

АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ANNALS
BELGRADE LAW REVIEW

- 647 Dejan POPOVIĆ, Gordana ILIĆ-POPOV
THE (UN)CERTAIN FUTURE OF TAX SPARING CREDIT IN INTERNATIONAL TAX TREATY LAW
- 699 Emilia MIŠČENIĆ
THE CONSTANT CHANGE OF EU CONSUMER LAW: THE REAL DEAL OR JUST AN ILLUSION?
- 733 Jelena LEPETIĆ
CREDITOR PROTECTION IN CROSS-BORDER CONVERSIONS, MERGERS AND DIVISIONS
- 765 Душица ПАЛАЧКОВИЋ, Санда ЋОРАЦ
НЕСАГЛАСНОСТ РОДИТЕЉА О ПРОМЕНИ ПРЕБИВАЛИШТА ДЕТЕТА – ПРОЦЕСНОПРАВНЕ ДИЛЕМЕ И МОГУЋА РЕШЕЊА
- 787 Ђорђе ИГЊАТОВИЋ, Наталија ЛУКИЋ
О ПОВЕЗАНОСТИ АЛКОХОЛА И УБИСТАВА У УЗОРКУ ОСУЂЕНИХ У БЕОГРАДУ
- 819 Мина ПАВЛОВИЋ
ИСТОПолНЕ ЗАЈЕДНИЦЕ ЖИВОТА У СВЕТЛУ ПРИМЕНЕ ХАШКОГ ПРОТОКОЛА О МЕРОДАВНОМ ПРАВУ ЗА ОБАВЕЗЕ ИЗДРЖАВАЊА ИЗ 2007. ГОДИНЕ
- 849 Бењамин НУРКИЋ, Фарис ХАСАНОВИЋ
ВЛАДАВИНА ПРАВА ИЗМЕЂУ ПРАВЕДНОСТИ И ПУКЕ ЗАКОНИТОСТИ – КРАТАК ПРИКАЗ РАЗВОЈА ДИСКУРСА У КОНЦЕПТУ ВЛАДАВИНЕ ПРАВА

УРЕДНИШТВО /

ГЛАВНИ И ОДГОВОРНИ УРЕДНИК /

Марија Караникић Мирић,
Правни факултет Универзитета у Београду, Србија

УРЕДНИК ВЕБ САЈТА /

Борис Беговић,
Правни факултет Универзитета у Београду, Србија

ЧЛАНОВИ РЕДАКЦИЈЕ /

Душан Поповић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Бојан Милисављевић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Војислав Станимировић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Љубинка Ковачевић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Данило Вуковић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Вања Бајовић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Светислав Костић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија)

ЧЛАНОВИ МЕЂУНАРОДНОГ УРЕЂИВАЧКОГ ОДБОРА /

Brian Leiter (University of Chicago Law School, USA), Yariv Brauner (University of Florida, USA), John Cerone (Tufts University, USA), Silvio Ferrari (University of Milan, Italy), Eleanor Fox (New York University School of Law, USA), Kenneth Einar Himma (University of Washington, USA), Herbert Hovenkamp (University of Pennsylvania, 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), Ingeborg Maus (Goethe University Frankfurt, Germany), Thomas Mertens (Radboud University, Netherlands), Ralf Michaels (Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Hamburg, Germany), Slobodan Milacic (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)

СЕКРЕТАРИ /

Никола Илић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија) и Новак Вујичић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија)

ТЕХНИЧКИ СЕКРЕТАР /

Милена Митровић (Институт за међународну политику и привреду, Србија)

ИЗДАВАЧ /

Правни факултет Универзитета у Београду

ЛЕКТОР И КОРЕКТОР /

Ирена Поповић Григоров, Вук Тошић

ТЕХНИЧКИ УРЕДНИК /

Јован Ђорђевић

ДИЗАЈН КОРИЦА /

City Image

СЛОГ И ПРЕЛОМ /

ДОСИЈЕ
СТУДИО

ШТАМПА /

Бирограф

ТИРАЖ /

300

СЕКУНДАРНЕ ПУБЛИКАЦИЈЕ У КОЈИМА СЕ ИНДЕКСИРА ЧАСОПИС /

Directory of Open Access Journals (DOAJ); EBSCO; HeinOnline Law Journal Library; SCIndex (Српски цитатни индекс); Cobiss; ERIHPLUS

АНАЛИИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ANNALS
BELGRADE LAW REVIEW

- 647 Dejan POPOVIĆ, Gordana ILIĆ-POPOV
THE (UN)CERTAIN FUTURE OF TAX SPARING CREDIT IN INTERNATIONAL TAX TREATY LAW
- 699 Emilia MIŠĆENIĆ
THE CONSTANT CHANGE OF EU CONSUMER LAW: THE REAL DEAL OR JUST AN ILLUSION?
- 733 Jelena LEPETIĆ
CREDITOR PROTECTION IN CROSS-BORDER CONVERSIONS, MERGERS AND DIVISIONS
- 765 Душица ПАЛАЧКОВИЋ, Санда ЋОРАЦ
НЕСАГЛАСНОСТ РОДИТЕЉА О ПРОМЕНИ ПРЕБИВАЛИШТА ДЕТЕТА – ПРОЦЕСНОПРАВНЕ ДИЛЕМЕ И МОГУЋА РЕШЕЊА
- 787 Ђорђе ИГЊАТОВИЋ, Наталија ЛУКИЋ
О ПОВЕЗАНОСТИ АЛКОХОЛА И УБИСТАВА У УЗОРКУ ОСУЂЕНИХ У БЕОГРАДУ
- 819 Мина ПАВЛОВИЋ
ИСТОПолНЕ ЗАЈЕДНИЦЕ ЖИВОТА У СВЕТЛУ ПРИМЕНЕ ХАШКОГ ПРОТОКОЛА О МЕРОДАВНОМ ПРАВУ ЗА ОБАВЕЗЕ ИЗДРЖАВАЊА ИЗ 2007. ГОДИНЕ
- 849 Бењамин НУРКИЋ, Фарис ХАСАНОВИЋ
ВЛАДАВИНА ПРАВА ИЗМЕЂУ ПРАВЕДНОСТИ И ПУКЕ ЗАКОНИТОСТИ – КРАТАК ПРИКАЗ РАЗВОЈА ДИСКУРСА У КОНЦЕПТУ ВЛАДАВИНЕ ПРАВА

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

- 647 **Dejan Popović, Gordana Ilić-Popov**
The (Un)Certain Future of Tax Sparing Credit in International Tax Treaty Law
- 699 **Emilia Mišćenić**
The Constant Change of EU Consumer Law: The Real Deal or Just an Illusion?
- 733 **Jelena Lepetić**
Creditor Protection in Cross-Border Conversions, Mergers and Divisions
- 765 **Душица Палачковић, Санда Ћорац**
Несагласност родитеља о промени пребивалишта детета – процесноправне дилеме и могућа решења
- 787 **Ђорђе Игњатовић, Наталија Лукић**
О повезаности алкохола и убистава у узорку осуђених у Београду
- 819 **Мина Павловић**
Истополне заједнице живота у светлу примене Хашког протокола о меродавном праву за обавезе издржавања из 2007. године
- 849 **Бењамин Нуркић, Фарис Хасановић**
Владавина права између праведности и пуке законитости – кратак приказ развоја дискурса у концепту владавине права

ПРИКАЗИ

- 887** Sarotte, Mary Elise. 2021. *Not One Inch: America, Russia, and the Making of Post–Cold War Stalemate*. New Haven and London: Yale University Press, 550.
(Boris Begović)
- 910** Ермолович, Виктор Иванович. 2021. *Основные институты гражданского права средневековой Сербии и стран континентальной Европы (X-XV вв.)*. Минск: Белорусский государственный экономический университет, 301.
(Нина Кршљанин)
- 923** Кршљанин, Нина, Урош Станковић (ур.) 2021. *150 година од доношења Устава из 1869. године*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 227.
(Ђорђе Степић)

VARIA

- 933** **Упутство за ауторе**

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

- 647 Dejan Popović, Gordana Ilić-Popov**
The (Un)Certain Future of Tax Sparing Credit in International Tax Treaty Law
- 699 Emilia Mišćenić**
The Constant Change of EU Consumer Law: The Real Deal or Just an Illusion?
- 733 Jelena Lepetić**
Creditor Protection in Cross-Border Conversions, Mergers and Divisions
- 765 Dušica Palačković, Sanda Ćorac**
Parent’s Disagreement to Changing the Child’s Permanent Residence – Procedural Dilemmas and Possible Solutions
- 787 Đorđe Ignjatović, Natalija Lukić**
The Relationship Between Alcohol Abuse and Homicides in the Sample of Convicted Offenders in Belgrade
- 819 Mina Pavlović**
Same-Sex Relationships in Light of Application of the 2007 Hague Protocol on the Law Applicable to Maintenance Obligations
- 849 Benjamin Nurkić, Faris Hasanović**
The Rule of Law Between Justice and Mere Legality – A Brief Overview of the Development of Discourse in the Concept of the Rule of Law

BOOK REVIEWS

- 887** Sarotte, Mary Elise. 2021. *Not One Inch: America, Russia, and the Making of Post–Cold War Stalemate*. New Haven and London: Yale University Press, 550.
(Boris Begović)
- 910** Ермолович, Виктор Иванович. 2021. *Основные институты гражданского права средневековой Сербии и стран континентальной Европы (X-XV вв.)*. Минск: Белорусский государственный экономический университет, 301.
(Nina Kršljanin)
- 923** Kršljanin, Nina, Uroš Stanković (ur.) 2021. *150 godina od donošenja Ustava iz 1869. godine*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 227.
(Đorđe Stepić)

VARIA

- 933** **Guidelines for Authors**

/ЧЛАНЦИ

УДК 336.227.1/2

CERIF: S 141

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_22301A

Dejan POPOVIĆ, PhD*

Gordana ILIĆ-POPOV, PhD**

THE (UN)CERTAIN FUTURE OF TAX SPARING CREDIT IN INTERNATIONAL TAX TREATY LAW

Tax sparing clause emerged in double taxation treaties 63 years ago. Despite criticisms, it can presently be found in about 15% of all treaties, with Serbia having this clause in 46% of its double taxation agreements. It is the authors' view that this provision represents a confirmation of the right to introduce tax incentives as a part of a country's right to tax, while pointing out the necessity of preventing abuses of the provision. After conducting an analysis of the effects of tax sparing on foreign direct investments in Serbia and outgoing investments of Serbia's residents, the remaining portion of the paper

* Professor Emeritus, University of Belgrade Faculty of Law, Serbia, dejan.popovic@ius.bg.ac.rs.

** Professor, University of Belgrade Faculty of Law, Serbia, gordana@ius.bg.ac.rs.

is dedicated to exploration of the interaction between GloBE Income Inclusion Rule and tax sparing. Their incompatibility, which implies that tax sparing would be annulled under BEPS 2.0, may be overcome via a specific carve-out, but at present such initiative is not endorsed by Inclusive Framework on BEPS.

Key words: *Tax sparing credit. – Double tax treaty. – Foreign direct investments. – Income inclusion rule. – Substance-based carve-out.*

1. INTRODUCTION

Serbia is a state with a relatively developed network of double taxation treaties, and its representatives are active in the Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD) Committee on Fiscal Affairs – together with representatives of 30 other non-member states – in the continuous efforts to advance the OECD Model Tax Convention on Income and on Capital (hereinafter: OECD Model Tax Convention).¹ Taking into account its involvement in the preparation of the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting, as well as in the Framework on BEPS (Base Erosion and Profit Shifting), it could be said that Serbia's role in the creation, interpretation and implementation of international tax law order is, to say the least, notably cooperative and based on the professionalism of its representatives in the working bodies.

One of Serbia's objections is related to the tax sparing credit clause, which is not contained in the OECD Model Tax Convention. In this respect, Serbia has reserved the right to include such stipulations in its tax treaties.² The circumstance where it achieved this in nearly 50% of its double taxation treaties – despite the nearly quarter-century-long criticism of tax sparing credit by the OECD – demonstrates that, in addition to six members of the OECD with which Serbia has tax treaties that include tax sparing credit clauses, a significant number of countries with a similar level of economic development as Serbia (or even lower) have demonstrated the readiness to support the other contracting state (Serbia) through tax sparing credit, in its effort to attract foreign direct investments through tax incentives. This has most commonly been met by a reciprocal concession on the part of Serbia.

¹ Serbia has stated its position in regard to 17 articles of the OECD Model Tax Convention (the 2017 version) and in regard to the commentary to three articles.

² Eleven other non-member states have done the same.

The aim of this paper is primarily to establish what is tax sparing credit and what are its forms in contemporary international tax treaty law, as well as to analyse the evolution of the position of the OECD, academic circles, and developing countries authorities regarding this institute. The fourth part of the paper explores the true objective of the tax sparing credit and its effects in Serbia. The fifth part of the paper analyses the relationship between the tax sparing credit and the announced income inclusion rule in the BEPS 2.0 measures. The concluding considerations are given in the final part.

2. CONCEPT AND TYPES

In international tax law, tax credit represents the sum of the income or capital tax paid in the source country that can be deducted from the tax the residence country determines on the global income or capital. Some double taxation treaties do, however, contain a type of tax credit – a tax sparing clause – which does not include the condition that the sum of the tax for which the tax obligation of the resident may be reduced must be *paid* in the source country. In the case of the tax sparing credit, the tax that is paid in the other contracting state entails also the tax that *would have been paid* in the other country, had it not been reduced or written off in accordance with its legal stipulations pertaining to tax incentives.³ It is sometimes called *contingent relief* because its extent depends on the degree of relief in the source country (Li 2017, 547).

A similar instrument to the tax sparing credit is the *crédito presumido* (Tavares, Crispim 2017), which in English is most commonly called *matching credit*, and less often *fixed relief method* (Holland, Vann 1998, 1014). It involves the residence country accepting to provide credit for a foreign tax on certain types of income, in the amount determined in the tax treaty, and

³ Some states (e.g. United Kingdom) insist that the tax treaty cite the laws of the source country whose stipulations prescribe tax incentives, with the possibility of accepting subsequent minor amendments to the stipulations that do not affect their overall nature. Should a different provision, which recognises a given tax relief, be subsequently adopted, the competent authority of the contracting state is to concur that it is similar in nature to the provisions cited in the tax treaty. Furthermore, the competent authority of the source country is required to provide confirmation that the tax relief was granted with the aim of improving the country's development. See Convention between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Socialist Federal Republic of Yugoslavia for the Avoidance of Double Taxation with respect to Taxes on Income, *Official Gazette of the SFRY – International Treaties* 7/1982, Art. 22, paras. 3 and 4. This tax treaty applies to Serbia, as one of the successors of the SFRY.

which is usually higher than the maximal tax sum that is otherwise permitted to the source country in the said treaty or the sum stipulated in its national legislation.⁴ Therefore, the sum of the tax credit approved by the residence country does not depend on the tax relief regulations in the source country. The greater the difference between the contracted credit and the tax rate that is applied in the source country, the greater the tax benefit for the taxpayer. The tax sparing credit and matching credit differ in that the former's "fictional" tax that is recognised in special situations as credit is defined by the relief granted in the source country, while in the latter case the "fictional" tax is not necessarily linked to the level of taxation in the source country nor to the relief that it provides.⁵ The tax sparing credit is most commonly related to the waived taxation of those parts of the income and capital that the source country could subject to its taxation, while the matching credit is usually confined to withholding taxes on passive income (dividends, interest, and royalties) (Holland, Vann 1998, 1014).⁶ Exceptionally, e.g. in the 1993 tax treaty between the Netherlands and Bangladesh, the matching credit is

⁴ For example, Article 3 para. 3 of the 1975 tax treaty between Sweden and Brazil stipulates that in the case of dividends that companies that are residents of Brazil pay to companies (with the exception of partnership and entrepreneurs) that are residents of Sweden, and of royalties, it will be considered that the rate of Brazilian tax (which may be claimed in Sweden as a credit against the tax that it applies as the residence country) is 25%, and 20% for interest, regardless of the fact that Arts. 10–12 of that tax treaty limit the tax on intercompany dividends, interest (with the exception of when the recipient is an individual, partnership or entrepreneur), and royalties (with the exception of trademark), applicable by the source country, to 15%. See: https://research.ibfd.org/#/doc?url=/data/treaty/docs/html/tt_br-se_01_eng_1975_tt_td1.html (last visited 15 February, 2022).

⁵ There are no significant disagreements regarding the definition of tax sparing credit in tax law literature, but the same is not the case with the definition of matching credit. Therefore, the position of the French Council of State (*Conseil d'État*), that the implementation of the matching credit clause contained in the 1971 tax treaty between France and Brazil requires at least a minimal level of taxation in the source country, is no surprise. See: *Conseil d'État, Société Natexis Banques Populaires v. France*, No. 284930, 26 July 2006. <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000008244748/> (last visited 20 February, 2022). However, certain Brazilian and South American authors in general do not agree with such an interpretation (Schoueri 2013, 109; Barreto 2021, 65–66), believing that the matching credit does not depend on the tax relief in the source country and that therefore the minimal tax level condition, which is applied in the source country for enforcement of the matching credit clause, should not exist.

⁶ A rare exception is found in Article 24(5) of the 1979 tax treaty between Argentina and Italy. https://research.ibfd.org/#/doc?url=/data/treaty/docs/html/tt_ar-it_02_spa_1979_tt_td2.html%23tt_ar-it_02_spa_1979_tt_td2_a24 (last visited 22 February, 2022) Its provision stipulates that if, based on Argentinian law, the Argentinian tax on corporate profits is not entirely or partially collected during a certain period of time, it will be considered that this tax, for the purposes of

enhanced by tax sparing credit elements. If, due to the special relief granted based on Bangladeshi law with the intention of encouraging investment in Bangladesh, a tax with a rate lower than 10% has been imposed on interest and royalties in Bangladesh (which the Articles 11(2) and 12(2) of the tax treaty stipulate is the limit to which the source country may tax these two types of income), it will be considered that the tax paid in Bangladesh on those interests and royalties is 10%. However, if according to Bangladeshi law the general tax rates that apply to interest and royalties are reduced below 10%, the lower rates will apply in these cases.⁷

Some authors consider tax sparing credit and matching credit to be the variants of the same mechanism – tax sparing credit in the broader sense, while considering the former as tax sparing credit *stricto sensu* (Schoueri 2013, 109). In our further analysis we will predominantly discuss tax sparing credit *stricto sensu*, which will not be emphasised unless the need arises to differentiate it from matching credit. Furthermore, this variant is the only one that exists in Serbia's tax treaties.

3. DEVELOPMENT OF THE TAX SPARING CREDIT IDEA: DOUBTS, ACCEPTANCE, REASSESSMENT

The explanation for why taxpayers would be recognised the right to a tax deduction in their residence country for the sum that they did not pay in the source country can be found in the nature of tax credit as a method for eliminating double (juridical) taxation. In its original form it annuls the effect of tax incentives provided by the source country with the aim of attracting foreign investors: the relief that it achieved in the country of investment would be lost by the taxpayer in its residence country, which would first determine the tax on its global income, and then only recognise as tax credit the sum of the tax paid in the country of investment. A reasonable assumption is that in the situation when the source country provides the tax relief, the patriotic “urge” – caused by the tax revenue ending up in the treasury of its residence country and not in the treasury of the source

application of the tax credit by the Italian side, has been collected at a rate of 15%. Incidentally, Article 25(4) sets the “standard” matching credit of 15% for dividends, and 20% for interest and royalties.

⁷ Article 23(4) of the Convention between the Netherlands and Bangladesh for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income. <https://wetten.overheid.nl/BWBV0001126/1994-06-08> (last visited 22 February, 2022).

country – will not especially motivate investors to invest in the source country. However, if the tax sparing credit clause is contracted, the residence country will suffer the “fiscal sacrifice” and the source country will achieve the desired goal, because its tax incentive will actually benefit the taxpayer. This “sacrifice” may be in solidarity with the developing country, as support for its intentions to stimulate foreign direct investments, but the source country is often asked in return to lower withholding tax rates or provide stricter permanent establishment rules (OECD 1998, 13).

Discussions on the efficiency of the tax sparing credit have been ongoing since the emergence of the idea of introducing this institute into international tax law. It was first mentioned in 1953 in the report of the British Royal Commission on the Taxation of Profits and Income,⁸ which discussed the justification for providing this type of support to the efforts of the British colonies and countries of the Commonwealth to attract (British) investors through tax reliefs. However, in 1957 (conservative) Chancellor of the Exchequer Peter Thorneycroft turned down the proposal by the Royal Commission to introduce tax sparing credit (Surrey 1957, 7). Nonetheless, already in 1961, the United Kingdom ratified a tax treaty with Pakistan that included the tax sparing credit clause, after the UK Parliament previously enacted legislation that approved such support to developing countries, in order to maintain the effects of their tax relief programmes aimed at promoting industrial, trade, scientific, educational, and other development (OECD 1998, 15). Therefore, even though the concept of tax sparing credit was created in the UK, the first treaties for the avoidance of double taxation to include it had been concluded back in 1959, between FR Germany and India, and between Sweden and Israel (Pepper *et al.* 1972, 3–25). The treaty with Pakistan was not ratified by the United States Senate in 1957, specifically because of the tax sparing credit clause, since it had been significantly swayed by the arguments presented by Harvard Professor Stanley Surrey to the Committee on Foreign Relations (Surrey 1957, 1–25).⁹ This has shaped the US negative view of tax sparing credit, which continues

⁸ Great Britain. Royal Commission on the Taxation of Profits and Income 1953, 3. See especially Prest 1956, 366–374.

⁹ Surrey pointed out that the tax sparing clause was in contradiction with the approach adopted by US domestic law not to make concessions in the case of taxes on foreign corporate profits; that the concession provided for Pakistan would create a precedent for many future such concessions; that the tax sparing credit violates the tax credit mechanism; that it is fundamentally unnecessary taking into consideration the benefit of postponing the tax liability enjoyed by the subsidiaries of American corporations for business in foreign states where they are residents; that the tax sparing credit clause encourages irrational shaping of taxes in the foreign state and corruptive acts by foreign governments; etc.

to this day: not a single double taxation treaty concluded by the US contains a tax sparing clause. Further contributing to this was the fact that Surrey became Assistant Secretary of the Treasury for Tax Policy in the Kennedy and Johnson administrations (1961–1969), and especially the specific position of the US as a country with a vast domestic market, which “has always taken a strong stance in favour of ‘investment at home.’ Also, of course, because of its large potential capital-exporting position, the United States has greater revenue loss concerns than many other countries.” (Brooks 2009, 521).

The commentary to Article 23 of the 1963 OECD Draft Double Taxation Convention on Income and Capital, which defines the methods for eliminating double taxation, mentions that if a developing country provides tax incentives, the other contracting party can either exempt the income from activities that the developing country is striving to encourage, or provide a tax sparing credit *lato sensu*, where the contracting states themselves choose the form of the provisions on that credit. We agree with the opinion in Brooks (2009, 522) that the OECD had at the time provided “lukewarm” endorsement of the tax sparing clause. A similar opinion was presented in the 1977 OECD Model Tax Convention, specifically in the commentary to Article 23: if two contracting states agree that the benefits that the source country has provided should not be annulled, it is possible to choose between matching credit, tax sparing credit *stricto sensu*, and the exemption method, and the contracting states may develop another formula. The commentary points out that the source country (developing country) in such a context should accept the limitation of its withholding tax rates for dividends, interest and royalties, and limiting the duration of the provided benefits in the form of tax sparing credit or exemption. Alternatively, those benefits should be provided only for investments that are contracted after the tax treaty comes into effect.¹⁰

Despite the weak support of the OECD – or perhaps thanks to it – the last third of the 20th century became the “golden age” for tax sparing credit. During that time around 1,500 tax treaties were in force (OECD 1998, 14). For example, between 1961 and 1999, the United Kingdom accepted tax sparing clauses in 47 tax treaties (Brooks 2009, 517–518), but in subsequent years – only in two tax treaties. Taking the OECD data as a whole, 31% of the treaties on double taxation between members and developing countries stipulated tax sparing credit, most of them concluded prior to 2002 (Azémar, Dharmapala 2019a, 6). The absence of a stronger commitment by the OECD

¹⁰ *Model Double Taxation Convention on Income and on Capital*, OECD, Paris 1977, Commentary on Articles 23A and 23B, paras. 70–76.

regarding this clause is understandable taking into account that the Model Tax Convention was primarily intended for the organisation's member states as a model for concluding tax treaties between themselves and which as a rule did not include tax sparing credit because they had developed economies. Also, one should not neglect the influence of the US in the OECD Committee on Fiscal Affairs, which was significantly shaped by Surrey's arguments against the institute of tax sparing.

The initially "lukewarm" endorsement of the OECD was transformed into opposition to introducing tax sparing credit provisions into tax treaties.¹¹ The report *Tax Sparing: A Reconsideration* (OECD 1998) particularly lists the following reasons:

- (1) ineffectiveness – from the viewpoint of the great majority of OECD member states – of the tax sparing credit as an instrument for encouraging foreign investments and achieving national economic goals (OECD 1998, 12);
- (2) broad space for abuse: (a) through transfer prices, (b) through establishing a conduit company by the investor from the third country, who takes advantage of the benefits from the tax treaty the residence state has with the source state and invests into the source country through that company, which has been granted benefits in the form of tax sparing credit, (c) through routing, where a resident bank provides a loan to a foreign investor through the bank in the developing country, in order to take advantage of tax sparing credit on withholding taxes stipulated in the tax treaty between the country or residence and the developing country; (d) through artificially increasing tax rates in the source country, in order to apply pressure on the residence country to provide greater tax sparing credit (OECD 1998, 29, 36–37);¹²

¹¹ The OECD report does not contain the explicit recommendation that the member state abandon the tax sparing credit clause, but it clearly indicates the need for them to revise its contracting (OECD 1998, 42–43).

¹² The report states that the treaty should explicitly envision that domestic anti-abuse norms will apply also to the tax sparing credit clause, and it also recommends that in addition to this provision, special anti-abuse clauses be embedded with the aim of preventing the abuse of the tax sparing credit. Subsequently, in the BEPS era, anti-abuse rules were created in the form of a principal purpose of transaction or arrangement test, and the clause on limitation of benefits, which are embedded in tax treaties and also apply to the tax sparing clause.

- (3) the circumstance that the tax incentive provided by the source country – even without the tax sparing credit – will not be lost if the profit of the subsidiary of the resident investor, which is the resident of the source country, remains unrepatriated (OECD 1998, 42);
- (4) possible harmful effects on the source country if the tax sparing clause encourages increased repatriation of profit, therefore reducing its reinvestment (OECD 1998, 22–23);
- (5) the impossibility for the residence country to determine the expense (i.e. loss of tax revenue) of providing support to the source country through tax sparing credit (OECD 1998, 22);
- (6) the absence of a need to provide further support, in the form of tax sparing credit, to states that are not members of the OECD, because many of them have grown economically stronger in the meantime (OECD 1998, 21);
- (7) the weaknesses of tax incentives in principle, since they are considered distortive and complicated (OECD 1998, 25–28);
- (8) poorly formulated provisions in tax treaties on tax sparing credit can encourage harmful tax competition, i.e. support benefits that erode the tax basis of the residence country (OECD 1998, 41);
- (9) administrative difficulties in the implementation of provisions on the tax sparing credit, especially in proving that the taxpayer has actually achieved tax benefit based on the regulations of the source country that stipulate tax incentives (OECD 1998, 30);
- (10) objections by developing countries that in negotiations pertaining to the conclusion of tax treaties, in the part related to the tax sparing credit, they are asked to additionally lower rates of withholding taxes in return (OECD 1998, 13). This argument is cynical to some extent, because Article 12 para. 1 of the OECD Model Tax Convention stipulates that the source countries cannot introduce withholding taxes on royalties;
- (11) the potential disabling of the local Controlled Foreign Corporation (CFC) legislation due to the ban in principle, in Article 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties¹³ that the contracting party may cite stipulations of its domestic law for the purpose of

¹³ Decree on the ratification of the Vienna Convention on the Law of Treaties, *Official Gazette of the SFRY – International Treaties* 30/1972.

justifying the failure to implement the treaty.¹⁴ This is why the 1998 OECD report proposes that tax treaties include explicit stipulations regarding the supremacy of national CFC rules over the tax sparing credit clause (OECD 1998, 38–39; Ferreira 2021, sec. 10.4).¹⁵

The OECD report also influenced subsequent versions of the OECD Model Tax Convention, including the latest version, from 2017. The commentary to Article 23B (OECD 2017a, paras. 75–78.1) points out the fundamental highlights from the report: the potential for abuse created by tax sparing credit, the (in)effectiveness of tax sparing credit as an instrument for foreign assistance in the development of the source country, and the concern that tax sparing may stimulate states to use tax incentives for the purpose of harmful tax competition. The commentary also does not explicitly insist that the inclusion of a tax sparing credit clause should cease, but it does emphasise that such clause could be found – nearly as *ultimum remedium* – only in treaties where the economic level of the other contracting state is significantly beneath the level of the OECD member states. Therefore, it is not surprising that in the 21st century there are relatively few new tax treaties between OECD member states and developing countries that include a tax sparing credit clause. We estimate that since 2000, more than 2,000 treaties for the avoidance of double taxation have been concluded.¹⁶

¹⁴ See *infra*, section 5.1 for a discussion on the possible justification of the application of domestic CFC rules to the profit of a non-resident company, even though Article 7 of the tax treaty, based on the OECD Model Tax Convention, stipulates that the profit of the company from the contracting state will be taxed only in that state (unless the company operates in the other contracting state through a permanent establishment).

¹⁵ If the CFC measures were to apply only to passive income, income of conduit companies, income from highly mobile sources, and income from jurisdictions with low taxes (Barker 2007, 356), and the tax sparing credit clause were to apply only on active income – there would be no collision. However, in practice the provisions on the tax sparing credit also often apply to passive income, and some CFC legislations (such as in Brazil) do not limit themselves only to passive income or to income from jurisdictions with low taxes, but to the total profit of controlled foreign companies. The legislator does not call it “profit” but rather “variation in the value of investment equivalent to profits” (orig. “variação do valor do investimento equivalente aos lucros”), in order to create the illusion that it is not taxation at the level of a foreign company but at the level of a Brazilian one, therefore avoiding challenges to the constitutionality of the CFC rules and incompatibility with Article 7 of the OECD Model Tax Convention and UN Model Double Taxation Convention.

¹⁶ The study covering the 1997–2013 period (Wijnen, De Goede 2014, 118), shows that at the time 1,854 tax treaties were concluded (1,811 were analysed and 43 were not available to the authors). We believe that Andrade (2020, 14) gives an incorrect exaggerated estimate that between 2000 and 2020 around 4,000 treaties for the

During the 2000–2020 period, the common law countries (United Kingdom, Canada, Australia, and New Zealand), which were very active in the last third of the 20th century in providing tax sparing credit clauses in the tax treaties that they concluded at the time, signed a total of only seven such tax treaties with developing countries and two with other OECD members. A similar treatment can be noted in other OECD member states, which had previously been prepared to provide a tax sparing clause (Andrade 2020, 14, 16–18, 20–21).¹⁷ Overall, tax sparing credit clauses exist in more than 5% of all tax treaties concluded since 2000, but one should not neglect the circumstance that most clauses from the treaties signed in the last third of the 20th century are still in force, raising their presence in treaties for the avoidance of double taxation closer to 15%.

On the other hand, 12 countries, including Serbia,¹⁸ have presented their position regarding Article 23 of the OECD Model Tax Convention, retaining the right to add tax sparing credit provisions related to tax incentives prescribed in their national legislations. This is why the Draft treaty for the avoidance of double taxation, which is the starting point for Serbia’s representatives in negotiations on concluding tax treaties (predominantly based on the OECD Model Tax Convention, but also to some extent on the UN Model Double Taxation Convention), includes a tax sparing credit clause (Dabetić 2008, 188). However, the final outcome of the negotiations depends on the relative bargaining powers of the two sides, therefore Serbia does not condition the conclusion of the treaty on the acceptance of this provision, provided that it receives concessions on some other provisions, nor can it insist on this provision in negotiations with countries that have greater bargaining power. In the course of the current century, Serbia has concluded 17 tax treaties

avoidance of double taxation were signed, because the most common number is somewhat above 3,000 treaties, which also includes those from the 20th century. Compare OECD 2017b; International Centre for Tax and Development 2021.

¹⁷ According to the calculation of the authors of this article, based on the overview provided by Andrade (2020, 14–16), during the 2000–2020 period 17 other members of the OECD (Turkey, Spain, Ireland, Italy, Luxembourg, Greece, Germany, Korea, Portugal, Norway, Latvia, Slovakia, Estonia, Poland, Austria, Finland, and Switzerland) concluded a total of 27 such tax treaties with countries that are not members of the organisation, and three with other members. In total, between 2000 and 2020 the OECD member states concluded tax treaties with 34 developing countries, containing a tax sparing clause *lato sensu*, while it also appears in round 70 tax treaties concluded between states and jurisdictions that are not OECD members. One should bear in mind that Andrade states that the list is not comprehensive.

¹⁸ Albania, Argentina, Brazil, India, Ivory Coast, Malaysia, Morocco, China, Serbia, Thailand, Tunisia, and Vietnam.

that contain a tax sparing clause, comprising a significant 38.6% of the total number of tax treaties concluded during that period (44), but only one of them was with an OECD member state (Hungary).

Despite the generally unfavourable attitude of the OECD, we conclude that the tax sparing credit has not been completely marginalised, because its implementation continues in numerous previous tax treaties, and it is also included in some new treaties, particularly those where one of the contracting states is an emerging influential economic power, such as China, India, Vietnam, or (until recently) Brazil, which could also find itself in the role of a capital exporting country, as well as a capital importing country. The theoretical foundation for disputing the OECD attitude can be found primarily in South American tax law literature. Bearing in mind that due to the long-term insistence of leading South American countries on the tax sparing credit clause and persistent refusal by the United States of America, the US now has only one treaty for the avoidance of double taxation with a country in that region (Venezuela)¹⁹ and one with a Central American partner (Mexico) – where both countries are large oil exporters (Avi-Yonah 2019, 3).²⁰

Advocating the revision of the OECD attitudes, Brazilian tax legal scholar Luís Eduardo Schoueri summarised the arguments in favour of the matching credit and tax sparing credit *stricto sensu*. In his opinion, the aim of the matching credit is to ensure that in the situation when the source country unilaterally limits its right to tax and stipulates a tax relief in the form of a lower tax rate (e.g. from 25% to 15%), the residence country will continue providing the tax credit, as if the tax relief did not exist, where the taxpayer will exact privilege directly from the tax treaty, reflected in the difference between the “standard” rate that the residence country recognises for the use of the tax credit (25%) and the lower rate that is applied by the

¹⁹ The tax treaty between the US and Venezuela was signed on 25 January 1999 – eight days before Hugo Chávez came to power in Venezuela. The Senate ratified it and it came into force on 1 January 2000.

²⁰ Avi-Yonah (2019, 4) believes that the refusal to accept the tax sparing clause is a fake clue when attempting to explain the absence of a wide network of tax treaties between the USA and Latin America. In his opinion, the true reason is the highly unequal flow of investments, which would lead to the one-sided loss of tax revenue in the source countries. It is therefore no surprise that the only two US tax treaties are with Mexico and Venezuela, states that, due to their oil exports, have more balanced investment flows with the USA, compared to other Latin American countries. The arguments that applied to Venezuela in 1999 have become invalid since the USA imposed sanctions on it due to human rights violations by the Nicolás Maduro regime.

source country (15%). In this case it is not a matter of support, i.e. type of development assistance by the residence country to the source country, but the acceptance of the right of the source country to autonomously set the tax rate. At the same time, the right of the residence country to taxation begins only at the rate of 25%, therefore its position remains unchanged: it would have to provide a tax credit of 25% even in the situation where the tax relief has not been provided in the source country (Schoueri 2013, 110–111). In regard to the tax sparing credit *stricto sensu*, Schoueri resonates that in principle the source country taxes to a certain level, and the residence country provides a tax credit for the tax paid in the source country, based on the tax treaty. If the source country decides not to tax a non-resident to the extent permitted by the tax treaty (i.e. to provide him a tax relief), the residence country is required to respect such a decision and provide a tax credit equal to the maximal amount that the source country could have taxed (Schoueri 2013, 111).

Analysing the specific objections from the OECD report, Schoueri believes that the argument regarding the ineffectiveness of the tax sparing credit as an instrument for promoting foreign investments is indefensible, and further points out that there is no empirical evidence that would corroborate the discontent of most states by the tax incentives. In his opinion, the argument regarding the “free rider”, according to which tax sparing credit is provided even though without it the investor would have made the same decision to invest, because tax reasons are of lesser importance than other factors (political, market and infrastructure circumstances in the country of investment), cannot be accepted at face value either. Namely, the question could be raised whether tax treaties then have any significance in making decisions to invest, and studies do not provide a conclusive answer. Speaking against the arguments that developing countries must pay the price for gaining tax sparing credit by making concessions to the sum of the withholding taxes on dividends, interest, and royalties, Schoueri points out the abovementioned remark that the OECD itself advocates the lowering of these rates, including a zero tax rate for withholding taxes on royalties, which we have labelled as specific cynicism. He also disputes the thesis that some countries that are not members of the OECD have become economically strong in the meantime, and that therefore there is no need to provide them further support in the form of tax sparing credit, adding that numerous developing countries are still very vulnerable. The argument that the tax sparing credit clause can be abused is unacceptable, in Schoueri’s opinion. His view is that a more consistent approach to this issue would be to generally review the issue of “treaty shopping” and to adopt solutions that were reached sometime later, as part of the BEPS Actions (the principal

purpose of transaction or arrangement test or limitation on benefits clause) (see Popović, Ilić-Popov 2019, 7–34; Andrade 2020, 21–22).²¹ The fact that abuse may occur is not sufficient to reject the tax treaty provision, which would otherwise be in the interest of both contracting states. Finally, according to Schoueri's review, the OECD objection that the tax sparing credit clause is harmful to the source country because it stimulates repatriation of profits at the expense of re-investment, is invalid, unless the clause has a sunset clause. Otherwise, the investor's decision on whether to reinvest the profit or repatriate it depends primarily on commercial reasons (Schoueri 2013, 113–117).

It is a fact that the tax sparing credit has in a way been pushed into the background, following the 1998 OECD report, and that the member states accept it significantly less often when negotiating new tax treaties. However, it is indisputable that such a clause is still present in many treaties for the avoidance of double taxation that are still in force.

²¹ One should bear in mind that the objection regarding the possibility of abuse was made 17 years before the OECD (together with the G20) announced its anti-BEPS actions. As part of the BEPS project Article 29 (Entitlement to benefits) was added to the OECD Model Tax Convention (the version from 2017), containing a principal purpose of transaction or arrangement test, and other anti-abuse measures. Furthermore, the commentary on Article 29 para. 175 explicitly mentions the tax sparing clause as a benefit (in the form of limitation of the contracting state's right to tax) to which this article applies. On the other hand, Andrade points out that it is necessary to differentiate between abuse of the provisions of the tax treaty on tax sparing credit and abuse of domestic regulations on tax incentives. Several actions were developed as part of the BEPS project in connection with the latter case: (1) BEPS Action 3, pertaining to CFC measures, which allows for the application of a minimal effective tax rate (https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/designing-effective-controlled-foreign-company-rules-action-3-2015-final-report_9789264241152-en#page65, last visited 5 March, 2022); (2) BEPS Action 4, which stipulates methods for preventing excessive interest deductions; (3) BEPS Action 5, addressing harmful tax competition; (4) BEPS Action 6, focusing on the abuse of tax treaties; and (5) BEPS Actions 8–10, and 13, which aim to prevent abuse of transfer pricing. Tax treaty law includes different measures related to the abuse of the tax sparing credit clause, which have been mentioned above [*supra*, fn. 12 and at the beginning of this footnote, in the context of Art. 29 of the OECD Model Tax Convention (2017)].

4. TAX SPARING CREDIT: MEASURE FOR SUPPORTING DEVELOPING COUNTRIES OR REFLECTION OF FISCAL SOVEREIGNTY?

The scope of the problem that could be resolved by the tax sparing credit clause depends on the method of eliminating double taxation chosen by the contracting state other than the state providing the tax incentives. In the event that the former state, the residence country, applies the exemption method from Article 23A of the OECD Model Tax Convention, the issue would not even exist for the income and capital that is exempt (unless a subject-to-tax clause is contracted) (Nilsen 2013, 17; Marchgraber 2014, 293–302),²² but rather only for the income that the source country can tax, to which the exemption does not apply and requiring “additional” application of credit method (dividends, interest, royalties, etc.). However, if the residence country has opted for the credit method from Article 23B of the OECD Model Tax Convention, the effect of the tax incentive would be annulled for all types of income and capital that could have been taxed (but were not) in the source country.

Let us take a look at the structure of the provisions on tax sparing credit in the treaties for the avoidance of double taxation that are binding for Serbia.

In 2022 the tax sparing credit clause exists in 29 out of the 63 tax treaties that Serbia has entered into (46%). In three of the tax treaties (out of the 29), tax sparing credit is not stipulated as Serbia’s obligation, but only for the other contracting state. The tax sparing credit provisions initially existed also in treaties for the avoidance of double taxation that the Socialist Federal Republic of Yugoslavia (SFRY) had entered into with Denmark (1981) and Norway (1983), which were replaced by new treaties between Serbia and these countries, as well as in the treaties between the former Yugoslavia and Sweden and Finland, which continues to apply to Serbia, but they include a sunset clause regarding the tax sparing credit norm of ten years from the treaty entering into force in the treaties with Denmark, Norway, and Sweden, and five years in the case of the treaty with Finland. The current tax treaty with the United Kingdom also includes a sunset clause, however, it pertains to the specific taxpayer, who may enjoy benefit in the form of tax sparing credit for a period of ten years, starting with the tax period when the taxpayer is first granted a tax relief. Such a formulation does not limit the

²² Serbia has inherited a number of tax treaties from the former SFRY, based on which it applies exemption as a method for avoiding double taxation (with Belgium, France, the Netherlands, Italy, Cyprus, Germany, Sri Lanka, Sweden, and the United Kingdom), but they do not include a subject-to-tax clause.

Table 1. The tax sparing credit clause in Serbia's tax treaties

No.	Other contracting state	Signatory state "on our part"	Scope of application*	Date of conclusion of the tax treaty	Date of entry into force	Tax sparing credit	Article of the tax treaty	Method of eliminating double taxation
1	Albania	Serbia–Montenegro	I + C	22 December 2004	1 January 2006	Reciprocal	25 (3)	Credit
2	Armenia	Serbia	I + C	10 March 2014	1 January 2017	Reciprocal	24 (3)	Credit
3	Azerbaijan	Serbia	I + C	13 May 2010	1 January 2011	Reciprocal	24 (3)	Credit
4	Bosnia and Herzegovina	Serbia–Montenegro	I + C	26 May 2004	1 January 2006	Reciprocal	24 (3)	Credit
5	Bulgaria	FR Yugoslavia	I + C	14 December 1998	1 January 2001	Reciprocal	24 (3)	Credit
6	China	FR Yugoslavia	I + C	21 March 1997	1 January 1998	Reciprocal	24 (3)	Credit
7	Cyprus	SFR Yugoslavia	I + C	29 June 1985	1 January 1987	Reciprocal	22 (3)	In Serbia: exemption, ¹⁾ in Cyprus: credit
8	Egypt	Serbia–Montenegro	I	31 July 2005	1 January 2007	Reciprocal	23 (3)	Credit

No.	Other contracting state	Signatory state "on our part"	Scope of application*	Date of conclusion of the tax treaty	Date of entry into force	Tax sparring credit	Article of the tax treaty	Method of eliminating double taxation
9	Greece	FR Yugoslavia	I + C	25 June 1997	1 January 2011	Reciprocal	24 (2)	Credit
10	Hong Kong	Serbia	I + C	14 August 2001	1 January 2021	Reciprocal (limited to 1 January 2027)	23 (3)	Credit
11	Hungary	FR Yugoslavia	I + C	20 June 2001	1 January 2003	Reciprocal	24 (4)	In Serbia: credit; in Hungary: exemption ²⁾
12	India	Serbia-Montenegro	I + C	8 February 2006	1 January 2009	Reciprocal	25 (3)	Credit
13	Indonesia	Serbia	I	28 February 2011	1 January 2019	Reciprocal	23 (3)	Credit
14	Italy	SFR Yugoslavia	I + C	24 February 1982	1 January 1986	Obligates only Italy (explicitly) Maximum: 25%	23 (4)	In Serbia: exemption; in Italy: credit

No.	Other contracting state	Signatory state "on our part"	Scope of application*	Date of conclusion of the tax treaty	Date of entry into force	Tax sparing credit	Article of the tax treaty	Method of eliminating double taxation
15	Korea, PDR	FR Yugoslavia	I + C	25 December 2000	1 January 2002	Reciprocal	24 (3)	Credit
16	Kuwait	FR Yugoslavia	I + C	2 April 2002	1 January 2004	Reciprocal	24 (3)	Credit
17	Libya	Serbia	I	12 November 2009	1 January 2011	Reciprocal	23 (3)	In Serbia: credit; in Libya: exemption ³⁾
18	Moldova	Serbia-Montenegro	I + C	9 June 2005	1 January 2007	Reciprocal	23 (3)	Credit
19	Montenegro	Serbia	I	20 July 2011	1 January 2012	Reciprocal	23 (3)	Credit
20	North Macedonia	FR Yugoslavia	I + C	4 September 1996	1 January 1998	Reciprocal	24 (3)	Credit
21	Pakistan	Serbia	I	21 May 2010	1 January 2011	Reciprocal	23 (3)	Credit
22	Poland	FR Yugoslavia	I + C	12 June 1997	1 January 1999	Reciprocal	24 (4)	In Serbia: credit; in Poland: exemption ⁴⁾

No.	Other contracting state	Signatory state "on our part"	Scope of application*	Date of conclusion of the tax treaty	Date of entry into force	Tax sparring credit	Article of the tax treaty	Method of eliminating double taxation
23	Qatar	Serbia	I	2 October 2009	1 January 2011	Reciprocal	23 (2)	Credit
24	Romania	FR Yugoslavia	I + C	16 May 1996	1 January 1998	Reciprocal	25 (3)	Credit
25	Sri Lanka	SFR Yugoslavia	I + C	7 May 1985	1 January 1987	Reciprocal	23 (3)	In Serbia: exemption; ⁵⁾ in Sri Lanka: credit
26	The Netherlands	SFR Yugoslavia	I + C	22 February 1982	1 January 1984	Obligates only the Netherlands (explicitly)	23 (2)	In Serbia: credit; in the Netherlands: credit
27	Tunisia	Serbia	I + C	11 April 2012	1 January 2014	Reciprocal	25 (3)	Credit
28	United Kingdom	SFR Yugoslavia	I	6 November 1981	1 January 1983	Obligates only the UK (explicitly)	22 (3)	In Serbia: exemption; in the UK: credit
29	Vietnam	Serbia	I	1 March 2013	1 January 2014	Reciprocal	23 (3)	Credit

* I + C: income and capital; C: capital

- 1) In Serbia the tax sparing applies only to dividends, interest, and royalties.
- 2) In Hungary the tax sparing applies only to dividends, interest, and royalties.
- 3) In Libya the tax sparing applies only to dividends, interest, and royalties.
- 4) In Poland the tax sparing applies only to dividends, interest, and royalties.
- 5) In Serbia the tax sparing applies only to income from using ships in international transport, dividends, interest, and royalties.

general effect of the provision on tax sparing credit that the United Kingdom offered the former SFRY, therefore the tax sparing norm continues to apply to taxes that have not been paid in Serbia due to the application of tax incentives. It is our belief that providing a time limit on the tax sparing credit provisions may lead to distorted stimuli. Namely, the general sunset clause leads to the accelerated repatriation of profit from the source country, while the time limit that applies to the specific taxpayer encourages the founding of “new” companies or the transfer of profit to associated companies by way of transfer prices.

The fact that nearly 90% of Serbia’s tax treaties that include the tax sparing credit clause define this provision as reciprocal, shows that the role of tax sparing as an instrument for providing assistance to developing countries has been reduced, if not completely lost. In the 1980s as many as six tax treaties of the SFRY with developed countries included a unilateral clause that was not binding for the Yugoslav side, and only one tax treaty included binding reciprocity.²³ The fact that in the 21st century two thirds of tax treaties containing a tax sparing credit clause have been concluded between countries that are not members of the OECD, i.e. which are either developing countries or emerging economies, indicates a change of emphasis on a much broader scale. Tax sparing credit is increasingly perceived as a mechanism of supporting national tax policies in the domain of investment incentives. In line with such an approach, the right to provide tax relief to taxpayers constitutes part of every state’s right to tax, and the interference of other states, or the OECD, in that right violates fiscal sovereignty. Let us recall Schoueri’s thesis that the residence country is required to respect the decisions of the source country not to tax the non-residents to the level permitted by the tax treaty (i.e. to provide them a tax relief) and to provide tax credit equal to the maximum sum of the tax that the source country could have levied. It is clear that whether a tax sparing credit clause will be included in the tax treaty depends on the relative bargaining powers of the states drafting the treaty. We cannot accept the thesis that such double non-taxation – stemming from the legitimate (non-abusive) provision of tax incentives – is contrary to the object and purpose of tax treaties. Nevertheless, the preamble to the 2017 (post-BEPS) version of the OECD Model Tax Convention states that two countries intend to conclude a

²³ Unilateral clauses exist today in current tax treaties with the United Kingdom, the Netherlands, and Italy, and they existed in the treaty with Sweden (which has expired), as well as in previous treaties with Denmark and Norway. Only the treaty with Finland contained a reciprocity clause, but it too has expired, as mentioned previously. In the treaties with Cyprus and Sri Lanka, Serbia opted for the exemption method, while the other party provides tax sparing credit.

treaty for the avoidance of double taxation of income and capital “without creating opportunities for non-taxation or reduced taxation through tax evasion or avoidance”. The non-abusive tax incentive, supported by tax sparing credit, does not fall under such a defined object and purpose of the tax treaty; accordingly, the commentary to Article 23B also does not contain the disqualification of a tax sparing clause.

Table 2, on incoming foreign direct investments during the 2011–2021 period, where the “fiscal sacrifice” is borne by the treasury of the investor’s residence country, and the benefits are achieved by the investor and the Serbian state (to the extent to which the tax sparing credit contributed to the investor deciding to invest in it), indicates that the stake of investments from states and jurisdictions with which Serbia has a tax sparing credit clause, in its total foreign direct investments, has varied. In 2011 it was low (19.6%), because in that year 25% of the total foreign direct investments came from Luxembourg (a total of EUR 885 million) based on the sale of the Delta Maxi company to the Delhaize company, where the tax treaty with this country does not include a tax sparing credit clause. This was followed by three years of growth – up to 54.1%, influenced by the significant proportion of investments from the Netherlands, which provides a tax sparing credit. In 2015 the sudden increase in *total* foreign direct investments, which continued in the subsequent years, lead to the proportion of investments from countries with which Serbia has a tax sparing credit clause in the total foreign direct investments decreasing to 30% (2015 and 2016), with an increase to 47.4% in 2017, due to the significant proportion of investments from the Netherlands and Italy. A decrease was recorded in 2018 (28%) since as much as 55.1% of the foreign direct investments was from France (a total of EUR 716.3 million), primarily based on the concession for the Nikola Tesla Airport in Belgrade granted to French company Vinci – and the tax treaty with France does not include a tax sparing credit clause. In 2019 and 2020 the stake increased to 46.3% and 44.6%, respectively, reaching 56.6% in 2021, in part due to the fact that the tax treaty with Hong Kong entered into effect.

The state through which the most foreign direct investments entered Serbia during this period was the Netherlands, which was regularly ranked first, with the exception of 2011, 2012, and 2018.²⁴ The tax sparing credit may have played a role in this, but one should not overlook the fact that the

²⁴ At the time most foreign direct investments came from Luxembourg (2011) and France (2018), which has been mentioned previously. In 2012 investments from Russia topped the list, because of the one-off growth of the stake of investment in crude oil exploitation in total foreign direct investments.

Table 2. Foreign direct investments from countries with which Serbia has a tax treaty with a tax sparing credit clause

Other contracting state	2011		2012		2013		2014		2015		2016	
	mil. EUR	Rank	mil. EUR	Rank	mil. EUR	Rank	mil. EUR	Rank	mil. EUR	Rank	mil. EUR	Rank
The Netherlands	215	4	153	3	380	1	373	1	362	1	342	1
Italy	136	7	79	9	67	10	101	4	145	4	-	-
China	-	-	-	-	-	-	83	7	-	-	70	11
Cyprus	166	7	4	20	26	15	10	19	51	12	61	12
Hong Kong	13	20	-	-	23	16	-	-	42	14	122	6
United Kingdom	70	10	7	17	80	8	58	9	-	-	40	16
Hungary	63	11	-	-	35	13	56	10	32	17	33	17
Bosnia and Herzegovina	15	19	13	14	-	-	-	-	-	-	-	-
Bulgaria	-	-	40	10	36	12	22	15	-	-	-	--
Greece	31	16	-	-	37	11	90	5	-	-	43	14
Montenegro	-	-	9	16	-	-	19	16	45	13	49	13
Poland	-	-	5	18	14	19	-	-	-	-	-	-
Romania	-	-	-	-	68	9	-	-	-	-	-	-
Total FDI in Serbia	3,544		1,009		1,548		1,500		2,114		2,127	
Percentage of total FDI	19.6%		30.7%		48.0%		54.1%		30.0%		30.0%	

Other contracting state	2017		2018		2019		2020		2021	
	mil. EUR	Rank	mil. EUR	Rank	mil. EUR	Rank	mil. EUR	Rank	mil. EUR	Rank
The Netherlands	543	1	351	3	804	1	591	1	683	1
Italy	196	3	169	9	108	10	175	5	27	19
China	103	10	192	8	264	7	410	3	569	3
Cyprus	49	14	-	-	-	-	139	6	147	8
Hong Kong	36	17	458	2	74	12	118	7	205	6
United Kingdom	118	9	151	10	-	-	-	-	335	5
Hungary	142	18	40	17	521	3	-	-	145	9
Bosnia and Herzegovina	-	-	37	18	45	17	-	-	43	15
Bulgaria	-	-	-	-	24	20	40	17	32	17
Greece	-	-	30	20	-	-	-	-	-	-
Montenegro	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Poland	58	12	-	-	-	-	-	-	-	-
Romania	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Total FDI in Serbia	2,548		3,465		3,815		3,039		3,863	
Percentage of total FDI	47.4%		28.0%		46.3%		44.6%		56.6%	

The grey fields indicate data for years where the tax treaty was still not in force.

Source: National Bank of Serbia, Balance of Payments (https://www.nbs.rs/sr_RS/drugi-nivo-navigacije/statistika/platni_bilans), last visited 24 April 2022).

overall tax regime in the Netherlands, especially the institute of participation exemption in its tax law, along with the broad network of tax treaties (101),²⁵ makes this country extremely attractive for registering holding companies, through which foreign direct investments are made in third countries. In reviewing the role of tax sparing credit, the OECD reported that many US companies have acknowledged that “it is rather the absence of a tax treaty, not the absence of tax sparing, that deters further investment” (OECD 1998, 25).

The outbound investments are several times lower than the inbound, and are presented in Table 3. In these cases, the “fiscal sacrifice” is borne by Serbia’s treasury, while the benefit is reaped by the resident investor and the state or jurisdiction in which the investment was made (to the extent to which the tax sparing credit contributed to the investor investing in it). The share of the investments in the states or jurisdictions with which Serbia has a tax sparing credit clause in total foreign direct investments by its residents increased significantly during the 2012–2015 period, from around 40% to around 90%, due to the expansion of investments in Montenegro (which in 2015 reached as much as 61.8% of the total net increase in financial assets). This was followed by a downward trend, reading 41% in 2020.²⁶ In 2021 this stake increased to 55%, primarily due to the significant increase in investments in Montenegro and Bosnia and Herzegovina.

