег уговора између повериоца и дужника, који је основ за пренос имовине, искључује евентуалне захтеве из правно неоснованог обogaћења између њих. Такво обogaћење није неоправдано јер је уговор правни основ за њега.²² Чак и у односима између више особа, страна која је на основу важећег уговора извршила

²⁰ Члан 197 ОЗ.

²¹ Тако је, на пример, у пресуди Вишег суда у Љубљани II Срг 342/2015 од 8. јула 2015, суд сматрао да се захтеви тужиоца третирају као повремени захтеви који подлежу трогодишњем року застарелости, примењујући при томе правила о суброгацији (тач. 14–16 образложење пресуде).

²² Тако и пресуда Врховног суда Републике Словеније III Ips 89/2013 од 20. јануара 2015, тач. 13–16 (постојање важећег уговора о закупу, на основу којег је извршено испуњење, искључује захтеве из неоснованог обogaћења), пресуда Вишег суда у Љубљани I Срг 1100/2016 од 7. фебруара 2018, тач. 20 (обављен рад је плаћен у складу са закљученим уговором, стога није испуњена претпоставка без законског основа), пресуда Вишег суда у Љубљани I Срг 1635/2015 од 11. маја 2016, тач. 8 (уговор о закупу је правни основ за плаћање и самим тим је искључен захтев из неоснованог обogaћења).

испуњење у корист трећег лица а од друге стране није примила супротно испуњење не може заменити захтев за испуњење захтевом из неоснованог обogaћења према трећем лицу²³ јер је за такво испуњење постојао важећи правни основ.

Ако уговор престане да важи а раскид ступи на снагу ретроактивно (*ex tunc*), између уговорних страна долази до захтева за реституцију како би вратиле оно што су испуниле тим уговором. У словеначком праву последице ништавих и отказаних уговора налазе се у домену права неоснованог обogaћења,²⁴ док су последице раскинутих двостраних уговора посебно уређене у чл. 111 OZ, који је смислено допуњен правилима неоснованог обogaћења (више о правилима враћања због раскида уговора у словеначком праву у Lutman, van Eck 2020). Другачији правац развоја диктирају тенденције у упоредном праву, према којима последице неважећих или отказаних уговора регулишу посебна правила о реституцији, која су одвојена од права неоснованог обogaћења (више у Lutman 2017, 169–187). Разлог посебног уређења лежи пре свега у унификацији правила враћања за различите начине раскида уговора, а писци такође истичу да су правила неоснованог обogaћења првобитно била конципирана за једностране односе и нису посве прилагођена реципрочној природи двостраних уговора, коју је потребно у највећој могућој мери уважавати и у фази реституције (Jansen 2016, 21).

Како је циљ неоснованог обogaћења у исцрпљивању користи које је дужник без правног основа стекао на рачун повериоца, у вези с уговором се поставља питање улоге захтева из правно неоснованог обogaћења у случају профитабилног кршења уговора. Питање је да ли страна осим или уместо захтева на име уговорне одштетне одговорности може да поднесе и захтев из неоснованог обogaћења за одузимање противправно стечене добити, која одштетним захтевом углавном није обухваћена. С обзиром на то да се захтев за накнаду штете и захтев из неоснованог обogaћења према претпоставкама и зацртаном циљу значајно разликују, не може се генерално тврдити да је одштетни захтев специјалнији од захтева из неоснованог обogaћења. У пракси одштетно право *de facto* има монопол над регулисањем последица противправних штетних радњи (тако Birks и Reynolds, Birks 1992, 58). Међутим, треба нагласити да је циљ неоснованог обogaћења различит од циља који следи одштетно право; док се ово последње усредсређује на положај оштећеног и на накнаду његове штете, неосновано обogaћење је усмерено према обogaћеном,

²³ Чак и ако уговор истекне, кондикциони захтев против саговорника у принципу има предност над верзионим захтевом против трећег лица (Dannemann 2009, 149). О колизији између захтева из неоснованог обogaћења у односима између више лица види: Lutman 2019, 199–214.

²⁴ Чл. 87 и 96 OZ смислено допуњују правила неоснованог обogaћења.

а његов је циљ исцрпљивање неосновано стечене користи (види и Smith 1994, 121 i 122).

Расправе о могућности одузимања добити коју је починилац стекао кршењем уговора у корист уговору лојалне стране недавно су истакнуте пре свега у системима *common law* (види, на пример, Farnsworth 1985, 1339–1393; Smith 1994, 121–140; McCamus, 943–974; Siems 2003, 27–59; Kull 2001, 2021–2053; Campbell 2014, 164–188). Томе је недавно допринела и одлука Дома лордова у предмету *Blake*²⁵, која је, додуше у специфичним околностима конкретног случаја, допустила одузимање добити због кршења уговора (енг. *disgorgement of profits*).²⁶ Међутим, генерално, може се приметити да су судови који у системима *common law* по правилу омогућавају одузимање добити само у случају деликта, повреде фидуцијарне дужности или стварних права, према споменутом правном средству суздржанији. На континенту сличне расправе не постоје, барем не у вези са кршењем уговора (тако и Siems 2010, 27–59). У словеначкој теорији Моžина (2015, 472 и 473) објашњава да други став члана 243 OZ, који се иначе односи на накнаду штете повериоца у случају преваре или намерног неиспуњења и неиспуњења из крајње непажње, у функционалном смислу омогућава пренос дела добити или целе добити коју је дужник стекао кршењем, дакле реч је о функционалном еквиваленту одузимања профита у оквиру неоснованог обогаћења. Притом додаје да је судска пракса у вези са намерним или преварантским кршењима скромна и да такве расправе у теорији не постоје (Моžина, 473). Дакле, одузимање добити није *a priori* искључено у случају профитабилног кршења уговора, то јест ако дужник намерно прекрши уговор, јер од другог посла остварује већи профит. Имајући у виду већ споменуте различите улоге захтева из правно неоснованог обогаћења и пословне одштетне одговорности, у принципу нема разлога да њихова кумулација не буде могућа, наравно, под условом да не долази до двоструке компензације.

4. НЕОСНОВАНО ОБОГАЋЕЊЕ У ОДНОСУ НА ДЕЛИКТ

Питање конкуренције између захтева из непословне одштетне одговорности и захтева из неоснованог обогаћења може се појавити ако радња чија је последица неоснован пренос имовине такође има својство деликта или, тачније, вануговорног nanoшења шете. У пракси су најчешћи примери профитабилног кршења права интелектуалне

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

²⁶ У системима *common law* предвиђено је посебно правно средство за одузимање добити стечене противправном радњом тзв. *disgorgement of profits*, које је одвојено од права неоснованог обогаћења.

својине. У словеначком праву преовлађује став да та два захтева нису у односу специјалности и да поверилац може слободно да бира између њих (Cigoj 2006, 271; Jadek Pensa u Juhart, Plavšak 2003, 1077).²⁷ Као што је већ речено, део судске праксе заузима другачији став, према којем је захтев из неоснованог обогаћења могућ само ако не може конкурисати тужби за накнаду штете.²⁸ При томе се Врховни суд Републике Словеније ослањао на став Кларића и Ведриша из хрватског права, али они за такав став не наводе посебне разлоге (види Klarić, Vedriš 2009, 646).²⁹

Различите улоге захтева из неоснованог обогаћења и одштетног захтева – одузимање неосновано стечене користи и накнада правно признате штете – говоре у прилог мишљењу да тужилац може слободно да бира између њих. Различитост захтева по функцији писци такође наводе као аргумент за промену става у француском праву, допуштајући захтев из неоснованог обогаћења (бар) након застарелости одштетног (што начелно није могуће према француском закону) јер то не представља изигравање закона (тзв. *fraus legis*) – (Nicholas 1994, 2043). Слободан избор повериоца између одштетног захтева и захтева из обогаћења већ је био примењиван у југословенској теорији (Cigoj 2006, 271; Radišić 1982, 276), а данас је тако и у немачком и енглеском праву.

Одредбом чл. 189 OZ, која дозвољава захтев из неоснованог обогаћења ако је захтев за накнаду штете већ застарео, не регулише се питање односа два захтева *pre* застарелости одштетног захтева. Слично томе одређује и § 852 BGB³⁰, али то у немачком праву не представља препреку утврђеном ставу да поверилац већ пре застарелости одштетног захтева има могућност избора (Dannemann 2009, 151). Такво тумачење у словеначком праву заговарају и Možina (2015, 471) и Jadek Pensa (u Juhart, Plavšak 2003, 1077). Одредба члана 198 OZ, којом се регулише верзиони захтев због употребе туђе ствари у своју корист, такође подразумева могућност подношења захтева из неоснованог обогаћења, чак и ако поверилац на располагању има

²⁷ Тако и Врховни суд Републике Словеније у пресуди II Ips 311/2017 од 26. априла 2018.

²⁸ Тако, на пример, Врховни суд Републике Словеније у пресуди II Ips 145/2010 од 20. јуна 2013.

²⁹ Аутори истовремено наводе да у хрватском праву постоје супротна мишљења о том стајалишту (Tumbri 1988, 1062; Vojković 1997, 491).

³⁰ Као што Wagner објашњава, одредба о одговорности делинквента за неосновано обогаћење дошла је у законик као функционални еквивалент општеправне *condictio ex iniusta causa*. Његов практични значај (био) је првенствено у томе да је пре реформе BGB из 2002. године рок застарелости захтева из непословне одштетне одговорности био знатно краћи од рока за застарелост захтева из правно неоснованог обогаћења. Више види: Wagner u MüKoBGB 2017, § 852, Rn. 1.

одштетни захтев.³¹ На основу тога новија хрватска теорија заговара тумачење које, упркос одштетном захтеву, омогућава позивање на област неоснованог обogaћења (види Held 2015a, 1364 и Held 2015b, 17).³²

С обзиром на различиту функцију одштетног захтева и захтева из неоснованог обogaћења повериоцу би требало допустити не само могућност избора између та два захтева него и њихову кумулацију (тако и Možina 2015, 471). Наиме, нема разлога због којег он евентуални вишак (противправно) стечене користи над штетом која му је нанета не би могао да оствари захтевом из неоснованог обogaћења и на тај начин га кумулира са одштетним (наравно, гледајући на то да не долази до двоструке компензације). У француском праву се питање такве кумулације не поставља јер због ограничавања захтева из неоснованог обogaћења према висини надокнаде (по правилу *double plafond*)³³ кумулација та два захтева за повериоца није нарочито занимљива, зато што не омогућава одузимање добити у износу који прелази губитак повериоца. У другим правним порецима, који допуштају могућност избора, препреке за евентуалну кумулацију та два захтева не постоје.

5. ПРАВИЛА НЕОСНОВАНОГ ОБОГАЋЕЊА У ОДНОСУ НА СТВАРНО ПРАВО

Питање супсидијарности права неоснованог обogaћења такође се поставља у односу између виндикационог и захтева из правно неоснованог обogaћења. Дилема није чисто теоријске природе, будући да се стварноправна правила о реституцији која се примењују на однос власник – поседник (чл. 95 и 96 *Zakonika o stvarnim pravima – ZSP*³⁴) у одређеној мери разликују од правила неоснованог обogaћења.³⁵ С

³¹ Законска одредба гласи: „Кад је неко туђу ствар употребио у своју корист, ималац може захтевати, независно од права на накнаду штете, или у одсуству ове, да му овај накнади корист коју је имао од употребе.“

³² Held (2015b) истовремено истиче да би *de lege ferenda* било пожељније јасније регулисати однос између ова два захтева.

³³ Према том правилу, захтев из неоснованог обogaћења је према висини надокнаде ограничен са две стране – са једне стране обogaћењем, а са друге осиромашењем.

³⁴ *Службени лист РС* 87/02 и 91/13.

³⁵ Разлике постоје у обавези плаћања корисничких накнада, плодова и накнаде трошкова. На проблем односа између правила за повраћај неоснованог обogaћења и стварног права, која се тичу односа између власника и поседника, у хрватском праву указује и Held, који предлаже да се верзиони захтев користи за повраћај саме ствари, а за повраћај користи од коришћења ствари правила неоснованог обogaћења

обзиром на то да виндикациони захтев не може да застари, за повериоца је у том погледу повољнији, али поверилац мора да докаже постојање права власништва, због чега би у неким случајевима вероватно радије тражио захтев из неоснованог обогаћења.

У словеначком праву Сigoј је заузео став да је поверилац слободан да бира између виндикационог и кондикционог одн. верзионог захтева (2006, 266 – однос између кондикционог и виндикационог захтева, и 272 – однос између верзионог и виндикационог захтева). Према Радишићевом схватању, виндикациони и захтев из правно неоснованог обогаћења не могу међусобно конкурисати јер су њихове претпоставке контрадикторне. Он објашњава да у пракси не постоје ситуације када је могућа тужба по оба правна основа (или скраћено: *Ко може да виндицира, не може да кондицира*) – (Radišić 1982, 276). Притом објашњава да је осиромашени, који поседује ствар на коју нема право својине, обогаћен само у економском, а не у правном смислу, па је против њега могућа само виндикациона тужба, а не кондикција (Radišić 1982, 276).

Упоредноправно посматрано, постоје различити ставови о том питању. У немачком праву, где се због принципа апстрактности ређе јавља конкуренција између два захтева,³⁶ генерално се сматра да виндикациони захтев (и правила о реституцији везана за њега) има предност у односу на захтев из неоснованог обогаћења (Dannemann 2009, 151; о различитим ставовима о том питању у немачком праву види и Mühl 1976, 396–424). Писци објашњавају да у случају ништавог уговора о продаји робе (ако право својине није прешло на купца) продавац може тражити повраћај ствари виндикационом тужбом, а повраћај државине кондикцијом (*condictio possessionis*); међутим, ако је право својине прешло на купца, продавац за оба – повраћај ствари и предају поседа – има на располагању кондикциони захтев (Dannemann 2009, 152). Немачка теорија доводи у питање став судске праксе (који се може пронаћи и код нас – Vrenčur 2010, 99) да се за решавање захтева за реституцију у вези са секундарним користима (корисничка накнада, плодови, трошкови) увек примењују правила стварног права која важе у односу између власника и поседника (Lorenz 2007, Vorbemerkung zu §§ 812 ff., Rn. 40–44). Чак и према преовладавајућем мишљењу швајцарске теорије и судске праксе, виндикација има предност пред кондикцијом, тако да власник може тражити повраћај ствари само на основу својинске тужбе, а не на ос-

(такође спомиње и проблем конкуренције између правила неоснованог обогаћења за повраћај користи од коришћења туђе ствари и правила која важе за однос између власника и поседника, но одговоре на ову дилему не пружа) – види Held 2015b, 16.

³⁶ Због неваљаности (обавезујућег) правног посла, право својине не прелази на испунитеља, па стога он на располагању има само кондикциони захтев.

нову захтева из неоснованог обogaћења (тако сажето и у Koller 2010, 210). Постоји и супротни (додуше мањински) став, према којем је тужилац слободан да бира између њих (што је за њега повољније ако је, на пример, ништавост уговора лакше доказати него право својине) или поднети тужбу по оба правна основа (тако Koller 2010, 210).

Словеначка судска пракса не решава конкуренцију између правила о реституцији из OZ и ZSP на јединствен начин. Виши суд у Љубљани, на пример, у одлуци I Ср 383/2016 од 3. августа 2016, на основу захтева тужитељке за повраћај инвестиција које је извршила на купљеној некретнини, а уговор о продаји накнадно је поништен, заузео је став да је реч о неоснованом обogaћењу, који је резултат ефекта стварног права, због чега је применио правила 95 и 96 члана ZSP. Примена тих правила, наиме, као каснијих и специјалнијих, искључила је примену одредбе члана 194 OZ о накнади трошкова.³⁷ Тако је виши суд вратио предмет првостепеном суду да поново испита да ли су трошкови које је тужитељка имала приликом обнове ходника и кухиње били неопходни, корисни или луксузни у смислу чланова 95 и 96 ZSP.³⁸ Нешто слично произлази из одлуке Вишег суда у Љубљани I Ср 1631/2017 од 10. јануара 2018, у којој је суд о захтеву за плаћање корисничке накнаде на основу поништеног уговора одлучивао према одредбама чл. 95 и 96 ZSP, које као касније и специјалније искључују правила о неоснованом обogaћењу из OZ. Такав став је заузео и Врховни суд у пресуди II Ips 117/2017 од 18. октобра 2018, који је пресудио да се за обавезу плаћања накнаде за коришћење некретнине у случају раскида уговора примењују правила ZSP, у том случају конкретно други став члана 95 ZSP, према којем добронамерни поседник није дужан да плати корисничку накнаду.³⁹

Другачије је Врховни суд пресудио у предмету II Ips 1261/2008 од 1. јуна 2009: у случају захтева за повраћај улагања у некретнине због раскинутог купопродајног уговора одлучено је да се примењују правила о трошковима из ЗОО, а не стварноправне репарације према (тада важећем) Закону о основним својинскоправним односима (ЗОСО).⁴⁰ Потврдио је став нижих судова да тужени имају право да

³⁷ Слично и Виши суд у Љубљани I Ср 1631/2017, од 10. јануара 2018. (неважећи купопродајни уговор – суд је сматрао да је, у погледу обавезе плаћања корисничке накнаде, ZSP *lex specialis*).

³⁸ Види и пресуду и решење Вишег суда у Љубљани I Ср 383/2016 од 3. августа 2016, тачка 14 образложења.

³⁹ Тачка 14 образложења споменуте пресуде. Такав став у вези с обавезом плаћања корисничке накнаде у случају верзионог захтева једног сувласника против другог такође следи из одлуке Врховног суда Републике Словеније II Ips 90/2017 од 4. октобра 2018, тач. 7.

⁴⁰ *Службени лист СФРЈ* 6/80 и даље.

након развода брака поднесу захтев за репарацију на основу одредаба ЗОО јер је опште правило о последицама раскинутог уговора садржано у члану 132 ЗОО (члан 111 ОЗ), а у осталом долазе у обзир општа правила о кондикцијама због изгубљеног правног основа, укључујући трошкове члана 215 ЗОО (члан 194 ОЗ).⁴¹ Притом је објаснио да је разлог због којег су тужени захтевали накнаду трошкова насталих у вези са некретнинама било непостојање правног основа, а стварноправне репарације потичу из захтева власника за враћање ствари.⁴²

Преглед ставова у нашем и страном праву отвара више питања него што нуди одговора. Сигурно се можемо сложити са ставом да је уређење враћања између власника и поседника према ЗСП специјалније јер се тиче односа неоснованог обогаћења између власника и поседника. Међутим, то се не може тумачити прешироко, већ би се у виндикационој ситуацији требало применити само за власничко-поседничке односе, док се за потраживања заснована на општим захтевима из неоснованог обогаћења, за која нема потребе да се доказује право својине, примењује уређење неоснованог обогаћења. Стога би било смислено уређење тумачити тако да се у случајевима виндикационог захтева примењују правила враћања из ЗСП, а у случају захтева из неоснованог обогаћења правила из ОЗ. Међутим, ако би захтев био извршен по оба правна основа, виндикациони захтев треба сматрати специјалнијим и применити правила која важе за однос између власника и поседника.

У случајевима неважећих двостраних уговора чини се прикладнијим решење да се за повраћај испуњења и преосталих користи увек примене јединствена правила неоснованог обогаћења, без обзира на то да ли је предмет испуњења уговора ствар, некретнина, новчани износ или услуга. Упоредни трендови указују на правац примене посебних правила за враћање у случају неважећих уговора где су искључена правила власничко-поседничког односа.⁴³

6. ЗАКЉУЧАК

Ретко постоје толико различити ставови о питању из области неоснованог обогаћења као у односу права неоснованог обогаћења према другим гранама права. Иако у романским правним системима

⁴¹ Тачка 7 образложења споменуте пресуде.

⁴² *Ibid.*

⁴³ То важи у предлогу реформе новог уређења швајцарског облигационог права OR 2020 (види Huguenin, Hilty, Purtschert у Huguenin, Hilty 2013, Vorbemerkungen zu Art. 79–84, Rn. 59 и даље; види и: Meier 2017, 27).

захтев из правно неоснованог обogaћења има изразиту супсидијарну улогу, у немачком и енглеском праву он је по правилу изједначен са захтевима по другим правним основама. Овај последњи став такође подржава словеначка теорија, која повериоцу даје могућност избора између захтева, док судска пракса у вези са тим питањем није уједначена. У неким одлукама Врховног суда Републике Словеније налазимо став да је захтев из правно неоснованог обogaћења изразито супсидијаран и да долази у обзир само ако захтев по специјалнијем правном основу није на располагању, док из других одлука произлази да поверилац има могућност избора, посебно између захтева из неоснованог обogaћења и одштетног захтева. Сходно томе је и судска пракса виших судова неуједначена.

Како је генерална клаузула из неоснованог обogaћења формулисана врло уопштено, често се дешава да су испуњене претпоставке и за друге захтеве – попут захтева по основу вануговорне одговорности за штету или стварног права. Ако су та правила, по свом садржају и циљевима, специјалнија него правила неоснованог обogaћења, по начелу *lex specialis derogat legi generali* имају предност у односу на општи захтев из неоснованог обogaћења. За словеначко право најприкладнији је концепт супсидијарности, према којем се захтев из правно неоснованог обogaћења примењује кад год поверилац у конкретном случају нема на располагању захтев по другом, специјалном правном основу. Према томе, кад специјалнији захтев није на располагању, долази у обзир захтев из правно неоснованог обogaћења, али само под условом да његова примена није у супротности са системом вредности успостављеним другим правилима цивилног права, када би заправо била реч о изигравању закона (тзв. *fraus legis*). До таквог би изигравања, на пример, дошло ако би поверилац, након застарелости специјалнијег захтева, имао на располагању општи захтев из неоснованог обogaћења, због чега је у таквим случајевима могућност позивања на захтев из обogaћења искључена.

Одштетни и захтев из неоснованог обogaћења нису у односу специјалности јер се заснивају на различитим претпоставкама и следе различите циљеве, због чега се често говори да право неоснованог обogaћења представља супротност одштетном праву. Док је циљ одштетног захтева компензација штете на страни оштећеног, захтев из неоснованог обogaћења је усмерен према обogaћеном, а његов је циљ одузимање неосновано стечене користи. Поверилац стога може слободно бирати између њих, а није искључена ни њихова кумулација, али при томе не сме да дође до двоструке компензације.

Виндикациони захтев је у односу на захтев из неоснованог обogaћења специјалнији, тако да у случају када поверилац захтева

повраћај ствари на основу права својине правила о реституцији ZSP, која важе за однос између власника и поседника, имају предност над правилима из OZ. У принципу, не поставља се питање конкуренције између појединих врста захтева из правно неоснованог обогаћења, осим у односима обогаћења више особа, где кондикциони захтев против друге уговорне стране има предност пред верзионим захтевом против треће стране.

ЛИТЕРАТУРА (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.

УДК 347.413(37)

CERIF: S100, S114

DOI: 10.5937/AnalPFVB2002124C

Др Валентина Цветковић Ђорђевић*

НЕПОСРЕДНО ЗАСТУПАЊЕ У РИМСКОМ ПРАВУ С ОСВРТОМ НА МОДЕРНО ПРАВО

Савремено право не може се замислити без установе непосредног заступања. Њено доктринарно утемељење творевина је модерне науке. Прве модерне грађанске кодификације, под утицајем нововековне природноправне мисли, овлашћење за заступање (пуномоћје) регулишу у уговору о налогу. У другој половини 19. века мења се схватање о односу пуномоћја и уговора о налогу, почев од немачког Грађанског законика, законски текстови, у које спада и српски Закон о облигационим односима, прописују пуномоћје одвојено од уговора о налогу. Начелу савременог права о непосредном заступању супротставља се забрана непосредног заступања сачувана у римским изворима. Према доминантном ставу у пандектистици, чији утицај и данас постоји, римско право, услед те забране, није омогућавало непосредно заступање. У раду се анализирају случајеви у којима се, заслугом претора и римских класичних правника, дозвољава непосредно заступање. Изостанак појмовног дефинисања и начелног прописивања непосредног заступања не оправдава тврђење да се у римском праву оно није примењивало.

Кључне речи: *Непосредно заступање. – Римско право. – Пуномоћје. – Уговор о налогу. – Лабанд.*

1. УВОД

Заступање представља један од основних појмова модерне правне догматике. У европскоконтиненталном праву установа заступања бележи дуг развој који почиње у римском праву. Изричите

* Доцент, Правни факултет Универзитета у Београду, valentina_cvetkovic@ius.bg.ac.rs.

забране непосредног заступања у римским изворима дале су повода различитим схватањима о томе да ли је римско право током вишевековног развоја познавало непосредно заступање. Савињи (Savigny 1840, 96–97) обезвредио је забрану непосредног заступања у Јустинијановом праву тиме што је указао на њену малу практичну вредност. Пандектисти су, супротно Савињију, тој забрани придавали значај због чега је у романистичкој доктрини превладала мисао да у римском праву није постојало непосредно заступање.¹ Против такве интерпретације римских извора истиче се италијански романиста Рикобоно (Riccobono 1930), који је темељним истраживањем расветлио процес дерогирања древне забране непосредног заступања

¹ Владајуће мишљење у 19. веку, чији је утицај и данас приметан, одрицало је начелну могућност непосредног заступања у римском праву. Правни писци су се разликовали у покушају да објасне разлоге због којих непосредно заступање није постојало у римском праву. Према Миленбруховом (Mühlenbruch) мишљењу, непосредно заступање није било могуће приликом закључења уговора јер је по римском схватању облигација строго лични однос између повериоца и дужника те би се преносом на друго лице њена суштина изгубила (Mitteis [1885] 1962, 10). Тај аутор стога сматра да у римском праву начелно нису били могући ни непосредно заступање ни цесија. Миленбрухову аргументацију у прилог непостојању непосредног заступања у римском праву побија Шојрл (Scheurl), који каже да у случају непосредног заступања нема преноса облигације већ њена дејства непосредно настају за заступаног (Mitteis [1885] 1962, 10). Другим речима, непосредно заступање не претпоставља пренос облигације са заступника на заступаног, те непостојање непосредног заступања није узроковано немогућношћу тог преноса. Објашњавајући разлоге непостојања непосредног заступања у римском праву Унгер (Unger) и Лабанд (Laband) полазе од апстрактних категорија попут суверенитета субјективне воље и егоизма (Mitteis [1885] 1962, 10). Према њиховом схватању, оне представљају темељне римске вредности с којима је неспојиво делање у корист другог. С обзиром на то да заступање претпоставља делање у интересу заступаног, оно није могло бити развијено у римском праву. До развоја те установе долази под утицајем хришћанства које, супротно римском егоизму, пропагира бригу о другоме и „љубав ближњег свог“. Апстрактну аргументацију у прилог непостојању непосредног заступања у римском праву наводи и Шлосман (Schloßmann). Он полази од тога да је начело *per liberam personam adquiri non potest* имало апсолутну важност јер је представљало „брану која штити личну слободу од економског искоришћавања и поништења личности што би најпосле довело до брисања границе између робова и слободних, те стављања слободних у положај робова“ (Mitteis [1885] 1962, 11). Према Јеринговом (Jhering) мишљењу, „симултаност“ склапања правног посла и његових дејстава представљало је запреку развоју непосредног заступања (Mitteis [1885] 1962, 12). Утемељење непосредног заступања у класичном праву било је отежано због тога што тада још увек није постојало феноменолошко раздвајање склапања правног посла од дејстава које он производи, те могућности да посао склапа једно лице, а правна дејства посла настају за друго лице. Митајс (Mitteis [1885] 1962, 11) устаје против спекулативних објашњења која полазе од априорне идеје која „диктира“ непостојање непосредног заступања. Забрана непосредног заступања која постоји у римским изворима настала је у обичајном праву које се никако не може довести у везу с теоријским и правно-политичким спекулацијама. Осим тога, та забрана је у директној супротности са другим римским изворима у којима се дозвољава непосредно заступање. То је дало повода Митајсу и Савињију да се супротставе владајућем ставу у романистичкој у 19. веку. Обојница заступају став да је током развоја римског права било могуће непосредно заступање.

показавши да Јустинијаново право одговара модерном праву јер се у њему признаје непосредно заступање. Већ је у класичном римском праву, а још више у посткласичном, та забрана изгубила сваку практичну вредност, те њено спомињање у Јустинијановој кодификацији има само историјски значај. Истраживање у овом чланку ограничено је на ефекте непосредног заступања пословно способног *sui iuris* лица. У савременом праву непосредно вољно заступање темељи се на овлашћењу за заступање (пуномоћју) које заступани (властодавац) правним послом даје заступнику (пуномоћнику) да у његово име и за његов рачун предузима одређене правне радње (чл. 89, ст. 1 ЗОО).² Такво одређење непосредног вољног заступања плод је науке 19. века. Покушај утврђивања непосредног заступања у римском праву не огледа се у потрази за случајевима који испуњавају претпоставке те установе садржане у њеној савременој дефиницији. За потребе разматрања непосредног заступања пословно способних *sui iuris* лица довољно је утврдити једну карактеристику њеног савременог одређења. Та карактеристика тиче се правних дејстава радње коју је предузео заступник, а која непосредно настају за заступаног. У римском праву непосредан настанак дејстава одговара стицању права на одговарајуће процесно средство.

2. ЗАБРАНА НЕПОСРЕДНОГ ЗАСТУПАЊА

У римским изворима наилази се на изричиту забрану непосредног заступања у различитим формулацијама: *alteri stipulari nemo potest* (Iust. Inst. III, 19.19; D.45.1.38.17), *per extraneam liberam personam non acquiritur; per extraneam liberam personam nihil adipisci potest* (Gaius, Inst. II, 95; Paul Sent. V, 2.2), *nemo factum alienum promittere potest* (D.46.1.65). Њено порекло сеже дубоко у прошлост, када је у римском праву владао строги формализам.³ Правни послови су се склапали извршењем свечане форме (форма *ad solemnitatem*). Када је реч о манципацији (*mancipatio*), форма *per aes at libram* подразумевала је учешће пет сведока који гарантују да су сви захтеви форме у конкретном случају задовољени, те да је правни посао закључен.⁴ На основу форме манципације претпоставља се

² Закон о облигационим односима – ЗОО (Сл. лист СФРЈ 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, Сл. лист СРЈ 31/93, Сл. лист СЦГ 1/2003 – Уставна повеља и Сл. гласник РС 18/2020)

³ Према мишљењу Митајса (Mitteis [1885] 1962, 18), управо је строги формализам старог цивилног права представљао сметњу склапању правних послова путем заступника. Рикобано (Riccobono 1930, 392) сматра да у старом цивилном праву није постојало непосредно заступање због тога што оно захтева „снагу апстраховања“ која није својствена примитивном праву.

⁴ Манципација је имала за последицу пренос својине на манципатарa, те одговорност манципанта по основу *actio auctoritatis* уколико се тај пренос није догодио.

воља манципанта да пренесе својину манципатару односно да му, у случају да не дође до преноса, плати двоструку цену. Манципација није могла бити извршена путем заступника јер сведоци на основу њене форме не могу да имају сазнање о овлашћењу за заступање, односно не могу да посведоче да постоји воља заступаног да се обавезе манципатару (Mitteis [1885] 1962, 15). За разлику од манципације, стипулација (*stipulatio*) склапала се без присуства сведока. Отуда разлог немогућности склапања стипулације путем заступника није онај који важи за манципацију. Свим различитим хипотезама о пореклу стипулације заједничко је то што је доводе у везу са сакралним елементима (Mitteis [1885] 1962, 16). Према једном схватању, стипулација представља заклетву промисора (дужника) боговима да ће испунити дуговану чинидбу (Mitteis [1885] 1962, 17). Управо због тога што склапање стипулације представља обавезивање дужника боговима, немогуће је да ту обавезу за рачун дужника преузме неко други. Према другом схватању, у стипулацији не треба видети заклетву већ просто обећање дужника које ужива санкцију богова (Mitteis [1885] 1962, 18). Без обзира на то да ли је стипулација старог римског права представљала заклетву или не, она је садржала сакралне елементе због којих није могла бити склопљена путем заступника (Mitteis [1885] 1962, 18). Управо у вези са стипулацијом и настаје правило да се за другог не може стипулисати – *alteri stipulari nemo potest*, али је временом оно проширено на све облигације (Zimmermann 1996, 35). У савременој литератури изнет је и другачији став о могућности непосредног заступања приликом склапања стипулације. Финкенауер (Finkenauer 2008, 440–497) анализира случајеве у којима се склапају стипулације с ефектом непосредног заступања. Тај ефекат се огледа у томе што је стипулацију склопило једно лице (најчешће прокуратор), а право на тужбу на основу стипулације (*actio utilis*) стиче друго лице.⁵ Осим преторских стипулација⁶, у још неким случајевима склапање стипулације има ефекат непосредног заступања.⁷

⁵ Према цивилном праву, заступник остаје уговорна страна, због чега има право на тужбу, односно може бити тужен цивилном тужбом из стипулације. У пракси је, међутим, примена цивилне тужбе била онемогућена приговором (*exceptio*). Видети D.3.3.28. Тако 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). Паул (D.46.5.5) уопштава јер каже да на основу свих преторских стипулација које је склопио прокуратор тужба за њихово испуњење (*actio utilis*) припада господару. Видети Finkenauer 2008, 451–472.

⁷ У фрагменту D.12.1.26. прокуратор војника (*procurator militis*) позајмио је војников новац и склопио стипулацију (*fideiussio*) којом се јамчи повраћај предмета зајма. Према Улпијану, право на тужбу на основу стипулације има војник чији је новац позајмљен. Видети Finkenauer 2008, 475–477. У фрагменту D.14.3.19.pr прокуратор је на основу овлашћења господара узео на зајам новац и склопио стипулацију

У цивилном праву, осим забране уговарања за другог, важила је и забрана стицања за другог – *per extraneam personam non acquiritur*. Стицање за другог у почетку је било могуће само у оквиру породице. У породици је једино патерфамилијас имао пуну правну способност због чега је у начелу једино он имао имовину. Променом друштвено-економских услова патерфамилијас није могао сâм да склапа све правне послове, те се ослањао на чланове своје породице (претежно синове и робове).⁸ Корист из посла који је склопило потчињено лице припада његовом патерфамилијасу. У тој ситуацији није реч о вољном заступању због тога што се потчињена лица сматрају „продуженом руком“ свог патерфамилијаса (Kaser 1971, 262). Осим тога, корист из посла који је склопило потчињено лице приписивана је имовини патерфамилијаса без обзира на њихову вољу (Savigny 1840, 92–93). С друге стране, патерфамилијас у почетку није одговарао за обавезе из правних послова које је склопило његово потчињено лице. Таква одговорност настаје тек стварањем преторских тужби, такозваних *actiones adiecticae qualitatis* (Gaius, *Inst.* IV,70–74). Организација римске агнатске фамилије и механизми склапања правних послова посредством потчињених лица у извесној мери су задовољавали све веће потребе развијеног римског друштва не дирајући у начело римског цивилног права *per extraneam personam non acquiritur*. Штавише, Митајс (Mitteis [1885] 1962, 25) сматра да су *actiones adiecticae qualitatis* биле сметња начелном признавању могућности непосредног заступања. Према његовој процени, Римљани би, због потреба правног промета, вероватно увели принцип непосредног заступања да претор није у свом едикту прописао адјектиционе тужбе. Основаност тог мишљења налази се у Гајевим Институцијама (IV,71), у којима се изричито каже да је патерфамилијас за заповедника брода или за пословођу крчме односно трговачке радње могао поставити слободно лице изван његове породице.⁹ Дубоко укорењено схватање Римљана да неформални споразум

да ће предмет зајма бити враћен. Папинијан додељује стипулатору (зајмодавцу) против господара тужбу *utilis ad exemplum institoriae*, односно *actio negotiorum gestorum* (Finkenauer 2008, 477–478). У фрагменту D.14.3.17.pr Паул разматра ситуацију у којој се инститор овлашћује да изврши купопродају робова и стоке. Он са купцем склапа стипулацију којом се обавезује да ће, у случају евикције, бити исплаћена двострука цена (*stipulatio duplae*). Ако до ње дође, купац подиже тужбу *ex stipulatu* против господара. Уколико се, пак, инститор налази у улози купца, он продавцу стипулацијом обећава исплату цене (*stipulatio simplae*). Тужбу из стипулације за исплату цене продавац подиже против господара. Премда Паул то не прецизира, у улози инститора може се јавити и слободно лице које се не налази под влашћу господара (Finkenauer 2008, 481).