The state that received the most foreign direct investments from Serbia during this period was most often Bosnia and Herzegovina, followed by Montenegro, but since 2018 Switzerland, Slovenia, and Russia have topped the list.²⁷ This indicates that when choosing the destination for investing capital, Serbia’s residents were more motivated by other factors (commercial, ethnic, political or evasion reasons, as well as favourable withholding taxes from applicable tax treaties) rather than the (non-)existence of a tax sparing credit clause.

²⁵ <https://taxsummaries.pwc.com/netherlands/individual/foreign-tax-relief-and-tax-treaties> (last visited 24 April, 2022).

²⁶ The deterioration of political relations between Serbia and Montenegro was accompanied by a decrease in Serbian investments in Montenegro (from EUR 192 million in 2015, in 2016 they saw the withdrawal of EUR 2.7 million, and the modest investment of around EUR 20 million per year during the 2017–2020 period). After a government that did not include the Democratic Party of Socialists was formed in Montenegro in late 2020, direct investments from Serbia in Montenegro in 2021 more than quadrupled compared to 2020.

²⁷ https://www.nbs.rs/sr_RS/drugi-nivo-navigacije/statistika/platni_bilans (last visited 14 March, 2022).

Table 3. Direct investments from Serbia in countries with which it has tax treaties with a tax sparing credit clause

Other contracting state	2011		2012		2013		2014		2015		2016	
	mil. EUR	Rank	mil. EUR	Rank	mil. EUR	Rank	mil. EUR	Rank	mil. EUR	Rank	mil. EUR	Rank
Bosnia and Herzegovina	62	1	90	2	103	1	64	2	52	2	73	1
Montenegro	39	3	92	1	77	2	146	1	192	1	-	-
Greece	-	-	2	12	2	12	2	12	2	13	3	11
Cyprus	1	18	-	-	-	-	-	-	8	6	6	8
Hungary	-	-	9	6	9	5	-	-	10	4	19	5
Poland	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Romania	-	-	10	5	45	3	5	8	8	9	11	7
Bulgaria	18	5	41	3	5	6	23	4	2	13	2	16
China	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	18
Hong Kong	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Albania	6	8	-	-	-	-	-	-	1	15	-	-
N. Macedonia	2	13	-	-	-	-	-	-	3	11	5	9
Total DI from Serbia	225		256		250		264		310		228	
Percentage in total DI	39.6%		95.3%		96.4%		90.9%		89.7%		52.6%	

Other contracting state	2017		2018		2019		2020		2021	
	mil. EUR	Rank	mil. EUR	Rank	mil. EUR	Rang	mil. EUR	Rank	mil. EUR	Rank
Bosnia and Herzegovina	45	1	55	3	30	4	11	6	69	3
Montenegro	22	3	43	4	23	5	18	2	76	2
Greece	5	7	7	9	9	10	8	7	20	5
Cyprus	2	13	7	10	5	12	-	-	8	7
Hungary	1	16	2	15	9	9	4	10	6	9
Poland	-	-	-	-	2	18	6	8	-	-
Romania	-	-	28	5	31	3	2	11	9	6
Bulgaria	-	-	-	-	-	-	-8	18	-30	20
China	-	-	-	-	4	14	-	-	-	-
Hong Kong	2	12	2	16	2	19	-	-	-	-
Albania	-	-	-	-	-	-	-	-	1	17
N. Macedonia	4	8	-	-	5	13	-	-	-28	19
Total DI from Serbia	130		308		264		100		238	
Percentage in total DI	60.8%		46.1%		44.7%		41.0%		55.0%	

The grey fields indicate data for years where the tax treaty was still not in force.

Source: National Bank of Serbia, Balance of Payments (https://www.nbs.rs/sr_RS/drugi-nivo-navigacije/statistika/platni_bilans), last visited 14 March, 2022).

The data from Tables 2 and 3 sheds a different light on the role of tax sparing credit as an instrument that by supporting the efforts of the country of investment to attract foreign investments contributes to their growth and consequently the economic growth of the country. There is no contracted tax sparing with countries that are the source of the greatest individual investments, e.g. Germany and Austria, and it appears that the most prominent support is for investors from the Netherlands, who are most commonly represented by conduit companies. The Dutch Centre for Research on Multinational Corporations (*Stichting Onderzoek Multinationale Ondernemingen* – SOMO) has shown that direct foreign investments contribute to economic development and the increase in public revenue depending on: (1) the sum of the capital leaving the country through the repatriation of profit, interest on inter-company loans, and royalties; (2) the balance between the imports based on foreign direct investments (e.g. machines and semi-finished products) and the exports generated by foreign direct investments; (3) the balance between the taxes paid by multinational companies and the subsidies granted to them by the government in order to attract them; and (4) the extent of the abuse of transfer prices aimed at avoiding taxation. For example, if the investment was made in Serbia, but the generated profit is either untaxed (or taxed at a low rate), due to the transfer of profit through the abuse of tax treaties (e.g. by introducing a conduit company), the state will not collect revenue based on the tax on corporate profits. In such a context, foreign direct investments cannot be equated with development (McGauran 2013, 19–20). Regardless of the efforts to reduce the scope of tax evasion through base erosion and profit shifting, it is our conclusion that in addition to the foreign direct investments and tax incentives for such investments, there are also many other factors that contribute to economic development (legal and political stability of the state, possibility of activating domestic savings, etc.). Therefore, we will repeat that the right to introduce tax incentives is primarily part of the subjective right to tax of every state and that tax sparing credit is a reflection of the respect that the investor's residence country shows to the right of the source country by permitting the deduction from the tax on the investor's global income of the maximum amount that the source country could have taxed.

5. TAX SPARING CREDIT AND THE INCOME INCLUSION RULE

5.1. The Prospect of Relying on Past Experience Involving CFC Legislation

The BEPS project did not discuss tax sparing credit. However, preparations for BEPS 2.0, and especially for the introduction of the Pillar Two, which stipulates the prescription of a minimal 15% profit tax rate, as well as the implementation of the Income Inclusion Rule, create new dilemmas regarding tax sparing credit.

The implementation of the Income Inclusion Rule should begin in 2023.²⁸ We note that in October 2021, 137 states and jurisdictions from the Inclusive Framework on BEPS agreed to start reforming the rules of international taxation through the implementation of a two-pillar plan, which would ensure that multinational companies pay a fair tax portion regardless of where they operate.²⁹ The measures from Pillar One redefine the allocation of the right to taxation of profit from operations at an international level; the rights to tax will be granted to states where the consumers are located, on the part of the residual profit (in excess of 10% of the revenue), provided that the multinational company has a global turnover in excess of EUR 20 billion and profitability above 10% (OECD 2021b, 1). The aim of Pillar Two is for qualified multinational companies to pay a minimum tax regardless of where their seat is located or in which state or jurisdiction they operate, in order to suppress harmful tax competition and reduce the motivation to transfer profit to states and jurisdictions with low tax rates (OECD 2021b, 4).³⁰ In order to achieve this goal, two Global anti-Base Erosion Rules (GloBE)

²⁸ At the time of the great crisis caused by Russia's aggression against Ukraine, it is difficult to judge whether this will lead to the postponement of the BEPS 2.0 measures or their possible revision.

²⁹ Only four states from the Inclusive Framework on BEPS (Pakistan, Nigeria, Kenya, and Sri Lanka) have not supported this agreement.

³⁰ This is a group of multinational companies that have an annual revenue of at least EUR 750 million in the consolidated financial statement of the ultimate parent entity, in at least two of the four fiscal years immediately preceding the fiscal year in which the testing occurred. This threshold is also used for country-by-country reporting for the assessment of transfer prices. See OECD 2015, 21. It has been adopted in Serbian tax law in article 61v of the Law on Corporate Profit Tax, *Official Gazette of the RS* 25/2001, ..., 118/2021. It is estimated that such a high limit excludes 85%–90% groups of multinational companies from the obligation to report country-by-country for the assessment of transfer prices, but it applies to the remaining groups of multinational companies, which control around 90% of the global corporate revenues.

are proposed to be incorporated in national law – an Income Inclusion Rule and an Undertaxed Payment Rule – as well as a Subject to Tax Rule in the tax treaties (OECD 2021b, 3).

The income inclusion rule grants the residence state of the parent entity the right to attribute to the parent company in the multinational group of enterprises, a top-up tax for every constituent entity (company–group member, or permanent establishment) that has been taxed too low in the state of its residence, thus fighting the harmful tax competition. In simple terms, the top-up tax would correspond to the difference between the stipulated minimal tax rate of 15% and the effective tax rate in the residence country of the low-taxed constituent entity (OECD 2021c, 29). Without going into the details of the proposal for defining the GloBE income (OECD 2021c), we will mention that in determining the basis to which the top-up tax will be applied in the residence state of the parent entity, a substance-based income exclusion is applied, consisting of two carve-outs: based on payroll costs and based on the carrying value of the tangible assets. The carve-out will initially be 10% of the payroll costs and 8% of the carrying value of the tangible assets, lowered 0.2 percentage points per year during the first five years, and then 0.8 percentage points per year for payroll costs and 0.4 percentage points of the carrying value of the tangible assets, for the next five years (OECD 2021b, 4).

The analysis should answer the question whether the tax sparing credit provisions in Article 23 of the OECD Model Tax Convention could limit the application of the GloBE rules on income inclusion. Since at the time of the submission of this article the rule is still in its draft phase, the assessment of its future interaction with the tax sparing credit will apply the decades of experience involving the CFC rules, whose effects are similar to the effects of the rule on income inclusion (OECD 2020, 14). Both rules attribute the income generated by a controlled foreign corporation to its parent company, which is a resident of a different state, thus granting this other state the right to tax the income generated by the company that is not its resident. However, the differences are significant. CFC rules are most often aimed at passive income (dividends, interest, and royalties) of the controlled companies that are the residents of states and jurisdictions with low tax rates,³¹ and the tax that will apply to it in the state of residence of the parent company will have the same rate as the company's income from other sources. The Income Inclusion Rule, however, grants the right to the parent entity's residence country to tax *all* income of the constituent entities that are subject to an effective tax rate that is lower than 15% in other states and jurisdictions,

³¹ For an exception, see *supra*, fn. 15.

and the top-up tax is equal to the difference between 15% and the effective tax rate in the residence country of the constituent entity. Also, one should bear in mind that the income subject to CFC rules is determined based on the national regulations of the parent company's residence country, while the rule on income inclusion stipulates that attributed income should be determined uniformly (e.g. in accordance with the International Financial Reporting Standards) (Navarro 2021, 10).³²

From a legal point of view, however, one could consider the analogy with CFC rules to be inappropriate. Namely, some authors (De Wilde 2022, 4–5) believe that the top-up tax cannot be equated with the CFC measure. Unlike the CFC legislation, the aim of Pillar Two is not to ensure that the domestic income is taxed, despite the fact that in the context of aggressive tax planning (which is only the extreme example), it has been moved to the base company with the intention of postponing the application of tax by the shareholder's residence country. The top-up tax from the GloBE rules is essentially “an extraterritorial tax on foreign corporate profits produced by foreign group member companies” (De Wilde 2022, 4). Pillar Two is aimed against tax competition – specifically “The global minimum tax agreement does not seek to eliminate tax competition, but puts multilaterally agreed limitations on it” (OECD 2021a). The aim of the top-up tax is for the income that is sourced abroad, regardless of its nature, to be subject to a minimal tax, therefore introducing a new dimension to a system that has been established for decades, resting on the postulate from Article 7 of the OECD Model Tax Convention, with certain limitations (e.g. CFC measures) in order to prevent abuse.

Regardless of the above-mentioned differences in the structure of the CFC norms and income inclusion rules, or in their objectives, the position of the doctrine on the relationship between CFC rules and tax treaties can serve as a guideline for how to resolve issues of compatibility of the income inclusion rules with the tax sparing clause.

The commentary to Article 1 of the 1992 OECD Model Tax Convention states that measures such as CFC rules “are part of basic domestic rules set by national tax law for determining which facts give rise to a tax liability.

³² Navarro also states that CFC rules may also be based on the deemed dividend approach, according to which it is deemed that the shareholders have received dividends that have in fact not been distributed to them, or the notional sum approach, which leads to the increase in the tax base of the parent company equal to the fair value of its stake in the subsidiary, while the rules on income inclusion always imply that the parent company is attributed income that the constituent (controlled) entity *obtained* – in accordance with the rules of private law and accounting.

These rules are not addressed in tax treaties and are therefore not affected by them” (OECD 1992, para. 23). However, such a general assessment was confronted with the explicit provisions of Article 7 para. 1 of the OECD Model Tax Convention, that “profits of an enterprise of a Contracting State shall be taxable only in that State unless the enterprise carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein,” as well as the explicit norm in Article 10 para. 5 that “where a company which is a resident of a Contracting State derives profits or income from the other Contracting State, that other State may not [...] subject the company’s undistributed profits to a tax on the company’s undistributed profits, even if the dividends paid or the undistributed profits consist wholly or partly of profits or income arising in such other State.” Therefore, it could be understood that Article 7 para. 1 of the OECD Model Tax Convention prohibits the residence state of the controlling company to tax profit derived in a controlled foreign company, because the profit of the controlled company can only be taxed by the country of its residence, unless the controlled company has a permanent establishment in the residence country of the controlling company. The provisions of Article 10 para. 5 could be interpreted as limiting the right of the residence country to tax a controlling company regarding the profit arising in the controlled company that remains undistributed (Navarro 2021, 13). The commentary to Article 1 of the 2000 OECD Model Tax Convention only states that there is a “large majority” of OECD member states that do not accept the interpretation of the mentioned provisions meaning that they prevent the application of national CFC rules, but also states a “dissenting view” (OECD 2000, para. 23) that was given a specific weight by the decision of the French Conseil d’Etat in the *Société Schneider Electric* case, regarding the incompatibility of the national CFC rules with the tax treaty between France and Switzerland.³³

Therefore the 2003 commentary (in the part pertaining to the two mentioned provisions) attempted to use additional words to confirm the previous position that there is no impediment to the residence country taxing its residents based on its national CFC legislation because such a tax does not reduce the profits of the company from the other contracting state, and may not, therefore, be said to have been levied on such profits (OECD 2003, Art. 7 para. 10.1). Neither is valid the objection that the residence country’s CFC measures tax undistributed profits, since Art. 10 para. 5 pertains to the taxation at the source, and not in the residence country, and applies only to the taxation of companies, not shareholders (OECD 2003,

³³ Conseil d’Etat, Assemblée, du 28 juin 2002, No. 232276. <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000008092462/> (last visited 11 March, 2022).

Art. 10 para. 37). The commentary to Article 1 of the 2003 OECD Model Tax Convention omits the views of the “large majority” and “minority” of the member states, but explicitly states that the CFC measures “are now internationally recognised as a legitimate instrument to protect the domestic tax base” and that “whilst some countries have felt it useful to expressly clarify, in their conventions, that controlled foreign company legislation did not conflict with the Convention, such clarification is not necessary. It is recognised that controlled foreign corporation legislation structured in this way is not contrary to the provisions of the Convention” (OECD 2003, Art. 1 para. 23). Lang (2003, 54–55) presented the argument that just as it must be accepted that one contracting state taxes a partnership, while the other taxes the partners, in accordance with their respective laws, thus it must be accepted that one state taxes the controlled foreign company and another state taxes the shareholder in regard to the income of the controlled foreign company that it attributed to them based on its CFC legislation. Tax treaties do not decide on attribution, but simply accept the attribution as it has been implemented in domestic laws. In other words, tax treaties do not influence how the contracting states will arrange the attribution of income in their law, which is done through CFC rules. The profit of the contracting state’s company (in this case company that controls a foreign entity), which in accordance with Article 7 para. 1 of the OECD Model Tax Convention, must be taxed only in that state,³⁴ whose right to taxation therefore must not encroach on the profit of the company that is a resident of the other contracting state, encompasses the entire profit determined in accordance with the state’s national law, including the part that is attributed in accordance with the national CFC legislation.

International tax law literature includes criticism of the legality and legitimacy of the technique applied by the OECD Council and Committee on Fiscal Affairs, when they backed their opinions by general claims through which they strived to “kill” the minority view that the CFC legislation is not compatible with tax treaties (Martin Jiménez 2004, 23–26). In order to eliminate dilemmas regarding the compatibility of the local CFC legislation and tax treaties, at least *pro futuro*, Article 1 para. 3 of the 2017 version of the OECD Model Tax Convention incorporates a *saving clause*. According to it “This Convention shall not affect the taxation, by a Contracting State, of its residents except with respect to the benefits granted under paragraph 3 of Article 7,³⁵ paragraph 2 of Article 9 and Articles 19, 20, 23 [A] [B], 24, 25 and 28”. We draw attention to the fact that such a conclusion does not apply to

³⁴ With the exception of the permanent establishment.

³⁵ The corresponding adjustment regarding the implementation of the arm’s length principle in determining the profit of the permanent establishment.

the rules of tax sparing credit from Article 23B, to which the saving clause does not apply. The commentary to Article 1 of the 2017 OECD Model Tax Convention repeats the argumentation pertaining to CFC measures from the commentary to the 2003 version (OECD 2017a, para. 81).³⁶

In summarising the discussion on the compatibility of CFC measures with tax treaties, we can conclude that the implementation of the saving clause eliminates any dilemma, and that without it there is no consensus, whilst the commentary to the OECD Model Tax Convention claims that there are no doubts, which is supported by a number of authors (Lang 2003, 51–58; Canè 2017, 521–563) and part of the jurisprudence of administrative courts,³⁷ while part of the doctrine (Navarro 2021, 6–19; Martin Jiménez 2004, 17–30) and jurisprudence of administrative courts believes³⁸ that national CFC legislation is not compatible with tax treaties, with the exception of cases when they include the saving clause. The OECD report on the Pillar Two blueprint points out that “In subjecting a domestic taxpayer to tax on its share of the foreign income of a controlled subsidiary, therefore, the [Income Inclusion Rule] operates in a way that is closely comparable to a CFC rule and raises the same treaty questions. Although there are a number of differences between the [Income Inclusion Rule] and the CFC rules of many jurisdictions, these do not alter the analysis” (OECD 2020, 173). One of these differences is that the Income Inclusion Rule may also be applied to the *business profit* of the constituent entity (if it is taxed at a low rate), while the CFC rule predominantly applies to low-taxed *passive income* of controlled foreign companies.

5.2. How to Harmonize the Income Inclusion Rule with the Tax Sparing Credit Clause?

The question of whether the residence country, in applying the income inclusion rule, should provide relief to its resident (the ultimate parent company) in the form of credit for the tax that was spared in the source

³⁶ Reservations regarding Art. 1 para. 3 of the OECD Model Tax Convention were voiced by France, Germany, Hungary, Ireland, Luxembourg, and Switzerland, whilst Costa Rica (which in 2017 was still not a member of the OECD), Serbia, and Singapore presented their positions in the form of reservations regarding this provision.

³⁷ Supreme Administrative Court of Finland, Case A Oyi Abp, 20 March 2002 (*Finland–Belgium Tax Treaty*), KHO:2002:26, *International Tax Law Reports*, 2002, 1009 *et seq.*

³⁸ Conseil d’Etat of France, 28 June 2002, No. 232276.

country, by a separate taxpayer (the constituent company). In this case no support can be expected from the saving clause, because it does not apply to the provisions of Article 23B, which defines the tax sparing credit. A dilemma emerges whether the ultimate parent company should be taxed for the income of the constituent entity, with or without taking into consideration the tax sparing of that entity when calculating its effective tax rate. In some states, such as the United Kingdom, judging according to the administrative practice applied to CFC rules,³⁹ one could expect the answer to this question to be affirmative. However, on one hand, Andrade Rodríguez and Nouel indicate the incompatibility of the tax treaties that include the tax sparing clause with the rules of Pillar Two, because unlike the British tax authorities, they do not see the space where the tax sparing could be included in the calculation of the effective tax rate (Andrade Rodríguez, Nouel 2021, 256). On the other hand, Chand, Turina and Romanovska start from the new formulation of Article 23B para. 1 of the 2017 OECD Model Tax Convention:

“Where a resident of a Contracting State derives income [...] which may be taxed in the other Contracting State in accordance with the provisions of this Convention (except to the extent that these provisions allow taxation by that other State solely because the income is also income derived by a resident of that State [...]), the first-mentioned State shall allow: a) as a deduction from the tax on the income of that resident, an amount equal to the income tax paid in that other State; [...]”

In the opinion of these authors (Chand, Turina, Romanovska 2021, 15–16), since the stipulations of the national law on income inclusion (or CFC rules) tax the income of the constituent entity (or controlled foreign company) – i.e. a different taxpayer – in the hands of the ultimate parent company (or shareholder), Article 23B para. 1 of the 2017 OECD Model Tax Convention does not require the second state to provide relief for the tax paid in the first country, including for tax that has *not been paid*, which is indicated in the tax sparing credit clause. This is because it is not the ultimate parent company (or shareholder) that pays taxes in the source country, but rather the constituent entity (or controlled foreign company).

Navarro points out the flaw in the commentary to Article 23 of the OECD Model Tax Convention, when it claims that – even without the previously given text in parenthesis, which was added in 2017 – the formulation of Article 23

³⁹ Where the terms of a double taxation agreement provide for credit to be given against UK tax in respect of tax “spared” in an overseas territory, any tax “spared” by the overseas territory in relation to a CFC should be included in the company’s creditable tax up to the limit specified in the double taxation agreement. (Taxation /International and Other Provisions/ Act). <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm230300> (last visited 13 March, 2022).

logically inferred that both states are not reciprocally required to provide credit for the other's tax, which is introduced solely based on the residence of the taxpayer, and not based on the source or location of the permanent establishment (OECD 2017a, para. 11.1). He believes that by implementing a "policy through interpretation" approach (Navarro 2021, 16), the OECD is attempting to impose the view that the non-application of the tax credit provision in the case of CFC measures (as well as future income inclusion rules) would be quite logical also in tax treaties based on previous versions of the OECD Model Tax Convention (Navarro 2021, 15). Such an approach is in contravention with Article 31 para. 1 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, which states that "A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose", as well as Article 26 "*Pacta sunt servanda*. Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith". The effort to influence the application of the tax sparing clause by changing the commentary must be dismissed as contrary to the legitimate expectations of the contracting states (Navarro 2021, 17).

Discrepancies with the approach to this issue (so far only in the domain of CFC measures) also exist in the jurisprudence in a single state. In the *Lin* case, the court of first instance in New Zealand ruled that a resident of New Zealand, who had an ownership stake in a controlled foreign company in China, could claim the spared tax granted to the controlled company based on Chinese law on tax relief, as a tax credit against the New Zealand tax determined in accordance with the national CFC law, in accordance with Article 23 para 3 of the 1986 tax treaty between New Zealand and China.⁴⁰ The Court of Appeal, however, took the position that in the case of CFC measures this is a matter of *economic* double taxation (two legally different entities, i.e. the controlled foreign company and the resident shareholder, taxed in two states with a tax on the same income), and that Article 23 of the tax treaty applies to the elimination of double *juridical* taxation. The provision of Article 23 para. 2, point (a) of the tax treaty stipulates that the Chinese tax paid on income that the New Zealand resident derived from a source in China can be allowed as a credit against the tax that is to be paid in New Zealand in respect of that income. Adhering to the linguistic interpretation of Article 23 of the tax treaty, the Court of Appeal stated that "tax spared in China" is not "Chinese tax paid" by the New Zealand resident.

⁴⁰ https://research.ibfd.org/#/doc?url=/data/treaty/docs/html/tt_cn-nz_01_eng_1986_tt_td2.html%23tt_cn-nz_01_eng_1986_tt_td2_a23 (last visited 19 March, 2022).

The New Zealand resident (Mrs. Lin) did not “derive” the income of the controlled foreign company in China, therefore “the tax paid or spared to the CFC was not payable, paid by or spared to Mrs. Lin. The tax imposed on two different persons is ‘in respect of’ two different income streams”.⁴¹

Let us take a look at what the effects of the tax sparing credit would be if the income inclusion rule is applied. For example, Article 24 para. 3 of the 1998 tax treaty between Serbia and Bulgaria stipulates that for the purpose of allowance as a credit in one contracting state the tax paid in the other contracting state shall be deemed to include the tax which is otherwise payable in that other state but has been reduced or waived by that state under its legal provisions for tax incentives. If Serbia were to offer tax exemption to the Company A founded by an investor – a Bulgarian resident, who invested capital in excess of RSD 1 billion (approx. EUR 8.5 million) and employed no fewer than 100 new workers for an indefinite period of time – then Bulgaria would be required to recognize for this investor as tax credit the tax that would have been paid in Serbia on the business profit had there been no tax exemption. However, the effective tax rate on that investment is 0%, therefore if Bulgaria introduces the GloBE rule on income inclusion, its top-up tax of 15% would ensue. If we accept the position that the provisions from the 2017 OECD Model Tax Convention commentary cannot apply to the interpretation of the 1998 treaty, there will be incompatibilities between the stipulations of the tax treaty on tax sparing credit and the stipulations of the Bulgarian national law on income inclusion. The aim of the former norm is to support tax incentives, and, due to the suppression of tax competition, the aim of the latter is to indirectly prevent the effective tax rate in the source country from being lower than 15%. Only in the case where the formulation of the tax credit provision from para. 1 of the article of the tax treaty, which corresponds to Article 23B of OECD Model Tax Convention (Art. 24), were to be as in the 2017 version – which is not the case at the moment – the incompatibility would be avoided because Bulgaria would not be required to implement the tax sparing credit clause, since the provisions of the national law on income inclusion tax the income of the constituent entity, i.e. a different taxpayer, controlled by the ultimate parent company, and in that case Article 23B para. 1 from 2017 does not require the second state to provide relief for the tax paid in the first country, not even for taxes that have not been paid, as stipulated by the tax sparing credit clause. This is

⁴¹ Court of Appeal of New Zealand, CA 308/2017 [2018] NZCA 38 (*Commissioner of Inland Revenue v. Patty Tzu Chou Lin*). <https://forms.justice.govt.nz/search/Documents/pdf/jdo/3b/alfresco/service/api/node/content/workspace/SpacesStore/ae028be3-23bc-462a-a35f-9e82eedcb0f5/ae028be3-23bc-462a-a35f-9e82eedcb0f5.pdf> (last visited 19 March, 2022).

because it is not the ultimate parent company (a resident of Bulgaria), but rather the constituent entity that is subject to taxation in the source country (Serbia).

The analysis has shown that only one of the Serbia's 29 tax treaties that include a tax sparing credit clause (the 2020 treaty with Hong Kong) contains the stipulation on tax credit with limitation introduced in Article 23 para. 1 of the 2017 version of the OECD Model Tax Convention. It is not present in any of the other tax treaties that Serbia has concluded since 2017 (with San Marino, Israel, Japan, and Singapore) and which, as previously pointed out, do not contain the tax sparing clause. The limitation contained in Article 23 para. 1 of the tax treaty between Serbia and Hong Kong is nonreciprocal because in the negotiations leading up to the conclusion of the treaty only Hong Kong had an interest in protecting its local CFC legislation, since Serbia has none.

The actual effect of the income inclusion rule on the tax sparing credit clause depends on whether the state applies the *worldwide foreign tax credit blending rule*⁴² or whether it relies on the *jurisdictional/entity blending approach*.⁴³ In the former case, it may happen that the income that is taxed according to an effective rate that is lower than the stipulated minimal rate (15%) is not subject to the top-up tax because the "excess" credit generated in the country where taxes are higher than in the residence country of the parent entity will "fill the valley" created by the difference between 15% and the lower effective tax rate that applies to the constituent entity. In the latter case, which is applied more often, there will be no such effect – the top-up tax is applied and a conflict arises between domestic law and the tax treaty in the part that contains the tax sparing clause.

The relationship between the two sets of rules can therefore manifest itself in three forms.

In the first situation the tax sparing credit is not recognised and only the tax that the constituent entity had actually paid can be deducted. An incompatibility arises in such circumstances.

⁴² This is a mechanism with which the taxpayer can average out the income and taxes paid in all the foreign jurisdictions, which leads to the situation where multinational enterprise operating in jurisdiction with high taxes (higher than in the residence country) may have a position with excess credit, eliminating the residual income tax achieved in jurisdictions with low taxes.

⁴³ This is a mechanism where the tax credit is determined only for the situation of the taxpayer in the given tax jurisdiction, without the possibility of the "excess" credit achieved in a country with higher tax rates than in its residence country being used at the expense of a small or non-existent tax credit from countries with low taxes.

In the second situation, if the worldwide foreign tax credit blending rule is applied (this is rarely the practice), income subject to the effective tax rate lower than 15% due to a tax relief may not accrue a top-up tax so there would be no incompatibility.

In the third situation, if the tax sparing credit were to be taken into account when calculating the credit applied for the purpose of determining the minimal paid tax – and that is not foreseen in the Pillar Two Model Rules – there would be no conflict between the income inclusion rules and the tax sparing clause (Andrade 2020, 25).

We can conclude that from the legal standpoint, the tax sparing credit clause is not compatible with the GloBE rules. The application of income inclusion without limitation would annul the provisions of the tax treaties that contain such a clause. This is why carve-out is recommended in literature, which GloBE rules should provide for in cases where tax treaties include tax sparing credit provisions. Pistone *et al.* (2020, 17, 20) are in principle against the application of a carve-out because it violates the neutrality and renders the tax system more complex.⁴⁴ However, they also believe that an exception should be made in the case of tax sparing credit, considering that “carve-outs may be the only way to prevent the GloBE from triggering a treaty override vis-à-vis treaties containing clauses relating to tax sparing and tax exemption backed up by anti-abuse provisions” (Pistone *et al.* 2020, 18). The impression is that they actually propose a special carve-out for the case of tax sparing credit, which would prevent the tax relief provided in the form of a tax sparing clause in the developing country – which has not economically developed in the meantime (Pistone *et al.* 2020, 20 fn. 82) – from being lost by disregarding that clause.⁴⁵

The Pillar Two Model Rules contain, however, a general carve-out – the substance-based carve-out based on payroll costs and based on the carrying value of tangible assets.⁴⁶ It is also designed as a type of “relief” for developing countries whose policy of providing tax incentives for foreign investments, along with tax sparing credit, could fail if the parent company’s residence country applies the top-up tax from the income inclusion rules, and the tax

⁴⁴ In the opinion of these authors, the rare exceptions where carve-out should be permitted are tax incentives for investments by mining companies in countries with low income (provided that environmental protection standards are met) and for R&D activities that facilitate technology transfer.

⁴⁵ At the time of the submission of this paper, the documentation prepared by the Inclusive Framework on BEPS, under the auspices of the OECD, does not include a solution in the form of a special carve-out in the case of tax sparing credit.

⁴⁶ See *supra*, section 5.1.

Table 4. Impact of substance-based carve-out on top-up tax

Example 1a: Constituent entity A	GloBE income	Statutory tax rate	Effective tax rate	Top-up tax		Final top-up tax
				rate	Without substance-based carve-out	
	1.000	25%	0%	15%		150
Example 1b: Constituent entity B	GloBE income	Statutory tax rate	Effective tax rate	Top-up tax		Final top-up tax
				rate	Without substance-based carve-out	
	1.000	25%	10%	5%		50
Example 2a: Constituent entity A	GloBE income	Statutory tax rate	Effective tax rate	Top-up tax		Final top-up tax
				rate	Profit in excess of carve-out	
	1.000	25%	0%	15%	770	115,50
Payroll costs A	Carve-out based on payroll (10%)	Statutory tax rate	Effective tax rate	Top-up tax		Total carve-out
				rate	Carve-out based on carrying value of tangible assets (8%)	
	1.500	150	1.000	80	230	230
Example 2b: Constituent entity B	GloBE income	Statutory tax rate	Effective tax rate	Top-up tax		Final top-up tax
				rate	Profit in excess of carve-out	
	1.000	25%	10%	5%	770	38,50

Payroll costs B	Carve-out based on payroll (10%)		Carrying value of tangible assets B		Carve-out based on carrying value of tangible assets (8%)		Total carve-out
	1.500	150	1.000	80	230		
Example 2c: Constituent entity C	GloBE income	Statutory tax rate	Effective tax rate	Top-up tax rate	Total carve-out	Profit in excess of carve-out	Final top-up tax
		25%	0%	15%			
	1.000	Carve-out based on payroll (10%)	Carrying value of tangible assets C	Carve-out based on carrying value of tangible assets (8%)	820	180	27
Payroll costs C	500		4.000		320		Total carve-out
5.000	500		4.000		320		820
Example 3: Constituent entity D	GloBE income	Statutory tax rate	Effective tax rate	Top-up tax rate	Total carve-out	Profit in excess of carve-out	Final top-up tax
		25%	0%	15%			
	1.000	Carve-out based on payroll (10%)	Carrying value of tangible assets D	Carve-out based on carrying value of tangible assets (8%)	1.000	0	0
Payroll costs D	680		4.000		320		Total carve-out
6.800	680		4.000		320		1.000

sparing is not classified as “included taxes” (and it is not) when calculating the effective tax rate of the constituent entity. The proposed substance-based carve-out based on payroll costs (initially 10%) and based on the carrying value of tangible assets (initially 8%) will somewhat mitigate the negative effects in the domain of tax incentives, but it will not eliminate them. Let us take a look at Table 4.

Example 1 demonstrates that in the case where there is no substance-based carve-out the extent of the top-up tax depends on the top-up tax rate, which is equal to the (positive) difference between the minimal tax rate of 15% and the effective tax rate of the constituent entity. In variant 1a, when the constituent entity is provided a tax exemption in the country where the statutory tax rate is 25%, it is shown that the effective tax rate is 0% and that the top-up tax is 150 (15% of 1,000). If the relief is lesser, and the effective rate is 10% (variant 1b), the top-up tax in the parent company’s residence country will be lower, as expected, at 50 (5% of 1,000).

Example 2 illustrates the effect of carve-out. In variants 2a and 2c, when tax exemption was provided and the top-up rate was 15%, we conclude that the greater the total substance-based carve-out (i.e. if the payroll costs and carrying value of the tangible assets of the constituent entity are greater), the lower the final top-up tax in the parent company’s residence country (115.50, as opposed to 27). Example 2b, compared to Example 2a, shows that with the same total carve-out the final top-up tax will be lower if the relief provided to the constituent entity is lower (38.50, as opposed to 115.50), which confirms the finding from Example 1.

Finally, from Example 3 we can deduce that such a “substance-based presence” in the constituent entity, which would lead to the carve-out equal to the GloBE income (1,000), would annul the top-up tax in the parent company’s residence country. Then the tax sparing credit could continue to fulfil its role, because the substance-based carve-out, whose application would prevent the parent company’s residence country from introducing a top-up tax based on its national law, would not derogate the norm of the tax treaty. It can be concluded that new non-neutrality would be incorporated in tax incentive law: the payroll costs and the carrying value of the tangible assets, and the recognised carve-out percentage (which should gradually decrease during the first ten years of the implementation of Pillar Two Model Rules) will determine how effective the tax sparing credit will be.

If a developing country were to agree to accept lower rates of withholding taxes during the negotiations on the treaty for the avoidance of double taxation (as compensation for the tax sparing credit clause), and the application of the income inclusion rule were to degrade its tax incentives policy to a great

extent and the top-up tax plays the same role that was previously (without the existence of the tax sparing clause) performed by tax credit as a method that the residence country applied in order to avoid double taxation (for tax sparing not to be a tax incentive but rather the revenue of the investor's residence country) – then it should reassess its further participation in such a tax treaty (Sharma 2022, 7). The question remains whether the other contracting country will accept to negotiate new solutions, and some other issues are also raised – primarily those arising from the bilateral investment treaty (Kostić, Jovanović, Ilić-Popov 2017, 483–504).

6. CONCLUSION

Regardless of whether the criticism is “mild” or “increased”, whether it primarily targets the institute of international tax treaty law or its “object of protection”, i.e. tax incentives, the tax sparing credit has demonstrated unexpected resilience. Coming under attack even before it had been first implemented in practice and ostracised in the policies of the leading OECD member state, the tax sparing credit has managed to survive for already 63 years. At the end of the 20th century it enjoyed significant support among many developed countries that believed they had the obligation to also use this method to support the efforts of developing countries to escape backwardness by attracting foreign direct investments through tax incentives. What followed was a period of reassessment – of the effectiveness of tax incentives in general, of the need to support such measures, and of the risks of abuse that lead to tax avoidance – and the number of tax treaties contracted between OECD members and developing countries that include a tax sparing clause has decreased in the 21st century. Emerging economies and many developing countries, including Serbia, have opted for tax sparing and continued to include the appropriate provisions in newer tax treaties, whenever the other party was willing to accept them – most often in reciprocal relations. We can conclude that the tax sparing credit has been transformed from a measure that manifests the fiscal “sacrifice” of the developed country benefitting the developing country (albeit, compensated by lower withholding tax rates and stricter permanent establishment rules) into a measure that confirms the fiscal sovereignty of the state exercising its right to tax, related to tax incentives, regardless of the level of development of the contracting states.

Even though an economic analysis of the effects on economic development of foreign direct investments in general, and tax treaties in particular, would be demanding, and certainly is beyond the scope of this paper, research has

shown that there is no firm link between the tax sparing credit clause and the country of origin of the most significant investors in Serbia. Even the high ranking of the Netherlands (with which Serbia has a tax treaty that includes a tax sparing clause) is more likely to be explained by its tax law system, favouring holding structures (owing to affiliation privilege) and broad network of tax treaties, which in the pre-BEPS world stimulated the founding of conduit companies, more so than the attraction of the clause itself. Had the tax sparing credit played a dominant role in the adoption of investment decisions, some other countries – with which it had been contracted – would have been closer to the top of the list of countries of origin of foreign direct investments. The literature gives the example of the increase in German investments in Brazil after the 1975 tax treaty between the two countries, which included a matching credit clause, ended in 2005 (Schoueri 2013, 115). Of course, it would be wrong to conclude that this tax treaty represented an impediment to German investments. Namely, the economic prosperity in 2006 and 2007 and increased activity in the large Brazilian market played a decisive role, therefore even the loss of the matching credit, i.e. termination of the treaty for the avoidance of double taxation, could not stop the expansion of German investment in Brazil. Barthel, Busse, and Neumayer (2010, 366–377) determined that there is a positive relationship between the tax treaty and foreign investments in the source country, but also asserted that a slightly different formulation of the econometric model and reliance on bilateral, as opposed to aggregate data on foreign direct investments, does not yield the same result. Speaking of relationship between the tax sparing credit and foreign investments, there is a study that shows that the tax sparing credit clauses are associated with a 97% higher stock of bilateral foreign direct investments (Azémar, Dharmapala 2019a, 5). The estimated effect is concentrated in the year after the treaty (containing such a clause) comes into effect, and was non-existent in prior years (Azémar, Dharmapala 2019b). However, whatever the results of the empirical studies and regardless of how much the OECD Committee on Fiscal Affairs distanced itself, there are states that still believe in the role of tax sparing credit, and treaties that include this clause are estimated to account for around 15% of all tax treaties currently in effect worldwide. For such countries this provision is not only a factor that helps stimulate foreign direct investments, but also confirmation of their fiscal sovereignty from the standpoint of tax incentive policy. It should be noted that despite the commitment to the tax sparing credit (which is confirmed by the presence of a tax sparing clause in 46% of all tax treaties), tax law circles in Serbia do not insist on its significance in the domain of fiscal sovereignty, stressing only the role as an incentive (Dabetić 2008, 185, 188; Popović 2021, 285–286). The reason for this is that Serbia had signed a Stabilisation and

Association Agreement with the European Communities and their member states,⁴⁷ even before gaining the status of candidate for membership in the European Union, and it has been in force since 1 September 2013. Article 100 para. 3 of this Agreement stipulates that Serbia will complete the network of bilateral tax agreements with the member states, along the lines of the latest update of the OECD Model Tax Convention on Income and on Capital, to the extent that the requesting member state subscribes to it. Since the newer versions of the OECD Model Tax Convention and its commentary do not support tax sparing credit (even though it has not been completely abandoned), the South American authors were apparently given a free hand to develop and defend the thesis of the protection of fiscal sovereignty, while back in 2005, without excessive vocalisation, Serbia had chosen to express the position on Art. 23 of the OECD Model Tax Convention that it maintains its right to include tax sparing credit provisions in its tax treaties, provided that the other contracting state consents.

The prolonged existence of the tax sparing clause will be seriously jeopardised by the BEPS 2.0 initiative – the measure that aims for a group of qualified multinational companies to pay at least a minimal tax on corporate profit based on the rule on income inclusion, that is reminiscent of the Serbian folk poem “What was passed up by the child Grujica (the residence country of the constituent entity), was snatched up by Old man (Starina) Novak (the residence country of the parent company)”. Based on our analysis, we can conclude that the national law norm on income inclusion is not compatible with the tax sparing credit clause, and that the foundations for the legitimisation of the supremacy of national law over international treaties were laid much earlier, in the justification of the application of domestic CFC rules. The conducted study showed that the efforts to explain in the commentary that it is in fact permitted to tax the profit of the other contracting state’s resident (provided there was no permanent establishment) was insufficiently persuasive, therefore a new formulation of the tax credit clause from Article 23B para. 1 was incorporated in the 2017 version of the OECD Model Tax Convention. In future tax treaties, which will adopt this formulation, the first named contracting state shall be required to provide that the tax credit not apply to situations when the provisions of the tax treaty permit taxation in the second contracting state solely because the income of the resident of the first named state is also the income achieved by the resident of the second state. Since the provisions of the national CFC legislation (or future income inclusion rules) tax the income of the controlled

⁴⁷ *Official Gazette of the RS* 83/2008; *Official Gazette of the RS – International Treaties* 12/2014 and 1/2022.

foreign company (or constituent entity), i.e. a different taxpayer, at the level of the shareholder (or the ultimate parent company), Article 23B para. 1 in the version from 2017, does not require a state to provide tax benefits for taxes paid in a different state, including for taxes that have not been paid, as referred to in the tax sparing credit clause. However, since Serbia has not opted for this new formulation of the tax credit in any of its tax treaties to date, the incompatibility of numerous tax sparing credit provisions and the GloBE rules will remain an open question when the implementation of the Pillar Two measures goes into effect. A circuitous solution, contained in the OECD Model Tax Rules in the form of a substance-based carve-out based on payroll costs and the carrying value of the tangible assets, will create administrative difficulties and pave the way for the calibration of the value of these two parameters, with the aim of annulling the difference between the minimal tax rate of 15% and the effective tax rate of the constituent entity enjoying tax incentives. If this is successful, the payment of a top-up tax in the parent company's residence country would be avoided and this would preserve the tax sparing credit from the tax treaty. However, in that case there would be a new form of circumventing the law, which could create new challenges for tax authorities.

REFERENCES

- [1] Andrade, Betty. 7/2020. A Look at Tax Sparing Clauses in the 21st Century as Tools for the Implementation of Tax Incentives from the Perspective of Developing Countries. *International Tax Studies* 3: 1–26.
- [2] Andrade Rodríguez, Betty, Luis Nouel. 2021. Interaction of Pillar Two with Tax Treaties. 235–263 in *Global Minimum Taxation? An Analysis of the Global Anti-Base Erosion Initiative*, edited by Andreas Perdelwitz and Alessandro Turina. Amsterdam: IBFD.
- [3] Avi-Yonah, Reuven S. 2019. If Not Now, When? US Tax Treaties with Latin America after TCJA. *University of Michigan Public Law and Legal Theory Research Paper Series: Research Paper No. 641*.
- [4] Azémar, Céline, Dhammika Dharmapala. 2019a. Tax Sparing Agreements, Territorial Tax Reforms, and Foreign Direct Investment. *Journal of Public Economics* 169: 89–108. <http://eprints.gla.ac.uk/177270/> (last visited 4 March, 2022).

- [5] Azémar, Céline, Dhammika Dharmapala. 2019b. Tax Sparing Agreements and Foreign Direct Investment in Developing Countries. 8 August. <https://www.austaxpolicy.com/tax-sparing-agreements-and-foreign-direct-investment-in-developing-countries/> (last visited 28 March, 2022).
- [6] Barker, William B. 2/2007. An International Tax System for Emerging Economies, Tax Sparing and Development: It is All About Source. *University of Pennsylvania Journal of International Law* 29: 349–389.
- [7] Barreto, Arhayliz Marian Travieso. 8/2021. Tax Sparing y Matching Credit: ¿Medidas para incentivar Inversiones Extranjeras o para fomentar la Doble no Tributación. *Revista Direito Tributário Internacional Atual*: 59–76.
- [8] Barthel, Fabian, Matthias Busse, Eric Neumayer. 3/2010. The Impact of Double Taxation Treaties on Foreign Direct Investment: Evidence from Large Dyadic Panel Data. *Contemporary Economic Policy* 28: 366–377.
- [9] Brooks, Kimberley. 2/2009. Tax Sparing: A Needed Incentive for Foreign Investment in Low-Income Countries or an Unnecessary Revenue Sacrifice. *Queen's Law Journal* 34: 505–564.
- [10] Canè, Daniele. 4/2017. Controlled Foreign Corporations as Fiscally Transparent Entities. The Application of CFC Rules in Tax Treaties. *World Tax Journal* 9: 521–563.
- [11] Chand, Vikram, Alessandro Turina, Kinga Romanovska. 2021. Tax Treaty Obstacles in Implementing the Pillar Two Global Minimum Tax Rules and a Possible Solution for Eliminating the Various Challenges. Working paper https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3967198 (last visited 11 March, 2022).
- [12] Dabetić, Dejan. 2008. *Republika Srbija i izbegavanje dvostrukog oporezivanja*. Beograd: Računovodstvo d. o. o.
- [13] De Wilde, Maarten, Why Pillar Two Top-Up Taxation Requires Tax Treaty Modification. <http://kluwertaxblog.com/2022/01/12/why-pillar-two-top-up-taxation-requires-tax-treaty-modification/> (last visited 17 March, 2022).
- [14] Ferreira, Vanessa Arruda. 2021. Corporate Taxation – Brazil. sec. 10.4. *Country Tax Guides*. Amsterdam: IBFD.
- [15] Great Britain. Royal Commission on the Taxation of Profits and Income. 1953. *First Report of the Royal Commission on the Taxation of Profits and Income*. Cmd. 8761, H.M.S.O. London.

- [16] Holland, David, Richard J. Vann. 1998. Income Tax Incentives for Investment. Chapter 23. *Tax Law Design and Drafting*, edited by Victor Thuronyi. Washington D. C.: International Monetary Fund.
- [17] International Centre for Tax and Development. 2021. The Tax Treaties Explorer. <https://www.ictd.ac/dataset/tax-treaties-explorer/> (last visited 20 March, 2022).
- [18] Kostić, Svetislav V., Marko Jovanović, Gordana Ilić-Popov. 2017. Serbia. 483–504 in *The Impact of Bilateral Investment Treaties on Taxation*, edited by Michael Lang, Jeffrey Owens, Pasquale Pistone, Alexander Rust, Josef Schuch, and Claus Staringer. Amsterdam: IBFD.
- [19] Lang, Michael. 2/2003. CFC Regulations and Double Taxation Treaties. *Bulletin for International Fiscal Documentation* 57: 51–58.
- [20] Li, Na. 8–9/2017. Tax Sparing: Use It, But Not as a Foreign Aid Tool. *Intertax* 45: 546–555.
- [21] Marchgraber, Christoph. 5/2014. The Avoidance of Double Non-taxation in Double Tax Treaty Law: A Critical Analysis of the Subject-To-Tax Clause Recommended by the European Commission. *EC Tax Review* 23: 293–302.
- [22] Martín Jiménez, Adolfo J. 1/2004. The 2003 Revision of the OECD Commentaries on the Improper Use of Tax Treaties: A Case for the Declining Effect of the OECD Commentaries. *Bulletin for International Fiscal Documentation* 58: 17–30.
- [23] McGauran, Katrin. 2013. *Should the Netherlands Sign Tax Treaties with Developing Countries*. Amsterdam: SOMO.
- [24] Navarro, Aitor. 1/2021. Jurisdiction Not to Tax, Tax Sparing Clauses, and the OECD Minimum Taxation (GloBE) Proposal. *Nordic Tax Journal*: 6–19.
- [25] Nilsen, Kristian Reinert Haugland. 2013. *The Concept of Tax Sparing*. Oslo: University of Oslo.
- [26] OECD. 1992. *Model Tax Convention on Income and on Capital*. Paris: OECD publishing.
- [27] OECD. 1998. *Tax Sparing. A Reconsideration*. Paris: OECD publishing.
- [28] OECD. 2000. *Model Tax Convention on Income and on Capital*. Paris: OECD publishing.
- [29] OECD. 2003. *Model Tax Convention on Income and on Capital*. Paris: OECD publishing.

- [30] OECD. 2015. *Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting. Action 13. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. Paris: OECD.
- [31] OECD. 2017a. *Model Tax Convention on Income and on Capital*. Paris: OECD publishing.
- [32] OECD. 2017b. Tax treaties: update to OECD Model Tax Convention released. <https://www.oecd.org/ctp/treaties/tax-treaties-2017-update-to-oecd-model-tax-convention-released.htm> (last visited 13 March, 2022).
- [33] OECD. 2020. Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar Two Blueprint. <https://www.oecd.org/tax/beps/tax-challenges-arising-from-digitalisation-report-on-pillar-two-blueprint-abb4c3d1-en.htm> (last visited 12 March, 2022).
- [34] OECD. 2021a. International community strikes a ground-breaking tax deal for the digital age. <https://www.oecd.org/tax/international-community-strikes-a-ground-breaking-tax-deal-for-the-digital-age.htm> (last visited 19 March, 2022).
- [35] OECD. 2021b. Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. <https://www.oecd.org/tax/beps/statement-on-a-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-october-2021.htm> (last visited 13 March, 2022).
- [36] OECD. 2021c. Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two). <https://www.oecd.org/tax/beps/tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-global-anti-base-erosion-model-rules-pillar-two.htm> (last visited 12 March, 2022).
- [37] Pepper, H.W.T. *et al.* 3/1972. Tax Relief Provisions between Developed and Developing Countries. *European Taxation* 12: 3–25.
- [38] Pistone, Pasquale, João Félix Pinto Nogueira, Betty Andrade Rodríguez, Alessandro Turina. 2/2020. The OECD Public Consultation Document “Global Anti-Base Erosion (GloBE) Proposal – Pillar Two”: An Assessment. *Bulletin for International Taxation* 74: 62–75.
- [39] Popović, Dejan. 2021. *Poresko pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

- [40] Popović, Dejan, Gordana Ilić-Popov. 2/2019. (Ne)ustavnost odredbe o tekstu glavnog cilja transakcije ili aranžmana iz poreskih ugovora. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 67: 7–34.
- [41] Prest, A. R. 92/1956. The Royal Commission on the Taxation of Profits and Income. *Economica* 23: 366–374.
- [42] Schoueri, Luís Eduardo. 2013. Tax Sparing: A Reconsideration of the Reconsideration. 106–124 in *Tax, Law and Development*, edited by Yariv Brauner and Miranda Stewart. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Ltd.
- [43] Sharma, Kuldeep. 22/2022. Global Minimum Corporate Tax: Interaction of Income Inclusion Rule with Controlled Foreign Corporation and Tax-sparing Provisions. *Tax Cooperation Policy Brief*: 1–8.
- [44] Surrey, Stanley. 1957. Statement. Hearings Before the Committee on Foreign Relations, United States Senate. Double Taxation Convention with Pakistan, 85th Congress, 1st Session. Washington D. C.: U. S. Government Printing Office.
- [45] Tavares, João Marcos Gertrudes, Renata Freitas Crispim. Cláusulas de matching credit e tax sparing em acordos internacionais contra a bitributação da renda. <https://jus.com.br/artigos/56694/clausulas-de-matching-credit-e-tax-sparing-em-acordos-internacionais-contra-a-bitributacao-da-renda> (last visited 17 February, 2022).
- [46] Wijnen, Wim, Jan J. P. de Goede. 3/2014. The UN Model in Practice 1997–2013. *Bulletin for International Taxation* 68: 118–146.

Article history:

Received: 29. 4. 2022.

Accepted: 27. 6. 2022.

УДК 366.542

CERIF: S 130, S 155

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_22302A

Emilia MIŠĆENIĆ, Dr. iur. (KFU Graz), LL.M. (Saarland)*

THE CONSTANT CHANGE OF EU CONSUMER LAW: THE REAL DEAL OR JUST AN ILLUSION?

EU consumer law is in a process of constant change. Over the past several decades EU consumer law has gone through many changes, reaffirming the statement by Greek philosopher Heraclitus: the only constant is change (Panta Rhei). This paper emphasizes the transformative nature of EU consumer law and its constant changes. Firstly, the paper addresses the changes in legal grounds and competences, as the roots of EU consumer law. Secondly, it presents the changes of the levels of harmonization and their impact on EU consumer directives and the national laws of the Member States. It continues by observing the impact of the CJEU's uniform and autonomous interpretation on the national case law of the Member States and consumer law enforcement. In conclusion, the paper accentuates the role of the transparency requirements and information duties in online 'business-to-consumer' (B2C) transactions as fundamental aspects affecting the future of EU consumer law.

Key words: *EU consumer law. – Harmonization. – CJEU. – Consumer protection. – Change.*

* Associate Professor, Department of European and Private International Law, University of Rijeka, Faculty of Law, Croatia, emilia.miscenic@pravri.uniri.hr.

1. INTRODUCTION

EU consumer law is in the process of constant change. Over the past few decades EU consumer law has gone through many changes, reaffirming the statement by the Greek philosopher Heraclitus that the only constant is change (*Panta Rhei*): from changes in the level of harmonization of EU consumer directives, changes affecting the legal grounds for adoption of these approximation measures, to changes in the CJEU's case-law interpretation. The development of EU consumer law and policy has experienced various phases, which prove that the change is constant,¹ which leads to another key aspect of EU consumer law related to its implementation and enforcement in legal orders of the Member States. It is here that the important changes are taking place. The goal of EU consumer law measures is to harmonize the Member States' legal rules to the benefit of both internal market and consumer protection. So far, this has been only partially achieved and the Union is still searching for the right solution. The constant changes that are occurring at the EU level occasionally have adverse effects on the legal orders of the Member States, causing legal fragmentation, enforcement issues and legal uncertainty in B2C (business-to-consumer) relationships.

Over the years, the effects of the changes in EU consumer law have had various forms: different legal solutions caused by the minimum harmonization, different definitions of important concepts (such as trader and consumer), different withdrawal periods in different Member States, and a variety of other issues related to consumer law enforcement (Schulte-Nölke, Twigg-Flesner, Ebers 2008). There have been many attempts to improve EU consumer law, through the introduction of maximum and full (targeted) harmonization, as well as through various initiatives and programmes, such as the Review of the Consumer Acquis,² DCFR (Bar, Clive, Schulte-Nölke 2009), REFIT, Fitness Check, the New Deal for Consumers, and the New Consumer Agenda.³ During the process of writing this paper,

¹ The legal scholarship addresses different aspects of change and transformation in EU consumer law. See Micklitz, Twigg-Flesner (forthcoming); Howells, Twigg-Flesner, Wilhelmsson (2018); Stuyck (2013, 385–402).

² Commission Green Paper on Review of the Consumer Acquis of 8 February 2007, COM (2006) 744 final.

³ European Commission, Evaluating and improving existing laws, REFIT; European Commission, Results of the Fitness Check of consumer and marketing law and of the evaluation of the Consumer Rights Directive; European Commission, A New Deal for Consumers: Commission strengthens EU consumer rights and enforcement; European Commission, Consumer policy – the EU's new 'consumer agenda'.

the European Commission launched yet another important initiative, titled 'Digital fairness – fitness check on EU consumer law', questioning three key consumer directives on unfair contract terms, consumer rights and unfair commercial practices.⁴ All of these initiatives intended or intend to offer better legislative solutions and introduce more effective enforcement of consumer law across the Union.

Rather than focusing on in-depth analysis of certain specific issue or concept of EU consumer law, this paper emphasizes the transformative nature of EU consumer law and its constant changes. EU consumer law is observed as it is, but from a different angle, and an overview of the process of changes that started long ago is provided. In order to do so, the paper follows a logical order of firstly addressing the changes affecting the very roots of EU consumer law, i.e., its legal grounds. Secondly, it presents the changes affecting EU consumer directives that are founded on these legal grounds, and thirdly it observes the changes resulting from directives' transposition into the laws of the Member States. The paper continues with an analysis of the CJEU case law offering uniform and autonomous interpretation of EU consumer law and its impact on national jurisprudence. In conclusion, the paper focuses on the role of the transparency requirements and information duties in online B2C transactions, as key aspects for the future development of the EU consumer law.

2. THE LEGAL GROUNDS OF EU CONSUMER LAW

Initially there was no recognition and only incidental mention of consumer protection in the provisions on agricultural and competition policies of the Treaty of Rome.⁵ Today, consumer protection presents one of the main EU policies. The consumer protection requirements are 'taken into account in defining and implementing other Union policies and activities' (Art. 12 TFEU).⁶ Under Art. 38 of the EU Charter of Fundamental Rights, the Union policies 'ensure a high level of consumer protection'.⁷ However, at the time consumer protection and B2C relationships were not in the sights of EU law,

⁴ European Commission, Digital fairness – fitness check on EU consumer law, 2022.

⁵ Treaty Establishing the European Economic Community, 25 March 1957, not published in OJ.

⁶ Treaty on the Functioning of the European Union (consolidated) [2016] OJ C 202/1.

⁷ Charter of Fundamental Rights of the European Union [2016] OJ C 202/391.

which focused on other barriers to trade (Schmidt-Kessel 2016, 280). In 1975 the consumer protection and fundamental consumer rights were included in the EEC Resolution on a Preliminary Programme for a Consumer Protection and Information Policy⁸ and in 1978 the ECJ (now CJEU) recognized consumer protection as a requirement in the *Cassis de Dijon* case.⁹

The discussion on the legal grounds for the approximation of laws was triggered almost ten years later by the 1985 White Paper on Completing the Internal Market.¹⁰ It resulted in the adoption of Art. 100a TEEC (now Art. 114 TFEU) as the legal grounds for the approximation of Member States laws related to the internal market. This provision, introduced by the Single European Act in 1987,¹¹ required that the Commission in its para. 3 apply a high level of protection in consumer legislative proposals. Once the Maastricht Treaty¹² introduced Art. 129a TEC (now Art. 169 TFEU) on consumer protection, the ‘internal market’ provision remained the main legal grounds for the adoption of the consumer law approximation measures. Article 129a, para. 1(a), TEC referred to ‘measures adopted pursuant to Article 100a in the context of the completion of the internal market’, meaning to the internal market legal grounds (*ex ex* Art. 100a TEEC, *ex* Art. 95 TEC, now Art. 114 TFEU) (Weatherill 2016, 68). This process of development of legal grounds was followed by several other changes. Although the Treaty provisions on the approximation of laws and consumer protection remained mainly unchanged, the Treaty of Amsterdam¹³ introduced the horizontal policy clause in *ex* Art. 153(2) TEC (Stuyck 2000, 379). The Treaty of Lisbon¹⁴

⁸ Council Resolution of 14 April 1975 on a Preliminary Programme of the European Economic Community for a Consumer Protection and Information Policy, OJ C 92/1 listed five fundamental consumer rights: the right to protection of health and safety; the right to protection of economic interests; the right of redress; the right to information and education; and the right of representation (the right to be heard).

⁹ CJEU judgment of 20 February 1979, C-120/78, *Rewe v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, ECLI:EU:C:1979:42.

¹⁰ Completing the Internal Market: White Paper from the Commission to the European Council, Milan, 28–29 June 1985, COM(85) 310, June 1985.

¹¹ Single European Act, OJ L 169, 29 June 1987.

¹² Treaty on European Union, OJ C 191, signed at Maastricht on 7 February 1992, 29 July 1992.

¹³ Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts, OJ C 340, 10 November 1997.

¹⁴ *Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, signed at Lisbon, 13 December 2007, OJ C 306, 17 December 2007.*

transferred the latter to Art. 12 TFEU, while its constitutional dimension was recognized in Art. 38 of the EU Charter of Fundamental Rights (Józson 2021, 319). The ‘internal market’ provision (Art. 114 TFEU) continued to play the most important role in the harmonization of consumer law and was placed before the less used unanimity rule of Art. 115 TFEU. The content of the Treaty provision on consumer protection (*ex ex* Art. 129a TEC; *ex* Art. 153 TEC) was literally transposed into the renumbered Art. 169 TFEU and remained overshadowed by Art. 114 TFEU. As rightly emphasized in Rösler (2009), the amendments introduced in the Treaty of Lisbon were a missed opportunity for the development of EU consumer law (Rösler 2009, 84). Nevertheless, the Treaty of Lisbon clarified the long-debated issue of competence in the area of consumer protection and established that both the internal market and consumer protection belong to competences shared between the EU and the Member States (Art. 4(2) TFEU).

The competence division was not always easy to understand and before the Treaty of Lisbon, the ECJ dealt with the issue in the renowned *Tobacco* cases.¹⁵ In *Tobacco Advertising I* the ECJ clarified that the Union does not have the general competence to regulate the internal market and emphasized that an approximation measure has to ‘genuinely have as its object the improvement of the conditions for the establishment and functioning of the internal market’.¹⁶ Under the so-called Tobacco test, the measures should actually contribute to the elimination of obstacles to fundamental freedoms and to the removal of competition distortions that must be ‘appreciable’.¹⁷ The ECJ also explained that the ‘recourse to Article 100a as a legal basis is possible if the aim is to prevent the emergence of future obstacles to trade resulting from multifarious development of national laws’.¹⁸ However, the emergence of such obstacles must be likely and the measure in question designed to prevent them.¹⁹ The next section of the paper therefore explores whether this is always the case with EU consumer protection directives.

¹⁵ Callies (2001, 311 *et seq.*).

¹⁶ CJEU judgment of 5 October 2000, C-376/98, *Germany v. Parliament and Council*, ECLI:EU:C:2000:544, paras. 83 and 84.

¹⁷ *Germany v. Parliament and Council*, paras. 95, 106, and 107.

¹⁸ *Germany v. Parliament and Council*, para. 86.

¹⁹ For more on the *Tobacco* cases see Delhomme (2017, 1).

3. THE LEVEL OF HARMONIZATION IN EU CONSUMER DIRECTIVES

Whether the consumer law measures are always successfully designed to prevent obstacles to trade and the internal market is a question worth discussing. This issue can be examined *inter alia* against the backdrop of the application of subsidiarity and proportionality principles. These principles underpin the adoption of approximation measures in areas of shared competences, such as the internal market and consumer protection (Miscenic 2016, 144). According to the subsidiarity principle, the Union may act in areas that do not fall under its exclusive competence ‘only if and in so far as the objectives of the proposed action cannot be sufficiently achieved by the Member States’ and can be better achieved at the Union level (Art. 5(3) TEU). The proportionality principle, on the other hand, guarantees that the content and the form of the measure does not exceed ‘what is necessary to achieve the objectives of the Treaties’ (Art. 5(4) TEU). Despite of existing surveillance mechanisms, such as the orange and yellow card parliamentary procedures,²⁰ the realization of principles can be questioned in EU consumer law, in particular with respect to the level of harmonization of the approximation measures. The adoption of EU consumer directives as approximation measures is usually justified in their preambles by accentuating the benefits of the fair market competition, the proper functioning of the internal market, and the high level of consumer protection. For instance, the aim of Directive (EU) 2019/771²¹ on certain aspects concerning contracts for the sale of goods is ‘to strike the right balance between achieving a high level of consumer protection and promoting the competitiveness of enterprises, while ensuring respect for the principle of subsidiarity’.²² This aim cannot be sufficiently achieved by the Member States and therefore the Union adopted the directive, in line with the principles of subsidiarity and proportionality.²³ Recital 70 emphasizes ‘the fact that each Member State individually is not in a position to tackle the existing fragmented legal framework by ensuring

²⁰ Protocol (No. 2) on the application of the principles of subsidiarity and proportionality, OJ C 83/206.

²¹ 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.

²² Directive (EU) 2019/771, recital 2.

²³ Directive (EU) 2019/771, recital 70.

the coherence of its law with the laws of other Member States'. The recital goes on to explain that 'the principal contract law-related obstacles [will be removed] through full harmonisation'.²⁴

Similar reasoning can be found in many other EU directives, such as Directive 2011/83/EU on consumer rights²⁵ or Directive (EU) 2019/770 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services.²⁶ Their preambles focus on the shortcomings of minimum harmonization, which enabled differences and legal fragmentation in the legal orders of the Member States. According to Directive (EU) 2019/771 these differences were caused by the Member States, which went beyond the regulated minimum standard in order to increase the level of consumer protection and 'acted on different elements and to different extents'.²⁷ Disparities between certain legal rules, such as the conformity criteria and legal remedies affect both businesses and consumers and cause legal fragmentation and legal uncertainty in B2C relationships.²⁸ What seems to be neglected in the directives' preambles is the fact that the Union introduced the minimum harmonization standard as a legislative option for the Member States.²⁹ The application of this principle and the results of it can hardly be seen as a 'failure' on the part of the Member States. Most of EU consumer directives adopted prior to 2000 followed the minimum harmonization approach, which resulted in a different set of rules across the Member States. Being aware of negative effects on the internal market and consumer protection, approximately 20 years ago, the EU legislator initiated the shift from the minimum to maximum and full harmonization.³⁰ Moreover, the

²⁴ Directive (EU) 2019/771, recital 70.

²⁵ Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council, OJ L 304, 22 November 2011, 64–88.

²⁶ 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.

²⁷ Directive (EU) 2019/771, recital 6.

²⁸ Directive (EU) 2019/771, recitals 6 and 7.

²⁹ The minimum harmonization formed part of the 'new strategy' proposed in the Completing the Internal Market: White Paper from the Commission to the European Council, Milan, 28–29 June 1985, COM(85) 310.

³⁰ This shift was first announced in the Communication from the Commission of 7 May 2002 – 'Consumer Policy Strategy 2000–2006', COM (2002)208 final. See Basedow (2021, 112); Weatherill (2012, 175); Reich (2010, 7–39); Wilhelmsson (2008, 225 *et seq.*).

EU legislation in force does not seem to offer much improvement either. According to the provisions of Directive (EU) 2019/771, full harmonization should guarantee a high level of consumer protection.³¹ However, under Directive (EU) 2019/771 the Member States may offer consumers to choose specific remedies under certain circumstances in cases of non-conformity (recital 19), regulate differently sellers' information obligations (recital 20), extend *ratione persone* to persons not covered by the definition of the consumer under the directive (recital 21), etc.³² Consequently, the Member States remain free to regulate 'differently' various legal aspects at the national level, thus enabling further discrepancies in the regulation, enforcement and the level of consumer protection.³³

The changes of the level of harmonization can be observed in many EU consumer directives. The repealed minimum harmonization Directive 87/102/EEC on consumer credit³⁴ was transformed into full (targeted) harmonization Directive 2008/48/EC on credit agreements for consumers.³⁵ Directive 2014/17/EU on credit agreements for consumers relating to residential immovable property³⁶ combines both minimum and several maximum harmonization provisions.³⁷ The same happened to repealed minimum harmonization Directives 97/7/EC and 85/577/EEC,³⁸ which

³¹ Directive (EU) 2019/771, recital 10.

³² See Franceschi, Schulze (2022); Morais Carvalho (2019, 194–201).

³³ Similar concerns are expressed in Milà Rafel (2016, 50–63).

³⁴ Council Directive 87/102/EEC of 22 December 1986 for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning consumer credit, OJ L 42, 12 February 1987, 48–53, Art. 15.

³⁵ Directive 2008/48/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 on credit agreements for consumers and repealing Council Directive 87/102/EEC, OJ L 133, 22 May 2008, 66–92, Art. 22(1).

³⁶ Directive 2014/17/EU of the European Parliament and of the Council of 4 February 2014 on credit agreements for consumers relating to residential immovable property and amending Directives 2008/48/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No 1093/2010 (Text with EEA relevance), OJ L 60, 28 February 2014, 34–85, Art. 2.

³⁷ Under Art. 2(1) of Directive 2014/17/EU the Member States are allowed to maintain or introduce more stringent provisions in order to protect consumers, while under Art. 2(2) they are not permitted to maintain or introduce into their national law provisions diverging from those laid down in articles on standard pre-contractual information in the European Standardised Information Sheet (ESIS) and articles concerning the calculation of the annual percentage rate of charge (APRC). See Miscenic (2014, 219 *et seq.*).

³⁸ Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts, OJ L 144, 4 June 1997, 19–27, Art. 14; Council Directive 85/577/EEC of 20 December 1985

were replaced by the full (targeted) harmonization Directive 2011/83/EU on consumer rights.³⁹ The minimum harmonization Directive 94/47/EC on timeshare contracts⁴⁰ was transformed into full harmonization Directive 2008/122/EC on timeshare, long-term holiday product, resale and exchange contracts.⁴¹ As acknowledged in various studies, green papers and proposals of measures, changing the level of harmonization is a direct consequence of the shortcomings of minimum harmonization.⁴² The latter caused differences between the main consumer protection instruments and definitions across the Member States, which prescribed different withdrawal periods for the same type of consumer contracts; subsumed different persons under the definition of the consumer, or applied harmonized national laws to different types of consumer contracts.⁴³ The inconsistent use of legal terminology describing the same person or a right with a different legal term or expression was another bonus to issues caused by the minimum harmonization standard. For instance, Directive 85/577/EEC used the legal terms ‘right of cancellation’ and ‘right of renunciation’, while Directive 94/47/EC used the ‘right to withdraw’ and the ‘right of cancellation’ as synonyms (Šarčević, Čikara 2009, 204–206; Mišćenić 2016a, 99). Consequently, the ‘minimum level of protection’ remained unrecognizable to ‘average consumers’, who are unaware they are a ‘consumer’ in another Member State (Leczykiewicz, Weatherill 2016).

to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises, OJ L 372, 31 December 1985, 31–33, Art. 8.

³⁹ Directive 2011/83/EU, Art 4.

⁴⁰ Directive 94/47/EC of the European Parliament and the Council of 26 October 1994 on the protection of purchasers in respect of certain aspects of contracts relating to the purchase of the right to use immovable properties on a timeshare basis, OJ L 280, 29 October 1994, 83–87, Art. 11.

⁴¹ Directive 2008/122/EC of the European Parliament and of the Council of 14 January 2009 on the protection of consumers in respect of certain aspects of timeshare, long-term holiday product, resale and exchange contracts, OJ L 33, 3 February 2009, 10–30, recital 4.

⁴² As stated in the Explanatory Memorandum to the Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law (CESL), the Union initially started to regulate in the field of consumer law by means of minimum harmonization directives and ‘this approach has led to divergent solutions in the Member States even in areas which were harmonised at Union level’ (5, No. 2). The CESL confirmed that such solutions ‘deter the exercise of fundamental freedoms [...] and represent a barrier to the functioning and continuing establishment of the internal market’ (rec. 1). See Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, COM(2011) 635 final, Brussels, 11 October 2011.

⁴³ The legal scholarship addressed these issues extensively, see in particular Howells, Twigg-Flesner, Wilhelmsson (2017).

The introduced changes, in the form of maximum and full targeted harmonization, however, continue to allow further discrepancies between the important concepts of EU consumer law at the national level of the Member States. Even now, options and exemptions offered to the Member States by EU consumer directives result in differences related to the main consumer law definitions and concepts, or create discrepancies with respect to the scope of application and content of harmonized national consumer law rules.⁴⁴ These differences are reflected differently, both legally and practically. Different legal solutions affect the legal certainty in B2C relationships, burden the traders with additional costs, which are necessary for the adjustment to the legal rules of the other Member States. According to the European Parliament Study 'Legal obstacles in Member States to Single Market rules' from 2020, differences in consumer protection impose burdens on the traders, in particular online merchants (Dahlberg *et al.* 2020, 135). Finally, they adversely affect consumers' confidence in cross-border B2C transactions. As explained previously, divergent legal solutions also create barriers to trade and the internal market and therefore bring into question the above presented justification of the subsidiarity principle. It seems that the changes of the level of harmonization in EU consumer directives have not brought optimal and expected results, and they remained invisible or at least not visible enough to their addressees.

4. THE TRANSPOSITION OF EU CONSUMER DIRECTIVES INTO THE LAWS OF THE MEMBER STATES

Probably the best way to observe the process of changes of EU consumer law is when EU consumer directives are transposed into the national law of the Member States. It is at this moment that EU consumer law serves its purpose and becomes the harmonized national law. As emphasized in Lando (2000), the approximation of laws aims to remove or mitigate the diversities created by the national laws that 'may be regarded as a non-tariff barrier to trade' (Lando 2000, 61). However, despite of attempts to improve EU consumer legislation, the Union has not been very successful in eliminating barriers to trade, which are more of a private law nature. The transposition of minimum harmonization directives caused both systematic and substantive discrepancies between the laws of the Member States. Moreover, the guaranteed minimum standard of protection remained unrecognizable to an average consumer. For example, due to different withdrawal periods

⁴⁴ See the forthcoming books edited by Micklitz, Twigg-Flesner (2023); Franceschi, Schulze (2022).

for different consumer contracts in different Member States, the consumer from one Member State could not rely on making use of this right in another Member State (Loos 2009). Due to differences in the scope of application of national consumer rules, the very same consumer might not be considered as a consumer in another Member State or their contract might not fall under the scope of application of the national consumer rules of another Member State (Schulte-Nölke 2009, 133; Schulte-Nölke, Twigg-Flesner, Ebers 2008, 286 *et seq*). Nonetheless, the changes introduced by the shift to the so-called 'pure' maximum harmonization endangered the subsidiarity and proportionality principles and lowered the level of protection in some Member States. This approach in its purest form was abandoned soon after the adoption of Directive 2002/65/EC on distance marketing of financial services⁴⁵ and Directive 2005/29/EC on unfair business-to-consumer commercial practices (UCTD).⁴⁶ The very nature of these directives was against the approximation of laws and the definition of the directive itself, since their rigidity forced the national legislators to literally transpose the directives' provisions into the national law.⁴⁷ For example, the transposition of the UCTD was heavily discussed in the Croatian Parliament, because its members could not understand the concept of the maximum harmonization not allowing the proposed amendments, nor the meaning of some of the UCTD concepts and definitions (Čikara 2007, 1067). Therefore, the newly proposed Consumer Protection Act (CPA) in 2007 failed during the first reading, and it wasn't until the second reading that it was adopted.⁴⁸ However, the literal transposition of the directives' terms and concepts left its scars in the consumer law practice and case law, where it created resistance to these 'strange' new and unfamiliar concepts that differed from the national law.⁴⁹

⁴⁵ Directive 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 concerning the distance marketing of consumer financial services and amending Council Directive 90/619/EEC and Directives 97/7/EC and 98/27/EC, OJ L 271, 9 October 2002, 16–24.

⁴⁶ 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 ('Unfair Commercial Practices Directive') OJ L 149, 11 June 2005, 22–39.

⁴⁷ There is extensive legal scholarly literature on the limitations of maximum harmonization, see Basedow (2021, 116); Faure, (2008, 433 *et seq*); Mak (2009, 55–73).

⁴⁸ Consumer Protection Act, OG Nos. 79/07, 125/07, 75/09, 79/09, 89/09, 133/09, 78/12, and 56/13 (not in force).

⁴⁹ On the possible conflict between the general clauses of the UCPD and the maximum harmonization see Vries (2011).

As confirmed by the results of the Fitness Check in 2017,⁵⁰ the transposed UCTD provisions remained neglected in the Croatian case law, despite of the widespread use of unfair commercial practices (Mišćenić, Mamilović 2019, 273–299; Mišćenić, Mrak 2018, 145–169).

The following changes attempted to soften the maximum harmonization approach through the introduction of the full (targeted) harmonization in EU consumer directives. This nowadays commonly accepted harmonization approach has, however, shown limitations, mostly due to numerous options and exemptions contained in the directives' provisions.⁵¹ For instance, when transposing the full harmonization Directive 2011/83/EU, the Member States could have decided to widen the *ratione personae* 'to legal persons or to natural persons who are not consumers within the meaning of this Directive, such as non-governmental organisations, start-ups or small and medium-sized enterprises'.⁵² As a consequence, the changes introduced by the transposition of the directive's provisions into the national consumer laws of the Member States resulted in different definitions of the notion of the consumer in different Member States. According the EU Commission Evaluation Study from 2017, the consumer is the natural person in some Member States (Belgium, Croatia, Bulgaria, Cyprus, Estonia, Finland, Italy), but it may be a legal entity in others (Austria, Denmark, France, Greece).⁵³ The definition of the consumer may also differ within the legal framework of a single Member State. This usually happens when different EU consumer directives are fragmentarily and unsystematically transposed into different national consumer acts.⁵⁴ For instance, in the Croatian legal system, the consumer is protected by the recently adopted CPA 2022 as *lex generalis*,⁵⁵ but also through a number of other legal acts, such as Obligations Act,

⁵⁰ Final report Part 3 – Country reporting, *European Commission Study for the Fitness Check of EU consumer and marketing law*, European Commission, 2017, 160.

⁵¹ E.g. Art. 3(4) and Art. 5(3) Directive 2011/83/EU. See Loos (2010/03).

⁵² Directive 2011/83/EU, recital 13.

⁵³ European Commission, An evaluation study of national procedural laws and practices in terms of their impact on the free circulation of judgments and on the equivalence and effectiveness of the procedural protection of consumers under EU consumer law, Strand 2 Procedural Protection of Consumers, JUST/2014/RCON/PR/CIVI/0082, 2017.

⁵⁴ Hess, Law (2019, 217 *et seq*); Terryn (2016, 271).

⁵⁵ Consumer Protection Act, OG No. 19/22, in force since 28 May 2022, replaced the former Consumer Protection Act, OG Nos. 41/14, 110/15, and 14/19 (not in force).

Insurance Act, Consumer Credit Act, Credit Institutions Act, Insurance Act, Payment Services Act, General Product Safety Act, E-Commerce Act, Electronic Communications Act etc (Miscenic 2018, 191).⁵⁶

The transposition issues also occur with respect to the material scope of the application of EU consumer directives. For example, full harmonization Directives 2008/48/EC and 2011/83/EU allow the Member States to widen the *ratione materiae* and include contracts excluded from directives' material scope of application.⁵⁷ Under recital 13 of Directive 2011/83/EU, the Member States may include contracts that are not distance contracts within the meaning of the directive 'for example because they are not concluded under an organised distance sales or service-provision scheme' and remain competent to apply provisions to areas that do not fall within the scope of directive. However, both directives regulate that the Member States cannot deviate from the directives' rules, 'unless otherwise provided' by the directives.⁵⁸ Therefore, despite full harmonization, the main areas of regulation can be changed within the national legal orders.⁵⁹ In the *SC Volksbank România* case the CJEU concluded that 'the Member States may, in accordance with European Union law, apply provisions of that directive [2008/48/EC] to areas not covered by its scope'.⁶⁰ In reality, this leads to discrepancies not only between rules of the Member States, but also to unusual national legal solutions and legal fragmentation. For instance, the Croatian legislator used the mentioned option in the Consumer Credit Act⁶¹ to cover mortgage credit agreements, which are excluded from the material scope of Directive 2008/48/EC. However, during the transposition of its Twin sister, namely Directive 2014/17/EU, into the Mortgage Consumer

⁵⁶ Similarly, in the Austrian legal order the KSchG (Consumer Protection Act) is *lex generalis*, combined with other special laws, such as the FAGG (Distance and Off-Premises Contracts Act), the UWG (Unfair Competition Act), the VKrG (Consumer Credit Act), the TNG (Timeshare Act), the VRUG (Consumer Rights Implementation Act), and the AStG (Alternative Disputes Resolution Act).

⁵⁷ Directive 2008/48/EC, recitals 10 and 13; Directive 2011/83/EU, recital 13.

⁵⁸ Directive 2008/48/EC, Art. 22(1); Directive 2011/83/EU, Art. 4.

⁵⁹ According to the Report from the Commission on the application of Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, COM/2017/0259 final: 'With the exception of the limited areas still open to national regulatory choices, the CRD has largely removed such differences among Member States, thus contributing to increased legal certainty for traders and consumers, especially in the cross-border context.'

⁶⁰ CJEU judgment of 12 July 2012, C-602/10, *SC Volksbank România*, ECLI:EU:C:2012:443, para. 40.

⁶¹ Consumer Credit Act, OG Nos. 75/09, 112/12, 143/13, 147/13, 9/15, 78/15, 102/15, and 52/16.

Credit Act, it covered the very same types of contracts again and regulated that mortgage credit agreements covered by this Act are not subject to the Consumer Credit Act.⁶² In addition to the created legal fragmentation, caused by separate implementation of the two complementary directives,⁶³ a number of transposed directives' options and exemptions actually lowered the level of consumer protection related to mortgage credit agreements (Mišćenić 2017, 595–649).

Besides these, there are many other examples of legislative changes and challenges that occur once EU consumer law is about to be transposed into the national law of the Member States. The legislative technique chosen to transpose the directive, where the national authorities enjoy the choice of form and methods (Art. 288(3) TFEU), is an important factor that shapes the very change itself. All things considered, it is not surprising that instead of integrating EU legal terms into their national legal orders, the national legislators often use the 'copy-paste' technique and transpose EU directives literally. However, such an approach can create a conflict between the EU legal term to be transposed and the substantive meaning of the corresponding civil law concept. This can possibly also lead to the misinterpretation of the autonomous EU legal term at the national level and in the case law of the Member State. For instance, the notion of the 'credit agreement', from Art. 3(c) Directive 2008/48/EC or Art. 4(3) Directive 2014/17/EU, has a different meaning than the credit agreement or 'credit contract' defined in the Member States' civil law codifications. Directives use the above-mentioned term to define the material scope of application, while their national equivalents circumscribe the contractual parties and main elements of the credit contract (Miscenic 2014, 219). Another example is Art. 4(2) Directive 93/13/EEC on unfair contract terms (UCTD),⁶⁴ which contains the categories of terms related to 'the definition of the main subject matter of the contract' and 'the adequacy of the price and remuneration'. These are often interpreted in the spirit of national civil laws and equated with the essential elements of the contract (Lat. *essentialia negotii*) (Miscenic 2018, 131). As emphasised in the CJEU *Matei* case, these categories of terms 'must normally be given an autonomous and uniform interpretation throughout the European Union'.⁶⁵ By equating a linguistically corresponding EU legal

⁶² Mortgage Consumer Credit Act, OG No. 101/17, Art. 4(6).

⁶³ Directive 2014/17/EU, recital 20: 'the core framework of this Directive should follow the structure of Directive 2008/48/EC where possible'.

⁶⁴ Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, OJ L 95, 21 April 1993, 29–34.

⁶⁵ CJEU judgment of 26 February 2015, C-143/13, *Matei*, ECLI:EU:C:2015:127, para. 50.

term with the original national concept, national courts bring the consistent interpretation of EU directives and their *effet utile* into question (Bajčić 2021, 1433–1449). In another CJEU case, *Messner*, the German courts struggled with the interpretation of civil law provisions related to the legal consequences of the ‘termination’ of a contract, which were *mutatis mutandis* applicable to the consumer’s right of ‘withdrawal’ and return.⁶⁶ The CJEU found that Directive 97/7/EC precludes a national provision, which generally requires the payment of compensation in case of the consumer’s withdrawal from the contract. However, the compensation is allowed in cases where consumers use the goods in a manner ‘incompatible with the principles of civil law, such as those of good faith or unjust enrichment’.⁶⁷ The *Messner* case illustrates vividly how the change caused by an incorrect transposition of the EU consumer law concept and the right of withdrawal into the national law, caused another change in the form of an incorrect interpretation of a EU legal term at the national level, which was corrected by the autonomous and uniform interpretation of the CJEU.

5. THE INTERPRETATION OF EU CONSUMER LAW IN THE CASE LAW OF THE CJEU

The process of constant change of EU consumer law can also be observed from another interesting aspect related to the interpretation of EU consumer law. The CJEU case law presents a decisive thread between EU consumer protection measures and the Member States’ consumer laws and their enforcement in B2C relationships. The CJEU and national courts, as well as other enforcement bodies, are destined to cooperate, promote and guarantee effective enforcement of consumer law. The preliminary ruling proceeding under Art. 267 TFEU is one of the main tools that enables national courts to refer questions to the CJEU in cases of necessity or doubts related to consistent interpretation of EU law.⁶⁸ Within this process the CJEU both interprets and further develops EU law by providing uniform and autonomous interpretation of EU legal terms and concepts. In the *Leitner* case, for example, the CJEU clarified that the term ‘damage’, from former Directive 90/314/EEC on package travel, is to be interpreted as covering

⁶⁶ CJEU judgement of 3 September 2009, C-489/07, *Messner*, ECLI:EU:C:2009:502, para. 8.

⁶⁷ *Messner*, para. 30.

⁶⁸ CJEU judgment of 16 January 1974, C-166/73, *Rheinmühlen-Düsseldorf v. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, ECLI:EU:C:1974:3, para. 2.

both material and immaterial damage caused to the consumer.⁶⁹ In the *Quelle* and *Putz* cases, the CJEU interpreted the aim of the relevant EU legislation to make ‘the “free of charge” aspect of the seller’s obligation to bring goods into conformity an essential element of the protection afforded to consumers by the Directive.’⁷⁰ In doing so, the CJEU goes far beyond the uniform and autonomous interpretation of the notions in question, by further developing and sometimes even amending the substantive meaning of the EU legal term in question. The CJEU often clarifies sometimes vague and general EU legal concepts and helps the national courts to correctly interpret and apply the law.⁷¹ Nonetheless, the national courts of the Member States still face many difficulties related to the consistent interpretation of EU law in practice (Barnard, Mišćenić 2019, 111).

The principle of EU consistent interpretation, developed by the extensive CJEU case law, requires national courts to interpret the whole body of national law so far as possible in the light of the wording and the purpose of the directive (*effet utile*).⁷² In the *Faccini Dori* case, the ECJ recognized the importance of the duty of EU consistent interpretation as one of the main tools to achieve justice for the consumer, who was deprived of the right of withdrawal.⁷³ In judicial practice, the Member States’ courts still struggle with the understanding and application of the duty of EU consistent interpretation (Basedow 2021, 608; Brenncke 2018, 134). In the first Croatian collective redress proceeding on unfair contractual terms related to variable interest rates and currency clauses in Swiss Franc (CHF) loans (Miscenic 2020, 226), the national courts ignored the interpretation of the UCTD provisions given by the CJEU. The Croatian Supreme Court argued that

⁶⁹ CJEU judgment of 12 March 2002, C-168/00, *Leitner*, ECLI:EU:C:2002:163, para. 25.

⁷⁰ CJEU judgment of 17 April 2008, C-404/06, *Quelle*, ECLI:EU:C:2008:231, para. 33; CJEU judgement in joined cases of 16 June 2011, C-65/09 and C-87/09, *Gebr. Weber and Putz*, ECLI:EU:C:2011:396, paras. 45–46.

⁷¹ Many legal scholars address the issue of general clauses, see Grundmann, Mazeaud (2005); Vries (2012, 913–932).

⁷² CJEU judgment of 10 April 1984, C-14/83, *Von Colson and Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen*, ECLI:EU:C:1984:153, para. 26; CJEU judgment of 13 November 1990, C-106/89, *Marleasing v. Comercial Internacional de Alimentación*, EU:C:1990:395, para. 8; judgment of 14 July 1994, C-91/92, *Faccini Dori v. Recreb*, ECLI:EU:C:1994:292, para. 26; judgment of 27 June 2000, CJEU joined Cases C-240/98 to C-244/98, *Océano Grupo Editorial and Salvat Editores*, ECLI:EU:C:2000:346, para. 30; CJEU judgment of 5 October 2004, joined Cases C-397/01 to C-403/01, *Pfeiffer et al.*, ECLI:EU:C:2004:584, para. 115.

⁷³ *Faccini Dori v. Recreb*, para. 25.

the ‘factual differences’ between the Hungarian *Kásler and Káslerné Rábai*⁷⁴ case and the Croatian *Franak* case preclude the CJEU’s interpretation related to the transparency requirements.⁷⁵ This failure was eventually corrected by the Croatian Constitutional Court, which pointed at the duty of observing EU law, including the CJEU case law, and sent the proceeding to a renewed trial due to a violation of the right to a fair trial.⁷⁶ The Croatian jurisprudence was criticised in the 2017 EU Commission Evaluation Study, which stated that ‘Croatian courts, including the Supreme Court still do not see themselves as European courts.’⁷⁷ In the renewed proceeding, the regular courts observed the settled CJEU case law and applied the so-called ‘substantive transparency requirements.’⁷⁸ In terms of change, the renewed proceeding resulted in a significant change of both substantive and procedural aspects of the first Croatian collective proceeding on consumer protection by reaching a completely opposite result and finding the contractual term denominating the loans in the foreign currency of the CHF unfair and invalid (Mišćenić 2020, 226; Miscenic, Petrić 2020; Miscenic 2022, forthcoming).

This all leads to another inseparable aspect related to the effectiveness of judicial protection and the CJEU jurisprudence on the right of effective judicial protection in EU law.⁷⁹ By respecting the procedural autonomy of the Member States, the CJEU developed two principles setting the criteria for exercising effective judicial protection across the EU. According to the principle of effectiveness, the national procedural law rules should not make the application of EU law or exercise of rights conferred by it ‘impossible or excessively difficult’ before the Member States’ courts. The principle of equivalence on the other hand requires national rules not to be ‘less favourable’ than those governing similar domestic actions (Mancaloni, Poillot 2021, 7–16). The settled CJEU case law on consumer protection confirms that the principle of effectiveness is gaining more attention

⁷⁴ CJEU judgment of 13 April 2014, *Kásler and Káslerné Rábai*, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282.

⁷⁵ Judgment and order of the Supreme Court of the Republic of Croatia of 9 April 2015, Revt-249/14–2, 22. For more information about the case see Miscenic (2016b, 184 *et seq.*).

⁷⁶ Decision of the Constitutional Court of the Republic of Croatia of 13 December 2016, U-III-2521/2015 *et al.*, 20.

⁷⁷ EU Commission Evaluation Study, 61.

⁷⁸ Commission Notice, Guidance on the interpretation and application of Council Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts, OJ 2019/C 323/04, 24.

⁷⁹ Art. 19(1) TEU, Art. 47(1) EU Charter, Arts. 6 and 13 ECHR. See Arnull (2011, 51–70).

than the principle of equivalence.⁸⁰ In the *Duarte Hueros* case, the CJEU established that Spanish procedural law rules on *ne ultra petita*, *ne bis in idem* and *res iudicata* 'are liable to undermine the effectiveness of the consumer protection intended by the European Union legislature'.⁸¹ Once Ms. Hueros lost the case on non-conformity of goods against the seller, she was unable to initiate the same proceeding in the same matter (*ne bis in idem*). Moreover, the CJEU criticised the lack of possibility for the national court to recognise the right of the consumer of its own motion (Jansen 2014, 975). The duty of courts to observe the consumer law of its own motion contributes significantly to the effective protection of consumer rights (Beka 2018, 66 *et seq*). In the *Océano Grupo and Salvat Editores* case,⁸² the ECJ accentuated that 'effective protection of the consumer may be attained only if the national court acknowledges that it has power to evaluate terms of this kind of its own motion'.⁸³ Over the years, the *ex officio* duty of the national courts to monitor the unfairness of contractual terms was conditioned with 'factual and legal elements' needed for the review of terms.⁸⁴ In the *Asturcom Telecomunicaciones* case, the CJEU interpreted that Art. 6 UCTD on the non-binding nature of unfair contractual terms 'must be regarded as a provision of equal standing to national rules which rank, within the domestic legal system, as rules of public policy'.⁸⁵ This argument was abandoned in the later *Lintner* case,⁸⁶ where the CJEU required *ex officio* observance of the unfairness of only those contractual terms that were invoked before the court by the consumer (*ne ultra petita*).⁸⁷ So, the point is that the changes occurring within the constantly developing CJEU case law also affect the

⁸⁰ CJEU judgment of 6 October 2009, C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones*, ECLI:EU:C:2009:615, paras. 39 and 49; CJEU judgment of 3 October 2013, C-32/12, *Duarte Hueros*, ECLI:EU:C:2013:637, paras. 33–34; CJEU judgment of 14 June 2012, C-618/10, *Banco Español de Crédito*, ECLI:EU:C:2012:349, para. 49; CJEU judgment of 14 March 2013, C-415/11, *Aziz*, ECLI:EU:C:2013:164, para. 53; CJEU judgment of 10 September 2014, *Kušionová*, C-34/13, ECLI:EU:C:2014:2189, para. 52; CJEU judgment of 18 December 2014, *CA Consumer Finance SA*, C-449/13, ECLI:EU:C:2014:2464, paras. 23 and 25.

⁸¹ *Duarte Hueros*, para. 39.

⁸² CJEU judgment of 27 June 2000 in the joined cases C-240/98 to C-244/98, *Océano Grupo and Salvat Editores*, ECLI:EU:C:2000:346.

⁸³ *Océano Grupo and Salvat Editores*, para. 26.

⁸⁴ CJEU judgment of 4 June 2009, C-243/08, *Pannon GSM*, ECLI:EU:C:2009:350, para. 32; *Asturcom Telecomunicaciones*, para. 53.

⁸⁵ *Asturcom Telecomunicaciones*, para. 52.

⁸⁶ CJEU judgment of 11 March 2020, C-511/17, *Lintner*, ECLI:EU:C:2020:188, para. 50.

⁸⁷ *Lintner*, para. 50.

national jurisprudence and the effectiveness of judicial protection at the level of the Member States. The 2017 EU Commission Evaluation Study confirmed the existence of issues and misunderstandings of the national courts' duty related to *ex officio* observance of mandatory consumer law rules.⁸⁸ These are, of course, not only reserved for the procedural aspects, since the effectiveness of judicial protection can clearly be seriously affected by the substantive misinterpretation of important EU legal terms and concepts and therefore lead to an unwanted, but also unjust outcome for the consumer. Despite of abundant guidance on the interpretation and application of EU consumer directives, the national courts and other competent authorities find it difficult to follow the changes occurring in the interpretation of the CJEU case law. For instance, the CJEU case law makes a clear distinction in the interpretation of Art. 4(2) UCTD on the exemption of contractual terms from the unfairness test in cases such as *Andriciuc*,⁸⁹ in which the loan is to be repaid in the same foreign currency in which it was contracted, from cases such as the *Kásler and Káslerné Rábai*,⁹⁰ in which the loan is only denominated in the foreign currency. If not recognized or understood properly, changes such as these have the potential to directly affect the work and results of judicial and other national authorities, as well as the effectiveness of judicial protection and enforcement of consumer law (Miscenic 2019, 129).

6. INFORMATION DUTIES AND TRANSPARENCY REQUIREMENTS

To most striking changes affecting EU consumer law in this new era are undoubtedly fast-developing digitalization and the increase of B2C transactions in online marketplaces. Speedy development of digital technologies has fostered e-commerce and online shopping, which completely transformed B2C transactions and the consumer behaviour as we know it, while the line between the two worlds, offline and online, has gradually faded (Durovic, Tridimas 2021; Mišćenić 2018a, 219 *et seq.*). A number of studies, agendas, new directives and other consumer law

⁸⁸ EU Commission Evaluation Study, 208.

⁸⁹ CJEU judgment of 20 September 2017, C-186/16, *Andriciuc et al.*, ECLI:EU:C:2017:703, paras. 39–41.

⁹⁰ *Kásler and Káslerné Rábai*, para 58: 'the exclusion cannot apply to terms that [...] merely determine the conversion rate of the foreign currency in which the loan agreement is denominated'.

measures have been adopted at the EU level.⁹¹ The *Digital Single Market Strategy for Europe*⁹² ensures a high level of consumer protection in online B2C transactions and the recent Eurostat statistics confirm a significant increase in online shopping by private individuals, in particular during the COVID-19 pandemic.⁹³ However, this high standard of consumer protection in online B2C transactions is ‘ensured’ through a variety of different EU legal acts. When ‘shopping’ online, consumers rely on the national provisions harmonized with the E-Commerce Directive, Directive 2011/83/EU, the Omnibus Directive (EU) 2019/2161, the UCTD, the UCPD, Directive (EU) 2019/770 and Directive (EU) 2019/771, the ADR/ODR rules,⁹⁴ or directly applicable regulations, such as the famous P2B Regulation (EU) 2019/1150⁹⁵ and many others. The complex setup of the EU consumer legal framework and the high level of legal fragmentation of measures protecting consumers in online marketplaces renders the practical enforcement of consumer law difficult in practice (Synodinou, Jogleux, Markou, Prastitou 2020). For instance, the European Commission ‘sweep’ actions from January 2020 confirm that more than 70% of traders engaged in online shopping are in violation of information duties towards consumers.⁹⁶

Now more than ever, the transparency requirements and information duties play an utmost important role in the protection of consumers. When making online purchases, the consumers need to be properly informed about all relevant elements of online contracts. The Regulation on consumer ODR defines online contracts in B2C relationships, as contracts to sales or

⁹¹ Commission’s Communication on Shaping Europe’s digital future Communication, Shaping Europe’s digital future, COM(2020) 67 final, Brussels, 19 February 2020; European Parliament resolution of 20 May 2021 on shaping the digital future of Europe: removing barriers to the functioning of the digital single market and improving the use of AI for European consumers.

⁹² Communication from the Commission: A Digital Single Market Strategy for Europe, COM(2015) 192 final.

⁹³ Eurostat, Internet purchases by individuals (2020 onwards), Last update: 30 March 2022, available at: https://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=isoc_ec_ib20&lang=en.

⁹⁴ Directive 2013/11/EU of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on alternative dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Directive on consumer ADR), OJ L 165, 18 June 2013, 63–79.

⁹⁵ 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, OJ L 186, 11 July 2019, 57–79.

⁹⁶ European Commission, Online shopping: Commission and Consumer Protection authorities urge traders to bring information policy in line with EU law, 31 January 2020.

services ordered on the traders website or by other electronic means.⁹⁷ In distance and online contracts, the traders' information duties towards consumers are regulated extensively by Art. 6(1)(a)-(t) Directive 2011/83/EU, extended by Art. 6.a of the Omnibus Directive providing 'additional specific information requirements for contracts concluded on online marketplaces'.⁹⁸ Pre-contractual information, which traders are obliged to provide to consumers prior to the contract conclusion, do not preclude information from the E-Commerce Directive or any additional information imposed by the national legislation, and the burden of proof regarding the compliance with the information duties is on traders.⁹⁹ The transparency of provided information is guaranteed in many forms, not only by making the information available in the first place, but also by offering information that is substantively understandable to an average consumer. Different EU consumer directives use different formulations in order to guarantee transparency in B2C relationships. According to Directive 2011/83/EU,¹⁰⁰ all information must be provided to the consumer in a 'clear and comprehensible manner' and the trader 'shall give the information' or 'make that information available' to the consumer in a way appropriate to the used means of distance communication and in 'plain and intelligible language'.¹⁰¹ Nonetheless, the CJEU case law in cases such as *Content Services*, *Messner*, *Kamenova*, *VKI v. Amazon*, *Planet49 GmbH*, and many others,¹⁰² reveal that the high level of consumer protection is not so high when it comes to the transparency requirements and information duties. The 'informed choice' of the consumer transformed into a 'mouse click', by which the consumer

⁹⁷ Regulation (EU) No 524/2013 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on online dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Regulation on consumer ODR), OJ L 165, 18 June 2013, Art. 4(1)(e).

⁹⁸ 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.

⁹⁹ Directive 2011/83/EU, Art. 5(4) and Art. 6(9).

¹⁰⁰ Directive 2011/83/EU, Art 8(1).

¹⁰¹ On the breaches of information duties and transparency requirements see Tigelaar (2019, 27–57); Mak (2020, 144–146).

¹⁰² CJEU judgement of 5 July 2012, C-49/11, *Content Services*, ECLI:EU:C:2012:419; CJEU judgement of 3 September 2009, C-489/07, *Messner*, ECLI:EU:C:2009:502; CJEU judgement of 4 October 2018, C-105/17, *Kamenova*, ECLI:EU:C:2018:808; CJEU judgement of 28 July 2016, C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation*, ECLI:EU:C:2016:612; CJEU judgement of 1 October 2019, C-673/17, *Planet49 GmbH*, ECLI:EU:C:2019:801.

accepts the traders' 'terms and conditions' available on the website. In some cases, this leads to an illegal waiver of the right of withdrawal, such as in the *Content Services* case. In others, like in the *Planet49 GmbH* case, it results in 'explicit' and allegedly 'informed' consent to the processing of personal data, despite the GDPR requirements.¹⁰³

Therefore, in online marketplace practice, the traders' information duties are very often 'fulfilled' by the consumer's acceptance of the general terms and conditions available online, which *nota bene* form part of the B2C contract (Loos 2017, 54–59). The terms and conditions usually include or refer to some of the pre-contractual information and to the consumers' right of withdrawal, but fail to provide information about certain relevant features of the product or service purchased online and about basic consumer rights (Lodder, Morais Carvalho 2022, 537–556). The insertion of pre-contractual and contractual information into business terms and conditions, which are only available online and can be unilaterally altered at any moment, is likely to lead to the violation or circumvention of consumer protection rules. Such practices risk the transparency and information requirements from the above-mentioned EU consumer legal framework and protection measures. As argued in the *Content Services* case or the recent *Tiketa* case,¹⁰⁴ pre-contractual and contractual information must in any case be provided to consumers in a valid form, meaning on a durable medium. Although there are substantive differences between the two cases, they both address the transparency and information requirements arising from EU consumer directives. By interpreting the provisions of former Directive 97/7/EC, in the *Content Services* case the CJEU reached the conclusion that an active conduct in the form of a mouse click is not required from the consumer in order to acquaint themselves with the information.¹⁰⁵ In the *Tiketa* case the CJEU found it acceptable for the consumer to tick the box containing pre-contractual information in terms and conditions of the intermediary's website: 'provided that that information is brought to the consumer's attention in a clear and

¹⁰³ According to recital 42 GDPR the subject's consent on data processing 'should not be regarded as freely given if the data subject has no genuine or free choice or is unable to refuse or withdraw consent without detriment'. Pre-formulated declaration of consent 'should be provided in an intelligible and easily accessible form, using clear and plain language and it should not contain unfair terms' in accordance with the UCTD. See also the Opinion of Advocate General Richard de la Tour of 2 December 2021, C-319/20, *Meta Platforms Ireland*, ECLI:EU:C:2021:979 and therein referred paper Mišćenić, Hoffmann (2020, 44–61).

¹⁰⁴ Judgement of 24 February 2022, C-536/20, *Tiketa*, EU:C:2022:112.

¹⁰⁵ *Content Services*, paras. 33 and 35.

comprehensible manner’.¹⁰⁶ The CJEU emphasized though that ‘such a means of providing information cannot act as a substitute for providing the consumer with the confirmation of the contract on a durable medium’ within the meaning of Directive 2011/83/EU.¹⁰⁷ In both of the cases, the CJEU confirmed that a durable medium is an adequate replacement for paper and that the website does not correspond to the definition of a durable medium ‘since it does not mean that that information is addressed to that consumer personally, it does not ensure that its content is not altered and that the information is accessible for an adequate period, and does not allow the consumer to store that information or to reproduce it unchanged’.¹⁰⁸

The presented CJEU case law only confirms the need for the better enforcement and strengthening of transparency and information requirements in online B2C transactions. There are of course other existing legal mechanisms in place, such as the UCPD or the UCTD, the role of which has been proven as extremely important in the protection of consumer rights (Helberger, Lynskey, Micklitz, Rott, Sax, Strycharcz 2021, 47). The UCPD provisions fight non-transparency, for example, by qualifying the traders’ hiding or providing of unclear, unintelligible, ambiguous material information about the product as misleading omissions (Djurovic 2019, 29–42). The UCTD provisions, on the other hand, present an important tool for protecting consumers from unfair and usually non-transparent contractual terms. The findings from the settled CJEU case law on the ‘substantive transparency requirements’ under Arts. 5 and 4(2) UCTD are adequately applicable to business terms and conditions used on traders’ web-sites and in online marketplaces (Gardiner 2022; Miscenic 2018b, 131). The provisions of the Omnibus Directive (EU) 2019/2161 promise a more effective sanctioning mechanism for violations of consumer rights and traders’ obligations, in particular in the online surrounding.¹⁰⁹ Nonetheless, change is needed. Due to extensiveness and complexity of information to be provided in B2C relationships, transparency will be undermined even if consumers receive and read all the information. The ‘information overload’ effect is opposed to the ‘informed choice’ of the consumer and adversely affects the concept of transparency (Howells, Wilhelmsson 2003, 370 *et seq.*). An average consumer, who is reasonably well informed, reasonably observant and circumspect,¹¹⁰

¹⁰⁶ *Tiketa*, para. 54.

¹⁰⁷ *Tiketa*, para. 54.

¹⁰⁸ *Tiketa*, para. 51; by analogy *Content Services*, paras. 41, 42, 43 and 50.

¹⁰⁹ Directive (EU) 2019/2161, Arts. 1, 8, 13. See Đurović (2020, 62–79); Prastitou Merdi (2020, 347 *et seq.*).

¹¹⁰ On the position and role of an average consumer see Elizalde (2021, 29).

cannot truly understand all the listed complex information and recognize what is 'essential'. The EU legislator should adapt to speedy development of online marketplaces, digitalization and e-commerce, and recognize the need for rewriting and reenforcing of consumer-related EU legal rules on the information duties and transparency requirements. These basic consumer protection rules should be reformulated in a manner that is transparent to an average consumer and the change should result in simplification of information and reduction to only the information that is 'essential' to consumers when buying online (Segger-Piening 2021, 96 *et seq.*; Schaub 2017, 25–27; Oehler, Wendt 2017, 179).

7. CONCLUDING REMARKS

EU consumer law is characterised by constant changes happening at all possible levels: from changes to the legal grounds for the adoption of EU consumer directives, changes in the level of harmonization, changes resulting from the transposition of directives into the Member States laws, changes in the constantly developing CJEU case law, changes caused by digitalization and developing online marketplaces, etc. Over the years, these have been followed by numerous initiatives, agendas, reports, projects and programmes either attempting to change the existing legal regulation and proposing new solutions or just verifying the current state of legislation and enforcement of consumer law. However, what appears as the change on the surface of EU consumer law, does not in fact present a change in real life. Despite of constant changes, some of the main consumer issues remain unsolved: a high degree of legal fragmentation, variations between the main concepts and definitions, differences between harmonized consumer protection rules in different Member States, practical ineffectiveness of consumer rights and consumer protection tools, such as the information and transparency requirements. All of these issues have an adverse effect on the enforcement of EU consumer law (Micklitz, Saumier 2018).

Therefore, the real question is: how to 'change' the constantly changing EU consumer law, in order to make it more effective, to the benefit of both consumers and traders? Of course, there is no simple answer to such a difficult question nor a simple legal solution to complex consumer issues. Many legal scholars have tried or are still trying to contribute to EU consumer law by offering new legal proposals and different suggestions that would improve its enforcement (Micklitz 2021, 234; Howells, Twigg-Flesner, Wilhelmsson 2018). However, the purpose of this paper is not to solve the impossible task and provide answers to all of the obstacles standing in the

way to the proper functioning of EU consumer law. Its main purpose is to acknowledge the ever-growing tree of EU consumer law and the constant changes affecting its growth and development. By telling the story of the constant changes occurring in EU consumer law, the paper points to the various attempts at improving EU consumer law and gives a short overview of the achieved results and legal consequences. These should be observed in light of the events happening at the global level, such as the expansion of EU internal market, the development of digital technologies, the COVID-19 pandemic and many other important developments (Alderman *et al.* 2020). However, this kind of analysis would go far beyond the scope of this paper and therefore remains to be investigated in further research.

Nonetheless, there are some important lessons to be learned from observing the constant changes in EU consumer law. It seems to the author that yet another change is needed in order to improve EU consumer law and its enforcement, and this time, it is a change of perspective, which would allow a different legal approach to the regulation of EU consumer law. Instead of focusing primarily on the legal and economic consequences of consumer issues, more attention should be given to the very cause of these issues. Legal regulation that would be more focused on preventing the causes of consumer issues would contribute significantly to the better enforcement of consumer law. The change is therefore needed both in terms of better regulation and better enforcement of EU consumer law, as something that has been recognised by EU institutions long ago (Valant 2015, 1–24). By achieving more sustainable legal solutions for consumer issues, the *acquis* would experience a change that actually matters to traders and consumers. However, in order to achieve this, the EU consumer law needs to change from the inside out and not the other way around.

REFERENCES

- [1] Arnull, Anthony. 1/2011. The Principle of Effective Judicial Protection in EU Law: An Unruly Horse? *European Law Review* 36: 51–70.
- [2] Bajčić, Martina. 2021. Linguistic Comparison within CJEU's Decision-Making: A Debunking Exercise. *International Journal for the Semiotics of Law* 34: 1433–1449.
- [3] Bar, Christian von, Eric Clive, Hans Schulte-Nölke. 2009. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Munich: Sellier.

- [4] Barnard, Jacolien, Emilia Mišćenić. 1/2019. The Role of the Courts in the Application of Consumer Protection Law: A Comparative Perspective. *Journal for Juridical Science* 44: 111–138.
- [5] Basedow, Jürgen. 2021. *EU Private Law, Anatomy of a Growing Legal Order*. Cambridge: Intersentia.
- [6] Beka, Anthi. 2018. *The Active Role of Courts in Consumer Litigation: Applying EU Law of the National Courts' Own Motion*. Cambridge et al.: Intersentia.
- [7] Brenncke, Martin. 2/2018. A Hybrid Methodology for the EU Principle of Consistent Interpretation. *Statute Law Review* 39: 134–154.
- [8] Callies, Christian. 5/2001. Nach dem “Tabakwerbung-Urteil” des EuGH: Binnenmarkt und gemeinschaftsrechtliche Kompetenzverfassung im neuen Licht. *Juristische Ausbildung (JURA)*: 311–318.
- [9] Čikara, Emilia. 2007. Die Angleichung des Verbraucherschutzrechts in der Europäischen Gemeinschaft: Unter besonderer Berücksichtigung des Verbraucherschutzrechtes in der Republik Kroatien. *Collected Papers of the Law Faculty of the University of Rijeka* 28: 1067–1112.
- [10] Alderman, Richard; Alberto de Franceschi, Mark Giancaspro, Geraint Howells, Chen Lei, Javier Lete, Hans-Wolfgang Micklitz, Emilia Miscenic, Tjakie Naude, Pascal Pichonnaz, Elise Poillot, Iain Ramsay, Evelyne Terry, Christian Twigg– Flesner, Thomas Wilhelmsson. 2020. Consumer Law and Policy Relating to Change of Circumstances Due to the COVID-19 Pandemic. *Journal of Consumer Policy* 43: 437–450.
- [11] Dahlberg, Erik, Sigurd Næss-Schmidt, Laura Virtanen, Scott Marcus, Mattia Di Salvo, Jacques Pelkmans, Virginia Dalla Pozza, Katarina Kubovicova. 2020. *Legal Obstacles in Member States to Single Market Rules*. European Parliament.
- [12] Delhomme, Vincent. 2017. Internal Market as an Excuse: The Case of EU Anti-Tobacco Legislation. *European Legal Studies*: 1–8.
- [13] Djurovic, Mateja. 2019. Private Law Consequences of Unfair Commercial Practices. 29–42 in *The Transformation of Economic Law: Essays in Honour of Hans-W. Micklitz*, edited by Lucila de Almeida, Marta Cantero Gamito, Mateja Djurovic and Kai Peter Purnhagen. Oxford et al.: Hart Publishing.
- [14] Durovic, Mateja, Takis Tridimas. 2021. *New Directions in European Private Law*. Oxford et al.: Hart Publishing.