⁸ О заступању у правним пословима у римском праву видети Šarac 2008 и Полојац 2012, 441–452. О заступању у вези са трима адјектиционим тужбама (*actio institoria*, *actio exercitoria* и *actio quod iussu*) видети Мишкић 2019. О ефектима непосредног заступања господара од роба у сувојини видети Катанчевић 2018, 333–345.

⁹ Рикобано (Ricobono 1930, 394) сматра да је јуриспруденција, у доба династије Севера, проширила примену инститорне тужбе (*actio institoria*) и на си-

не ствара облигацију (*nudum pactum non parit obligationem*) било је још једна сметња принципјелном признавању непосредног заступања.¹⁰ Па ипак, непостојање тог принципа не значи да римско право уопште није дозвољавало да лица која се не налазе под његовом влашћу непосредно заступају пословно способног патерфамилијаса. У одређеним случајевима заступање је било посредно јер је заступник посебним правним послом био дужан да пренесе заступаном ефекте правног посла који је склопио у своје име а за његов рачун (Sanfilippo 2002, 98).

3. СЛУЧАЈЕВИ НЕПОСРЕДНОГ ЗАСТУПАЊА У РИМСКОМ ПРАВУ

У римском праву у начелу није дозвољено заступање у послови-ма старог цивилног права (*stipulatio, mancipatio*). Нешто млађа *in iure cessio* такође није могла бити предузета посредством заступника (Mitteis [1885] 1962, 51). Непосредно заступање патерфамилијаса од лица која нису под његовом влашћу омогућено је у одређеним ситуацијама захваљујући делатности претора и римских јуриспрудената. Правници су, тумачећи преторов едикт, полазили од фикције да се радња предузета од заступника сматра радњом предузетом од заступаног (Mitteis [1885] 1962, 69). Премда цивилно право није дозвољавало непосредно заступање, и у његовом домену јавили су се изузеци који су се односили на стицања државине и својине.

Ван судског поступка¹¹ ефекти непосредног заступања прво су настали на основу материјалних аката које је једно лице предузело за рачун другог лица као што је примање исплате од дужника за рачун повериоца (Orestano 1957, 798–799; Coppola Bisazza 2008, 60–61). О

туаџију у којој је правни посао предузео прокуратор за рачун господара.

¹⁰ Вољно заступање се темељи на опуномоћавању које се често огледа у неформалном споразуму властодавца и пуномоћника. Уколико неформални споразум начелно није правно заштићен, опуномоћавање остаје без правних дејстава.

¹¹ Могућност непосредног заступања најпре се јавила у судском поступку. У време искључивог важења легисакционог поступка постојало је заступање *pro populo* у споровима од општег интереса (*actiones populares*). Заступање се јавља и у споровима о слободи (*pro libertate*) у којима се заступа особа којој је оспорен статус слободног лица и *pro tutela* где се заступа малолетно лице. Заступање се омогућава и у споровима *ex lege Hostilia* у случају крађе коју је претрпело: лице док је у ратном заробљеништву, лице које је одсутно услед обављања посла у јавном интересу (*rei publicae causa*), малолетно лице чији је тотор онемогућен да штити пупилине интересе из оправданих разлога (Iust. Inst. IV, 10.pr). У формуларном поступку проширује се могућност процесног заступања посредством когнитора и прокуратора (Gaius, Inst. IV, 82–84). У Јустинијановом праву, које карактерише уједначавање различитих облика процесних заступника, поступак покренут од или против прокуратора по окончању производи иста дејства за заступаног као да је он непосредно учествовао у њему (Orestano 1957, 797).

томе сведочи Плаут (254–184. године пре н. е.) у комедији *Жижак* (*Curculio*). Из одломка те комедије (*Curc.* 550) произлази да исплата учињена ослобођенику повериоца има за последицу гашење дуга (*solutio*). Ако дужник исплати дуг повериоцем ослобођенику, таква исплата има либераторно дејство за дужника јер се сматра да је његова обавеза према повериоцу угашена. Стога се примање исплате од ослобођеника може сматрати актом непосредног заступања патрона. Након што је ослободио роба, господар га је често постављао за свог прокуратора.¹² Развојем римског друштва све учесталије се за прокуратора постављало слободно рођено лице (*ingenuus*) које никада није било под влашћу господара посла. Такво лице је морало бити сагласно са именовањем за прокуратора (*procurator invitus*, D.3.3.8.1). Исплата дуга извршена слободно рођеном прокуратуру такође је гасила обавезу исплатиоца (дужника) према господару посла (повериоцу), о чему сведоче извори класичног права (D.46.3.12. pr; D.46.3.34.3). Феномен заступања може се разматрати у још неким случајевима извршења материјалних аката које предузима једно лице, а правне последице настају за друго лице. Према фрагменту D.43.26.6.1.¹³, ако прокуратор на основу налога господара захтева установљење прекаријума или господар накнадно одобри тај захтев, прекаристом ће се сматрати господар.¹⁴ У фрагментима D.39.1.1.3.¹⁵ и D.43.24.3.pr¹⁶ дозвољава се заступање у нунцијацији (*nuntiatio operis novi*)¹⁷ и прохибицији (*prohibitio*).¹⁸

¹² У почетку је прокуратор био искључиво ослобођеник. Он је задржавао зависан положај према патрону те није могао да одбије своје именовање за прокуратора. Отуда се и правна дејства активности које је обављао по том основу није разликовала од оних која су настајала из активности лица *alieni iuris* предузетих за свог патерфамилијаса.

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

¹⁴ О захтевању (*rogatio*) прекаријума путем посредника видети 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* представља протест који упућује власник зграде (или друго лице у име власника – D.39.1.1.3) суседу који је почео да гради неку грађевину тако да тиме угрожава неко његово право (на пример службеност *non altius tollendi* или сигурност његове зграде или земљишта). Последица протеста се огледала у томе што је градитељ одмах морао престати са градњом јер би, у противном, сусед чије је право угрожено од претора добио *interdictum demolitorium* на основу кога је био овлашћен да поруши суседову грађевину. Видети Romac 1975, 383.

¹⁸ У фрагменту D.43.24.3.pr говори се о забрани (*prohibitio*) која се упућује лицу које недозвољено врши одређену радњу на туђој непокретности. Забрану може

Када је реч о стицању државине посредством другог, у већини фрагмената заступник је прокуратор. Папинијан саопштава да посредством прокуратора господар стиче државину и без знања о томе. Међутим, за стицање својине одржајем неопходно је да господар зна да је државина установљена (D.41.2.49.2).¹⁹ Паул у фрагменту D.41.2.1.20. такође каже да се државина може стећи посредством прокуратора.²⁰ Према Нерацијевом мишљењу, могуће је да господар непосредно стекне својину на основу акта прокуратора. Ако је прокуратор по налогу господара купио ствар и преузео је у његово име, својину непосредно стиче господар иако још не зна да су куповина и традиција извршене (D.41.1.13.pr).²¹ За разлику од случаја у коме господар на темељу купопродаје коју је закључио прокуратор непосредно стиче државину и својину, у другом фрагменту (D.41.3.41)²² Нерације захтева одржај да би ствар поново била у власти господара. Реч је о ситуацији у којој је прокуратор једностраним актом (*adprehensio*) узео ствар (*res furtiva*) коју је лопов претходно украо господару. Нерације истиче да је готово усаглашено да се посредством прокуратора непосредно стиче државина, али је неопходан одржај да би се сматрало да је господар повратио власт на ствари.²³ Из Улпијановог фрагмента D.39.5.13.²⁴ сазнаје се да господар непосредно стиче државину и својину у ситуацији у којој је извршена традиција *donationis causa* прокуратору. Притом, поклонодавац је традирао ствар с вољом да је стекне господар, док је прокуратор примио ствар с вољом да је стекне за себе. Из тог фрагмента закључује се да се ствар може доброчином стећи посредством прокуратора, при чему је ирелевантно да ли је он у тренутку стицања имао вољу да

упутити не само власник ствари већ и његов роб или прокуратор. Уколико забрана остане без ефеката, претор пружа интердиктну заштиту држаоцу ствари (*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.*

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

²³ О различитим тумачењима овог фрагмента видети 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 acquirit.*

стекне за господара. Исти правник потврђује могућност непосредног стицања државине посредством прокуратора и на темељу купопродаје (D.41.2.42.1).²⁵ У случају да прокуратор по налогу господара купи ствар, господар непосредно стиче њену државину. Ако је, пак, прокуратор самоиницијативно купио ствар за господара, он стиче државину само ако одобри куповину. У Дигестама се налазе и фрагменти у којима је заступник слободно лице које није прокуратор. У фрагменту D.41.1.53. Модестин прави разлику између цивилног и хонорарног права у погледу могућности стицања за другог. За разлику од цивилног права, које само потчињеним лицима дозвољава да стичу за свог господара, хонорарно право дозвољава стицање државине за другог путем слободног лица.²⁶ О могућности стицања државине путем слободне особе говори и Улпијан у фрагменту D.41.1.20.2.²⁷ Реч је о томе да смо Ја и Тиције купили неку ствар, при чему је она предата Тицију као да је он Мој прокуратор. Улпијан сматра да својину на ствари стичем и Ја, будући да је прихваћено да државина, а путем ње и својина, може да се стекне посредством слободне особе.²⁸ Иако би се из тог фрагмента могло закључити да својина може бити стечена посредством (било које) слободне особе, такво тумачење није прихватљиво за класично право. Наиме, у класичном праву господар може да стекне својину посредством слободне особе само уколико је она његов прокуратор (Briguglio 167, фн. 305).

О ефектима заступања може се разматрати и у вези са одређеним недозвољеним понашањем једног лица када правне последице настају за друго лице. Коментаришући преторов едикт у коме је прописан *interdictum unde vi* (D.43.16.1.13)²⁹, Улпијан се позива на Сабина који је, у ситуацији у којој је прокуратор силом лишио неко лице поседа непокретности, сматрао да се интердикт може подићи и против прокуратора и против господара. Правници се баве питањем какво дејство има ратихабиција уколико господар одобри против-

²⁵ Ulpianus libro quarto regularum: *Procurator si quidem mandante domino rem emerit, protinus illi acquirit 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 acquiritur, 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.*

²⁸ У Јустинијановом праву (*Inst.* II, 9.5) постоји општи принцип стицања државине посредством слободног лица.

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

праван акт којим неко лице у име господара силом лиши поседа непокретности друго лице. Иако Улпијан (D.43.16.1.14)³⁰ пристаје уз мишљење Сабина и Касија да се ратихабиција може упоредити са мандатом, Митајс (Mitteis [1885] 1962, 70) сматра да ратихабиција није дозвољена поводом извршења деликта већ да је овде пре реч о томе да се вициозна државина може приписати господару ако се делинквент сматра његовим заступником.

Када је реч о заложном праву, такође се уочава покушај правника да, формално поштујући начело цивилног права *per liberam personam adquiri non potest*, тумачењем преторовог едикта омогуће ефекте заступања. Улпијан, ослањајући се на цивилно право, забрањује стицање обавезе из пигнуса посредством слободног лица (D.13.7.11.6).³¹ Прокуратор или тутор може да склопи пигнус, при чему против њега, а не против господара односно штићеника дужник може да подигне тужбу за повраћај заложене ствари (*actio pigneraticia directa*). Другим речима, прокуратор односно тутор који закључи уговор о пигнусу обавезује себе, а не господара односно штићеника. Исти правник, међутим, допушта ефекте заступања приликом установљења хипотеке. Тако Улпијан у фрагменту D.20.1.21. pr³² каже да када је споразум о установљењу хипотеке склопљен између колона и прокуратора било по налогу господара било тако што га је он накнадно одобрио, сматра се као да га је склопио господар са колоном.

Заступање је било могуће у једностраним пословима преторског права. Постављање инститора могло се обавити посредством заступника. Према Улпијановом фрагменту D.14.3.5.18.³³, претор додељује *actio institoria* у ситуацији у којој је прокуратор, тутор или старатељ поставио инститора јер се узима као да га је поставио сâм господар. Коментаришући преторов едикт, Улпијан се у фрагменту D.15.4.1.9.³⁴ позива на Лабеоу који, у ситуацији у којој је роб склопио

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

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.*

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

³⁴ Ulpianus libro 29 ad edictum: *Si curatore adolescentis vel furiosi vel prodigi iubente cum servo contractum sit, putat Labeo dandam quod iussu actionem in eos*

правни посао по налогу (*iussum*) прокуратора, додељује *actio quod iussu* против господара роба, а не против прокуратора. Такав став је разумљив ако се прокуратор сматра непосредним заступником господара. Заступање је било дозвољено и у области наслеђивања у ситуацији у којој једно лице по налогу другог лица захтева од претора државину добара (*bonorum possessio*). Паул у фрагменту D.29.2.48.³⁵ разматра ситуацију у којој је једно лице добило налог од другог лица да за његов рачун захтева од претора државину добара, при чему је у међувремену ментално оболело. Он каже да, уколико је лице учинило захтев пре него што је оболело, то нема утицаја на стицање државине добара од налогодаваца. Другим речима, његово заступање у стицању државине је важеће, те налогодавац непосредно стиче државину добара. С друге стране, ако налогопримац учини захтев након што је оболео, налогодавац не стиче непосредно државину добара већ тек ако да одобрење (*ratihabitio*).³⁶ Осим тога, у фрагменту D.37.1.3.7.³⁷ изричито се каже да се *bonorum possessio* може стећи за другога.

Заступање је било дозвољено и у двостраним пословима преторског права. Један од њих је преторски пакт *receptum nautarum*. У фрагменту D.4.9.1.3.³⁸, коментаришући преторов едикт, Улпијан говори о одговорности власника брода по основу пакта који је склопљен између бродског особља (*naufulakes, diaetarii*) и власника ствари која се превози. Запослени на броду, склапајући пакт, непосредно заступа власника брода који на основу њега одговара другој страни.³⁹ Јак утицај цивилног права огледао се у преторском пакту установљења

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 acquisitam bonorum possessionem: igitur bonorum possessionis petitio ratihabitione debet confirmari.*

³⁶ Из Африкановог фрагмента D.46.8.24.pr сазнаје се да се ратихабиција могла дати у року од 100 дана.

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

³⁹ Одговорност власника брода била је објективна јер је одговарао и за случајну пропаст ствари. Одговорност за кустодију (*custodia*) темељи се на пакту који склапају власник брода или његов запослени и власник ствари. Тим пактом власник поверава своју ствар другој страни (власнику брода), која је обавезна да је сачува.

дуга (*constitutum debiti*) код кога је у начелу било забрањено заступање (Mitteis [1885] 1962, 74). Тако, у фрагменту D.13.5.5.6.⁴⁰ Улпијан, коментаришући преторов едикт, наводи Јулијаново мишљење да дужник може да склопи преторски пакт установљења дуга с поверљивим прокуратором. Према Помпонијевом тумачењу, дужник је онда обавезан да дуг изврши прокуратору, а не његовом господару. Прокуратор се приликом установљења дуга не сматра заступником господара посла. У Дигестама се наилази на фрагмент који је дао повода опречним тумачењима. Реч је о фрагменту D.13.5.15.⁴¹ у коме Паул износи мишљење да се дуг може установити посредством слободног лица, при чему као аргумент у прилог томе наводи већ постојећу могућност стицања посредством слободног лица. Тумачење тог фрагмента спорно је у романистичкој доктрини. Хелман (Hellmann) полази од тог текста као доказа да је заступање у установљењу дуга било могуће (Mitteis [1885] 1962, 73). Исто тако мисли и Рикобоно (Riccobono 1930, 408). Митајс (Mitteis [1885] 1962, 73), ослањајући се на претходни фрагмент у Дигестама (D.13.5.14.3), сматра другачије – да се у D.13.5.15. не говори о заступнику већ о гласнику (*nuntius*). Када је реч о установљењу дуга, Митајс одриче могућност непосредног заступања само *sui iuris* лица која имају пословну способност. Лица која се налазе под туторством или старатељством и муниципије у правном промету учествују посредством заступника (тутора, старатеља, *actor municipum*-а). Ако заступник склопи пакт о установљењу дуга на основу кога исплата треба да буде извршена заступаном (лицу под туторством, старатељством или становницима муниципије), заступани има право на тужбу из разлога корисности – *actio utilis* (D.13.5.5.9).⁴²

Ефекти непосредног заступања јавили су се и приликом склапања уговора о купопродаји. Према фрагменту D.19.1.13.25.⁴³, прокуратор је на основу овлашћења господара продао његову ствар.

⁴⁰ Ulpianus libro 27 ad edictum: *Iulianus libro undecimo digestorum scribit procuratori constitui posse: quod Pomponius ita interpretatur, ut ipsi procuratori constituas 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 curatori furiosi 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.*

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.*

Папинијан сматра да купац има право на тужбу (*actio utilis ex empto*) против господара, а Улпијан да и господар против купца има право на тужбу из разлога корисности.⁴⁴

Иако је у пракси био фактички дерогиран, принцип старог цивилног права према коме је забрањено стицање за другог заступљен је у Јустинијановој кодификацији (*Iust. Inst.* II, 9.5; C.4.27.1.pr). Његово важење се svelo на једини преживели посао старог цивилног права – стипулацију, која се, према мишљењу Савињија (*Savigny* 1840, 96), до краја историје античког римског права морала склапати лично. Акурзијева Глоса придаје значај древном принципу садржаном у Јустинијановој кодификацији и као правило истиче забрану непосредног заступања, при чему наводи супротно мишљење Мартина.⁴⁵

4. УКИДАЊЕ ЗАБРАНЕ УГОВАРАЊА ЗА ДРУГОГ

Премда је у римском праву било могуће да једно лице обавља послове за рачун другог лица, у римским изворима не наилази се на општи појам заступања (*Orestano* 1957, 796). Тај појам је могао бити створен тек након укидања формалне забране уговарања за другог. Укидање правила *alteri stipulari nemo potest* постигнуто је захваљујући канонском праву.⁴⁶ Шпански правници Гомез (*Gomez*) и Коварубијас (*Covarrubias*) истичу да забрана *alteri stipulari nemo potest* не искључује постојање неформалног споразума (*pactum nudum*) који је по канонском и кастиљанском праву важећи и даје право на тужбу (*actio*). Другим речима, признањем правила *pacta sunt servanda* отпала је забрана *alteri stipulari nemo potest* (*Coing* 1985, 425).

Савремена установа заступања садржи могућност активног и пасивног заступања.⁴⁷ Такав јединствени капацитет заступања није одувек постојао. Правници су дуго времена одвојено разматрали

⁴⁴ Детаљније тумачење тог фрагмента даје Финкенауер (*Finkenauer* 2008, 479–481)

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

⁴⁶ Правило *alteri stipulari nemo potest* није могло бити укинато одједном већ је најпре ублажавано проширивањем изузетака од тог правила. Тако је, на пример, *stipulatio alteri facta* важећа ако је предузета од нотара који на темељу D.46.6.2. дела као *servus publicus* (*Coing* 1985, 425).

⁴⁷ Разлика између активног (*aktive Stellvertretung*) и пасивног заступања (*passive Stellvertretung*) изричито се чини у немачком Грађанском законнику (BGB). Тако, изјава воље коју неко даје у оквиру датих му овлашћења у име заступаног лица представља активно заступање (чл. 164, ст. 1). Пасивно заступање настаје када се изјава воље, која је требало да буде дата другоме, учини његовом заступнику (чл. 164, ст. 3).

могућност да заступник за рачун заступаног изјави вољу другом лицу (активно заступање) од могућности да одређено лице своју изјаву воље саопшти заступнику за рачун заступаног (пасивно заступање).⁴⁸ С тим у вези је укидање забране *alteri stipulari nemo potest* узроковало да правници различито тумаче могућност склапања уговора у корист трећег лица.⁴⁹ Представници нововековне школе природног права Гроције (Grotius) и Волф (Wolff) сматрали су да је укидањем забране *alteri stipulari nemo potest* омогућено и активно заступање и склапање уговора у корист трећег (Coing 1985, 426). Француски аутори Дома (Domat) и Потјеје (Pothier) сматрали су, пак, да се укидање забране односи само на активно заступање а не и на уговоре у корист трећег лица (Coing 1985, 427).

5. ОПУНОМОЋАВАЊЕ КАО САМОСТАЛАН ПРАВНИ ПОСАО

Укидање забране уговарања за другогутицало је на развој вољног заступања. У првој фази тог развоја установа заступања не

⁴⁸ Примера ради, у фрагменту D.3.3.28. приликом склапања процесне стипулације (*cautio iudicatum solvi*) Улпијан дозвољава да прокуратор само пасивно, али не и активно заступа господара.

⁴⁹ У римском праву није било могуће закључити уговоре у корист трећег лица (D.50.17.73.4; D.44.7.11). Правници су изузетно дозвољавали стипулацију у корист трећег ако је стипулатор имао интерес да промисор изврши чинидбу трећем лицу (D.45.1.38.20; D.45.1.38.21). Рикобоно (Riccobono 1930, 394) сматра да су потребе римске породице и интензивне трговине узроковале признање уговора у корист трећег лица у пракси. У Јустинијановој кодификацији наилази се на неколико случајева у којима је дозвољено уговарати у корист трећег, при чему поверилац нема интерес да дужник изврши обавезу трећем лицу. Осим ситуације у којој неко позајми новац у име одсутне особе када она тужбом може да захтева повраћај предмета зајма (D.12.1.9.8; D.45.1.126.2), важан изузетак представља *donatio sub modo* – поклон с налогом – када треће лице има право на тужбу против поклонопримца који му, након протекла времена, није предао даровани предмет (C.8.54.3.1). Бољошки глосатори остају при ставу да није могуће склопити уговор у корист трећег лица. Мартин и овде представља изузетак јер бенефицијару (одсутном лицу у чију корист је нешто обећано) додељује процесно средство којим може захтевати извршење чинидбе коју је други у његову корист обећао (Hallebeek 2008, 15). У савременом праву разлика између активног заступања и уговора у корист трећег лица огледа се у томе што се у случају активног заступања приликом склапања уговора уговорном страном сматра заступани а не заступник. Када је реч о уговорима у корист трећег лица, треће лице није уговорна страна те оно не може да побија уговор већ само има право да захтева његово извршење (Larenz, Wolf 2004, 429–430). Осим случајева такозваног правог уговора у корист трећег (*echter, berechtigender Vertrag zugunsten Dritter*, чл. 328, ст. 1 BGB), на основу кога треће лице у чију корист је уговор склопљен има право да захтева његово извршење, постоје и случајеви такозваног неправог уговора у корист трећег (*unechter Vertrag zugunsten Dritter*, чл. 362, ст. 2 BGB), где је дужник дужан да изврши обавезу трећем лицу, али трећи нема право да захтева извршење уговорне чинидбе. Видети Gottwald 2003, Rn 19, 2077.

одваја се од контракта. Када је реч о уговору о налогу (*mandatum*), представници нововековне природноправне школе (Гроције, Волф) сматрају да на његовом темељу настаје непосредно заступање, а не посредно као што је био случај у римском праву (Schmoeckel 2003, 920). Те идеје су оживотворене у првим модерним грађанским кодификацијама у којима је непосредно заступање регулисано у уговору о налогу. Овлашћење за заступање (пуномоћје) није разматрано одвојено од уговора о налогу, већ се сматрало да оно настаје склапањем тог уговора. Отуда се у грађанским законима Пруске⁵⁰, Француске⁵¹ и Аустрије⁵² не прави разлика између пуномоћја и налога већ се они користе као синоними.⁵³ С друге стране, немачка историјска школа, ослањајући се на римско право, одбија да прихвати начело непосредног заступања на темељу пуномоћја (Doerner 2018, 36). Половином 19. века немачка пандектистика развија богату дискусију о потреби осамостаљивања пуномоћја од уговора о налогу. Кључно питање је постављено у вези са изјавом воље пуномоћника приликом склапања правног посла са трећим лицем. Чија воља је изражена у правном послу који је склопио пуномоћник: да ли је то воља властодавца или пуномоћника? Савињи заступа тезу да иза воље коју је

⁵⁰ У пруском Грађанском закону (*Allgemeines Landrecht Fur Die Preussischen Staaten – ALR*) вољно заступање је регулисано у 13. наслову првог дела који носи назив *Von Erwerbung des Eigentums der Sachen und Rechte durch einen Dritten* (О стицању ствари и других права посредством трећег лица). У првом параграфу се најпре прописује непосредно заступање: *Sachen und Rechte können auch durch Handlungen eines Dritten erworben werden* (Ствари и права могу да се стичу и делањем трећег лица). У петом параграфу дефинисано је пуномоћје: *Die Willenserklärung, wodurch Einer dem Andern das Recht erteilt, ein Geschäft für ihn und statt seiner zu betreiben, wird Auftrag oder Vollmacht genannt* (Изјава воље којом једно лице додељује овлашћење другом лицу да за њега и уместо њега предузме правни посао назива се налог или пуномоћје). ALR не прави разлику између пуномоћја и налога већ их употребљава као синониме. Отуда се пуномоћје сматра уговором који склапају заступани и заступник.

⁵¹ Француски грађански законик (*Code Civil – CC*), слично као ALR, пуномоћје изједначава са налогом. У чл. 1984 CC стоји: (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* [Мандат или пуномоћје је акт којим једно лице даје другом моћ да нешто учини за рачун и у име властодавца (ст. 1), Уговор настаје тек када пуномоћник прихвати овлашћење (ст. 2)].

⁵² У аустријском Грађанском закону (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch – ABGB*) заступање је регулисано у 22. глави која носи назив О опуномоћавању и другим врстама пословодства. Према чл. 1002 ABGB: *Der Vertrag, wodurch jemand ein ihm aufgetragenes Geschäft im Namen des Anderen zur Besorgung übernimmt, heißt Bevollmächtigungsvertrag* (Уговор о опуномоћавању зове се онај уговор којим се ко прима наложеног му посла да га у име другог сврши).

⁵³ ALR и CC пуномоћје и налог употребљавају као синониме, док их ABGB спаја у један појам *Bevollmächtigungsvertrag* – уговор о опуномоћавању.

изјавио заступник (пуномоћник) стоји воља заступаног (властодавца) [Coing 1989, 456]. У уговору који склапа заступник уговорном страном се сматра заступани (властодавац). Заступник има својство гласника јер трећем лицу преноси вољу заступаног (Doerner 2018, 37). Отуда је Савињијева теорија добила назив „теорија господара посла“ (*Geschäftsherrentheorie*). Савињијева теорија није била прихваћена међу пандектистима. Владајућа теорија коју су они заступали била је „теорија представљања“ (*Repräsentationstheorie*) по којој заступник, иако правни посао предузима у име заступаног, изјављује своју вољу (Coing 1989, 457). Та теорија је широко прихваћена у савременој доктрини која у непосредном заступању види замену воље заступаног вољом заступника (Lobrano, Onida 2016, 9). Трећу теорију која мири претходне две заступа Митајс, према чијем се мишљењу правни посао са трећим лицем склапа заједничким деловањем заступаног и заступника (Mitteis [1885] 1962, 110). Другим речима, воља заступаног учествује у формирању воље заступника која се, приликом склапања правног посла, среће са вољом друге уговорне стране.

Захваљујући научним расправама о заступању које су трајале током 19. века развио се самосталан појам пуномоћја (*Vollmacht*). Највећа заслуга приписује се немачком правнику Лабанду (Laband), који истиче да су опуномоћавање и уговор о налогу два одвојена правна посла која имају различите претпоставке, садржину и правне последице. Своју тезу о опуномоћавању као самосталном правном послу Лабанд развија на темељу Општег немачког трговачког законика (*Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs – ADHGB*) из 1861. године.⁵⁴ Он заступа став да се свако пуномоћје, а не само пословно пуномоћје, заснива на самосталном правном послу који се разликује од основног правног посла – уговора о налогу (Doerner 2018, 47). Његово учење имало је далекосежне последице јер је прихваћено не само у немачком Грађанском законнику већ и у другим правима.⁵⁵ Утицај тог учења приметан је и у српском праву јер се у Закону о

⁵⁴ Историја доношења Општег немачког трговачког законика из 1861. године приказује историју продора идеје осамостаљивања пуномоћја од основног правног посла склопљеног између властодавца и пуномоћника. Импулс за осамостаљивање пословног пуномоћја (прокуре) од основног правног посла закљученог између властодавца (принципала) и прокуристе потекао је од представника трговачких градова на северу Немачке. Они су захтевали несметан развој трговине који је незамислив без заштите трећих лица која склапају посао с прокуристом. Захтеви представника трговачких градова да се установи пословно пуномоћје чија је садржина законски утврђена и коју властодавац не може да сузи са успехом су инкорпорисани у том законнику. Последица раздвајања унутрашњег односа прокуристе и властодавца и спољашњег односа у којем учествује треће лице било је издвајање прокуре у самосталан правни посао који се разликује од основног правног посла (најчешће уговора о налогу или уговора о раду). Видети Doerner 2018, 45.

⁵⁵ Видети чл. 167 и 168 BGB.

облигационим односима непосредно заступање (и у оквиру њега пуномоћје) регулише одвојено од уговора о налогу.⁵⁶

6. ЗАКЉУЧАК

Забрана уговарања односно стицања за другог настала је у римском старом цивилном праву, али је у промењеним друштвено-економским околностима почела да слаби. Римски конзервативни дух спречавао је да та забрана формално буде укинута, због чега је она задржана и у Јустинијановој кодификацији. Њено важење се простирало на послове старог цивилног права, од којих је у доба Јустинијана остала само стипулација. Велики број фрагмената говори у прилог томе да је римско право познавало непосредно заступање и да се оно претежно јављало у вези са пословима преторског права. Класични правници су, коментаришући преторов едикт, сматрали да одређене акте може да предузме једно лице, а да правне последице непосредно настају за друго лице које стиче право на одговарајуће процесно средство. Осим могућности извршења материјалних аката за другог (примање исплате, захтевање установљења прекаријума, извршење нунцијације и прохибиције), правни послови преторског права такође су могли бити предузети посредством другог. Извори сведоче да је било могуће предузимати за другог и једностране послове [именовање инститорa, давање налога (*issum*) робу, захтевање државине добара (*bonorum possessio*)] и двостране послове (пактове *receptum nautarum* и *constitutum debiti*). Непосредно заступање било је могуће и у уговорима о купопродаји. Претор је додељивао тужбу из разлога корисности (*actio utilis*) у корист или против господара када је уговор о купопродаји склопио његов прокуратор. Премда је цивилно право забрањивало стицање за другог, важне установе цивилног права такође су могле бити стечене путем заступника. Дигеста садрже занимљиву казуистику која се тиче стицања државине за другог. Иако се у највећем броју случајева радило о стицању државине посредством прокуратора, изгледа да је већ у класичном праву свако слободно лице могло да стекне државину за другог. Прокуратор је у класичном праву могао да стиче за господара и својину на стварима за чији пренос је била довољна традиција. Од стварних права на туђој ствари хипотека је такође могла бити установљена посредством прокуратора. Поменути случајеви указују на то да је римско класично право, упркос формалним забранама, омогућавало непосредно заступање. Изостанак његовог начелног уређења приписује се римском пословичном конзервативизму који је спречавао изричи-

⁵⁶ У 300 се пуномоћје уређује у чл. 89–94, а уговор о налогу у чл. 749–770.

то укидање древних правила и у ситуацији у којој су она изгубила практичну оправданост.

У савременом праву вољно заступање се темељи на овлашћењу за заступање (пуномоћју) које заступани (властодавац) правним послом даје заступнику (пуномоћнику) да у његово име и за његов рачун предузима одређене правне радње (чл. 89, ст. 1 ЗОО). Установљење начела непосредног заступања тековина је модерне науке. Значајан допринос доктринарном утемељењу непосредног заступања дали су припадници нововековне школе природног права Гроције и Волф, који износе учење о заступању као део учења о контрактима. Обојица сматрају да је уговор о налогу (*mandatum*) темељ непосредног заступања. Правна наука је, залажући се за непосредно заступање, дала легитимитет оном што је пракса већ прихватила будући да је непосредно заступање било познато обичајном праву 17. века. Непосредно заступање, међутим, није поимано као самосталан институт већ као део учења о уговору о налогу. Отуда је у првим грађанским кодификацијама 18. и 19. века непосредно заступање било регулисано у уговору о налогу. Представници немачке историјскоправне школе, а нарочитио пандектисти, анализирају античко римско право у намери да створе систем „данашњег римског права“. У својим богатим и минуциозним анализама римских извора они разматрају могућност непосредног заступања у римском праву. С изузетком Савињија и Митајса, доминантан став одриче могућност непосредног заступања пословно способних *sui iuris* лица. Савремена наука остаје верна владајућем пандектистичком мишљењу да римском праву, за разлику од савременог права, није својствено непосредно заступање. Захваљујући раскошној расправи пандектиста о могућности непосредног заступања створен је појам пуномоћја (*Vollmacht*) и он је осамостаљен од уговора о налогу. У том смислу се истиче Лабанд, који је указао на то да је опуномоћавање неопходно осамосталити од основног правног посла. Његово схватање усвојено је у немачком Грађанском законнику, а потом и у другим законским текстовима којима припада и српски Закон о облигационим односима.

ЛИТЕРАТУРА (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.
- Катанчевић, Андреја. 2018. Стицање својине преко заједничког роба. *Идентитетски преображај Србије*. Прилози пројекту 2017: колективна монографија, ур. Радмила Васић, Бојана Чучковић. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду – Центар за издаваштво и информисање. 333–345. (Katančević, Andreja. 2018. Sticanje svojine preko zajedničkog roba. *Identiteski preobražaj Srbije: Prilozi projektu 2017*, 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.

- Мишкић, Мирјана. 2019. *Одговорност господара посла на основу praepositio u iussum*. Необјављена докторска дисертација. Универзитет у Београду, Правни факултет, јул. (Miškić, Mirjana. 2019. *Odgovornost gospodara posla na osnovu praepositio u 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 tipografico – Editrice Torinese, 795–800.
- Полојац, Милена. 2012. Предузимање правних послова за другог и заступање – историјски поглед. *Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ*: Прилози пројекту 2011: колективна монографија, ур. Светислав Табороши. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду – Центар за издаваштво и информисање. 441–452. (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.
- Ромас, 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.

УДК 174:34.08(497.11)

CERIF: S130, S180

DOI: 10.5937/AnaliPFB2002145S

Миљан Савић, мастер*

ДЕТЕРМИНАНТЕ ЕТИЧКИХ УВЕРЕЊА ПРАВНИКА У СРБИЈИ**

Испитивање етичких уверења садашњих и будућих чланова адвокатске професије представља важан корак ка адекватном дефинисању и разумевању фактора који утичу на њихово формирање и промену. У раду је представљена анализа етичких уверења различитих категорија правника у Србији, коришћењем факторске анализе (анализе главних компоненти) на узорку од 325 испитаника, адвоката, адвокатских приправника и студената. Анализиран је утицај социо-демографских чинилаца (пол, старост, позиција и дужина радног стажа) на етичка уверења. Представљене су области и правила понашања уређена Кодексом у односу на које постоји највећа несагласност између уверења и прописаних правила понашања. Најважнији налази указују да старост и радно искуство испитаника директно утичу на поштовање њихових етичких уверења када су у питању одређени типови неетичких понашања.

Кључне речи: *Професионална етика. – Уверења. – Адвокатски приправници. – Адвокати. – Факторска анализа.*

1. УВОД

Етичка одговорност адвоката и адвокатских приправника (*приправници*) као важних учесника правосудног система, произлази

* Истраживач Балканског центра за регулаторну реформу и студент докторских академских студија на Правном факултету Универзитета у Београду, miljansavicbg@gmail.com.