- [15] Đurović, Mateja. 2/2020. Adaptation of Consumer Law to the Digital Age: EU Directive 2019/2161 on Modernisation and Better Enforcement of Consumer Law. *Belgrade Law Review* 68: 62–79.
- [16] Elizalde, Francisco de. 2021. Standardisation of Agreement in EU Law. An Adieu to the Contracting Parties? 29–59 in *New Directions in European Private Law*, edited by Mateja Durovic and Takis Tridimas. Oxford *et al.*: Hart Publishing.
- [17] Faure, Michael. 15/2008. Towards a Maximum Harmonization of Consumer Contract Law? *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 15: 433–445.
- [18] Franceschi, Alberto de, Reiner Schulze. Forthcoming. *Harmonizing Digital Contract Law – The Impact of the EU Directives 2019/770 and 2019/771*. Munich: C.H. Beck/Hart/Nomos.
- [19] Gardiner, Caterina. 2022. *Unfair Contract Terms in the Digital Age, The Challenge of Protecting European Consumers in the Online Marketplace*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- [20] Grundmann, Stefan, Denis Mazeaud. 2005. *General Clauses and Standards in European Contract Law: Comparative Law, EC Law and Contract Law Codification*. The Hague *et al.*: Kluwer Law International.
- [21] Helberger, Natali, Orla Lynskey, Hans-W. Micklitz, Peter Rott, Marijn Sax, Joanna Strycharz. 2021. *EU Consumer Protection: Structural asymmetries in digital consumer markets*. BEUC.
- [22] Hess, Burkhard, Stephanie Law. 2019. *Implementing EU Consumer Rights by National Procedural Law*. München: Beck – Hart – Nomos.
- [23] Howells, Geraint, Christian Twigg-Flesner, Thomas Wilhelmsson. 2017. *Rethinking EU Consumer Law*. London: Routledge.
- [24] Howells, Geraint, Thomas Wilhelmsson. 2003. EC Consumer Law: Has it Come of Age? *European Law Review* 23: 370–388.
- [25] Jansen, Sanne. 3/2014. Price reduction as a consumer sales remedy and the powers of national courts: Duarte Hueros. *Common Market Law Review* 51: 975–991.
- [26] Józson, Mónika. 2021. Article 12 (Consumer Protection) (ex–Article 153.2 TEC). 315–329. *Treaty on the Functioning of the European Union – A Commentary*, edited by Josef Blanke and Stelio Mangiameli. Cham: Springer.
- [27] Lando, Ole. 1/2000. Optional or Mandatory Europeanisation of Contract Law. *European Review of Private Law* 8: 59–69.

- [28] Leczykiewicz, Dorota, Stephen Weatherill. 2016. *The Images of the Consumer in EU Law: Legislation, Free Movement and Competition Law*. Oxford et al.: Hart Publishing.
- [29] Lodder, Arno R., Jorge Morais Carvalho. 4/2022. Online Platforms: Towards an Information Tsunami with New Requirements on Moderation, Ranking, and Traceability. *European Business Law Review* 33: 537–556.
- [30] Loos, Marco B.M. 2/2017. Double Dutch: On the role of the transparency requirement with regard to the language in which standard contract terms for B2C-contracts must be drafted. *Journal of European Consumer and Market Law (EuCML)* 6: 54–59.
- [31] Loos, Marco B.M. 3/2010. Full Harmonisation as a Regulatory Concept and its Consequences for the National Legal Orders: The Example of the Consumer Rights Directive. *Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series*.
- [32] Loos, Marco B.M. 4/2009. Rights of Withdrawal. *Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series*.
- [33] Mak, Vanessa. 1/2009. Review of the Consumer Acquis – Towards Maximum Harmonisation? *European Review of Private Law* 17: 55–73.
- [34] Mak, Vanessa. 2020. *Legal Pluralism in European Contract Law*, Oxford Studies in European Law. Oxford: Oxford University Press.
- [35] Mancaleoni, Anna Maria, Elise Poillot. 2021. *National Judges and the Case Law of the Court of Justice of the European Union*. Rome: RomaTrE-Press.
- [36] Micklitz, Hans-W. 2021. Epilogue – New Directions, but Which Ones? 233–245. *New Directions in European Private Law*, edited by Mateja Durovic and Takis Tridimas. Oxford et al.: Hart Publishing.
- [37] Micklitz, Hans-W., Christian Twigg-Flesner. Forthcoming. *The Transformation of Consumer Law and Policy in Europe*. Oxford: Hart Publishing.
- [38] Micklitz, Hans-W., Geneviève Saumier. 2018. *Enforcement and Effectiveness of Consumer Law*. Cham: Springer.
- [39] Milà Rafel, Rosa. 23/2016. The Directive Proposals on Online Sales and Supply of Digital Content (Part I): will the new rules attain their objective of reducing legal complexity? *Revista de Internet, Derecho y Política*: 50–63.

- [40] Mišćenić, Emilia, Anna-Lena Hoffmann. 4/2020. The Role of Opening Clauses in Harmonisation of EU Law: Example of the EU's General Data Protection Regulation (GDPR). *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series (ECLIC)*: 44–61.
- [41] Miscenic, Emilia, Aurélien Raccah. 2016. *Legal Risks in EU Law: Interdisciplinary Studies on Legal Risk Management and Better Regulation in Europe*. Cham: Springer International Publishing.
- [42] Mišćenić, Emilia, Iva Mamilović. 1/2019. Nepoštena poslovna praksa u hrvatskome pravnom sustavu: uređenje i provedba. *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske* 10: 273–299.
- [43] Mišćenić, Emilia, Ivana Mrak. 1/2018. Zaštita potrošača od proizvoda dvojne kvalitete. *Harmonius Journal of Legal and Social Studies in South East Europe* VII: 145–169.
- [44] Mišćenić, Emilia, Silvija Petrić. 2020. *Nepoštenost valutne klauzule u CHF i HRK/CHF kreditima*. Zagreb: Narodne Novine.
- [45] Miscenic, Emilia. 2014. Mortgage Credit Directive (MCD): Are Consumers Finally Getting the Protection They Deserve? 219–260 in *Liber amicorum in honorem Vilim Gorenc*, edited by Zvonimir Slakoper. Rijeka: Faculty of Law Rijeka.
- [46] Miscenic, Emilia. 2016. Legal Risks in Development of EU Consumer Protection Law. 135–163 in *Legal Risks in EU Law: Interdisciplinary Studies on Legal Risk Management and Better Regulation in Europe*, edited by Emilia Miscenic and Aurélien Raccah. Cham: Springer International Publishing.
- [47] Miscenic, Emilia. 2016a. Legal Translation vs. Legal Certainty in EU Law. 87–107 in *Legal Risks in EU Law: Interdisciplinary Studies on Legal Risk Management and Better Regulation in Europe* edited by Emilia Miscenic and Aurélien Raccah. Cham: Springer International Publishing.
- [48] Mišćenić, Emilia. 2016b. Croatian Case “FRANAK”: Effective or “Defective” Protection of Consumer Rights?. *Harmonius – Journal of Legal and Social Studies in South East Europe*: 184–209.
- [49] Mišćenić, Emilia. 2017. Ugovor o potrošačkom kreditu. 595–649 in *Bankovni i financijski ugovori*, edited by Zvonimir Slakoper. Zagreb: Narodne Novine.
- [50] Mišćenić, Emilia. 2/2018. Croatian Consumer Protection Law: From Legal Approximation to Legal Fragmentation. *Studia Iuridica Toruniensia* 23: 177–201.

- [51] Mišćenić, Emilia. 2018a. Protection of Consumers on the EU Digital Single Market: Virtual or Real One? 219–246 in *The Influence of the European Legislation on National Legal Systems in the Field of Consumer Protection*, edited by Angelo Viglianisi Ferraro, Monika Jagielska and Marketa Selucka. Cedam: Wolters Kluwer.
- [52] Mišćenić, Emilia. 3/2018b. Uniform Interpretation of Article 4(2) of UCT Directive in the Context of Consumer Credit Agreements: Is it Possible? *Revue du droit de l'Union européenne*: 127–159.
- [53] Mišćenić, Emilia. 2019. The Effectiveness of Judicial Enforcement of the EU Consumer Protection Law. 129–153 in *Balkan Yearbook of European and International Law*, edited by Zlatan Meškić, Ivana Kunda, Dušan V. Popović and Enis Omerović. Cham: Springer.
- [54] Mišćenić, Emilia. 6/2020. Currency Clauses in CHF Credit Agreements: A 'Small Wheel' in the Swiss Loans' Mechanism. *Journal of European Consumer and Market Law (EuCML)*: 226–235.
- [55] Mišćenić, Emilia. Forthcoming. Foreign Currency Loans in Croatia, in *Protecting Financial Consumers in Europe: Comparative Perspectives and Policy Choices*, edited by Mariusz J. Golecki and Piotr Tereszkiewicz. Leiden: Brill.
- [56] Morais Carvalho, Jorge. 5/2019. Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771. *Journal of European Consumer and Market Law (EuCML)* 8: 194–201.
- [57] Oehler, Andreas, Stefan Wendt. 2017. Good Consumer Information: The Information Paradigm at its (Dead) End? *Journal of Consumer Policy* 40: 179–191.
- [58] Prastitou Merdi, Thalia. 2020. The 2018 New Deal on Better Enforcement and Modernisation of EU Consumer Law: An Actually Good Digital Deal? 347–364 in *EU Internet Law in the Digital Era: Regulation and Enforcement*, edited by Tatiana-Eleni Synodinou, Philippe Jougleux, Christiana Markou and Thalia Prastitou. Cham: Springer.
- [59] Reich, Norbert. 2010. Von der Minimal- zur Voll- zur "Halbharmonisierung". *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*: 7–39.
- [60] Rösler, Hannes. 1/2009. Verbraucherbelange während 50 Jahren EG-Vertrag. *Zeitschrift für Politik*: 75–88.

- [61] Šarčević, Susan, Emilia Čikara. 2009. European vs. National Terminology in Croatian Legislation Transposing EU Directives. 193–214 in *Legal Language in Action: Translation, Terminology, Drafting and Procedural Issues*, edited by Susan Šarčević. Zagreb: Nakladni Zavod Globus.
- [62] Schaub, Martien. 1/2017. How to Make the Best Mandatory Information Requirements in Consumer Law. *European Review of Private Law* 25: 25–27.
- [63] Schmidt-Kessel, Martin. 2016. Verbraucherschutzrecht in der EU. 223–379 in *Europäisches Privat- und Unternehmensrecht, Enzyklopädie Europarecht*, edited by Martin Gebauer and Christoph Tiechmann. Baden-Baden: Nomos Verlag.
- [64] Schulte-Nölke, Hans, Christian Twigg-Flesner, Martin Ebers. 2008. *EC Consumer Law Compendium, The Consumer Acquis and its Transposition in the Member States*. München: Sellier.
- [65] Schulte-Nölke, Hans. 4/2009. The transposition of European consumer directives into the national laws of the EU Member States. *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken*: 133–138.
- [66] Segger-Piening, Sören. 2021. No Need to Read: ‘Self-Enforcing’ Pre-Contractual Consumer Information in European and German Law. 89–117 in *Consumer Law and Economics, Economic Analysis of Law in European Legal Scholarship*, edited by Mathis Klaus and Tor Avishalom. Cham: Springer.
- [67] Stuyck, Jules. 2/2000. European Consumer Law after the Treaty of Amsterdam: Consumer Policy in or beyond the Internal Market. *Common Market Law Review* 37: 367–400.
- [68] Stuyck, Jules. 20/2013. The Transformation of Consumer Law in the EU in the Last 20 years. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*: 385–402.
- [69] Synodinou, Tatiana-Eleni, Philippe Jougoux, Christiana Markou, Thalia Prastitou. 2020. *EU Internet Law in the Digital Era: Regulation and Enforcement*. Cham: Springer.
- [70] Terry, Evelyn. 2/2016. ‘Consumers, By Definition, Include Us All’... But Not for Every Transaction. *European Review of Private Law* 24: 271–286.
- [71] Tigelaar, Leonieke. 1/2019. How to Sanction a Breach of Information Duties of the Consumer Rights Directive? *European Review of Private Law* 27: 27–57.

- [72] Valant, Jana. 2015. Consumer protection in the EU, In-depth analysis. *European Parliamentary Research Service*.
- [73] Vries de, Anne. 2011. Maximum Harmonisation and General Clauses – Two Conflicting Concepts? *SSRN*.
- [74] Vries de, Anne. 4/2012. The Aim for Complete Uniformity in EU Private Law: An Obstacle to Further Harmonization. *European Review of Private Law*: 913–932.
- [75] Weatherill, Stephen. 2012. Maximum versus Minimum Harmonization: Choosing between Unity and Diversity in the Search for the Soul of the Internal Market. 175–200 in *From Single Market to Economic Union*, edited by Niamh Nic Shuibhne, Laurence W. Gormley. Oxford: Oxford University Press.
- [76] Weatherill, Stephen. 2016. *Contract Law of the Internal Market*. Cambridge *et al.*: Intersentia.
- [77] Wilhelmsson, Thomas. 2008. Full Harmonisation of Consumer Contract Law? *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*: 225–229.

Article history:

Received: 12. 7. 2022.

Accepted: 16. 9. 2022.

УДК 347.72.04

CERIF: S 144, S 155

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_22303A

Jelena LEPETIĆ, PhD*

CREDITOR PROTECTION IN CROSS-BORDER CONVERSIONS, MERGERS AND DIVISIONS**

This paper elaborates on the protection of creditors in cross-border conversions, mergers and divisions, according to Directive 2019/2121/EU as regards these cross-border operations. After presenting the protection mechanisms available to creditors in cross-border operations prior to the adoption of the 2019 Directive, as well as the risks faced by creditors in such events, the author presents the system of creditor protection introduced by the Directive. Both creditor protection mechanisms in the broader sense (which are not designed exclusively for creditors) and the ones in the narrower sense (which are created only for their protection) are presented in the central portion of the paper. Among the latter group, the general protection mechanisms available for each cross-border operation are analysed, followed by the mechanisms that are specific to individual operations.

Key words: *Creditors. – Protection of creditors. – Cross-border merger. – Cross-border division. – Cross-border conversion.*

* Associate Professor, University of Belgrade Faculty of Law, Serbia, *jelena.lepetic@ius.bg.ac.rs*.

** This paper is a result of the international research project GV/2020/047 “Cross-border corporate restructuring in the internal market” (Research Centre: University of Valencia – Faculty of Law; head of the project: Paula del Val Talens).

1. INTRODUCTION

Creditor protection is an important part of the legal framework for cross-border conversions, mergers and divisions. Creditors need to be protected regardless of the reasons for carrying out the specific operation. It is the cross-border element of the operation that makes the issue of creditor protection in the event of the restructuring of the debtor particularly complex. In any case, a cross-border restructuring, in the form of a cross-border conversion, merger and division, may be the result of adjusting to the economic factors or to a changed business framework, the aspiration to improve business activity or an effort to prevent bankruptcy (see Teichmann, 278). Therefore, it may be a tool for preserving and/or expanding the business or a mere strategy for its survival. Restructuring, as an answer to facing insolvency or being on the verge of insolvency, is especially relevant for creditors and thus requires special attention.

The long history of the harmonisation of legal rules on corporate restructuring in EU law dates back to 1978 and the enactment of the Third Company Law Directive on domestic mergers of public companies.¹ Soon after, in 1982, the Sixth Company Law Directive regulating domestic divisions of public companies was adopted.² Subsequently, the Member States were not obliged to permit divisions under their own jurisdiction, but if they opted for it, the division had to be carried out in accordance with that Directive.³ Later on, the starting focus of the European legislator moved from the domestic restructuring of public limited liability companies to cross-border operations applicable to both public and private limited liability companies. This process culminated in 2005 with the adoption of the Tenth Company Law Directive on cross-border mergers of limited liabilities companies – the Cross-Border Merger Directive (see also Teichmann, 280–282).⁴ Afterwards, the general rules on domestic mergers, domestic divisions and cross-border mergers all became part of Directive 2017/1132 – the codification Directive. Finally, a huge and, for now, final step forward considering the legal framework

¹ Third Council Directive 78/855/EEC based on Article 54 (3) (g) of the Treaty concerning mergers of public limited liability companies, OJ L 295 of 20/10/1978.

² Sixth Council Directive 82/891/EEC based on Article 54 (3) (g) of the Treaty, concerning the division of public limited liability companies, OJ L 378 of 31/12/1982.

³ See Directive 2017/1132/EU relating to certain aspects of company law (codification), OJ L 169 of 30/6/2017, Art. 135 (former Art. 1 of the repealed Sixth Council Directive 82/891).

⁴ Directive 2005/56/EC on cross-border mergers of limited liability companies, OJ L 310 of 25/11/2005.

of restructuring was taken in 2019 when Directive 2019/2121 as regards cross-border conversions, mergers and divisions amending the codification Directive (the new 2019 Directive) was adopted.⁵ The significance of this action may easily be demonstrated by the recognition that harmonised general rules on cross-border conversions and cross-border divisions were adopted for the first time.⁶ At any rate, creditor protection was an important driver for the long-awaited and heavily discussed harmonisation of cross-border corporate mobility in the EU.

The lack of unified procedures for cross-border conversions and cross-border divisions prior to 2019 was an obstacle for performing these operations, due to the legal uncertainty that surrounded them.⁷ As put in the executive summary of the study drawn up by Ernst & Young (2018, 5), the companies involved were pushed to abandon the transfer of registered seat or to undertake this operation while accepting the legal uncertainty for the company and its stakeholders. Furthermore, the study of Ernst & Young reveals that carrying out the transfer of registered seat under those circumstances results in the increase of cost and duration of the procedure, regardless of whether it might have been performed directly or indirectly through other operations, for example, via a conversion into a *Societas Europaea* – *SE*. In the case of cross-border divisions, the possibilities were even more limited. As referred to in the abovementioned summary (Ernst & Young 2018, 7), companies were pushed to abandon the said operation or to perform it indirectly, for example by creating a new company in the host Member State and transferring assets and liabilities to it subsequently. Thus, the adoption of the new Directive is an enormous achievement in facilitating the undertaking of cross-border operations, protected under the freedom of establishment, which significantly improved the level of legal certainty for all interested persons, including the creditors. However, the overprotection of interested parties may have some negative effects. Companies faced with too many requirements may choose not to undertake the cross-border operation. Therefore, balancing between the protection of the stakeholders and the companies' rights to convert, merge and divide was quite a challenge for the drafters of the new Directive.

⁵ Directive 2019/2121/EU amending Directive 2017/1132/EU as regards cross-border conversions, mergers and divisions, OJ L 321 of 12/12/2019.

⁶ The new Directive provides for the rules on divisions involving the formation of new companies, while the cross-border division by acquisition is not regulated. See Directive 2019/2121, recital 8.

⁷ See Directive 2019/2121, recital 5.

This paper proceeds as follows: Part 2 presents the protection of creditors prior to the adoption of the new 2019 Directive. The risks faced by creditors are elaborated in Part 3. The newly adopted system of creditor protection is explained in Part 4. Creditor protection mechanisms in the broader sense are analysed in Part 5. The analysis of protection mechanisms in the narrower sense follows in Part 6. Part 7 concludes the paper.

2. PROTECTION OF CREDITORS PRIOR TO THE ADOPTION OF THE NEW 2019 DIRECTIVE

Before the adoption of the new Directive, only limited protection of creditors was available in the case of cross-border mergers, in accordance with the Cross-Border Merger Directive, on the one hand, while protection was provided by other rules in the case of formation by a cross-border merger and transfer of seat of a European Company (*Societas Europaea – SE*) and a European Cooperative Society (*Societas Cooperativa Europaea – SCE*), on the other hand. The former set of rules are general rules on creditor protection, while the latter rules are special. The latter are still applicable.

The Cross-Border Merger Directive provided a general rule regarding the protection of creditors.⁸ A limited liability company that participates in a cross-border merger has to comply with the provisions and formalities of the national law to which it is subject, as long as the rules are applicable to the cross-border nature of the merger.⁹ To put it differently, the rules on cross-border mergers refer to the national rules on the protection of creditors. The national legislator's choice to provide mandatory creditor protection in general likely depends on the prevailing domestic model of corporate governance – the protection of the stakeholder model of corporate governance is expected to lead to the mandatory protection of creditors (see Mucciarelli 2020, 58).

Rules on creditor protection in domestic mergers are only partially harmonised (Winner 2019b, 62). According to the rules on the protection of creditors in the case of domestic mergers of public limited liability companies, the Member States need to provide an adequate system of protection of creditors whose claims antedate the publication of the draft

⁸ Directive 2005/56 was repealed by Directive 2017/1132, which was subsequently amended by the new 2019 Directive.

⁹ See Directive 2017/1132, Art. 121 (1) (b) and (2) (former Art. 4 (1) (b) and (2) of Directive 2005/56).

terms of the merger and have not fallen due at that time.¹⁰ The system of protection may be different for creditors of the acquiring company and for those of the company being acquired. This is allowed due to the fact that the interests of the creditors of the disappearing company are naturally in greater danger than those of the creditors of the surviving company (see Raaijmakers, Olthoff 2008, 37).¹¹ Namely, the Member States have to at least provide that creditors are entitled to obtain adequate safeguards if the following two conditions are met. First, only the creditors who do not already have such safeguards are entitled to obtain adequate safeguards, and second, obtaining these safeguards has to be necessary considering the financial situation of the company.¹² Creditors who may credibly demonstrate that the satisfaction of their claims is at stake due to a merger and that they did not obtain adequate safeguards from the company are entitled to apply to the competent authority for adequate safeguards. The same system of protection applies to the debenture holders of the merging companies, except when the merger is approved by a meeting of the debenture holders or by them individually.¹³ Some authors (see, for example, Raaijmakers, Olthoff 2008, 35) consider these provisions on creditor protection too vague and thus not providing adequate guidance.

Creditors in cross-border mergers were generally protected through the rules on disclosure. Information regarding the evaluation of the assets and liabilities transferred to the company resulting from the cross-border merger are part of the common draft terms.¹⁴ Moreover, the indications of arrangements that are made for the exercise of creditor rights, as well as the address at which complete information may be obtained free of charge, had to be published in the national gazette of the Member State whose national law applied to the merging company.¹⁵ The management or administrative body was required to explain in its report the implications of this cross-border operation not only to the members and employees, but also to the creditors.¹⁶ Although these rules are intended to enable creditors

¹⁰ See Directive 2017/1132/EU, Art. 99 (1).

¹¹ See Directive 2017/1132, Art. 99 (3).

¹² See Directive 2017/1132, Art. 99 (2).

¹³ See Directive 2017/1132, Art. 100.

¹⁴ See Directive 2017/1132 before the 2019 amendments, Art. 122 (k) (former Art. 5 (k) of Directive 2005/56).

¹⁵ See Directive 2017/1132 before the 2019 amendments, Art. 123 (2) (c) (former Art. 6 (2) (c) of Directive 2005/56).

¹⁶ See Directive 2017/1132 before the 2019 amendments, Art. 124 (former Art. 7 of Directive 2005/56).

to understand the consequences of the cross-border operation on their interests, they are not enough since no specific creditor rights are provided in these rules.

According to the study conducted by Bech-Bruun and Lexidale (2013, 53), the rules on creditor protection in the Cross-Border Merger Directive resulted in the adoption of different procedures regarding creditor protection by the Member States (e.g. dissimilar commencement dates, duration consequences, and procedure of the protection), which created an obstacle for carrying out cross-border mergers. Furthermore, some Member States prescribed additional provisions on creditor protection in cross-border mergers, in addition to the rules on creditor protection available in the domestic mergers (Winner 2019b, 63). This was in accordance with the line of thinking that the Member States are authorised to prescribe these additional rules, although that possibility was not expressly mentioned in the Cross-border Merger Directive and therefore might lead to the opposite conclusion – that it was not permitted (Winner 2019b, 63). Unlike the situation with regard to creditors, it was clear from the wording of the Directive that prescribing rules on additional protection for shareholders was an available option.¹⁷ The dilemma of whether the general rule refers to creditor protection in a domestic merger or whether the Member States may adopt additional provisions on creditor protection in a cross-border merger was resolved by the decision of the CJEU in the *KA Finanz AG* case, when the former interpretation prevailed: it was only in reference to the provisions on creditor protection in domestic mergers (Schmidt 2016, 18).¹⁸

Special rules on creditor protection are prescribed in the case of the cross-border transfer of seat of an SE or an SCE and the formation of these entities by a cross-border merger.¹⁹ In the event of the transfer of seat of an SE, creditors are protected through the disclosure of the transfer proposal and the management or administrative report, as well as through the issuance of the certificate by the competent authority of the Member State where the SE has its registered office. The transfer proposal contains any rights provided to the protection of creditors, while the report of the management or administrative body has to explain, amongst others, the implications of

¹⁷ See Directive 2017/1132 before the 2019 amendments, Art. 121 (2).

¹⁸ CJEU, Case 483/14, *Ka Finanz AG v. Sparkassen Versicherung AG Vienna Insurance Group*, ECLI:EU:C:2016:205, paras. 60–62.

¹⁹ See Council Regulation (EC) No. 2157/2001 on the Statute for a European Company – EC, OJ L 294 of 10/11/2001, Art. 8 and Arts. 17–31; Council Regulation (EC) No. 1435/2003 on the Statute for a European Cooperative Society – SCE, OJ L 207 of 18/8/2003, Art. 7, and Arts. 19–34.

the transfer to the creditors.²⁰ The creditors may examine these documents and obtain copies of them free of charge. The competent authority where the SE has its registered office issues the certificate if, amongst others, the interests of the creditors are adequately protected.²¹ Namely, the creditors are protected in accordance with the national law requirements of the Member State where the SE has its registered office prior to the transfer of seat. This refers to the liabilities that arise prior to the publication of the transfer proposal, although it may be extended to include the liabilities that arise or may arise prior to the transfer, if the Member States choose to do so. Finally, the SE Regulation prescribes jurisdiction continuity for the claims arising before the transfer of seat (see Fuentes Naharro 2019, 43).²² All these creditor protection mechanisms also exist in the case of the transfer of seat of an SCE.²³

The rules on the protection of creditors and holders of bonds of merging companies, prescribed by the law of the Member States governing each merging company in the case of the merger of public limited liability companies, apply also in the case of the formation of an SE by a cross-border merger, taking into account its cross-border nature.²⁴ The indications of arrangements regarding the creditors, together with the address at which complete information may be obtained free of charge, have to be published in the national gazette of that Member State.²⁵ In the case of the formation of an SCE by a cross-border merger, the system of protection of creditors of the cooperative is the same as the one provided in the case of the formation of an SE by a cross-border merger. Namely, the creditors of the merging cooperatives are protected by the rules on creditor protection prescribed by the laws of the Member States involved, as in the case of mergers of public limited liability companies, while the indications of arrangements regarding the creditors, together with the address at which complete information may be obtained free of charge, have to be published in the national gazette of the Member State of which the actual cooperative is a subject.²⁶

²⁰ See Regulation No. 2157/2001, Arts. 8 (2) and (3).

²¹ See Regulation No. 2157/2001, Art. 8 (7).

²² See Regulation No. 2157/2001, Art. 8 (16).

²³ Regulation No. 1435/2003, Arts. 7 (2) (e), (3), (4), (7), and (16).

²⁴ See Regulation No. 2157/2001, Art. 24 (1) (a) and (b).

²⁵ See Regulation No. 2157/2001, Art. 21 (c).

²⁶ See Regulation No. 1435/2003, Art. 24 (1) (c) and Art. 28 (1).

3. RISKS FACED BY CREDITORS

Carrying out a cross-border operation affects the creditors of the company performing or participating in the cross-border operation. One of the consequences of a cross-border conversion is that the assets and liabilities of the company that carried out the conversion become those of the converted company; a cross-border merger by acquisition results in, amongst others, the transfer of assets and liabilities of the company being acquired to the acquiring company, while in the case of cross-border mergers by formation of a new company, the liabilities and assets of the merging companies are transferred to the new company; in the case of cross-border full divisions, the assets and liabilities of the company being divided are transferred to the recipient companies in accordance with the allocation stated in the draft terms, while in the case of partial divisions or divisions by separation, part of the assets and liabilities are transferred to the recipient company or companies, whereas the remaining part continues to be that of the company being divided.²⁷ It is evident that a change of debtor – or at least of the debtor’s financial situation – may be a result of the cross-border operation. Also, the applicable company law may change.

A change of the applicable company law is a serious risk faced by creditors and thus this is a justified reason for prescribing special provisions regarding creditor protection in cross-border operations. Namely, the debtor may be governed by a different company law (Winner 2019b, 61). Generally speaking, the rules in the framework of contract law, company law, insolvency law, and accounting law all form a system of creditor protection (see Fleischer 2006, 30). Although creditor protection is not a specificity of company law, commonly at least some creditor protection rules are a part of it. However, these rules vary in different Member States (Gerner-Beuerle *et al.* 2016, 221). The wider the protection of creditors provided in the company law framework, the greater the likelihood that the change of the applicable company law will negatively affect them (Gerner-Beuerle *et al.* 2016, 221).

²⁷ See Directive 2017/1132, Art. 86r (a), Art. 131 (1) (a) and (2) (a), Art. 160r (1) (a), (2) (a) and (3) (a). Furthermore, there is a special rule for the assets and liabilities of the company being divided that are not allocated under the draft terms and where the interpretation of the draft terms does not make the decision on the allocation possible. In the case of a cross-border full division, they are allocated to all recipient companies, and in the case of a partial division or a division by separation, to all the recipient companies and the company being divided, in proportion to the share of net assets allocated to each of them in accordance with the draft terms. See Directive (EU) 2017/132, Art. 160r (4).

Another considerable risk connected to the cross-border operation is the change of jurisdiction and the applicable law in the case of insolvency (see Winner 2019b, 62). Namely, a change of insolvency law to the benefit of the shareholders and to the detriment of the creditors might follow the change of the location of the registered office and centre of main interest (Bech-Bruun, Lexidale 2013, 52). To conclude, creditors may be negatively affected not only by the different rules on creditor protection in the scope of company law (e.g. capital requirements, directors' liability, member's liability, distribution of profits, lifting the corporate veil), but also by the procedural rules regarding jurisdiction, i.e. change of defendant's domicile and change of presumption of debtor's centre of main interest (Garcimartín, Gandía 2019, 32–33; Davies *et al.* 2019, 208; Enriques, Gelter 2006, 433; Jevremović Petrović 2021, 73).

Even in cases where neither the change of applicable company law nor the change of the debtor occurs, protection may still be needed because of the change in the financial situation of the debtor when creditor interests may be at risk, via the change of the asset base and composition of creditors (see Winner 2019a, 50). This risk is limited to cross-border mergers and divisions: in a cross-border merger, the base of the assets increases as well as the number of creditors, whereas in a cross-border division, the exact opposite happens – the asset base decreases as well as the number of creditors (see Winner 2019a, 50–51). Therefore, cross-border divisions are considered more detrimental to creditors compared to cross-border mergers, bearing in mind that the intensity of the negative effects depends on the financial situation of each of the successor companies (Winner 2019a, 51). The interests of creditors have to be protected, since the assets are divided and allocated to debtors against whom different groups of creditors hold claims, while they have no influence on the distribution of assets and liabilities (Davies *et al.* 2019, 208).

The negative effects are not the same for the creditors of all the companies participating in the cross-border operation. They depend on the solvency and indebtedness of the actual debtor before and after the cross-border operation. Winner (2019a, 50) suggests that some creditors may not be at risk at all, but rather the operation may even affect them positively (e.g. the creditors of a company which merged with a much sounder company). However, if both companies are sound, sharing the increased asset base between all the creditors in the case of cross-border mergers will probably not be detrimental to any of them (see Winner 2019a, 50). Since the financial situation does not change in the cross-border conversion, this operation is less dangerous than a cross-border merger (Davies *et al.* 2019, 208). In fact, it is the least dangerous of the three cross-border operations, regarding

creditors in this sense. The most dangerous one is a cross-border division, when the creditor protection issue is particularly delicate. This is especially true for cross-border division by acquisition. In this case, there are also the dangers related to the cross-border division by formation of new companies, regarding the ratio between the assets and liabilities and the level of liquidity of the successor companies (Alexandropoulou, Winner 2021, 590). Yet, in addition to this, the creditors of the company being divided will also share the same assets with the creditors of the recipient company (Alexandropoulou, Winner 2021, 590). However, the 2019 Directive does not regulate this type of cross-border division.²⁸

In any case, the risks dictate the decision on which creditors should be protected. It is clear that these risks differ according to the cross-border operation at issue. In addition, it is also relevant whether the creditors are voluntary or involuntary. Voluntary creditors may be able to mitigate these risks since they can protect their interest through negative covenants in the lending contract (see Bratton 2006, 55). These creditors may require the debtor to not perform the operation without their approval (commitment clause) or stipulate the acceleration of the loan (acceleration clause) or stipulate the raising of the interest rate as a penalty for performing the operation (Enriques, Gelter 2006, 432–33). Also, the disclosure of the draft terms may influence a potential creditor when deciding whether to enter into a relationship with the company. Therefore, it is important to consider whether the voluntary creditors knew or might have known about the company's intention to undertake a cross-border operation. Unlike voluntary creditors, involuntary (tort) creditors cannot protect themselves in the way mentioned above. Furthermore, even some of the voluntary creditors, especially the smaller ones who are not professionals, may not be able to protect themselves with those covenants. (Winner 2019a, 52). Finally, the interests of the creditors may be in conflict with the interests of other stakeholders. Any distribution to the shareholders who exercised their rights connected to a cross-border operation also creates a risk for the creditors (Winner 2019b, 52–53). Therefore, even overprotection of the minority shareholders may constitute a risk for the creditors.

²⁸ See Directive 2019/2121, recital 8.

4. CREDITOR PROTECTION SYSTEM IN THE NEW 2019 DIRECTIVE

The protection of creditors is deeply rooted in the company law tradition of many Member States; therefore, it is not surprising that it found its way into the 2019 Directive. The system of creditor protection is available only to creditors of the limited liability companies that are formed in accordance with the laws of a Member State and that have their registered office, central administration or principal place of business within the Union, when these companies carry out the cross-border operation. Some of these companies are excluded or may be excluded from the scope of the Directive, which depends on the decision of the Member States. For example, the rules of the Directive do not apply to companies in liquidation when asset distribution to their members has already begun, while the Member States may decide not to apply the rules on cross-border operations – including the ones regarding creditor protection – to companies that are subject to insolvency proceedings or preventive restructuring frameworks.²⁹ The Directive Proposal was stricter in this regard, since it prescribed that companies are not allowed to carry out cross-border operations when they are subject to insolvency proceedings or preventive restructuring proceedings, which are initiated due to the likelihood of insolvency, and during suspension of payment.³⁰ Therefore, the Directive Proposal prevented companies that are insolvent or on the verge of insolvency from carrying out these operations, because of the vulnerability of the creditor interests (see Fuentes Naharro 2019, 44). In this regard, the Proposal was more favourable to creditors.

The new Directive does not provide the explicit protection of debenture holders or holders of securities, other than shares as a special type of creditors in its separate provisions, contrary to the regulation in the case of domestic mergers and domestic divisions, where this is the case (Alexandropoulou 2021, 17).³¹ The lack of a reference to these types of creditors may be interpreted in two ways: that the protection mechanisms available to creditors in general are available to these creditors as well, or that only the protection measures that are available to them in national law apply (Alexandropoulou 2021, 17). Still, some types of creditors are mentioned in the Directive in order to clarify that they may be protected

²⁹ See Directive 2017/1132, Arts. 86a (3) and (4), 120 (4) and (5), and 160a (4) and (5).

³⁰ Directive Proposal, Art. 86c (2) (a), (b) and (c), Art. 120 (4) (a), (b) and (c), and Art. 160d (2) (a), (b) and (c).

³¹ See Directive 2017/1132, Arts. 100, 101, and 146 (5), and Art. 147.

by the provided mechanisms of protection. Namely, the Member States may include current and former employees with occupational vested pension rights and persons receiving occupational pension benefits in the range of protected creditors.³² Also, the interest of public creditors is especially taken into account in the process of issuing the pre-operation certificate. Furthermore, it seems that the EU legislator tends to especially provide protection for voluntary creditors. Recital 24 of the new Directive uses the phrase “creditors who entered into a relationship with the company”. This wording implies that the voluntary creditors are the ones who should be entitled to the right to adequate safeguards. Furthermore, the provision of the Directive sets two conditions regarding the system of protection of creditors, while neither of them is related to the types of voluntary creditors. However, they are indirectly related to the limitation regarding the protection of tort creditors. It may be concluded that the protection is not limited to voluntary creditors who are not debenture holders or holders of securities other than shares. Yet, if debenture holders and holders of securities other than shares were not covered by the new Directive, they would still be protected by the rules of national laws in the case of cross-border mergers or cross-border divisions of a public limited liability company, according to the decision in the *KA Finanz AG* case (Alexandropoulou 2021, 18). Bearing in mind that this protection is limited to creditors of public limited liability companies (although Member States may extend the application of these rules to other companies as well), and that the new Directive does not contain the mentioned limitation, the broader interpretation (i.e. that the protection is available also to these creditors) should be accepted.

Most creditor protection mechanisms are available for each of the three cross-border operations. These may be called general protection mechanisms. Others are intended only for specific cross-border operations, due to their characteristics, and thus may be addressed as special protection mechanisms. The rule on jurisdiction in cross-border conversions and the rule on joint and several liability in cross-border divisions belong to the category of special protection mechanisms. The remaining protection mechanisms are available for each of the cross-border operations.

Besides this criterion of whether or not a creditor protection mechanism is available for each of the operations, there are other criteria that are also relevant for their classification. In legal theory, the protection of creditors is divided between institutional and individual protection, depending on whether any action by a creditor is required. According to Winner (2019b, 55–56), on the one hand, institutional creditor protection does not expect

³² See Directive 2019/2121, recital 24.

any action by the creditors (e.g. capital maintenance rule as a general rule in the framework of company law). On the other hand, individual creditor protection requires action by the individual creditor before or after a specific date (Winner 2019b, 56–57). In general, the EU legislator has opted for the individual protection of creditors in cross-border operations.

Based on the time criterion, the protection mechanisms that may be applied before a specific date are *ex ante* mechanisms of protection, while the ones available after that moment are *ex post* protection mechanisms. The dividing line may be the date when the cross-border operation takes effect or the general meeting of shareholders (Winner 2019b, 57). To put it differently, *ex ante* protection means that protection starts prior to the general meeting with the publication of the draft terms, while in the *ex post* system of protection, the protection commences after the date of the general meeting at which the decision was delivered or after the date when the operation takes effect (Truli 2016, 38). For example, the rule on jurisdiction in a cross-border conversion is applicable after the operation takes effect, as prescribed by the new Directive. Also, the rule on joint and several liability is an *ex post* creditor protection mechanism. On the other hand, the right to obtain adequate safeguards may be exercised within three months from the disclosure of the draft terms and thus should be classified as an *ex ante* mechanism of protection, although it depends on whether the operation took effect or not (Winner 2019a, 56). The new Directive does not prescribe the strongest *ex ante* protection mechanisms – the creditors’ right to block the cross-border operation, nor the exit right to creditors. Although the exit strategy is mostly related to shareholders, creditors may use it as well, if allowed. This implies the immediate reimbursement of their claims but it is not accepted as a mandatory protective provision in the new 2019 Directive (see Biermeyer 2015, 339). Both *ex ante* and *ex post* protection have certain advantages and disadvantages. *Ex ante* protection provides certainty regarding the operation, since the company will know what to expect after the operation takes effect, but this certainly goes hand in hand with delays because it is time consuming (Winner 2019b, 57; Papadopoulos 2012, 535). However, others (Binard, Schummer 2019, 34) suggest that turning to *ex ante* rules on the protection of creditors may lead to greater uncertainty when implementing operations in general. It is irrefutable that *ex post* protection generates no delays, but may create uncertainty for the creditors, who may only take action subsequently (see Papadopoulos 2012, 535–536). Moreover, *ex post* protection may even become available too late for them (Winner 2019b, 57). Furthermore, the duration of the protection period is also an important issue. It is well established that uncertainty and practical problems may arise, particularly if the companies participating in the cross-border operation are situated in Member States that apply different systems

regarding the commencement and duration of the protection (see Truli 2016, 38). The new Directive contains the time framework for the application of creditor protection mechanisms.

Creditor protection mechanisms may be mandatory or optional. If a protection mechanism is mandatory, the Member State has to subscribe to it. On the contrary, the Member States may choose not to prescribe creditor protection mechanisms that are optional. The only optional protection mechanism in the new Directive is the issuance of declaration of solvency.

Some creditor protection mechanisms are not intended only for creditors. These protection mechanisms should be regarded as additional or as a precondition for the protection of creditors in the narrower sense. Moreover, they may be part of the procedure when a company undertakes the cross-border operation, which serves for the protection of all stakeholders and therefore should be addressed as creditor protection mechanisms in the broader sense. These are disclosure rules, the right to be consulted, and the issuance of a pre-operation certificate.

Mechanisms that are created only for creditor protection may be qualified as mechanisms of creditor protection in the narrower sense. The EU legislator set these rules in a single article on creditor protection per each of the cross-border operation separately. These mechanisms are the right to adequate safeguards, the solvency declaration, the rule on jurisdiction in cross-border conversions, and the rule on liability in the terms of cross-border divisions. The protection mechanisms in the broader sense are going to be analysed before the ones in the narrower sense, bearing in mind that the former are needed for the application of the latter. Creditor protection mechanisms in the narrower sense may be divided in two groups: the ones available for all the operations, and the ones available only for a particular operation. The general protection mechanisms will be elaborated before the special ones.

Finally, it is not entirely clear whether the rules on creditor protection are minimum harmonisation rules, i.e. whether the Member States may broaden the range of protected creditors and whether they may provide additional protection mechanisms that are not provided for in the Directive. Winner (2019a, 54) states that the Member States may introduce or maintain other protection mechanisms bearing in mind that the rules on creditor protection are minimum harmonisation rules. Garcimartín and Gandía (2019, 33 n. 56) raise some doubts although they admit that this conclusion may be drawn from the explanatory memorandum that accompanied the Directive Proposal.³³ They explain that this interpretation may lead to the different

³³ See Explanatory Memorandum to the Directive Proposal, 19.

treatment of creditors and thus undermine the purpose of the Directive, as well as that justifying the additional measures of protection would be difficult under the test of proportionality. The Directive's provisions on creditor protection do not contain the words "at least" when defining the range of protected creditors. On the contrary, these words are used when the protection of shareholders is prescribed, which undoubtedly leads to the conclusion that the range of protected shareholders may be broadened. Furthermore, the conditions regarding the range of protected creditors that are prescribed by the adopted Directive did not exist in the Proposal. Therefore, the range of protected creditors is narrowed in the adopted text. Moreover, the Directive contains one optional protection mechanism. This may be an indication that other additional protection mechanisms may not be provided by the national legislators. European Company Law Experts (the ECLE) also consider these rules as minimum harmonisation rules, although they failed to understand why the EU legislator empowered the Member States to provide an optional mechanism of protection if this is the case (Davies *et al.* 2019, 206). Winner (2019a, 54) opines that by prescribing the rules on optional protection mechanisms, the EU legislator intended only to push the Member States to include it in their legislation. Nonetheless, it should not be disregarded that the explanatory memorandum clearly mentions that the Member States may provide additional safeguards, which is a more flexible solution. Providing additional safeguards may comprehend both the range of protected creditors and the mechanism for their protection. Although it is far from clear from the adopted provisions of the new Directive, this interpretation should be accepted.

5. CREDITOR PROTECTION MECHANISMS IN THE BROADER SENSE

There are three creditor protection mechanisms in the broader sense: the rules on disclosure, the right to be consulted, and the issuance of the pre-operation certificate. All three are part of the procedure of the cross-border operation, which may be regarded as pre-conditions for exercising creditor rights in the narrower sense.

5.1. Disclosure

Generally speaking, disclosure is a common creditor protection mechanism. Its protective function is well known and broadly accepted (see, for example, Merkt 2006, 99). Nevertheless, disclosure itself is not enough

for the proper protection of creditors and is thus accompanied by special protection rules. Creditors are protected through the disclosure of the draft terms of the actual cross-border operation – a document which is drawn up by the administrative or management body. The disclosure of the draft terms is a means of informing the creditors about the proposed operation.³⁴ It is a precondition for submitting the comments on the draft terms by the creditors and thus an *ex ante* mechanism of protection. However, protection through disclosure is available not only to creditors but also to other stakeholders. Therefore, it is a general protection mechanism.

The draft terms contain the information relevant to the creditors. Namely, the draft terms of each of the cross-border operations include, amongst others, any safeguards offered to creditors.³⁵ Guarantees and pledges are examples of safeguards that are explicitly mentioned in the 2019 Directive. Creditors who are not satisfied with the protection in the draft terms are expected to try to find a solution with the company before applying for a safeguard to the appropriate authority. Nevertheless, there are other pieces of information that are important to creditors in the case of cross-border mergers or cross-border divisions, aside from the abovementioned content. These elements of information are connected to changes regarding assets and liabilities. The draft terms need to contain the information on the evaluation of the assets and liabilities that are transferred to the company resulting from the merger, or that are going to be allocated to each company involved in the cross-border division, as well as the dates of the merging companies' accounts used to establish the conditions of the merger, or the date of the accounts of the company being divided in the case of cross-border divisions.³⁶ Furthermore, the draft terms of a cross-border division consist of the precise description of the assets and liabilities of the company being divided, together with the statement regarding their allocation between the recipient companies or the retaining of those by the company being divided in the case of partial divisions or divisions by separation, as well as information on the treatment of assets and liabilities that are not explicitly allocated.³⁷

With regard to the cross-border division, the requirement regarding the detailed information mentioned above is at least in part the result of the recognised increased risks for the creditors. Settling the issue of assets and

³⁴ See Directive 2121/2019, recital 12.

³⁵ See Directive 2121/2019, Art. 86d (f), Art. 122 (n) and Art. 160d (q).

³⁶ See Directive 2017/1132, Art. 122 (k) and (l) and Directive 2019/2121, Art. 160d (m) and (n).

³⁷ See Directive 2019/2121, Art. 160d (l).

liabilities that are not included in the draft terms is particularly important in the event of the insolvency of any of these companies. Creditors need all the information related to the assets and liabilities of their debtor, since their interests are reflected in the company's ability to repay the debt once it becomes due. This crucial information is necessary in order for them to decide whether to apply for additional safeguards. The situation in a cross-border conversion is different, since the assets and liabilities remain the same. Still, creditors should be protected because of the change of applicable company law in the case of cross-border conversions.

The protection of creditors through disclosure was more comprehensive in the Directive Proposal compared to the adopted solution.³⁸ Unlike the adopted 2019 Directive, which contains only one mechanism of creditor protection in relation to disclosure, the Directive Proposal also included an additional one. In addition to the protection through the disclosure of the draft terms, creditors were also protected by the disclosure of the independent expert report. According to the Directive Proposal, creditors were presumed not to be prejudiced by the cross-border operation if the independent expert concluded that there was no reasonable likelihood that the rights of creditors would be unduly prejudiced.³⁹ The report containing this conclusion was to be disclosed together with the draft terms. When such conclusion is missing, it may be a signal to creditors that they should apply for adequate safeguards. This solution was abandoned and, therefore, the role of the independent expert is not significant for the protection of creditors.

5.2. The Right to be Consulted

Creditors have a right to be consulted in the form of submitting their comments on the draft terms to the company, no later than five working days before the date of the general meeting.⁴⁰ The company has to disclose the notice regarding this right at least one month prior to the general meeting. The right to be consulted is a creditor protection mechanism in the broader sense, since it is not created for their specific needs and is also

³⁸ Proposal for a Directive Amending Directive (EU) No. 1132/2017 as regards cross-border conversions, mergers and divisions, COM/2018/241 final – 2018/0114 (COD), Brussels, 25 April 2018.

³⁹ See Directive Proposal, Art. 86k (3) (a), Art. 126b (3) (a), and Art. 160m (3) (a).

⁴⁰ See Directive 2017/1132, Art. 86g (1) (b), Art. 123 (1) (b), and Art. 160g (1) (b).

available to shareholders and employees. This is the weakest mechanism of creditor protection. It is unlikely that shareholders will be influenced by the creditors' comments to such a degree that the comments will affect the shareholders' decision regarding the voting on the cross-border operation. Shareholders are naturally concerned about the impact that the operation may have on their rights, and not about the specific claims that creditors may hold vis-à-vis the company. Therefore, the relevance of this protection mechanism is manifested only in the company receiving notice that the creditors are unsatisfied, which would leave enough time for the company and its management to find a solution and ensure the protection of their rights. Also, this may be an early indication that the creditors will likely apply for additional safeguards.

5.3. Issuance of The Pre-operation Certificate

The issuance of the pre-operation certificate is a part of the procedure of each cross-border operation. The competent authority of the Member State will scrutinise the legality of the cross-border operation regarding the parts of the procedure that are governed by its law and issue a certificate if all the conditions are met and all the procedures and formalities are completed. The issuance of the pre-operation certificate is particularly important for public creditors, since the competent authority may check whether there are any unfulfilled obligations towards them and whether these obligations are sufficiently secured, if this is part of the procedure and formalities.⁴¹ As stated in recital 39 of the Directive, its aim is to ensure that the operation does not prejudice the creditors. Also, the proceedings initiated by the creditors may have consequences on the issuance of the pre-certification of the actual operation.⁴² However, it is primarily connected to the public interest and only indirectly to the interests of the different stakeholders (see Alexandropoulou 2021, 11). All in all, this protection mechanism is not far reaching when it comes to creditor protection in general.

⁴¹ Directive 2019/2121, recital 39, and Directive 2017/1132, Art. 86m (1), Art. 127, and Art. 160m (1).

⁴² See Directive 2019/2121, recital 37.

6. CREDITOR PROTECTION MECHANISMS IN THE NARROWER SENSE

Creditor protection mechanisms in the narrower sense are concentrated in the provisions of the 2019 Directive which regulate solely the protection of creditors. Of the four mechanisms, two are available for all cross-border operations, while two are applicable only to one of these operations. Applying for safeguards and the issuance of a solvency declaration are general protection mechanisms that are available for every cross-border operation. One of the special protection mechanisms relates to jurisdiction in the case of cross-border conversions, while the other is the rule on liability that is available only for cross-border divisions.

6.1. The Right to Adequate Safeguards

Safeguards do not have to be provided to the creditors but if they are, the related information must be included in the draft terms. Some doubts regarding the interpretation of the Directive Proposal provision on the content of the draft terms regarding safeguards were raised by the ECLE. Nevertheless, the ECLE concluded that the words of the Directive Proposal should be interpreted as indicating that offering safeguards to creditors is not mandatory (see Davies *et al.* 2019, 206). Bearing in mind that this provision corresponds and is almost identical to the one in the adopted Directive, this position is also valid for the interpretation of the provision of the new Directive regarding the information on safeguards included in the draft terms.

Dissatisfied creditors, i.e. creditors who are not content with the safeguards provided by the company in the draft terms – if provided at all – may apply for adequate safeguards. These creditors should inform the company that they plan to apply to the appropriate authority for adequate safeguards.⁴³ The notification requirement enables them to find a solution with the company, which would make the application for adequate safeguards to the competent authority unnecessary. The Directive left it to the Member State to decide whether the appropriate authority should be administrative or judicial. The distinction between these possibilities should not be underestimated. Court proceedings are usually longer and more expensive compared to

⁴³ See Directive 2019/2121, recital 23.

administrative ones (Kyriakides, Fournari 2020, 214–15). Nevertheless, the Member States should take into account the tradition and particularities of the country at issue when making such decisions.

Still, not all creditors have the right to apply for adequate safeguards. The 2019 Directive sets two conditions regarding the claims of dissatisfied creditors that need to be met in order for them to be entitled to apply for adequate safeguards. The claim has to antedate the publication of the draft terms of the cross-border operation and not to have fallen due at that time. The range of protected creditors is narrowed in comparison with the Proposal, which did not include any of these conditions.⁴⁴

The first requirement tends to exclude persons who became creditors after the disclosure of the draft terms, since they knew about the intended cross-border operation and still decided to enter into agreement with the company (Radović 2018, 652). Clearly, this explanation is limited to voluntary creditors and thus cannot be applied to tort creditors. The second requirement excludes from the system of protection creditors whose claims have fallen due at the said time. The underlying rationale is that they are able to ask for performance at once while being protected by the rules of enforcement (Radović 2018, 653). This requirement indirectly excludes the tort creditors from the range of protected creditors. Namely, their claims are generally considered due from the moment when the damage occurred (Vizner 1978, 832–834) To put it differently, the claims of tort creditors that antedate the disclosure of the draft terms have fallen due before the time of such disclosure. Therefore, the conditions set in this provision limit the range of protected voluntary creditors only in relation to the time criteria, while they indirectly exclude the tort creditors from the system of protection if according to the national law their claims are considered due from the moment when the damage occurred.

Creditors must apply for adequate safeguards within three months of the disclosure of the draft terms of the actual operation.⁴⁵ The competent authority should compare the value and credit quality of the claim against the company before and after the cross-border operation, since these should be equal, while taking into account whether the claim may be brought in the

⁴⁴ See Directive Proposal, Art. 86k (2), Art. 126b (2), and Art. 160m (2).

⁴⁵ See Directive 2017/1132, Art. 86j (1), Art. 126b (1), and Art. 160j (1). The deadline was shorter in the Directive Proposal since creditors were supposed to petition for adequate safeguards within one month of the disclosure of the draft terms. See Directive Proposal, Art. 86k (2), Art. 126b (2), and Art. 160m (2).

same jurisdiction. For their claims to be awarded, creditors need to credibly demonstrate that the satisfaction of their claims is at stake and that they have not obtained adequate safeguards from the company.

Credible demonstration appears not to be easy to deliver by creditors. This is particularly true for proving that the satisfaction of creditors is at stake. The new Directive does not reveal what that means. Although this requirement may not be connected to the financial situation of the company in the case of cross-border conversions, since the assets and the liabilities of the company remain the same, it should be interpreted as such in cross-border mergers and divisions. This interpretation is in accordance with the rules on domestic mergers and divisions, where the financial situation is explicitly mentioned. Namely, creditors are protected if the protection is necessary due to the financial situation of the merging company, or of the company being divided and of the company to which the obligation is to be transferred.⁴⁶ It may be concluded that the wording “at stake” should be understood as referring to the financial situation of the company at issue, in cases of cross-border mergers and cross-border divisions. For example, the claims may be at stake when the basic capital of the company undergoing the cross-border operation is going to be decreased as a result of the cross-border division, or when a company merges with another whose financial situation is comparatively worse (see Radović 2018, 655). A credible demonstration that the creditors did not obtain adequate safeguards should include the presentation of the information regarding the safeguards provided in the draft terms, if there is one, followed by the description of the claim and the security, if it exists, together with an explanation why the additional safeguard is needed. Furthermore, obtaining the safeguard depends on whether the cross-border operation has taken effect or not. Namely, the safeguard may be obtained only if the cross-border operation takes effect.⁴⁷ To conclude, the decision will depend on the result of comparing the financial situation of the debtor before and after the operation. This explanation regarding the words “at stake” is not too helpful with regard to cross-border conversions, so it can be expected that creditors will hardly succeed in complying with

⁴⁶ See Directive 2017/1132, Art. 99 (2) and Art. 146 (2).

⁴⁷ The date on which the cross-border operation takes effect is determined by the law of the departure Member State in the case of cross-border conversions, by the law of the Member State to which the company resulting from the cross-border merger is a subject in the case of cross-border mergers, and by a Member State to which the company being divided is subject in the case of cross-border divisions. See Directive 2017/1132, Art. 86q, Art. 129, and Art. 160q.

this request in that specific cross-border operation. This is especially the case bearing in mind that the special rule on jurisdiction is a protection mechanism available to creditors only for this operation.

Finally, the adopted text of the Directive differs significantly from the one of the Proposal. The right to adequate safeguards was not available to creditors, i.e. they were considered not to be prejudiced in two alternative situations.⁴⁸ First, the creditors were presumed not to be prejudiced if the independent expert concluded that there was no reasonable likelihood that the rights of creditors would be unduly prejudiced when the company disclosed the report together with the draft terms. Second, creditors may not be awarded the additional safeguard when they are offered a right to payment and if the right to payment is of at least an equivalent value to the original claim, if it may be brought forward in the same jurisdiction as the original claim and if its credit quality is at least commensurate with the original claim. As noted by the ECLE, the Proposal did not indicate who should assess the credit quality and this exception is not suitable for cross-border conversions, since the change of assets and number of creditors does not occur (Davies *et al.* 2019, 207). This concept was abandoned.

6.2. Solvency Declaration

The solvency declaration is a statement of the management or administrative body of the company carrying out a cross-border operation declaring that they are not aware of any reason why the company after the conversion takes effect in the case of cross-border conversions, the company resulting from the merger in the case of cross-border mergers, or any recipient company in the case of full divisions and the company being divided in the case of partial divisions, would not be able to meet its liabilities or the liabilities allocated to them in accordance with the draft terms. Generally, this mechanism of protection tends to protect creditors from the risk of insolvency after the cross-border operation.⁴⁹ It is a declaration regarding the financial status of the company being converted, or of each of the merging companies or of the company being divided, no earlier than one month before the disclosure of that declaration.⁵⁰ The statement has to be based on the information available to the management or the administrative body at

⁴⁸ See Directive Proposal, Art. 86k (3) (a) and (b), Art. 126b (3) (a) and (b), and Art. 160m (3) (a) and (b).

⁴⁹ See Directive 2019/2121, recital 25.

⁵⁰ See Directive 2121/2019, Art. 86j (2), Art. 126b (2), and Art. 160j (3).

the date of the declaration. The body competent to issue the declaration is required to make reasonable inquiries in order to determine the financial status of the company.

As previously mentioned, this protection mechanism is optional. If the Member State opts to require the drafting of a solvency declaration, the company has to publish it together with the draft terms no more than one month before the general meeting. Furthermore, in the case of cross-border mergers, the solvency statement should be the same for all merging companies, bearing in mind that it should be published together with the common draft terms (Jevremović Petrović 2020, 269). If the laws of the Member States to which the merging companies are subjects have chosen different approaches, in a manner that this protection mechanism is not available in each of the Member States, the issuing of a solvency declaration would still be required. The wording of the Directive is clear – the Member States may require this from each of the merging companies. If this requirement is not met, it might be considered a lack of the procedure. Also, this is in accordance with the private international law rule on cumulative application of national laws (Jevremović Petrović 2020, 269).

Bearing in mind that the solvency declaration may be inaccurate or misleading, the Member States should provide rules on liability of the members of the management or administrative bodies. These rules should be detailed, which is especially important in the case of cross-border mergers, where this declaration is the same for all merging companies. Although the directors of one company may not know enough about the financial status of the other merging company, they may still be liable (see Jevremović Petrović 2020, 269). However, the provisions of the 2019 Directive do not set any rules regarding liability. Yet, in recital 25, the Directive provides the general instruction that penalty and liability have to be effective and proportionate in accordance with the EU law.⁵¹

Finally, opting for this protection mechanism may also produce some negative effects. The directors may decide not to proceed with the operation in order to avoid possible liability connected to the signing of the declaration

⁵¹ The rules on the liability of directors where there is a likelihood of insolvency are not harmonised. Nevertheless, the rule regulating the duties (but not the liability) of the directors regarding their actions during that period is set in Article 19 of Directive 2019/1023 (Directive 2019/1023/EU on preventive restructuring frameworks, on discharge of debt and disqualifications, and on measures to increase the efficiency of procedures concerning restructuring, insolvency and discharge of debt, and amending Directive 2017/1132/EU (Directive on restructuring and insolvency), OJ L 172 of 26/6/2019).

of solvency (Alexandropoulou 2021, 19). However, this deterring effect may be regarded as positive from the point of view of the creditors. Furthermore, proceeding with the operation while providing protection for the directors will lead to the increase of costs connected to the fees for consultants and D&O insurance policies (Alexandropoulou 2021, 19). In conclusion, its optional nature and the under-regulation regarding liability make this protection mechanism weak and not too attractive for the Member States.

6.3. Jurisdiction

The creditors of a company performing a cross-border conversion are additionally protected by the special rule on jurisdiction. There is only one requirement regarding the creditor's claim that has to be met – the claim needs to antedate the disclosure of the draft terms of the cross-border conversion. All creditors whose claims antedate the disclosure of the draft terms may institute proceedings against the company in the departure Member State within two years of the cross-border conversion takes effect.⁵² To put it differently, creditors may sue the company in the Member State of its origin. This protection mechanism applies to all creditors whose claims became due in the period of two years from the cross-border conversion taking effect (same as Alexandropoulou 2021, 19). This is significant for smaller creditors who did not protect themselves by choice-of-forum clauses (Winner 2019a, 60).

This possibility should be without prejudice to the rules on jurisdiction set in Union law, national law, or arising from a contract. It is an additional rule to other rules on the choice of jurisdiction. Creditors may not use this protection mechanism when jurisdiction is exclusive according to Regulation (EU) No. 1215/2012 (Alexandropoulou 2021, 20).⁵³ The reason why this protection mechanism is available only in cross-border conversions may be that the EU legislator considered this operation more dangerous than others since the applicable law may change without the transfer of assets (Winner 2019a, 60).

⁵² See Directive 2019/2121, Art. 86j (4).

⁵³ Regulation No. 1215/2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ L 351 of 20/12/2012 (Brussels I-bis Regulation).

6.4. Joint and Several Liability

In the case of cross-border divisions, a special protection rule is provided for creditors whose claims are not settled by the company to which the obligation is allocated. This mechanism of protection is designed to counteract the specific risks faced by creditors in the case of cross-border divisions performed by their debtors. The draft terms of the cross-border division have to contain the information on which company is liable to which creditor. Namely, if a creditor of the company being divided does not obtain satisfaction from the company to which the liability is allocated, the other companies involved – i.e. the recipient companies in a full division and the company being divided in the case of partial division and divisions by separation, will be jointly and severally liable with the company to which the subsidiary liability is allocated.⁵⁴ Therefore, the creditor needs to try to settle with the main debtor – the company to which the liability is allocated – before demanding fulfilment from the other debtors. Only if the main debtor fails to fulfill its obligation, the creditor may receive satisfaction from the other liable companies. The maximum amount of joint and several liability of any company involved in this cross-border operation is limited to the value of the net assets allocated to it at the date on which the division takes effect.

Unlike in the case of domestic divisions of public limited liability companies where many different options were available, the EU legislator decided to prescribe two mandatory creditor protection mechanisms in cross-border divisions: the right to obtain safeguards, and the rule on joint and several liability of the companies involved in the cross-border division, when the obligation is not fulfilled by the main debtor (subsidiary liability), plus the optional mechanism regarding the solvency declaration.⁵⁵ Also, the legislator did not refer to the complicated system of protection in domestic divisions, where the right to obtain the additional safeguard may be combined with the rule on joint and several liability when the main debtor does not fulfill its obligation or with the rule on joint and several liability of the recipient companies for the liabilities of the company being divided, which is not a subsidiary liability. Bearing in mind the complicated system of creditor protection in national divisions, the adopted system of creditor protection in cross-border divisions should be welcomed.

⁵⁴ See Directive 2019/2121, Art. 160j (2).

⁵⁵ Compare Directive 2019/2121, Art. 160j (2), and Directive 2017/1132, Art. 146.

7. CONCLUSION

Previous rules on cross-border mergers were improved by the new Directive while completely new rules were prescribed for the other two cross-border operations. Nevertheless, the rules of the 2005 Directive on cross-border mergers were a foundation for future development regarding the rules on all three cross-border operations. The European legislator chose a technique of regulating them one by one while not combining domestic with cross-border operations. The protection of creditors is mandatory in all three cross-border operations. The protection is individual, since creditor should take action in order to be protected. Some of these mechanisms are *ex ante* protection mechanisms, while others are *ex post* mechanisms of protection. All the potential risks for creditors connected to the cross-border operations are clearly considered by the EU legislator. Namely, as a result of a cross-border operation, the debtor and/or its financial situation may be changed, as well as the applicable company law. Regarding the range of protected creditors, it is not completely clear whether the rules on creditor protection cover all types of creditors. On the one hand, the protection is not limited to voluntary creditors who are not debenture holders or holders of securities other than shares while, on the other hand, it seems that the tort creditors are indirectly excluded from the system of protection. The interpretation of the provisions of the Directive, in their linguistic meaning, leads to the conclusion that the range of protected creditors may not be broadened and that additional protection mechanisms not provided for in the Directive may not be prescribed by the national legislators. Nevertheless, the explanatory memorandum of the Directive Proposal makes it clear that this was not the intention of the EU legislator. The linguistic interpretation should not prevail, i.e. the range of protected creditors may be broadened and additional safeguards may be provided.

Creditor protection mechanisms provided for in the Directive may be divided into protection mechanisms in the broader sense and the ones in the narrower sense. The former are not intended only for creditors and they serve as pre-conditions exercising of creditor rights. These are the rules on disclosure, the right to be consulted, and the issuance of the pre-operation certificate. The procedure of the cross-border operation itself comprises of the creditor protection mechanisms in the broader sense. Protection through disclosure relates only to the disclosure of the draft terms. Although the disclosure itself is not enough for the proper protection of creditors, it is the most important mechanism in the broader sense, since it is a precondition for the application of other protection mechanisms. Protection through the

right to be consulted is the weakest among them. The creditors' comments may be a way to inform the company that they are not satisfied with the offered safeguards, which would leave enough time for the company to find an adequate solution that is acceptable to the creditors. The issuance of the pre-operation certificate by the competent authority is an indirect protection mechanism, which is relevant mostly for public creditors. Therefore, the main protection mechanisms are the latter – the protection mechanisms in the narrower sense – which are created exclusively for the protection of the interest of the creditors. Most of these mechanisms are general, since they are available in all three cross-border operations. However, some apply only to particular ones.

Protection in the form of applying for safeguards is provided only if certain conditions are met. Namely, claims should antedate the disclosure of the draft terms and they should not have fallen due at the time of disclosure, while their satisfaction should be at stake. Only the creditors who did not obtain an adequate safeguard from the company may be awarded this protection. Besides being not secured or being not secured enough, the satisfaction of their claims needs to be at stake, i.e. threatened or at risk by the cross-border operation. This should be credibly demonstrated by the creditors. The meaning of the words “at stake” is particularly problematic in the case of cross-border conversions and that is why it may be expected that this protection mechanism will not be very helpful, at least in such cases. Protection in the form of the issuance of the solvency declaration is the weakest mechanism of protection in the narrower sense, because it is optional, while no detailed rules regarding the liability of the administrative or management body are provided. The special rule on jurisdiction, which enables creditors to initiate the proceedings in the Member States of the company's origin, within two years of the operation taking effect, is available only in cross-border conversions. This is possible when jurisdiction is not exclusive and where the prorogation clause is not prescribed in the contract. Therefore, it is considered useful for small and non-professional creditors, who might be exposed to costs and thus be unwilling to sue in a different country. Finally, the last protection mechanism available only in cross-border divisions is subsidiary joint and several liability of other recipient companies with the company to which the liability is allocated, in the case of full divisions, and of companies being divided, in the case of partial divisions or divisions by separation. Unlike the complex rules on joint and several liability in domestic divisions, this rule is clear and should thus be welcomed.

Although there is room for improvement regarding the protection of creditors, and especially regarding the need for clarification concerning the range of protected creditors and the meaning of the words “at stake”,

with regard to the satisfaction of claims in cross-border conversions, it is undeniable that the adopted system of protection is well designed. To conclude, the interests of creditors are well protected in each of the cross-border operations.

REFERENCES

- [1] Alexandropoulou, Antigoni, Martin Winner. 4/2021. Creditor Protection and Divisions – Did the CJEU Get it Right? *European Company and Financial Law Review* 18: 588–607.
- [2] Alexandropoulou, Antigoni. 1/2021. Protection of members and creditors after the Mobility Directive: challenges in the implementation. *ERA Forum* 22: 9–20.
- [3] Bech-Bruun and Lexidale. 2013. Study on the Application of the Cross-border Mergers Directive. *5-8fea-01aa75ed71a1* (last visited 26 March, 2022).
- [4] Biermeyer, Thomas, 2015. Stakeholder Protection in Cross-Border Seat Transfers in the EU. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2837424 (last visited 26 March, 2022).
- [5] Binard, Sébastien, Laurent Schummer. 1/2019. The Case for Further Flexibility in Matters of Cross-Border Corporate Mobility. *European Company Law Journal* 16: 31–37.
- [6] Bratton, William W. 1/2006. Bond Covenants and Creditor Protection: Economics and Law, Theory and Practice, Substance and Process. *European Business Organization Law Review* 7: 39–97.
- [7] Davies, Paul, Susan Emmenegger, Eilís Ferran, Guido Ferrarini, Klaus J. Hopt, Niamh Moloney, Adam Opalski, Alain Pietrancosta, Markus Roth, Tolf Skog, Martin Winner, Jaap Winter, Eddy Wymeersch (European Company Law Experts – ECLE). 1–2/2019. The Commission’s 2018 Proposal on Cross-Border Mobility – An Assessment, *European Company and Financial Law Review* 16: 196–221.
- [8] Enriques, Luca, Martin Gelter. 1/2006. Regulatory Competition in European Company Law and Creditor Protection. *European Business Organization Law Review* 7: 417–453.
- [9] Ernst & Young. 2018. Assessment and quantification of drivers, problems and impacts related to cross-border transfers of registered offices and cross-border divisions of companies – Executive summary,

- DG JUST, JUST/2015/PR/01/0003. https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/dg_just_transfers_divisions_executive_summary_final_en_06022018_1.pdf (last visited 26 March, 2022).
- [10] Fleischer, Holger. 7/2006. Legal Capital: A Navigation System for Corporate Law Scholarship. *European Business Organization Law Review* 7: 29–38.
- [11] Fuentes Naharro, Mónica. 2019. Cross-Border Conversions and the Company Law Package. 13–48 in *Stakeholder Protection in Restructuring – Selected Company and Labour Law Issues*, edited by Erika Kovács and Martin Winner. Baden-Baden: Nomos.
- [12] Garcimartín, Francisco, Enrique Gandía. 1–2/2019. Cross-Border Conversions in the EU: The EU Commission Proposal. *European Company and Financial Law Review* 16: 15–43.
- [13] Gerner-Beuerle, Carsten, Federico M. Mucciarelli, Edmund-Philipp Schuster, Mathias M. Siems. 2016. Study on the Law Applicable to Companies. <https://www.lse.ac.uk/business/consulting/reports/study-on-the-law-applicable-to-companies> (last visited 26 March, 2022).
- [14] Jevremović Petrović, Tatjana. 2020. Unapređenje pravnog okvira prekograničnih pripajanja i spajanja privrednih društava u pravu EU. 249–276 in *Izazovi u međunarodnom poslovnom pravu i pravu Evropske unije – Liber Amicorum in Honours of Radovan D. Vukadinović*, edited by Allan F. Tatham, Vitomir G. Popović, Jelena Vukadinović Marković. Banja Luka – Kragujevac: Akademija nauka u umjetnosti Republike Srpske i Udruženje za evropsko pravo.
- [15] Jevremović Petrović, Tatjana. 2021. Regulisanje prekograničnih promena pravne forme privrednih društava. 53–86 in *Liber Amicorum prof. dr Mirko Vasiljević*, edited by Dušan Popović. Beograd: Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet.
- [16] Kyriakides, Michael, Fryni Fournari. 2020. Procedural Harmonisation in Cross-Border Mergers. 209–222 in *Cross-Border Mergers – EU Perspectives and National Experiences*, edited by Thomas Papadopoulos. Cham: Springer.
- [17] Merkt, Hanno. 1/2006. Creditor Protection Through Mandatory Disclosure 7: 95–122.
- [18] Mucciarelli, Federico M. 2020. Cross-Border Mergers and Reincorporations in the EU: An Essay on the Uncertain Features of Companies’ Mobility. 53–64 in *Cross-Border Mergers – EU Perspectives and National Experiences*, edited by Thomas Papadopoulos. Cham: Springer.

- [19] Papadopoulos, Thomas. 4/2012. The Magnitude of EU Fundamental Freedoms: Application of the Freedom of Establishment to the Cross-Border Mergers Directive. *European Business Law Review* 23: 517–546.
- [20] Raaijmakers, Geert T.M.J., Thijs P.H. Olthoff. 1/2008. Creditor protection in cross-border mergers; unfinished business. *Utrecht Law Review*: 4, 34–39.
- [21] Radović, Mirjana. 4–6/2018. Pravo poverioca da zahteva dobijanje odgovarajuće zaštite u slučaju statusne promene privrednog društva – dužnika. *Pravo i privreda* 56: 645–665.
- [22] Schmidt, Jessica. 2016. Study on Cross-border mergers and divisions, transfer of seat: Is there a need to legislate? [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556960/IPOL_STU\(2016\)556960_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556960/IPOL_STU(2016)556960_EN.pdf) (last visited 26 March, 2022).
- [23] Teichmann, Christoph. 2/2016. Corporate Restructuring under the EMCA. *European Company and Financial Law Review* 13: 277–300.
- [24] Truli, Emmanuella. 2016. Ex-post analysis of the EU framework in the area of cross-border mergers and divisions, European Implementation Assessment – Study, EPRS – European Parliamentary Research Service. Ex-Post Impact Assessment Unit, PE 593.796. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/593796/EPRS_STU\(2016\)593796_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/593796/EPRS_STU(2016)593796_EN.pdf) (last visited 26 March, 2022).
- [25] Vizner, Boris. 1978. Član 186. Kad dospijeva obveza naknade. 832–834. *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*. Zagreb: Riječka tiskara.
- [26] Winner, Martin. 1–2/2019a. Protection of Creditors and Minority Shareholders in Cross-border Transactions. *European Company and Financial Law Review* 16: 44–73.
- [27] Winner, Martin. 2019b. Creditor Protection in Mergers in Europe. 49–72 in *Stakeholder Protection in Restructuring – Selected Company and Labour Law Issues*, edited by Erika Kovács and Martin Winner. Baden-Baden: Nomos.

Article history:

Received: 21. 5. 2022.

Accepted: 31. 7. 2022.

УДК 347.637:347.171-055.62

CERIF: S 130

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_22304A

Др Душица ПАЛАЧКОВИЋ*

Др Санда ЂОРАЦ**

НЕСАГЛАСНОСТ РОДИТЕЉА О ПРОМЕНИ ПРЕБИВАЛИШТА ДЕТЕТА – ПРОЦЕСНОПРАВНЕ ДИЛЕМЕ И МОГУЋА РЕШЕЊА

У случају када родитељ који не врши родитељско право није сагласан са променом пребивалишта детета, односно пресељењем у иностранство са родитељем који самостално врши родитељско право, наши судови, по правилу, заузимају став да искључиво због тога што није дао сагласност родитеља који не врши родитељско право треба делимично лишити родитељског права и тиме омогућити да о промени пребивалишта други родитељ одлучује самостално. У теорији породичног права таква пракса је критикована као неприхватљива, па се намеће потреба да се истраже и друге процесне могућности у тим ситуацијама. У овом раду се анализирају разлике предмета спора у поступку за делимично лишење родитељског права и предмета спора у случају када нема

* Редовни професор у пензији, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Србија, duda@jura.kg.ac.rs.

** Доцент, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Србија, scorac@jura.kg.ac.rs.

сагласности о промени пребивалишта, испуњеност услова за вођење поступка у спору за заштиту права детета који је предвиђен Породичним законом и врста заштите која би била примерена решењу тих спорова.

Кључне речи: *Делимично лишење родитељског права. – (Не)сагласност родитеља са променом пребивалишта детета. – Поступак. – Судска заштита.*

1. УВОД

Због економске кризе, отежаног запошљавања и финансијских тешкоћа које из тога произилазе, све је чешћа појава пресељења детета/ деце у иностранство са родитељем који самостално врши родитељско право. Не треба, међутим занемарити ни околности личне природе – закључење новог брака или заснивање нове ванбрачне заједнице родитеља или жељу за повезивањем са породицом. Правно, а посебно процесноправно, у тим случајевима је спорно када се пресељењу (промени пребивалишта) противи родитељ који не врши родитељско право јер се у пракси наших судова у тим ситуацијама прибегава делимичном лишењу родитељског права родитеља који то право не врши као јединој алтернативи. Такав приступ судске праксе запажен је и критикован у нашој правној теорији десетак година уназад (видети, на пример, Драшкић 2012, 366–381; Драшкић 2020б, 264–266; Арсић, Банић 2018, 156–157). При томе, пресељење детета у другу државу неупоредиво неповољније утиче на одржавање личних односа родитеља који не врши родитељско право и детета, као и на право на поштовање породичног живота у односу на промену пребивалишта у оквиру државе или у случају путовања детета без промене пребивалишта – из туристичких или здравствених разлога, због екскурзија, такмичења и сл. Деца која су навршила 15. годину живота и која су способна на расуђивање имају право да одлуче са којим ће родитељем живети¹, па је предмет анализе у раду пресељење деце млађе од тог узраста.

У процесним одредбама Породичног закона Републике Србије могу се препознати адекватнији, мање ригидни приступи разрешењу проблема несагласности са пресељењем у односу на приступ судова који се своди на делимично лишење родитељског права родитеља који то право не врши. Најприхватљивије решење је примена правила о посебном

¹ Породични закон – ПЗ, *Службени гласник РС* 18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015, чл. 60, ст. 4.

парничном поступку за заштиту права детета (ПЗ, чл. 261–273), који је и предвиђен као процесни механизам заштите оних права која ПЗ признаје детету, а нису заштићена применом правила других поступака. Како се, међутим, родитељу који врши родитељско право не може ускратити право на подношење тужбе за делимично лишење родитељског права, неопходно је размотрити и процесни положај, односно могућности којима тужени (родитељ који не врши родитељско право) располаже у овом случају. Једна од могућности је и иницирање преиспитивања (измене) начина вршења родитељског права. Такође, морају бити размотрена и узета у обзир и официјелна овлашћења суда, односно одступање од диспозитивне максиме. Све то упућује на неопходност сагледавања проблема у ширем, материјалноправном и процесноправном контексту. Предложена решења, пак, морају пружати адекватну заштиту деци, односно бити у најбољем интересу детета, али и родитеља који су у спору, односно не могу постићи сагласност, не само о промени пребивалишта, већ и о другим питањима која битно утичу на живот детета (ПЗ, чл. 78, ст. 3).

2. ВРШЕЊЕ РОДИТЕЉСКОГ ПРАВА, НАДЛЕЖНОСТ ЗА РЕШАВАЊЕ СПОРОВА И (НЕ)САВЕСНОСТ

Основни принцип вршења родитељског права који је усвојен у законима који регулишу материју породичноправних односа јесте заједничко и споразумно вршење. Тај модел ПЗ безусловно прихвата одредбом члана 75, ст. 1 у околностима када родитељи воде заједнички живот. У ставу 2 истог члана такав приступ се предвиђа и у ситуацији када родитељи не воде заједнички живот, али уз услов да су закључили споразум о заједничком вршењу родитељског права и да је суд утврдио да такав споразум одговара остварењу принципа најбољег интереса детета. Ни у условима у којима један родитељ врши родитељско право (ПЗ, чл. 77) други родитељ није потпуно лишен права и дужности које чине садржину родитељског односа. Наиме, на основу одредбе члана 78, ст. 3 родитељ који не врши родитељско право и даље има право и обавезу да издржава дете, да са дететом одржава личне односе и да са родитељем који самостално врши родитељско право заједнички и споразумно одлучује о питањима која битно утичу на живот детета. У члану 78, ст. 4 наводе се нека од тих питања – образовање детета, предузимање већих медицинских захвата над дететом, промена пребивалишта детета и располагање имовином детета велике вредности,

а из стилизације законског текста следи да је набрајање *exempli causa* те да суд може *in concreto* да оцењује, као фактичко питање, шта је од битног значаја за живот детета (Драшкић 2020а, 287).

Уколико родитељи не могу да постигну споразум о било којем од питања која битно утичу на живот детета, примарно се примењују правила ПЗ о превентивном и корективном надзору над вршењем родитељског права од органа старатељства (ПЗ, чл. 79–80). Међутим, у теорији се истиче да, према ПЗ, постоји само једна ситуација у којој орган старатељства у оквиру превентивног надзора може да донесе одлуку о питању које битно утиче на живот детета – може одлучити о имену детета када родитељи не могу да се споразумеју (ПЗ, чл. 344, ст. 4; Влашковић 2018, 211). Истовремено, добровољност примене посредовања ограничава домете тог поступка.² Уколико такви законом предвиђени методи не буду дали резултат, односно ако се не постигне споразум, спор који постоји између родитеља и који се (као и у другим ситуацијама) негативно одражава на личност и развој детета, његова права и интересе, решаваће се судским путем.

Прибегавање делимичном лишењу родитељског права родитеља који не врши родитељско право искључиво због тога што одбија да дâ сагласност за промену пребивалишта детета свакако је проблематично. Наиме, према одредби чл. 82, ст. 1 ПЗ, делимично лишење је последица несавесног вршења права или дужности из садржине родитељског права. Савесност, као правни стандард у вршењу родитељског права, могла би се одредити као поступање родитеља у складу са дужностима и обавезама на начин прихватљив у конкретним околностима и према схватању средине. Како је несавесност у вршењу родитељских права и дужности услов за делимично лишење родитељског права, суд је дужан да *in concreto* испита да ли су однос родитеља према детету и начин његовог вршења родитељских дужности и права пре свега у складу са законским правима детета и његовим могућностима.³ На основу одредаба ПЗ и одговарајућих норми међународног права, пре свега Конвенције о правима детета, свако дете има, уз законска ограничења, бројна права из којих произилази обавеза родитеља да, у складу са

² Према чл. 80, ст. 2, т. 2 ПЗ, орган старатељства упућује на посредовање. Закон о посредовању у решавању спорова, *Службени гласник РС* 55/14, говори о посредовању у породичним споровима (чл. 3, ст. 2), а добровољност је одређена у члану 2.

³ Решење Вишег суда у Пожаревцу 1 Гж2 7/19, 20. фебруар 2019, *Билтен Вишег суда у Пожаревцу 7/2019*, Intermex, Београд.

својим могућностима, обезбеде детету услове за остваривање тих права, што подразумева и улагање додатних напора ради стварања услова за правилан раст и развој детета.

Несавесност у вршењу родитељских права се не претпоставља већ је доказују родитељи или друга лица овлашћена за покретање поступка за лишење родитељског права (ПЗ, чл. 264, ст. 2). Примена истражног начела условљава обавезу суда да самостално истражује и чињенице које странке нису изнеле у поступку, па и када се тичу (не)савесности родитеља (ПЗ, чл. 205). Како се правни стандард савесности у вршењу родитељског права конкретизује, односно добија одређену садржину у пракси судова, то подразумева свестран, свеобухватан приступ судова и неспорно утврђивање свих чињеница које се односе на приступ вршењу родитељског права. Савесно и брижљиво поступање родитеља у вршењу родитељског права подразумева улагање посебног напора и труда да „лични контакт са дететом буде адекватан, прилагођен потребама и узрасту малолетног детета, жељи детета да буде вољено и прихваћено у средини у којој живи“.⁴ Предмет процене суда је и приврженост родитељу (родитељима), блискост, отвореност, непосредност, искреност и нежност у односу родитеља и детета и узајамна љубав и топлина.⁵ Посебно се морају процењивати мотиви родитеља за одређено понашање, на пример, да је аутентичан мотив оца да се детету забрани да поседује путну исправу био да настави сукоб са мајком детета, а не жеља да дете остане у Србији.⁶ Поседовање личних и родитељских капацитета да се одговори развојним потребама детета у складу са узрастом, постављање граница и правила понашања, истрајност у захтевима који се постављају детету, флексибилност у поступању уз уважавање личности детета и контекста у коме дете показује одређено понашање, препознавање развојних и индивидуалних потреба детета и осетљивост на њих, обезбеђење оптимално стабилне средине за развој капацитета детета, спремност родитеља да развија своје компетенције у остварењу те улоге, само су неки од критеријума о којима се мора водити рачуна када се одлучује о савесности у вршењу родитељског права.⁷ Одлуку о делимичном лишењу родитељског права суд може до-

⁴ Пресуда Врховног касационог суда Рев. 2249/2017, 26. октобар 2017.

⁵ Пресуда Врховног касационог суда Рев. 3228/2019, 18. септембар 2019.

⁶ Пресуда Врховног касационог суда Рев. 3120/2017, 27. децембар 2017.

⁷ Пресуда Врховног касационог суда Рев. 6201/2020, 20. јануар 2021.

нети искључиво ако неспорно утврди да родитељ занемарује или не-савесно врши родитељске дужности и тиме угрожава добробит детета у одређеном домену живота.⁸

3. ПРАКСА СУДОВА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Судови у Републици Србији, што је већ поменуто, скоро без изузетка заузимају став да се у случају спора родитеља о промени пребивалишта детета родитељ који не врши родитељско право „мора“ делимично – у односу на право на промену пребивалишта, лишити родитељског права како би се другом родитељу омогућило да самостално донесе одлуку о томе. При томе се у тужбама најчешће и као једини разлог лишења наводи околност одбијања давања сагласности, а у одлучивању се полази од одредбе чл. 82, ст. 4 ПЗ, која „омогућава“ делимично лишење родитеља који не врши родитељско право у погледу одржавања личних односа са дететом и права да одлучује о питањима која битно утичу на живот детета, када разлози за лишење буду неспорно утврђени.

У једној од ранијих одлука у поступку по ревизији⁹, која је анализирана и критикована у литератури (Драшкић 2012, 366–381), Врховни касациони суд је изричито навео да „суд није овлашћен да уместо родитеља одлучује о пребивалишту малолетног детета или да доноси одлуке које замењују заједничке одлуке родитеља о битним питањима вршења родитељског права – која утичу на живот малолетног детета, а превентивни и корективни надзор над вршењем родитељског права обавља орган старатељства, а не суд“. При томе Врховни касациони суд није одбио пружање судске заштите¹⁰ већ је вратио правну ствар на поновно одлучивање првостепеном суду, уз налог да отклони недостатак, односно „наложи уређење тужбе у погледу захтева противтужбе који може бити усмерен на делимично лишење родитељског права, а не на доношење одлуке која замењује сагласност родитеља за одвођење малолетног детета у иностранство или да о делимичном лишењу

⁸ Пресуда Врховног касационог суда Рев. 3200/2017, 27. децембар 2017.

⁹ Решење Врховног касационог суда Рев. 2557/06, 1. март 2007.

¹⁰ Било је и случајева одбацивања тужбе јер захтев који гласи да се тужени обавезује да дâ сагласност за напуштање територије Србије не ужива судску заштиту (видети, на пример, Решење Вишег суда у Новом Саду Гж2. 36/10, од 11. октобра 2010, у којем се наводи: „Првостепени суд није имао законских могућности да удовољи захтеву тужилаца, јер тако постављени тужбени захтев не може бити предмет судске заштите.“).

родитељског права одлучи по службеној дужности“.¹¹ Исти став Врховни касациони суд је заузео и у одговору на спорно правно питање из 2017. године (Апелациони суд у Новом Саду 2018, 34–35).¹²

Нешто шире образложење тог става налазимо у Решењу Апелационог суда у Новом Саду¹³ које је донето у поступку по жалби, у којем се наводи: „Суд одлучује о правима и дужностима из садржине родитељског права родитеља који не врши родитељско право само ако су испуњени услови да се у том делу родитељ лиши родитељског права или позове на вршење тих права и дужности, да је право родитеља који не врши родитељско право изворно законско право и суд о том праву не треба да доноси одлуку, ако нису испуњени услови да се у том делу родитељ лиши родитељског права или позове на вршење тих права и дужности што би био предмет судског одлучивања. Стога, суд о овим правима и дужностима не треба да одлучује, када нису компромитована, јер извиру из Породичног закона и подразумевају се али, насупрот наводи жалбе, тужени то право и дужност има, а интервенција тужиље, као родитеља који врши родитељско право, може да се односи само на ситуације када би тужени несавесно вршио или занемаривао вршење тог права.“

Најважнији закључак тих примера је да наши судови сматрају да нису надлежни да својом одлуком „замене“ споразум родитеља. Из образложења одлука закључује се да су судови у спору по тужбама за

¹¹ Поставља се, међутим, питање зашто се захтева „уређење“ захтева тужбе, односно противтужбе, када суд може да одлучује о том питању *ex officio*, а онда и о каквом „уређењу“ је реч када се потпуно мења тужбени (противтужбени) захтев, односно налаже право објективно преиначење? О томе Познић, Ракић Водинелић 2015, 325.

¹² Супротан став изнет је, према Драшкић (2020б, 265 фн. 581), у пројекту једне утицајне европске невладине организације: „Када међу родитељима нема сагласности о неком важном питању које се тиче детета, а за чије решавање је потребна сагласност оба родитеља, надлежно тело (суд) ће покушати да се међу родитељима постигне споразум ако је то икако могуће, у супротном, надлежни орган властиће једног од родитеља да донесе одлуку или ће одлуку донети сам орган (принцип 3.14.3).“ Такође, према Препоруци *CM/rec(2015)4 (Recommendation CM/Rec(2015)4 of the Committee of Ministers to member States on preventing and resolving disputes on child relocation*, Committee of Ministers of the Council of Europe, 11 February 2015, Dispute resolution [6]): „Родитељи или други који имају родитељске одговорности имају право да изнесу било који нерешен спор у вези пресељења детета пред надлежни орган како би одлучио.“ Под „надлежним органом“ се, пак, подразумева суд или административни орган – Definitions (c). <https://rm.coe.int/16807096c9>, последњи приступ 20. фебруара 2022.

¹³ Решење Апелационог суда у Новом Саду Гж2. 716/2013, 10. децембар 2013.

делимично лишење родитељског права процењивали шта је у најбољем интересу детета, што им је и обавеза. Тако је, на пример, оцењено да противљење давању сагласности није у најбољем интересу детета зато што је „дете у потпуности упућено на мајку, у добрим односима са њеним садашњим супругом и адаптирано на нову животну средину“¹⁴, па је стога промена пребивалишта у најбољем интересу детета, односно да над свим другим интересима и тежњама претеже интерес малолетног детета. Такав приступ је, међутим, могуће применити искључиво у ситуацијама када стварно постоје разлози за делимично лишење родитељског права, али не и у супротним. Ако у поменутој ситуацији дете није искључиво упућено на родитеља који самостално врши родитељско право, ако се није добро прилагодило новој средини или, уопштено, нема разлога за делимично лишење, па се проблем не решава налогом да се тужба „уреди“ тако да захтев гласи на делимично лишење. И даље нема одлуке о промени пребивалишта јер је захтев за лишење одбијен.

Околности на које се судови позивају у образложењима одлука не упућују неспорно на несавесност родитеља који не врши родитељско право, али га ипак делимично лишавају родитељског права у односу на промену пребивалишта. Тако се, на пример, у једној одлуци¹⁵ изричито констатује да „управо имајући у виду најбољи интерес детета и противљење туженог да мал. К. са мајком отпутује и борави одређени период у САД, указује на несавесност туженог у вршењу родитељског права“. Суд је заправо ослободио тужиљу обавезе да докаже несавесност туженог, а није је неспорно утврдио ни применом истражног начела. Или, како је у теорији уочено (Драшкић 2020 б, 265), суд је искључиво на основу противљења оца извео закључак да је он несавестан родитељ иако је имао легитимно право да се противи промени пребивалишта, односно пресељењу малолетног детета у другу државу и изнео аргументе у прилог свом противљењу.

Нижестепени судови, али и Врховни касациони суд у поступку по ревизији, на идентичан начин су одлучивали у великом броју случајева, што указује на већ формирану, устаљену и уједначену праксу.¹⁶ Околност да судови утврђују шта је у најбољем интересу детета није, наиме, довољна јер је суштина поступка делимичног лишења

¹⁴ Пресуда Врховног касационог суда Рев. 3200/17, 27. децембар 2017.

¹⁵ Пресуда Апелационог суда у Београду Гж. 359/11, 11. мај 2011, *Билтен Апелационог суда у Београду* 3/2011, 156–158.

¹⁶ Тако Врховни касациони суд у одлуци Рев. 200/12, према Милутиновић 2012, 82–84; пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж. 441/16, 28. јул 2016; пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж. 157/13, 20. март 2013; пресуда Врховног касационог суда Рев. 3120/17, 27. децембар 2017; пресуда Апелаци-

родитељског права да суд неспорно утврди да је родитељ несавесно вршио родитељска права. И Врховни касациони суд у неким одлукама по ревизији прихвата да тужени родитељ не процењује најбољи интерес детета на идентичан начин као други родитељ, а да суд о томе мора независно да закључује као крајњи арбитар у примени тог принципа, те да ускраћивање давања сагласности не значи *per se* да родитељ несавесно врши родитељско право и да га због тога треба делимично лишити тог права.¹⁷

4. ВРСТА ПРАВНЕ ЗАШТИТЕ У СЛУЧАЈУ НЕПОСТОЈАЊА САГЛАСНОСТИ ЗА ПРОМЕНУ ПРЕБИВАЛИШТА ДЕТЕТА

4.1. Уводне напомене

Проблем непостојања сагласности о промени пребивалишта детета већ на први поглед је повезан и са родитељским правом и са правима деце. У теорији се истиче да су у тим спорним ситуацијама супротстављени право на слободу кретања једног и право на породични живот другог родитеља и да је у таквим околностима веома тешко утврдити шта је најбољи интерес детета (Cashmore, Parkinson, 2016, 152). Уколико је реч о проблему вршења родитељског права, судски пут заштите, према ПЗ, био би поступак за вршење родитељског права, а ако се проблем постави са аспекта права детета, могућ је, у одређеним условима, поступак у спору за заштиту права детета.¹⁸ Оптирање за један од та два поступка условљено је ставом да ли је реч о праву детета на промену пребивалишта или је право родитеља да споразумно о томе одлуче његова суштина.

Неспорно је да одбијањем давања сагласности родитеља који не врши родитељско право за промену пребивалишта детета, овде за пресељење у иностранство, настаје спор из породичноправних односа¹⁹, који је, према одредбама Закона о парничном поступку (чл. 1)²⁰, у

оног суда у Београду Гж2 139/18, 9. март 2018, којом је одлучено о жалби против пресуде Другог основног суда у Београду П2 бр. 864/17, 6. децембар 2017; пресуда Врховног касационог суда Рев. 92/20, 30. јануар 2020.

¹⁷ Пресуда Врховног касационог суда Рев. 3229/19, 18. септембар 2019.

¹⁸ Правила тих поступака садржана су у одредбама чл. 261–273 ПЗ.

¹⁹ Реч је о тзв. релокацијским споровима, више о томе у Џелетовић 2021, 85–89.

²⁰ Закон о парничном поступку – ЗПП, *Службени гласник РС* 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС, 55/2014, 87/2018 и 18/2020.

надлежности редовних судова. Неспорно је и да су и поступак у спору за заштиту права детета и поступак за вршење родитељског права посебни парнични поступци.

Поступак у спору за заштиту права детета супсидијаран је у односу на све друге поступке предвиђене у ПЗ (Познић, Ракић Водинелић 2015, 563). У домаћој теорији породичног права прихваћен је као адекватан пут заштите у случају да не постоји сагласност о промени пребивалишта детета (Поњавић, Влашковић 2019, 284; Драшкић 2012, 381; Ковачек Станић 2012, 85), уз обавезу суда да неспорно закључи да ли та промена има позитивне ефекте на развој детета – физички, ментални, духовни, морални, психолошки и социјални (Драшкић 2020а, 260).

За одређење предмета спора у поступку за вршење родитељског права релевантне су одредбе чл. 75–78 ПЗ, којима се као начини вршења предвиђају заједничко и самостално, што је несумњиво ограничавајућа одредба. Исто важи и за одредбу чл. 272, ст. 2 ПЗ: „Ако родитељи нису закључили споразум о вршењу родитељског права или суд процени да њихов споразум није у најбољем интересу детета, одлуку о поверавању заједничког детета једном родитељу, о висини доприноса за издржавање од стране другог родитеља и о начину одржавања личних односа детета са другим родитељем доноси суд.“ Тиме је, наиме, одређено о чему суд одлучује по правилима поступка за вршење родитељског права (Влашковић 2018, 212).

С друге стране, покретање поступка у спору за заштиту права детета законом је двоструко условљено – прво, захтев се мора односити на заштиту права детета које је предвиђено одредбама ПЗ и, друго, да заштита таквог права није обезбеђена одредбама неког другог поступка нормираног овим законом.²¹

На основу одредаба у којима се помиње пребивалиште детета може се закључити да се у ПЗ право детета на пребивалиште не само помиње већ и унеколико регулише. Ту, пре свега, мислимо на одредбу чл. 76, ст. 2, којом се прописује да саставни део споразума родитеља о заједничком вршењу родитељског права мора бити и споразум о томе шта се сматра пребивалиштем детета. И тај споразум је предмет процене суда са аспекта најбољег интереса детета, што имплицира да суд има обавезу да, уколико споразум не одговара најбољем интересу детета,

²¹ Тако, када је реч о праву становања (*habitatio*) које је изричито предвиђено одредбом чл. 194 ПЗ, а не штити се ни у једном другом поступку, дилеме нема (Милутиновић 2006, 451–464), као ни када је реч о праву на одржавање личних односа са блиским сродницима (Тасић 2022, 45).

одлучујући о начину вршења родитељског права, одлучује и о пребивалишту детета.²² Уколико оцени да је самостално вршење у интересу детета, поверавањем детета родитељу који ће самостално вршити родитељско право суд такође одлучује и о његовом пребивалишту. Такође, ако је одлуком суда већ решено о начину вршења родитељског права (самостално у случају који се овде анализира), уз констатацију да дете има право на промену пребивалишта које је условљено или сагласношћу родитеља или оценом суда да је то у најбољем интересу детета, логика налаже вођење поступка у спору за заштиту права детета. Мада у теорији породичног права има мишљења да је право на развој управо једно од права за која се у ПЗ не предвиђа посебан поступак заштите и да несагласност родитеља о промени пребивалишта детета може угрозити то право (Поњавић, Влашковић 2019, 284), чини се да има оправдања да се заштита пружа непосредно праву на промену пребивалишта (или продају имовине веће вредности, предузимање већих медицинских захвата и др.), зависно од процене најбољег интереса детета.

Мада то не може бити кључни аргумент за одређивање врсте поступка чија би примена била адекватна у случају који анализирамо, напоменимо да је у поступку у спору за заштиту права детета у односу на поступак у спору за вршење родитељског права круг активно легитимисаних лица проширен на јавног тужиоца (ПЗ, чл. 263, ст. 1 и чл. 264, ст. 1 и 2), а предвиђена је и нарочита хитност поступка²³, што утиче на ефикасност заштите права деце.

4.2. Прва алтернатива – издејствовати изјаву воље

Поступком за заштиту права детета нису ограничене врсте заштите па би, практично, биле могуће све три врсте тужби које су типичне за парничну процедуру – кондемпнаторна, преображајна и декларативна. Међутим, како је предмет спора оцена да ли је промена пребивалишта у најбољем интересу детета у контексту околности конкретне правне

²² То је још један од аргумента у прилог ставу да суд има могућност да о пребивалишту, односно промени пребивалишта детета одлучује, без обзира на то што формулације тужби да се одлуком суда замени сагласност нису прихватљиве, како је већ напоменуто.

²³ Скраћивањем рокова за заказивање првог рочишта (осам дана од пријема тужбе у суду) и обавезом другостепеног суда да о жалби одлучи у року од 15 дана од дана када му је достављена жалба.

ствари и непостојања сагласности родитеља, то показује да суд доноси одлуку о промени која се односи на једно од права деце, што није типично за „праву“ кондемпнацију. Једна од новијих одлука Основног суда у Новом Саду²⁴, којом је родитељу који врши родитељско право наложено да дâ сагласност за путовање детета у иностранство изјавом код јавног бележника, а ако родитељ то одбије, пресуда суда ће „заменили“ недостатак сагласности, упућује, аналогијом, на могућу врсту тужбе, односно заштите која би се могла пружити и у ситуацији коју у раду анализирамо.

Када тужилац жели да оствари једно своје право на промену тако што ће издејствовати усвајање свог захтева, реч је о преображајним (конститутивним) тужбама (Познић 2009, 397).²⁵ Промена се, према материјалноправним (ређе и процесноправним) прописима, може постићи искључиво тужбом чији је захтев преображајноправне природе и пресудом којом се усваја такав тужбени захтев. Преображајном пресудом се тужиочево право на промену остварује када се тај циљ не може постићи једностраном изјавом воље или сагласно,²⁶ што кореспондира са проблемом који је предмет анализе у овом раду. То је свакако ситуација када дете покреће поступак за заштиту свог права на промену пребивалишта, али и када тужбу покреће један од родитеља, уколико се пође од премисе да дете има положај странке у сваком поступку у коме се одлучује о његовим правима, што, без обзира на околност да у ПЗ не постоји изричита одредба о томе, обезбеђује највиши ниво заштите права деце.²⁷ Тужбени захтев би, међутим, у овим ситуацијама гласио да се тужени обавезе да дâ изјаву воље²⁸ – да други родитељ дâ сагласност за промену пребивалишта детета изјавом код јавног бележника. У науци грађанског процесног права нема потпуне сагласности о правној природи тужби чији захтев гласи да се дâ изјава воље зато

²⁴ Основни суд у Новом Саду Р-351/2017, 1. март 2019.

²⁵ Преображајна тужба је процесноправни пандан материјалним преображајним овлашћењима (Јакшић 2021, 353). Више о врстама преображајних права видети у Познић, Ракић Водинелић 2015, 305–306.

²⁶ Трива и Дика (Triva, Dika 2004, 408) изричито наводе да се преображајном тужбом може постићи заштита и у ситуацијама када се одређена промена у правном односу не може постићи само једностраном изјавом воље већ је за то потребна сагласност странака, а она је изостала. Изричито и Познић 2009, 398

²⁷ Видети чл. 7, ст. 1 Нацрта закона о правима детета и заштитнику права детета. <https://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/070619/070619-vest15.html>, последњи приступ 16. маја 2022.

²⁸ Могућност тзв. издејствовања изјаве воље у поступку извршења одлука о заштити права детета прихвата и Тасић 2022, 107.

што тужилац, заправо, предлаже обавезивање на чинидбу, али пресуда којом се таква обавеза изриче не извршава се принудно. Закон, наиме, прописује фикцију да је правноснажношћу пресуде изјава дата што се сматра аргументом у прилог преображајног карактера ових пресуда.²⁹ Усвајањем оваквог захтева уз оцену свих релевантних околности, а посебно најбољег интереса детета, у конкретном случају, родитељ би био обавезан да дâ изјаву којом се саглашава са променом пребивалишта малолетног детета у конкретном случају, односно изјаву о сагласности за пресељење детета у одређени град/државу. Другим речима, не обавезује се родитељ који не врши родитељско право на давање генералне, начелне сагласности за промену пребивалишта детета већ ће за евентуалну сваку будућу промену морати да се води посебан поступак, што оправдавају промењене околности, односно измењен чињенични основ тужбе.

Изрека такве пресуде има, дакле, и обавезујући део, који указује на то да је реч о тзв. мешовитој – преображајно-кондемпнаторној пресуди. Како кондемпнаторни (обавезујући) елемент таквих пресуда подлеже принудном извршењу (Познић, Ракић Водинелић, 436; Dika 2009, 323–324), али се у овом случају родитељ који не врши родитељско право обавезује на давање изјаве воље, примењивала би се правила из чл. 390 Закона о извршењу и обезбеђењу³⁰, односно фикција да је изјава дата у моменту наступања правноснажности пресуде. То је једно од средстава извршења ради принудног остварења неновчаног потраживања извршног повериоца (ЗИО, чл. 54, ст. 3) када је изјава воље правна радња коју дугује извршни дужник. Обавеза која се састоји у давању изјаве воље не може се остварити употребом средстава принуде и због тога законодавац прописује наведену фикцију, односно да у тој ситуацији није потребно водити поступак извршења.³¹

Како је одлука о вршењу родитељског права подложна изменама у новом судском поступку, с обзиром на измењене околности, тужени родитељ у поступку за заштиту права детета може да поднесе и противтужбу за измену начина вршења родитељског права и да изнесе да пресељење, односно промена пребивалишта није у најбољем интересу детета или наведе и неке друге, нове околности. Или да суд о томе

²⁹ О овоме видети Познић, Ракић Водинелић (2015, 307).

³⁰ Закон о извршењу и обезбеђењу – ЗИО, *Службени гласник РС* 106/2015, 106/2016 – аутентично тумачење, 113/2017 – аутентично тумачење, 54/2019, 9/2020 – аутентично тумачење.

³¹ Више о издејствовању изјаве воље вид. Станковић, Палачковић, Трешњев (2020, 1288–1290).

одлучи *ex officio*. То значи да нема забране да родитељ који не врши родитељско право, знајући да родитељ који врши родитељско право има намеру да са дететом отпутује, да промени пребивалиште детета, сам поднесе тужбу за измену начина вршења родитељског права. У том случају тужени, опет услед конекситета предмета спорова³², може реаговати противтужбом за заштиту права детета. Иста врста поступка по тужби и противтужби, што је један од услова допуштености противтужбе, није у тим ситуацијама проблематична јер су сви поступци из породичноправних односа посебни парнични поступци, а у прилог могућих варијанти противтужбе су и официјелне могућности суда из одредбе чл. 273 ПЗ.

Конечно, да ли се може закључивати према аналогiji на ситуацију недавања сагласности за продају имовине веће вредности, у којој би, уколико је родитељ који врши родитељско право без сагласности другог родитеља већ отуђио имовину, овај могао тужбом захтевати поништај овако закљученог правног посла? Из овако примењене аналогije би проистекла могућност да се, у случају када је родитељ донео одлуку о промени пребивалишта самостално, без сагласности другог, тужбом захтева поништај такве одлуке (такође преображајна по правној природи). Такво закључивање је, међутим, проблематично када нема никаквог формално закљученог правног посла нити формално дате изјаве воље. Ако постоји захтев за издавање путне исправе за дете као доказ самостално донете одлуке родитеља који врши родитељско право, то не омогућава подношење поменути тужбе, а и услови за њено издавање су другачији него за промену пребивалишта. Извршена промена пребивалишта, односно пресељење у иностранство, с друге стране, без сагласности другог родитеља, уколико би до ње дошло, асоцира на отмицу, што такође подразумева другачији приступ.

4.3. Друга алтернатива – утврдити право детета на промену пребивалишта

Декларативна заштита, чији је смисао декларисање да једно право (или правни однос) постоји, начелно би била могућност за покретање поступка у спору за заштиту права детета у анализираном случају. Но, пресуда којом се у случају основаности усваја захтев таквих тужби

³² О противтужбама, посебно конексној, више у Станковић, Боранијашевић (2020, 353–355); Јакшић (2021, 445); Познић, Ракић Водинелић (2015, 350).

није подобна за принудно извршење (Станковић, Боранијашевић 2020, 445; Познић, Ракић Водинелић 2015, 302). Усвајање тужбеног захтева значило би да се утврђује да дете има право на промену пребивалишта јер је то у његовом најбољем интересу. Постојање права морало би бити, међутим, конкретно повезано са околностима правне ствари, односно морало би да се утврди да дете има право на промену пребивалишта у конкретном случају, као и у претходно анализираној преображајно-кондемпнаторној одлуци, а не генерално. Истовремено, наступање правноснажности пресуде којом се захтев усваја и утврђује право на промену пребивалишта било би основ за родитеља који врши родитељско право да се пресели са дететом у иностранство. Одбијањем тужбеног захтева, односно одлуком да на основу околности конкретне правне ствари дете нема право на промену пребивалишта, опет због тога што то није у његовом најбољем интересу, значило би да није било потребе за заштитом права детета те да нема потребе ни за тражењем сагласности родитеља који не врши родитељско право. ПЗ, међутим, не предвиђа изричито могућност подношења декларативне тужбе у анализираном случају па би обавеза тужиоца била да учини вероватним постојање правног интереса за утврђење. Ипак, у теорији се сматра да такав интерес постоји нарочито када се положај тужиоца показује несигурним према туженом, а закључак о томе могуће је извести управо из понашања туженог (Познић, Ракић- Водинелић 2015, 303). Непостојање споразума родитеља свакако указује на несигурност положаја како родитеља који подноси позитивну декларативну тужбу, тако и оног који не врши родитељско право, али легитимно сматра да промена пребивалишта није у најбољем интересу детета. Оваква ситуација свакако се реперкутује и на несигурност положаја детета. Околности које износи тужилац имају управо за циљ да увере суд да јесте/није пресељење у најбољем интересу детета (зависно од тога да ли је захтев декларативне тужбе позитивно или негативно формулисан), што би, чини се, било довољно за доказивање постојања правног интереса. Новој тужби којом би се одлучивало о праву на промену пребивалишта било би и овде места услед промене чињеничног основа тужбе, што по правилу значи околности повезаних са најбољим интересом детета (Познић, Ракић Водинелић 2015, 313–316).

Захтев би био формулисан зависно од тога ко од активно легитимисаних лица по закону може да поднесе тужбу. Наиме, родитељ који самостално врши родитељско право подносио би позитивну декларативну тужбу, било у своје име било у име детета, као његов заступник, док би родитељ који не врши родитељско право поступак покретао негативном декларативном тужбом. Дете би, пак, формалноправно могло да поднесе обе врсте тужби. Међутим, суштински, како је његов

заступник родитељ који самостално врши родитељско право, у пракси би то била позитивна декларативна тужба јер је у име детета подноси родитељ који жели промену пребивалишта.³³

5. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Анализа извршена у раду, а пре свега изнета аргументација, показују, пре свега, да је неприхватљиво да се одлука о лишењу, у случају када родитељ који врши родитељско право поднесе тужбу против другог родитеља са захтевом да се тај други родитељ делимично лиши родитељског права у погледу права на промену пребивалишта детета, донесе искључиво на основу те околности. Ма колико, према одредбама ПЗ, било прихватљиво да се и таква тужба поднесе, тек проценом бројних релевантних околности, као што су разлози обе странке и најбољи интерес детета, суд се може одлучити да ли је захтев основан. Разлози наведени у овом раду упућују, међутим, на закључак да је подношење тужбе за заштиту права детета исправан процесноправни пут у случају када родитељ који не врши родитељско право одбија да се сагласи са променом пребивалишта детета због тога што сматрамо да су за то испуњени услови (разлози) који су предвиђени одредбама ПЗ. Између осталог, такво закључивање оправдава и околност да суд у том поступку може по службеној дужности да одлучи и о вршењу и лишењу родитељског права. Такође, неспорно је да захтев тужбе не може да гласи да пресуда замени сагласност родитеља, али процесни механизми чијом применом се може обезбедити заштита свакако постоје. Поступање било по преображајној било по декларативној тужби мора обезбедити правилно закључивање о томе да ли промена пребивалишта има или нема позитивне ефекте за укупан развој детета, односно да ли пресељење јесте или није у најбољем интересу детета. У конкретном случају неопходно је размотрити питање да ли се пресељењем стварају нови, бољи услови за живот, образовање, здравствену заштиту детета, боља финансијска ситуација за родитеља (не и као примарни критеријум), а тиме и за дете, како промена утиче на квалитет одржавања личних односа и сл. У теорији се оправдано истиче да најпре, „кроз призму савесности и оправданости“, треба проценити разлоге за пресељење и разлоге за противљење пресељењу (Новаковић

³³ Треба имати у виду одредбе ПЗ о постављању колизијског старатеља или привременог заступника, према чл. 265 и 266, и о њиховим дужностима, према чл. 267.