** Захваљујем учесницима семинара Српског удружења за економску анализу права и члановима удружења на корисним коментарима и сугестијама. Наравно, одговорност за преостале грешке или за изнете вредносне судове сноси искључиво аутор рада.

из чињенице да својим професионалним деловањем директно утичу на владавину права у једној земљи. Такође, поступање адвоката битно утиче на ниво поверења друштва према професији и самим адвокатима. Неспорно је постојање „разлике у моћи“ између адвоката и клијената. Разлике, између осталог, потичу из асиметрије информација и знања неопходних за остварење и заштиту одређених права клијента. Уз то, могуће је постојање агенцијског проблема, односно моралног хазарда, на пример, у ситуацијама у којима клијент нема могућност да сазна да ли је од стране адвоката, или приправника, уложен довољан напор приликом заштите његових права и интереса. У професијама које карактерише оваква асиметрија постоји изразита могућност да слабијој страни буде проузрокована штета, као последица информационе несразмере и „разлике у моћи“ (видети посебно Koosher, Keith-Spiegel 2016; Pope, Vasquez 2007).

Етички упитна уверења и поступци чланова адвокатске професије не наносе штету искључиво трећим лицима, већ њу могу трпети и сами појединци који испољавају таква уверења, односно чине такве поступке. На пример, у оптужници поднетој од стране Дисциплинског тужиоца Адвокатске коморе Београда, због пријављених наводних процесних опструкција у поступку који се водио пред Агенцијом за реституцију, наведено је да је адвокат: *„у више наврата без законског основа Агенцији постављао захтеве за признавањем својства странке... те захтеве за разгледање и фотокопирање списка, како у име својих клијената, тако и у своје лично име, да би, након одбачаја услед непостојања правног интереса, изјављивао жалбе на одлуке овлашћених органа, па чак и када формална одлука није постојала, подносио неосноване кривичне пријаве против поступајућег саветника, злоупотребљавао процесна овлашћења Закона о општем управном поступку како би свесно опструисао горе наведене поступке... при чему је оптужени адвокат поступао свесно, јер је знао или морао знати да на горе описани начин криши одредбе Закона о адвокатури, Статута Адвокатске коморе Србије и Кодекса професионалне етике адвоката.“*¹

У Србији до сада нису рађена истраживања чији је предмет професионална етика у области адвокатуре. Стога, постоје ограничене информације о етичким уверењима и, у крајњем случају, поступању садашњих и будућих чланова адвокатске професије. Међутим, емпиријска истраживања спроведена у Србији и региону, омогућавају приказ друштвеног и професионалног аспекта адвокатске праксе у Србији.²

¹ Оптужница Дисциплинског тужиоца Адвокатске коморе Београда број 4/2015 од 22. септембра 2015. године.

² Адвокатура представља професију са високим баријерама уласку. Детаљна анализа баријера уласку у адвокатску професију дата је у Cabrillo, Fitzpatrick 2018, 155–186. Аутори такође пружају компаративни приказ адвокатске професије у

Вуковић (2019, 103–113) даје увид у разлике у материјалном положају адвоката у Србији, у задовољству послом као и у ставовима о Адвокатској комори Србије (АКС). Сходно налазима, адвокати су релативно задовољни послом али исказују изразито незадовољство спрам стања у правосуђу, спроведених реформи, као и спрам угледа и статуса адвоката у друштву и у односу на друге професије.³ Налази указују и да постоји низак ниво поверења адвоката у институције у Србији али и неуједначен однос према АКС. Свега 38% испитаника сматра да АКС добро брани интересе својих чланова, док чак две трећине сматра да више служи интересима утицајних адвоката него обичних чланова. Занимљиво је истаћи и да адвокатски приправници исказују релативно мањи ниво поверења у АКС у односу на испитанике адвокате (Вуковић 2019, 111–113).

Мраковчић и Вуковић (2019, 75–105) указују на незадовољство припадника правничке професије⁴ радом правосудних органа и спроведеним реформама, те утврђују постојање „унутрашње“ кризе поверења у српско правосуђе. Сходно налазима, категорија адвоката у Србији исказује највећи ниво неповерења у правосудне институције

различитим јурисдикцијама. Баријере уласку стварају ограничења на страни понуде адвокатских услуга, што доводи до увећања цене услуга. Ове баријере нису нужно искључиво правне природе већ могу бити и економске природе. На пример, за упис у Именик адвоката предвиђено је да кандидати из реда адвокатских приправника плаћају износ од 500 EUR док остали кандидати плаћају износ од 4.000 EUR. У Одлуци о мерилима и критеријумима за делимично ослобађање трошкова уписа у Именик адвоката кандидата из реда адвокатских приправника од 18 маја 2016. године прописано је да кандидат који подноси захтев за упис у Именик адвоката из реда адвокатских приправника може бити ослобођен плаћања трошкова уписа који је одлуком Адвокатске коморе Србије бр. 476–4–2014 од 22. јуна 2014. године утврђен у износу од 3.500,00 EUR, уколико је био уписан у Именик адвокатских приправника у трајању од најмање две године, уколико захтев подноси најкасније у року од једне године по престанку приправничке вежбе, уколико је измирио све доспеле обавезе према адвокатској комори у којој је обављао приправничку вежбу и уколико за време трајања вежбе, као и након престанка статуса адвокатског приправника, није засновао радни однос. За приказ различитих правних баријера у адвокатској професији, на пример, проблематике правне форме приликом инкорпорирања, уласка на тржште великих иностраних адвокатских канцеларија, отпора „преносу“ дела адвокатских услуга на јавне бележнике видети Vuković, Dabetić, Fotić, прихваћено за објављивање.

³ Налази такође указују да у Србији постоји материјално раслојавање адвоката, те да је могуће диференцирати млађе адвокате (из великих канцеларија) који претежно пружају услуге домаћим и страним правним лицима и адвокате који најчешће пружају услуге физичким лицима и раде у мањим канцеларијама. Адвокати који раде у великим канцеларијама и пружају услуге великим привредним субјектима имају бољи материјални статус (Вуковић 2019, 106–109).

⁴ У узорак испитаника нису укључени само припадници адвокатске професије већ, између осталог, и судије, државни тужиоци, правници у привреди и други чланови правничке професије. За детаљан приказ структуре испитаника видети Mrakovčić, Vuković 2019, 75–105.

(Mrakovčić, Vuković 2019, 87–88). Аутори истичу и постојање разлика у ставовима сходно професији. Наиме, адвокати су, просечно гледано, задовољни својом стручношћу као и ценом и квалитетом пружених услуга, док други чланови правничке професије исказују већи степен незадовољства спрам адвоката, према предметним параметрима (Mrakovčić, Vuković 2019, 96).

Неспорно је да бављење професијом уз поштовање професионалних етичких начела омогућава смањење трансакционих трошкова свих страна које ступају у међусобне односе (Perry *et al.* 2005, 3), на пример, између адвоката и клијената, судија, државних службеника и других адвоката. Главно истраживачко питање овог рада стога и јесте – каква су професионална етичка уверења различитих категорија правника у Србији према неетичким професионалним поступцима и који фактори могу утицати на та уверења?⁵ Овакав предмет истраживања у великој мери отежава долазак до веродостојних информација, због потенцијалног отпора испитаника, стога је истраживање ограничено на испитивање уверења о хипотетичким поступцима, те на добијање и анализу суда испитаника у којој мери сматрају да је одређена врста понашања (не)етичка. На тај начин, не испитујући директно понашања и умањујући вероватноћу друштвено пожељних одговора, циљ је утврђивање каква су уверења студената права, приправника и адвоката о постојећим етичким смерницама и правилима и посредно добијање информација да ли би се испитаници можда лакше упустили у такво понашање, уколико сматрају да не постоје никакве етичке препреке. Истовремено, могуће је посредно извођење закључака и о информисаности испитаника о наведеним етичким смерницама.⁶

Рад је структуриран на следећи начин. У наставку је представљен значај Кодекса професионалне етике адвоката. У трећем делу дат је преглед литературе и различитих методолошких приступа. У

⁵ Термин „правници“ у контексту овог рада коришћен је као кровни термин за категорије студената права односно потенцијалних будућих чланова адвокатске професије, приправника и самих адвоката.

⁶ Разумно је очекивати да би упитник којим би била мерена намера према неетичком понашању правника довео до већег броја друштвено пожељних одговора (*social desirability bias*) у односу на упитник којим се испитују искључиво уверења испитаника. За више о проблему друштвено пожељних одговора у упитницима са осетљивим предметом видети посебно Чанг и Монро (Chung, Monroe, 2003, 291–302) и Чарлс и Датало (Charles, Dattalo 2018, 587–599). Резултати добијени мерењем уверења индикативни су и када је у питању намера односно у крајњем случају понашање, иако наведене категорије нису мерене инструментом. Многа истраживања су показала јасну везу између уверења и понашања, са врло ретким одступањем. За више о ускладивости уверења и понашања видети посебно истраживање Поуп и сарадника (Pore, *et al.* 1987, 993–1006). За више о проблемима који могу појавити у истраживањима са осетљивом тематиком и техникама за решавање предметних проблема видети посебно Мек Нили (McNeely, 2012, 377–396).

четвртом делу приказане су основне карактеристике узорка испитаника и класификације варијабли. У петом делу дат је преглед најзначајнијих резултата истраживања. Следе закључак и препоруке.

2. ЗНАЧАЈ КОДЕКСА ПРОФЕСИОНАЛНЕ ЕТИКЕ АДВОКАТА

Етичка уверења и понашање које може у већој или мањој мери одступати од њих, формирану су и путем утицаја различитих егзогених позитивних и негативних подстицаја. На пример, то могу бити подстицаји које појединцу пружају одређене институције у једној земљи. Имајући у виду „разлике у моћи“ и значај саме професије, кодификовање професионално–етичких правила у адвокатури неопходно је ради превенције нежељених исхода и понашања. Кодификовање се остварује дефинисањем и прописивањем жељеног понашања, санкција, начина њиховог извршења и стварањем тела чија је улога контрола и кажњавање понашања која представљају повреду прописаних правила. Са друге стране, неадекватно формиран кодекс, може да интензивира дисторзије у вези усаглашености прописа, уверења и понашања.

У Србији, Кодекс професионалне етике адвоката (*Кодекс*),⁷ представља полазну основу за дефинисање професионално–етичких обавеза приликом бављења адвокатуром. Стога, Кодекс такође представља и полазну основу за дефинисање поступака у односу на које су у оквиру овог рада истраживана уверења испитаника о степеној етичности.⁸ Кодексом су регулисани основи професионалне етике

⁷ Кодекс професионалне етике адвоката, *Службени гласник РС* 27/2012. Прописи којима су такође уређени права, обавезе и одговорности приправника и адвоката јесу, између осталог и: Закон о адвокатури, *Службени гласник РС* 31/2011 и 24/2012 – одлука УС, Статут адвокатске коморе Србије, *Службени гласник РС* 85/2011, 78/2012, 86/2013, Статути Адвокатских комора Београда, Војводине, Зајечара, Крагујевца, Ниша, Пожаревца, Чачка, Шапца, Косова и Метохије. Наведени акти такође имају значајну превентивну али и „усмерујућу“ функцију, имајући у виду да су у њима у већој или мањој мери такође дефинисана нежељена понашања и последично и казне. И поред наведеног, Кодекс свакако представља најмањи заједнички садржалац када су у питању прописана недозвољена понашања припадника адвокатске професије, те представља први и најјачи фактор утицаја на њихове ставове.

⁸ Једна од могућих подела, у зависности од садржине кодекса, јесте подела на аспирационе кодексе (*Aspirational codes*) и дисциплинске кодексе (*Disciplinary codes*). У Аспирационим кодексима се не наводе стриктна правила понашања, већ правила чија је садржина апстрактна и подложна тумачењу, што представља њихов примарни недостатак. Дисциплинске кодексе карактерише концизно и таксативно навођење оквира за поступање припадника адвокатске професије, те потенцијалних казни. Недостатак оваквог типа кодекса представља могућа сатурација правилима те немогућност обухватања свих жељених понашања. То оставља простора за тумачење

адвоката и приправника, њихове правне и етичке обавезе у односу на адвокатску професију односно правну струку уопште и сваког њеног припадника посебно. Између осталог, прописане су и регулисане обавезе у односу на клијенте, судове и друге државне органе, супротну страну односно остале чланове адвокатске професије и клијенте са супротним интересом, те приправнике. Кодексом су дефинисана правна и етичка начела у оквиру којих су појединци дужни да обављају сопствену професионалну делатност. Таксативно су наведена правила у вези са различитим аспектима адвокатске професије односно правне струке. Кодекс прописује и детаљно уређује професионално-етичке дужности адвоката у вези са адвокатском тајном, недопуштеним стицањем клијената, иступањем у јавности, заступањем, уређењем адвокатске канцеларије, међусобним односима адвоката, односом адвоката и саме адвокатске коморе, државних органа, приправника као и супротне странке.

Сходно наведеном, могуће је претпоставити да су испуњени предуслови који се тичу регулације професионалне етике у адвокатури у Србији. Наиме, Кодекс сам по себи има превентивну улогу будући да предвиђа недозвољене видове професионалног понашања, а на основу Кодекса такође је могуће израдити програм едукације као додатну меру превенције.⁹ У случају да се Кодекс и у њему прописана правила понашања и начини разрешења потенцијалних етичких дилема покажу неефикасним када је у питању адекватно усмеравање ка етички прихватљивим уверењима и поступцима, то може бити једно од могућих објашњења за ставове и понашања чланова адвокатске професије.

3. ПРЕГЛЕД ЛИТЕРАТУРЕ

Резултати истраживања чији су предмет уверења и понашање чланова адвокатске професије, нису уједначени по питању фактора који утичу на њихово формирање и испољавање. Веродостојан је исказ да Кодекси професионалне етике адвоката у различитим државама у великој мери одражавају сличне професионалне принципе, без обзира на разлике у правним и образовним системима, као и друге разлике. Такође, неvezано од различитости појединачних одредаба, у овим актима су прописане и регулисане професионалне обавезе у

и неефикасне исходе када су у питању решења за потенцијалне етичке дилеме. За детаљнији увид видети Nicolson 2005, 601–626. По својој структури, српски Кодекс професионалне етике адвоката спада у дисциплинске кодексе.

⁹ Казне за повреде Кодекса ближе су уређене Статутима појединачних Адвокатских комора и оне могу бити: опомена, новчана казна или мера брисања из именика адвоката.

односу на клијенте, судове и супротну страну. Такође је регулисано постојање адвокатске тајне, иступање у јавности и други релевантни модалитети професионалног понашања.¹⁰ У наставку су приказана истраживања која користе различите методолошке приступе и изложени најважнији налази. Приказани радови су релевантни за ово истраживање будући да омогућавају увид у факторе који су од значаја за неетичка уверења правника у другим земљама, без обзира на потенцијалне разлике у конкретним нормама.

Пепер (Pepper 1999, 181–205) наводи разлоге за одређене видове понашања адвоката. Аутор закључује да се, код ситуација у којима прописи омогућавају неетичко понашање, ствара могућност да адвокат своје понашање оправдава пребацујући кривицу на жеље клијента и прописе. Са друге стране, клијент је у могућности да своју жељу за неетичким исходом оправдава сматрајући да одговорност лежи на прописима и адвокату.

Аутори који користе приступ бихевиористичке етике приликом анализе уверења чланова адвокатске професије, закључују да је едукација најделотворнији начин превенције. Прентис (Prentice 2015, 35–85) наводи неедукованост адвоката по питању диференцијације етичких и неетичких понашања као главни разлог за неетичко понашање. Аутор истиче да су појединци подложни хеуристикама и когнитивној дисонанци, што утиче на корекцију њихових ставова тако да оправдавају неетичке поступке.

У емпиријским истраживањима, разматран је утицај похађања Правног факултета на промену степена моралног развоја студената, углавном на основу Колбергове теорије моралног развоја (*Kohlberg's theory of moral development*).¹¹ Налази нису уједначени и једна група аутора истиче да постоје статистички значајне разлике између уверења студената правних факултета и других факултета, док друга група не утврђује значајне разлике (Daicoff 1996, 197–261). Такође, није потврђена хипотеза коју је поставила Дајкоф (Daicoff 1996, 231) да ће ставови адвоката о томе шта би требало урадити у одређеним етички дискутабилним ситуацијама (*should questionnaire*)

¹⁰ На пример, и Кодекс професионалне етике адвоката у Италији (Code of Conduct for Italian Lawyers approved by the National Bar Council during the session of January 31, 2014), и у Пољској (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) и у Немачкој (Rules of Professional Practice in Germany, Version of January 1, 2020) садрже одредбе о поверљивости и адвокатској тајни.

¹¹ У оквиру Теорије моралног развоја Лоренса Колберга (Lawrence Kohlberg) претпоставља се да морални развој појединца прогресира кроз шест фаза, како појединац стари. За преглед налаза и закључака теорије, као и детаљан преглед литературе у оквиру које је испитиван степен моралног развоја студената права на различитим годинама похађања факултета, видети посебно Daicoff 1996, 202–207.

бити строжи у односу на хипотетичко понашање (шта би урадили у наведеним ситуацијама – *would questionnaire*). Бурбанк и Дубоф (Burbank, Duboff 1974–1975, 66–117) наводе да не постоји значајна разлика између важећег Кодекса етике адвоката на подручју Бостона и њихових уверења о етичности одређених поступака. Испитаници доносе закључке *ad hoc*, те не постоји принцип резоновања на основу којег је одређено понашање етично у већој или мањој мери, сходно ставовима испитаника. До идентичног налаза долазе и Дајкоф (Daicoff 1996, 197–261) и Пери и сарадници (Perry, *et al.* 2009, 470) који такође наводе да фактори који утичу на одлуку адвоката који је суочен са етичком дилемом јесу жеља за поштовањем Кодекса, жеља за поспешивањем мишљења о себи као индивидуи и као члану адвокатске професије, као и аверзија према ризику у контексту избегавања неповољног исхода по клијента.

4. ДЕСКРИПЦИЈА ИСТРАЖИВАЊА

Када су у питању адвокати, приправници и студенти права у Републици Србији, до сада није постојало истраживање у оквиру којег би биле испитане разлике у њиховим етичким уверењима. Стога се у раду не полази од постављених хипотеза, већ је истраживање експлоративне природе, будући да је област етике у адвокатури недовољно поткрепљена претходним налазима. То онемогућава постављање хипотеза које су утемељене или повезане са већ постојећом теоријском основом.

Предмет рада конзервативно је ограничен на утврђивање разлика у етичким уверењима правника у различитим степенима професионалног развоја. Стога, у инструменту нису коришћена питања везана за идентификацију и величину места у којем испитаници студирају, станују и раде, нити питања која додатно дефинишу грану права којом се баве. Претпостављено је да би додавање ових варијабли, директно утицало на осећај анонимности испитаника и додатно умањило одазив (*response rate*). Већи број питања у упитнику такође би могао довести до замора испитаника (*fatigue*).¹² Стога је анализа ограничена само на објашњавајуће променљиве директно повезане са циљем рада. Додатне објашњавајуће променљиве могуће је користити у идућој итерацији и на тај начин дати додатни допринос разматрању ове теме.

¹² Замор испитаника (*fatigue*) веродостојно је предупређен имајући у виду дужину упитника као и да није утврђена тенденција правoliniјског одговарања (*straight line answers*) приликом верификације одговора.

4.1. Узорак

Истраживање је спроведено као неекспериментално експлоративно квантитативно истраживање анкетног типа, са циљем утврђивања да ли пол, старост, позиција и дужина радног стажа испитаника утичу на разлике у уверењима испитаника.

Узорак су чинили адвокати и приправници који обављају делатност у Србији као и студенти правних факултета на територији Србије.¹³ Иако су то, по строгим критеријумима, хетерогене категорије, ипак су у питању категорије правника у различитим периодима и степену професионалног развоја. Налази Перија и сарадника (Perry *et al.* 2009, 471) указују да старост и професионално искуство могу представљати баријеру за неетичка уверења. Укључивањем све три категорије у узорак, поред упоређивања млађих и старијих категорија испитаника, омогућено је поређење правника кроз време и кроз различити степен професионалног развоја.

На основу података именика адвокатске коморе Београда, Војводине, Зајечара, Крагујевца, Ниша, Пожаревца, Чачка и Шапца формиран је списак *e-mail* адреса адвоката.¹⁴ Списак *e-mail* адреса приправника формиран је на основу агрегације података са интернет портала адвокатских канцеларија у оквиру којих су запослени, док је списак студената Правног факултета формиран на основу *e-mail* адреса чланова интернет портала *mojpravno.net*, и обухвата студенте Правног факултета Универзитета у Београду, Нишу, Крагујевцу и Новом Саду. Формирани списак адвоката представља веродостојну апроксимацију укупне популације. Међутим, на релевантност списка утиче чињеница да није могуће проверити веродостојност односно ажурност *e-mail* адреса преузетих са интернет портала наведених адвокатских комора. Када су у питању приправници, може се са великом дозом извесности тврдити да су адресе ажурне будући да су преузете директно са интернет портала адвокатских канцеларија. Након провере преклапања и формирања јединственог списка *e-mail* адреса дошло се до 4.510 потенцијалних испитаника.

Путем интернет портала *SurveyMonkey* конструисан је инструмент који је путем *e-mail*-а упућен, у периоду јул–новембар 2016. го-

¹³ Чињеница да није могуће унапред са сигурношћу претпоставити који ће се студенти бавити адвокатуром, представља један од могућих недостатака укључивања и ове категорије испитаника. Међутим, имајући у виду потенцијални значај упоређивања разлика између етичких уверења студената и приправника те адвоката, ова категорија испитаника је укључена у рад.

¹⁴ Током 2016. године, било је 129 адвоката на 100.000 становника, што представља повећање од 15% у односу на 2012. годину (СЕРЕЈ 2018, 171–172). Популацију адвокатских приправника није могуће веродостојно проценити будући да Именици адвокатских приправника нису јавно доступни. На основу података РЗС, број уписаних студената државних правних факултета у Србији, незвано од врсте студија, у академској 2018/2019. години, износио је 14.236 студената (РЗС 2019, 16–28).

дине. Анонимност *IP* адреса је гарантована, а потенцијални испитаници су такође обавештени о њиховој анонимности. Претпостављен је висок проценат одбијања попуњавања задатог упитника због могуће перцепције интрузивности предмета упитника, стога је уз поштовање критеријума максималности, упитник послат на *e-mail* адресу свих потенцијалних испитаника. Упитник је упућен на 4.510 *e-mail* адреса – 380 адреса студената, 402 адресе приправника и 3.728 адреса адвоката. Пошиљаоцу је враћено 389 порука због невалидности адреса.

Упитник је попунило 325 испитаника и прикупљени одговори чине пригодан узорак правника у Србији. Ово ограничење утиче на интерпретацију података. Са једне стране, могуће објашњење за слаб одзив испитаника јесте осетљивост предмета истраживања.¹⁵ Наиме, према Мек Нили (McNeely, 2012, 377–396) постоји бојазан од одбијања учествовања у истраживању када потенцијални испитаници предмет истраживања перципирају као интрузиван. Уколико је удео одговора у односу на укупан број позива пренизак, већа је вероватноћа аутоелекције испитаника.¹⁶ Када је у питању склоност ка аутоелекцији (*self-selection bias*), чињеница је да није могуће тврдити да упитник нису попуњавали само испитаници који имају изразито блажа или строжа етичка уверења, или код којих постоји изразита заинтересованост за дилеме етичке природе. Међутим, приликом верификације података, није примећена хомогеност одговора испитаника.

Због недовољног броја емпиријских истраживања са истим или сличним предметом, није могуће упоредити одступање стопе одазива у овом раду у односу на друга слична истраживања. У квантитативном истраживању моралних одлука адвоката које су спровели Пери и сарадници (Perry, *et al.* 2009, 461–475) свега 18% испитаника је доставило употребљив упитник. Акман (Akman 2011, 199–204) узорковањем коришћењем принципа „снежних грудви“¹⁷ формира узорак од 85 испитаника.¹⁸ У истраживањима етичких уверења у

¹⁵ Забележен је „отпор“ дела потенцијалних испитаника. Примљено је више од десет одговора адвоката на молбу за учешће у истраживању, у оквиру којих су изразили сумњу у крајње намере истраживача.

¹⁶ Другалис и Плаза (Draugalis, Plaza 2009, 1) истичу да пристрасност узорка (*non-response error*) теоретски може настати кад код је удео испитаника који су одговорили на упитник мањи од укупног броја послатих позива за учествовање у истраживању.

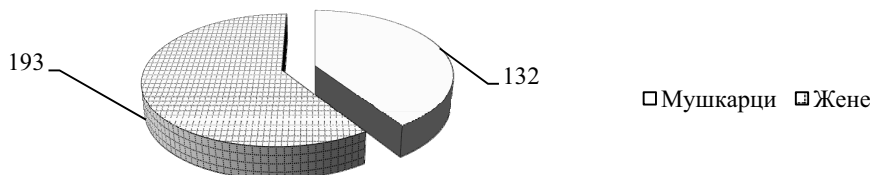
¹⁷ Узорковање „снежних грудви“ имплицира одабир почетног броја испитаника који ће потом упутити истраживача на нове потенцијалне испитанике који ће бити укључени у узорак.

¹⁸ У квалитативним истраживањима, Етјен (Etienne 2005, 1195–1260) интервјуише 40 адвоката, док Холмс и сарадници (Holmes *et al.* 2012, 29–55) интервјуишу само 11 адвоката.

другим професијама, стопа одзива испитаника такође је била изразито ниска.¹⁹

График 1 приказује структуру испитаника према полу. Од 325 испитаника, 193 испитаника је женског пола (59,4%) а 132 испитаника мушког пола (40,6%).

Графикон 1 – Структура испитаника према полу

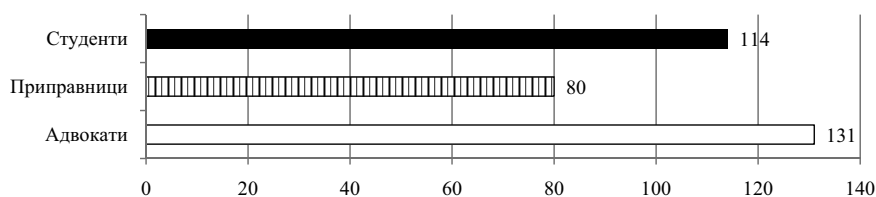


Извор: аутор

Узорак чине 114 испитаника студента (35,1%), 80 испитаника приправника (24,6%) те 131 испитаник адвокат (40,3%). Најмлађи испитаник имао је 18 година, а најстарији 73 године. Просечна старост износила је 31,92 године (стандардна девијација – СД=12,68).

²⁰ Радно искуство се кретало од приправника који су тек отпочели са радом (дефинисано као нула година радног искуства) до 45 година радног искуства, са просечним радним искуством од 5,22 године (СД=8,28). Када је у питању успех канцеларије, 53,6% запослених испитаника описује успех као исти у поређењу са већином других канцеларија, 39,3% као бољи, а свега 5,2% као лошији.

Графикон 2 – Структура испитаника према позицији



Извор: аутор

¹⁹ У истраживањима етичких уверења припадника рачуноводствене професије стопа одзива је износила 10–16%. Видети, на пример, Emerson, Conroy, Stanley 2007, 73–87; Armstrong 1987, 27–44; Eynon, Hills, Stevens 1997, 1297–1309; Elias 2022, 33–45. У истраживањима професионалне етике психотерапеута стопа одзива није прелазила 30%. Видети, на пример, приказ који даје Petrović 2013, 165–166.

²⁰ Стандардна девијација представља меру дисперзије одговора испитаника.

4.2. Опис инструмента и класификовање варијабли

Први део инструмента (6 ставки) служио је за прикупљање социо-демографских карактеристика испитаника, а други (30 ставки) за испитивање уверења о различитим професионалним поступцима у адвокатури. Ове ставке су формиране на основу анализе Кодекса на снази и углавном се односе на поступке који су Кодексом прописани као недозвољени.

Варијабле у овом истраживању деле се на независне и зависне. Независне варијабле,²¹ потенцијалне детерминанте етичких уверења, јесу: (1) пол; (2) старост; (3) позиција и (4) професионално искуство²² Са повећањем година живота и са већим професионалним искуством, требало би да расте и ниво упознатости са правилима и стањем у пракси и способност индивидуе да препозна, усвоји и примени етичке принципе.²³ Предметни резон испитан је када је у питању „позиција“ испитаника, ради утврђивања да ли су овакве разлике присутне и када се испитаници диференцирају на студенте, адвокатске приправнике и адвокате.

Као зависне варијабле узета су уверења о различитим већином недозвољеним професионалним поступцима. Коришћена је петостепенa Ликертова скала, са ставкама од 1 – без сумње неетично понашање (никада етично) до 5 – без сумње етично понашање.

5. РЕЗУЛТАТИ ИСТРАЖИВАЊА

5.1. Факторска структура инструмента

Упитник је формиран ради испитивања уверења у односу на већи број различитих поступака те је стога, поред дескриптивне статистике коришћена и експлоративна факторска анализа – анализа главних компоненти (*Principal Components Analysis*). Факторска анализа коришћена је ради утврђивања међузависности варијабли, откривања њихових заједничких карактеристика и груписања у тзв.

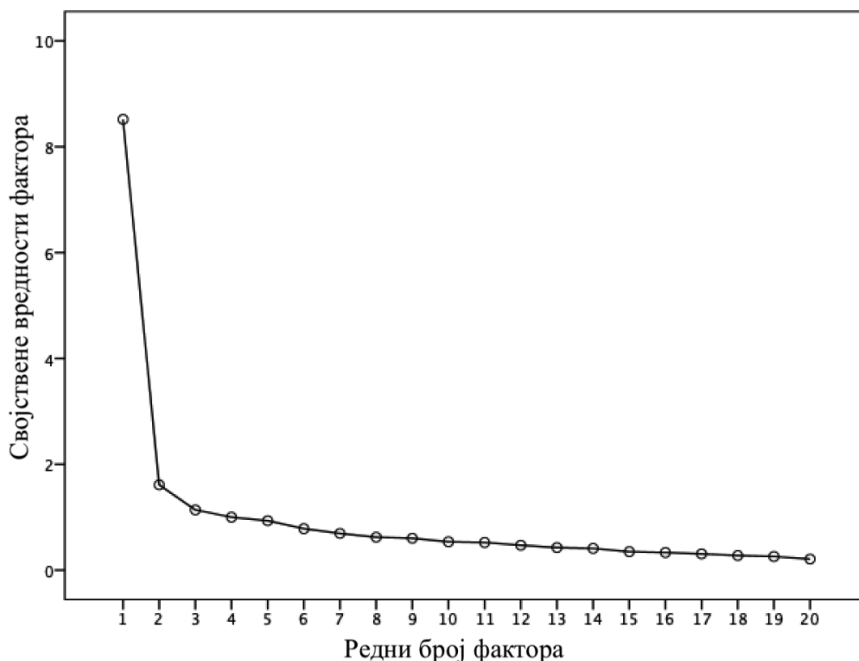
²¹ Независне варијабле „пол“, „старост“ и „професионално искуство“ су основне, стандардизоване социо-демографске варијабле коришћене у великом броју емпиријских истраживања истог или сличног типа. Ју, Маеда и Бебеу (You, Maeda & Vebeau, 2011), дају преглед литературе у којима су коришћене варијабле „пол“ и „старост“ и чији је циљ утврђивање полних разлика по питању етичке сензитивности. Акман (Акман, 2011) спроводи емпиријску анализу полних и старосних разлика у етичким перцепцијама адвоката у Турској.

²² Испитаници студенти нису били дужни да одговоре на наведено питање као и остала неприменљива питања.

²³ Пери и сарадници (Perry *et al.* 2009, 471) утврђују да старост и професионално искуство утичу на формирање строжих етичких уверења чланова адвокатске професије кад су суочени са одређеном етичком дилемом.

факторе којим се већи број варијабли групише у једну.²⁴ График 3 приказује својствене вредности фактора.

Графикон 3 – Својствене вредности фактора



Извор: аутор

Издвојена 4 фактора објашњавају 61,35% варијабилитета променљивих. У питању су: фактор 1 – процесне и друге опструкције, фактор 2 – експлоатација, фактор 3 – неприкладно поступање према странкама и фактор 4 – однос према приправницима.²⁵ Ови фактори су именовани сходно заједничким карактеристикама најзначајнијих ставки које су груписане у њима.²⁶ На пример, ставке из фактора

²⁴ На тај начин, могуће је анализу извршити у односу на неколико груписаних категорија уверења наспрам уверења која се односе на појединачне ставке у инструменту, што би представљало велику препреку приликом обраде података.

²⁵ Коришћена је и *Varimax* ротација и Кателов принцип екстракције фактора (*Cattell scree test*). Последњи фактор који је задржан ради анализе био је четврти фактор и он доприноси објашњењу 10,60% варијабилитета променљивих. Након овог фактора приметно је груписање преосталих фактора у низ са силазном путањом. (Вуквић 2007, 192–196). Из анализе је изостављено 10 ставки будући да не доприносе објашњењу варијансе ниједног од издвојених фактора.

²⁶ Фактори су именовани сходно доминантној карактеристици корелације ставки у оквиру сваког фактора. У прилогу А рада табеларно су приказана питања

3 тичу се неприкладног поступања према странкама. За поређење разлика између испитаника, коришћени су *Mann-Whitney U* тест и *Kruskall-Wallis* тест.²⁷

Прво питање које треба поставити јесте у којој мери су уверења правника у складу са Кодексом. Приликом анализе одговора уочљив је забрињавајућ тренд. Наиме, иако није примећено систематско слагање уверења испитаника, у просеку, у односу на већину тврдњи, готово половина испитаника сматра да су понашања из упитника донекле или у потпуности етична. Свега 19,7% испитаника наводи да *Прихватање случаја иако је шанса да клијент добије спор скоро неостојећа* никада не може бити окарактерисано као етично. Другим речима, приближно 80% испитаника сматра да је прихватање оваквог случаја у мањој или већој мери прихватљива пракса. Слични резултати уочени су и када је у питању *Давање неоснованих разлога за одлагање рочишта као вид процесне опструкције у циљу добробити за клијента*. И у овом случају, приближно 70% испитаника сматра да оваква пракса у одређеној мери (или чак нимало) није проблематична. Додатно, свега 32,3% испитаника сматра да *Одбијање пружања услуга клијенту који је оптужен за свиреп злочин без сумње представља неетичко поступање*. Свега 41,8% сматра да је *Сакривање доказа који би могли угрозити добробит клијента*, без сумње неетички. *Утицање на сведока да промени исказ* је 59,4% испитаника оценило као без сумње неетичко понашање, док је *Изношење података и информација у поднесцима уз знање да нису истинити* 63,1% испитаника оценило као без сумње неетичко понашање.

Могуће је тумачење да су наведени налази комплементарни налазима Вуковића (2019, 103–113) и Мраковчића и Вуковића (2019, 75–105), који указују да су правници (нарочито адвокати) незадовољни стањем у правосуђу и да исказују неповерење у квалитет рада ових институција. Налази овог рада указују да, не само да постоји „унутрашња“ криза поверења у српско правосуђе, већ је она

у оквиру сваког од четири дефинисана фактора. Такође је приказана и факторска структура ставки у инструменту.

²⁷ Применом Колмогоров–Смирнов теста, ради утврђивања постоји ли одступање фактора од Гаусове криве односно нормалне расподеле у популацији (Dragićević 2002, 99–101) утврђено је одступање фактора од нормалне дистрибуције. Када постоји одступање од нормалне дистрибуције, у пракси се претежно користе непараметарски тестови. *Mann-Whitney U* тест се користи ради анализе разлика између две независне групе података када постоји одступање од нормалне дистрибуције. Параметарски пандан је *t-test*. За више информација видети (Howitt, Cramer 2011, 197). *Kruskall-Wallis* тест се користи приликом испитивања међусобног односа више од две различите групе података када постоји одступање од нормалне дистрибуције. Његов параметарски пандан је *ANOVA*. За више информација видети (Howitt, Cramer 2011, 571).