2020, 293). У случају да нема оправданих разлога за пресељење, однос детета и другог родитеља би био прекинут уколико до пресељења дође, а дозвољавање пресељења би имало карактер повреде права на породични живот детета и родитеља који не врши родитељско право (Новаковић 2020, 23). Није спорно да у судском поступку предмет оцене мора бити и да ли је родитељ који тражи пресељење савестан, односно да ли пресељењем искључиво жели да онемогући одржавање личних односа између детета и другог родитеља или то није случај. Супротно томе, мора се извести неспоран закључак и да ли је разлог за противљење другог родитеља пресељењу искључиво мотивисан намером да онемогући родитеља који тражи пресељење да заснује нови брак, пронађе боље радно место или да се врати у своју примарну породицу, а не бригом за благостање детета (Новаковић 2020, 293). Или, суд је неспорно у обавези да утврди мотиве оба родитеља, а у тим оквирима су релевантни и интереси оба родитеља. То, даље, имплицира суштинску процену како и да ли интереси родитеља конвергирају најбољем интересу детета. Ако суд неспорно утврди да је родитељ не-савестан, то води делимичном лишењу родитељског права у погледу права детета на промену пребивалишта по службеној дужности.

С обзиром на то да је, дакле, дете централна фигура поступка у спору за заштиту права детета (као и у свим другим поступцима у споровима из породичноправних односа у које је дете укључено потребом за највишим могућим степеном заштите његове личности, права и правом заштићених интереса), суд мора неспорно да утврди *in concreto* све околности релевантне за најбољи интерес детета. Осим околности које у поступку износе родитељи као странке, то су и оне које суд утврђује применом истражног начела. Посебно се мора обезбедити, под условима из ПЗ, да дете које је способно да формира своје мишљење добије све информације које су му у том процесу неопходне и да своје мишљење изрази. У том процесу је посебно важна улога колизијског старатеља и привременог заступника, која је дефинисана одредбама ПЗ. У доказном поступку, осим доказа које су предложиле странке, суд је *дужан* да пре доношења одлуке затражи налаз и стручно мишљење од органа старатељства, породичног саветовалишта или друге установе специјализоване за посредовање у породичним односима.

ЛИТЕРАТУРА

- [1] Апелациони суд у Новом Саду. 8/2018. *Билтен судске праксе*. Београд: Intermex.
- [2] Арсић, Јелена, Милена Банић. 2018. Анализа имплементације домаћег законодавства, међународних докумената и општеприхваћених стандарда међународног права у остваривању породичноправне и социјалне заштите деце. 150–164. *Зборник стручних анализа правних аката у области људских права*. Београд: Кућа људских права – Swiss Agency for Development and Cooperation SDC – Заштитник грађана.
- [3] Cashmore, Judy, Patrick Parkinson. 2/2016. Children’s ‘wishes and feelings’ in relocation disputes, *Child and Family Law Quarterly* 28: 151–173.
- [4] Дика, Михајло. 2009. *Грађанско парнично процесно право*. Књига VI, *Тужба*. Загреб: Народне новине.
- [5] Драшкић, Марија. 1/2012. Обавезно лишење родитељског права приликом одлучивања суда о вршењу родитељског права: спорно становиште Врховног суда Србије. *Анали Правног факултета у Београду* 60: 366–381.
- [6] Драшкић, Марија. 2020а. *Породично право и права детета*. 11. издање. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [7] Драшкић, Марија. 2020б. Члан 82. Делимично лишење родитељског права. 258–267. *Коментар Породичног закона – пракса Европског суда за људска права, пракса Уставног суда, пракса редовних судова, према стању законодавства од 1. фебруара 2020. године*, ур. Мијодраг Радојевић. Београд: Службени гласник.
- [8] Џелетовић, Мирна. 2021. *Правни положај детета у ситуацијама његовог незаконитог одвођења у земљи и иностранству*, докторска дисертација. Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду.
- [9] Јакшић, Александар. 2021. *Грађанско процесно право*. 14. издање. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [10] Ковачек Станић, Гордана. 2/2012. Породичноправни аспекти међународне, родитељске отмице деце. *Анали Правног факултета у Београду* 60: 74–94.

- [11] Милутиновић, Љубица. 2006. Право становања – *habitatio* у Породичном закону. 451–464. *Ново породично законодавство*, зборник радова са саветовања. Крагујевац: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу.
- [12] Новаковић, Урош. 2020. *Пресељење детета и родитеља који врши родитељско право – relocation случајеви*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [13] Поњавић, Зоран, Вељко Влашковић. 2019. *Породично право*. 6. издање. Београд: Службени гласник.
- [14] Познић, Боривоје, Весна Ракић Водинелић. 2015. *Грађанско процесно право*. 17. издање. Београд: Правни факултет Универзитета Унион – Службени гласник.
- [15] Познић, Боривоје. 2009. Тужба. 393–406. *Коментар Закона о парничном поступку: према тексту Закона из 1976. године са доцнијим изменама и допунама*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду – Службени гласник.
- [16] Станковић, Гордана, Душица Палачковић, Александра Трешњев. 2020. Члан 380. Извршење ради заштите од насиља у породици, заштите права детета и других одлука у вези с породичним односима. 1238–1240. *Коментар Закона о извршењу и обезбеђењу: са одабраном судском праксом и примерима поднесака и одлука: према стању законодавства од 25. децембра 2017. године*, ур. Мијодраг Радојевић. Београд: Службени гласник.
- [17] Станковић, Гордана, Владимир Боранијашевић. 2020. *Грађанско процесно право*. Ниш: Свен.
- [18] Тасић, Анђелија. 2022. *Извршење одлука из односа родитеља и деце*. Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу.
- [19] Triva, Siniša, Mihajlo Dika. 2004. *Грађанско парнично процесно право*. 7. izdanje. Zagreb: Narodne novine.
- [20] Влашковић, Вељко. 2018. Одлучивање о питањима која битно утичу на живот детета према Породичном закону Србије. 201–216. *Породични закон – дванаест година после*, ур. Марија Драшкић, Небојша Шаркић, Јелена Арсић. Београд: Правни факултет Универзитета Унион.

Dušica PALAČKOVIĆ, PhD

Full Professor, retired, University of Kragujevac Faculty of Law, Serbia

Sanda ĆORAC, PhD

Assistant Professor, University of Kragujevac Faculty of Law, Serbia

PARENT'S DISAGREEMENT TO CHANGING THE CHILD'S PERMANENT RESIDENCE – PROCEDURAL DILEMMAS AND POSSIBLE SOLUTIONS

Summary

In the case when the parent who does not exercise parental rights does not agree with the change of permanent residence of the child, i.e., doesn't agree with the child moving abroad with a parent who independently exercises parental rights, courts in Serbia, as a rule, take the position that only because they did not give consent, the parent who does not exercise parental rights should be partially deprived of the parental rights and thus enable the other parent to independently decide on the change of permanent residence. In the theory of family law, this practice has been criticized as unacceptable, therefore there is a need to explore other procedural possibilities in such situations.

Key words: *Partial deprivation of parental rights. – (Dis)agreement of a parent with change of permanent residence of the child. – Procedure. – Court protection.*

Article history:

Received: 16. 5. 2022.

Accepted: 31. 7. 2022.

УДК 343.976:343.61(497.111)

CERIF: S 149, S 160

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_22305A

Др Ђорђе ИГЊАТОВИЋ*

Др Наталија ЛУКИЋ**

О ПОВЕЗАНОСТИ АЛКОХОЛА И УБИСТАВА У УЗОРКУ ОСУЂЕНИХ У БЕОГРАДУ

Аутори се у раду баве питањем повезаности злоупотребе алкохола и убистава. Први део рада указује на распрострањеност злоупотребе алкохола у насилничком криминалитету и убиствима. Аутори потом анализирају криминолошке теорије којима се објашњава та повезаност. Предмет теоријског дела рада је и излагање о различитим типологијама убистава. Други део чланка чини емпиријска анализа која је извршена на узорку од 84 правноснажна судска предмета Вишег суда у Београду. Осим утврђивања распрострањености злоупотребе алкохола, аутори анализирају и значај присуства алкохола у различитим класификацијама убистава. Испитивали смо да ли алкохол чешће злоупотребљавају мушкарци или жене, да ли је алкохол заступљенији у убиствима чије су жртве познате или блиске учиниоцу или оним учињеним против непознатих. Посебну пажњу смо усмерили на поделу убистава на конфликтна, осветничка, међу партнерима и убиства

* Редовни професор, Правни факултет Универзитета у Београду, Србија, ignjat@ius.bg.ac.rs.

** Доценткиња, Правни факултет Универзитета у Београду, Србија, natalija.lukic@ius.bg.ac.rs.

извршена заједно са разбојништвом/разбојничком крађом. Осим код учинилаца, анализирали смо и да ли је и у којој мери заступљена злоупотреба алкохола и код жртава.

Кључне речи: Убиства. – Злоупотреба алкохола. – Емпиријска анализа. – Типологија убистава.

1. УВОД

Према истраживањима, насилна кривична дела су у више од 50% случајева повезана са злоупотребом алкохола. Та психоактивна супстанца има већи допринос у разумевању насилних кривичних дела, укључујући и убиства, у поређењу са опојним дрогама чије је присуство код насилника по неким проценама заступљено у мање од 10% случајева (Nash Parker, Auerhahn 1998, 294). Michelle Cubellis (2014, 1212) наводи да се у америчкој литератури може наћи податак да значајан број дела врше лица која су под дејством интоксикације. Према статистици Бироа за правосудје (U.S. Department of Justice) између 1997. и 2008. године алкохол је допринео вршењу 19–37% кривичних дела у САД. Иако је, како се наводи у литератури (Rand *et al.* 2010, 41), последњих деценија тај проценат у опадању, још увек се значајан део криминалних активности врши у алкохолисаном стању.

Процент убица који је у тренутку извршења кривичног дела под дејством алкохола креће се у распону 40–70%, што зависи од коришћених критеријума у истраживању¹ (Bye 2012, 236). Тако је, на пример, у једној студији у Аустралији, чији се узорак састојао од 300 лица осуђених за убиство, утврђено да 38,8% респондента у великој мери злоупотребљава алкохол, док је умерено коришћење алкохола регистровано код 23,9% испитаника (Eriksson *et al.* 2020, 621).

Треба имати у виду да у многим случајевима није само убица био под дејством психоактивних супстанци у тренутку извршења кривичног дела већ и жртва. У метаанализи која је обухватила 61 студију из 16 различитих држава утврђено је да је у просеку 48% свих жртава било позитивно на присуство алкохола. Пијанство је регистровано у трећини случајева, при чему је коришћена граница од 80 мг/дл. Такође

¹ Утврђивање присуства алкохола у урину или крви може бити проблематично јер се узорци узимају после неког времена од самог догађаја. Такође, проблематично може бити и ослањање на исказе сведока о алкохолисаном стању учесника догађаја (Darke 2010, 205).

је установљено да су истраживања у којима је коришћен тест на присуство алкохола и у урину и у крви показала веће учешће те психоактивне супстанце код жртава. Алкохол је био присутнији код старијих жртава и у већој мери код жена него код мушкараца (Kuhns *et al.* 2010, 68–72).

Испитивање повезаности алкохола и убистава било је предмет анализе и домаћих аутора. Тако, на пример, Пешић на основу узорка од 1.000 убистава у СФРЈ наводи да је у 13% случајева убиство учињено под дејством алкохола, уз констатацију да је тај удео сигурно већи, али се не може поуздано утврдити јер у многим кривичним предметима није било података о тој околности. Убиства су у 96,4% случајева вршили мушкарци, а осим у једном случају сви убијени су такође били мушкарци (Pešić 1972, 63–64). У истраживању о убиствима у Београду за период 1985–1993. установљено је да је 42,5% било у алкохолисаном стању, док је код 7,3% установљено постојање алкохолизма. Такође, утврђена је и алкохолисаност жртава (39%), а мушкарци жртве чешће су били под дејством алкохола (48,8%) него учиниоци (Симеуновић Патић 2003, 132–133, 145).

Да бисмо учили значај поменутих процентуалних учешћа убистава повезаних са психоактивним супстанцама, морамо их упоредити са општом популацијом. Подаци за Европску унију показују да је бар једном месечно ексцесивно (у једној прилици минимално 60 гр чистог етанола) пије четвртина испитаника (Eurostat). Према резултатима истраживања обављеног 2019. године, у Србији свакодневно пије 3,1% популације, при чему мушкарци осам пута више него жене. Бар једном недељно ексцесивно је пило (више од шест алкохолних пића у једној прилици) 1,7% становништва Србије, док је једном месечно ексцесивно пило 10,9% становништва (Истраживање здравља становништва Србије 2021, 73–75).

2. ТЕОРИЈСКА ОБЈАШЊЕЊА

Пре излагања о теоријским објашњењима, треба направити разлику између злоупотребе психоактивних супстанци и зависности. Док злоупотреба подразумева хроничну употребу психоактивних супстанци, зависност одређују првенствено два елемента: толеранција, што значи да је сваки следећи пут потребна већа количина супстанци да би се постигао исти ефекат, и изазивање промена физичких и когнитивних способности (Mattson, Pietz 2015, 51).

Постоје различита гледишта о повезаности алкохола и убистава. Према једном, често оспораваном, постоји директна веза. Према другом, алкохол има посредну улогу између убистава и других фактора, док је према трећем вероватније да постоје заједнички фактори који утичу на злоупотребу алкохола и убиство (Бусе 2012, 232). Goldstein (1985, 170) наводи да постоје бар три начина повезаности алкохола, односно опојних дрога и насилних кривичних дела. Први је психофармаколошки модел (насилно дело је резултат дејстава које на појединца имају психоактивне супстанце), други је економско-компулзивни (циљ је да се дође до материјалних добара, најчешће новца) и системски модел који се односи на насиље које је резултат сукоба у вези са трговиним наркотицима. За убистава повезана са злоупотребом алкохола наводи се да се чешће врше према пријатељу или некадашњем пријатељу, да су резултат свађе или сукоба и да се не користи ватрено оружје. С друге стране, жртве убистава повезаних за злоупотребом опојних дрога чешће су познаници, мотив је користољубље и пре ће бити извршена употребом ватреног оружја (Brookman 2010, 229).

Фаган је дао једно од свеобухватнијих теоријских објашњења повезаности психоактивних супстанци и агресивног понашања.² Класификација обухвата биолошки, психолошки и социолошки приступ разумевању те повезаности, с тим што треба напоменути да је аутор обухватио све психоактивне супстанце, а не само алкохол.

Биолошка схватања углавном експерименталним истраживањима покушавају да установе утицај психоактивних супстанци на централни нервни систем, на ендокрини систем или испитују генетски утицај на повезаност између злоупотребе психоактивних супстанци и агесије (Fagan 1990, 250–253). Међутим, није успостављена директна повезаност између психофизиолошких промена узрокованих психоактивним супстанцама и агесије, а резултати експерименталних студија доводе се у питање и због контролисаних услова за испољавање агесије и због учесника истраживања који се неретко бирају међу студентском популацијом (Fagan 1990, 249). И међу психолошким схватањима могуће је уочити различите правце. Најчешће се помиње модел дезинхибиције који подразумева да алкохол и друге психоактивне супстанце „слабе инхибиције“, смањују самоконтролу, ослобађају емоције и импULSE који су иначе контролисани (Pernanen 1976, 394). Експериментална истраживања показују да се дезинхибициони модел може критиковати имајући у виду да резултати тестирања показују да реакција

² Разлика између појмова агесије и насиља врши се на основу различитих критеријума (Игњатовић 2011, 180–181).

и понашање у алкохолисаној стању зависе од личне перцепције и очекивања. Наиме, испоставило се да агресивност испољавају и учесници експеримента који су добили плацебо дозе јер су имали представу о начину како би требало да се понашају под дејством алкохола, а то је социјално и културолошки условљено (Rumgay 1998, 43–44). Осим слабљења моралних или научених граница понашања, показује се и да злоупотреба психоактивних супстанци може утицати на когнитивне способности. Субјекти под дејством алкохола имају потешкоћа у доживљавању средине, могућих негативних последица агресивног понашања и зато и реагују агресивније него што то захтева постојећа претња (Fagan 1990, 268–269; Darke 2010, 203). За разлику од описаних ситуација у којима злоупотреба психоактивних супстанци утиче на психичке функције, постоје и мишљења да она повећава могућност испољавања агресије лица са одређеним психичким карактеристикама, а најчешће се као пример наводе алкохоличари (Pernanen 1976, 424). Иако је тешко установити да ли су одређене психичке карактеристике алкохоличара постојале и пре развијања зависности (Rumgay 1998, 26), у истраживањима је утврђено да је 26% појединаца којима је дијагностикована зависност од алкохола имало и трајни поремећај расположења, 32% анксиозни поремећај, а 28–64% антисоцијални поремећај личности (Mattson, Pietz 2015, 54). Због преклапања различитих облика поремећаја у литератури се издвојио један фенотип познат као екстернализација, који повезује злоупотребу супстанци, антисоцијално понашање, импулсивност и агресивност (Mattson, Pietz 2015, 56).

Но, биолошки и психолошки модели трпе критике због чињенице да је злоупотреба алкохола знатно распрострањенија него испољавање агресије, односно чињење насилних кривичних дела у стању интоксикације. Такође, компаративне криминолошке студије показују да не мора значити да ће у државама у којима је распрострањенија употреба алкохола истовремено бити већа и стопа насилних кривичних дела. Као пример можемо навести Данску. Према подацима за 2019. годину, та држава се налазила у самом врху европских држава према проценту становника (28,7%) који су најмање једном месечно у једној прилици конзумирали шест или више алкохолних пића (Eurostat 2019). С друге стране, према подацима Европских изворника о криминалитету и кривичном правосуђу за последњу доступну годину (2016), стопа осуђених за убистава у Данској била је 1,0 (Aebi *et al.* 2021, 176). Поређења ради, према истим изворима у Србији је 9,2% становника бар једном месечно ексцесивно конзумирало алкохол, док је стопа пресуђених убистава 2016. године била 2,5. Сходно томе, неопходно је узети у обзир и социолошка објашњења.

У литератури се често указује на значај који би могле имати теорија о друштвеном притиску, теорија о социјалној дезорганизацији и теорије о поткултурама. За теорију друштвене дезорганизације и теорију о друштвеном притиску заједничко је истицање апсолутних депривација у виду сиромаштва као једног од објашњења (McCall *et al.* 2012, 141). Теорија друштвеног притиска указује и на значај који релативне депривације имају за разумевање убиства, а бројна истраживања показују да друштвене неједнакости у великој мери корелирају са стопом убиства (Santos *et al.* 2018, 374). Fiona Brookman (2010, 222) указује на то да су стопе убиства највише у државама које карактерише неолиберална економија, у којима насилност изазивају ниво неједнакости, релативна депривација и (нежељена) незапосленост.³ Она наводи и да одређени аутори доводе у везу стопу убиства у држави са бројношћу младих мушкараца у њеној популацији.⁴

Друштвени притисак је, сматра Роберт Мертон, оличен у немогућности остваривања друштвено усвојених циљева легалним средствима, док Роберт Егњу проширује стимулусе који могу деловати као притисак тако да, осим позитивно вреднованих (на пример економски успех), у обзир долазе и негативни стимулуси (на пример, искуство виктимизације) и уклањање позитивног (на пример, губитак посла). Тако се, на пример, наводи да ће агресиви бити мање склона лица из средњих и виших друштвених слојева која истовремено злоупотребљавају алкохол (Fagan 1990, 275), да је интоксикација бекство од сиромаштва (Rumgay 1998, 30–31) и да се пије због различитих појава попут усамљености, проблема и стреса на послу, незапослености, породичних проблема (Драгишић Лабаш 2017, 70). Чињеница је да већина убица припада нижим друштвеним слојевима, да су мање образовани, често незапослени и без прихода (Волфганг, Феракети 2012, 135–136), али је тачно и да се не врше сва убиства из користољубља. Ако се притисак схвати шире, тако да, осим материјалне користи, притисак може бити оличен и у статусу који се жели постићи, добићемо ширу теоријску основу за разумевање убиства. Због тога би пажњу требало посветити и теоријама о поткултурама. Поткултуре насиља иначе могу бити повезане и са концептом социјалне дезорганизације јер је у таквим срединама због ниског валидирања конформистич-

³ Истовремено, како би показала да у криминологији нема гвоздених законитости, указује на изузетак – стопа убиства у Финској је изузетно висока иако је то једна од познатих социјалних држава. Слична је ситуација и са доступношћу ватреног оружја грађанима у државама у развоју, које није имало значајнијег утицаја јер је њихов здравствени систем унапређен.

⁴ И опет наводи Јапан као изузетак од тог правила.

ких вредности могуће очекивати стварање норми којима се подржава насиље (Wilcox, Swartz 2018, 47). Тако и Brookman (2010, 222) истиче став једног аутора (McAlister 2006, 259–265) који сматра да учесталост чињења убистава у одређеној средини може бити повезана са културним разликама које се односе на прихватљивост моралног оправдања дела убиства и са начином на који правосуђе у тој заједници реагује на таква дела.

Међу представницама теорија о поткултурама истичу се, на пример, Милеров концепт о култури ниже класе и поткултура насиља о којој су писали Волфганг и Феракути. Култура ниже класе (према Игњатовић 2009, 74–75) инверзна је етици доминантног друштва и почива на сопственим вредностима које су означене као „фокусна интересовања“. Пример тих интересовања су сукоби са полицијом, туче, окупираност физичком вештином и снагом; развој црта мушкости удружен са неиспољавањем емоција, препређеност, склоност ка снажним надражајима путем алкохола, секса, коцке или напуштања боравишта, осећај да се на судбину не може утицати, јака жеља да се ослободи свих облика контроле (надређених, супруге, бирократске власти), али, с друге стране, постоји стална потреба за сигурношћу (сталан посао, супруга пуна разумевања).

На основу узорка састављеног од више од 500 убистава у Филаделфији, Волфганг и Феракути закључују да су учиниоци тих дела пре свега млађи мушкарци са средње, ниже и најниже друштвене лествице, међу којима су нарочито заступљени припадници радничке необразоване популације. Супротно томе, они који припадају вишој или вишој средњој класи неће учинити убиство не само због страха од губитка положаја у случају казне већ (према мишљењу тих криминолога) у великој мери зато што припадају културном систему у коме се не одобрава насиље. Супротно, у поткултури насиља се у одређеним ситуацијама насиље толерише, очекује или чак и захтева (Волфганг, Феракути 2012, 136–137). На примеру Енглеске, Лејтон (према Brookman 2005, 109) објашњава да се генерално нижа стопа убистава може објаснити успешним цивилизацијским процесом још од 13. века, али и да у одређеним сегментима радничке класе тај процес није успео. Ти појединци су најмање образовани, имају мало тога да изгубе, док Куртис наводи да је величање мушкости карактеристика тих поткултура чији су припадници спремни да употребе насиље ради одбране неких вредности у ситуацијама које би за већину биле означене као тривијалне (Brookman 2005, 109). Можемо видети да више аутора указује на значај који се у тим поткултурама придаје мушкости и жељи за доминацијом и контролом, а алкохол је врло погодно средство за остваривање тих циљева (Гачић 1985, 25).

Многи аутори наводе да је за потпуније разумевање убистава извршених под дејством алкохола неопходно узети у обзир и ситуационе околности о којима се излаже у теоријама животне средине, а посебну улогу има теорија рутинске активности. Према томе, повезаност алкохола и убистава зависи од неколико околности: 1) ситуације, окружења или друштвеног контекста у коме се алкохол конзумира; 2) карактеристика лица које пије (пол, узраст, историја конзумирања алкохола, биолошке предиспозиције); 3) националне или културне разлике; 4) количина и врста алкохола (Буе 2012, 232). Важну улогу има и социјална контрола, па је тако у једној етнографској студији показано како се група младића из радничких породица под дејством алкохола понашала на један начин у окружењима где су били старији становници, али потпуно другачије у делу града где су клубови у којима су били њихови вршњаци и где су због слабије контроле испојили већу агресивност (Fagan 1990, 276). У том контексту, чињеница да се на алкохол у једном друштву гледа са одобравањем, да је он доступан и да се не поштују законска ограничења такође доприноси већој злоупотреби (Грагишић Лабаш 2007, 38). Гледано из перспективе теорија животне средине, вршење убистава под дејством алкохола зависи и од времена и простора у коме долази до кривичног дела. Наиме, убиства се претежно врше у приватним и полуприватним окружењима, а, на пример, у поређењу са телесним повредама нешто мање у јавном простору. Такође, време вршења су углавном викенд и вечерњи или ноћни часови.

3. КЛАСИФИКАЦИЈА УБИСТАВА

У криминолошкој литератури постоје бројне класификације убистава. Најчешће се полази од поделе на инструменатална и експресивна убиства. Прва су мотивисана остварењем одређеног циља као што је новац или, на пример, прикривање извршеног кривичног дела, док друга представља емотивну реакцију на фрустрацију (Thijssen 2011, 59). Истраживања показују да учиниоци инструменталних убистава остварују више скорове на тестовима интелигенције, али су код њих чешћи и поремећаји личности. Импулсивно вршење убистава карактеристично је за лица која остварују слабије резултате на тестовима интелигенције, са чешћом историјом неуроразвојних поремећаја као и учесталом злоупотребом психоактивних супстанци (Hanlon *et al.* 2013, 943). Ипак, поједини аутори тврде да се применом те класификације може разврстати око 60% убистава, док остали помињу елементе и експресивних и инструменталних убистава или представљају неку засебну категорију (Thijssen 2011, 67), због чега многи аутори указују на

подтипове као што су планирана/непланирана, експресивна/инструментална убиства, извршена међу познаницима и странцима и офанзивна/одбрамбена (Adjorlolo, Chan 2017, 128).

Детаљнију класификацију дају Јангс и Кантер, који сматрају да се убице могу класификовати на следећи начин: 1) *осветник* има циљ/мисију, не умањује значај дела након извршења, емотивно је смирен. Тврди да је жртва допринела сопственој виктимизацији, има самоконтролу, а освета се врши због увреде или заштите себе или блиског лица; 2) *професионалац* је најтипичнији представник убиства извршеног због користољубивих мотива. Емотивно стабилан, хладан, не умањује значај дела, за њега су последице и жртва небитни. Доживљава задовољство због осећаја моћи јер је успео да реализује дело и оствари контролу над новим изазовом; 3) *трагични херој* је лице за које је убиство био једини могући начин реаговања у датој ситуацији. Умањује значај дела, пребацује одговорност на друге, емотивно је узбуђен; 4) *жртва* је учинилац који себе доживљава као угрожено лице, емотивно узбуђен, умањује одговорност, пребацује одговорност на друге, а на кривично дело гледа као на последицу сопствене немоћи (Youngs, Canter 2011, 9–12).

Брукман врши поделу према полу и указује на сличности и разлике између убистава чији су учиниоци мушкарци и жене. Треба, при томе, имати у виду да мушкарци чине највећи број и убица и убијених. Мушкарци најчешће убијају познанике (30%), непозната лица (20%), а затим пријатеље и чланове породице (10% и 7%). Припадају нижим друштвеним слојевима, често су незапослени или раде физичке послове и немају квалификација, а међу њима је доста и корисника социјалне помоћи. Убиства која чине мушкарци могу се поделити у две велике категорије које, према мишљењу ауторке, објашњавају око две трећине убистава у спроведеном истраживању у Енглеској и Велсу. Прву групу чине убиства као резултат сукоба (конфликтна убиства), а другу осветничка или убиства ради решавања неког ранијег конфликта (Brookman 2005, 124).

Конфликтна убиства дешавају се у различитим окружењима. То могу бити приватни станови и куће, а често су и места испред клубова и пабова. Алкохол има битну улогу и служи, као и примена насиља, за демонстрирање мушкости. У многим случајевима постоји допринос жртве која иницира сукоб. Важну улогу у надметању и одбрани части и мушкости има и публика, односно присутна трећа лица (Brookman 2005, 127). Ту врсту убистава поједини аутори објашњавају као ситуациону трансакцију која се одвија између убице и жртве уз често присуство публике. Тако Лукенбил наводи да убиство пролази кроз че-

тири фазе. Прва подразумева започињање трансакције, на пример, провокацијом жртве, неповиновањем жртве учиниоцима захтевима или невербалном комуникацијом. У другој фази учинилац интерпретира ситуацију, да би у трећој одлучивао да ли да настави и „сачува образ“ или да одустане и покаже слабост. У четвртој фази и жртва има прилику за такву одлуку, али најчешће се опредељује за насиље као врсту трансакције (Luckenbill 1977, 180–184). До сличних закључака у студији која је обухватила 159 убистава дошли су Фелсон и Штедман (Felson, Steadman 1983, 70). У том смислу и Кац (2009, 341) указује на то да је за разумевање сржи злочина неопходно узети у обзир моралне емоције: понижење, праведност, ароганцију, подсмех, цинизам, скрнављење и освету. За оног који убија из страсти изазов је да изађе из ситуације која иначе изгледа понижавајуће. Аутор слично наводи и за типична инструментална убиства, као што су она извршена приликом разбојништва, јер превише оклевања ствара несигурност у реакцијама лицем у лице, која је у таквим ситуацијама непримерена (Katz 2009, 342).

Осветничка или убиства ради разрешења сукоба подразумевају планирање кривичног дела, због чега су и опаснија. Учиниоци не показују кајање. Између конфликта или перципиране неправде и убиства постоји временски размак, а учинилац и жртва се чешће познају у поређењу са конфликтним убиствима. Занимљиво је да ауторка наводи да учиниоци осветничких убистава као и убице мотивисане користољубљем припадају маргинализованим друштвеним слојевима. Учиниоци конфликтних убистава, с друге стране, могу припадати и угледним радничким породицама (Brookman 2005, 140).

У случајевима када мушкарци убијају жене најчешће је реч о брачној или ванбрачној партнерки. Брукман и у тим убиствима прави разлику између конфликтних и планираних убистава. У оба случаја мотиви су најчешће доминација и остваривање контроле, што ауторку наводи на закључак да нема великих разлика између случајева када мушкарци убијају друге мушкарце или жене (Brookman 2005, 154). Супротно томе, феминистички ставови истичу да насиље према партнерки није импулсивно већ стратешки планирано (Moffit *et al.* 2000, 223–224). Феминистички приступ убиство жена види као последицу процеса социјализације у коме се мушкарци уче да имају хегемонију над женама које су им потчињене. Дакле, занемарује се индивидуална и/или социјална патологија. Супротно, перспектива о општем насиљу указује на сличности у етиологији насиља према партнеру и према другим жртвама (Kivivuori, Lehti 2012, 61–62). Добаш и Добаш тврде да су убице жена партнерки старији, у мањој мери незапослени и исто тако мање злоупотребљавају алкохол у поређењу са убицама других му-

шкараца (Dobash, Dobash 2015, 63). У Шведској су дошли до закључка да су психијатријски поремећаји чешћи у случају убица партнера. У Финској су истраживања показала да је незапосленост убица непознатих мушкараца била виша за 10% у односу на убиства партнерки, да су те убице чешће раније осуђиване, да је зависно од употребе психоактивних супстанци било 72% убица непознатих мушкараца наспрам 53% међупартнерских убистава. Што се тиче утицаја алкохола, аутори нису утврдили велике разлике између поменутих типова убистава (Kivivuori, Lehti 2012, 71–73).

За разлику од мушкараца, жртве жена убица најчешће су њима блиска лица, а ретко непозната лица или познаници. У случају убиства партнера у великом броју су то жене преко 30 година, а према неким проценама око трећине жена убица партнера су непосредно пре догађаја злоупотребљавале алкохол. Постоје најчешће два сценарија: 1) жена реагује одмах на физички или вербални сукоб са жртвом; 2) реакција је одложена, убиство је неочекивано, а жртва пасивна (према Лукић 2019, 332). Допринос жртве сопственој виктимизацији веома је висок у тим убиствима имајући у виду да се процењује да је око 80% жена убица претходно искусило неки облик породичног насиља (Brookman 2005, 167). Разумевање убистава које чине жене не може се тражити само у схватањима о жени као беспомоћној, пасивној, ирационалној или оној која је научила да се тако понаша (Brookman 2005, 174). Уместо тога, убиства која чине жене ван партнерских односа не треба одвајати од убистава која чине мушкарци. Жене у тим ситуацијама такође могу штити свој статус или углед, што су, на пример, потврдила истраживања о малолетничким ганговима (Blanchette, Brown 2006, 9).

Мајке које убијају своју децу могу се класификовати према различитим критеријумима (McKee, Dwyer 2015, 154; Oberman 2007, 43–44). Мајке убице новорођене деце пре имају поремећај личности него душевну болест. Међу факторима који се доводе у везу са убиствима старије деце наводе се душевне болести, насиље у породици, сиромаштво и незапосленост, као и злоупотреба психоактивних супстанци (према Лукић 2019, 333).

Конечно, постоји и подела убистава према критеријуму односа између убице и убијеног. Прву категорију чине примарна убиства која су уједно и најчешћа и обухватају лица која се познају (партнери, сродници, пријатељи, познаници). Друга је категорија непримарних убистава извршених према непознатим лицима. Примарна су најчешће и експресивна, док су непримарна планирана и врло ретко подстакнута понашањем жртве (Smith, Parker 1980, 139). У домаћој литератури се карактеристике убица и убијених врло често анализирају на основу

односа између њих. Тако Пешић наводи да посебну карактеристику убиства у којима је један од актера био под дејством алкохола чине односи убице и жртве. Обично је реч о породичним, сродничким и пријатељским односима (Решић 1972, 64). Млађеновић истиче три врсте доминатних односа у убиствима у којима постоји фактор алкохолисаности. Прву, најбројнију, групу чине убиства између суседа, познаника и пријатеља. У тој групи фактор алкохолисаности доминира (72%) и код убице и код убијеног. Потом долазе убиства између крвних сродника, а најчешће су то убиства учињена због дугогодишњег злостављања од оца или мужа који злоупотребљава алкохол. Коначно, ауторка наводи и убиства између лица која се нису раније познавала, а резултат су међусобног вређања или изазивања у свађи у алкохолисаном стању (Млађеновић 1973, 271). Полазећи од поделе на инструментална и експресивна убиства, Симеуновић Патић наводи да је под дејством алкохола у тренутку чињења дела било више од половине извршилаца убиства из користољубља и једна петина учинилаца убиства у контексту тешког разбојништва (Симеуновић Патић 2003, 157). С друге стране, међу експресивним убиствима прави се разлика на основу односа убице и жртве и наводе следећи подаци: мушкарци који су убили своје партнерке били су под дејством алкохола у скоро половини случајева, док је то забележено код две трећине мушкараца које су убиле њихове партнерке; у убиствима крвних сродника чешће је под дејством алкохола у тренутку убиства била жртва (41%) него убица (25%); у убиствима познаника, пријатеља, даљих рођака, суседа под дејством алкохола били су у подједнакој мери обе стране (48,5%), а значајно је и учешће хроничног алкохолизма; у експресивним убиствима непознатих лица алкохоличари су били двоструко мање заступљени него друге категорије (Симеуновић Патић 2003, 165–181).

4. ЕМПИРИЈСКА АНАЛИЗА

4.1. Узорак

Истраживање се ради на основу узорка састављеног од 84 правноснажна судска предмета убиства, тешких убиства и убиства на мах прикупљених у Вишем суду у Београду у периоду 2011–2015.⁵ Иако се

⁵ Упитник за истраживање креиран је у оквиру „Balkan Homicide Study“ под покровитељством *Max-Planck* Института за међународно кривично право (<https://www.balkan-criminology.eu/research-focuses/current-projects/balkan-homicide-study/>), а спровођење истраживања финансирао је Министарство

у литератури (Clinard, Quinney, Wildeman 1994, 28) са пуно основа наводи да је у овом кривичном делу тамна бројка међу најмањима,⁶ треба напоменути да се то истраживање не односи на нерасветљена убиства којих је последњих година, према евиденцијама Републичког завода за статистику знатно мање него деведесетих година прошлог века.⁷

Подаци су прикупљени увидом у сваки појединачни судски предмет. Осим карактеристика учиниоца, прикупљени су и подаци за жртву, а за сваки случај је наведен и кратак опис догађаја. Приметно је да у предметима најчешће недостају подаци о жртви кривичног дела. Криминолошки релевантне варијабле попут раније осуђиваности жртве, социоекономског и брачног статуса па чак и узраста најчешће смо проналазили у обдукционим налазима и исказима сведока. За учиниоца су прикупљени подаци за 25 варијабли, за жртву за седам варијабли, а за кривично дело 10 варијабли.

Дефинисање појмова

Злоупотреба алкохола испитује се анализом двеју варијабли. Прва је алкохолисаност, односно присуство алкохола у крви/урину у тренутку извршења кривичног дела, то јест виктимизације. Друга је алкохолизам у складу са дефиницијом наведеном у теоријском делу рада, а што је резултат процене вештака у кривичном поступку. У тим случајевима по правилу је изрицана мера безбедности обавезног лечења алкохоличара.

Када је у питању подела убистава, у истраживању смо у основи пошлели од поделе на експресивна и инструментална убиства. Но, ако бисмо остали само на поменутој класификацији, питање је да ли бисмо добили прецизнију представу о значају који алкохол има у вршењу убистава. Наиме, претпостављамо да бисмо највећи број свих убистава могли сврстати у категорију експресивних. Због тога смо одлучили да, осим те класификације, убиства разврстамо и у конфликтна, убиства извршена ради разрешења ранијег сукоба (осветничка), између партнера (брачних, вабрачних, бивших), убиства мотивисана користољубљем (овде

просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

⁶ Због чега ти аутори сматрају да је оно најпогодније за међународне компарације криминалитета.

⁷ Тако је, према Републичком заводу за статистику нерасветљених убистава, у Србији 2015. године било 25. <https://publikacije.stat.gov.rs/G2016/Pdf/G20165617.pdf>.

смо уврстили и ситуације када је убиство извршено приликом вршења разбојништва или разбојничке крађе) и остала (на пример, када убиство изврше полицијски службеници у прекорачењу овлашћења). Појам конфликтног убиства подразумева спонтано одвијање сукоба, а убиство је резултат емотивне реакције на фрустрацију. Супротно, када се убиство врши ради разрешења конфликта, радња је планирана и резултат претходно донете одлуке.⁸ Мотив је врло често освета. Коначно, анализу смо вршили и према врсти односа између две стране и поделили их на убиства међу непознатима и убиства између лица која се познају, са поткатегоријама.

Примери конфликтних убистава

Два студента су играла карте у стану. У једном тренутку се догодила свађа, а потом је осуђени жртви нанео телесне повреде ножем.

Сукоб се догодио у кафани. Жртва је имала ватрено оружје и претила је осуђеном и његовом брату. Осуђени се физички сукобио са жртвом, а потом му се придружио и брат. У једном моменту испаљен је метак и жртва је била убијена. Учиниоци су побегли.

Примери убистава којима се разрешава сукоб (осветничка убиства)

Убица је нанео прострелне ране жртви из ватреног оружја. Између њих је раније постојао сукоб, а осуђени је претио жртви смрћу због тога што је сведочила против њега у кривичном поступку.

Осуђени и жртва су најпре ушли у вербални конфликт, а потом и у физички обрачун у коме је жртва нанела лаке телесне повреде осуђеном. Учиниоца је потом отишао до свог стана по пиштољ да се освети. Пуцао је на жртву, али промашио. Жртва је почела да бежи, али је осуђени успео да је сустигне, баца на под, а потом ју је убио тако што јој је пуцао у главу.

⁸ Иако има јасне критеријуме разграничења у односу на конфликтна убиства, питање је како одредити ситуације у којима учинилац не исказује намеру да изврши убиство како би разрешио сукоб. Ако би, на пример, учинилац дошао у жртвин стан како би расправили претходно постојећи сукоб, а потом током свађе/конфликта изврши убиство, постојали би елементи обе категорије.

4.2. Циљ истраживања

Циљ истраживања је да се најпре изврши дескриптивна анализа која подразумева утврђивање распрострањености злоупотребе алкохола (укључујући акутно пијанство и алкохолизам) међу осуђеним лицима за убиство и тешко убиство. Осим учинилаца, испитивањем су обухваћене и жртве. У дескриптивном делу анализирамо и друге карактеристике узорка и укрштамо варијабле. Имајући у виду различите типологије убистава у литератури, други циљ овог истраживања је покушај да се установи да ли је и која од наведених подела релевантна када је злоупотреба алкохола у питању. Анализе су рађене у програму SPSS, верзија 18.

4.3. Хипотезе

1. Мушкарци чешће него жене врше убиство под дејством алкохола.
2. Мушкарци осуђени за убиство чешће су зависници од алкохола него жене.
3. Мушкарци жртве партнерског насиља су у већем броју случајева под дејством алкохола у тренутку виктимизације него жене жртве партнерског насиља.
4. Конфликтна убиства су заступљена у већем броју случајева него осветничка убиства.
 - 4.1. Учиниоци конфликтних убистава су у већем проценту под дејством алкохола у тренутку извршења дела него учиниоци осветничких убистава.
 - 4.2. Жртве конфликтних убистава су у већем проценту под дејством алкохола у тренутку виктимизације него жртве осветничких убистава.
5. Убиства између лица која се познају у већем броју случајева извршена су под дејством алкохола у моменту предузимања радње кривичног дела него убиства између лица која се не познају.
 - 5.1. Убиства између даљих сродника и пријатеља у већем броју случајева извршена су под дејством алкохола него убиства између партнера и чланова породице.

4.4. Резултати

4.4.1. Дескриптивна анализа података

Узорак је састављен од укупно 84 судска предмета, при чему је укупан број осуђених лица 95, а укупан број жртава 105. Највећи број случајева (66,3%) јесте кривично дело учињено у покушају, остало су довршена кривична дела. Даље, око две трећине узорка (68,4%) чини кривично дело убиства из чл. 113 Кривичног законика, док је тешко убиство из чл. 114 Кривичног законика заступљено у 28,4%. У само три случаја радило се о убиству на мах из чл. 115 истог закона. Убиства по правилу врши једно лице (74,7%), у саучесништву са још једним лицем 22,1%, док су у три случаја убиство заједно учинила три лица. Такође, убиство се најчешће врши према појединцу (89,5%). Убиство два лица регистровано је у 5,3% случајева, три лица у 1,1%, а четири лица у 4,2%. Занимљиво је да су тешка убиства чешће довршена него обична и та веза је статистички релевантна ($\chi^2 = 21,353$, $c = 0,428$, $p = 0,000$). Када се подаци о стадијуму укрсте са подацима о врсти убиства, долази се до закључка да се знатно чешће довршавају убиства која су извршена због користољубља, односно приликом разбојништва и разбојничке крађе, него сва друга убиства (конфликтно, осветничко, међу партнерима). Та веза је и статистички значајна ($\chi^2 = 11,944$, $c = 0,349$, $p = 0,018$). Дакле, разбојници су у 77% довршили кривично дело, што би се могло повезати са чињеницом да убиство планирају, да жртве не пружају отпор, да учиниоци желе да спрече откривање разбојништва. У узорку је било подједнако конфликтних убистава, која су описана у теоријском делу рада, (32 односно 37,2%) и осветничких (37,2%). Убиства партнера смо издвојили као посебну групу и у узорку их је 10, односно 11,6%. Следе убиства извршена због користољубља односно заједно са разбојништвом или разбојничком крађом (9, односно 10,5%), а само три случаја, што чини 3,5% узорка, нисмо могли сврстати у неку од поменутих категорија.

Када је у питању место извршења убистава, из истраживања произлази да се убиства нешто више (близу 58%) врше на отвореном простору. Најчешће је то улица (60%). Када је затворени простор у питању, убиства су у највећем броју случајева вршена у кући или стану (72,5% свих убистава извршених у затвореном простору, односно око трећине у укупном узорку). Укрштањем података о врсти убистава и простору где је извршено закључујемо да се партнерска убиства у највећем броју случајева врше у затвореном простору (90%), а осветничка на отворе-

ном (75%). Конфликтна и убистава због користољубља учињена су приближно у истом проценту унутра и ван. Веза простора и врсте убистава је статистички релевантна ($\chi^2 = 16,151$, $c = 0,398$, $p = 0,003$).

Највећи број убистава извршен је употребом хладног оружја, под којим смо подразумевали различите врсте сечива, али и тупих предмета (54,3%), затим ватреним оружјем (37,2%) и употребом само физичке снаге (8,5%). Начин извршења је најчешће подразумевао убадање (45%), пуцање (36,3%), пребијање (16,5%) и дављење (2,2%). Конфликтна убистава су најчешће вршена убадањем (67,7%), осветничка употребом ватреног оружја (50%), између партнера (44,4%) пребијањем, док су убистава извршена због користољубља вршена подједнако пуцањем, пребијањем и убадањем. Веза ових варијабли је статистички значајна ($\chi^2 = 27,019$, $c = 0,493$, $p = 0,008$).

Подаци даље показују да је највећи удео убистава извршен у главном граду (64,2%), затим у срединама које смо одредили као урбане (18,9%) и напослетку у руралним областима (16,8%). Што се временске компоненте тиче, теорија указује на то да се убистава најчешће врше викендом или понедељком. У узорку је највише убистава учињено у понедељак (22%), а потом у недељу (14,9%). Највећи број убистава учињен је у периоду од 19 до 21 х (25%), а потом између 1 и 2 часа после поноћи (14,8%).

Учиниоци су углавном мушкарци (92,6%). У узорку је било пет осуђених жена, при чему су две жене убиле партнера, у једном случају је убиство резултат конфликта, а у једном случају мотив је освета. Просечан узраст учинилаца је 34 године, што показује да су, за разлику земаља Западне Европе и САД, у којима је се убиство најчешће врши у двадесетим годинама (Stamatel 2012, 160), у нашој држави, а слично и другим источноевропским земљама, учиниоци убистава у средњем добу. Највећи број осуђених има завршено средњошколско образовање (57,6%), а потом основну школу (33,7%). Без завршене основне школе је 7,6%, док је само једно лице завршило вишу школу.⁹ У узорку је нешто више незапослених (50,6%) него запослених (44,9%), а остало су пензионери (4,5%).¹⁰ У складу са подацима о запослености, јасно је да скоро половина осуђених (47,2%) нема прихода, а готово трећина (27,8%)

⁹ Слични подаци добијају се и за целокупну популацију осуђених у Србији. Тако је 2015. године 51% свих осуђених лица завршило средњу школу, 24,4% основну школу, 10% је без школе или има неколико разреда, док 5,9% има завршену вишу или високу школу.

¹⁰ Ако погледамо податке о запослености за целокупну популацију осуђених у Србији (узећемо 2015. годину), незапослених је 45,9%, што не одступа значајно од податка за осуђене за убистава.

има исподпросечне приходе. Просечна примања и примања изнад просека има по 12,5% лица. Подаци о брачном статусу показују да скоро половина осуђеника није у браку (47,8%). Једна четвртина има брачног партнера, а 15% ванбрачног, разведених је 7,6%, док је најмање удоваца/удовица (4,3%). Највећи број осуђеника (56,1%) нема деце. Што се националности тиче, већина (87,2%) изјаснила се као Србин/Српкиња, потом Ром/Ромкиња (7,4%), док су остале националне и етничке групе биле заступљене у 5,3%.

Раније осуђиваних је 42, односно 44,2%, што је мало више у односу на укупни просек за сва осуђена лица и који се креће између 35% и 40%. Највећи број осуђеника није раније осуђиван за неко кривично дело са елементима насиља (72, односно 75,8%). Ако и постоји осуда за раније насилно дело, по правилу је у питању само једно кривично дело (18,9%), док је само једно лице било три пута осуђено за неко насилно дело и само једно лице за четири насилна кривична дела. То показује да насилне криминалне каријере има веома мали проценат убица и да у том смислу не можемо говорити о некој специјализацији. Највећи број осуђеника није раније осуђиван на затворску казну (66, односно 69,5%), а међу бившим затвореницима највише је оних (22%) којима су изречене затворске казне у трајању до три године. Дуже од пет година у затвору је раније провело 7,4% лица из узорка.

Жртве убистава су по правилу мушкарци (82,8%). Само у једном случају жртва убиства које је учинила жена била је такође женског пола, у осталим случајевима жртве жена убица биле су мушког пола. Највећи број жена виктимизовано је у контексту међупартнерског насиља (53,3%)¹¹, а затим због освете (20%). У конфликтним ситуацијама виктимизовано је 13,3% свих жена, а исто толико и због користољубља. Са мушкарцима је ситуација другачија. Највећи број је страдао у конфликтним ситуацијама (44,1%), потом због освете (41,2%), због користољубља (7,4%). Најмање мушкараца убиле су њихове партнерке (2,9%), док 4,4% мушких жртава није могло бити сврстано у неку од тих група. Веза врсте убистава и пола жртве статистички је значајна ($\chi^2 = 31,581$, $c = 0,525$, $p = 0,000$).¹²

Што се тиче односа убице и убијеног у највећем броју случајева реч је о лицима која се познају (73%). Претежно су у питању познаници (од укупног броја то је 34,9%, а у односу на категорију лица која се познају 48%), а потом пријатељи (15,5%, односно 21,3% категорије

¹¹ Жене чине 80% свих жртава међупартнерског насиља.

¹² Релација је тестирана између учиниоца и прве жртве, односно нису обухваћени случајеви са више учинилаца и више жртава.

лица која се знају). Када су у питању породични односи, на првом месту по бројности жртава је партнер (10,7%), затим чланови уже породице (7,7% свих случајева), док је најмање страдало чланова шире породице (3,8% свих случајева). У 91% случајева убистава између лица која се не познају мотив је користољубље. Освета се најчешће врши према познаницима (50%), а сукоб је претежно мотив и међу познаницима (44,6%). Љубомора као мотив претежно је заступљена у убиствима партнера (60%), као и раскид/развод (75%).

4.4.2. Провера хипотеза

Анализа најпре показује да је код 42 осуђеника (45,2%) установљено присуство алкохола, док је присуство опојних дрога регистровано у 16%, односно код 15 лица. Што се тиче алкохолизма, процењено је да је 7,9% лица имало развијену зависност, док је тај проценат зависности од опојних дрога био мањи (4,5%). Сви алкохоличари у узорку учинили су убиство у стању алкохолисаности. На основу само дескриптивних података можемо видети да алкохол има битну улогу у разумевању убистава. Од укупног броја мушкараца, 44,2% је било под дејством алкохола у тренутку убиства, док је тај удео код жена учинилаца 57%. Иако тај резултат не иде у прилог првој постављеној хипотези, треба ипак имати у виду да је у узорку било само седам жена осуђених за убиство. На већим узорцима требало би испитати да ли су жене у већем проценту под дејством алкохола у тренутку убиства. Подаци о постојању алкохолизма показују да се тај облик зависности појављује само код мушкараца убица.

Већ је поменуто да је породично насиље најчешћи контекст у коме су жене убијене, а у истом контексту жене најчешће и врше убиства. У узорку убиства партнера чине 11,6%. Осуђене су две жене и осам мушкараца. Интересантно је да су обе осуђене жене биле под дејством алкохола, док је то случај са половином мушкараца осуђених за убиство партнерки. Дакле, на први поглед се чини да је мање мушкараца било под дејством алкохола у партнерским убиствима, али, као што смо нагласили, треба бити опрезан у извођењу закључака због малих апсолутних бројева и могућности да су случајно обе жене које су убиле партнере биле под дејством алкохола.

Када су жртве свих убистава у питању, подаци показују да је само једна жена (5,5%) била под дејством алкохола у тренутку виктимизације, док је то случај са 21,4% убијених мушкараца. Интересантно је да ниједна жртва партнерског убиства није била под дејством алкохола у тренутку виктимизације.

Уколико у анализи пођемо од класификације убистава на експресивна, чији је једини циљ да се жртва лиши живота, односно да јој се нанесе зло, и инструменталних, која су руковођена још неким циљем (новац, задовољење сексуалног нагона, спречавање хапшења или откривања кривичног дела), долазимо до закључка да се 77,9% убистава сврстава у експресивна, а 22,1% у инструментална убиства. Када смо податке о тој класификацији укрстили са варијаблом о присуству алкохола код учиниоца у тренутку убиства, нисмо добили статистички значајну везу. Наиме, скоро подједнак број експресивних убистава учињен је под дејством алкохола као и у трезном стању (36 лица, односно 53,7% наспрам 46,3%). Шест лица (33,3%) учинилаца инструменталних убистава било је под дејством алкохола. Због тога смо убиства класификовали и на друге начине.

Најпре смо пошли од поделе коју предлаже Брукман, а посебно смо још издвојили убиства партнера и убиства мотивисана користољубљем. У узорку је највише конфликтних убистава (37,2%), као и убистава извршених ради разрешења сукоба (37,2%), међу партнерима (11,6%) и убистава мотивисаних користољубљем (10,5%). Преосталих случајева је 3,5%. У случајевима конфликтних убистава 21 учинилац (65,6%) био је под дејством алкохола, у случајевима решавања сукоба (осветничка убиства) 10, односно 32,3%, у убиствима партнера шест осуђеника (60%), а у убиствима извршеним мотивисаних користољубљем пет лица (55,6%). Посматрано у односу на популацију свих случајева у којима је учинилац био под дејством алкохола, највише су опет заступљена конфликтна убиства (50%). Та веза је умерено статистички значајна ($\chi^2 = 10,529$, $c = 0,332$, $p = 0,032$). Дакле, најмање могућности за убиство извршено под дејством алкохола има у случајевима решавања постојећих сукоба, затим у убиствима из користољубља, убиствима партнера и на крају конфликтним убиствима. Када је у питању зависност од алкохола, највећи удео алкохоличара учинио је конфликтно убиство (57,1%), а потом убиство партнера (28,6%). Но, та веза није статистички значајна. Имајући у виду ставове у литератури да су чак и убиства партнера планирана, а не резултат импулсивности, одлучили смо да на основу чињеничних стања убистава партнера из пресуда извршимо њихово разврставање на конфликтна и убиства којима се разрешава неки ранији сукоб. Анализа је показала да пет случајева можемо класификовати као конфликтна, а пет као планирана.

Примери конфликтних убистава (укључујући и покушаје)

После краће вербалне расправе са супругом, жена је узела бушилицу и ударила мужа неколико пута у пределу главе како би га спречила да је напусти.

Жена жртва убиства је претходно била жртва насиља свог ванбрачног партнера. Напад се догодио када је жртвин брат дошао да је одведе код родитеља како би спречио даље насиље ванбрачног партнера. Осуђени је хтео да нападне брата жртве, а у покушају да га спречи у томе жена је задобила увод оштрим предметом у груди.

Брачни партнери су изашли увече, потом су се посвађали и потукли на вратили кући. Он је бацио пепељару на њу, а она га је изболо ножем. Током суђења супруг је хтео да се помире.

Примери убистава којима се разрешава сукоб

Осуђени је отишао у супермаркет где је радила његова бивша супруга. Иако је у том тренутку био у браку са другом женом, ножем је убоо бившу супругу јер није могао да прихвати да она не жели да опет буде с њим.

Осуђени је дошао у стан своје бивше супруге где је живела са својим родитељима. Носио је црну торбу, а када је жртва – бивша супруга дошла до њега и питала да ли је донео новац који је дуговао, он ју је напао ножем. У сукоб су се укључили и жртвини родитељи који су такође претрпели лаке и тешке телесне повреде. Осуђени је приликом бекства из стана украо новчаник и наруквицу.

Осуђени је убио своју супругу због љубомре. Чекао је да заспи, а онда ју је задавио и убоо ножем у врат неколико пута. У тренутку започињања радње убиства она се пробудила, покушала да се одбрани и због тога је, осим смртних, задобила и повреде руку.

Подаци су показали да је 67,6% убица у конфликтним убиствима било под дејством алкохола, што је, с друге стране, био случај са 31,4% оних што су кривично дело вршили ради разрешења сукоба. Убиства извршена због користољубља су у 55,6% случајева учињена под дејством алкохола. Веза је статистички значајна и то у већој мери у односу на претходну класификацију ($\chi^2 = 10,497$, $s = 0,332$, $p = 0,015$). Дакле, вероватније је да ће конфликтна и убиства из користољубља бити учињена под дејством алкохола него убиства која су мотивисана решавањем сукоба. Како подаци показују да је у половини случајева

убистава учињених из користољубља учинилац био под дејством алкохола, занимало нас је да видимо да ли ће се резултати променити уколико ту категорију прикључимо убиствима из освете/решавања сукоба. Наиме, за оба типа убистава карактеристично је да су по правилу планирана. Испоставило се да је и та веза статистички релевантна ($\chi^2 = 8,830$, $s = 0,307$, $p = 0,012$) и да је алкохол присутнији опет у категорији конфликтних убистава (67,6% конфликтних под дејством алкохола).

Подаци показују да је највећи број жртава које су биле под дејством алкохола у тренутку виктимизације (70% свих жртава под дејством алкохола) страдао у контексту конфликтних убистава. Преосталих 30% виктимизовано је због разрешења ранијег сукоба. Дакле, у случају партнерског насиља и разбојништава нисмо имали случајеве у којима је жртва у алкохолисаној стању. Ова веза је и статистички значајна¹³ ($\chi^2 = 11,522$, $s = 0,353$, $p = 0,021$).

Табела 1. Дескриптивни подаци и статистички релевантни закључци

	Под дејством алкохола	Зависност од алкохола
Осуђени	45,2%	7,9%
Женски	57%	0
Мушки	44,2%	7,9%
Жртва	18%	
Женски	5,5%	
Мушки	21,4%	
Тип убиства 1 (осуђени)		
Експресивна	53,7%	9,1%
Инструментална	33,3%	6,7%
Тип убистава 2 (осуђени)	$\chi^2 = 10,497$, $s = 0,332$, $p = 0,015$	

¹³ Анализирали смо само податке прве жртве, односно нису укључени случајеви у којима је било више од једне жртве. Само у два случаја у којима је било више од једног виктимизованог лица жртве су биле под дејством алкохола.

	Под дејством алкохола	Зависност од алкохола
Конфликтна	67,6%	16,7%
Осветничка	31,4%	2,9%
Због користољубља	55,6%	0
Тип убистава 3 (осуђени)		
Међу лицима која се познају	44,3%	10,1%
Међу лицима која се не познају	45,5%	0

У делу о дескриптивним подацима наведено је да су конфликтна убиства најчешће вршена хладним оружјем, док је у убиствима због ранијег сукоба највише било заступљено ватрено оружје. Укрштање података о алкохолисаности и врсти оружја потврђује да су убиства учињена под дејством алкохола најчешће вршена употребом хладног оружја (71% свих убистава извршених под дејством алкохола) и та веза је статистички значајна ($\chi^2 = 11,552$, $c = 0,332$, $p = 0,003$).

Упоређујући податке о алкохолисаном стању осуђених и жртава¹⁴ закључујемо да су жртве у скоро 20% случајева биле под дејством алкохола. Када су жртве под дејством алкохола, најчешће су (у 82,4% ситуација) и учиниоци под дејством алкохола и та веза је статистички значајна ($\chi^2 = 11,256$, $c = 0,338$, $p = 0,001$).

Конечно, испитивали смо и да ли је врста односа између учиниоца и жртве повезана са случајевима убистава извршених под дејством алкохола. Најпре смо све релације поделили у две групе према критеријуму да ли се учинилац и жртва од раније познају или не. У случајевима убистава непознатих лица, алкохолисано је било 45,5% осуђеника, док је у убиствима између лица која се познају тај удео 44,3%. Та веза није статистички значајна. Ако се издвоје категорије странаца, партнера, чланова уже породице и осталих (шира породица, пријатељи познаници), такође нема статистички значајних релација. Наиме, иако је више од половине свих убистава учињених под дејством алкохола (56,1%) управо у последњој групи (шира породица, познаници, пријатељи), исто

¹⁴ Анализирали смо само податке прве жртве, односно нису укључени случајеви у којима је било више од једне жртве.

тако највећи број убица чије су жртве из те категорије лица није био у алкохолисаном стању (54,9% свих лица која нису била под дејством алкохола).

5. ЗАКЉУЧАК

Неспорно је да алкохол има значајну улогу у разумевању етиологије насилничког криминалитета, а према томе и у разумевању убистава. Такође је чињеница да ниједан фактор не можемо издвојити као кључан за објашњење убистава и у том смислу злоупотреба алкохола даје одређени допринос у садејству са другим факторима. Преглед литературе показује да се тај допринос најчешће анализира утврђивањем распрострањености убистава учињених под дејством те психоактивне супстанце, док се мање пажње посвећује питању у ком контексту или за учиниоце којих убистава алкохол има значајнију улогу.

У раду смо, осим теоријске, спровели и емпиријску анализу 84 правоснажна судска предмета Вишег суда у Београду у којима су лица осуђена за убиство, тешко убиство или убиство на мах. Подаци да је скоро половина (45,2%) свих осуђених била под дејством алкохола у тренутку извршења убиства, да је у узорку 7,9% алкохоличара и да је око 20% свих жртава такође било под дејством алкохола у тренутку виктимизације јасно упућују на значај који та психоактивна супстанца има у разумевању убистава. Прво треба истаћи да између убица под дејством алкохола и убица које су биле трезне нисмо успели да установимо разлике у односу на њихов узраст, пол, социодемографске карактеристике или податке о њиховој ранијој осуђиваности. То упућује на закључак да без обзира на то да ли злоупотребљавају алкохол или не, убице одликују одређене заједничке карактеристике. Иако те карактеристике нису својствене само убицама, већ се јављају и код учинилаца других кривичних дела, може се истаћи да је просечни убица мушког пола, у средњим тридесетим годинама, са завршеном средњом школом, чешће незапослен и без редовних примања, нема брачног или ванбрачног партнера, а најчешће нема ни децу. У више од половине случајева реч је о раније неосуђиваним лицима.

Како бисмо установили да ли је злоупотреба алкохола карактеристична за одређени тип убистава, у раду смо тестирали постојање релевантних статистичких веза између више типологија и злоупотребе алкохола. Класична подела на експресивна и инструментална убиства није се у том погледу показала релевантном. Наиме, имајући у виду да се скоро 80% свих убистава сврстава у категорију експресивних, тешко

је доћи до закључака о неким специфичностима убистава извршених под дејством алкохола. Разврставање таквих дела према односу између убице и жртве такође се није показало статистички релевантним.

Испоставило се да класификација убистава коју је понудила ауторка Брукман пружа више објашњења. Показало се, наиме, да су убице које реагују тренутно у конфликтној ситуацији која настаје због стварне или претпостављене увреде или по процени учиниоца неадекватног понашања жртве уједно и најчешће под дејством алкохола. При томе, није релевантно да ли се жртва и учинилац познају. У конфликтна убиства могу се сврстати и случајеви убиства партнера ако је лишавање живота уследило у тако описаним околностима. Важно је нагласити да алкохол има значајну улогу у разумевању конфликтних убистава не само када је учинилац у питању, већ и жртва, јер подаци показују да је највећи удео жртава које су биле под дејством алкохола виктимизован управо у контексту конфликтних убистава. Иако су у узорку била само три убиства на мах, сва су сврстана у групу конфликтних убистава, што се и уклапа у опис те групе која управо и подразумева исхитрено деловање.

С друге стране, алкохол има мању улогу, односно мање је заступљен код убица које не реагују у моменту већ после одређеног краћег или дужег времена. Они планирају убиство, врло често то раде да би се осветили за претрпљену увреду, према њиховом мишљењу неадекватно понашање жртве или да би на тај начин решили постојећи конфликт. И та убиства могу бити вршена према различитим категоријама жртава, укључујући и садашњег или бившег партнера. Због чињенице да дело планирају, чешће су осуђени за довршена убиства и за теже облике. Осуђени због убистава из користољубља у половини случајева били су под дејством алкохола (укупно је било девет лица). У једној од статистичких анализа ту групу смо сврстали у убиства којима се решава ранији сукоб полазећи од заједничке карактеристике планирања кривичног дела. Испоставило се да у том случају алкохол има већу улогу у конфликтним убиствима.

Анализа повезаности злоупотребе алкохола и убистава значајна је на плану превенције криминалитета, а резултати криминолошких студија требало би да дају одређени допринос у том погледу. Иако је неспорно да је злоупотреба алкохола међу популацијом убица распрострањенија него у општој популацији у једном друштву, увођење забрана продаје алкохола не би било решење. Могло би се, напротив, очекивати да би таква мера повећала активности организованих криминалних група које би добиле нову исплативу делатност на црном тржишту. Осим тога, иако студије показују да са порастом потрошње алкохола долази

и до пораста убистава, треба имати у виду и закључке да није релевантна само количина конзумираног алкохола већ и културни обрасци пијења. С друге стране, сваки програм или мера која би била усмерена на едукацију са циљем редуковања опијања или на ситуациону превенцију сигурно би имала позитивне ефекте и на спречавање насилних кривичних дела.

ЛИТЕРАТУРА

- [1] Aebi F, Marcelo, Stefano Caneppele, Stefan Harrendorf, Yuji Z.Hashimoto, Jörg-Martin Jehle, Tara Khan S., Olivia Kühn, Chris Lewis, Lorena Molnar, Paul Smit, Þórisdóttir Rannveig. 2021. *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics 2021*, 6th edition. https://wp.unil.ch/europeansourcebook/files/2021/12/ESB_Online_Stable_211202.pdf, последња посета 20. јануар 2022.
- [2] Adjorlolo, Samuel, Heng Choon (Oliver) Chan. 2/2017. The Nature of Instrumentality and Expressiveness of Homicide Crime Scene Behaviors: A Review. *Trauma, Violence and Abuse* 18: 119–133.
- [3] Blanchette, Kelley, Brown L. Shelley. 2006. *The Assesment and Treatment of Women Offenders: An Integrative Perspective*. Chichester: John Wiley and Sons, Ltd.
- [4] Brookman, Fiona. 2005. *Understanding Homicide*. London: Sage Publications.
- [5] Brookman, Fiona. 2010. *Homicide*.
- [6] Bye K., Elin. 2012. Alcohol and Homicide in Europe. 231–246. *Handbook of European Homicide Research, Patterns, Explanations and Country Studies*, edited by Marieke C. A. Liem and William Alex Pridemore. New York: Springer.
- [7] Clinard, Marshall, Quinney Richard, Wildeman John. 1994. *Criminal Behavior Systems – A Typology*, 3rd ed. Cincinnati: Anderson Publ.
- [8] Darke, Shane. 2010. The toxicology of homicide offenders and victims: a review. *Drug and Alcohol Review* 29: 202–215.
- [9] Dobash R., Emerson, Dobash P. Russell. 2015. *When Men Murder Women*. Oxford: Oxford University Press.
- [10] Dripps, Donald. A. 2/2009. Rehabilitating Bentham’s theory of excuses, *Texas Technical Law Review* 42: 383–418.

- [11] Eriksson, Li, Sarah Bryant, Samara McPhedran, Paul Mazerolle, Richard Wortley. 2020. Alcohol and drug problems among Australian homicide offenders. *Addiction* 116: 618–631.
- [12] Fagan, Jeffrey. 1990. Intoxication and aggression. *Crime and Justice* 13: 241–320.
- [13] Felson B., Richard, Steadman J. Henry. 1/1983. Situational Factors in Disputes Leading to Criminal Violence. *Criminology* 21: 59–74.
- [14] Гачић, Бранко. 1985. *Алкохолизам, болест појединца и друштва*. Београд: Завод за издавачку делатност „Филип Вишњић“.
- [15] Hanlon, E. Robert, Michael Brook, John Stratton, Marie Jensen, H. Leah Rubin. 8/2013. Neuropsychological and intellectual differences between types of murderers, Affective/Impulsive versus Predatory/Instrumental (Premediated) Homicide. *Criminal Justice and Behavior* 40: 933–948.
- [16] Игњатовић, Ђорђе. 2009. *Теорије у криминологији*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [17] Игњатовић, Ђорђе. 2/2011. Појам и етиологија насилничког криминалитета. *Crimen*: 179–211.
- [18] Katz, Jack. 2009. Примамљивост злочина: морална и чулна привлачност чињења зла. 339–344. *Теорије у криминологији*, ур. Ђорђе Игњатовић. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [19] Kivivuori, Janne, Martti Lehti. 1/2012. Social Correlates of Intimate Partner Homicide in Finland: Distinct or Shared with Other Homicide Types? *Homicide Studies* 16: 60–77.
- [20] Kuhns B., Joseph, Wilson B. David, Clodfelter A. Tammatha, Maguire R. Edward, Ainsworth A. Stephanie. 2010. A meta-analysis of alcohol toxicology study findings among homicide victims. *Addiction Review* 106: 62–72.
- [21] Курчевић Младеновић, Рајка. 1973. Улога алкохолног фактора у етиологији кривичног djела убиства. 259–273. *Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu XXI*. Sarajevo: Studentski servis Univerziteta.
- [22] Лабаш Драгишић, Слађана, Милан Милић. 1/2007. Болести зависности као болести друштва, породице и појединца: критика нечињења. *Социологија* XLIX: 31–43.
- [23] Лабаш Драгишић, Слађана. 2017. Нова култура употребе алкохола: Бинге дринкинг – конзумација уместо комуникације. *Култура* 157: 67–84.

- [24] Luckenbill F., David. 2/1977. Criminal Homicide as a Situated Transaction. *Social Problems* 25: 176–186.
- [25] Лукић, Наталија. 2019. Насилнички криминалитет жена. 327–348. *Казнена реакција у Србији ИХ део*, ур. Ђорђе Игњатовић. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [26] Mattson A., Curtis, Christina A. Pietz. 2015. Substance Abuse and Violence. 50–76. *Violent Offenders, Understanding and Assessment*, ed. Christina A. Pietz, Curtis A. Mattson. Oxford: Oxford University Press.
- [27] McAlister L., Alfred. 3/2006. Acceptance of killing and homicide rates in nineteen nations. *European Journal of Public Health* 16: 259–65.
- [28] McCall L., Patricia, Paul Nieuwbeerta, Rodney Engen L., Kelly M. Thames. 2012. Explaining Variation in Homicide Rates Across Eastern and Western European Cities: The Effects of Social, Political and Economic Forces. 137–154. *Handbook of European Homicide Research, Patterns, Explanations and Country Studies*, ed. Marieke C. A. Liem, William Alex Pridemore. New York: Springer.
- [29] McKee R., Dwyer Geoffrey, Gregg R. 2015. Psychically and Sexually Violent Females. 151–171. *Violent Offenders, Understanding and Assessment*, ed. Christina A. Pietz, Curtis A. Mattson. Oxford: Oxford University Press.
- [30] Moffit E., Terrie, Robert F. Krueger, Avshalom Caspi, Jeff Fagan. 1/2000. Partner Abuse and General Crime: How Are They the Same? How Are They Different? *Criminology* 38: 199–232.
- [31] Parker, Robert Nash, Kathleen Auerhahn. 1998. Alcohol, Drugs and Violence. *Annual Review of Sociology* 24: 291–311.
- [32] Пешић, Вукашин. 1972. *Убивства у Југославију*. Београд: Институт за криминолошка и социолошка истраживања.
- [33] Pernanen, Kai. 1976. Alcohol and Crimes of Violence. 351–444. *Social Aspects of Alcoholism*, Vol. IV, ed. Benjamin Kissin, Henri Begleiter. New York: Springer.
- [34] Rand R., Michael *et al.* 2010. Alcohol and Crime – Data from 2002 to 2008. Bureau of Justice Statistics, <https://www.ojp.gov/ncjrs/virtual-library/abstracts/alcohol-and-crime-data-2002-2008>, последња посета 20. јануар 2022.
- [35] Rumgay, Judith. 1998. *Crime, Punishment and the Drinking Offender*. New York: Macmillan Press ltd.

- [36] Santos, Rennó Mateus, Testa Alexander, Weiss B. Douglas. 2018. Where Poverty Matters: Examining the Cross-National Relationship Between Economic Deprivation and Homicide. *British Journal of Criminology* 58: 372–393.
- [37] Симеуновић Патић, Биљана. 2003. *Убиства у Београду. Криминолошка студија*. Београд: Институт за криминолошка и социолошка истраживања.
- [38] Stamatel, Janet. 2012. The Effects of Political, Economic and Social Changes on Homicide in Eastern Europe. *Handbook of European Homicide Research, Patterns, Explanations and Country Studies*, ed. Marieke C. A. Liem, William Alex Pridemore. New York: Springer.
- [39] Thijssen, Jill, Corine de Ruiter. 2011. Instrumental and Expressive Violence in Belgian Homicide Perpetrators. *Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling* 8: 58–73.
- [40] Волффанг, Марвин, Франко Феракути. 2012. *Поткултура насиља*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [41] Wilcox, Pamela, Kristin Swartz. 2018. Social Spatial Influences. 35–57. *The Oxford Handbook of Environmental Criminology*, ed. Gerben J. N. Bruinsma, Shane D. Johnson. Oxford: Oxford University Press.
- [42] Youngs, Donna, Canter V David. 2011. Narrative roles in criminal action: An integrative framework for differentiating offenders. *Legal and Criminological Psychology* 00: 1–17.
- [43] Frequency of heavy episodic drinking by sex, age and income quintile. Eurostat 2019. https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/hlth_ehis_al3i/default/table?lang=en, последња посета 20. јануар 2022.
- [44] Alcohol Consumption Statistics. https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Alcohol_consumption_statistics#Heavy_episodic_drinking, последња посета 20. јануар 2022.
- [45] Rand R., Michael *et al.* 2010. Alcohol and Crime – Data from 2002 to 2008. Bureau of Justice Statistics. <https://www.ojp.gov/ncjrs/virtual-library/abstracts/alcohol-and-crime-data-2002-2008>, последња посета 20. јануар 2022.

Ђорђе IGNJATOVIĆ, PhD

Full Professor, University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

Natalija LUKIĆ, PhD

Assistant Professor, University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

**THE RELATIONSHIP BETWEEN ALCOHOL ABUSE AND
HOMICIDES IN THE SAMPLE OF CONVICTED OFFENDERS
IN BELGRADE**

Summary

This paper examines the relationship between alcohol abuse and homicides. The first part explores the relevance of alcohol in violent crime in general as well as in homicides. The authors further analyse criminology theories that explain the influence of this factor in understanding homicides.

The second part of the article is an empirical analysis of a sample of 84 final court cases of the High Court in Belgrade, involving 105 victims, with the total 95 persons convicted of homicide, aggravated homicide or manslaughter. In addition to determining the prevalence of alcohol abuse in the sample, the authors also analyse the significance of the presence of alcohol in different homicide classifications. Authors conclude that the most relevant is the classification into conflict, revenge, intimate partner and homicides committed during robbery. The classification of homicides into expressive and instrumental, and homicides between strangers or acquaintances is not statistically significant.

Key words: *Homicide. – Alcohol abuse. – Empirical analysis. – Theories.*

Article history:

Received: 16. 3. 2022.

Accepted: 27. 5. 2022.

УДК 341.94:347.615-055.33

CERIF: S 130

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_22306A

Др Мина ПАВЛОВИЋ*

**ИСТОПОЛНЕ ЗАЈЕДНИЦЕ ЖИВОТА У СВЕТЛУ ПРИМЕНЕ
ХАШКОГ ПРОТОКОЛА О МЕРОДАВНОМ ПРАВУ ЗА
ОБАВЕЗЕ ИЗДРЖАВАЊА ИЗ 2007. ГОДИНЕ**

Под истополним заједницама живота у упоредном праву се подразумевају истополни бракови, регистрована партнерства и de facto истополне заједнице. У Хашком протоколу о меродавном праву за обавезе издржавања, значајним извором српског колизионог права у тој области, ништа није назначено о његовој (не)примени на такве заједнице, нити је дефинисан појам „породични однос“ у смислу чл. 1 тог протокола. Аутор у овом раду истражује у којој мери се тај појам може екстензивно тумачити и да ли може обухватити и истополне заједнице живота. Суштинска је дилема да ли примена Протокола на такве односе произилази из аутономног тумачења појма „породични однос“ или из одлуке сваке државе потписнице појединачно. Заузимајући став о тим питањима, аутор испитује могућност примене Протокола за одређивање меродавног права у споровима поводом издржавања

* Асистент, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Србија, mstancic@jura.kg.ac.rs.

из истополних заједница закључених у иностранству, који се воде пред домаћим органима. Посебна пажња је посвећена анализи хипотетичког случаја и домаћају клаузуле јавног поретка из чл. 13 Протокола.

Кључне речи: Протокол из 2007. године. – Издржавање. – Меродавно право. – Породични односи. – Истополне заједнице живота.

1. УВОД

Идеје слободе појединца и равноправности покренуле су демократизацију породичних односа у последњих неколико деценија. Индивидуализација, плурализам и приватизација у породичним односима суштински су редефинисали традиционалну породицу, засновану на чврстом колективизму (групи) и породичној солидарности. Нова парадигма брака и породице заснива се на испољавању слободе воље и избора индивидуа (више у Поњавић 2009, 25–28). У склопу плурализма породичних односа, брак између мушкарца и жене данас није једина породичноправна установа намењена формализацији емотивног односа двоје људи. У процесу модификације породичног права и породичних односа велики број држава је у последњих неколико деценија озаконио различите форме истополних заједница живота. Најчвршћи облик формализације тих заједница је истополни брак, који у државама у којима је уведен, по правилу, има родно неутрални карактер (видети Дураковић 2014, 142–143; Павловић 2021а, 10–11, а за нордијске земље Lund-Andersen 2017, 6).¹ Осим тога, у упоредном породичном праву постоје још два облика озаконења истополних заједница живота – регистровано партнерство и тзв. *de facto* истополна заједница. Регистровано партнерство постоји у неким државама света² као установа паралелна институту брака.³ Дејства су им слична, али не морају бити идентична. Насупрот томе, *de facto* истополне заједнице

¹ Тако, у холандском законодавству брак је могућ између две особе истог или различитог пола. Видети Књигу 1 холандског Грађанског законика, чл. 30. Истополни брак постоји у Холандији, Белгији, Шпанији, Норвешкој, Шведској, на Исланду, у Португалији итд.

² Регистровано партнерство је први пут уведено у Данској 1989. године, а након тога у Норвешкој, Шведској, на Исланду, у Холандији, Белгији, Француској, Немачкој, Финској, Луксембургу итд.

³ У неким државама регистровано партнерство постоји паралелно са браком који се законом те државе дефинише као животна заједница жене и мушкарца (примера ради, у хрватском правном систему, чл. 12 Обитељског

не подразумевају формалну процедуру за настанак већ одлуку два партнера истог пола да живе заједно.⁴ У неким правним системима поједине правне форме тих заједница могу да постоје паралелно⁵ или током времена једна форма може да замени другу.⁶

Осим држава које су озакониле истополне заједнице живота, постоје и оне које не оклевају да задрже традиционалне породичноправне концепте и не предвиђају никаква права за partnere из истополних заједница живота (право на издржавање, пензију и сл.). Једна од таквих држава је и Србија, чији правни систем нормира брак искључиво као заједницу мушкарца и жене⁷ и законски не регулише (ни истополно ни хетеросексуално) регистровано партнерство нити *de facto* истополну заједницу. Другим речима, Србија не нормира ниједну форму истополних заједница живота (више у Павловић 2021а, 58). Сагласно томе, право на издржавање између истополних партнера у српском правном животу није регулисано пошто је тај вид финансијског обезбеђења члана породице у домаћем правном систему предвиђен искључиво између (хетеросексуалних) супружника и између (хетеросексуалних) ванбрачних партнера.⁸

Међутим, може се замислити ситуација да партнер из стране, легално засноване истополне заједнице живота поднесе тужбу пред нашим судом ради досуђивања издржавања од другог партнера,

закона Хрватске, *Народне новине* 103/15, 98/19). С друге стране, некада регистровано партнерство постоји истовремено са истополним браком, као што је случај у холандском праву, за оба правна система видети фн. 1 и 5 рада.

⁴ Више о специфичностима регистрованог партнерства и о фактичкој истополној заједници у Павловић 2021а, 11–14. Фактичка истополна заједница нормирана је у Португалији, Словенији, Хрватској, Италији итд.

⁵ Тако, у хрватском правном систему нормирани су тзв. неформално животно партнерство (*de facto* истополну заједницу) и „животно партнерство“. Видети Закон о животном партнерству особа истог пола, *Народне новине* 92/14, 98/19 (чл. 2 и 3). У холандском праву регулисани су и истополни бракови и регистрована партнерства. Видети чл. 30 и даље Књиге 1 холандског Грађанског законика

⁶ Тако, у Немачкој је истополни брак уређен (од 2017. године), а претходна регистрована партнерства се могу конвертовати у брак (§20 Lebenspartnerschaftsgesetz, *BGBI. I S. 266*). Истополни брак је уведен путем Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts, *BGBI. 2017 I 2787*, ступио на снагу 1. октобра 2017.

⁷ Устав Републике Србије, *Службени гласник РС* 98/2006, чл. 62, ст. 2; Породични закон, *Службени гласник РС* 18/2005 и 72/2011 – др. закон, чл. 3.

⁸ Породични закон – ПЗ, *Службени гласник РС* 18/2005 и 72/2011 – др. закон, чл. 151 и 152.

дужника издржавања. Имајући у виду да је реч о правном односу који је правоваљано настао у иностранству и да се његова дејства „протежу“ и на нашу државу, најпре треба одредити меродавно право за ма какво одлучивање о том тужбеном захтеву. Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља⁹ не садржи специјалну колизиону норму за било које питање проистекло из истополних заједница живота закључених у иностранству.

Осим тога, саставни део српског колизионог права у материји издржавања чини Хашки протокол о меродавном праву за обавезе издржавања¹⁰ (у даљем тексту: Протокол) и њиме су дерогиране одговарајуће одредбе ЗРСЗ. Протокол не садржи експлицитну одредбу којом би се недвосмислено одредила његова примена на обавезе издржавања између партнера из истополне заједнице живота. Зато је наше истраживање усмерено на два кључна питања. Прво је неопходно размотрити да ли се заједнице живота лица истог пола могу сматрати „породичним односом“ у смислу чл. 1. ст. 1 Протокола, односно да ли издржавање проистекло из тих заједница потпада под поље његове примене. У случају да је одговор позитиван, друго питање се односи на начин примене Протокола од српских поступајућих органа у случају спора поводом затраженог издржавања између партнера из истополне заједнице живота закључене у иностранству.

У овом раду је најпре направљен кратак осврт на карактеристике Протокола и његова колизиона решења (2). У излагању се затим испитује да ли се истополне заједнице живота могу сматрати „породичним односом“ у смислу чл. 1, ст. 1 Протокола и да ли свака држава потписница може самостално донети одлуку о квалификацији таквих заједница као *породичних односа* (3) и заузима став о примени Протокола у споровима поводом међусобног издржавања проистеклог из истополних заједница живота закључених у иностранству који се воде пред српским надлежним органима. Посебна пажња је посвећена домашају и могућностима за примену клаузуле јавног поретка из чл. 13 Протокола, због чега је анализиран хипотетички случај супруге из немачког истополног брака, која захтева досуђивање издржавања пред домаћим судом (4), након чега следи закључак, као сублимација излагања (5).

⁹ Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља – ЗРСЗ, *Службени лист СФРЈ* 43/82 и 72/82 – испр. *Службени лист СРЈ* 46/96 и *Службени гласник РС* 46/2006 – др. закон, чл. 3.

¹⁰ Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=133>, последњи приступ 12. јануара 2022.

2. ПОГЛЕД НА ПРОТОКОЛ И КОЛИЗИОНА РЕШЕЊА ПРОТОКОЛА

Протокол је усвојен на Хашкој конференцији за међународно приватно право (у даљем тексту: Хашка конференција) у новембру 2007. године, чиме су унификоване колизионе норме за обавезе међусобног издржавања. У поље примене Протокола спада одређивање меродавног права за обавезе издржавања из *породичног односа* (подвукао аутор), *крвног сродства, брака или тазбинског сродства, укључујући обавезе издржавања детета, без обзира на брачни статус његових родитеља* (чл. 1, ст. 1 – *ratione materiae*). Он се примењује без услова реципроцитета, односно и ако је меродавно право државе која није уговорница (чл. 2 Протокола) (више у Павловић 2021, 484–485), што је и чест случај са међународним инструментима хашког система. Имајући у виду колизионоправну унификацију, у његово поље примене не улазе правила о одређивању међународне надлежности, признању и извршењу одлука, ни правила о управној сарадњи између држава (видети Вопоми 2013, 21). Временско важење Протокола регулисано је у одредби чл. 22, тако што се он *неће* применити на издржавање затражено у држави уговорници *за период* пре његовог ступања на снагу.¹¹

Сва колизиона решења Протокола нормирана су у одредбама чланова 3–8, при чему опште колизионо правило из чл. 3 Протокола упућује на примену права државе уобичајеног боравишта повериоца издржавања (о чл. 3 више у Павловић 2021, 485–486; Живковић 2013, 84–85). Према томе, странка не мора имати држављанство једне од држава уговорница да би дошло до примене Протокола (више у Hausmann 2018, 445). Насупрот општем колизионом правилу, одредбом чл. 4 Протокола предвиђено је одступање, али будући да оно служи одређивању меродавног права за обавезе међусобног издржавања између родитеља и деце (и потраживање лица млађих од 21 године према лицима који нису родитељи)¹², ова одредба није од пресудног значаја за тему рада, тако да је нећемо додатно елаборирати (о чл. 4 више у Павловић 2021, 486–487).

¹¹ Видети одредбе чл. 23–25 Протокола, које се односе на потписивање, ратификацију, приступање и ступање на снагу.

¹² У случају да је реч о супружницима и бившим супружницима, уколико један од њих има мање од 21 године, на обавезе њиховог међусобног издржавања не примењују се правила из чл. 4 већ правила о издржавању између супружника у току трајања брака или бивших супружника из чл. 5 Протокола (више у Живковић 2013, 85)

Што се тиче обавезе издржавања између супружника, разведених супружника или лица чији је брак поништен, меродавно право се може одредити путем основног колизионог правила из чл. 3 Протокола. Међутим, право уобичајеног боравишта повериоца издржавања неће се применити уколико се испуне два кумулативна услова: 1) ако се једна од странака противи примени тог права и 2) ако је право неке друге државе (нарочито право државе њиховог последњег заједничког уобичајеног боравишта) у ближој вези са браком (чл. 5 Протокола). Уколико су услови испуњени, примењује се право те друге државе (више у Павловић 2021, 487–488; Живковић 2013, 87).

Одредбом чл. 6 Протокола прописано је да дужник издржавања може оспорити повериочев захтев за издржавање ако истакне да обавеза издржавања не постоји ни према праву државе уобичајеног боравишта дужника ни према праву заједничког држављанства странака, у случају да га имају. То значи да ако странке немају заједничко држављанство, довољно је да обавеза није предвиђена правом уобичајеног боравишта дужника издржавања (Staudinger 2020a, Rn. 11). У случају да имају заједничко држављанство, услови су строжи, односно постојање обавезе издржавања процењује се и по праву уобичајеног боравишта дужника и по праву државе чије држављанство обе странке имају (Бордаш, Ђундић 2013, 149). Реч је о тзв. *одбрамбеној* клаузули, а како њу није могуће применити на сваки вид међусобног издржавања, за тему рада је важно истаћи да се дужник на њу не може позвати код, примера ради, обавеза издржавања између супружника и бивших супружника.¹³

Конечно, Протокол даје могућност странкама да саме изаберу право по коме ће се решавати питање њиховог међусобног издржавања. Основ је аутономија воље, али је она у овом случају ограничена на четири права¹⁴ (чл. 8, ст. 1 Протокола)¹⁵. С друге стране, одредбом чл. 7 Протокола предвиђен је тзв. процесноправни споразум, „само за потребе посебног поступка који се води у конкретној држави“. Тада поверилац и дужник издржавања могу изабрати право државе у којој су поступак

¹³ Али и за обавезе издржавања родитеља према деци, види чл. 6 Протокола. О тој одредби видети Павловић 2021, 488–489; Бордаш, Ђундић 2013, 149. За примену те одредбе види пример из 4.2. дела рада.

¹⁴ а) Право државе чије држављанство има једна од странака у тренутку избора; б) право државе уобичајеног боравишта једне од странака у тренутку избора; в) право које су странке изабрале као меродавно за своје имовинске односе или право које је заиста примењено на те односе; г) право које су странке изабрале као меродавно за свој развод или раставу или право које је заиста примењено на њихов развод или раставу.

¹⁵ За ограничења примене овог члана види Живковић 2013, 89.

и покренули, односно изабрати *lex fori*¹⁶ (о одредбама чл. 7 и 8 више у Павловић 2021, 489–490; Бордаш, Ђундић 2013, 144–149). Како се тешко може замислити да истополни партнери изаберу право Србије као право државе суда, пошто у нашем праву издржавање у том смислу није уређено, потоња одредба неће бити посебно анализирана.

3. ПОРОДИЧНИ ОДНОС У СМISЛУ ЧЛ. 1, СТ. 1 ПРОТОКОЛА– ИСТОПОЛНЕ ЗАЈЕДНИЦЕ ЖИВОТА

3.1. Приступи тумачењу појма породични однос

3.1.1. Постављање проблема

Протоколом није дата дефиниција појма породични однос у смислу чл. 1, ст. 1, али се она није могла ни очекивати, имајући у виду различите породичноправне установе које постоје у државама потписницама, а којима су својствена одређена друштвена, културолошка и политичка обележја. Можда је жеља творца Протокола била да се такве разлике не потенцирају, будући да државама уговорницама нису допуштене резерве којима би се ограничило поље његове примене у погледу одређених обавеза издржавања или да се неке од њих искључе.¹⁷ Извесно је да су из поља примене Протокола искључени захтеви за издржавање проистекли искључиво из уговора или, пак, јавноправни захтеви (Staudinger 2020, Rn. 3).

Појам породични однос у смислу чл. 1, ст. 1 Протокола има двоструко значење. Он подразумева најпре заједничку црту експлицитно наведених примера у том међународном извору – „*крвно сродство, односи између родитеља и детета, тазбинско сродство, брак*“ (Вопони 2013, 27). С друге стране, појам породични однос може подразумевати и *друге* односе (више у Andrae 2014, 540–541). Према томе, захтеви за издржавање потпадају под поље примене Протокола уколико се они на било који начин могу приписати односима из чл. 1, ст. 1 (Heiderhoff 2021, Rn. 39).^{18, 19}

¹⁶ Види чл. 7, ст. 1 Протокола.

¹⁷ Према чл. 27 Протокола резерве на тај међународни извор нису дозвољене.

¹⁸ Да ли у конкретном случају постоји дотични однос у смислу чл. 1 Протокола, претходно је, односно прво питање (нем. *Erstfrage*) (за полемику о начину везивања претходног питања у смислу Протокола и избора аргумената за

У сваком случају, у Протоколу је појам породице широко постављен (видети *Вопоти* 2013, 27; *Junker* 2017⁴²⁶), чему сведочи околност да он обухвата и захтев за издржавање самохране мајке према оцу њеног детета (у том смислу *Junker* 2017, 426). У немачкој правној литератури се истиче да се под појмом брак, у смислу чл. 1, ст. 1 Протокола, схвата и шепажући брак (нем. *hinkende Ehe*), који постоји само према страном, а не и према унутрашњем праву (више у *Hausmann* 2018, 442). Ванбрачне заједнице нису експлицитно наведене у чл. 1, ст. 1, али су у припремним радовима и каснијим коментарима дате препоруке да питање издржавања из таквих заједница буде обухваћено одредбама Протокола (Живковић 2013, 81 фн. 5). Уколико се оне, према меродавном праву (статуту за издржавање),²⁰ сматрају породичним односом и стварају законску обавезу издржавања, потпадаће по чл. 1, ст. 1 Протокола (видети и упоредити *Hausmann* 2018, 443; *Heiderhoff* 2021, Rn. 44).²¹

Посебан изазов приликом одређивања опсега појма породични однос јесте дилема да ли он обухвата истополне заједнице живота, будући да постоје упоредноправне разлике у формама којима су регулисане, али оне нису озакоњене у свим државама. Истополни бракови и регистрована партнерства нису побројани у чл. 1, ст. 1 Протокола, али ни експлицитно искључени из поља његове примене. О том питању је много

независно везивање видети *Hausmann* 2018, 440–441). У сличном смислу, ако у међународном извору није назначен начин решавања претходног питања, треба га везивати независно (о томе више у Ђорђевић, Мешкић 2016, 113).

¹⁹ Интересантно је да је у чл. 1, ст. 2 Протокола прописано да одлуке донете његовом применом не утичу на постојање било ког односа из ст. 1 тог члана. Странка не може користити одлуку донету применом меродавног права одређеног путем колизионих решења Протокола да би тврдила да дотични однос постоји (видети *Вопоти* 2013, 29). Међутим, будући да је обавеза издржавања последица одређеног статусног односа између повериоца и дужника, упитно је да ли се издржавање уопште може посматрати изоловано од питања статуса. Због нераскидивости та два питања, може се говорити о квазиаутономији издржавања у односу на одлуку о статусу (више у *Марјановић* 2014, 149).

²⁰ У немачкој правној теорији је истакнуто да се меродавно право за неформалне фактичке заједнице не може одредити на основу чл. 5 Протокола (у том смислу за немачко право *Hausmann* 2018, 456). Супротно је мишљење *Мирка Живковића*, који сматра да наш судија треба да примени чл. 5 и на издржавање ванбрачног партнера (видети о томе *Живковић* 2013, 87).

²¹ Према схватању *Мирка Живковића*, одлука о примени Протокола на ванбрачне партнере препуштена је унутрашњим законима држава уговорница, па тако, из угла *српског* права, Протокол треба применити на ванбрачне заједнице будући да је у нашем ПЗ предвиђена обавеза издржавања из таквог односа (видети *Живковић* 2013, 81, фн. 5).

расправљано током његове израде, али је преовладало становиште да се Протоколом не заузме јасан став. Тај „пропуст“ је направљен намерно, да би се избегло сучељавање ставова држава уговорница поводом фундаменталних разлика по том питању (видети *Вопоти* 2013, 27). Зато остаје дилема да ли се истополни бракови и регистрована партнерства могу квалификовати као „породични односи“. Са тим је повезано и питање да ли би одлука о примени Протокола на такве односе могла представљати последицу аутономног тумачења појмова из чл. 1, ст. 1 Протокола или би се могла оставити свакој држави потписници засебно (*Heiderhoff* 2021, Rn. 39–42). У наставку је посебна пажња посвећена анализи и једног и другог приступа.

3.1.2. Први приступ – аутономно тумачење појмова из чл. 1 ст. 1 Протокола

У правној теорији је истакнуто да приликом тумачења правних појмова и института у међународном уговору има места аутономној квалификацији (видети и упоредити *Јакшић* 2017, 431–432; *Станивуковић, Живковић* 2010, 257–258; *Ђорђевић, Мешкић* 2016, 91; *Варади et al.* 2010, 127–128), то јест упоредноправној квалификацији (видети *Нау, Krätzschar* 2010, 116; *Von Hoffmann, Thorn* 2007, 229). Како Протоколом није дефинисан појам „породични однос“ нити је указано на одређено национално право по коме треба квалификовати тај правни појам²², за спровођење аутономне квалификације тог појма једино преостаје креирање аутономних (једнообразних) појмова ослањањем на упоредноправну анализу права држава уговорница тог међународног извора.²³

Упоредноправна анализа подразумева испитивање законодавстава тих држава, односно да ли и које од њих познају истополне заједнице живота. Таква анализа показује да од 32 државе *уговорнице Протокола* (рачунајући и Европску унију [ЕУ] као уговорницу)²⁴, 21 уређује неку форму истополних заједница живота. Од држава уговорница Протоко-

²² У том смислу о аутономној квалификацији *Ђорђевић, Мешкић* 2016, 91; *Станивуковић, Живковић* 2010, 257–258.

²³ Видети у том смислу о аутономној квалификацији *Ђорђевић, Мешкић* 2016, 90–91.

²⁴ Аустрија, Белгија, Бразил, Бугарска, Хрватска, Кипар, Чешка, Естонија, Европска Унија, Финска, Француска, Немачка, Грчка, Мађарска, Ирска, Италија, Казахстан, Летонија, Литванија, Луксембург, Малта, Холандија, Пољска, Португалија, Северна Македонија, Румунија, Србија, Словачка, Словенија,

ла, регистровано партнерство је признато, примера ради, у Хрватској²⁵, Естонији²⁶, Грчкој, на Кипру²⁷, Италији²⁸, Словенији²⁹,³⁰, док су истополни бракови допуштени у Бразилу, Француској, Холандији³¹, Белгији³², Шпанији, Луксембургу, Шведској, Финској итд.³³ Као што је речено, у упоредном породичном праву те форме могу да коегзистирају или да замене једна другу. С друге стране, десет држава уговорница Протокола не регулише ниједан облик истополне заједнице живота, као што је случај са Србијом, Северном Македонијом, Пољском, Словачком и сл.³⁴.

То упућује на закључак да данас више од половине држава уговорница познаје истополне бракове и/или регистрована партнерства. Што се таквих држава или држава које су спремне да признају такве установе тиче, на Дипломатском заседању је закључено да их такве државе могу подвести под колизиону норму за међусобно издржавање супружника и бивших супружника (чл. 5 Протокола) (видети Hausmann 2018, 456; Vononi 2013, 45–47). Примера ради, из угла немачког права се под *клаузулу одступања* из чл. 5 Протокола супсумирају и регистрована партнерства и истополни брак, посебно од када је потоњи уведен у тај

Шпанија, Шведска и Украјина. Видети списак уговорница на <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=133>, последњи приступ 8. децембра 2021.

²⁵ О издржавању у регистрованом партнерству видети чл. 49 Закона о животном партнерству особа истог пола.

²⁶ О издржавању видети §9 Kooseluseadus, RT I, 16. 10. 2014, 1

²⁷ О издржавању у Грчкој и на Кипру видети Lima 2017, 325–327, 342–343.

²⁸ О издржавању видети Ferrari 2017, 150.

²⁹ Zakon o partnerski zvezi – ZPZ, Uradni list RS 33/15. Партнерска звезда је заједница између две жене или два мушкарца и има исте правне последице као и брак у свим правним областима (чл. 2 ZPZ). Изузетке од тога може прописати само ZPZ.

³⁰ Осим тих држава уговорница, регистровано партнерство је уведено и у Чешкој, Шведској, Белгији, Француској, Немачкој, Финској, Луксембургу, Мађарској, Ирској, Аустрији, Хрватској, Малти. У неким од тих држава касније је уведен и истополни брак и такве државе су различито поступале са претходним регистрованим партнерствима. Примера ради, Шведска је допустила конверзију регистрованог партнерства у брак, док Француска није и сл. (више у Павловић 2021a, 13).

³¹ О издржавању након престанка брака видети BW 1:157

³² О досуђивању издржавања након развода видети Sosson 2010, 56–57.

³³ Осим тих држава уговорница Протокола, истополни брак познају још: Аустрија, Немачка, Ирска, Малта и Португалија.

³⁴ Осим тих држава, истополне заједнице живота нису правно признате у Литванији, Летонији, Украјини, Румунији, Бугарској и Казахстану.

правни систем (Hausmann 2018, 456).³⁵ У хрватском ЗМПП³⁶ експлицитно се упућује на примену Протокола за издржавање у оквиру регистрованог (животног) партнерства (чл. 40 у вези са чл. 45).

Историјским тумачењем Протокола сугерише се да је циљ његовог доношења била унификација колизионих решења за одређивање меродавног права за обавезе издржавања и унапређивање решења из Конвенције од 2. октобра 1973. године о меродавном праву за обавезе издржавања (у даљем тексту: Конвенција из 1973). Чини се да је током његове израде постојала латентна тежња да се под колизиону норму чл. 5 укључе и обавезе издржавања проистекле из регистрованог партнерства или истополног брака, будући да су неке делегације предлагале да се у тексту изричито наведе да се одредба чл. 5 може, уз дискреционо право држава, примењивати на установе блиске браку (видети Вопоми 2013, 27). Такве допуне у коначном тексту нема, али је већ наглашено да из пропратних материјала уз Протокол произилази закључак да се тај члан примењује и на регистрована партнерства и истополне бракове.

Наведеним пребројавањем држава уговорница Протокола које познају истополне бракове и/или регистрована партнерства може се закључити да ће га већина држава потписница применити на обавезе издржавања проистекле из таквих заједница. То би представљало покушај извођења аутономне квалификације појма породични однос у тој конвенцији, који би могао бити прихваћен у свим државама потписницама. Она би свакако била целисходна јер би у супротном могла настати реална опасност од неуједначене примене Протокола и осујећивања основног циља унификације (у том смислу за аутономну квалификацију Станивуковић, Живковић 2010, 257). Ипак, треба имати у виду да је аутономна квалификација појма породични однос од свих држава потписница заиста изазов. Упитна је могућност апстраховања заједничких карактеристика тог појма у оквиру свих потписница Протокола, узимајући у обзир њихове различите породичноправне системе и правне традиције.

³⁵ Видети фн 6. У немачком међународном приватном праву постоји специјална колизиона норма за истополни брак и то је чл. 17б, ст. 4 и 5 Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (EGBGB). Тако, о чл. 17б EGBGB видети Martiny 2020, 3134–3139.

³⁶ Закон о међународном приватном праву Хрватске – ЗМПП Хрватске, Народне новине 101/17.

3.1.3. Други приступ – свака држава потписница може самостално да донесе одлуку

Могућ је и други приступ, према којем су потписнице Протокола слободне да различите институте квалификују као породичне односе, у складу са одговарајућим методом у међународном приватном праву (МПП) државе суда (Staudinger 2020, Rn. 16). Према преовлађујућем мишљењу у литератури, за решење прве квалификације у МПП³⁷ примењује се *lex fori* квалификација.³⁸ Тада се правна питања и правни односи проистекли из чињеничног стања са елементом иностраности схватају у складу са мерилима права државе суда, након чега се подводе под одговарајућу правну категорију домаћих колизионих норми (видети Ђорђевић, Мешкић 2016, 84). На институте непознате домаћем правном систему примењује се функционална квалификација (видети и упоредити Von Hoffmann, Thorn 2007, 229–230; Kropholler 2006, 126 и даље; Варади *et al.* 2010, 128; Ђорђевић, Мешкић 2016, 89–90, 92; Јакшић 2017, 433–435; Станивуковић, Живковић 2010, 250–251; у сличном смислу и Нав, Krätzschar 2010, 122).

Према томе, шта се подразумева под *другим односима* у смислу чл. 1, ст. 1 Протокола, одређује се у складу са правом државе потписнице тог међународног извора, пред којом се води поступак. При томе се као основа не узима супстанцијално породично право те државе већ се спроводи квалификација у складу са владајућим методом, који постоји у међународном приватном праву државе суда (Andrae 2014, 541–542). Чини се да спровођење квалификације у том смислу неће бити захтевно за државе које познају истополне бракове и регистрована партнерства јер на издржавање из таквих односа могу применити чл. 5 Протокола. То је факултативно решење и не обавезује државе потписнице које такве заједнице не познају (Вопони 2013, 45–47).

Теже је заузети став по питању квалификације појма породични однос у случају десетак држава уговорница Протокола које не познају истополне заједнице. Не постоји основ путем којег би ове државе биле дужне да узму у обзир одлуке органа других држава уговорница о досуђивању издржавања између истополних партнера, иако то оне

³⁷ О квалификацији као двофазном поступку у домаћој литератури Ђорђевић, Мешкић 2016, 78; Јакшић 2017, 417, 435–436.

³⁸ О тој квалификацији упоредити Ђорђевић, Мешкић 2016, 84–86; Станивуковић, Живковић 2010, 254; Варади *et al.* 2010, 124–126, 128; Von Hoffmann, Thorn 2007, 226–228.

могу учинити.³⁹ За те државе су могућа два решења и оба су потпуно легитимна. Ако констатују да бракови и партнерства између лица истог пола нису породични односи у смислу чл. 1, ст. 1 Протокола, онда се он не примењује већ се примењују националне колизионе норме за издржавање (Воноти 2008, 339). У случају да такве заједнице сматрају породичним односом, али их не третирају као брак, за одређивање меродавног права би примениле остале одредбе Протокола, нарочито чл. 3 и 6 (Воноти 2008, 339; Воноти 2013, 27). Међутим, негативан аспект тог приступа је то што се може сматрати контрадикторним са обавезом јединственог тумачења Протокола (чл. 20).

3.1.4. Аутономно тумачење држава чланица ЕУ

За државе чланице ЕУ је у одредби чл. 15 Regulation (EU) No. 4/2009 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations (у даљем тексту: Regulation No. 4/2009)⁴⁰ наведено да се меродавно право за обавезе издржавања одређује Протоколом. Из тога произилази обавеза јединственог тумачења та два међународна извора и аутономног тумачења појмова из чл. 1, ст. 1 Протокола (видети Hausmann 2018, 327, 440). Зато се поставља питање да ли свака чланица ЕУ треба самостално да одлучи о квалификацији појмова Протокола или да приступи аутономном тумачењу. Будући да се и ЕУ и њене чланице сматрају уговорницама Протокола⁴¹ и да велика већина чланица ЕУ посматра истополне бракове и регистрована партнерства као *породичне односе* (видети Hausmann 2018, 442–443), пожељно је униформно применити Протокол на истополне бракове или регистрована партнерства јер се на тај начин остварује синхронизација са Regulation 4/2009 (видети

³⁹ Како се у Извештају наводи, државе уговорнице, колико је год то могуће, треба да узму у обзир одлуке донете применом Протокола у осталим државама уговорницама, али их надлежни органи не морају следити (Воноти 2013, 73–75).

⁴⁰ Regulation (EU) No. 4/2009 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations, *OJ L* 7 of 10/01/2009.

⁴¹ Видети чл. 24 Протокола

Staudinger 2020, Rn. 17). Коначно разјашњење може бити добијено од Суда правде ЕУ (у даљем тексту: СЕУ) путем одлучивања о претходном питању (видети Staudinger 2020, Rn. 17; Andrae 2014, 540).⁴²

У ишчекивању такве одлуке, постоје додатни аргументи за аутономно тумачење појмова Протокола у чланицама ЕУ. Најпре, заједнички живот истополних партнера представља део друштвене стварности на глобалном нивоу, која се не може игнорисати. У прилог томе говори и мишљење AG Wathelet (у даљем тексту: AG) у поступку пред СЕУ поводом случаја *Coman*⁴³, који наводи да се појам „брачни друг“ у смислу Directive 2004/38/EC on the right of EU citizens and their families to move and reside freely within the EU⁴⁴ (у даљем тексту: Directive 2004/38/EC), не може тумачити независно од промена у друштву. Појам брачни друг у смислу те директиве треба тумачити независно од пола дотичних лица и места склапања брака. У вези са тим, AG наводи да се право ЕУ мора тумачити у складу са „савременом стварношћу“ ЕУ (видети Opinion of AG Wathelet, тач. 53, 56; Петровић 2021, 85–86). Таква стварност подразумева да истополни брак данас постоји на свим континентима, па та околност одговара универзалном признавању различитих облика породице (Opinion of AG Wathelet, тач. 58; Петровић 2021, 86).⁴⁵

⁴² Аргументи говоре у прилог томе да се примена Протокола на обавезе издржавања из таквих односа не треба оставити свакој држави чланици ЕУ засебно већ да концепт брака у смислу чл. 5 Протокола треба тумачити у европско-аутономном, ширем смислу (више у Hausmann 2018, 456).

⁴³ CJEU, case C-673/16, *Coman and Others*, ECLI:EU:C:2018:385. У том предмету су два мушкарца, Коман и Хамилтон, закључили истополни брак у Бриселу. Хамилтону није био омогућен боравак у Румунији дуже од три месеца јер се, према румунском праву, брак дефинише као заједница мушкараца и жене. Истополни супружници су поднели тужбу суду у Букурешту ради утврђивања да је дошло до дискриминације по основу сексуалне оријентације приликом остваривања права на слободно кретање у оквиру ЕУ. Тај суд је покренуо поступак пред Уставним судом Румуније ради одлучивања о истакнутом приговору, који је затим прекинуо поступак и упутио захтев Суду ЕУ да се изјасни о тумачењу појма „брачни друг“ у смислу Директиве 2004/38/ЕЗ (видети о томе Петровић 2021, 80–81).

⁴⁴ Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States amending Regulation (EEC) No 1612/68 and repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC, OJ L 158, 30.04.2004, p. 77–123.

⁴⁵ О тој пресуди видети и Павловић 2021а, 124–125.

Осим тога, регистровано партнерство је у државама чланицама ЕУ на јединствени начин обухваћено појмом „породични однос“ у смислу Regulation 4/2009 (чл. 1, ст. 1) и Протокола (чл. 1, ст. 1). То је последица тумачења појма регистровано партнерство у Regulation (EU) No. 1104/2016 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships (у даљем тексту: Regulation (EU) 1104/2016)⁴⁶, с једне стране, и чињенице да се обавезе међусобног издржавања између регистрованих партнера уређују у складу са меродавним правом, које је одређено према Regulation 4/2009 (видети рецитал 22 Regulation (EU) 1104/2016), с друге стране. Регистровано партнерство се, у смислу Regulation (EU) 1104/2016, схвата као форма заједничког живота двоје људи предвиђена законом, чија је регистрација у складу са тим законом обавезна и која испуњава правне формалности неопходне за њен настанак према том закону, али се стварни садржај тог појма препушта националним правима држава чланица (видети рецитал 17 и чл. 3, ст. 1, тач. а Regulation (EU) 1104/2016) (у смислу Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions regarding the property consequences of registered partnerships⁴⁷ (Andrae 2014, 541–542).

3.2. Заузимање сопственог става

Према преовлађујућем мишљењу у литератури, свака држава може сама да одлучи о квалификацији појма „породични однос“ и примени Протокола на истополне заједнице (видети и упоредити Heiderhoff 2021, Rn. 42, са даљим упућивањима на литературу; Staudinger 2020, Rn. 16; Vonomi 2013, 27; Andrae 2014, 541; у смислу схватања усвојеног у праву државе суда Бордаш, Ђундић 2013, 138), што говори о прихватљивости другог изложеног приступа, са којим се и ми слажемо.

⁴⁶ Regulation (EU) No. 1104/2016 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships, OJ L 183, 8/7/2016. Не примењује се у свим државама чланицама ЕУ већ у њих 18.

⁴⁷ Brussels, 16. 3. 2011, COM (2011) 127 final; 2011/0060 (CNS).

Према нашем мишљењу, то ипак не значи да државе које не познају истополне бракове и регистрована партнерства не могу такве односе сматрати породичним. Уколико дотична држава приступи функционалној квалификацији, могуће је под тај појам супсумирати односе непознате домаћем правном систему, али који у другом правном систему стварају обавезу издржавања и карактеришу их посебне личне везе трајнијег карактера. Другим речима, из поља примене Протокола не морају *a priori* бити искључене установе које се према унутрашњем материјалном праву не сматрају (или се још увек не сматрају) породичним односом или из којих не произилази обавеза издржавања (у том смислу Andrae 2014, 542).

Функционална квалификација страног истополног брака или регистрованог партнерства подразумева испитивање да ли такве везе представљају породични однос, у функционалном смислу. Будући да је код тих установа реч о односима између два лица истог пола, протканим узајамним емоцијама и поштовањем, са различитим статусним и имовинским дејствима, таква њихова функција упућује на закључак о схватању као породичном односу. Осим тога, Европски суд за људска права (ЕСЉП) последњих година је дао ново светло тумачењу одредаба чл. 8 и чл. 14 у вези са чл. 8 Европске конвенције о људским правима (ЕКЉП). У познатој пресуди *Шалк и Конф против Аустрије*⁴⁸, утврђено је да истополни партнери уживају право на „породичан живот“ у смислу чл. 8 ЕКЉП на исти начин као и хетеросексуални. Осим тога, у предмету *Орланди и остали против Италије*⁴⁹, ЕСЉП је утврдио да су италијанске власти, одбивши да изврше упис истополних бракова подносилаца представки закључених у иностранству, повредиле право на породични живот апликаната из чл. 8 ЕКЉП, будући да нису омогућиле признање и заштиту дотичних истополних бракова подносилаца представки (пар. 199–210 пресуде; о пресудама више у Павловић 2021а, 53–57). Тај суд је у неколико предмета утврдио и да су истополни партнери претрпели дискриминацију по основу сексуалне оријентације (повреда чл. 14 у вези са чл. 8 ЕКЉП) због поступања надлежних власти тужене државе.⁵⁰ Узимајући у обзир такав развој судске праксе ЕСЉП и

⁴⁸ ECHR, case 30141/04, *Schalk and Kopf v. Austria*, ECLI:CE:ECHR:2010:0624JUD003014104.