праћена и благим етичким уверењима када су у питању процесне и друге опструкције.

Међутим, уочено је да је поводом поштовања адвокатске тајне, односно поверљивости, присутна усаглашеност испитаника да одавање поверљивих података представља понашање која никада не може бити окарактерисано као етичка. Парадоксално, али процесне и друге опструкције (фактор 1) као и неприкладно поступање према странкама (фактор 3) представљају факторе у оквиру којих су откривена понашања за која испитаници сматрају да су најмање етична али и понашања за која сматрају да су најмање проблематична.²⁸

5.2. Детерминанте етичких уверења

Табела 1 приказује утицај пола на етичка уверења испитаника.²⁹ Утврђено је да постоје статистички значајне разлике међу испитаницима када су у питању фактори 2 и 3, те да испитаници мушког пола у значајнијој мери имају блажа уверења када је у питању експлоатација клијената (фактор 2). Предметни налаз истоветан је и када се анализа ограничи само на подузорок адвоката. То је у складу са налазима Акмана (Акман 2011, 199–204) који је испитивао утицај полних разлика у контексту професионалне етике у адвокатури на узорку од 85 испитаника адвоката.

²⁸ Неопходно је истаћи и да се неприкладно поступање према странкама (фактор 3) показао као статистички значајан фактор када су у питању све испитиване потенцијалне детерминанте. Са друге стране, неприкладан однос према приправницима (фактор 4) није се показао као статистички значајан ни у једном случају. Међутим, треба истаћи да у просеку половина испитаника сматра да избегавање плаћања пореза и доприноса адвокатским приправницима представља у одређеној мери прихватљиво понашање.

²⁹ Колона у којој су приказане „р“ вредности омогућава утврђивање да ли постоји статистички значајна разлика између посматраних категорија испитаника, у овом случају испитаника мушког и женског пола. Да би постојале статистички значајне разлике, неопходно је да „р“ вредност буде мања од 0,05. Коришћени статистички тестови рангирају све вредности одговора испитаника. „Средњи ранг“ представља аритметичку средину рангова. Вредности средњег ранга (прва и друга колона у табели 1) указују нам у ком правцу иду утврђене статистички значајне разлике. Другим речима ове вредности указују да ли испитаници мушког пола имају строжа или блажа етичка уверења у односу на испитанике женског пола. На пример, кад је у питању експлоатација (фактор 2), испитаници мушког пола имају знатно блажа етичка уверења, будући да је вредност њиховог средњег ранга већа у односу на испитанике женског пола, који имају строжа уверења.

Табела 1: Утицај пола испитаника

Назив фактора	Фактор 1	Фактор 2	Фактор 3	Фактор 4
	Процесне и друге опструкције	Експлоатација	Неприкладно поступање према странкама	Однос према приправницима
Женски пол (Сред. ранг)	159,78	139,18	178,23	159,30
Мушки пол (Сред. ранг)	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

Са друге стране, када је у питању неприкладно поступање према странкама (фактор 3), налази из табеле 1 указују на постојање блажих етичких уверења испитаника женског пола. Уочено је да дефинишућу разлику ствара ставка у инструменту *Одбијање пружања услуга клијенту који је оптужен за свиреп злочин*, имајући у виду да су за остале ставке где постоји статистички значајна разлика, уочена знатно блажа уверења испитаника мушког пола. Ради извођења веродостојних закључака, свакако је неопходно спровести додатна испитивања утицаја пола као детерминанте етичких уверења.

Табела 2 приказује утицај старости на етичка уверења испитаника. Испитаници исказују статистички значајне разлике када су у питању процесне и друге опструкције (фактор 1), експлоатација (фактор 2) и неприкладно поступање према странкама (фактор 3). Повећање радног искуства, старости и дужине радног стажа, те позиције, могу утицати на успешније усвајање етичких принципа. Када су у питању процесне и друге опструкције (фактор 1) као и експлоатација (фактор 2), испитаници 31–40 година старости исказивали су најблажа уверења, док је, када је у питању неприкладно поступање према странкама (фактор 3) то била најмлађа категорија испитаника, где је ранг такође опадао са растом година испитаника.

Табела 2: Утицај старости³⁰

Назив фактора	Фактор 1	Фактор 2	Фактор 3	Фактор 4
	Процесне и друге опструкције	Експлоатација	Неприкладно поступање према странкама	Однос према приправницима
18–23 (Сред. ранг)	123,43	150,44	209,67	170,01
24–30 (Сред. ранг)	176,24	176,88	157,54	153,65
31–40 (Сред. ранг)	185,68	178,98	153,85	178,85
41 и преко (Сред. ранг)	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

Табела 3 приказује утицај радног искуства на етичка уверења испитаника. Испитаници³¹ су подељени на две категорије, „почетнике“ и „искусне“, на основу година радног искуства, где границу преласка из једне у другу категорију представља постојање две године радног искуства. Испитаници почетници у већој мери подржавају неетичка поступања у вези са неприкладним поступањем према странкама (фактор 3). Код других фактора нису утврђене статистички значајне разлике између категорија испитаника.

Табела 3: Утицај радног искуства

Назив фактора	Фактор 1	Фактор 2	Фактор 3	Фактор 4
	Процесне и друге опструкције	Експлоатација	Неприкладно поступање према странкама	Однос према приправницима
Почетници (Сред. ранг)	98,31	110,32	120,45	106,82
Искусни (Сред. ранг)	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

³⁰ Различитим преуређивањем старосних граница у категоријама, ради испитивања веродостојности избора, конзистентно је откривен тренд идентичан оном приказаном у табели 2.

³¹ Испитаници студенти искључени су из анализе приликом спровођења овог теста.

Табела 4 приказује утицај старости на етичка уверења испитаника. Испитаници исказују статистички значајне разлике када су у питању фактори 1 и 3. Студенти исказују најблажа уверења поводом неприкладног поступања према странкама (фактор 3), приправници нешто строжа, а адвокати најстрожа. Са друге стране, када су у питању процесне и друге опструкције (фактор 1), где студенти имају строжа уверења, приправници исказују нешто блажа, а адвокати исказују најблажа уверења.

Табела 4: Утицај позиције

Назив фактора	Фактор 1	Фактор 2	Фактор 3	Фактор 4
	Процесне и друге опструкције	Експлоатација	Неприкладно поступање према странкама	Однос према приправницима
Адвокат (Сред. ранг)	190,15	163,28	125,66	166,16
Приправник (Сред. ранг)	167,71	182,14	165,25	162,61
Студент (Сред. ранг)	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

Сходно приказаном, старост представља важну детерминанту етичких уверења. Међутим, у односу на процесне и друге опструкције (фактор 1) и експлоатацију (фактор 2), постоји нелинеаран однос између година старости и етичких уверења. Код ових фактора, са растом година старости, уверења се крећу од строжих ка блажим а након четрдесете године живота испитаници поново исказују строжа уверења. Делује да су испитаници старости 31–40 најподложнији ублажавању етичких уверења у односу на ове факторе. Могући разлог је то што је то период у оквиру ког је најизраженија потреба за стицањем и одржавањем сопствене позиције у оквиру професије. То може да утиче на реevaluацију етичких уверења испитаника у том периоду у односу на ранији период. Када је у питању неприкладно поступање према странкама (фактор 3), уверења испитаника крећу се од блажих ка строжим што су испитаници старији. Повећање година живота, веће радно искуство, и боља професионална позиција, теоретски би требало да утичу на пословну оствареност, упознатост са правилима и стањем у пракси, на подобност индивидуе да имплементира строжи однос према етички неприхватљивим понашањима као сопствена начела. Утврђено је да испитаници са више радног искуства, исказују строжа етичка уверења, међутим

испитаници адвокати исказали су блажа уверења када су у питању процесне и друге опструкције (фактор 1), а строжа уверења када је у питању неприкладно поступање према странкама (фактор 3).

Штавише, када су у питању опструкције, студенти су имали најстрожа уверења, затим приправници, а адвокати најблажа. Када је у питању неприкладно поступање према странкама, тренд је обратан. Поставља се питање узрока наведене разлике. Да ли испитаници адвокати, управо због бољег познавања прописа и познавања стања у правосуђу исказују блажа уверења? Да ли исказују строжа уверења према неприкладном поступању према клијентима због одржања и повећања сопственог благостања? Процесне опструкције се такође могу посматрати кроз призму клијената, односно, из перспективе уверења адвоката и приправника, оне могу бити у интересу клијента. И поред постојећих питања која изискују даље спровођење нових истраживања, неспорно је да испитиване детерминанте доводе до снажног утицаја на уверења испитаника када су у питању различити посматрани фактори.

6. ЗАКЉУЧАК И ПРЕПОРУКЕ

У овом раду спроведено је испитивање етичких уверења различитих категорија правника у Србији и дефинисани фактори који утичу на њихово формирање, и промену. Анализом утицаја социодемографских чинилаца на етичка уверења студената, приправника и адвоката, откривено је значајно одступање уверења испитаника од начела прописаних Кодексом. Могуће је тумачење да правници или не подржавају Кодекс, или да нису подробно упознати са прописаним одредбама, или да су упознати али да Кодекс не представља значајан корективни фактор у односу на њихова уверења и последично на понашање.

Иако су испитивана уверења у односу на хипотетичке случајеве, могуће је увидети чиме се испитаници руководе и истовремено извести посредне закључке о степену њихове информисаности у вези са Кодексом. Добијени резултати индикативни су и када је у питању намера те у крајњем случају понашање. Уверења воде ка понашањима и представљају фацилитаторе за понашања. Позитивну страну представља чињеница да је поштовање поверљивости клијената прихваћено као исправно понашање од стране готово 80% испитаника, као и чињеница да је уочен тренд да се са старомашћу одређена уверења испитаника коригују и постају строжа.

Какве су практичне импликације овог рада? Налази указују да млађи правници исказују знатно блажа уверења, стога, први корак ка

усклађивању уверења и Кодекса свакако изискује едукативне мере, у оквиру којих би се на адекватан начин утицало на формирање и промену њихових уверења. То могу бити студијски курсеви у оквиру којих им се пружа шанса да се пре запослења упознају са етичким принципима које би били дужни да поштују приликом будућег бављења адвокатуром. Такође је могуће, током основних наставних програма, указати већу пажњу етичким проблемима и проблематичним ситуацијама које се могу појавити у пракси, али је могуће и спровођење циљане едукације дипломираних правника и приправника, након завршетка факултета. Не би требало занемарити ни утицај организовања научно-стручних скупова, дебата и симпозијума посвећених овој области.

Будућа истраживања је свакако могуће побољшати. Формирани упитник представља први корак анализе етичких уверења правника у Србији али садржи ограничен број објашњавајућих променљивих (нпр. могуће је укључити и променљиве које описују имовински статус, доминантну област права којом се испитаник бави, регион, брачни статус, итд). Резултате је такође могуће даље анализирати коришћењем мултиваријационе регресионе анализе. Додавањем нових, потенцијално значајних предиктора, могуће је идентификовати додатне факторе који утичу на формирање и промену етичких уверења правника у Србији и тиме остварити даљи допринос разматрању ове слабо истражене теме.

Пожељно је спровођење и компаративне анализе разлика између уверења и пријављеног понашања као и анализе утицаја казних мера на уверења и понашање различитих категорија правника. Тиме би се створила адекватна основа за формулацију конкретних превентивних мера едукативног, казненог или другог карактера. На пример, било би могуће открити да ли је и на који начин неопходно поштрити дисциплинску и казнену политку у адвокатури, а смањили би се потенцијални друштвени трошкови које проузрокују неусклађена уверења правника у односу на Кодекс професионалне етике и увећало поверење јавности у адвокатуру као професију.

ПРИЛОГ А

Табела А1.

Уверења и факторска структура инструмента

Садржај ставке	Уверење о етичности поступка					Avg.	Главна компонента % објашњене варијансе			
	1	2	3	4	5		1	2	3	4
Фактор 1 – Процесне и друге опструкције										
Давање неоснованих разлога за одлагање рочишта као вид процесне опструкције.	27,7%	29,2%	23,7%	11,7%	7,7%	2,42	,69	,13	,23	,20
Изношење података и информација у поднесцима уз знање да нису истинити.	63,1%	17,8%	11,1%	3,4%	4,6%	1,69	,73	,21	,29	,15
Сакривање доказа који би могли угрозити добробит клијента.	41,8%	24,3%	15,1%	8,0%	10,8%	2,22	,70	,29	,02	,22
Утицање на сведока да промени исказ.	59,4%	16,6%	13,5%	5,2%	5,2%	1,80	,53	,42	,31	,17
Правдање приватних трошкова као трошкова адвокатске канцеларије.	65,2%	13,5%	8,6%	3,7%	8,9%	1,78	,53	,26	,12	,41
Фактор 2 – Експлоатација										
Улажење у сексуални однос са клијентом.	69,5%	12%	8%	1,8%	8,6%	1,68	,20	,81	,30	,03
Неприкладно размишљање о односу са клијентом.	64,6%	11,7%	8,3%	4,9%	10,5%	1,85	,08	,82	,26	,03
Прихватање скупог поклона од клијента.	40,3%	21,2%	19,1%	8,9%	10,5%	2,28	,39	,66	,01	,33
Давање поклона или новца особама које Вам упућују клијенте.	53,2%	15,7%	16,6%	8%	6,5%	1,99	,24	,55	,30	,30
Упућивање клијента колегама у замену за новац.	59,7%	19,7%	10,5%	3,7%	6,5%	1,78	,36	,51	,38	,22
Наплаћивање услуга клијентима по другим ценама у односу на оне прописане адвокатском тарифом.	47,1%	19,4%	17,8%	5,8%	9,8%	2,12	,30	,53	,14	,38
Фактор 3 – Неприкладно поступање према странкама										
Дискриминација клијента због тога што је приправник ромске етничке групе.	71,7%	12,3%	5,5%	4,3%	6,2%	1,61	,28	,21	,60	,10
Одавање поверљивих информација о клијенту после његове смрти.	73,8%	14,5%	6,2%	,6%	4,9%	1,48	,41	,27	,63	,05
Откривање поверљивих података о клијенту пријатељима.	82,2%	9,2%	3,4%	,9%	4,3%	1,36	,40	,24	,67	,07
Прихватање случаја иако је шанса да клијент добије спор скоро непостојећа.	19,7%	29,5%	22,8%	15,7%	12,3%	2,71	,25	,12	,63	,26
Одијање пружања услуга клијенту који је оптужен за свиреп злочин.	32,3%	28,6%	20,9%	8,9%	9,2%	2,34	,04	,09	,58	,03
Састављање сувишних поднесака.	47,1%	26,5%	16%	5,5%	4,9%	1,95	,28	,14	,61	,32
Нападање противничке стране у спору коришћењем пежоративних придева или блаћењем њене личности.	82,2%	8,6%	2,5%	1,5%	5,2%	1,39	,41	,39	,58	,03
Фактор 4 – Однос према приправницима										
Исплаћивање плате приправнику „на руке“.	44,6%	20,6%	13,8%	8,6%	12,3%	2,23	,35	,13	,04	,74
Потписивање уговора о волонтирању са приправницима ради избегавања плаћања пореза и доприноса.	60,9%	16,0%	10,8%	5,2%	5,2%	1,82	,13	,15	,19	,82

1 Без сумње неетично понашање (никада етично), 2 Етично понашање у ретким ситуацијама, 3 Понашање које је понекад етично, 4 етично понашање у већини ситуација (често етично), 5 Без сумње етично понашање

ЛИТЕРАТУРА (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 For-giving 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, Nancy 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. у *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.
- Република Србија, Републички завод за статистику. 2019. *Високо образовање 2018/2019*. Београд: Републички завод за статистику. (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. *Branich* 130(1–4)/2017: 103–113.
- Vuković, Danilo, Valerija Dabetić, Samir Forić. Prihvaćeno za objavljivanje. Serbia and Bosnia and Herzegovina, у *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.

УДК 378-057.177:34(497.11)“1945/1946”

CERIF: H250, H260

DOI: 10.5937/AnaliPFB2002169P

Др Драган Пантић*

КО ЈЕ БИО ПРВИ ДЕКАН ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ ПОСЛЕ ДРУГОГ СВЕТСКОГ РАТА

Историја Правног факултета у Београду у бурном периоду непосредно након завршетка Другог светског рата није до сада детаљније проучавана. Аутор је у раду делимично осветлио тај период покушавајући да разреши дилему ко је био први декан Правног факултета у Београду након ослобођења. Према подацима из факултетских хроника, то је био проф. др Јован Ђорђевић. Међутим, у релевантној архивској грађи налазимо другачије податке, према којима је први изабрани декан Правног факултета у Београду након завршетка Другог светског рата био проф. др Милан Бартош.

Кључне речи: *Правни факултет у Београду. – Декан. – Други светски рат. – Милан Бартош. – Јован Ђорђевић.*

1. УВОД

Правни факултет у Београду је угледна високошколска установа која заслужује да њена историја буде детаљно проучена. Највећи допринос у истраживању историје Правног факултета у Београду припада бившем професору и декану Љубици Кандић, која је резултате до којих је дошла објавила у вредним монографијама под насловом *Историја Правног факултета у Београду*. Истраживања су објављена у три књиге које је издао Завод за уџбеника и наставна средства у Београду. Прву књигу проф. Кандић је написала заједно са бившом професорком тог факултета Јеленом Даниловић и она је обухватила период 1808–1905. године (Кандић, Даниловић 1997). У

* Адвокат у Великом Градишту, dr.pantic68@gmail.com.

другој књизи објављеној у два тома, обрађен је период 1905–1941. године (Кандић 2002). Трећа књига се бавила судбином Правног факултета у Београду у ратном периоду 1941–1945. године (Кандић 2005).

За разлику од ранијих периода који су исцрпније проучавани, историја Правног факултета у Београду у првим годинама након Другог светског рата није детаљније истраживана. Тај период је озбиљније обрађиван само у једној монографији која се бави судбином београдског и суботичког Правног факултета у ратном периоду и првим месецима након ослобођења (Симић 1996, 121–140) и једном чланку у којем се обрађује период непосредно након завршетка Другог светског рата и приказују бројне тешкоће са којима се Факултет суочавао у настојању да створи услове за почетак прве послератне школске године (Пантић 2015, 154–173).

Једна од дилема из тог периода јесте ко је био први декан Правног факултета у Београду након Другог светског рата. Одговор на то питање наизглед не би требало да представља посебну тешкоћу. У публикацији коју је факултет објавио поводом јубилеја сто педесет година од почетка рада наводи се да је декан 1945, 1945/46. године био проф. Јован Ђорђевић (Правни факултет Универзитета у Београду 1991, 85). И у следећој јубиларној публикацији факултета поводом сто шездесет пет година од почетка рада Факултета наводи се да је декан 1945/46. године био проф. Јован Ђорђевић (Јовановић, ур. 2006, 72). Најистакнутији истраживач и хроничар историје Правног факултета у Београду проф. Љубица Кандић у свом животном делу *Историја Правног факултета у Београду* забележила је податак да је професор Јован Ђорђевић био први вршилац дужности декана Правног факултета по ослобођењу, а затим први изабрани декан 1945. године (Кандић 2005, 274). На мермерној плочи у холу испред Деканата Факултета на којој су уписана имена свих досадашњих декана са годинама у којима су обављали ту функцију, налази се податак да је декан 1945/46. године био проф. Јован Ђорђевић.

Међутим, проучавајући архивску грађу о Правном факултету у Београду која се односи на прве године након ослобођења, дошли смо до неких другачијих знања, која могу ставити под сумњу податак да је то тачно.

2. ОБНОВА РАДА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ НЕПОСРЕДНО ПОСЛЕ ОСЛОБОЂЕЊА

Већ првих дана након ослобођења Београда отпочело се са припремама за обнову рада Универзитета. Главни народноослободи-

лачки одбор Србије донео је одлуку 1. новембра 1944. године којом је установљена Комисија за обнову Универзитета која је имала задатак да сагледа постојеће стање на Универзитету, да води његове послове и да предузима све мере за његову обнову.¹ Истог дана Главни народноослободилачки одбор Србије је донео одлуку којом је суспендовао са дужности све дотадашње универзитетске власти: ректора, проректора, административног директора, све декане, профдекане и чланове универзитетских управних тела. Пријем тог акта својеручним потписом потврдио је дотадашњи декан Правног факултета др Реља Поповић 3. новембра 1944. године.²

У рад обновљеног Универзитета активно су били укључени наставници Правног факултета. Комисија је одлуком од 8. новембра 1944. године за административне послове у Ректорату одредила професоре Правног факултета у Београду др Николу Стјепановића, који је имао надлежност да води опште послове Секретаријата и администрације Универзитета, и др Борислава Благојевића, који је био задужен за послове универзитетских задужбина, фондова и добара.³ Комисија је на седници од 13. децембра 1944. године одлучила да дужност секретара Универзитета врши др Миливоје Марковић, доцент Правног факултета.⁴

На основу одлуке Главног народноослободилачког одбора Србије од 1. новембра 1944. године Комисија за универзитетске послове је на својој седници од 3. новембра 1944. године одредила др Јована Ђорђевића, да води све послове који спадају у делокруг декана тог факултета.⁵ Као вршилац дужности декана, морао је да решава бројне проблеме. Зграда је у већој мери била руинирана током боравка немачке и ослободилачке војске. Наставни кадар је био ускраћен за многа значајна имена јер су неки професори стрељани за време рата од окупатора (Ђорђе Тасић и Михајло Илић), а друге је након ослобођења нова власт уклонила са факултета неки су стрељани (Илија Пржић), а други одстрањени као неподобни (Тома Живановић,

¹ Комисију су сачињавали: др Сениша Станковић, др Борислав Стевановић, др Васо Чубриловић, др Сретен Шљивић, др Баја Бајић, др Јеврем Недељковић, др Јован Ђорђевић, др Стеван Ђелинео, др Петар Колендић, др Александар Леко и др Младен Јосиповић. Архив Србије, Фонд Г–200, Ректорат Београдског универзитета, Комисија за обнову, фасцикла I, бр. 905/45.

² Архив Србије, Фонд Г–205, Правни факултет, Општа архива, година 1944–45, фасцикла XIX

³ *Ibid.*, одлука достављена Правном факултету у Београду дописом Комисије под бројем 8. од 9. новембра 1944. године.

⁴ *Ibid.*, одлука достављена Правном факултету у Београду дописом Комисије под бројем 208 од 14. децембра 1944. године.

⁵ *Ibid.*, бр. 686/44 одлука достављена Правном факултету у Београду дописом Комисије за универзитетске послове под ознаком „службено“ од 4. новембра 1944. године.

Александар Соловјев, Божидар С. Марковић, Тихомир Васиљевић, Адам Лазаревић итд.) Великим трудом и залагањем проф. Јована Ђорђевића задржан је већи део просторија у факултетској згради, а наставни кадар је консолидован од преосталих наставника Правног факултета у Београду и Правног факултета у Суботици, који је након ослобођења укинута, па је преостале наставнике преузео Правни факултет у Београду.

3. ИЗБОР ПРВОГ ДЕКАНА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ ПОСЛЕ ДРУГОГ СВЕТСКОГ РАТА

Већ крајем августа 1945. године створени су услови да се приступи избору сталних руководстава на Универзитету и факултетима, како би се што боље припремио почетак прве школске године након ослобођења. На основу Уредбе о универзитетским властима и особљу Универзитета у Београду, Комисија за обнову Универзитета организовала је избор ректора, проректора и декана свих факултета за школску 1945/46. годину. Избор је обављен на скупу универзитетских професора и доцента 28. августа 1945. године. Први изабрани декан Правног факултета у Београду након ослобођења био је проф. Милан Бартош. Три дана касније, Министарство просвете Србије потврдило је избор проф. Бартоша за декана.⁶ Истим актом је дотадашњи вршилац дужности декана проф. Јован Ђорђевић изабран за продекана за школску 1945/46. годину.

Проф. Милан Бартош је обављао дужност декана све до 10. октобра 1946. године када је на факултетском савету за декана за следећу школску годину изабран проф. др Миодраг Аћимовић. Ту одлуку је 12. октобра 1946. године потврдило Министарство просвете Народне Републике Србије.⁷

Име декана Милана Бартоша не спомиње се у факултетским анализама вероватно због тога што је претежни део школске 1945/46. године био одсутан са факултета. Професор Милан Бартош се у периоду након ослобођења земље и повратка из заробљеништва одмах јавио на дужност на Правном факултету.⁸ Међутим, као експерта за међународно право нова власт га је ангажовала на државничким пословима у иностранству, тако да је продекан проф. Јован Ђорђевић

⁶ Архив Србије, Фонд Ректорат Београдског универзитета, Комисија за обнову универзитета, фасцикла разно, бр. 2696/45.

⁷ *Ibid.*, бр. 4182/46.

⁸ Проф. Милан Бартош се из заробљеништва вратио 15. априла 1945. године, а на редовну дужност на Правном факултету у Београду се јавио 16. априла 1945. године (Симић, 140).

већи део те школске године обављао послове декана. Професора Бартоша је у извођењу наставе на предмету међународно приватно право замењивао проф. Борислав Благојевић, који је те школске године предавао више предмета (римско право, наследно право, међународно приватно право, радно право).

4. ДЕЛАТНОСТ ПРОФ. МИЛАНА БАРТОША НА ФУНКЦИЈИ ДЕКАНА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

Након избора за декана у време док је још био у земљи, проф. Бартош је био активно укључен у рад Факултета. Нарочито је запажена његова активност на пословима декана у данима пред свечано отварање Факултета, 3. новембра 1945. године, након чега је отпочела настава.⁹ У том смислу су значајне биле седнице Савета Правног факултета од 25. и 29. октобра 1945. године на којима су донете све значајније одлуке у вези са почетком рада факултета. Тим седницама, на којима су усвојени наставни планови, решавани кадровски проблеми, донете су одлуке о почетку рада факултета, организацији наставе и испита и утврђивању распореда часова, руководио је проф. Бартош као декан. У неким одлукама донетим на седницама Савета факултета он је обавештавао Ректорат Универзитета и тражио инструкције или потврду одлука.

Тако је 26. октобра 1945. године упутио допис Ректорату у коме се наводи да се на седници факултетског Савета од 25. октобра 1945. године расправљало о наставницима Велизару Митровићу и Радомиру Живковићу које је изабрало Министарство просвете, а нису се одазвали позиву да се јаве на Факултет. У допису декан Бартош наводи да је проф. Митровић болестан и да се налази у Врњачкој Бањи, где је његово стално пребивалиште, те да му је упутио писмо у коме га моли да се изјасни да ли ће се јавити на дужност до почетка наставе.¹⁰

Истог дана декан Бартош упућује допис Ректорату Универзитета у коме наводи да је Савет факултета примио знању обавештење да је доцент Радомир Живковић одређен за сталног делегата при Међународној комисији за ратне злочине у Лондону и да ће на тој дужности бити заузет у току целог зимског семестра те моли Ректорат

⁹ Свечана академија којом је обележен почетак рада факултета одржана је 3. новембра 1945. године у амфитеатру V уз присуство бројних гостију међу којима су били председници свих судова са територије града Београда и представници војних команди. Штампана је обавестила јавност о почетку рада факултета: *Политика* бр. 12130 (1945, 5) и *Борба* бр. 268 (1945, 3).

¹⁰ Архив Србије, Фонд Ректорат Београдског универзитета, Комисија за обнову универзитета, фасцикла разно, бр. 1002/45.

да од Председништва Савезне владе – Персонално одељење прибави извештај о томе чијом одлуком је он постављен за сталног делегата у Лондону и колико ће још остати на тој дужности.¹¹

Декан Милан Бартош је 30. октобра 1945. године упутио допис Ректорату Универзитета у коме их обавештава да је факултетски Савет на седници од претходног дана на предлог др Михаила Константиновића и др Милана Бартоша, једногласно изабрао Драгомира Стојчевића, асистента и докторанда права, за хонорарног наставника за предмет римско право и моли да се тај избор потврди.¹²

Професор Бартош, као декан факултета, морао је да се стара и о смештајним проблемима у згради факултета и да обезбеди довољно просторија за несметано одржавање наставе. У току рата многе факултетске зграде биле су оштећене и неупотребљиве, те је након ослобођења већини факултета било тешко да обезбеде адекватне просторије за одржавање наставе. Зграда Правног факултета је била релативно нова, грађена у модерничком стилу и комфорна за оно време.¹³ Без знатнијих спољашњих оштећења дочекала је крај рата.¹⁴ Стога је од Правног факултета захтевано да уступи део својих просторија за потребе других факултета.¹⁵ У допису од 26. октобра 1945. године декан проф. Бартош обавештава Ректорат да нису у могућности да удовоље захтевима других факултета јер су већ уступили сутеренске просторије које се састоје од једног амфитеатра, две семинарске собе и осам кабинета, у које је усељен Физички завод

¹¹ *Ibid.*, бр. 1003/45.

¹² *Ibid.*, бр. 1040/45.

¹³ Зграда Правног факултета је саграђена у периоду 1937–1940. године, а отворена је за студенте у јесен 1940. године

¹⁴ Унутрашњост просторија и намештај били су знатније оштећени. Након ослобођења Београда 20. октобра 1944. године у зграду Факултета уселила се најпре совјетска ослободилачка војска, која је ту боравила до 5. новембра 1944, а затим и јединице Народноослободилачке војске, које су зграду користиле као касарну. То је још више допринело да се погорша ионако лоше стање просторија које су биле руиниране и оштећене боравком немачке војске у њима. О томе да је Народноослободилачка војска додатно наносила штету згради и намештају говори и писмени акт вршиоца дужности декана упућен Комисији за обнову Универзитета у коме их обавештава да је зграда у бедном стању, да су оштећене инсталације централног грејања и канализације, да је намештај делом разнет, а војници оштећују намештај и цепају дрва по подовима, услед чега је дошло до оштећења подова у већини просторија, а у недостатку дрва и угља за огрев користе и сам преостали намештај. Архив Србије, Фонд Г–205, фасцикла XIX.

¹⁵ Ректорат је својим актом бр. 3542 од 24. октобра 1945. године тражио да се за потребе Филозофског факултета односно смештај Географског и Педагошког института и других делова тог факултета, уступе десно крило првог спрата са два семинара, слушаоницом, амфитеатром и свим кабинетима, и просторије у приземљу и то: слушаоница, два кабинета и још две просторије поред слушаонице. Архив Србије Фонд Г–205, фасцикла XIX, бр. 974/45.

и да су у могућности да уступе још само два семинара и пет кабинета на левом крилу приземља. Тиме би на располагању Правном факултету, осим амфитеатара и слушаоница за одржавање наставе на редовним студијама, остало још седам семинара за докторски курс и посебне течајеве и 28 кабинета за наставнике, од којих би пет морало да се претвори у семинаре.¹⁶

Професор Бартош је у тешко време после ослобођења показао предузимљивост у руковођењу факултетом, својствену савременим менаџерима, способност да обезбеди финансијска средства за потребе факултета. Тако је омогућио да се неке од просторија, које нису биле неопходне за одржавање наставе, издају уз надокнаду, да би приход од наплаћене закупнине користио Факултет. Петог новембра 1945. године упутио је Ректорату Универзитета допис у коме их обавештава да је Омладинско фискултурно друштво „Црвена звезда“ – користило факултетску салу на име чега им је наплаћена накнада коју у прилогу достављају са предлогом да се отвори посебна партија „Накнада за употребу сале на Правном факултету“, где би се књижила наплаћена закупнина, као и она која се буде убудуће наплаћивала за коришћење сале, а прикупљени новац би се искористио за одржавање сале и друге потребе факултета.¹⁷

То је само део забележених активности проф. Бартоша на пословима декана факултета, на основу чега се може закључити да он није био само формално изабран за декана за школску 1945/46 годину, већ да је ту дужност обављао савесно и предано када је био у земљи.

5. СВЕДОЧАНСТВА О ИЗБОРУ ПРОФ. МИЛАНА БАРТОША НА ФУНКЦИЈУ ДЕКАНА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

Податак да је проф. Бартош био декан у првој школској години након ослобођења потврђују у својим мемоарским записима и поједини његови савременици, тадашњи наставници Правног факултета у Београду, као што је чувени предратни правник и политичар Драгољуб Јовановић, који је након завршетка рата накратко био враћен на Правни факултет. Као хонорарни наставник др Јовановић је изводио наставу из предмета политичка економија школске 1945/46. године, након чега је био политички прогоњен од нове власти и одстрањен са Универзитета. Он у својим мемоарским записима наводи да је у лето 1946. године, у време када је стигао налог да

¹⁶ Архив Србије, Фонд Г–205, фасцикла XIX.

¹⁷ *Ibid.*, бр. 927/45.

буде уклоњен са Факултета дужност декана вршио Јован Ђорђевић, пошто је декан Милан Бартош био заузет важнијим државним пословима (Јовановић 2008, 153) .

Занимљиво је да је у енциклопедијским издањима „*Ко је ко у Југославији*“ који су представљали неку врсту биографских лексикона живих савременика на различит начин интерпретиран део биографије др Милана Бартоша који се односи на његову дужност декана. У издању из 1957. године наводи се да је 1945. године Милан Бартош био декан Правног факултета, а од 1946. године хонорарни редовни професор (Јанковић, Милановић ред. 1957, 45). Међутим, у издању из 1970. године, за које је предговор написао управо проф. Милан Бартош, такав податак недостаје, а наводи се само да је он после рата био професор Правног факултета (Рајовић, гл. ред. 1970, 57). Српска академија наука и уметности (САНУ), чији је био редовни члан, секретар (1961–1965) и потпредседник (1965–1971), објавила је у његовој биографији податак да је 1945. године био декан Правног факултета у Београду (САНУ, 2020).

6. ЗАКЉУЧАК

Из доступне архивске грађе која се односи на делатности Правног факултета у Београду непосредно након завршетка Другог светског рата, недвосмислено произилази да је вршилац дужности декана у периоду након ослобођења, од 3. новембра 1944. до 28. августа 1945. године био проф. др Јован Ђорђевић. Њему припадају највеће заслуге за решавање бројних тешкоћа са којима се факултет суочио у тим данима да би се створили услови за обнову рада факултета и почетак наставе. Међутим, први изабрани декан Правног факултета у Београду за школску 1945/46. годину био је проф. др Милан Бартош, који је на ту функцију изабран 28. августа 1945. године. Због државничких послова у иностранству већи део те школске године био је одсутан са факултета, па је факултетом управљао продекан Јован Ђорђевић. Међутим, када је био у земљи, проф. Бартош је активно обављао дужност декана факултета. Таква активност је нарочито запажена на седницама Савета на којима су донете све значајније одлуке у вези са почетком рада факултета. Стога сматрамо да би у факултетске хронике требало уписати податак да је вршилац дужности декана 1944/45. године у време припрема за почетак рада факултета био проф. др Јован Ђорђевић, а да је први изабрани декан Правног факултета у Београду након Другог светског рата за школску 1945/46. годину, био проф. др Милан Бартош.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Борба*. 1945. Свечана академија поводом отварања Правног факултета. 5. новембар 1945, бр. 268. (*Borba*. 1945. Svečana akademija povodom otvaranja Pravnog fakulteta. 5. novembar 1945, br. 268.)
- Јанковић Славко, Михајло Милановић, ред. 1957. *Ко је ко у Југославији: биографски подаци о југословенским савременицима*. Београд: Седма сила. (Janković Slavko, Mihajlo Milanović, red. 1957. *Ko je ko u Jugoslaviji: biografski podaci o jugoslovenskim savremeniciма*. Beograd. Sedma sila.)
- Јовановић, Драгољуб. 2008. *Медаљони, књига IV*. Београд: Службени гласник. (Jovanović, Dragoljub. 2008. *Medaljoni, knjiga IV*. Beograd: Službeni glasnik.)
- Јовановић, Миодраг, ур. *Сто шездесет пет година Правног факултета Универзитета у Београду: 1841–2006*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. (Jovanović, Miodrag, ur. *Sto šezdeset pet godina Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu: 1841–2006*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.)
- Кандић, Љубица, Јелена Даниловић. 1997. *Историја Правног факултета у Београду 1808–1905*. Београд: Завод за уџбенике и наставна средства. (Kandić, Ljubica, Jelena Danilović. 1997. *Istorija Pravnog fakulteta u Beogradu 1808–1905*. Beograd: Zavod za udžbenike i nastavna sredstva.)
- Кандић, Љубица. 2002. *Историја Правног факултета у Београду 1905–1941, друга књига, I–II том*. Београд: Завод за уџбенике и наставна средства. (Kandić, Ljubica. 2002. *Istorija Pravnog fakulteta u Beogradu 1905–1941, druga knjiga, I–II tom*. Beograd: Zavod za udžbenike i nastavna sredstva.)
- Кандић, Љубица. 2005. *Историја Правног факултета у Београду 1941–1945, трећа књига*. Београд: Завод за уџбенике и наставна средства. (Kandić, Ljubica. 2005. *Istorija Pravnog fakulteta u Beogradu 1941–1945, treća knjiga*. Beograd: Zavod za udžbenike i nastavna sredstva.)
- Пантић, Драган Д. 2/2015. Обнова рада Правног факултета у Београду непосредно после завршетка Другог светског рата. *Анали Правног факултета у Београду* 63: 154–173. (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.)
- Политика*. 1945. Правни факултет је отпочео рад. 4. новембар 1945, бр. 12130 (*Politika*. 1945. Pravni fakultet je otpočeo rad. 4. novembar 1945, br. 12130)

- Правни факултет Универзитета у Београду. 1991. *Сто педесет година Правног факултета: 1841–1991*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. (Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu. 1991. *Sto pedeset godina Pravnog fakulteta: 1841–1991*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.)
- Рајовић, Радошин, гл. ред. 1970. *Ко је ко у Југославији: југословенски савременици..* Београд: Хронометар. (Rajović, Radošin, gl. red. 1970. *Ko je ko u Jugoslaviji: jugoslovenski savremenici*. Beograd: Hronometar.)
- Симић Миодраг. 1996. *Београдски и суботички Правни факултет: 1941–1945*. Београд: Публик прес. (Simić Miodrag. 1996. *Beogradski i subotički Pravni fakultet: 1941–1945*. Beograd: Publik pres.)
- Српска академија наука и уметности. 2020. Милан Бартош. <https://www.sanu.ac.rs/clan/milan-bartos/>, последњи приступ 4. априла 2020. (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.

АНАЛИЗА ЗАКОНОДАВСТВА

УДК 347.962.1(497.11)

CERIF: S130

DOI: 10.5937/AnaliPFB2002179B

Др Никола Бодирога*

О ПРЕСТАНКУ СУДИЈСКЕ ФУНКЦИЈЕ НАВРШЕЊЕМ РАДНОГ ВЕКА

Устав Републике Србије садржи једанаест чланова којима се утврђују начела на којима је судство организовано, као и гаранције судске независности. Основи за престанак судијске функције уређени су Уставом, то јест они су набројани у члану 148, став 1 Устава, али је законодавцу препуштена њихова детаљна разрада, као и уређење самог поступка за престанак судијске функције и заштита права судије у том поступку. Један од начина престанка судијске функције јесте и навршење радног века. Законом о судијама прописан је различит правни режим за престанак судијске функције навршењем радног века зависно од тога да ли судија врши функцију у Врховном касационом суду или у неком другом суду, као и посебна правила за престанак судијске функције судије који је председник суда. У раду анализирамо различите правне режиме у погледу престанка судијске функције навршењем радног века и преиспитујемо постојање разлога који би те разлике оправдали.

Кључне речи: *Престанак судијске функције. – Навршење радног века. – Председник суда. Врховни касациони суд. – Уставни суд.*

1. О РАЗЛОЗИМА ЗА ПРЕСТАНАК СУДИЈСКЕ ФУНКЦИЈЕ

У члану 148 Устава набројане су ситуације у којима може престати судијска функција. То се може догодити на захтев самог судије, испуњењем законом прописаних услова или разрешењем из законом предвиђених разлога, као и ако судија не буде изабран на сталну

* Редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, bodiroga@ius.bg.ac.rs.

судијску функцију. Основи и разлози за престанак судијске функције ближе се уређују законом.

Четврта глава Закона о судијама (ЗС)¹ носи назив „Престанак судијске функције“. Судијска функција престаје на захтев судије, кад судија наврши радни век, кад трајно изгуби радну способност за обављање судијске функције, кад не буде изабран на сталну функцију или кад буде разрешен (члан 57, став 1 ЗС). Одлуку о престанку судијске функције доноси Високи савет судства и против ње судија може изјавити приговор Високом савету судства у року од 15 дана од дана достављања одлуке (члан 57, став 2 ЗС). Високи савет судства може одбацили приговор ако није изјављен у року, усвојити приговор и изменити одлуку о престанку функције или одбити приговор и потврдити одлуку о престанку функције (члан 57, став 3 ЗС). Одлука о престанку судијске функције постаје правноснажна када је потврђена у поступку по приговору или истеком рока за изјављивање приговора ако приговор није изјављен (члан 57, став 4 ЗС). Против правноснажне одлуке Високог савета судства може се изјавити жалба Уставном суду.

Судија који жели да му функција престане подноси писмени захтев Високом савету судства (члан 58, став 1 ЗС). Захтев може бити повучен док функција судији не престане одлуком Високог савета судства или истеком рока предвиђеног овим законом (члан 58, став 2 ЗС). Ако о захтеву за престанак функције не буде одлучено у року од 30 дана, сматра се да је судији функција престала истеком рока од 30 дана од дана подношења захтева (члан 58, став 3 ЗС). У осталим случајевима судијска функција престаје оног дана који Високи савет судства наведе у својој одлуци (члан 58, став 4 ЗС). Ако судија после покренутог поступка за разрешење поднесе захтев за престанак функције, он се не разматра до окончања поступка за разрешење (члан 58, став 5 ЗС).

Судији престаје судијска функција када се на основу мишљења стручне комисије надлежног органа утврди да је због здравственог стања неспособан за вршење судијске функције (члан 60, став 1 ЗС). Одлуку о упућивању на обавезан здравствени преглед доноси Високи савет судства, на предлог председника суда, председника непосредно вишег суда и самог судије (члан 60, став 2 ЗС).

Судији који је први пут биран, а не буде изабран на сталну судијску функцију, престаје судијска функција даном истека трогодишњег мандата, на основу образложене одлуке Високог савета судства (члан 61 ЗС).

¹ Закон о судијама – ЗС, *Службени гласник РС* 116/2008, 58/2009 – одлука УС, 104/2009, 101/2010, 8/2012 – одлука УС, 121/2012, 124/2012 – одлука УС, 101/2013, 111/2014 – одлука УС, 117/2014, 40/2015, 63/2015 – одлука УС, 106/ 2015, 63/2016 – одлука УС, 47/2017.

Судија се разрешава кад је осуђен за кривично дело на безусловну казну затвора од најмање шест месеци или за кажњиво дело које га чини недостојним судијске функције, кад нестручно врши функцију или због учињеног тешког дисциплинског прекршаја (члан 62 ЗС). Нестручним се сматра недовољно успешно вршење судијске функције, ако судија добије оцену „не задовољава“, сходно критеријумима и мерилима за вредновање рада судија (члан 63 ЗС).

Судији престаје радни век кад наврши 65 година живота, по сили закона (члан 59, став 1 ЗС). Изузетно од става 1 овог члана, судији Врховног касационог суда престаје радни век када наврши 67 година живота, по сили закона (члан 59, став 2 ЗС).² Председнику суда који у току мандата наврши радни век судијска функција и функција председника суда престају истеком мандата председника суда (члан 74, став 2 ЗС).

2. РАЗЛИЧИТ ПРАВНИ РЕЖИМ ПРЕСТАНКА СУДИЈСКЕ ФУНКЦИЈЕ НАВРШЕЊЕМ РАДНОГ ВЕКА

Према одредби члана 59 ЗС, судији престаје радни век када наврши 65 година живота, по сили закона. То је опште правило које трпи значајна одступања. Прво одступање је извршено полазећи од врсте суда у којем судија врши функцију. Тако судији Врховног касационог суда престаје радни век кад наврши 67 година живота, по сили закона. Друго одступање односи се на судију који је изабран за председника суда. Уколико у току трајања мандата председник суда наврши радни век, његова судијска функција и функција председника суда престају истеком мандата председника суда.

Законодавац је одступио од општег правила за престанак судијске функције навршењем радног века, најпре када су у питању судије Врховног касационог суда. Устав се бави положајем Врховног касационог суда у члану 143, и то само у два става, прописујући да је то највиши суд у Републици Србији (став 4) и да је седиште Врховног касационог суда у Београду (став 5). Посебан члан Устава посвећен је председнику Врховног касационог суда. Њега бира Народна скупштина, на предлог Високог савета судства, по прибављеном мишљењу опште седнице Врховног касационог суда и надлежног одбора Народне скупштине (члан 144, став 1 Устава). Председник Врховног касационог суда бира се на период од пет година и не може бити поново биран (члан 144, став 2 Устава). Председнику Врховног касационог суда престаје функција пре истека времена на које је изабран на

² Изузетно, мандат судије који је први пут изабран на функцију траје три године (члан 147, став 2 Устава).

његов захтев, наступањем законом прописаних услова за престанак судијске функције или разрешењем из законом прописаних разлога за разрешење председника суда (члан 144, став 3 Устава). Одлуку о престанку функције председника Врховног касационог суда доноси Народна скупштина, у складу са законом, при чему одлуку о разрешењу доноси на предлог Високог савета судства (члан 144, став 4 Устава).

Положај и улога Врховног касационог суда ближе су дефинисани у Закону о уређењу судова (ЗУрС).³ У том закону се разликују надлежност Врховног касационог суда у суђењу и његова надлежност изван суђења. У оквиру надлежности у суђењу Врховни касациони суд одлучује о ванредним правним средствима изјављеним на одлуке судова Републике Србије и у другим стварима одређеним законом (члан 30, став 1 ЗУрС). Врховни касациони суд одлучује о сукобу надлежности између судова, ако за одлучивање није надлежан други суд, као и о преношењу надлежности судова ради лакшег вођења поступка или других важних разлога (члан 30, став 2 ЗУрС). Надлежност изван суђења обухвата: обезбеђивање јединствене судске примене права и једнакости странака у судским поступцима; разматрање примене закона и других прописа и рада судова; именовање судија Уставног суда, давање мишљења о кандидатима за председника Врховног касационог суда и вршење других надлежности које су му поверене законом (члан 31 ЗУрС).

У контексту теме овог рада поставља се питање да ли постоји разлог за прописивање посебног правног режима за судије Врховног касационог када је у питању престанак судијске функције услед навршења радног века. Да бисмо одговорили на то питање, неопходно је да укажемо на раније законске одредбе којима је био уређен престанак судијске функције услед навршења радног века.

Закон о судијама усвојен је 2008. године. У том законском тексту чланом 59 био је уређен престанак судијске функције услед навршења радног века. Ставом 1 овог члана било је прописано да судији престаје радни век када наврши 65 година живота или 40 година стажа осигурања, по сили закона. Ставом 2 било је прописано да Високи савет судства може изузетно судији продужити радни век најдуже за још две године, уз сагласност судије, а на захтев председника суда. Ставом 3 било је прописано да се судији може продужити радни век само због завршавања започетих предмета. У том законском тексту престанак судијске функције услед навршења радног века био је уређен једнообразно за све судије, независно од тога у ком

³ Закон о уређењу судова – ЗУрС, *Службени гласник РС* 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 – др. закон, 78/2011 – др. закон, 101/2011, 101/2013, 40/2015 – др. закон, 106/2015, 13/2016, 108/2016, 113/2017, 65/2018 – одлука УС, 87/2018 и 88/2018 – одлука УС.

суду врше функцију. Судији је престајао радни век кад наврши 65 година живота или 40 година стажа осигурања.⁴ Тако формулисан члан 59 ЗС био је на снази све до краја 2013. године.

Законом о изменама и допунама Закона о судијама из 2013. године⁵ укинута је могућност продужења радног века (брисани су ставови 2 и 3 у члану 59), а осим тога Законом о измени Закона о судијама из 2014. године⁶ брисан је и део става 1 који је прописивао престанак судијске функције услед навршења 40 година стажа осигурања. Тако је по новоусвојеном решењу судији престајала судијска функција кад наврши 65 година живота, по сили закона. Исти режим опет је био предвиђен за све судије, односно сваком судији судијска функција је престајала кад наврши 65 година живота, независно од тога у којем суду је вршио судијску функцију.

Законом о допуни Закона о судијама из 2015. године⁷ допуњен је члан 59, и то додавањем новог става 2 којим је прописано да изузетно од одредбе става 1 овог члана судији Врховног касационог суда престаје судијска функција кад наврши 67 година живота, по сили закона.

Законом о изменама и допунама Закона о судијама из 2017. године⁸ установљен је посебан правни режим за престанак судијске

⁴ Та законска одредба била је предмет контроле Уставног суда. Према мишљењу подносиоце иницијативе за покретање поступка за оцену уставности, Закон о пензијском и инвалидском осигурању је општи и потпун закон у тој области, којим се у потпуности регулишу права и обавезе из области пензијског и инвалидског осигурања, па Закон о судијама неовлашћено прописује друге услове за пензионисање судија. Подносиоца иницијативе је сматрала да на тај начин неки осигураници имају право да раде до 67 година живота, односно да раде до навршења 45 година радног стажа, док други то право немају, па се тиме повређује Уставом утврђено начело једнакости пред законом и забране дискриминације из члана 21 Устава, односно повређује се Уставом зајемчено право на рад из члана 60 Устава. Уставни суд није прихватио иницијативу наводећи да оспорене одредбе раније и сада важећег Закона о судијама којима је, као један од начина престанка судијске дужности, односно судијске функције, предвиђен и тзв. престанак радног века, прописују услове за престанак радног века, дакле услове за старосну пензију које предвиђа и Закон о пензијском и инвалидском осигурању, то, по оцени Уставног суда, судије на које се примењују оспорене законске одредбе, а које су као посебна категорија запослених у истој правној ситуацији, нису стављене у неједнак положај нити је у односу на њих извршен било који вид дискриминације. Одлука Уставног суда IУз–131/2009, 4. март 2010, из архиве суда.

⁵ Закон о изменама и допунама Закона о судијама – ЗИД ЗС 2013, *Службени гласник Републике Србије* 101/2013.

⁶ Закон о измени Закона о судијама–ЗИ ЗС 2014, *Службени гласник Републике Србије* 117/2014.

⁷ Закон о допуни Закона о судијама – ЗД ЗС 2015, *Службени гласник Републике Србије* 40/2015.

⁸ Закон о изменама и допунама Закона о судијама – ЗИД ЗС 2017, *Службени гласник Републике Србије* 47/2017.

функције председника суда, тако што је прописано да председнику суда који у току трајања мандата наврши радни век судијска функција и функција председника суда престају истеком мандата председника суда (нови став 2 у члану 74).⁹ Изменама у члану 72 прописано је да се председник суда бира на четири године и да може поново бити биран за председника истог суда. Председницима судова који су по ранијим прописима били бирани на период од пет година уз немогућност поновног избора омогућено је да се још једном бирају на функцију председника суда, овог пута на период од четири године.

3. О УСТАВНОСТИ ПРОПИСИВАЊА РАЗЛИЧИТОГ ПРАВНОГ РЕЖИМА ПРЕСТАНКА СУДИЈСКЕ ФУНКЦИЈЕ НАВРШЕЊЕМ РАДНОГ БЕКА

Закон о допуни Закона о судијама из 2015. године, којим је предвиђено да, за разлику од судија свих других судова, судијама Врховног касационог суда судијска функција престаје кад наврше 67 година живота, на снази је скоро пет година, али се питање његове уставности још увек није поставило. Неке друге одредбе Закона о судијама дошле су под лупу Уставног суда, а ставови које је Уставни суд тим поводом заузео могу бити применљиви и када се буде поставило питање уставности прописивања различите старосне границе за престанак судијске функције зависно од тога да ли судија врши функцију у Врховном касационом или у неком другом суду.

Закон о изменама и допунама Закона о судијама из 2013. године донела је Народна скупштина на седници одржаној 20. новембра 2013. године. Тај закон је објављен у *Службеном гласнику Републике Србије* број 101, од 20. новембра 2013. године, а ступио је на снагу следећег дана, када је и отпочела његова примена, осим одредаба чланова 3, 15 и 17, које се примењују од 1. јануара 2014. године. Одредбама члана 16 овог закона извршена је допуна члана 42 основног текста Закона о судијама, додавањем два нова става, и то ст. 5 и 6, којима је прописано: да право на накнаду за одвојен живот имају судије судова републичког ранга и апелационих судова и да право на накнаду из ст. 5 овог члана утврђује Високи савет судства.¹⁰

⁹ То би значило да се судији који је са 64 године живота изабран за председника суда судијска функција продужава за четири године, јер толико траје мандат председника суда, па би том судији судијска функција престала са навршених 68 година живота. Поставља се питање и да ли се цитирана одредба члана 74, став 2 ЗС може применити на судију који је изабран за председника Врховног касационог суда јер је положај и престанак функције председника тог суда регулисан чланом 79 ЗС, док се претходне законске одредбе односе на председнике осталих судова опште и посебне надлежности.

¹⁰ У образложењу Предлога закона уопште није наведено зашто се право на накнаду за одвојени живот признаје само судијама судова републичког ранга и су-

Допуњени члан 42 основног текста Закона о судијама налази се под рубрумом „Увећање основне плате судије“, а одредбама ст. 1 до 4 овог члана, које нису мењане нити допуњаване од усвајања основног текста Закона о судијама из децембра 2008. године, прописано је: да се основна плата судије који обавља функцију у суду у коме се не могу попунити судијска места може увећати до 50%, да се основна плата судије који поступа у предметима кривичних дела са елементом организованог криминала и ратног злочина може увећати до 100%, да одлуку о увећању основне плате из ст. 1 и 2 овог члана доноси Високи савет судства и да се основна плата заменика председника суда увећава за 50% увећања из члана 40, став 1 овог закона (чланом 40, став 1 Закона о судијама одређено је процентуално увећање плате председника суда).

Уставном суду поднета је иницијатива за покретање поступка за оцену уставности и сагласности са потврђеним међународним уговором одредаба члана 16 Закона о изменама и допунама Закона о судијама (*Службени гласник РС* 101/13). У иницијативи је наведено да, имајући у виду да Устав, као највиши правни акт државе, изричито забрањује сваки облик дискриминације, по било ком основу, и не дозвољава заснивање таквих односа којима би се укинуло или ограничило коришћење, стицање и уживање људских права и грађанских права заснованих на принципу једнакости и равноправности, предлагач сматра да је одредба члана 16 Закона о изменама и допунама Закона о судијама у супротности са одредбама члана 21 Устава и члана 14 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, као и са одредбом члана 1 Протокола 12 уз ову конвенцију, јер је реч о заштити истог правног начела – забрани дискриминације по било ком основу. Иницијатор истиче да је у конкретном случају повређено начело заштите једнакости свих пред Уставом и законом јер се на основу оспореног решења из члана 16 Закона омогућава неједнако поступање приликом утврђивања права на накнаду за одвојен живот, према судијама виших судова у односу на судије Врховног касационог суда и апелационих судова у Републици Србији, иако су сви ти судови – судови опште надлежности, при чему не постоји никакав правни основ који би то различито поступање оправдао.

Уставни суд је 7. септембра 2015. године донео решење ГУз–92/2014 о покретању поступка за оцену уставности и сагласности са потврђеним међународним уговором одредаба члана 16 Закона о изменама и допунама Закона о судијама (*Службени гласник РС* 101/13). У образложењу решења Уставног суда се, између осталог каже: „Полазећи од изложеног уставноправног оквира који је од

дијама апелационих судова, а не и судијама осталих судова у Републици Србији. Уместо разлога који би оправдали различит третман у образложењу је само наведено како се Законом о изменама и допунама Закона о судијама уређује право судија на накнаду за одвојени живот (Народна скупштина Републике Србије, 2013).

значаја за разматрање спорних уставноправних питања у овом предмету, а посебно од одредаба чл. 146 до 152 Устава којима је утврђен положај судија у обављању судијске функције, избор судија и престанак судијске функције, Уставни суд констатује да је Народна скупштина овлашћена да законом уреди права, дужности и обавезе судија и председника судова у обављању судијске функције. Сагласно наведеном, Скупштина је Законом о судијама уредила начела судијске функције, положај и избор судије, престанак судијске функције, положај председника суда и судије поротника и дисциплинску одговорност судија. У погледу остваривања права судије из радног односа чланом 11 овог закона је прописано да судија ова права остварује у складу са прописима који уређују права из радног односа изабраних лица, ако овим законом није друкчије одређено. Из наведеног следи да поједина питања из радног односа судије могу бити уређена Законом о судијама и на другачији начин него што је то уређено прописима који уређују права из радног односа изабраних лица. Полазећи од наведеног, Законом о судијама су и уређена одређена питања која се односе на материјални положај судија и председника судова, а везана су за остваривање права из радног односа ових лица, тј. право на основну плату и начин њеног одређивања, право на основну плату, накнаде и друга примања у случају премештаја или упућивања судије и право на увећање основне плате. Међутим, овим законом нису посебно уређена питања која се односе на врсте накнада и других примања која судија има у току обављања судијске функције, као ни услови, начин остваривања ни висина ових примања судија, нити ко је надлежан за њихово прописивање. По први пут се, на основу оспореног члана 16 Закона о изменама и допунама Закона о судијама из 2013. године у Закон о судијама, у оквиру регулисања наведених питања везаних за материјални положај судија, у члану 42. Основног текста Закона, који се налази под рубромом „Увећање основне плате судије“ прописује право на одређену накнаду трошкова судији у току обављања судијске функције и то тако што је утврђено право на накнаду за одвојен живот за судије одређених судова, тј. судова републичког ранга и апелационих судова. Поводом наведеног, Уставни суд констатује да се најпре као спорно отвара питање зашто је само право на накнаду за одвојен живот утврђено Законом о судијама, односно да ли је наведено право прописано овим законом сагласно члану 11 Закона о судијама, којим је овим законом дозвољено другачије уређење остваривања права из радног односа судија у односу на прописе који уређују права из радног односа изабраних лица. Међутим, оспореним одредбама члана 16 Закона нису одређени неки посебни, тј. другачији услови за стицање овог права од услова који су прописани Уредбом Владе, на основу које изабрана лица у државним органима остварују права на накнаде и друга

примања у току обављања своје функције, а односе се на удаљеност новог радног места у односу место пребивалишта и претходно радно место судије, његову одвојеност од породице и нерешено стамбено питање, већ је као једини услов за стицање овог права одређена врста суда у коме судија врши своју функцију. Наиме, ово право оспореним Законом је дато само судијама који функцију врше у судовима републичког ранга и апелационим судовима, из чега следи да право на накнаду за одвојен живот немају судије које суде у основном, вишем, привредном и прекршајном суду. Сагласно наведеном, за Уставни суд је спорно да ли утврђивање права на накнаду за одвојен живот на начин како је то учињено оспореним чланом 16 Закона представља уређивање овог питања у складу са одредбом члана 21, став 1 Устава, према којој су сви пред Уставом и законом једнаки. При томе, Уставни суд истиче да смисао института накнаде трошкова за одвојени живот од породице јесте својеврсна компензација трошкова који настају услед премештаја судије у друго место рада и који због тога живи одвојено од породице и нема решено стамбено питање у новом месту рада. Полазећи од наведеног, Уставни суд налази да се као спорно може поставити питање да ли остваривање права на накнаду за одвојен живот судије у зависности од врсте суда у коме он/она врше своју функцију може бити легитимни основ за различито поступање у остваривању овог права из радног односа, односно да ли у конкретној ситуацији постоји легитимни циљ за различито уређивање права на наведену накнаду судија...¹¹

Из образложења решења о покретању поступка за оцену уставности наведене одредбе Закона о изменама и допунама Закона о судијама може се закључити да се за Уставни суд као спорно поставило питање да ли се утврђивањем права на накнаду за одвојен живот само одређеним категоријама судија из члана 16, став 1 Закона о изменама и допунама Закона о судијама, у зависности од врсте суда у коме обављају судијску функцију, нарушава уставни принцип једнакости свих пред Уставом и законом из члана 21, став 1 Устава и начело забране дискриминације, утврђено ставом 3 истог члана Устава, односно да ли за овакво различито законско уређивање права за лица која се могу наћи у истој чињеничној и правној ситуацији постоји објективно и разумно оправдање.

Одлуком од 26. маја 2016. године Уставни суд је утврдио да одредбе члана 16 Закона о изменама и допунама Закона о судијама (*Службени гласник РС* 101/13) нису у сагласности са Уставом и потврђеним међународним уговором. У образложењу одлуке Уставног суда се, између осталог, наводи: „...Поводом разлога за оспоравање одредаба члана 16 Закона у односу на Уставом утврђен принцип једнакости свих

¹¹ Решење Уставног суда IУз–92/2014, 7. септембар 2015, из архиве суда.

пред Уставом и законом из члана 21, став 1 Устава, Уставни суд најпре констатује да неједнако поступање (дискриминација), у најширем смислу речи, представља другачије третирање лица у истим или сличним ситуацијама без објективног и разумног оправдања, при чему непостојање објективног и разумног оправдања значи да разликовање у питању не тежи легитимном циљу или да не постоји разуман однос пропорционалности између употребљених средстава и циља чијој се реализацији тежи. Полазећи од наведене дефиниције дискриминације, Уставни суд налази да је у овом случају неопходно утврдити да ли се оспореном одредбом члана 16 Закона успоставља другачији третман према судијама у основним и вишим судовима у односу на судије у осталим судовима тј. судовима републичког ранга и апелационим судовима у истој правној ситуацији и ако такав третман постоји, да ли за његово прописивање постоји објективно и разумно оправдање или не. Поводом успостављања другачијег правног третмана, Уставни суд је констатовао да се оспорено решење из члана 16 Закона односи само на поједине, а не на све судије, при чему законодавац не наводи никакве разлоге за различито поступање приликом одређивања круга субјеката којима се признаје право на одвојен живот. Значи, од тренутка ступања на снагу ове законске одредбе, тј. од 21. новембра 2013. године, успоставља се другачији третман према једном броју судија у Републици Србији у погледу остваривања права на накнаду за одвојен живот, на тај начин што се прави селекција и ово право признаје само судијама републичког ранга и апелационих судова, а то право не признаје се више судијама у основним и вишим судовима. Сагласно наведеном, Уставни суд констатује да у истој правној ситуацији постоји неједнако поступање (различит третман) према судијама у погледу остваривања права на накнаду за одвојен живот. Међутим, као што је већ истакнуто, разлике у погледу уживања неког права утврђеног законом унутар једне групе лица у истој или сличној правној ситуацији не представљају неједнако поступање уколико за то разликовање постоји објективно и разумно оправдање. Да би се утврдило да ли је за прописивање неједнаког поступања у случају предвиђеном одредбом члана 16, став 1 оспореног Закона постојало објективно и разумно оправдање, Уставни суд је најпре пошао од констатације да постојање објективног и разумног оправдања за успостављање различитог поступања мора да произлази из природе ствари и да буде у функцији постизања одређеног легитимног циља, те да у конкретној ситуацији постоји разуман однос пропорционалности између ограничења права и циља чијој се реализацији тежи. Полазећи од наведеног, Уставни суд истиче да се сврха института накнаде трошкова за одвојен живот од породице огледа у својеврсној компензацији трошкова који настају услед премештаја судије у друго место рада и који због тога живи одвојено од породице и нема решено стамбено питање у новом месту

рада како би могао живети са својом породицом. Како се Законом о судијама не прави разлика између судија у погледу регулисања њиховог премештаја, односно упућивања сагласно одредбама чл. 19 до 21 овог закона у друго место рада, то Уставни суд налази да врста суда у коме судија врши своју функцију не може бити легитимни основ за различито поступање у остваривању овог права из радног односа. Уз то, за ускраћивање овог права одређеној категорији судија, и то само из разлога што своју функцију обављају у основним, односно вишим судовима, по оцени Суда не постоји ни разумно и објективно оправдање, јер се различито прописује право на накнаду за одвојен живот само према врсти суда у коме судија обавља своју функцију. Уставни суд налази да се на прописан начин уводи неједнакост између судија, односно да се унутар исте скупине лица судијске струке праве разлике у остваривању једног истог права по основу рада, противно уставном јемству о једнакости свих пред законом.

Полазећи од свега наведеног, Уставни суд је утврдио да се прописивањем права на накнаду за одвојен живот само одређеним категоријама судија из оспореног члана 16 Закона нарушавају уставни принцип једнакости свих пред Уставом и законом из члана 21, став 1 Устава и начело забране дискриминације утврђено ставом 3 истог члана Устава, односно да за овакво различито законско уређивање права за лица која се могу наћи у истој правној и чињеничној ситуацији не постоји објективно и разумно оправдање. Из истог разлога, Уставни суд је утврдио да оспорене одредбе члана 16 Закона нису у сагласности ни са одредбама члана 14 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода и члана 1 Протокола 12 уз ову конвенцију, имајући у виду да је овим одредбама Европске конвенције прокламовано начело забране дискриминације на исти начин како је то утврђено и Уставом Републике Србије...¹²

На основу готово идентичног образложења, Уставни суд је прогласио неуставним одредбу члана 73, став 5 Закона о јавном тужилаштву,¹³ којом је било признато право на накнаду за одвојени живот само одређеним категоријама јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца, у зависности од тога у ком тужилаштву обављају своју функцију. Одредбом члана 73, став 5 ЗЈТ било је прописано да право на накнаду за одвојен живот имају само јавни тужиоци, односно заменици јавних тужилаца у Републичком јавном тужилаштву, јавним тужилаштвима посебне надлежности и апелационим јавним тужилаштвима. Уставни суд је утврдио да се прописивањем права на накнаду за одвојен живот само одређеним категоријама јавних

¹² Одлука Уставног суда ПУз–92/2014, 26. мај 2016, из архиве суда.

¹³ Закон о јавном тужилаштву – ЗЈТ, *Службени гласник РС* 116/2008, 104/2009, 101/2010, 78/2011 – др. закон, 101/2011, 38/2012 – одлука УС, 121/2012, 101/2013, 111/2014 – одлука УС, 117/2014, 106/2015, 63/2016 – одлука УС.

тужилаца и заменика јавних тужилаца из оспореног члана 73, став 5 Закона нарушава уставни принцип једнакости свих пред Уставом и законом из члана 21, став 1 Устава и начело забране дискриминације утврђено ставом 3 истог члана Устава, односно да за различито законско уређивање права за лица која се могу наћи у истој правној и чињеничној ситуацији не постоји објективно и разумно оправдање.¹⁴ Интересантно је да након доношења цитираних одлука Уставног суда право на накнаду за одвојени живот више није уређено ни у одредбама ЗС ни у одредбама ЗЈТ. Ставови Уставног суда у складу су са једном од првих одлука које је тај суд донео о питању дискриминације, у предмету IУ 347/2005 од 22. јула 2010. године (Бодирога 2019, 442).

Суштина образложења цитираних одлука Уставног суда своди се на то да се признавањем права на накнаду за одвојени живот само одређеним категоријама судија, односно само одређеним категоријама јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца уводи неједнако поступање (различит третман) у погледу остваривања права на накнаду за одвојени живот. Према схватању Уставног суда, разлике у погледу уживања неког права утврђеног законом унутар једне групе лица у истој или сличној правној ситуацији не представљају неједнако поступање уколико за то разликовање постоји објективно и разумно оправдање. Само постојање објективног и разумног оправдања за успостављање различитог поступања мора да произлази из природе ствари и да буде у функцији постизања одређеног легитимног циља, те да у конкретној ситуацији постоји разуман однос пропорционалности између ограничења права и циља чијој се реализацији тежи. Полазећи од свега наведеног, Уставни суд је нашао да није постојало објективно и разумно оправдање за ускраћивање права на одвојени живот одређеним категоријама судија, јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца, услед чега су спорне законске одредбе проглашене неуставним.

Следом наведене аргументације Уставног суда може се поставити питање уставности различитог правног режима у погледу престанка судијске функције навршењем радног века, у зависности од тога у ком суду судија обавља своју функцију. Закон о допуни Закона о судијама усвојен је крајем 2015. године, а додавање новог става 2 у члану 59, којим је само за судије Врховног касационог суда прописано да им судијска функција престаје када наврше 67 година живота, за разлику од судија свих осталих судова којима функција престаје кад наврше 65 година живота, било је праћено кратким навођењем разлога због којих је предлагач сматрао да за судије Врховног касационог суда треба да важи другачији правни режим од оног који

¹⁴ Одлука Уставног суда IУз-80/2014, 21. април 2016, из архиве суда.

је прописан за судије свих осталих судова у Републици Србији. У образложењу Предлога наведено је како је важећим законским решењем прописано да судији престаје радни век кад наврши 65 година живота, по сили закона, без обзира на степен суда, али како је Врховни касациони суд највиши суд у Републици Србији који према члану 31 ЗУрС обезбеђује јединствену примену права и једнакост странака у судским поступцима, а судије Врховног касационог суда представљају најстручније судије, неопходно је да се ради заштите права на правично суђење законом омогући да те судије врше функцију две године дуже од судија судова нижег степена (Народна скупштина Републике Србије, 2015). Тачно је да су услови за избор судија Врховног касационог суда строжи него услови за избор судија осталих судова у Републици Србији (члан 44 ЗС), међутим спорно је да ли се тиме може оправдати престанак судијске функције судијама Врховног касационог суда са 67 година живота, док судијама свих осталих судова престаје судијска функција са навршених 65 година живота. У образложењу се још наводи како је неопходно да судије Врховног касационог суда раде две године дуже него судије осталих судова ради заштите права на правично суђење. Веза између радног века судија Врховног касационог суда или највишег суда уопште и јемстава која произлазе из права на правично суђење не постоји (Поповић 2012, 239–267).

Видели смо да су ранији закони о судијама прописивали исте услове за престанак судијске функције услед навршења радног века за све судије, иако су и по тим законима услови за избор судија Врховног касационог суда били строжи него услови за избор судија осталих судова. Степен суда у којем судија врши судијску функцију није оправдање за установљавање различитог правног режима у погледу престанка судијске функције навршењем радног века. Право странке на правично суђење нема никакве везе са дужином радног века судија Врховног касационог суда. Различит режим у погледу дужине радног века у зависности од тога у ком суду судија врши функцију није распрострањен ни у упоредном праву. У Немачкој се та старосна граница одређује на исти начин за све судије изабране на сталну судијску функцију, независно од степена суда у ком врше функцију (Rosenberg, Schwab, Gottwald 2010, 123; Schilken 2010, 23; члан 48 Закона о судијама). У Аустрији се такође не прави разлика у погледу дужине трајања радног века судије у зависности од тога у ком суду судија врши функцију и навршење радног века наступа истеком месеца у којем судија пуни 65 година (Закон о судијској и јавнотужилачкој служби Аустрије, члан 99).

Слична је ситуација и у државама насталим распадом некадашње СФРЈ. Тако у Хрватској, у складу са чланом 120, став 2, тачка

5 Устава, судији престаје функција кад наврши 70 година живота, без обзира на то у ком суду врши судијску функцију (Трива, Дика 2004, 219). У Црној Гори судији престаје функција кад оствари услов за старосну пензију, независно од тога у ком суду врши судијску функцију (Устав Црне Горе, члан 121, став 2).

У нашој правној теорији не могу се наћи ставови према којима у погледу навршења радног века треба да важе различита правила за судије Врховног касационог суда у односу на судије свих осталих судова (Јакшић 2018, 135; Кеча, Кнежевић 2016, 71–72; Познић, Ракић Водинелић 2015, 99–101; Станковић, Мандић 2013, 61–63; Ракић Водинелић 2012, 171–172; Илић 2009, 44–47).

У пресудама Европског суда за људска права у којима је по представкама појединих судија разматран престанак њихове функције навршењем радног века заступан је став да је ретроактивно смањивање старосне границе за навршење радног века недопустиво и да се тиме поткопава независност судства, али се ни у тим пресудама не могу наћи аргументи који би оправдали прописивање различите старосне границе за навршење радног века у зависности од тога у ком суду судија врши судијску функцију.¹⁵ У препорукама Савета Европе у којима се разматрају судијска независност и непристрасност и основи престанка судијске функције, као ни у препорукама у којима се разматра улога судова највишег степена у судским поступцима, не сугерише се усвајање решења према којима би за те судије важила посебна правила о навршењу радног века (Бодирога 2012, 233).

Навршење радног века јавног тужиоца и заменика јавног тужиоца не зависи од тога у ком тужилаштву јавни тужилац, односно заменик јавног тужиоца врши своју функцију. Јавном тужиоцу и заменику јавног тужиоца престаје функција кад наврше 65 година, по сили закона (члан 89 ЗЈТ).¹⁶ Не постоји посебна законска одредба о престанку функције навршењем радног века за републичког јавног тужиоца, којом би било предвиђено да његов радни век траје дуже од радног века тужилаца који врше функцију у другим тужилаштвима.

Члан 158 Устава посвећен је републичком јавном тужиоцу који врши надлежност јавног тужилаштва у оквиру права и дужности Републике Србије (став 1). Републичког јавног тужиоца, на предлог Владе, по прибављеном мишљењу надлежног одбора Народне скупштине, бира Народна скупштина (члан 158, став 2 Устава). Републички јавни тужилац бира се на период од шест година и може бити поново биран (члан 158, став 3 Устава). Републичком јавном

¹⁵ European Court of Human Rights (Grand Chamber), *Baka v. Hungary*, 23. 6. 2016, paras. 57–83.

¹⁶ Мандат заменика јавног тужиоца који је први пут изабран на функцију траје три године (члан 56, став 1 ЗЈТ).

тужиоцу престаје функција ако не буде поново изабран, када сам то затражи, наступањем законом прописаних услова или разрешењем из законом прописаних разлога (члан 158, став 4 Устава). Одлуку о престанку функције републичком јавном тужиоцу доноси Народна скупштина, у складу са законом, при чему одлуку о разрешењу доноси на предлог Владе (члан 158, став 5 Устава).

Чланом 25 ЗЈТ прописано је да републички јавни тужилац издаје у писменој форми општа обавезна упутства за поступање свих јавних тужилаца ради постизања законитости, делотворности и једнообразности у поступању. Чланом 29, став 1 ЗЈТ прописано је да републички јавни тужилац врши надлежност јавног тужилаштва у оквиру права и дужности Републике Србије. Републички јавни тужилац надлежан је да поступа пред свим судовима и другим органима у Републици Србији и да предузима све радње на које је јавно тужилаштво овлашћено (члан 29, став 2 ЗЈТ). Надлежан је и да: 1. улаже ванредна правна средства у складу са законом; 2. надзире рад јавних тужилаштва и спровођење упутстава, прати и проучава праксу јавних тужилаштва и судова; 3. предлаже програме стручног усавршавања јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца; 4. подноси Народној скупштини редовни годишњи извештај о раду јавних тужилаштва у Републици Србији и извештаје које затражи надлежни одбор Народне скупштине; 5. врши друге послове одређене законом (члан 29, став 3 ЗЈТ). У пословима из своје надлежности, републички јавни тужилац поступа непосредно и посредством својих заменика (члан 29, став 4 ЗЈТ). Чланом 77 ЗЈТ прописани су посебни услови за избор јавног тужиоца и заменика јавног тужиоца, а најстрожи услови прописани су за избор републичког јавног тужиоца. За јавног тужиоца и заменика јавног тужиоца може бити изабрано лице које, осим општих услова, има радно искуство у правној струци након положеног правосудног испита, и то: четири године за основног јавног тужиоца и три године за заменика основног јавног тужиоца; седам година за вишег јавног тужиоца и шест година за заменика вишег јавног тужиоца; десет година за апелационог јавног тужиоца и јавног тужиоца посебне надлежности и осам година за заменика апелационог јавног тужиоца и заменика јавног тужиоца посебне надлежности; дванаест година за републичког јавног тужиоца и једанаест година за његовог заменика.

Све цитиране уставне и законске одредбе које посебно издвајају републичког јавног тужиоца у односу на тужиоце који врше своју функцију у другим јавним тужилаштвима, како у погледу услова за избор, тако у погледу надлежности, нису биле оправдање да се установи посебно правило о престанку функције републичког јавног тужиоца навршењем радног века, чиме би се омогућило да радни век

републичког јавног тужиоца траје дуже од радног века тужилаца који своју функцију врше у другим тужилаштвима.

4. НАВРШЕЊЕ РАДНОГ ВЕКА СУДИЈА УСТАВНОГ СУДА

Уставни суд је самосталан и независан државни орган који штити уставност и законитост и људска и мањинска права и слободе (члан 166, став 1 Устава). Чини га 15 судија који се бирају и именују на девет година (члан 172, став 1 Устава). Пет судија Уставног суда бира Народна скупштина, пет именује председник Републике, а пет општа седница Врховног касационог суда (члан 172, став 2 Устава). Народна скупштина бира пет судија Уставног суда између 10 кандидата које предложи председник Републике, председник Републике именује пет судија Уставног суда између 10 кандидата које предложи Народна скупштина, а општа седница Врховног касационог суда именује пет судија између 10 кандидата које на заједничкој седници предложи Високи савет судства и Државно веће тужилаца (члан 172, став 3 Устава). Са листе предложених кандидата један од изабраних кандидата мора бити са територије аутономних покрајина (члан 172, став 4 Устава). Судија Уставног суда се бира и именује међу истакнутим правницима са најмање 40 година живота и 15 година искуства у правној струци (члан 172, став 5 Устава). Једно лице може бити бирано или именовано за судију Уставног суда највише два пута (члан 172, став 6 Устава). Судије Уставног суда из свог састава бирају председника на период од три године, тајним гласањем (члан 172, став 7 Устава).

Судији Уставног суда дужност престаје истеком времена на које је изабран или именован, на његов захтев, кад испуни законом прописане опште услове за старосну пензију или разрешењем (члан 174, став 1 Устава). Судија Уставног суда разрешава се ако повреди забрану сукоба интереса, трајно изгуби радну способност за дужност судије Уставног суда, буде осуђен на казну затвора или за кажњиво дело које га чини недостојним дужности судије Уставног суда (члан 174, став 2 Устава). О престанку дужности судије, на захтев овлашћених предлагача за избор, односно именовање за избор судије Уставног суда, одлучује Народна скупштина, док иницијативу за покретање поступка може да поднесе Уставни суд (члан 174, став 3 Устава).

За разлику од судија редовних судова, престанак судијске функције судије Уставног суда навршењем радног века повезан је са остваривањем услова за старосну пензију. Чланом 14, став 2 Закона о

Уставном суду¹⁷ прописано је да судији престаје дужност испуњењем услова за старосну пензију, али да Уставни суд може изузетно, због рада на започетим предметима, продужити радни век судији до окончања предмета на којима је био ангажован, а најдуже до истека времена на које је изабран, односно именован, уз његову сагласност.

На тај начин ЗУС незнатно ублажава дејство уставне норме која престанак радног века судије Уставног суда поистовећује са остваривањем општих услова за старосну пензију. Уставна одредба којом се престанак судијске функције судије Уставног суда чини зависним од остваривања услова за старосну пензију није у складу са решењима упоредног права. Тако у Аустрији судије Уставног суда навршавају радни век 31. децембра оне године у којој су навршили 70 година (Heller 2010, 202), док се у Немачкој судије Савезног уставног суда бирају на период од 12 година, а пре тога им функција може престати последњег дана у месецу у којем пуне 68 година. У Немачкој је минимална старосна граница за избор судије Савезног уставног суда постављена на 40 година, исто као и у Републици Србији, а мандат им траје дванаест година (Закон о Савезном уставном суду Савезне Републике Немачке, чл. 3 и 4). Имајући у виду да према нашем Уставу исто лице може бити бирано или именовано за судију Уставног суда највише два пута, при чему мандат траје девет година, сматрамо да би престанак судијске функције судије Уставног суда требало условити одређеном старосном границом, на начин на који је то учињено у правним системима чија решења смо цитирали.

5. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

У раду смо разматрали законска решења којима се уређује престанак судијске функције услед навршења радног века. У Републици Србији у периоду 2008–2017. године ти прописи мењани су три пута. Најпре је престанак судијске функције услед навршења радног века повезиван са остваривањем 40 година стажа осигурања или са навршењем 65 година живота. Та законска одредба је прошла контролу у поступку пред Уставним судом. Законодавац је 2014. године прописао да судији престаје судијска функција кад наврши 65 година живота, по сили закона, да би годину дана касније био прописан изузетак само за судије Врховног касационог суда, којима судијска функција престаје са навршених 67 година живота, по сили закона. Разлоге за постојање посебног правног режима за престанак судијске функције судијама Врховног касационог суда законодавац

¹⁷ Закон о Уставном суду – ЗУС, *Службени гласник РС* 109/2007, 99/2011, 18/2013 – одлука УС, 40/2015 и 103/2015.

је нашао у томе што су то најстручније судије у Републици Србији и због остваривања права на правично суђење. Без обзира на то што су услови за избор судија Врховног касационог суда строжи него услови за избор судија осталих судова у Републици Србији, сматрамо да за прописивање различитог правног режима у погледу дужине трајања радног века за судије Врховног касационог суда у односу на судије свих других судова, не постоје оправдани разлози. То показују и решења упоредног права која смо у раду приказали, која не праве разлику у погледу дужине трајања радног века судије у зависности од тога у ком суду судија врши функцију. Дужина трајања радног века судија највишег суда не може се довести у везу ни са остваривањем права на правично суђење, како је наведено у образложењу тог законског решења. Осим тога, Уставни суд је приликом оцене уставности других одредаба Закона о судијама заузео став да је неуставно признавање права на накнаду за одвојени живот само судијама судова републичког ранга и судијама апелационих судова налазећи да је тиме повређено уставно начело забране дискриминације, јер законодавац није навео разлоге који би оправдали такво разликовање. Сматрамо да образложење које је законодавац дао када је прописао посебну старосну границу за навршење радног века за судије Врховног касационог суда не би задовољило стандарде Уставног суда.

Осим тога, проблематичном сматрамо и одредбу према којој се председнику суда који је навршио радни век у току трајања мандата и судијска функција и функција председника суда продужавају до истека мандата, што је резултат измена ЗС из 2017. године. На тај начин привилегује се председник суда у односу на све друге судије из тог суда, а за такав привилегован положај не постоје оправдани разлози.

За разлику од судија редовних судова чији се радни век завршава са 65 односно 67 година живота, судијама Уставног суда судијска функција престаје када остваре услове за старосну пензију. Опет за разлику од судија редовних судова којима је дужина трајања радног века регулисана законом и због тога је подложна честим изменама, дужина трајања радног века судија Уставног суда уређена је Уставом. Сматрамо да је решење према којем судији Уставног суда престаје функција због остваривања услова за старосну пензију неодговарајуће и не уважава чињеницу да исто лице може бити бирао за судију Уставног суда два пута и да мандат судије Уставног суда траје девет година. Приликом предлагања амандмана на Устав, Министарство правде је предложило измену у члану 145 Устава како би омогућило да судска одлука буде предмет преиспитивања не само у поступку пред судом правног лека него и пред Уставним судом у поступку по уставној жалби, али се није бавило избором, именовањем и престанком судијске функције судијама Уставног суда.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Бодирога, Никола. 2019. *Уставна јемства у парничном поступку*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду (Bodiroga, Nikola. 2019. *Ustavna jemstva u parničnom postupku*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu).
- Бодирога, Никола. 2012. *Нови Закон о парничном поступку*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду (Bodiroga, Nikola. 2012. *Novi Zakon o parničnom postupku*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.).
- Закон о Савезном уставном суду СР Немачке, <https://www.gesetze-im-internet.de/bverf/fgg/BVerfGG.pdf>, последњи приступ 24. априла 2020.
- Закон о судијској и јавнотужилачкој служби Аустрије, <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10008187>, последњи приступ 24. априла 2020.
- Илић П. Горан. 2009. *Правосудно организационо право*. Београд: Службени гласник (Ilić P. Goran. 2009. *Pravosudno organizaciono pravo*. Beograd: Službeni glasnik).
- Јакшић, Александар. 2018. *Грађанско процесно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду (Jakšić, Aleksandar. 2018. *Građansko procesno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.).
- Кеча, Ранко и Марко Кнежевић. 2016. *Грађанско процесно право*. Београд: Службени гласник (Keča, Ranko i Marko Knežević. 2016. *Građansko procesno pravo*. Beograd: Službeni glasnik).
- Народна скупштина Србије, Предлог закона о изменама и допунама закона о судијама, http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi_zakona/1439-13Lat.pdf, последњи приступ 29. априла 2020.
- Народна скупштина Србије, Предлог закона о допуни закона о судијама, http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi_zakona/1107-15%20-%20lat.pdf, последњи приступ 29. априла 2020.
- Познић, Боривоје и Весна Ракић Водинелић. 2015. *Грађанско процесно право*. Београд: Службени гласник и Правни факултет Универзитета Унион (Poznić, Borivoje i Vesna Rakić Vodinelić. 2015. *Građansko procesno pravo*. Beograd: Službeni glasnik i Pravni fakultet Univerziteta Union).
- Поповић, Драгољуб. 2012. *Европско право људских права*. Београд: Службени гласник (Popović, Dragoljub. 2012. *Evropsko pravo ljudskih prava*. Beograd: Službeni glasnik).

- Ракић Водинелић, Весна. 2012. *Правосудно организационо право*. Београд: Службени гласник и Правни факултет Универзитета Унион (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.
- Станковић, Гордана и Љубица Мандић. 2013. *Организационо грађанско процесно право*. Ниш: Свен (Stanković, Gordana i Ljubica Mandić. 2013. *Organizaciono građansko procesno pravo*. Niš: Sven).
- Трива Синиша и Михајло Дика. 2004. *Грађанско парнично процесно право*. Загреб: Народне Новине (Triva Siniša i Mihajlo Dika. 2004. *Građansko parnično procesno pravo*. Zagreb: Narodne Novine).
- Устав Црне Горе, <https://www.paragraf.rs/>, последњи приступ 27. априла 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.

КОМЕНТАРИ СУДСКИХ ОДЛУКА

УДК 342.7(497.11)

CERIF: S130, S148, S112

DOI: 10.5937/AnalPFB2002200D

Др Марија Драшкић*

ПРИВИЛЕГОВАНИ РОК ЗАСТАРЕЛОСТИ: НЕУЈЕДНАЧЕНА ПРАКСА ВРХОВНОГ (КАСАЦИОНОГ) СУДА И СТАВ УСТАВНОГ СУДА

Иако се на нормативном, па и на практичном нивоу разлика у надлежностима Уставног суда и редовних судова може добро видети и објаснити, у Србији се водила усијана расправа о томе да ли Уставни суд уопште може да контролише судске одлуке, односно да поништава судске одлуке, а посебно одлуке највишег суда. Циљ овог текста је да прикаже једну одлуку Уставног суда која добро илуструје и оправдава разлоге због којих је Уставни суд добио овлашћење да одлучује и о уставним жалбама и тако уђе у простор непосредне заштите уставом зајемчених људских права и слобода. У случају који ће бити предмет овог коментара Уставни суд је деловао на уједначавању недоследне судске праксе поводом спора о томе да ли привилеговани рок застарелости треба да важи према сваком одговорном лицу, а не само према штетнику, и тиме заштитио право на правично суђење оних грађана који су таквом праксом били оштећени.

Кључне речи: *Уставни суд. – Врховни (касациони) суд. – Уставна жалба. – Људска права. – Привилеговани рок застарелости.*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Осим класичне надлежности апстрактне нормативне контроле општих аката и оцене њихове сагласности са Уставом, доношењем Устава од 2006. године и увођењем института уставне жалбе Уставни суд (УС) добио је у надлежност и да одлучује о уставносудској

* Редовна професорка Правног факултета Универзитета у Београду и судија Уставног суда Србије у периоду 2007–2016. године, maja@ius.bg.ac.rs.

заштити људских и мањинских права и слобода.¹ Нормативни оквир за поступање УС по уставним жалбама чине одредбе Устава и Закона о Уставном суду (ЗоУС)² према којима се уставна жалба може изјавити ако су повређени или ускраћени људско или мањинско право и слобода зајемчена Уставом, ако је та повреда или ускраћивање извршено појединачним актом или радњом државног органа или организације којој је поверено јавно овлашћење, те ако су исцрпљена или нису предвиђена друга правна средства за њихову заштиту.³ Додатне претпоставке, које се односе на активну легитимацију подносиоца уставне жалбе, те благовременост и уредност поднесака који се као уставне жалбе упућују УС, предвиђене су такође у ЗоУС.⁴

Уставни суд има мандат да поводом уставне жалбе одлучује о повреди било ког уставног права, независно од његовог системског места у Уставу.⁵ Осим повреде људских права гарантованих у II делу Устава, који носи назив „Људска и мањинска права и слободе“ – а те повреде су далеко најчешће и истицане пред УС – теоретски би предмет уставне жалбе могла бити и права из I дела Устава која се односе на уставна начела или, пак, нека права која се тичу економског уређења и наведена су у III делу Устава (као што је, на пример, право на једнак правни положај на тржишту).⁶ Такође, у Уставу и ЗоУС није прописан никакав посебан услов који би се односио на тежину повреде или ускраћивања, па стога „квалитет“ односно тежина повреде не играју никакву улогу.⁷ Најзад, заштиту уживају сва

¹ Устав је ступио на снагу 8. новембра 2006. године. Видети Устав Републике Србије, *Службени гласник РС* 98/2006, чл. 170.

² Закон о Уставном суду, *Службени гласник РС* 109/2007, 99/2011, 18/2013 – Одлука УС, 40/2015 и 103/2015.

³ Упоредити Устав, чл. 170 и Закон о Уставном суду, чл. 82. Одредба Закона о Уставном суду разликује се само по томе што у чл. 82 *in fine* начело супсидијарности у поступању Уставног суда допуњује и синтагмом „или је законом искључено право на њихову судску заштиту“. Но, таква допуна није више ни од каквог значаја, будући да нема закона који би искључивао право на судску заштиту у случају повреде или ускраћивања неког људског права.

⁴ Закон о Уставном суду, чл. 83–85.

⁵ Слично решење познаје, на пример, и Устав Хрватске: „Ustavni sud... odlučuje povodom ustavnih tužbi kad su tim odlukama povrijeđena ljudska prava i temeljne slobode...“ Видети *Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine* 56/1990, 135/1997, 113/2000, 28/2001, 76/2010 и 5/2014, чл. 125, алинеја 4. Такође, словеначки Уставни суд одлучује, између осталог, „...o ustavnih pritožbah zaradi kršitev človekovih pravic in temeljnih svoboščin...“ Видети *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 у 75/2016 – UZ70a, чл. 160, ст. 1, алинеја 6.

⁶ То је потврдио и Уставни суд својим ставом од 30. октобра 2008. године. Видети *Ставови Уставног суда*, Београд 2015, 49.

⁷ Додуше, током година Уставни суд је ипак почео да доноси решења о одбацивању уставних жалби, образлажући такво поступање малим значајем повре-

људска права и слободе, независно од тога да ли су индивидуална или колективна и независно од тога да ли су гарантована у српском Уставу или су део општеприхваћених правила међународног права, односно потврђених међународних уговора; у свим тим случајевима њима се гарантује уставни ранг заштите пред УС. Најзад, чињеница да је УС у својој пракси доследно поштовао стандарде које је установио Европски суд за људска права (ЕСЉП) био је кључни разлог због кога је уставна жалба била врло брзо препозната као делотворно правно средство у правном поретку Републике Србије.⁸

Таквим упадљивим јачањем позиције УС и проширивањем његових надлежности да – осим улоге „чуvara устава“ која се примарно остварује класичном функцијом нормативне контроле права – почне да одлучује и о сагласности појединачних аката и радњи са Уставом гарантованим правима појединаца и мањинских заједница, УС све више постаје „суд обичних људи“ (Стојановић 2016, 208–209). С друге стране, међутим, у тако широко постављеном концепту заштите људских права пред Уставним судом пажњу стручне јавности, а нарочито судијске бранше, привукла је одредба ЗоУС, према којој је УС могао – када утврди да је оспореним појединачним актом или радњом повређено или ускраћено људско право и слобода зајемчена Уставом – да поништи појединачни акт или изрекне неку другу меру за отклањање повреде (на пример, да забрани даље вршење радње или да одреди предузимање друге мере или радње којом се отклањају штетне последице утврђене повреде или ускраћивања) и да одреди начин правичног задовољења подносиоца.⁹ Да се законска одредба односи на све појединачне акте и радње које Уставни суд може поништити у поступку по уставној жалби, а тиме и на судску пресуду, потврдио је опет и изричито и сâм УС својим ставом од 30. октобра 2008. године.¹⁰ Другим речима, Уставни суд може не само да

ђеног права: „Уважавајући евентуални значај оспореног решења за подносиоца уставне жалбе, Уставни суд указује на то да повреда уставних права мора подразумевати одређени ниво тежине и озбиљности да би била разматрана пред овим судом. Процена тог нивоа је релативна ствар и зависи од околности датог случаја, које обухватају како субјективну перцепцију подносиоца уставне жалбе, тако и објективни карактер предмета одлучивања. Субјективни осећај подносиоца о важности наводне повреде уставног права мора бити оправдан и са објективног становишта, што у овом уставносудском предмету није случај.“ Видети, уместо многих других, решење Уставног суда Уж-5523/2017, 2. 10. 2018, из архиве суда.

⁸ „Суд је мишљења да уставну жалбу треба, у начелу, сматрати делотворним домаћим средством у смислу значења члана 35. став 1. Конвенције у вези са свим представкама поднетим почев од 7. августа 2008. године, као датума када су прве мериторне одлуке Уставног суда о основаности наведених жалби објављене у ‘Службеном листу’ Тужене државе“. Видети *Винчић и други против Србије*, 44698/06 и др., 1. 12. 2009, § 51.

⁹ Закон о Уставном суду, чл. 89, ст. 2.

¹⁰ „Уставна жалба се може изјавити против појединачног акта или радње свих државних органа који су носиоци законодавне, извршне и судске власти.“ Видети *Ставови Уставног суда*, Београд 2015, 50.

утврди да је правноснажна судска пресуда повредила неко зајемчено уставно људско право или слободу већ и да такву пресуду поништи и наложи редовном суду да одлучи поново, у складу са мишљењем израженим у одлуци Уставног суда.¹¹ Таква надлежност Уставног суда изазвала је – као и у многим другим земљама које имају сличан концепт уставне жалбе/тужбе/представке – велику напетост у односима између Уставног суда и Врховног (касационог) суда и ужарене расправе о границама преиспитивања правноснажних судских одлука, која није престала до данас (Draškić 2019, 113–129). Ипак, упркос оспоравањима, из цитираних одредаба јасно произилази да УС нема никакво уставно или законско ограничење да интервенише ако је до повреде или ускраћивања било којег људског права или слободе дошло, између осталог, и правноснажном судском одлуком. Тако се могло догодити да је УС био у прилици да кроз призму људских права и слобода подвргне контроли уставности и једно облигационо право, о коме није било јединственог става у правној теорији и судској пракси. Једна таква важна одлука коју је донео УС и која јасно показује колико је важан корективни механизам Уставног суда у заштити људских права и слобода биће предмет коментара у тексту који следи.

2. ПРИВИЛЕГОВАНИ РОК ЗАСТАРЕЛОСТИ: НЕ САМО ПРЕМА ШТЕТНИКУ

2.1. Поступак пред редовним судовима

Шукрија Зека, Авни Зека, Бедри Зека, Хазбија Шаља рођена Зека, Бахрија Зека, Хазбије Шаља и Ука Шаља, сви из Београда, поднели су Уставном суду 29. априла 2008. године уставну жалбу због повреде права на правично суђење и суђење у разумном року, зајемчених чланом 32, став 1 Устава, као и због повреде права на једнаку заштиту права из члана 36, став 1 Устава.

Утврђено чињенично стање у судским списима показивало је да је рудар Љах Зека, супруг подносиоца уставне жалбе Шукрије Зека и отац осталих подносилаца уставне жалбе, погинуо у рударској несрећи која се догодила 17. новембра 1989. године у Алексиначким рудницама. У истој несрећи погинуо је и Ука Шаља, супруг подносиоца Хазбије Шаља и отац подносиоца Ука Шаље. Правноснажном пресудом Општинског суда (ОпшС) у Алексинцу К.

¹¹ Такву праксу недвосмислено је подржала и Венецијанска комисија. Видети 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.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)050cor-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)050cor-e), последњи приступ 23. априла 2020.

12/92 од 4. априла 1996. године више одговорних лица у Алексиначким рудницама оглашено је кривим и осуђено за извршено кривично дело тешко дело против опште сигурности.¹² Супруга и деца погинулог Љаха Зеке поднели су 27. септембра 1999. године тужбу за накнаду нематеријалне и материјалне штете проузроковане поменутиим штетним догађајем, а супруга и син погинулог Ука Шаље поднели су такву тужбу 29. септембра 1999. године.

Делимичном пресудом Четвртог општинског суда (IVОпшС) у Београду П. 5074/02 од 22. новембра 2005. године, првим ставом изреке, усвојен је тужбени захтев тужилаца, па је Јавно предузеће „Електропривреда Србије“ из Београда, као првотужени, обавезано да тужиоцима на име накнаде нематеријалне штете исплати појединачне износе ближе описане у изреци пресуде. Другим ставом изреке те пресуде одбијен је као неоснован тужбени захтев тужилаца којим су тражили да се друготужени, Јавно предузеће за подземну експлоатацију угља из Ресавице, обавезе да им накнади нематеријалну штету и трошкове парничног поступка.

Окружни суд (ОкрС) у Београду је пресудом Гж. 2854/07 од 14. марта 2007. године преиначио делимичну пресуду IVОпшС у Београду П. 5074/02 у ставу првом у односу на тужено ЈП „Електропривреда Србије“ тако што је одбијен као неоснован тужбени захтев којим је тражено да се тужено ЈП „Електропривреда Србије“ обавезе да тужиоцима надокнади нематеријалну штету на име душевних болова због смрти блиског лица. У образложењу своје пресуде, ОкрС је заузео становиште да је до тренутка подношења тужбе истекао рок из члана 376, став 2 Закона о облигационим односима (ЗОО), будући да је од настанка штете протекло више од пет година, па је по ставу ОкрС у Београду тужбени захтев у тој правној ствари неоснован.

Пресудом Врховног суда Србије (ВСС) Рев. 2002/07 од 29. августа 2007. године одбијена је као неоснована ревизија тужилаца изјављена против пресуде ОкрС у Београду Гж. 2854/07. Врховни суд Србије се, исто као и ОкрС у Београду, изјаснио да су тужбе за накнаду штете поднете 27. септембра 1999. и 29. септембра 1999. године, односно након протека више од пет година од дана када је штета настала, те да је због тога ревизија тужилаца неоснована, а потраживање накнаде штете застарело.

2.2. Поступак пред Уставним судом

Тужиоци су против правноснажне пресуде ВСС поднели уставну жалбу, а УС је донео одлуку којом је усвојио уставну жалбу под-

¹² Према тада важећем Кривичном закону Републике Србије, *Службени гласник СРС* 26/1977... и *Службени гласник РС*... 10/2002.

носилаца, утврдио повреду права на правично суђење зајемчено чланом 32, став 1 Устава и повреду права на једнаку заштиту права из члана 36, став 1 Устава, поништио пресуду ВСС Рев. 2002/07 и наложио Врховном касационом суду (ВКС) да поново одлучи о ревизији подносилаца уставне жалбе изјављеној против пресуде ОкрС у Београду Гж. 2854/07.

2.2.1. Правни став Уставног суда

Основ за такву одлуку УС био је правни став који је УС утврдио на редовној седници одржаној 7. јула 2011. године:

„У случају када је штета проузрокована кривичним делом (члан 377. ЗОО), ако је за кривично гоњење предвиђен дужи рок застарелости од рокова прописаних чланом 376. Закона о облигационим односима, захтев за накнаду штете према сваком одговорном лицу, а не само штетнику, застарева када истекне време одређено за застарелост кривичног гоњења само ако је правноснажном пресудом утврђено постојање кривичног дела и окривљени оглашен кривим за кривично дело. Прекид застаревања кривичног гоњења повлачи за собом и прекид застаревања захтева за накнаду штете.

Исти рок застарелости кривичног гоњења примењује се ако је кривични поступак обустављен, односно ако се није могао покренути зато што је окривљени умро или је душевно оболео, односно ако постоје друге околности које искључују кривично гоњење и одговорност окривљеног, као што су амнестија и помиловање.

У свим осталим случајевима примењује се општи рок застарелости потраживања из члана 376. Закона о облигационим односима.“¹³

¹³ *Ставови Уставног суда*, Београд 2015, 64. Доследно том ставу, иако су донете пре његовог усвајања, Уставни суд је усвојио и одлуке којима је одбио уставне жалбе подносилаца у наизглед сличним околностима. Међутим, за разлику од случаја *Зека*, *Шаља* и *остали*, у тим предметима уопште није било познато ко би могао бити окривљени, односно кривични поступак никада није ни био покренут. Наиме, то су били спорови за накнаду штете по тужбама лица избеглих из ратом захваћених подручја у Хрватској и Босни и Херцеговини, која су током 1995. године органи МУП-а Републике Србије незаконито лишавали слободе и после привременог задржавања предавали војним и полицијским органима Републике Српске и Републике Српске Крајине. Иако су та лица у многим случајевима била подвргавана тортури у камповима под контролом полицијских или паравојних формација, у Србији никада није вођен ниједан кривични поступак у коме би била утврђена кривична одговорност државних службеника за таква дела. Због тога су се, у таквим ситуацијама, према налажењу Уставног суда, могла применити само општа правила о застарелости потраживања накнаде штете утврђена одредбама члана 376 Закона о облигационим односима. Видети одлуке Уставног суда Уж-345/2008, 17. 3. 2010, и Уж-583/2008, 1. 4. 2010. Исто и одлука Уж-1980/2009, 27. 1. 2010, у којој

Тај став УС је применио и на чињенично стање одлуке у случају *Зека, Шаља и остали*:

„У конкретном случају је утврђено да су у кривичном поступку који је вођен пред Општинским судом у Алексинцу, у предмету К-12/92, одговорна лица оглашена кривим и осуђена на казну затвора правноснажном пресудом Општинског суда у Алексинцу К. 12/92 од 4. априла 1996. године. Дакле, у конкретном предмету, у вези питања примене рока застарелости потраживања накнаде штете која је причињена кривичним делом, Уставни суд сматра да се на застарелост примењују одредбе члана 377. Закона о облигационим односима не само када се накнада штете захтева од учиниоца кривичног дела као непосредног штетника, већ и од другог лица које одговара за штету иако није учинилац кривичног дела.“¹⁴

2.2.2. Повреда права на једнаку судску заштиту

Уставни суд је најпре утврдио повреду права на једнаку судску заштиту, зајемчену чланом 36, став 1 Устава, налазећи да су се подносиоци основано позвали на судске одлуке у којима је у идентичним правним ситуацијама проистеклим из истог штетног догађаја заузет другачији став, односно утврђено је да потраживање тужилаца за накнаду штете није застарело.¹⁵ Наиме, те пресуде су образложене тако да се у случају када је штета проузрокована кривичним

је била реч о особи која је претрпела штету као мобилисани припадник јединице Војске Југославије која је била ангажована у борбеним дејствима на Косову и Метохији 1999. године, али такође није било познато лице које је штету проузроковало и које би могло бити окривљено. Нема сумње да парнични суд може – за потребе утврђивања испуњености услова за примену продуженог рока застарелости потраживања накнаде штете – сам да испита да ли је штета проузрокована таквом радњом која садржи елементе кривичног дела, те да о томе одлучи као о претходном питању, али само онда када је било немогуће да се против познатог штетника, и евентуално учиниоца кривичног дела, поступак покрене или оконча. Видети опширније Караникић Мирић 2011, 197–202. Занимљиво је, међутим, да је од тог става одступио Врховни суд Србије само у случајевима у којима се радило о штети причињеној припадницима ЈНА у оружаним сукобима у бившим републикама СФРЈ до дана њиховог признања у Генералној скупштини Уједињених нација 22. маја 1992. године. Суд је сматрао да је то било кривично дело оружане побуне из члана 124 тада важећег Кривичног закона СРЈ, без обзира на то што нису били познати ни евентуални учиниоци таквих кривичних дела, нити су ти оружани сукоби било када окарактерисани у међународној заједници као оружана побуна са становишта међународног права. Видети Правно схватање Врховног суда Србије од 27. 12. 1999, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије* 11/1999, 14.

¹⁴ Одлука Уж-482/2008, 13.10.2011, <http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Curl-CS/5358/?NOLAYOUT=1>, последњи приступ 10. августа 2019. Одлука је објављена и у *Службеном гласнику РС* 88/2011.

¹⁵ Окружни суд у Нишу Гж. 25/06, 24. 1. 2006, Врховни суд Србије Рев. 43/01, 9. 5. 2001, Врховни суд Србије Рев. 89/03, 21. 1. 2003.

делом на застарелост примењују одредбе члана 377 ЗОО, а не одредба члана 376, будући да се одредбе члана 377 ЗОО примењују не само када се накнада захтева од учиниоца кривичног дела као непосредног штетника већ и од другог лица које одговара за штету иако није учинилац кривичног дела. Тако се догодило да су из истог штетног догађаја нека лица остварила право на накнаду штете – тако што су судови усвајали тужбене захтеве налазећи да потраживање није застарело – док је подносиоцима уставне жалбе тужбени захтев одбијен управо због застарелости. Имајући то у виду, УС је утврдио да су окружни судови, па и ВСС, у идентичној чињеничној и правној ситуацији доносили различите одлуке и на тај начин подносиоце уставне жалбе довели у битно различит положај од онога у коме су били тужиоци чији је истоврсни тужбени захтев усвојен. Другим речима, различито поступање редовних судова поводом исте чињеничне и правне ситуације довело је подносиоце уставне жалбе у неравноправан положај у остваривању судске заштите у односу на лица чији су тужбени захтеви усвојени, што указује на повреду принципа правне сигурности. Да потреба хармонизације судске праксе у Србији заслужује посебну пажњу, наводи се и у литератури (Porović, Marinković 2016, 381), а неконзистентна судска пракса српских судова довела је у више наврата и до интервенције ЕСЈП у случајевима против Србије.¹⁶ Уставни суд је посебно нагласио да није надлежан за уједначавање судске праксе редовних судова, али је – имајући у виду своја Уставом утврђена овлашћења да штити људска и мањинска права и слободу – сматрао да је неопходно да надлежни редовни судови, у ситуацијама када нађу да дотадашња судска пракса није у складу са меродавним материјалним правом, предузму све мере и радње предвиђене одговарајућим процесним законима. То се нарочито односи на ВСС који је, уместо да уједначава судску праксу поводом исте чињеничне и правне ситуације, доношењем различитих одлука створио правну несигурност подносилаца уставне жалбе, те је та околност сама по себи довољан разлог да се утврди постојање повреде права подносилаца уставне жалбе на једнаку заштиту права пред судовима.

2.2.3. Повреда права на правично суђење

У погледу истакнуте повреде права на правично суђење зајемченог чланом 32, став 1 Устава, Уставни суд се позвао на свој горе цитирани став од 7. јула 2011. године:

¹⁶ Наиме, из пресуда Европског суда за људска права произилази да је повреда права на правично суђење више пута била утврђивана као резултат противречне судске праксе истог суда. Видети, на пример, пресуде *Винчић и други против Србије*, 44698/06 и др., 1. 12. 2009, §§ 17, 39 и 50, и *Ракић и други против Србије*, 47469/07 и др., 5. 10. 2010, § 38.

„Полазећи од наведеног, Уставни суд оцењује да су у конкретном случају другостепени и ревизијски суд произвољно применили материјално право, и то на штету подносилаца уставне жалбе, примењујући у конкретном случају одредбе члана 376. Закона о облигационим односима.“¹⁷

Шта су били аргументи да УС усвоји тај правни став?

Према одредби члана 377, став 1 ЗОО, у ситуацијама кад је штета проузрокована кривичним делом а за кривично гоњење је предвиђен дужи рок застарелости, захтев за накнаду штете према одговорном лицу застарева кад истекне време одређено за застарелост кривичног гоњења. У тој ствари било је спорно правно питање да ли привилеговани рок застарелости потраживања накнаде штете треба да важи само према штетнику који је и учинилац кривичног дела или према сваком одговорном лицу, независно од основа његове одговорности за штету. Та остала одговорна лица појављују се по основу одговорности за другога (одговорност за штету коју причини лице неспособно за расуђивање или малолетник),¹⁸ по основу одговорности правног лица за штету коју његов радник или орган проузрокује трећим лицима¹⁹ или, пак, по основу објективне одговорности за штету која је настала од опасне ствари или опасне делатности.²⁰

У правној књижевности и судској пракси појавила су се два потпуно опоречна става. Тако, Визнер сматра (Vizner 1978, 1327) да се привилеговани рок застарелости из члана 377 ЗОО примењује само када је реч о потраживању накнаде штете од учиниоца кривичног дела, док се у односу на сва остала одговорна лица примењују општи рокови застарелости прописани у члану 376 ЗОО.²¹ Исто становиште изразио је у једном тренутку и ВСС:

„Полазећи од изложеног, судије Грађанског одељења Врховног суда Србије су се определиле за већ прихваћено доктринарно становиште да рокови застаревања потраживања накнаде штете из члана 377. Закона о облигационим односима теку само према учиниоцу кривичног дела којим је штета узрокована, а не и према држави, односно правном лицу које

¹⁷ Одлука Уставног суда Уж-482/2008, 13. 10. 2011.

¹⁸ Закон о облигационим односима, чл. 164–169.

¹⁹ Закон о облигационим односима, чл. 170–172.

²⁰ Закон о облигационим односима, чл. 173–179.

²¹ „(1) Потраживање накнаде проузроковане штете застарева за три године од кад је оштећеник дознао за штету и за лице које је штету учинило. (2) У сваком случају ово потраживање застарева за пет година од кад је штета настала. (3) Потраживање накнаде штете настале повредом уговорне обавезе застарева за време одређено за застарелост те обавезе“ (чл. 376 Закона о облигационим односима).

за штету одговара уместо њега по одредбама члана 172. Закона о облигационим односима, те да због тога потраживање накнаде штете по основу одговорности државе за штету коју проузрокује њен орган, застарева у роковима прописаним одредбама члана 376. Закона о облигационим односима.²²

Према другом становишту изнетом у правној књижевности, привилеговани рок застарелости из члана 377 ЗОО треба примењивати не само када је реч о учиниоцу кривичног дела већ и онда када се тужбени захтев за накнаду штете упућује према сваком лицу које одговара по правилима о одговорности за друго, односно по правилима о објективној одговорности (Караникић Мирић 2011, 192–196; Studin 1983, 1141). Потпуно невероватно, али исти ВСС који је усвојио претходно поменуто правно схватање донео је и сасвим супротну одлуку годину дана касније:

„Према чл. 377. ст. 1 ЗОО, када је штета проузрокована кривичним делом, а за кривично гоњење је предвиђен дужи рок застарелости, захтев за накнаду штете према одговорном лицу застарева када истекне време одређено за застарелост кривичног гоњења. Под одговорним лицем не подразумева се само учинилац кривичног дела, већ и лице које одговара за штету која је учињена кривичним делом, иако само није учинилац тог дела.“²³

Постоје разлози који су руководили УС да прихвати тај други став правне теорије и судске праксе, али они се на првом месту односе на језичко и историјско тумачење одредбе члана 377, став 1 ЗОО. Наиме, још у време важења Закона о застарелости потраживања (ЗоЗП), чија одредба није садржавала синтагму „према одговорном

²² Правно схватање Грађанског одељења Врховног суда Србије, утврђено на седници од 10. 2. 2004, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије* 3/05, 127. Исти став изразио је Врховни суд Србије и у неким својим каснијим одлукама: „Привилеговани рок застарелости потраживања накнаде штете причињене кривичним делом може се применити само у односу на извршиоца кривичног дела а не и на правно лице које уместо њега одговара за тако причињену штету трећем лицу.“ Видети пресуду Рев. 2865/05, 24.1.2006, *Правни информатор* 12/06, 30. Исто: „Рокови застарелости потраживања накнаде штете из члана 377 ЗОО теку само према учиниоцу кривичног дела којим је штета проузрокована, а не према држави односно правном лицу које за штету одговара уместо њега по одредбама члана 172 ЗОО.“ Видети пресуду Рев. 1354/06, 6. 9. 2006. Из архиве суда.

²³ Видети решење Врховног суда Србије Рев. 1335/05 и Сгзз 58/05, 30. 11. 2005, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије* 4/05, 89–91. Окружни суд у Нишу такође следи тај нови став: „Када је штету проузроковао тужеников осигураник кривичним делом, рок застарелости тужбеног захтева за накнаду штете је онај који је прописан за застарелост кривичног гоњења за кривично дело и он важи како за возача возила, тако и за осигуравајућу организацију.“ Видети пресуду Окружног суда у Нишу Гж. 4021/07, 8. 11. 2007, *Билтен судске праксе Окружног суда у Нишу* 27/08, 32.

лицу“,²⁴ поставило се питање да ли привилеговани рок застарелости тече и према самом штетнику и према лицу које одговара за исти догађај по неком другом основу. На Проширеној општој седници Врховног суда Југославије, која је одржана 19. октобра 1970. године, усвојено је Начелно мишљење да рок из члана 20, став 1 ЗоЗП не тече само према штетнику као учиниоцу кривичног дела, него и према сваком лицу које одговара за штету коју је такав штетник проузроковао. Прихватајући такав став, законодавац је, доносећи ЗоО, у члану 377, став 1 допунио ранију одредбу ЗоЗП управо речима да „право на накнаду штете застарева према одговорном лицу“.²⁵ Притом, као одговорно лице могу да се квалификују: сам штетник, у чијем се акту стичу елементи кривичног дела; неко друго лице које за штетника који је учинио кривично дело одговара по правилима о одговорности за другога; или ималац опасне ствари, односно лице које обавља опасну делатност, ако се употреба опасне ствари или вршење опасне делатности могу квалификовати као кривично дело (Караникић Мирић 2011, 192). Дакле, и чисто језичко тумачење спорне одредбе, у којој се не помиње ни штетник ни учинилац кривичног дела већ само одговорно лице, никако не допушта да се њено значење сужава само на штетника и у том смислу се супротна пракса редовних судова, па и ВСС, може сматрати недоследном, а одлука УС утемељеном и оправданом.²⁶

2.3. Поступак пред Врховним касационим судом

Одлука Уставног суда Уж-482/2008 од 13. октобра 2011. године достављена је ВКС 1. децембра 2011. године, ради поновног одлучивања о ревизији тужилаца. Међутим, сасвим неочекивано, ВКС је одлучио да поново одбије као неосновану ревизију тужилаца. Образложење се темељило на истим ставовима на којима је била заснована и ранија одбијајућа ревизијска пресуда ВСС, о којој је већ

²⁴ „Кад је штета проузрокована кривичним делом, а за кривично гоњење је предвиђен дужи рок застарелости, захтев за накнаду штете застарева кад истекне време одређено за застарелост кривичног гоњења.“ Видети Закон о застарелости потраживања, *Службени лист ФНРЈ* 40/1953 и 57/1954, чл. 20, ст. 1.

²⁵ Исто такво историјско тумачење спорне одредбе Закона о облигационим односима потврдио је и проф. др Слободан Перовић који је, заједно са проф. др Маријом Караникић Мирић, био позван на консултативни састанак Уставног суда. Такви састанци одржавају се када постоји потреба да се о питањима од значаја за одлучивање у конкретном уставносудском предмету прибави мишљење и од правних експерата у одређеној области права. Видети Пословник о раду Уставног суда, *Службени гласник РС* 103/2013, чл. 32.

²⁶ Опширније о циљном тумачењу и о осталим разлозима за заузимање таквог става (разлози економичности, разлози правне политике да се строже постави одговорност штетника који је штету проузроковао кривичним делом итд.) видети у Караникић Мирић 2011, 192–196.

било говора у овом тексту. Другим речима, и ВКС је заузео становиште да је потраживање тужилаца застарело, будући да су тужбе поднете суду након протекла више од пет година од дана када је штета настала, да се у том случају рокови застарелости рачунају према општем пропису из члана 376 ЗОО, односно да прописани рокови застарелости потраживања из члана 377 ЗОО теку само према учиниоцу кривичног дела којим је штета узрокована, а не и према држави, односно правном лицу које одговара уместо њега.²⁷ Притом се ВКС позвао само на правно схватање ВСС утврђено на седници Грађанског одељења од 10. фебруара 2004. године,²⁸ наводећи „да се правно схватање о примени рока застарелости за накнаду штете узроковане кривичним делом искључиво примењује у судској пракси Врховног касационог суда, од стране свих већа и да наведено правно схватање није измењено на седници Грађанског одељења Врховног касационог суда... да су накнада штете и застарелост институти материјалног (облигационог) права, па зато тумачење значења одредаба чл. 376 и 377 у вези чл. 172 ЗОО може дати само Врховни касациони суд, а не Уставни суд, јер питања која се односе на застарелост потраживања накнаде штете не спадају у област људских и мањинских права и слобода“ (*sic!*)... „да је судска пракса у примени ових института, почев од усвајања поменутог правног схватања ревизијског суда од 10. фебруара 2004. године сагласна, доследна и непротивуречна“.²⁹ Нажалост, ВКС је из своје оптике потпуно изоставио чињеницу да пракса врло очигледно није била „сагласна, доследна и непротивуречна“, односно да је исти ВСС изразио потпуно супротно становиште у неким другим одлукама,³⁰ а оценио је да две пресуде ВСС које су понудили сами тужиоци³¹ „нису од значаја“ (*sic!*).³²

2.4. Поновни поступак пред Уставним судом

Тужиоци су поднели нову уставну жалбу УС, образлажући овога пута повреду права на правично суђење тврдњом да је након доношења Одлуке УС Уж-482/2008 од 13. октобра 2011. и поништења пресуде ВСС Рев. 2002/07 од 29. августа 2007. године,

²⁷ Врховни касациони суд, Рев. 17/11, 3. 10. 2012, из архиве суда.

²⁸ Видети белешку 22.

²⁹ Врховни касациони суд, Рев 17/11. *Ibid.*

³⁰ Видети белешку 23.

³¹ Видети белешку 15.

³² Врховни касациони суд осврнуо се у свом образложењу и на три одлуке УС (белешка 13), погрешно закључујући да је у њима УС заузео супротно становиште, али се нажалост није потрудио да утврди да је чињенично стање у та три случаја било битно различито у односу на случај *Зека, Шаља и остали*.

надлежни ВКС донео оспорену пресуду у којој је, као и у претходној ревизијској пресуди, одбио ревизију подносилаца јер је оценио да је потраживање подносилаца застарело.

Уставни суд је, поступајући по други пут у тој правној ствари, донео одлуку којом је усвојио уставну жалбу, поништио пресуду ВКС Рев. 17/11 од 3. октобра 2012. године и наложио му да поново одлучи о ревизији тужилаца, у складу са оценама УС изнетим у тој одлуци.³³ У образложењу је УС пошао од тога да се ВКС очигледно оглушио о императивне одредбе члана 171 Устава, којим је утврђено да је свако дужан да поштује и извршава одлуку Уставног суда, те да Уставни суд може одредити начин извршења своје одлуке, као и о законске одредбе којима је, између осталог, прописана обавеза државних и других органа да, у оквиру својих права и дужности, извршавају одлуке и решења Уставног суда,³⁴ те да су одлуке УС коначне, извршне и општеобавезујуће.³⁵ Стога је УС нашао да није потребно да посебно и поново образлаже своје правно становиште које се односи на рок застарелости за накнаду штете проузроковане кривичним делом и које је детаљно образложено у претходној одлуци у тој правној ствари. Међутим, имајући у виду онај део образложења оспорене ревизијске пресуде који се односи на надлежност УС да одлучује о једном облигационом праву, УС је оценио да треба још једном посебно да укаже на свој генерални став да у поступку по уставној жалби није надлежан да као инстанциони суд преиспитује закључке и оцене редовних судова у погледу утврђеног чињеничног стања и примене процесног и/или материјалног права, осим када је примена процесног и/или материјалног права од редовних судова очигледно произвољна, арбитрерна и на штету подносиоца уставне жалбе. Тада Уставни суд, пружајући подносиоцу уставне жалбе непосредну уставносудску заштиту, утврђује повреду Уставом гарантованог права на правично суђење.³⁶ Притом, УС се посебно осврнуо на наводе из оспорене ревизијске пресуде о томе да „су накнада штете и застарелост институти материјалног (облигационог) права, па зато тумачење значења одредби из чл. 376. и 377. у вези чл. 172. ЗОО може дати само Врховни касациони суд, а не Уставни суд, јер питања која се односе на застарелост потраживања накнаде штете не спадају у област људских и мањинских права и слобода“. Сасвим супротно тим наводима ВКС, у конкретном случају је управо очигледно да је

³³ Одлука Уж-224/2013, 6.6.2013, <http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Cyrl-CS/9000/?NOLAYOUT=1>, последњи приступ 3. маја 2020. Одлука је објављена и у *Службеном гласнику РС* 55/2013.

³⁴ Закон о Уставном суду, чл. 104, ст. 1.

³⁵ Закон о Уставном суду, чл. 7.

³⁶ Одлука Уставног суда, Уж-224/2013. *Ibid.*

ВКС произвољним тумачењем поменутих института и одредаба ЗОО поново повредио Уставом гарантовано право на правично суђење подносилаца уставне жалбе, а то неспорно јесте „област људских и мањинских права и слобода“ за чију заштиту је надлежан Уставни суд.³⁷ Дакле, не зато што је УС неки „суд ван система“ већ због тога што има Уставом установљене функције чувара Устава и јемца људских слобода и права установљено је да је УС добио надлежност да контролише уставност свих аката и радњи свих носилаца државне власти. То значи да општи, али исто тако и појединачни акти и радње ниједног државног органа – органа законодавне, извршне или судске власти – од те уставносудске контроле нису изузети. Због тога се у литератури наводи да такве „пингпонг одлуке“ озбиљно могу отворити питање делотворности заштите људских права у Србији, будући да ако оба суда истрајавају на својим ставовима, поступци могу трајати унедоглед (Ненадић 2013, 103). Другим речима, важан контролни механизам који у поступку по уставним жалбама спроводи УС може бити делотворан само ако редовни судови доследно поштују одлуке УС и прихватају ставове који се односе на заштиту уставом гарантованих људских права и слобода.

Када је реч о делу образложења оспорене ревизијске пресуде у коме се ВКС позива на одредбе Закона о уређењу судова и обавезу судских већа Грађанског одељења ВКС да се придржавају ставова усвојених на седници одељења, УС је још једном нагласио да императивна одредба члана 171, став 1 Устава обавезује судове да извршавају одлуке УС, а да извршавање одлуке УС подразумева доношење нове одлуке уколико је то наложено, као и обавезно поступање и одлучивање судова у складу са оценама и ставовима изнетим у одлуци УС. То обесмишљава позивање ВКС на законом предвиђену обавезност поступања по сопственим правним ставовима, посебно у ситуацији када је УС утврдио да се таквим правним ставом повређује Уставом гарантовано право на правично суђење подносилаца уставне жалбе.

Најзад, иако то није чинио често када је утврђивао повреду права на правично суђење, у том случају УС је, због поновљене

³⁷ Уставни суд се позвао и на добро установљену праксу Европског суда за људска права у погледу тумачења права на правично суђење у контексту примене материјалног права: „Суд неће постављати питање тумачења домаћег права од стране домаћих судова, осим у случају очигледне произвољности (види, *mutatis mutandis*, *Adamsons против Летоније*, број 3669/03, став 118., 24. 6. 2008. године), другим речима, када уочи да је примена права од стране домаћих судова у одређеном случају била очигледно погрешна или таква да су изведени произвољни закључци и/или ускраћивања правде (види, *mutatis mutandis*, *Farbers и Harlanova против Литваније* (одлука), број 57313/00, 6. 9. 2001. године, и, мада у контексту члана 1. Протокола број 1, *Beyeler против Италије* [VV], број 33202/96, став 108., ЕCHR 2000-I).“ *Ibid.* Видети *Анђелковић против Србије*, 1401/2008, 19. 3. 2013, § 24.

повреде права на правично суђење, сваком од подносилаца уставне жалбе досуди накнаду нематеријалне штете у износу од по 1.000 евра, у динарској противвредности.

3. ЗАКЉУЧНЕ НАПОМЕНЕ

Усвајањем Устава Србије од 2006. године зајемчена је уставно-правна заштита повређених или ускраћених људских и мањинских права и слобода кроз нови институт уставне жалбе. Након што је УС почео да доноси мериторне одлуке у поступцима по уставним жалбама, а нарочито од када је почео да усваја уставне жалбе, да утврђује да је повређено или ускраћено неко од уставом зајемчених људских права и слобода и да поништава пресуде редовних судова, па и ВСС (односно ВКС), однос између УС и ВСС (односно ВКС) постао је нарочито тензичан. Иако је и Венецијанска комисија недвосмислено саопштила свој став да ако Уставни суд има компетенције да испитује судске одлуке – што је веома позитивно из перспективе људских права – он мора имати овлашћења и да их санкционише ако нађе да су неуставне, те да би у случају да оспорена пресуда не би могла бити поништена то ослабило овлашћења Уставног суда и озбиљно угрозило његов углед, отпор редовних судова није престао ни до данас. Управо стога, нема бољег начина да се добро илуструје разлика између судске надлежности редовних судова и поступања УС по уставним жалбама него да се то покаже на примерима добре праксе. Овде приказана одлука има управо такву функцију, будући да је УС интервенисао због постојања потпуно недоследне и конфузне праксе врховних судова у тумачењу одговарајуће одредбе ЗОО и спорног питања примене привилегованог рока застарелости не само у односу на штетника него и у односу на свако друго лице које може бити по неком основу одговорно за штету, успут се и у меритуму изјашњавајући за став који је оценио као право значење спорне одредбе ЗОО (члан 377/2).

ЛИТЕРАТУРА (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.
- Караникић Мирић, Марија. 1/2011. Застарелост потраживања накнаде штете проузроковане кривичним делом. *Анали Правног факултета у Београду* 59: 178–204. (Karanić Mirić, Marija. 1/2011.

- Zastarelost potraživanja naknade štete prouzrokovane krivičnim delom. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 59: 178–204.)
- Ненадић, Боса. 2013. О неким аспектима односа уставних и редовних судова. 71–111. *Улога и значај уставног суда у очувању владавине права*, ур. Боса Ненадић. Београд: Уставни суд. (Nenadić, Bosa. 2013. O nekim aspektima odnosa ustavnih i redovnih sudova. 71–111. *Uloga i značaj ustavnog suda u očuvanju vladavine права*, 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.
- Стојановић, Драган. 2016. *Уставно правосуђе – Уставно процесно право*. Ниш: Правни факултет у Нишу. (Stojanović, Dragan. 2016. *Ustavno pravosuđe – Ustavno procesno право*. Niš: Pravni fakultet u Nišu.)
- Studin, Josip. 1983. Član 377. Potraživanje naknade štete prouzrokovane krivičnim delom. 1141–1143. *Komentar Zakona o obli-gacionim 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 (obli-gacionim) 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.

Др Борис Беговић*

Abbas, S. Ali, Alex Pienkowski, Kenneth Rogoff, eds. 2020.
Sovereign Debt: A Guide for Economists and Practitioners. Oxford:
Oxford University Press, 436.

Зборник радова чији приказ следи посвећен је једном од нај-
сложенијих феномена којим се бави економска наука и једним од
најрелевантнијих питања економске политике било које земље –
питању државног (сувереног) дуга. Но, тој теми досад је био посвећен
велики број радова, чланака и књига, који су понудили мање или
више уверљиве одговоре на питања у вези са тим феноменом – који
су то мотиви задуживања и покретачи акумулације државног дуга,
како оценити његову одрживост, како управљати државним дугом,
како и због чега државе банкротирају и тако даље. Стога се поставља
питање: шта је допринос овог зборника? У једној реченици – то што
је, на једном месту, на ограниченом простору, језику разумљивом и
онима који нису економски или правни специјалисти за ову област,
без обзира на то да ли су истраживачи или практичари, овај зборник
понудио преглед најзначајнији расположивих одговора на најбитнија
питања државног дуга.

Девет зналачки одабраних тема обрађено је у девет разборито
поређаних поглавља.¹ Прво је, сасвим очекивано, посвећено историји
државног дуга. Прати се вишевековна тенденција пораста државног
дуга упоредо са порастом економских функција државе. Док је не-
кад њена основна функција била вођење ратова, углавном за славу
и богатство владара, држава временом почиње да пружа све више и
више јавних добара, све је више улагања у инфраструктуру, па је све
већа вероватноћа настанка фискалног дефицита, који се финансира

* Редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, *begovic@ius.bg.ac.rs*.

¹ Свако поглавље је дело најмање три коаутора. Укупно је 34 аутора учествовало у писању поглавља. Будући да би помињање имена сваког од њих узело изузетно много простора, ниједно име аутора, ма колико било прослављено у економској науци, не појављује се у овом приказу.

задуживањем. Занимљива је анализа механизма умањења, односно гомилања државног дуга, мереног степеном задужености земље (износ дуга у односу на ниво бруто домаћег производа – БДП). У XIX веку се задуженост држава (на примеру три земље, САД, Велике Британије и Француске) умањивала великим примарним суфицитом (последица фискалне консолидације), при чему је негативна разлика између стопа привредног раста и реалних каматних стопа успоравала то умањење, будући да је знатан део примарног суфицита одлазио на плаћање камате. Насупрот томе, две велике епизоде умањења државног дуга (после оба светска рата) показују да се оно заснивало на подједнаком (после I светског рата) или нешто мањем (после II светског рата) доприносу примарног фискалног суфицита у односу на допринос позитивне разлике између стопа привредног раста и реалних каматних стопа. Вредна информација за оне који данас тврде да се задуженост земље може умањити без фискалне консолидације (уз опстајање примарног фискалног дефицита), само стопама привредног раста већим од реалних каматних стопа.

Занимљиво је и поређење две епизоде гомилања државног дуга у последњих стотинак година: Велике депресије (1928–1933) и Велике рецесије (2007–2013). Док се у првом случају задуженост повећала искључиво услед негативне разлике између стопа привредног раста и реалних каматних стопа, уз примарни суфицит који је успоравао раст дуга у односу на БДП, у случају недавне светске рецесије, примарни фискални дефицит је 2,6 пута више допринео гомилању државног дуга него негативне разлике између стопа привредног раста и реалних каматних стопа. Потоњи механизам гомилања државног дуга сведочи о брзини реакције макроекономске политике на финансијски крах из 2008. године: ургентно започињање дефицитарног финансирања буџета, како би се управљало агрегатном тражњом, и обарање каматних стопа, како би се поспешиле инвестиције. Лекције из доба Велике депресије су, очигледно, добро научене.

Друго поглавље доноси детаљно разматрање питања шта све чини државни дуг и каква је његова структура. Иако су, под окриљем Међународног монетарног фонда (ММФ), успостављене међународне конвенције о томе које то све обавезе државе улазе у њен дуг, показало се да, зависно од аналитичке одлуке како се обрачунава државни дуг, он може знатно да варира. Примера ради, државни дуг САД (аналитички) варира између 20 и 75 трилиона америчких долара. Аутори ту целу расправу с правом смештају у оквир биланса стања државе са, наравно, две стране – активом и пасивом – то јест свим њеним потраживањима и обавезама. Аутори наводе да у обавезе државе (пасиву) спадају и оне обавезе које, стриктно посматрано, не чине државни дуг, попут још неисплаћених пензија, обавеза које

тек могу да настану, државних гаранција које могу бити активирани или обавеза у погледу гарантованих депозита у банкама, па све до занимљивог питања да ли количина новца у оптицају представља државни дуг.² Биланс стања државе не би био потпун без њене активе – имовине коју држава поседује (укључујући потраживања), која омогућава да се извршавају обавезе и тек се са тим делом биланса стања стиче информација о нето обавезама државе. То концептуално разматрање прати и обиље информација о структури државног дуга по земљама, односно по групама земаља: богатих, сиромашних и онима између. А структура се исказује у односу на финансијске инструменте (обвезнице или кредити), рочност доспећа (дугорочни или краткорочни), изворе средстава (домаћи или страни дуг) и валуте обавезе (националну или страну). Правило је, што се структуре дуга тиче, да нема правила – готово да се може закључити да су разлике између земаља у том погледу стохастичке природе.

Зашто државе позајмљују финансијска средства, зашто себе оптерећују дугом – кратко је питање са дугачким и сложеним одговором. Таутологија због финансирања фискалног дефицита ту много не помаже. То се јасно види из трећег поглавља књиге, у којем се мотиви држава, прецизније мотиви оних који воде државе, да се задужују деле на две велике групе: на добре и лоше. У прве спада изравнавање пореског оптерећења обвезника у условима у којима се мењају нивои јавних расхода. Разматрање је потпуно у складу са концепцијом рикардијанске једнакости и њеним налазом да ће се данашњи фискални дефицит неминовно финансирати будућим суфицитом. Аутори сматрају да у добре мотиве спада и кејнсијанско управљање агрегатном тражњом, будући да буџетски дефицит и увећање јавне потрошње представљају фискални подстрек и основну контрацикличну меру економске политике у условима рецесије. Но, аутори указују на оне политичке чиниоце који, услед непопуларности смањивања јавне потрошње и увећања пореза, отежавају формирање фискалног суфицита после рецесије, што изазива гомилање државног дуга после епизода контрацикличних фискалних политика. У добре мотиве задуживања спадају и дугорочне инвестиције у физичку инфраструктуру, и не само физичку, и у људски капитал, што омогућава одрживо увећање стопе привредног раста задужене земље. Коначно, појава државних дужничких хартија од вредности, као финансијских инструмената ниског кредитног ризика, важна је за развој тржишта

² Стриктно посматрано, свака новчаница представља исправу о дугу коју у име државе издаје централна банка, па се, као део наслеђа златног стандарда, новчана маса може сматрати обавезом државе. Пуни смисао таквог поимања новца, наводе аутори, добија се тек увођењем у анализу концепције (одавно напуштеног) златног стандарда, у коме је постојала адекватна златна подлога, као имовина државе на страни активе њеног биланса стања.

капитала у земљама у којима оно није дубоко, па тиме и развоја целокупног финансијског сектора у њима.

Насупрот добрим мотивима за задуживање држава, постоје, сасвим очекивано, и лоши. То су, наводе аутори, они који доводе до прекомерног задуживања и до кризе државног дуга као могуће последице. Први од њих повезан је са политичким буџетским циклусом, емпиријски потврђеном регуларношћу да власт, непосредно пре избора, желећи да буде реизабрана, умањује порезе и увећава јавну потрошњу, и то текућу потрошњу, не инвестиције. Да би таква политика дала изборне резултате, бирачко тело треба да пати од тзв. фискалне илузије, заблуде да фискални дефицит може довољно дуго да траје. Та емпиријски потврђена илузија појачава се кејнсијанским приступом управљању агрегатном тражњом, у коме се велики фискални дефицити који се (оправдано) стварају током рецесије не компензују фискалним суфицитима после ње, односно увећаним порезима, већ се рефинансирају, те се обавеза враћања дуга помера у будућност. Тиме се долази до другог лошег мотива задуживања, који аутори виде у међугенерациској прерасподели, тако што прекомерну потрошњу садашње генерације, већу од њеног буџетског ограничења, то јест од расположивог дохотка, сnose будуће. Док појединци који желе да увећају потрошњу свог потомства, то јест који желе (усмерену) међугенерациску прераспodelу у супротном смеру, то лако могу да остваре приватним средствима, наследно право се бави управо тим механизмима, прераспodelа у корист садашње генерације на рачун будућих остварује се државним дугом – ми данас трошимо више него што имамо, а ви то сутра плаћате. Када се томе придода политичка економија доношења фискалних одлука, у којој су обично веома јаке и добро организоване оне интересне групе које нарочито добијају одређеним програмима јавне потрошње, извесно је да расте склоност држава ка фискалним дефицитима, па тиме и гомилању дуга.

Но, напомињу аутори, високи државни дуг, независно од начина на који је настао, има непожељно дејство на привредни раст. Реч је о томе да такав дуг умањује простор за контрацикличну економску политику у периоду рецесије, истискује приватне инвестиције будући да треба сервисирати настале обавезе према повериоцима, и ствара очекивања о све већем будућем опорезивању приноса, што обесхрабрује инвеститоре да предузимају пословне подухвате. Уместо да се штедња домаћинства слива у инвестиције, она неповратно одлази у сервисирање дужничких обавеза.³

³ То су основни налази до којих су дошли Рајнхарт и Рогоф (Reinhart, Roggoff 2010). Иако је у време када се појавио овај чланак био предмет контроверзе,

Четврто поглавље књиге посвећено је концепцији одрживости дуга и почиње једноставним питањем: због чега Јапан „пркоси сили Земљине теже“ са државним дугом који износи око 200 одсто БДП, док је Украјина банкротирала због државног дуга од 30 одсто 1998. године? Тешко да може да се нађе бољи пример да се опише да за разматрање државног дуга није важно само колики је дуг него, нарочито, да ли је одржив. Аутори користе стандардну ММФ-ову дефиницију одрживости, према којој је државни дуг одржив уколико је велика вероватноћа да ће држава бити солвентна, то јест да ће моћи да испуни све своје садашње и будуће обавезе без прибегавања неостварљивим или непожељним економским политикама. Дакле, концепција одрживости неминовно је окренута будућности. А будућност је неизвесна, тако да је оцена одрживости заснована на предвиђању будућности, а не на чврстим чињеницама о садашњости. Занимљиво је да аутори покрећу питање због се чега поједине државе одлучују да прогласе банкрот иако је њихов дуг одржив.⁴ Очигледан разлог за банкрот је то што на тај начин увећавају своју нето активу – актива остаје иста, док се пасива, начелно посматрано, умањује.⁵ Ипак, постоје снажни разлози због којих државе то не чине, односно због чега су државни банкрот све ређи: искључивање са тржишта капитала, што значи да више не постоји могућност фискалног дефицита, уз погоршање репутације на том тржишту што ће, у перспективи, када се превазиђе искључење, значити више каматне стопе које ће захтевати повериоци. Надаље, повериоцима, нарочито великим, стоје на располагању одређена, нимало пријатна, правна средства против оних који не испуњавају своје дужничке обавезе. На све то се повећава притисак тзв. лешинарских фондова, који на секундарним тржиштима обвезница по багателној цени купују обвезнице државе која је прогласила банкрот, па онда стварају снажан притисак да те обвезнице наплате по њиховој номиналној вредности, што је болно искусила Аргентина после банкрота 2001. године. Коначно, државни банкрот, наводе аутори, изазива дубоки поремећај домаћег финансијског система. Заиста уверљиви разлози за државу да избегне банкрот.⁶

истраживања током протекле деценије потврдила су, сматрају аутори, основне налазе изнесене у овом раду.

⁴ Тиме следе у економској науци широко прихваћени приступ (Eaton, Gervovitz 1981) да се свака држава (чији је државни дуг одржив), односно њена влада, налази пред стратешком одлуком да ли да банкрутира или не.

⁵ За разлику од привредних друштава, за биланс стања држава не важи безусловна једнакост активе и пасиве биланса стања.

⁶ Такву свеобухватну анализу треба упоредити са неаргументованим и неуверљивим, наводно политекономским објашњењем да је умањење фреквенција државних банкрота у савременом свету последица коалиције између богатих друшт-

Са одрживошћу државног дуга непосредно је повезано управљање тим дугом, обрађено у петом поглављу зборника, које је ипак више намењено практичарима него академским истраживачима феномена државног дуга. Обрађују се питања циљева управљања државним дугом, основних ризика којима треба управљати, различитог начина управљања домаћим и страним дугом, развоја домаћег тржишта државних обвезница и, коначно, нешто што није само практично питање – питање институционалног оквира у којем се управља дугом. Читалац без претензија да буде практичар у области управљања државним дугом ипак журно прелази на следеће поглавље.

То, шесто поглавље посвећено је питању начина умањења државног дуга (увек мереног као износ државног дуга у односу на ниво БДП-а) који не подразумевају проглашавање банкрота. Постоје три основна начина таквог умањења, наводе аутори. Први је фискална консолидација, скуп активности којима се елиминише фискални дефицит и ствара суфицит којим се финансира умањење дуга. Аутори покрећу релевантна питања фискалне консолидације, почев од њеног износа, преко брзине и трајања, да би се на крају пажња посветила методима те консолидације: да ли се фискална консолидације изводи смањењем расхода или повећањем прихода? Зачудо, аутори су оцену дејства метода фискалне консолидације на стопу привредног раста оставили отвореном, иако се недавно појавило свеобухватно истраживање којим се недвосмислено показује супериорност консолидације засноване на смањењу расхода.⁷ Други начин умањења државног дуга је убрзани раст БДП-а, будући да се задуженост земље обара растом имениоца у разломку којим се она мери, а и увећава се пореска основица, што узрокује раст пореских прохода и умањење фискалног дефицита. Да би први механизам могао да да резултат, стопа привредног раста треба да буде виша од реалне каматне стопе, будући да онда именилац (БДП) расте брже од бројиоца (апсолутног износа дуга). Аутори разматрају неколико стратегија убрзања привредног раста, али не покрећу, а још мање одговарају на питање како обезбедити раст у условима високе задужености, иако је у зборнику већ напоменуто да високи државни дуг успорава привредни раст. Коначно, државни дуг може да се умањи експанзивном монетарном

вених слојева у земљама повериоцима и богатих слојева у земљама дужницима, које се недавно појавило у социолошкој литератури (Ross 2019).

⁷ Алесина, Фаверо и Ђаваци (Alesina, Favero, Giavazzi 2019), вреднујући 170 случајева фискалних консолидација у земљама ОЕСД-а, изнели су емпиријске доказе да је фискална консолидација заснована на умањењу расхода супериорна у односу на ону засновану на увећању прихода у погледу дејства на привреди раста и понудили уверљиво теоријско образложење те регуларности. Ту књигу је детаљно приказао Begović (2019). Нажалост, у списку литературе који прати ово поглавље зборника који се приказује наведена књига се не помиње.

политиком и инфлацијом као њеном последицом. Веома често инфлација и настаје као начин да се финансира фискални дефицит, у условима у којима задуживање није могуће. Дакле, инфлација умањује пораст државног дуга. А уколико је државни дуг у домаћој валути, инфлација обезбеђује његово умањење, прецизније, умањење његове реалне вредности. Но, аутори напомињу да инфлација генерише своје трошкове и да цена таквог начина умањења дуга може да буде прохибитивно висока.

Када ништа друго не помаже, држава проглашава банкрот. Управо је томе – државном банкроту – посвећено седмо поглавље књиге. После прилично мукотрпног дефинисања тог појма, уз све техничке детаље и разјашњење одговарајуће правне и економске терминологије, аутори прелазе на разматрање могућности селективног проглашавања банкрота (на пример, само према приватним повериоцима или само према домаћим повериоцима), а затим се залази у питање да ли је реч о чврстом (једностраном) банкротну или меком (договореном). Помиње се и ситуација порицања дужничких обавеза у случају Лењинове Русије и Маове Кине, зачудо без помињања Хитлерове Немачке, као основе државног банкрота, да би се на крају размотрила дистинкција између реструктурирања и репрограмирања дуга као квантитативна разлика између већег или мањег губитка нето садашње вредности потраживања приликом банкрота – феномен познат као „шишање“ поверилаца. То прате не баш садржајна анализа разлога државног банкрота и разматрање подстицаја државама да не банкротирају, углавном понављање оног што је већ написано у четвртом поглављу зборника.

Сваки државни банкрот прати разрешење односа дужника и поверилаца, без обзира на то колико дуго траје процес његовог проналажења. Том разрешењу, пре свега процесу којим се до њега долази, посвећено је осмо поглавље, засновано на увидима о санирању последица државних банкрота у последњих неколико деценија, уз мноштво студија случајева. Веома поучно градиво за оне који планирају да прогласе државни банкрот – да знају шта их чека или бар какву муку могу да оставе својим наследницима на власти.

Последње, девето поглавље посвећено је, какав је и ред, будућности и, савременим речником речено, изазовима које она доноси. Они се заснивају на процени најважнијих кретања и исхода који се на плану државног дуга могу очекивати, и на страни дужника, држава којима је потребан капитал, и на страни повериоца. Изнети су и предлози мера које би могле да ублаже ризике на финансијским тржиштима доступних владама, односно да умање вероватноћу државних банкрота, као и предлог начина за решавање криза државног друга, попут грчке кризе, оне која је почетком друге деценије

овог века из темеља уздрмала европску монетарну унију. Размажен свеобухватном, детаљном и продубљеном анализом на претходним страницама зборника, читалац је ипак, више очекивао од његовог завршног поглавља.

Овај зборник је права музика за уши озбиљних читалаца – оних који понешто познају питања државног дуга и коју желе да о њему сазнају нешто више, да боље разумеју тај феномен, узроке његовог настанка и последице које он ствара. А књига је изашла у право време – време у којем се државним дуговима све више баве хорде површних људи, шарлатана без икаквих солидних знања из ове области, додуше и из било које друге, са једнозначним, поједностављеним и углавном оптужујућим одговорима на сва питања. Све се, наравно, своди на теорију завере богатих (држава, појединаца, банака...) да се упропасте сиромашни.

Чињеница да је аутор приказа ову књигу читао у време врхунца (првог таласа) пандемије COVID-19 отвара могућност за једну паралелу. Током ове пандемије свако ко има прикључак на интернет је, против своје воље, добио хиљаде порука од свих могућих теоретичара завере, укључујући и поједине председнике држава, о пореклу корона вируса, циљевима његове производње и дисеминације, али и о томе да та заразна болест уопште не постоји, него је све то инсценирано (попут слетања на Месец, претпостављам), а та представа је направљена како би нас све присилили да се вакцинишемо, будући да ће у тој вакцини бити наночипови, који ће омогућити оном који је све то осмислио да нам контролише мисли или бар понашање. Теорије завере које се баве државним дуговима нису толико живописне, али су подједнако утемељење у незнању, затуцаности, априорном осуђивању и недостатку добре воље да се спознају чињенице и схвате узрочно-последичне везе. На пример, објашњење кризе грчког државног дуга, која је последица завере немачких и француских произвођача оружја, немачко-француског банкарског сектора и грчке војно-политичке елите, због које је Грчка задуживањем набила оружје којој јој уопште није потребно (због тога што има малог, мирољубивог и традиционално пријатељски настројеног суседа на истоку, претпостављам), а све то плаћају грчки сиромашни друштвени слојеви. Пажљиво читање ове књиге представља веома делотворну вакцину против тих теорија завере. Нажалост, онима који се самостално одлуче да је читају вакцина није потребна, они имају природни имунитет, а мала је вероватноћа да ће таква вакцинација постати обавезна.

ЛИТЕРАТУРА (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 Ćeriman 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. Ćeriman 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.

Алекса Николић, мастер*

Станковић, Марко. 2020. *Преображају федералне државе – Десет расправа о промењеној природи и суштини федерализма*. Београд: Издавачки центар Правног факултета, 409.

Донедавно, готово цела постхладноратовска правна литература посвећена федерализму и федералној држави бавила се истраживањем два феномена: 1) присуством/одсуством етничких конфликта и проблемом сецесије, односно 2) питањем степена ефикасности демократије у федерално уређеним државама. Притом, научна заједница је била подељена око оцене њихових последица. Један део истраживача, попут Аренда Лијпхарта (*Arend Lijphart*) (Lijphart, 1977, 41–47) и Алфреда Степана (*Alfred C. Stepan*) (Stepan, 1999, 19–20) је сматрао да федерализам представља алтернативу етничким немирима и сецесији, да је он „подупирач демократске транзиције и демократије“, док је други део истраживача попут Каима Кауфмана (*Chaim Kaufmann*) (Kaufmann, 1998, 120–156) и Доналда Хоровица (*Donald Horowitz*) (Horowitz, 2000, 682–683) сматрао управо супротно. Уз то, постојање спорова око тога да ли постоји општа теорија федерализма и шта њу заправо чини само додатно компликује давање одговора на сва ова питања.

Међутим, непрестана динамичност федерализма доводи до стварања нове, другачије стварности, а нова стварност тражи нову науку, будући да постојеће идеје, теорије и принципи федерализма све мање одговарају карактеру данашњег друштва, држава, политике и права. С тим у вези, монографија професора др Марка Станковића представља једну од најзначајних федералистичких студија наше уставноправне баштине, будући да у њој аутор успешно користи различите теоријске, концептуалне и институционалне традиције у истраживању разноразних процеса везаних за федерализам и федералну државу, али и у исто време отвара нека нова важна и актуелна питања у „свету федерализма“.

* Сарадник у настави Правног факултета Универзитета у Београду, *aleksa.nikolic@ius.bg.ac.rs*.

Монографија *Преображаји федералне државе – Десет расправа о промењеној природи и суштини федерализма* представља резултат дугогодишњег проучавања и бављења федерализмом и федералном државом. На више од четири стотине страница, подељених у пет тематских целина, аутор до детаља разрађује сва кључна питања везана за овај облик државног уређења, обухватајући на тај начин целокупну „патологију“ теорије федерализма. Метафорични називи поглавља настоје да наведу читаоца на најкритичније тачке савременог федерализма, али и да на тај начин осветле суштину и комплексност проблема. Стога, делови књиге редом носе називе: 1) „Фамилија“ („Федерација и сродни организациони облици“); 2) „Темељи“ („Настанак федерације“); 3) „Стубови“ („Федерација и други облици државе“); 4) „Кућа“ („Положај федералне државе“) и 5) „Домаћинство“ („Положај федералних јединица“).

У оквиру првог поглавља „Фамилија“ („Федерација и сродни организациони облици“) аутор тежи да преиспита постојеће теоријске калупе о федерализму кроз анализу односа између федерације и конфедерације, односно појаву регионалне државе као тзв. трећег облика државног уређења. Критички анализирајући класичну теорију федерализма, која сврстава федерацију и конфедерацију под општи појам федерализма, Станковић констатује да је конфедерација једна од окончаних фаза у развоју федерализма и да данас федерална држава има много више сличности са децентрализованом унитарном државом, него конфедерацијом. Анализирајући пример Европске уније, аутор закључује да је она заједница *sui generis*, специфичан облик федерализма негде између конфедерације и федерације. Међутим, она ипак није „на пола пута“ између два поменути облика федерализма, већ је ближа конфедерацији будући да представља категорију међународног, а не уставног права. Уз то, пропаст предлога Устава ЕУ, као и одлука Уједињеног Краљевства да напусти Унију, трајно су онемогућили ЕУ да се трансформише у специфичну федерацију. У расправи посвећеној регионалној држави Станковић након анализе ставова страних и домаћих ауторитета уставноправне науке констатује да регионална држава није посебан облик државног уређења, већ да она представља посебну подврсту унитарног државног уређења. Речима Слободана Јовановића, који је за систем власти у Швајцарској говорио да је то „парламентарни систем, али отеран у крајност“, аутор наводи да је регионална држава у ствари децентрализована држава, али „отерана у крајност“.

„Темељи“ („Настанак федерације“) нуде у себи анализу критеријума за разликовање федерације према начину настанка (агрегација или деволуција) односно према њеном националном саставу (етнички хомогене федерације или вишенационалне). С тим у вези,

аутор у овом поглављу најпре полази од анализе три архетипске федерације (Сједињених Америчких Држава, Швајцарске и Немачке) где констатује да су оне настале методом агрегације, еволуирајући из конфедералног у федерални облик државног уређења. Међутим, како је само „изумирање“ конфедерација довело до нестанка агрегације, федерално клатно се „пребацило“ на терен деволуције.¹ Ту се као кључно наметнуло питање (не)стабилности федералних држава.² Анализирајући историјска и упоредноправна искуства, Станковић констатује да деволуција није сама по себи „лошији“ начин настанка федералног државног уређења, иако неретко показује лоше особине када се комбинује са федералном државом у вишенационалним заједницама. С тим у вези, оправдано се отвара питање да ли је федерално уређење добар модел за решавање проблема вишенационалности у друштву. Старија уставноправна литература је већином заговарала такво решење, док су савремени писци много опрезнији приликом давања одговора. Они нарочито истичу значај либералног национализма и консочијативне демократије као потенцијалних концепата за решавање вишенационалних друштва. У наставку аутор анализира швајцарски, канадски, индијски, шпански и белгијски концепт вишенационалности. Швајцарска, иако на први поглед делује као вишенационална држава са језичком, верском и културном разноликости становништва ипак није вишенационална федерација због израженог швајцарског идентитета становништва. Насупрот њој, Канада, Индија, Шпанија и Белгија представљају примере вишенационалних федерација које се превише међусобно разликују, тако да је немогуће у њиховим уставним системима пронаћи заједничке елементе. Уз то, анализа поменуте четири федерације је недвосмислено показала да федерални облик државног уређења није беспрекоран модел који нужно омогућава изградњу идиличних односа у вишенационалним државама, већ је само оквир или платформа која, уз садејство одговарајућих предуслова и фактора, може довести до постепеног успостављања равнотеже у хетерогеним друштвима.

Треће поглавље, „Стубови“ („Федерација и други облици државе“), критички сагледава компатибилност свих облика државне власти и владавине са федералним државним уређењем. Савремене федерације, као и архетипске, прихватиле су све постојеће системе власти, па је тако председнички систем власти заступљен у САД, скупштински у Швајцарској, парламентарни систем власти своје представнике има у државама које су некада биле у саставу

¹ Управо је Европска унија (ЕУ) доказ да је агрегација у савременим условима тешко изводљива јер су њене државе чланице у првој деценији XXI века одбиле да прихвате Устав ЕУ, који би је постепено претворио у *sui generis* федералну државу.

² Видети расправу Марковић (2014, 277) против Јовичића (1973, 60) (стр. 81–82).

британске империје, попут Канаде и Аустралије, док је мешовити (полупредседнички) систем власти присутан у Руској Федерацији. На основу анализе остварености начела партиципације, ефикасности у вршењу федералних надлежности и природе федералног бикамерализма аутор констатује да су крута подела власти, каква постоји у америчком председничком систему, односно демократско јединство власти, које је присутно у Швајцарској, најефикасније и најадекватније решење за федералне државе. Насупрот томе, гипка подела власти, која одликује парламентарни и мешовити систем, има бројне мањкавости и не уклапа се у потпуности у доктринарне калупе. Међутим, Станковић наглашава да би поред неспорне анализе теоријских ставова о компатибилности различитих облика државе требало уважити и неправне елементе, односно друштвену стварност. На тај начин, аутор закључује да је, упоредноправно посматрано, данас много лакше успоставити парламентарни и мешовити систем и нуди решења како да се та два система унапреде и учине одрживијим. У расправи посвећеној облицима владавине Станковић истиче да је једна од највећих заблуда схватање по коме је федерално државно уређење спојиво искључиво са републиканским обликом владавине, односно да је апсолутно превазиђено учење по коме монархијски облик владавине није демократски. Аргументацију у корист ових тврдњи аутор проналази у чињеници да је шест од седам савремених федерација монархијског облика владавине недвосмислено показало спојивост са демократијом, односно да се неутрална улога монарха у појединим „старим европским монархијама“ попут Шпаније и Белгије показала као кохезиони фактор између федералних јединица, односно један од кључних фактора стабилности. Уз то, примена директне партиципације федералних јединица у вршењу функције шефа државе у појединим федерацијама, само је додатно „учврстила“ положај монархија у свету федерација.

У четвртном делу аутор се бави „кровним“ питањима федералне државе. Стога „Кућа“ („Положај федералне државе“) анализира начело супрематије федерације, као и начело партиципације федералних јединица у вршењу федералне власти. Приликом анализе начела супрематије федерације, аутор се најпре бави теоријским концептом појма суверености, као једним од најспорнијих питања, да би потом прешао на анализу спољашњих и унутрашњих елемената суверености у федералној држави. С тим у вези, Станковић констатује да спољна и унутрашња сувереност несумњиво припадају федерацији, али да у савременим условима та сувереност подлеже бројим ограничењима, како у корист федералних јединица, тако и у корист међународних организација. Уосталом, сâм аутор констатује да се одговор на питање где почива сувереност у федерацији суштински своди на питање да ли федералне јединице имају право на једнострано

отцепљење (сецесију) и констатује да је класична теорија дала негативан одговор, али и да питање сецесије није само правно питање, већ је у великој мери и политичко. На крају, начело супрематије федерације нужно изискује и јако и независно судство као и сарадњу два нивоа власти у федерацији исказану кроз начело федералног поверења или лојалности. Са друге стране, када је реч о начелу партиципације федералних јединица, расправа се суштински своди на питање неопходности и оправданости постојања другог дома као „чуvara федерације“. С тим у вези, Станковић закључује да је класични федерализам подразумевао постојање другог дома федералног парламента, који би имао значајну улогу у федералном систему, док је он у савременим приликама више део традиције, па је данас заиста могуће замислити и једнодомне федерације. Партиципација федералних јединица у вршењу уставотворне власти ефикаснија је када се остварује непосредно у федералним јединицама, а њихов утицај на вршење федералне уставносудске функције омогућава им да заштите свој уставни положај од неуставних закона, закључује аутор. Када је реч о егzekутиви, имајући у виду општи тренд слабљења улоге парламента у свету, учешће федералних јединица данас добија све већи значај у „свету федерализма“.

У оквиру последњег поглавља које сликовито носи назив „Домаћинство“ („Положај федералних јединица“), аутор се бави питањем самосталног уставотворног капацитета федералних јединица као и питањем њихове (не)једнакости. Промењена природа федералне државе одразила се и на положај федералних јединица, будући да се „федерални тас“ са федералних јединица померио у корист федералне државе. У расправи о начелу аутономије, Станковић сматра да је неопходно анализирати неколико важних питања: 1) питање расподеле надлежности, односно дефинисања делокруга федерације и федералних јединица; 2) питање заштите територијалног интегритета федералних јединица и 3) право на самоорганизацију федералних јединица. На крају, аутор констатује да федералне јединице своју аутономију најмање користе у домену организације власти, па обично све федералне јединице у истој федерацији примењују идентична решења по том питању. Када је реч о начелу једнакости федералних јединица, уобичајена је појава у федерацијама да целокупно њихово подручје буде прекривено једнообразном мрежом федералних јединица. Међутим, релативно рано, још за време Бизмарковог Устава од 1871. године, Немачка је створила модел асиметричне федерације.³

³ Станковић (2020, 346) наводи да је асиметричност у немачком федералном уређењу представљала подела Империје на 25 држава међу којима је Пруска била доминантан ентитет, будући да је пруски канцелар био истовремено канцелар Империје, а да је пруски монарх био по положају федерални шеф државе, са титулом цара.

С тим у вези, у теорији се прави разлика између асиметрије *de facto* и асиметрије *de iure*. Фактичка асиметрија, као природна последица различитости између федералних јединица има пет облика. Први облик представља непосредну последицу различитости у величини територије, док је други облик у тесној вези са првим и односи се на представљеност федералних јединица у централним органима, пре свега федералном парламенту. Трећи вид фактичке асиметрије последица је примењеног модела партијског система у федерацијама, док је четврти облик последица различите економске снаге федералних јединица. На крају, Станковић као посебан облик фактичке асиметрије наводи и положај јужноафричке провинције Западни Кејп, која је једина од десет федералних јединица донела свој устав, иако према федералном уставу и друге федералне јединице имају то право. У оквиру анализе формалне асиметрије изричитим уставним нормама се прави разлика између федералних јединица. Овај модел је оцењен као теоријски одговор на практични проблем хетерогености у друштву и у упоредноправним системима је забележио позитивна искуства (Руска Федерација, Белгија, Шпанија, Малезија, Св. Китс и Невис).

У закључним разматрањима аутор се најпре још једном укратко осврнуо на раније исказане резултате, а потом је понудио одговоре на три кључна питања савремене теорије федерализма: 1) да ли је и даље на снази закон угледања на прву федерацију на свету; 2) да ли је и даље актуелан тренд „слабљења федералног начела по садржају“ и 3) да ли је могуће „мерити“ федерације помоћу „стarih мерила“? Приликом одговора на прво питање, Станковић констатује да је дошло до значајног слабљења „закона угледања“ на федерални систем у САД, имајући у виду различитост уставних традиција, али и проблем особености и хетерогености федерација, које су за конкретне ситуације покушале да креирају федерализам по сопственој мери. Пишући о тренду „слабљења федералног начела по садржају“, односно ширењу надлежности федералне државе, аутор смело закључује да је овај концепт превазиђен, имајући у виду три разлога. Најпре, јер је концепт двојног федерализма, за који су старији писци везивали федерално начело данас у потпуности напуштен. Друго, имајући у виду да данас федерације настају методом деволуције, логично је да федералне јединице у њима нису „развијене“ државе и да оне постепено проширују своју аутономију, што значи да је у њима присутан тренд децентрализације. На крају, занимљиво је указати на повезаност тренда „слабљења федералног начела по садржају“ и све мање примене „закона угледања“ на САД, односно чињеницу да савремени федерализам показује све мање сличности са класичним федералним државним уређењем. Последње питање резервисано је за мерење „мерила федерације“, односно постављање критеријума за утврђивање минималних услова приликом испитивања да ли једна

држава припада „федералној породици“. С тим у вези, након пажљиве анализе ставова најугледнијих уставноправних теоретичара федерализма, аутор је понудио своје критеријуме који могу бити од помоћи приликом утврђивања да ли је једна држава федерална или не (начело супрематије федералног устава, начело поделе надлежности, начело аутономије федералних јединица, начело партиципације федералних јединица, начело (уставно)судске заштите уставности и законитости и начело кооперативности). Међутим, сви ови критеријуми носе са собом двојака ограничења: они морају уважавати особености конкретног друштва и морају имати на уму непрестану динамичност федерализма⁴. На крају, имајући у виду све развојне стадијуме федералне државе од настанка прве федерације па до данас, Станковић наводи да су вишедимензионалност, контроверзност и динамичност константе федерализма.

Креирање било ког теоријског система, а нарочито науке о федерализму, условљено је различитим знањима, како правним, тако и оним које увелико надилазе јуриспруденцију уставног права. Својим капиталним делом *Преображаји федералне државе – Десет расправа о промењеној природи и суштини федерализма* професор др Марко Станковић је неспорно показао да је био на висини тог захтевног и веома одговорног задатка. Сама монографија представља свеобухватну праву расправу о кључним питањима која „муче“ савремену теорију федерализма, а богата теоријска анализа нуди читаоцу јасне, недвосмислене и добро образложене одговоре. Уз то, прегледност и систематичност дела написаног јасним, језгровитим стилем, уз мноштво примера из упоредног права само су неке од карактеристика које ово дело чине вредним пажње. Стога, остаје нам да закључимо да је након готово пола века од Јовичићевог *Савременог федерализма* наша уставноправна наука добила изузетно значајну монографску обраду федералног државног уређења која заслужује све препоруке.

ЛИТЕРАТУРА (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.

⁴ Палермо и Кеслер сликовито наводе да „уколико би федерализам и федерални систем били филмови, свака дефиниција би била само фотографија екрана (*screenshot*), стога неминовно парцијална и на крају осуђена на пропаст, иако су дефиниције несумњиво веома корисне за оријентацију и сазнавање шта су општа правила“ (Palermo, Kössler, 2017, 50).

- Kaufmann, C. 1998. When All Else Falls: Ethnic Population Transfers and Participation in the Twentieth Century. *International Security* 23: 120–156.
- Lijphart, 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.

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

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

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

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

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

Информације о уредничкој политици *Анала Правног факултета у Београду* видети на: ojs.ius.bg.ac.rs/index.php/anali/about/editorialPolicies#open%20AccessPolicy.

Ако желите да предате свој рад *Аналима Правног факултета у Београду*, молимо вас да пратите следећа упутства.

Ако предајете рад на енглеском језику, молимо вас да пратите посебно упутство које је доступно на: ojs.ius.bg.ac.rs/index.php/anali/information/authors.

Рукопис треба да буде уређен на следећи начин:

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

1. НАСЛОВНА СТРАНА

Насловна страна рукописа треба да садржи следеће податке:

- наслов текста,
- име, презиме, годину рођења и афилијацију свих аутора,
- пуну адресу за кореспонденцију и адресу електронске поште.

Ако је текст коауторски, молимо вас да доставите тражене податке за сваког аутора.

2. АПСТРАКТ И КЉУЧНЕ РЕЧИ

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

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

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

3. РУКОПИС И СПИСАК ЛИТЕРАТУРЕ

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

Текстови морају да буду написани у следећем формату:

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

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

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

Све слике и табеле морају да буду поменуте у тексту, према редоследу по којем се појављују.

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

Европска унија – ЕУ,

The United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL

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

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

Поднасловe треба писати на следећи начин:

1. ВЕЛИКА СЛОВА

1.1. Прво слово велико

1.1.1. Прво слово велико курсив

Цитирање

Сви цитати, у тексту и фуснотама, треба да буду написани у следећем формату: (аутор/година/број стране или више страна).

Домаћа имена која се помињу у реченици не треба понављати у заградама:

- Према Милошевићу (2014, 224–234)...
- Римски правници су познавали различите класификације ствари (Милошевић 2014, 224–234)

Страна имена која се помињу у реченици треба да буду транскрибована, а у заградама их треба поновити и оставити у оригиналу. У списку литературе страна имена се не транскрибују:

- Према Коциолу (Koziol 1997, 73–87)...
- О томе је опсежно писао Коциол (Koziol 1997, 73–87).
- Koziol, Helmut. 1997. *Österreichisches Haftpflichtrecht, Band I: Allgemeiner Teil*. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Домаћа дела се цитирају писмом којим су штампана. У списку литературе дело штампано латиницом наводи се само латиницом, а дело штампано ћирилицом наводи се ћирилицом и латиницом, при чему се латинична референца ставља у заграда:

- Према Милошевићу (2014, 347–352)...
- Милошевић, Мирослав. 2014. *Римско право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду – Досије студио. (Milošević, Miroslav. 2014. *Rimsko pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Dosije studio.)
- Вукадиновић (Vukadinović 2015, 27) истиче да јемац испуњава туђу, а гарант своју обавезу.
- У литератури се наводи (Vukadinović 2015, 27)...
- Vukadinović, Radovan. 5–6/2015. О правном regulisanju posla bankarske garancije u novom Грађанском законик. *Pravni život* 64: 17–36.

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

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

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

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

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

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

(видети, на пример, Бартош 1959; Симовић 1972)

(видети посебно Бакић 1959)

(Станковић, Орлић 2014)

Један аутор

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

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

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

Л: Аврамовић, Сима. 2008. *Rhetorike techne – вештина беседништва и јавни наступ*. Београд: Службени гласник – Правни факултет Универзитета у Београду. (Avramović, Sima. 2008. *Rhetorike techne – veština besedništva i javni nastup*. Beograd: Službeni glasnik – Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.)

Т: Васиљевић (2007, број стране),

Л: Васиљевић, Мирко. 2007. *Корпоративно управљање: правни аспекти*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. (Vasiljević, Mirko. 2007. *Korporativno upravljanje: pravni aspekti*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.)

Два аутора

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

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

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

Л: Станковић, Обрен, Миодраг Орлић. 2014. *Стварно право*. Београд: Номос. (Stanković, Obren, Miodrag Orlić. 2014. *Stvarno pravo*. Beograd: Nomos.)

Три аутора

Т: Као што су предложили Сесил, Линд и Бермант (Cecil, Lind, Bermant 1987, број стране),

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

Више од три аутора

Т: Према истраживању које је спровео Тарнер са сарадницима (Turner *et al.* 2002, број стране),

Л: Turner, Charles F., Susan M. Rogers, Heather G. Miller, William C. Miller, James N. Gribble, James R. Chromy, Peter A. Leone, Phillip C. Cooley, Thomas C. Quinn, Jonathan M. Zenilman. 2002. Untreated Gonococcal and Chlamydial Infection in a Probability Sample of Adults. *Journal of the American Medical Association* 287: 726–733.

Т: Поједини аутори сматрају (Варади *et al.* 2012, број стране)...

Л: Варади, Тибор, Бернадет Бордаш, Гашо Кнежевић, Владимир Павић. 2012. *Међународно приватно право*. 14. издање. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. (Varadi, Tibor, Bernadet Bordaš, Gašo Knežević, Vladimir Pavić. 2012. *Međunarodno privatno pravo*. 14. izdanje. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.)

Институција као аутор

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

Л: U.S. Department of Justice. Office of Justice Programs. Bureau of Justice Statistics. 1992. *Civil Justice Survey of State Courts*. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office.

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

Л: Завод за интелектуалну својину Републике Србије. 2015. *95 година заштите интелектуалне својине у Србији*. Београд: Colorgraphx. (Zavod za intelektualnu svojinu Republike Srbije. 2015. *95 godina zaštite intelektualne svojine u Srbiji*. Beograd: Colorgraphx.)

Дело без аутора

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

Л: *Journal of the Assembly of the State of New York at Their Forty-Fifth Session, Begun and Held at the Capitol, in the City of Albany, the First Day of January, 1822*. 1822. Albany: Cantine & Leake.

Цитирање више дела истог аутора

Клермонт и Ајзенберг сматрају (Clermont, Eisenberg 1992, број стране; 1998, број стране)...

Баста истиче (2001, број стране; 2003, број стране)...

Цитирање више дела истог аутора из исте године

T: (White 1991a, page)

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

Истовремено цитирање више аутора и дела

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

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

Поглавље у књизи

T: Холмс (Holmes 1988, број стране) тврди...

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

Поглавље у делу које је издато у више томова

T: Шварц и Сајкс (Schwartz, Sykes 1998, број стране) тврде супротно.

L: Schwartz, Warren F., Alan O. Sykes. 1998. Most-Favoured-Nation Obligations in International Trade. 660–664, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Vol. II, ed. Peter Newman. London: MacMillan.

Књига са више издања

T: Користећи Гринов метод (Greene 1997), направили смо модел који...

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

T: (Поповић 2018, број стране),

P: Поповић, Дејан. 2018. *Пореско право*. 16. издање. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. (Popović, Dejan. 2018. *Poresko pravo*. 16. izdanje. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.)

Навођење броја издања није обавезно.

Поновно издање – репринт

T: (Angell, Ames [1832] 1972, 24)

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

Чланак

У списку литературе наводе се: презиме и име аутора, број и година објављивања свеске, назив чланка, назив часописа, година излажења часописа, странице. При навођењу иностраних часописа који не нумеришу свеске тај податак се изоставља.

T: Тај модел користио је Левин са сарадницима (Levine *et al.* 1999, број стране)

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

T: На то је указао Васиљевић (2018, број стране)

L: Васиљевић, Мирко. 2/2018. Арбитражни уговор и интер-компанијскоправни спорови. *Анали Правног факултета у Београду* 66: 7–46. (Vasiljević, Mirko. 2/2018. Arbitražni ugovor i interkompanijskopравни спорови. *Анали Правног факултета у Београду* 66: 7–46.)

T: Орлић истиче утицај упоредног права на садржину Скице (Orlić 2010, 815–819).

L: Orlić, Miodrag. 10/2010. Subjektivna deliktна odgovornost u srpskom pravu. *Pravni život* 59: 809–840.

Цитирање целог броја часописа

T: Томе је посвећена једна свеска часописа *Texas Law Review* (1994).

L: *Texas Law Review*. 1993–1994. *Symposium: Law of Bad Faith in Contracts and Insurance*, special edition 72: 1203–1702.

T: Осигурање од грађанске одговорности подробно је анализирано у часопису *Анали Правног факултета у Београду* (1982).

L: *Анали Правног факултета у Београду*. 6/1982. *Саветовање: Нека актуелна питања осигурања од грађанске одговорности*, 30:

939–1288. (*Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*. 6/1982. *Savetovanje: Neka aktuelna pitanja osiguranja od građanske odgovornosti*, 30: 939–1288.)

Коментари

T: Смит (Smith 1983, број стране) тврди...

L: Smith, John. 1983. Article 175. Unjust Enrichment. 195–240. *Commentary to the Law on Obligations*, ed. Jane Foster. Cambridge: Cambridge University Press.

T: Према Шмаленбаху (Schmalenbach 2018, број стране), јасно је да...

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

T: Перовић (Perović 1980, број стране) тврди да...

L: Perović, Slobodan. 1980. Član 45. Predugovor. 221–224. *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, ur. Slobodan Perović, Dragoljub Stojanović. Gornji Milanovac: Kulturni centar – Kragujevac: Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu.

Чланак у часопису или дневним новинама без аутора

T: објављено у *Политици* (2019)

L: *Политика*. 2019. Србија снажно посвећена европском путу. Март 2019. (*Politika*. 2019. Srbija snažno posvećena evropskom putu. Mart 2019)

T: Као што је објављено у часопису *Newsweek* (2000)...

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

Чланак у часопису или дневним новинама са аутором (ауторима)

T: У *Времену* је објављено (Švarm, Georgijev 2018) да...

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.

Необјављени рукопис

T: (Аврамовић, Тодоровић 2017)

L: Аврамовић, Павле, Ненад Тодоровић. 2017. Стицање без основа у римском праву. Необјављен рукопис. Универзитет у Нишу, Правни факултет, август. (Avramović, Pavle, Nenad Todorović. 2017. Sticanje bez osnova u rimskom pravu. Neobjavljen rukopis. Univerzitet u Nišu, Pravni fakultet, avgust.)

T: (Daughety, Reinganum 2002)

L: Daughety, Andrew F., Jennifer F. Reinganum. 2002. Exploiting Future Settlements: A Signaling Model of Most-Favored-Nation Clauses in Settlement Bargaining. Unpublished manuscript. Vanderbilt University, Department of Economics, August.

Радни документ

T: (Стојановић, Савић 2017)

L: Стојановић, Огњен, Мартин Савић. 2017. Правна природа уговора о кредиту. Радни документ. Институт за право и финансије, Београд. (Stojanović, Ognjen, Martin Savić. 2017. Pravna priroda ugovora o kreditu. Radni dokument. Institut za pravo i finansije, Beograd.)

T: (Eisenberg, Wells 2002)

L: Eisenberg, Theodore, Martin T. Wells. 2002. Trial Outcomes and Demographics: Is There a Bronx Effect? Working paper. Cornell University Law School, Ithaca, NY.

Нумерисани радни документ

T: (Томић, Павловић 2018)

L: Томић, Јанко, Саша Павловић. 2018. Упоредноправна анализа за прописа у области радног права. Радни документ бр. 7676. Институт за упоредно право, Београд. (Tomić, Janko, Saša Pavlović. 2018. Uperednopravna analiza propisa u oblasti radnog prava. Radni dokument br. 7676. Institut za uporedno pravo, Beograd.)

T: (Glaeser, Sacerdote 2000)

L: Glaeser, Edward L., Bruce Sacerdote. 2000. The Determinants of Punishment: Deterrence, Incapacitation and Vengeance. Working Paper No. 7676. National Bureau of Economic Research, Cambridge, Mass.

Лична кореспонденција/комуникација

T: Као што тврди Дамњановић (2017),

L: Дамњановић, Вићентије. 2017. Писмо аутору, 15. јануар.
(Damnjanović, Vićentije. 2017. Pismo autoru, 15. januar.)

T: (Welch 1998)

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

Стабилни интернет протокол (URL)

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

L: Завод за интелектуалну својину Републике Србије. 2018. Годишњи извештај о раду за 2017. годину. <http://www.zis.gov.rs/o-zavodu/godisnji-izvestaji.50.html>, последњи приступ 28. марта 2018. (Zavod za intelektualnu svojinu Republike Srbije. 2018. Godišnji izveštaj o radu za 2017. godinu. <http://www.zis.gov.rs/o-zavodu/godisnji-izvestaji.50.html>, poslednji pristup 28. marta 2018.)

T: According to the Intellectual Property Office (2018)
L: R.S. Intellectual Property Office. 2018. Annual Report for 2017. <http://www.zis.gov.rs/about-us/annual-report.106.html>, last visited 28 February, 2019.

У штампи

T: (Богдановић 2019, број стране)

L: Богдановић, Лука. 2019. Економске последице уговарања клаузуле најповлашћеније нације у билатералним инвестиционим споразумима. *Номос*, том 11, у штампи. (Bogdanović, Luka. 2019. Ekonomske posledice ugovaranja klauzule najpovlašćenije nacije u bilateralnim investicionim sporazumima. *Nomos*, tom 11, u štampi.)

T: (Spier 2003, број стране)

L: Spier, Kathryn E. 2003. The Use of Most-Favored-Nations Clauses in Settlement of Litigation. *RAND Journal of Economics*, vol. 34, in press.

Прихваћено за објављивање

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

L: Petrović, Marko. *Prihvaćeno za objavljivanje. Prava manjinskih akcionara u kontekstu funkcionisanja skupštine akcionarskog društva. Pravni život.*

T: Једна студија (Joyce, прихваћено за објављивање) односи се на Колумбијски дистрикт.

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

Судска пракса

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

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

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

Закони и други прописи

Ф: Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС* 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014, чл. 2, ст. 1, тач. 3; Regulation (EU) No. 1052/2013 establishing the European Border Surveillance System (Eurosur), OJ L 295 of 6/11/2013, Art. 2 (3); Directive 2013/32/EU on common procedures for granting and withdrawing international protection (recast), OJ L 180 of 29/6/2013, 60, Art. 6 (3).

T: За референце у тексту користити скраћенице (ЗКП или ЗКП РС; Regulation No. 1052/2013; Directive 2013/32) конзистентно у целом чланку.

L: Не треба наводити прописе у списку коришћене литературе.

4. ПРИЛОЗИ, ТАБЕЛЕ И СЛИКЕ

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

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

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

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

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

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

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

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

Не треба користити оквир за текст испод или око слике.

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

Графици не садрже било какву боју.

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

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

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд
34(497.11)

АНАЛИ Правног факултета у Београду : часопис
за правне и друштвене науке = Annals of the Faculty of
Law in Belgrade : Belgrade Law review : Journal of Legal
and Social Sciences / главни уредник Марија Караникић
Мирић. – [Српско изд.]. – Год. 1, бр. 1 (1953)– . –
Београд : Правни факултет, 1953– (Београд : Службени
гласник). – 24 cm

Тромесечно. – Сваки 4. број у години на енгл. језику.
– Друго издање на другом медијуму: Анали Правног
факултета у Београду (Online) = ISSN 2406-2693. –
ISSN 0003-2565 = Анали Правног факултета у Београду
COBISS.SR-ID 6016514

У ОВОМ БРОЈУ:

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

Кармен ЛУТМАН

/Неосновано обogaђење у односу на уговорно, деликтно и стварно право

Валентина ЦВЕТКОВИЋ ЂОРЂЕВИЋ

/Непосредно заступање у римском праву с освртом на модерно право

Миљан САВИЋ

/Детерминанте етичких уверења правника у Србији

Драган ПАНТИЋ

/Ко је био први декан Правног факултета у Београду после Другог светског рата

Никола БОДИРОГА

/О престанку судијске функције навршењем радног века

Марија ДРАШКИЋ

/Привилеговани рок застарелости: неуједначена пракса Врховног (касационог) суда и став Уставног суда

ISSN 0003 2565