⁴⁹ ECHR, case 26431/12, 26742/12, 44057/12, 60088/12, *Orlandi and Others v. Italy*, ECLI:CE:ECHR:2017:1214JUD002643112.

⁵⁰ *Пајух против Хрватске*, ECHR, case 68453/13, *Pajic v. Croatia*, ECLI:CE:ECHR:2016:0223JUD006845313; *Валианатос и остали против Грчке*, ECHR, case 29381/09, 32684/09, *Vallianatos and Others v. Greece*, ECLI:CE:ECHR:2013:1107JUD002938109.

да су чланице Савета Европе и уговорнице Протокола углавном исте државе, апсолутно негирање породичноправног обележја истополних заједница у оквиру потписница Протокола не делује превише извесно.

Колизionoправни систем Протокола даје могућност широког тумачења појма „породични однос“ (тако Andrae 2014, 542; Павловић 2021a, 152; у смислу Конвенције из 1973. видети Hausmann 2000, 260). Уместо уског тумачења његових појмова, пожељно је шире и јединствено тумачење, усклађено са његовим међународним карактером (у том смислу за немачко право Andrae 2014, 542). Такво обележје јасно произилази из чл. 20 Протокола, будући да у његовом тумачењу државе уговорнице воде рачуна о међународном карактеру тог извора и потреби промовисања његове једнообразне примене.

Узимајући у обзир истакнуте аргументе, државе уговорнице које не познају регистровано партнерство и истополни брак такве везе функционалном квалификацијом могу сматрати породичним односом. Оне могу меродавно право за издржавање одредити путем других одредаба Протокола, осим чл. 5 (пре свега одредаба чл. 3 и 6) (Bonomi 2008, 339). Према нашем мишљењу, исто би требало да важи и за *de facto* истополне заједнице. У истом смислу као и код одлуке поводом ванбрачних заједница, уколико се *de facto* истополне заједнице сматрају породичним односом према статуту за издржавање и стварају законску обавезу издржавања, потпадаће под примену Протокола. До меродавног права би се могло доћи једино путем главног колизionoг решења из чл. 3⁵¹ или 6 Протокола⁵².

4. ПРИМЕНА ПРОТОКОЛА У СРБИЈИ УЗ ОГРАНИЧЕЊА ЈАВНОГ ПОРЕТКА

4.1. Примена одредаба чл. 3 и 6 Протокола на истополне заједнице живота закључене у иностранству

На почетку рада смо поставили два кључна питања. Прво је да ли се истополне заједнице живота могу сматрати „породичним односом“ у смислу чл. 1, ст. 1 Протокола. Досадашња анализа показује да такве

⁵¹ Меродавно право за фактичке заједнице не може се одредити на основу чл. 5 Протокола (за немачко право видети Hausmann 2018, 456).

⁵² Чл. 5 Протокола не покрива ванбрачне (фактичке) животне заједнице истог или различитог пола. Како су такве заједнице ограничене само на кохабитацију, може се применити само чл. 6 Протокола (видети Staudinger 2020b, Rn. 8).

везе нису искључене из тог појма у смислу чл. 1, ст. 1 Протокола (за регистрована партнерства у смислу немачког права видети Hausmann 2013, 673; Mankowski 2016, 53; за истополни брак видети Heiderhoff 2021, Rn. 39; Mankowski 2016, 49; у контексту примене Конвенције из 1973. на регистрована партнерства видети Forkert 2003, 202–207).

Будући да је одговор позитиван, друго кључно питање са почетка рада је – на који начин српски судови треба да примене Протокол на издржавање проистекло из истополних заједница живота, легално закључених у иностранству? Сматрамо да би домаћи судија, применом функционалне квалификације за непознате правне установе⁵³ и широким тумачењем појма породични однос, такве односе могао сматрати породичним. Реч је о тумачењу у функционалном смислу, не о схватању тог појма као брака у смислу домаћег супстанцијалног права. Следствено томе, на обавезе издржавања из таквих заједница могло би се применити опште колизионо решење из чл. 3 Протокола, односно право државе уобичајеног боравишта повериоца издржавања. С друге стране, српски правни систем те институте не изједначава са браком, па таква обавеза издржавања не би потпала под примену чл. 5 Протокола. Консеквентно, дужник издржавања може оспорити такву обавезу издржавања позивајући се на одбрамбену клаузулу из чл. 6 Протокола.⁵⁴

Постоје многобројни аргументи који иду у прилог примени чл. 3 и 6 Протокола у Србији. Прво, Протоколом су дерогиране одговарајуће одредбе ЗРЗС и његова примена се у домаћој судској пракси подразумева (Апелациони суд у Нишу, Гж2 85/2017).⁵⁵ То заправо значи да и за колизионе норме Протокола свакако важи начело службене дужности, као једно од основних начела МПП.⁵⁶ Друго, у Нацрту новог ЗМПП Србије (у даљем тексту: Нацрт) за одређивање меродавног права за обавезе издржавања упућује се на примену Протокола (чл. 115). То је

⁵³ У домаћем МПП се у поступку прве квалификације користи *lex fori* квалификација, док се за институте непознате домаћем правном систему примењује функционална квалификација (више у Ђорђевић, Мешкић 2016, 92–93)

⁵⁴ Тако о тумачењу чл. 6 Протокола видети Vononi 2013, 49. Видети варијанту 2 случаја у 4.2. делу рада.

⁵⁵ „Признање стране судске одлуке (пресуде) о издржавању малолетног детета и бивше супруге, о чијој измени треба одлучити пред домаћим органом је претходно питање за одлучивање суда у конкретном спору, с обзиром да би тек тада, а према одредбама чл. 1, 2, 3, 4 и 5. Протокола о меродавном праву за обавезе издржавања...било меродавно право РС, као право уобичајеног боравишта повериоца издржавања“. Из образложења сентенце Апелационог суд у Нишу, Гж2 85/2017, 2. март 2017, *Paragraf Lex*.

⁵⁶ О начелу службене дужности више у Ђорђевић, Мешкић 2016, 23–24.

очекивано, имајући у виду већ постојећу дерогацију одредаба ЗРСЗ у материји издржавања, да се Србија налази у поступку приступања ЕУ и да је Нацрт израђен са циљем да се осавремене актуелни прописи и да се делимично *унификују* и *хармонизују* са међународним приватним правом, које настаје и развија се у окриљу ЕУ (Живковић 2014, 1–2). Када и ако наша држава постане њена чланица, примењиваће Regulation No. 4/2009, односно Протокол за одређивање меродавног права у материји издржавања. Следствено томе, њене одлуке о досуђивању издржавања моћи ће да буду признате у другим државама чланицама без посебног поступка егзекватуре (видети Бордаш, Ђундић 2013, 151).⁵⁷

Треће, како је у домаћој литератури сасвим исправно истакнуто, околност да наше право не познаје одређени породични однос не води аутоматски закључку да треба одбити могућност остваривања издржавања (тако Живковић 2013, 90). Четврто, не сме се изгубити из вида да странке (истополни партнери) могу изабрати меродавно право у складу са одредбама чл. 8 Протокола. Под претпоставком да је избор пуноважан у складу са формалним предусловима из поменутог члана⁵⁸, таквим чином би странке изразиле вољу да буде меродавно право одређене државе. Уколико би домаћи судија истополну заједницу посматрао као породични однос (онако како смо до сада изложили), не делује извесно да ће игнорисати избор меродавног права већ ће испитивати могућност његове примене (и евентуално одбити примену због повреде јавног поретка из чл. 13), чиме би примена Протокола на истополне заједнице била неспорна. Према томе, уколико се у случају избора меродавног права има применити чл. 8 Протокола, има места и за примену чл. 3 и 6 Протокола на такве заједнице (у случају да избора меродавног права нема или није пуноважан).

Према нашем мишљењу, одлука домаћег судије да у примену Протокола укључи и захтеве за издржавање из правног односа истополних партнера из заједнице настале у иностранству не потиरे основне концепте српског правног система и таква бојазан не треба да постоји. У случају да одредбе *lex causae* предвиђају међусобно издржавање истополних партнера, могу бити игнорисане и непримењиве једино ако се констатује да је повређен српски јавни поредак (више о аргументима за примену Протокола на истополне заједнице живота у Павловић 2021а, 151–152).

⁵⁷ Regulation No. 4/2009 садржи две групе одредби о признању и извршењу одлука о издржавању – за државе чланице које Протокол обавезује (чл. 17–22) и за државе чланице које Протокол не обавезује (чл. 23–26 Regulation No. 4/2009).

⁵⁸ Формална пуноважност се оцењује у складу са чл. 8, ст. 2 Протокола.

4.2. Истополне заједнице живота и јавни поредак

Јавни поредак је у Протоколу уређен одредбом чл. 13, која налаже да се може одбити примена страног права „само у обиму у коме су његова дејства очигледно супротна јавном поретку државе суда“. Извештајем је овај оквир конкретизован, тако да за позивање на јавни поредак није довољно да одређени породични однос одступа од концепта јавног поретка *lex fori* већ да досуђивање издржавања по основу таквог односа буде, како то Бономи наводи, *неприлично* (енг. *improper*, нем. *anstößig*) (Вопомі 2013, 67). Између „очигледне супротности“ и „неприличности“ постоји евидентна нијанса, која је у многим европским државама довела до признавања дејства страног (породичноправног) концепта, непознатог *lex fori*. Тако се, примера ради, у Француској и Немачкој признају извесна дејства страног полигамног брака (видети Вопомі 2013, 67). Према ставу из Извештаја, слично разматрање се *mutatis mutandis* може применити и на истополне бракове или регистрована истополна партнерства (тако Вопомі 2013, 67). Другим речима, ако *lex causae* (одређен Протоколом) предвиђа обавезу издржавања у корист регистрованог партнера или истополног супружника, надлежни орган одређене државе која не признаје било каква дејства сличног односа, па тиме ни дејства у погледу издржавања, може одбити примену страног права само на начин који је прописан чл. 13 Протокола, односно у мери у којој би његова дејства била у *очигледној* супротности са јавним поретком *lex fori* (Вопомі 2013, 47).

Обрисима чл. 13 Протокола треба придодати једну напомену. Када је реч о теоријски усаглашеним претпоставкама за примену клаузуле јавног поретка из доктрине МПП, први услов је да повреда домаћег јавног поретка мора бити последица примене *in concreto* (тзв. мериторно дејство) страних норми⁵⁹ и он је наговештен у поменутој одредби чл. 13. Други услов подразумева да је домаћи правни живот дестабилизован онда када је непознат и неконвенционалан правни однос у тесној вези са поднебљем домаће државе (тзв. блиска веза) (видети о томе Ђорђевић, Мешкић 2016, 132; Варади *et al.* 2010, 157; Kegel, Schurig 2004, 527; Kiestra 2014, 71). *Vice versa*, када такав однос квалитативно не дотиче домаћу државу (услед недостатка блиске везе са домаћом државом), а тиме ни њене традиционалне и вредносне по-

⁵⁹ За клаузулу јавног поретка у унутрашњем праву видети и упоредити Ђорђевић, Мешкић 2016, 131; Варади *et al.* 2010, 158. О потребном дејству у конкретном случају видети Von Hoffmann, Thorn 2007, 273. У сличном смислу и Kegel, Schurig 2004, 526. О крајњем резултату примене стране норме видети Дика, Кнежевић, Стојановић 1991, 17; Jakob 2002, 220.

студате, примена *lex causae* се не мора нужно заобићи (у том смислу за чл. 13 Протокола и немачко право видети Mankowski 2016a, 208). У случају минималне везе случаја са домаћом државом (примера ради, партнери нису наши држављани, немају пребивалиште ни имовину у Србији), одређена дејства страног истополног брака или регистрованог партнерства би се могла признати у домаћој држави (тако Павловић 2021a, 102–104, са даљим упућивањем на литературу). Тиме би, заправо, настало тзв. *ублажено* дејство јавног поретка, када клаузула уопште не интервенише.⁶⁰ Штавише, у домаћој теорији је забележен и став о евентуалној непотребности позивања на клаузулу јавног поретка у области издржавања (више у Јовановић 2016, 187).

Узмимо, на пример, да су две истополне партнерке закључиле истополни брак у Немачкој, где обе живе и немачке су држављанке. Лиса је већ дуго без посла и жели да јој Франка финансијски помогне, али Франка то не жели. Будући да је Лиси једино преостало да издржавање од Франке потражује путем суда, користи околност да Франка има акције велике вредности у једној српској фирми и подноси тужбу за досуђивање издржавања пред српским судом. Као основ надлежности, Лиса се позива на одредбу чл. 68 ЗРСЗ⁶¹, којом је предвиђено да се међународна надлежност суда у Србији може засновати уколико тужени има имовину из које се може наплатити издржавање.⁶²

Иако би таква ситуација била реално тешко замислива, теоријски је изазовна. Ако би домаћи судија засновао међународну надлежност у складу са наведеном одредбом, на обавезу издржавања би могао применити опште правило о меродавном праву из чл. 3 Протокола. Том одредбом је предвиђено да је тачка везивања уобичајено боравиште повериоца издржавања. Пошто је Лисино уобичајено боравиште у Немачкој, за издржавање је меродавно немачко право. Чини се да Франка не би могла да се позове на тзв. одбрамбену клаузулу из чл. 6 Протокола јер је обавеза издржавања предвиђена и према заједничком *lex nationalis*-у и према праву уобичајеног боравишта дужника (немачко право).

⁶⁰ О ублаженом дејству јавног поретка више у Станивуковић, Живковић 2010, 355–357. О јавном поретку у МПП и ублаженом дејству видети и Павловић 2021a, 101–104.

⁶¹ Сличан случај у Павловић 2021a, 153.

⁶² „Надлежност суда Савезне Републике Југославије у споровима о законском издржавању постоји и ако тужени има имовину у Савезној Републици Југославији из које се може наплатити издржавање.“

Судија би онда требало да испита одредбе немачког BGB⁶³ (као *lex causae*) и констатује да је тим законом предвиђено издржавање између супружника.⁶⁴ Како је истополни брак институт који се сматра противним нашем јавном поретку (тако Станивуковић, Живковић 2010, 343), домаћи судија ће, по природи ствари, морати да испита услове за примену клаузуле јавног поретка из чл. 13 Протокола и да ли треба одбити примену немачког права. При томе, он мора водити рачуна о томе да ли је дејство немачке норме о досуђивању издржавања између истополних супружника *очигледно* супротно јавном поретку Србије, како чл. 13 Протокола налаже, али и да ли је резултат примене немачке норме *неприличан* по домаћи правни систем. Будући да немачка одредба § 1360⁶⁵ BGB представља израз брачне солидарности (више у Schmidt 2017, 80), то јест чини се да се њоме жели постићи финансијско обезбеђивање супружника све док живе заједно, њен циљ се не разликује много од смисла српских материјалних норми о издржавању. Законско издржавање између супружника или ванбрачног партнера у нашем правном систему показује у првом реду солидарност између чланова породице, тзв. породичну солидарност (више у Поњавић, Влашковић 2019, 380–381). То упућује на закључак да се одредбама српског и немачког породичног права жели постићи сличан циљ – међусобна финансијска подршка између партнера. Осим тога, треба испитати и околност да ли постоји блиска веза тог случаја са домаћом државом јер је то неопходан услов међународноприватноправне теорије да би се применила клаузула јавног поретка. Сматрамо да је блиска веза у том примеру минимална и да се своди се на акције дужника издржавања у домаћој компанији.

Како би онда требало вагати између циља издржавања, остављања тужиље без основних егзистенцијалних извора прихода, минималне везе са домаћом државом и околношћу да је страни истополни брак очито против нашег јавног поретка? У таквом распореду околности делује нам да је извеснији првопоменути тас на овој ваги, односно непримена клаузуле јавног поретка и примена немачког права (тзв. *ублажено* дејство јавног поретка). Имајући то у виду, али и околност да чл. 13 Протокола треба применити само у изузетним случајевима (видети Живковић 2013, 91; за немачко право Andrae 2014, 595), сматрамо да дејство §1360 BGB није *неприлично* према српском правном систему.

⁶³ Протоколом је *renvoi* искључен (чл. 12).

⁶⁴ Одредбе §1360, §1360а и §1360b BGB односе се на један облик обавезе брачног издржавања – тзв. породично издржавање (нем. *Familienunterhalt*) и подразумева издржавање од тренутка закључења брака до раставе (*Trennung*). Више у Schmidt 2017, 80–82.

⁶⁵ Према тој одредби, супружници су међусобно обавезни да саобразно издржавају породицу кроз свој посао или имовину.

Варијанта 1 случаја. Ако бисмо променили једну чињеницу у случају и ако би Франка имала уобичајено боравиште у Србији, поново не би могла да се позове на одбрамбену клаузулу из чл. 6 Протокола. Како су обе странке немачке држављанке, за примену клаузуле из чл. 6 потребно је да обавеза издржавања не постоји ни према праву државе чије држављанство имају (немачко) ни према праву уобичајеног боравишта дужника издржавања (српско право).⁶⁶ Другим речима, немачко право признаје право на издржавање између супружника, тако да услови за примену чл. 6 нису испуњени.

Варијанта 2 случаја. У случају да је, примера ради, Лиса пољска држављанка (чије право не познаје истополне заједнице), а да Франка има уобичајено боравиште у Србији, Франка би могла да се позове на чл. 6 и истакне да обавеза издржавања између ње и Лисе не постоји према праву уобичајеног боравишта дужника, односно српском праву. Будући да немају исто држављанство, заједнички *lex nationalis* се не може ни испитивати, тако да је у том случају довољно то што у праву уобичајеног боравишта дужника, то јест српском праву, није предвиђена обавеза издржавања између истополних супружника. Франка би обавезу издржавања могла оспорити, а последица би била одбијање Лисиног тужбеног захтева.

5. ЗАКЉУЧАК

Појам породични однос у смислу Протокола није дефинисан за потребе његове примене, али је он неспорно широк. Када је реч о истополним заједницама живота, у Протоколу није дат ни позитиван ни негативан одговор на питање да ли га треба применити на обавезе издржавања проистекле из таквих заједница. Како је то у литератури истакнуто, државе потписнице Протокола могу различите институте квалификовати као „породичне односе“, у складу са одговарајућим методом у МПП државе суда.

Из пропратних материјала уз Протокол произилази да државе које познају бракове или партнерства између лица истог пола на међусобно издржавање проистекло из таквих односа могу применити колизионо решење креирано за супружнике и бивше супружнике (чл. 5 Протокола). Оно није обавезујуће за државе које такве институте не познају. Међутим, уколико те државе приступе функционалној квалификацији у МПП, сматрамо да би оне такве (непознате) односе могле схватити као „породичне“ у смислу чл. 1, ст. 1 Протокола. Следствено томе, за

⁶⁶ О тој одредби видети у другом делу рада.

одређивање меродавног права за обавезе издржавања проистекле из таквих заједница могу применити одредбе Протокола, тачније одредбу чл. 3 или чл. 6. Према нашем мишљењу, исти принцип требало би да важи и за фактичке (*de facto*) истополне заједнице.

Изложени аргументи сугеришу да би домаћи судови требало релативно широко да тумаче појам „породичан однос“, на начин који обухвата и обавезе издржавања, проистекле из истополних заједница живота закључених у иностранству. За одређивање меродавног права за такве обавезе издржавања, наши судови би могли применити чл. 3, односно чл. 6 Протокола. Да ли ће у конкретном случају постојати потреба за применом клаузуле јавног поретка из чл. 13 Протокола, зависи од тога да ли су испуњени услови за њену примену.

Хипотетички „сценарио Франка и Лиса“ указује на теоријску могућност да се наши судови могу сусрести са дејствима правоваљано закљученог истополног брака у иностранству. Како примена Протокола, као међународног извора, има примат у односу на одговарајуће одредбе ЗРСЗ, сматрамо да има места његовој примени на захтев за издржавање између истополних супружника из иностраног истополног брака. Распоред чињеница у том сценарију, које имају последице и на распоред правних могућности, показује правни епилог досуђивања издржавања тужиљи која нема довољно средстава за живот. Према нашем мишљењу, позивању на клаузулу јавног поретка из чл. 13 Протокола у овом случају нема места.

ЛИТЕРАТУРА

- [1] Andrae, Marianne. 2014. *Internationales Familienrecht*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.
- [2] Bonomi, Andrea. 2008. The Hague Protocol of 23 November 2007 on the law applicable to maintenance obligations. *Yearbook of Private International Law*. Volume 10. Sellier European Law Publisher in association with the Swiss Institute of Comparative Law of Lausanne, 333–357.
- [3] Bonomi, Andrea. 2013. *Explanatory Report, Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations*. The Hague: The Permanent Bureau of the Conference (енглеска и француска верзија) <https://assets.hcch.net/docs/44d7912f-ce6d-487e-b3ac-65bbd14fe1b2.pdf>, последњи приступ 28. јануар 2022.

- [4] Бордаш, Бернадет, Петар Ђундић. 1/2013. Хашки Протокол о праву меродавном за обавезе издржавања – најновији извор Међународног приватног права Србије. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 133–153.
- [5] Дика, Михајло, Гашо Кнежевић, Срђан Стојановић. 1991. Чл. 4. 14–19. *Коментар Закона о међународном приватном и процесном праву*. Београд: Номос.
- [6] Дураковић, Анита. 2014. Колизионоправна проблематика истополних заједница живота. 140–154. *Зборник радова Актуалности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе* 12. Мостар: Правни факултет у Мостару.
- [7] Ђорђевић, Славко, Златан Мешкић. 2016. *Међународно приватно право – општи део*. Крагујевац: Институт за правне и друштвене науке, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу.
- [8] Ferrari, Isabella. 2017. Family relationships in Italy after the 2016 reform: the new provisions on Civil Unions and cohabitation. 169–200. *International Survey of family law*, ed. Margaret F. Brinig, Fareda Banda. Bristol: Lexis Nexis.
- [9] Forkert, Meinhard. 2003. *Eingetragene Lebenspartnerschaften im deutschen IPR: Art. 17b EGBGB*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- [10] Hausmann, Rainer. 2000. Überlegungen zum Kollisionsrecht registrierter Partnerschaften. 241–265. *FS für Dieter Henrich*, Herausgegeben von Peter Gottwald, Erik Jayme, Dieter Schwab.
- [11] Hausmann, Rainer. 2013. *Internationales und Europäisches Ehescheidungsrecht*. München: C. H. Beck.
- [12] Hausmann, Rainer. 2018. *Internationales und Europäisches Familienrecht*, 2. Auflage. München: C. H. Beck.
- [13] Hay, Peter, Tobias Krätzschar. 2010. *Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht*, München: Verlag C. H. Beck
- [14] Heiderhoff, Bettina. 2021. Art. 1 HUP 2007. Anwendungsbereich. Rn. 1–98. *BeckOK BGB, HUP*. Hrsg. Wolfgang Hau, Roman Poseck. 60. ed. München: C. H. Beck (Beck'scher Online-Kommentar, https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata%2fkomm%2fBeck_OKBGB_60%2fINTVHUNT%2fPROT2007%2fcont%2fBECKOKBGB%2eINTVHUNT%2fPROT2007%2eA1%2ehtm, последњи приступ 21. јануар 2022).
- [15] Jakob, Dominique. 2002. *Die eingetragene Lebenspartnerschaft im Internationalen Privatrecht*. Köln.

- [16] Јакшић, Александар. 2017. *Међународно приватно право – општа теорија*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [17] Јовановић, Марко. 2016. Иностране регистроване истополне заједнице живота пред колизионим правилима српског међународног приватног права: црно-бели одраз слике дугиних боја? 167–190. *Liber amicorum Гашо Кнежевић*, ур. Тибор Варади, Добросав Митровић, Драгор Хибер, Владимир Павић, Милена Ђорђевић, Марко Јовановић. Београд: Универзитет у Београду – Правни факултет.
- [18] Junker, Abbo. 2017. *Internationales Privatrecht*, 2. Auflage. München: Verlag C. H. Beck.
- [19] Lima, Dafni. 2017. Registered Partnerships in Greece and Cyprus. 301–345. *The future of Registered Partnerships-Family Recognition beyond Marriage?*, ed. Jens M. Scherpe, Andy Hayward. Cambridge: Intersentia.
- [20] Lund-Andersen, Ingrid. 2017. Northern Europe: Same sex relationships and Family law. 3–17. *Same-sex relationships and Beyond – Gender Matters in the EU*, ed. Katharina Boele-Woelki, Angelika Fuchs. 3. ed. Cambridge: Intersentia.
- [21] Kegel, Gerhard, Schurig, Klaus. 2004. *Internationales Privatrecht*, München: Beck.
- [22] Kiestra, Louwrens. 2014. *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*. The Hague: T.M.C. Asser Press.
- [23] Kropholler, Jan. 2006. *Internationales Privatrecht*. 6. Auflage. Tübingen: Mohr Siebek.
- [24] Mankowski, Peter. 2016. Art. 1. Anwendungsbereich. 32–62. *Haager Unterhaltsprotokoll (HUP) Internationales Unterhaltsrecht. J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Berlin: Sellier – de Gruyter.
- [25] Mankowski, Peter. 2016a. Art. 13. Öffentliche Ordnung. 207–213. *Haager Unterhaltsprotokoll (HUP) Internationales Unterhaltsrecht. J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Berlin: Sellier – de Gruyter.
- [26] Марјановић, Сања. 2014. *Заштита деце у хашким конвенцијама о међународном приватном праву*. Докторска дисертација. Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу.

- [27] Martiny, Dieter. 2020. Art. 17b EGBGB. Eingetragene Lebenspartnerschaft und gleichgeschlechtliche Ehe. 3134–3139. *Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar*, Herausgegeben von Hanns Prütting, Gerhard Wegen, Gerd Weinreich, 15. Auflage. Köln: Walters Kluwer Deutschland.
- [28] Павловић, Мина. 2021. Хашки Протокол о меродавном праву за обавезе издржавања из 2007. године – осврт на кључне одредбе. 481–494. *Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске Уније*, ур. Снежана Соковић, књ. 9. Крагујевац: Институт за правне и друштвене науке, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу.
- [29] Павловић, Мина. 2021а. *Истополне заједнице живота у међународном приватном праву*. Докторска дисертација. Крагујевац: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу.
- [30] Петровић, Милена. 2/2021. Одлука Суда ЕУ у случају Coman: индиректно признање истополног брака? 77–93. *Ревизија Копаоничке школе природног права*. Београд: Копаоничка школа природног права – Слободан Перовић.
- [31] Поњавић, Зоран. 2009. *Приватизација породице и породичног права*. Београд: Службени гласник.
- [32] Поњавић, Зоран, Вељко Влашковић. 2019. *Породично право*, шесто измењено и допуњено издање. Београд: Службени гласник.
- [33] Schmidt, Rolf. 2017. *Familienrecht (Ehe, Verwandtschaft, Vormundschaft, Betreuung, Pflegschaft)*, 7. Auflage. Grasberg bei Bremen.
- [34] Sosson, Jehanne. 2010. Recent evolutions (or revolutions) in Belgian Family law. *The International Survey of Family Law*. ed. Bill Atkin, Fareda Banda. Bristol: Jordan Publishing Limited, 51–62.
- [35] Станивуковић, Маја, Мирко Живковић. 2010. *Међународно приватно право: општи део*, 4. издање. Београд: Службени гласник.
- [36] Staudinger, Ansgar. 2020. Art. 1. HUP. Anwendungsbereich. Rn. 1–55. *Münchener Kommentar zum BGB*. Hrsg. Jan v. Hein. Band 12. 8. Auflage. München: C. H. Beck. https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata%2Fkomm%2FMuekoBGB_8_Band12%2FIntVHUntProt2007%2Fcont%2FMuekoBGB%2EIntVHUntProt2007%2Ea1%2Ehtm, последњи приступ 21. јануар 2022.
- [37] Staudinger, Ansgar. 2020a. Art. 6. HUP. Besondere Mittel zur Verteidigung. Rn. 1–23. *Münchener Kommentar zum BGB*. Hrsg. Jan v. Hein. Band 12. 8. Auflage. München: C.H. Beck. <https://beck-online.beck.de/>

Dokument?vpath=bibdata%2Fkomm%2FMuekoBGB_8_Band12%2FIntVHUntProt2007%2Fcont%2FMuekoBGB.IntVHUntProt2007.a6.gll.htm, последњи приступ 21. јануар 2022.

- [38] Staudinger, Ansgar. 2020b. Art. 5. HUP. Besondere Regel in Bezug auf Ehegatten und frühere Ehegatten. Rn. 1–21. *Münchener Kommentar zum BGB*. Hrsg. Jan v. Hein. Band 12. 8. Auflage. München: C. H. Beck. https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata%2Fkomm%2FMuekoBGB_8_Band12%2FIntVHUntProt2007%2Fcont%2FMuekoBGB%2EIntVHUntProt2007%2Ea5%2Ehtm, последњи приступ 21. јануар 2022.
- [39] Варади, Тибор, Бернадет Бордаш, Гашо Кнежевић, Владимир Павић. 2010. *Међународно приватно право*. Београд: Службени гласник.
- [40] Von Hoffmann, Bernd, Thorn Karsten. 2007. *Internationales Privatrecht*, 9. Auflage. München: Verlag C. H. Beck.
- [41] Живковић, Мирко. 2014. Образложење Нацрта Закона о међународном приватном праву. <https://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>, последњи приступ 9. јануар 2022.
- [42] Живковић, Мирко. 65/2013. О примени Хашког Протокола о меродавном праву за обавезе издржавања у међународном приватном праву Републике Србије. 79–94. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*.

Mina PAVLOVIĆ, PhD

Lecturer, University of Kragujevac Faculty of Law, Serbia

SAME-SEX RELATIONSHIPS IN LIGHT OF APPLICATION OF THE 2007 HAGUE PROTOCOL ON THE LAW APPLICABLE TO MAINTENANCE OBLIGATIONS

Summary

Same-sex marriages, registered partnerships and de facto unions are considered same-sex relationships in comparative law. In the Hague Protocol, an important source of the Serbian conflict of law system, nothing is indicated about its application to these relationships, nor is the notion of „family relationship“ defined in sense of Article 1. This paper examines the scope of interpretation of this notion and whether it includes same-sex relationships. The main dilemma is whether the application of the Protocol may arise from autonomous interpretation of notion „family relationship“ or from the decision of each contracting state. Taking a position regarding these issues, the author examines the possibility of application of the Protocol to determine applicable law in disputes regarding maintenance of same-sex relationships, concluded abroad, and processed before domestic authorities. Special attention is paid to the analysis of a hypothetical case and the extent of the public-policy clause from Article 13.

Key words: *2007 Hague Protocol. – Maintenance. – Applicable law. – Family relationship. – Same-sex relationship.*

Article history:

Received: 31. 1. 2022.

Accepted: 27. 5. 2022.

УДК 340.1

CERIF: S 115

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_22307A

Бењамин НУРКИЋ, LLМ*

Фарис ХАСАНОВИЋ, LLМ**

ВЛАДАВИНА ПРАВА ИЗМЕЂУ ПРАВЕДНОСТИ И ПУКЕ ЗАКОНИТОСТИ – КРАТАК ПРИКАЗ РАЗВОЈА ДИСКУРСА У КОНЦЕПТУ ВЛАДАВИНЕ ПРАВА

Владавина права је један од кључних концепата 21. стољећа. Идеја владавине права постоји онолико колико постоје и промишљања о држави и праву, као и о односу између та два појма. Циљ овог рада је да се на једном мјесту покуша приказати развој идеје владавине права током историје. Аутори се, у том смислу, баве промишљањима филозофа који су у великој мјери одредили смјер развоја идеје владавине права. Наравно, у раду нису наведени сви филозофи који су се бавили владавином права, али се свакако покушава на хронолошки начин приказати како се владавина права као идеја развијала од времена Платона, па све до савремених теоретичара владавине права.

Кључне ријечи: *Владавина права. – Владавина помоћу закона. – Праведност. – Пука законитост.*

* Докторанд, Правни факултет Универзитета у Тузли, Босна и Херцеговина, bnurkic@bih.net.ba.

** Докторанд и асистент, Правни факултет Универзитета у Тузли, Босна и Херцеговина, faris.hasanovic@untz.ba.

1. УВОД

О владавини права се током историје размишљало на два базична начина – као о систему вриједности који захтијева да одређеним друштвом или државом владају закони, без обзира на садржај тих закона, те с друге стране, као о систему вриједности који захтијева да одређеним друштвом владају праведни закони.¹ Гледајући историју разумијевања идеје владавине права, тај концепт се готово увијек кретао између два пола – један је владавину права разумијевао као просту владавину закона, односно гарантовања правне сигурности, док је други пол владавину права разумијевао не само као владавину закона, већ и као систем власти у којем требају да владају праведни закони. У том смислу, да би се у цјелости схватио савремени концепт владавине права, треба да разумијемо како се сама идеја владавине права развијала током историје. Хисторијски развој концепта идеје владавине права није проблематизирао питање да ли неким друштвом требају владати закони, већ какви закони требају владати друштвом.² Наравно, овдје говоримо о дискурсу унутар питања владавине права, а свакако да су изван овог дискурса одувijek постојале анархистичке идеје, које су сматрале да владавина на основу закона није есенцијално потребна друштву. Но, вратимо се на питање развоја идеје владавине права *per se*. Данас постоје бројне дефиниције владавине права, а ми ћемо навести неколико кључних – које, као такве, осликавају различите начине разумијевања владавине права.

Јасминка Хасанбеговић (2021, 192–194) разумијева владавину права као владавину људских права. На једноставан начин, ауторица поставља формулу за дефинисање владавине права која гласи: „владавина права = људска права + независно судство“ (*Ibid.*). У том контексту, људска права представљају есенцију владавине права, те без ефикасне судске заштите људских права не може постојати ни влада-

¹ Као што ће бити елаборирано у овом тексту, током историје су постојали врло различити погледи на владавину права, а постоје и данас. И један и други поглед на владавину права имају аргументоване тврдње зашто је њихов концепт владавине права исправнији од другог концепта владавине права, али то не подразумева да је пер се потребно одбацити онај концепт владавине права с којим се не слажемо. Ставови изнијети у овом тексту су субјективни, али уважавају другачије погледе на владавину права.

² Значајно је напоменути расправу између Харта (Herbert Lionel Adolphus Hart) и Фулера (Lon Luvouis Fuller) у Харвардској правној ревији (Harvard Law Review), у којој је Харт износио тезе у корист правног позитивизма, тј. пуке законитости, и писао да моралу и праведности нема мјеста у праву, док је Фулер, *vice versa*, износио аргументе да право такођер у себе мора садржати моралне вриједности. О томе у: Hart (1958); Fuller (1958).

вина права у модерном смислу (*Ibid.*). Сличан став има и Анне Рамберг, председница Адвокатске коморе Шведске, која владавину права дефинише на сљедећи начин: „Владавина права захтијева много ствари. Захтијева адекватно законодавно усвајање закона. Ти захтјеви се односе на форму. Али постоји и квалитативни праг. Закон мора правилно укључивати друштвене вриједности укључујући поштивање људских права и међународног хуманитарног права. Али ни то није довољно. Владавина права такођер захтијева правилно провођење правде. Ово заузврат захтијева поуздан и квалитативан судски систем са добро образованим и поштеним судијама, тужитељима и адвокатима“ (према Bingham 2011, 172–173).³ С друге стране, Џозеф Раз (Joseph Raz) када говори о владавини права – наглашава сљедеће: „Недемократски правни системи, базирани на негирању људских права, раширеном сиромаштву, расној сегрегацији, сполној неједнакости, религијском прогону, у принципу, одговарају захтјевима владавине права боље него било који правни системи просвијећеног Запада... То би био немјерљиво најгори правни систем, али би се одликовао у једном погледу: у погледу усклађености с принципом владавине права... Закон може створити институт ропства без кршења владавине права“ (Raz 1979, 211). На основу наведених дефиниција владавине права, могуће је уочити два суштински различита приступа разумијевању владавине права. Први, истиче људска права као битну одредницу владавине права, а други под владавином права подразумева само законитост, односно правну сигурност. У ширем смислу, та два приступа се могу конципирати као односи између потраге за праведношћу с једне стране, и потраге за пуком законитошћу с друге стране. Управо у таквом односу се развијао и сам дискурс у вези владавине права, те се идеја владавине права *per se* увијек кретала између потраге за праведношћу с једне стране, те потраге за пуком законитошћу с друге стране. У наставку текста приказат ћемо како се идеја владавине права развијала између правне сигурности (законитости) и праведности од Платона па до Тома Бингама (Tom Bingham). У наставку текста бит ће дат *hronološki prikaz* теоретичара владавине права, иако би се он могао поставити и на другачији начин, подјелом теоретичара на оне који фаворизирају правну сигурност, и оних који фаворизирају праведност, у оквиру концепта владавине права. Међутим, такав приказ би носио опасност сврставања теоретичара на један од ова два пола, иако се већина теоретичара чија ће мисао бити приказана у наставку текста, у оквиру концепта владавине права кретала између та два пола – правне сигурности и праведности.

³ О другим дефиницијама владавине права, погледати у: Bingham (2011, 171–174).

2. ПЛАТОН И ВЛАДАВИНА ПРАВА – ПЛАТОНОВО ТРАГАЊЕ ЗА САВРШЕНОМ ДРЖАВОМ

Несумњиво, Платон је сматрао законе битним сегментом функционисања државе и друштва, будући да од закона овиси развој друштва, наводећи да тамо гдје закон није врховни ауторитет – распад државе је близу, а тамо гдје закон ужива највиши ауторитет – постоји благостање и људи уживају у „благословима које су богови спусти“ ли на државу (према Gosalbo 2010, 232–235).⁴ Платон јасно постулира да у његовој држави сви требају бити једнаки и подвргнути редовним законима – који једнако важе за све (према Mogrow 1941, 123). Сасвим разумљиво, Платон (1957, 120) у дјелу *Закони* појашњава да „закони, једнако као и сама држава, требају служити општим интересима друштва – објашњавајући да (...) нису ваљани закони, који нису створени ради заједничке користи државне цјелине. За законе, који су створени само ради једног дијела државе, кажемо да су странчарски, а не државнички, и да имају криво они који говоре о њиховом праву“. У дјелу *Државник*, Платон постулира да судије и државни службеници примјењују законе, односно имају задатак да одлучују на основу закона (према Sørensen 2018, 417). С тим у вези, Платон (1957, 120) сматра да се државне службе не требају додјељивати на основу економског статуса или на основу поријекла, већ „(...) ко буде показивао највећу послушност изданим законима и такву побједу изнио у држави, њему треба, кажемо, предати служење законима“. Јасно је како је Платон сматрао да примјену закона треба препустити онима који су исказали највећу послушност законима. У том смислу, према Платоновом мишљењу (Платон 1957, 120), власт треба бити слуга закона, а не закони слуге власти. За Платона, правни поредак нема само задатак да „присиљава“ грађане на одређено понашање које је у складу са законом, већ и да образује грађанина како би он градио, одржавао или унапређивао друштво (према Burchen-Hendrix 2013, 46).⁵ Да би се постигла сврха правног поретка, сматра Платона (1957, 153) закони треба да буду објективно постављени и ко-

⁴ На примјер, Атењани су сматрали *isonomiā* (владавину права) кључним концептом њихове демократије. *Isonomia* је подразумијевала једнакост пред законом, односно да се и богаташи и сиромаси једнако третирају и да нико није био изнад закона (Lanni 2021, 26–27).

⁵ На примјер, Платон (1957, 154) тврди сљедеће: „Ако се, дакле, другим законима и уредбама одстрањују неплеменити назори и лакомост из душа оних, који имају стећи то знање у довољној мјери и на своју корист, та ће одгојна средства бити ваљана и прикладна. У противном случају, неопацице ће се мјесто мудрости стећи оно, што се назива лукавством. Тако се може сада видјети, како су Египћани и Феничани и многи други народи стекли то због

рисни „Јер творац и најзнатнијег дјела, ако жели постићи какав углед, мора стварати нешто, што је досљедно само себи“. Тако је исто и са законима. Законодавац, према Платоновом мишљењу, треба постављати законе на начин да буде достојан своје власти и да ти закони буду објективно извршиви, корисни за све грађане (*Ibid.*).

Међутим, постоје елементи Платонове филозофије који не одговарају модерном концепту владавине права.⁶ Тако, Платон је сматрао да грађани требају бити беспоговорно лојални држави (према Lisi 2013, 98). Осим тога, проблем са Платоновом државом је недостатак независне судске власти (према Morgow 1941, 123). Такођер, Платон је сматрао да се друштво треба прилагођавати законима, а не закони друштву, што је у одређеној мјери супротно модерном концепту владавине права. Наравно, законе према модерном концепту владавине права треба доносити како би се задовољила потреба грађана, али када говоримо о домену људских права, тада законе не треба прилагођавати вољи већине, већ принципима људских права. Разумљиво је да Платонова филозофија садржи одређене елементе који не подржавају модерни концепт владавине права, но за овај текст је нарочито битан начин на који је Платон схватао однос између законитости и праведности или, прецизније – да ли је Платон сматрао да држава треба (осим пуке законитости) остварити и друге циљеве, као што је принцип правде? Према Хендриксовом мишљењу (Burge–Hendrix 2013, 46), Платон придаје важност моралности у праву, па је управо из тог разлога сматрао едукацију битном за функционисање правног поретка. Функција закона је да грађане учини сретнима и међусобним пријатељима, а велики број парница и појава неправде међу грађанима чини их мање пријатељима, а уједно и мање сретнима (Platon 1957, 150). Платон у дјелу *Држава* у дијалог Глаукона, Полемарха, Трасимаха, Адеиманта и Кефала трага за праведношћу. Тако се, на самом почетку тог дјела, у том дијалог казује сљедеће: „Сасвим си управу, о Кефале – рекох ја. – Али шта је са правичношћу? Да ли се она једноставно састоји у томе да се каже истина, и у томе да свакоме вратимо оно што смо од њега добили. Или би то било понекад правично, а понекад неправично, већ према околностима?“ (Platon 2002, 7). Питање

неписмености осталих уредаба и начина богаћења, било да им се то догодило кривњом некога лошег законодавца или да их је снашао зао удес или други какав природни узрок такве врсте.“

⁶ Када говоримо о модерном концепту владавине права, мислимо на онај концепт који је наведен у уводу текста и који подразумева поштивање људских права. Такав концепт владавине права није прихваћен од свих теоретичара владавине права, што овдје и напомињемо. То питање ћемо детаљније размотрити у закључку текста.

правичности је, као што можемо видјети, тема која закупа Платонову филозофију. Штавише, Платон потрагу за правичношћу сматра и врједнијом од саме потраге за златом, али јасно истичући проблем проналаска самог појма „правичности“ (Platon 2002, 14). Према мишљењу Новице Милића (2020, 44), Платон поставља идеју правде изнад сваког појединца. Иако је сам Платон непрестано „трагао“ за појмом правичности, он је ипак на концу дефинише на позитивистички начин. Тако, као поријекло правичности, Платон налази неправде који су људи чинили једни другима, па су на крају донијели законе којима су одредили шта је правично (Platon 2002, 33). У дјелу *Држава*, у расправи о правичности он казује: „Свака власт, опет, прави законе у своју корист: демократија демократске, тиранин издаје монархистичке законе, а тако чине и остале власти. За оно што је њима корисно веле да је право поданика, коме се ови имају покоравати, и ако га прекорачи, онда га кажњавају као човека који је преступио законе и починио кривицу. Тако ја мислим, најдражи мој, кад кажем да све државе подједнако суде о појму правичности: да је правичност од користи за државну власт. Јер ако та државна власт влада у држави тако ће свако, ко добро размисли, увидети да је баш свуда правично оно што ја велим: оно што користи јачему“ (Platon 2002, 16–17). Очигледно је да Платон правичност поистовјеђује с пуком законитошћу – правично је оно што држава пресуди да је правично. Стога, Платонова филозофија даје озбиљне темеље за даљу дискусију која се води дискурсу о владавини права. Јасно је да Платон постулира основне формалне елементе владавине права, али је, и поред тога, његова филозофија потакнула дискусију о дефинисања владавине права – између пуке законитости и праведности. Платон дефинитивно истиче битност праведности, али у неку руку, он праведност дефинише тако да свако има право на субјективан начин дефинисати шта је правично, због чега се праведност поистовјеђује с пуком законитошћу. Осим тога, проблем Платонове филозофије је, у контексту владавине права *per se*, што он трага за савршеном државом, а што на концу може довести до угрожавања слободе – базичне вриједности владавине права (Lisi 2013, 99). Како наводи Милић (2020, 46), снажно нормирана Платонова држава (*polis*) раскида с вриједношћу слободе, тако што је потчињава метафизичкој идеји правде. Али, како смо претходно установили, идеја правде код Платона је позитивистичка – праведно је оно што држава одреди да је праведно. Неминовно, Платоново трагање за савршеном државом је „мач с двије оштрице“. У једну руку је позитивно, пошто даје карактеристике државе која функционише на бази владавине права у формалном смислу, али у другу руку, такођер, неминовно ограничава слободу као основну вриједност владавине права. На концу, гледајући Платонову државу Радбруховим очима, Платон

дефинитивно постулира правну сигурност и правну сврсисходност као елементе владавине права, док код сегмента правде, Платон дефинише правду на позитивистички начин – што неминовно доводи до тога да правда не служи ограничењу воље владара, него, штавише, ту вољу легитимизира.

Не без разлога, Милић (2020, 46) напомиње да су „Платонов политички идеал пре су Спарта и стари Египат, са својим чврстим социјалним и државним хијерархијама, аристократске па чак и монархијске државе од Хеладе до Персије“.

3. АРИСТОТЕЛ И ВЛАДАВИНА ПРАВА – АРИСТОТЕЛОВА „ПОЗИТИВИСТИЧКА“ ПРАВДА

Аристотел, слично као Платон, наставља дискурс у вези односа државе, закона и правде. Аристотел (1984, 6) истиче: „Праведност је, међутим, потреба државе, јер правда чини поредак државне заједнице, а она се састоји у томе да се одлучи шта је право“. За Аристотела, грађани морају уживати привилегију добрих закона и морају бити навикнути да се придржавају тих закона како би се очувала стабилност правног поретка (према Frank 2005, 509). У том контексту, Аристотел (1984, 42) у дјелу *Политика* објашњава: „Закон нема никакву моћ да учини да му се људи покорвају; та моћ потиче од обичаја, а обичај се ствара тек дугим низом година, тако да лако мењати већ постојеће законе у друге, значи слабити снагу закона.“ Аристотел је у том смислу сматрао да само стабилан правни поредак, који не подлијеже учесталим промјенама, може обликовати понашање људи те је из тог разлога сматрао да законе не треба често мијењати. У том контексту је битна и чињеница да је Аристотел сматрао како снага закона није само у томе што иза њега стоји ауторитет државе, већ и у његовом континуитету (а што је чак и битније од претходног) јер управо континуитет постојања закона на дужи период обликује понашање људи. Ипак, да би се људи покоравали добрим законима, тврди Аристотел, треба да постоји владавина добрих људи (према Frank 2007, 48). Конкретно, за Аристотела владавина права овиси од врлине људи, тј. ако владају добри људи – тада ће и постојати владавина права, односно владавина добрих закона (према Frank 2005, 512).

Власт треба бити повјерена мудро састављеним законима. Јасно је да ће закони у добрим државама бити праведни, а у изопаченим државним уређењима неправедни, казује нам Аристотел (1984, 71–72), притом јасно наглашавајући да је разлика између добрих и изопачених држава

у томе да ли владају праведни или неправедни закони. Поставља се питање, шта је правда за Аристотела. Како сам казује у дјелу *Политика*, праведно је да сви подједнако владају и да се подједнако покоравају, што представља промишљање које постулира једнакост пред законом, тако да је за Аристотела у неку руку праведно да се закони једнако примјењују на све појединце (Aristotel 1984, 83). То потврђује и Аристотелова теза да „(...) захтевати да влада закон значи захтевати да влада бог и закони, а захтевати да влада човек значи допустити и животињи да влада (...) Стога закон представља разум без прохтева“ (*Ibid.*). Да ли то значи да за Аристотела владавина закона једноставно представља правду? Како тврди Хасанбеговић (2021, 172), у Аристотеловом смислу би се могло тврдити да је сваки државно–правни поредак праведан јер сваки државно–правни поредак примјењује властите законе. У неку руку, за Аристотела је владавина права, у складу с претходно наведеним, иманентна свим типовима власти (према Bates 2013, 59). Надаље, право за Аристотела није метаполитичко, тј. не креира право политику већ политика, односно режим на власти креира право, а самим тиме и оно што је праведно (према Bates 2013, 71–73). У складу с тим, Аристотел је такођер сматрао да се добра владавина може остварити само ако владају добри људи. За Аристотела је, у складу с тим, најбољи начин владања демократија, која је ограничена владавином права, али не права које је природно или метаполитичко већ права које је демократско – створено вољом већине (према Bates 2003, 212–213).⁷ Ипак, иако Аристотел и Платон, из ове перспективе гледања, владавини права приступају на формалистички начин, разумијевати Аристотела и Платона као правне позитивисте и формалисте било би суштински погрешно јер су они живјели и промишљали у другачијем времену и правном систему (Frank 2007, 45–46). Разумљиво је зашто су Платон и Аристотел правну сигурност поистовјећивали с правдом – правда је досљедна примјена закона. Међутим, Платон и Аристотел не би смјели бити оправдање за савремено формалистичко разумијевање владавине права.⁸

⁷ Право које је демократско подразумева право или закон који је изгласала демократска већина, без обзира на то да ли је оно праведно или не.

⁸ Под формалистичким разумијевањем владавине права подразумевамо поменуто дефинију Џозефа Раза, који владавину права дефинише као „било који систем који досљедно примјењује законе, без обзира на садржај тих закона“.

4. ТОМАС ХОБС ИЗМЕЂУ ВЛАДАВИНЕ ПРАВА И ВЛАДАВИНЕ ПОМОЋУ ЗАКОНА

Прије него што анализирамо филозофију Томаса Хобса (Thomas Hobbes) у контексту владавине права, накратко ћемо се осврнути на двојицу значајних природноправних филозофа чија је филозофија значајна за исправно разумијевање Хобсовог позитивизма, а којима због економичности простора у овом тексту нисмо посветили посебна поглавља. За Цицерона, позитивни закони се хране једним божанским законом, што за претпоставку има став да су неписано право природе и божанства извори писаног права (према Nojman [1986] 2002, 73). Надаље, према Цицероновом мишљењу, иако се позитивно право мора прилагођавати локалним условима, оно не смије бити у супротности с универзалним природним правом (према Nojman [1986] 2002, 74). Несумњиво битан у том контексту је и познати средњовјековни филозоф и теоретичар – Тома Аквински (Thomas Aquinatus). Аквински, слично као Цицерон, поставља природно право као границу позитивном праву, објашњавајући да закон који је у супротности с природним правом није закон. Аквински (Akvinški 1990, 180) у том смислу казује: „Стога сваки људски закон само утолико има вриједност закона (*habet de ratione legis*) уколико се изводи из наравног закона. Ако се у нечему разлика с наравним законом, онда то већ није закон, него изопштење закона“. У овом кратком осврту на филозофију зачетника природноправне мисли, можемо примијетити основну идеју природног права која се протеже и до данас, а то је да позитивно право мора бити у складу с природним правом. Кратко упознавање с основном идејом природног права помоћи ће да боље разумијемо Хобсову филозофију, која ће бити представљена у наставку текста.

Ако постоје различита тумачења мисли неког филозофа, онда је то сигурно мисао Томаса Хобса.⁹ За Хобса (Hobbes [1651] 2018, 147–162), све што није противно закону природе – може се учинити законом у име оних који имају суверену власт. У неку руку, на основу те тезе, чини се да Хобс негира идеју правног позитивизма о неповезаности морала и права (Duzenhaus 2001, 466). Ипак, посве је јасна Хобсова идеја да само позитивно право има правно дејство на појединце (*Ibid.*). Хобс тврди да ни истина ни правда не претварају неко правило у закон јер да претварају – сва послушност би била условна, а сав ауторитет на основу тога привремен (према Malcolm 2016, 117). Хобс је природно стање видио као борбу свих против свих, гдје су људи представљени

⁹ О томе погледати у: Ribarević (2006).

као „вукови“ (*Homo homini lupus est*) (види Нојман [1986] 2002, 127). Хобс (Hobbes [1651] 2004, 103) наводи да се правда може дефинисати само онда када постоји неки споразум или закон „јер, тамо гдје није претходио никакав споразум, није пренесено никакво право, и сватко има право на све, те досљедно томе, ниједна радња не може бити неправедна. Но, ако је склопљен неки споразум, онда је његово кршење неправедно, а дефиниција неправде је управо неизвршавање споразума. Праведно је пак све оно што није неправедно“. А закон, или у ширем смислу право, за Хобса постоји само ако је донесено од суверена, и његова валидност не може бити упитна без обзира на садржај (према Dyzenhaus 2021, 261). У складу с тим, држава путем права одређује шта је праведно, а шта није – што потврђује и теза Ноела Малколма (Malcolm 2016, 132) да за Хобса владавина права представља систем у којем суверен влада на основу закона, тј. гдје политичка област дјелује кроз правну област. У том смислу, не чуди што неки аутори сматрају управо Хобса оснивачем политичког концепта управљања *rule by law*¹⁰ (види Dyzenhaus 2021, 276).

Очигледно, Хобс препознаје природне законе као постојеће, а за њега је најважнији природни закон тежња ка миру и одржавање мира (према Павловић 2006, 63). Како наводи Малколм (Malcolm 2016, 121), за Хобса постоји само једно неотуђиво право иманентно људима, а то је право на властито очување.¹¹ Из тог разлога, Хобс се и залаже за јаку централну државу која ће основно природно право људи, право на мир, моћи заштити на ефикасан начин (према Нојман [1986] 2002, 125–130;

¹⁰ У преводу, владавина помоћу закона подразумевају се системе у којима устав и закони не служе како би ограничили власт него како би легитимизирали поступке власти. Модерни системи *rule by law* имају неколико одлика: изграђен институционални систем, с формално колико-толико независном судском влашћу која заправо служи за: одржавање друштвене контроле и борбе против политичких неистомишљеника, легитимизирања и легализирања поступака владајућег режима; контролу рада административних службеника и одржавање кохезије међу владајућом елитом; испуњавање обавеза у економској сфери, тј. приказивања државе сигурном за стране инвестиције (Moustafa, Ginsburg 2008, 1–13). Такођер, о концепту *rule by law* погледати у: Tushnet (2014); Jenco (2010); Balasubramaniam (2008).

¹¹ Rok Svetlič (2007, 115), тумачећи Хобсово разумевање односа владара и поданика, наводи: „Када је таква одлука једном донешена и уговор прихваћен, сва се власт преноси на суверена, коме су поданици подређени у сваком погледу, осим у случају када се ради о заштити права на живот. Они немају никаквих изворних права, јер су сва њихова права, која им додјељују социјална правила, само концесије. Поданици тако не смију имати никакве властите просудбе о правилности, односно неправилности социјалних правила.“ О аргументацији зашто Хобса не би требало сматрати оснивачем теорије правног позитивизма погледати у: (*Ibid.*).

Malcolm 2016, 124). У формалном смислу, Хобс потпуно подржава принцип владавине права, за њега сви закони морају бити писани, јавно објављени и добити крајње одобрење од суверена (према Malcolm 2016, 129). Занимљиво, Хобс сматра да постоји могућност да се појединац одупре примјени неког закона ако сама процедура доношења тог закона није била исправна (према *Ibid.*). Ипак, остаје упечатљива Хобсова тврдња да право креира суверен који има апсолутно право да доноси законе по својој вољи. Како наводи Вукашин Павловић (2006, 72), за Хобса све што чини суверен не може бити неправедно нити суверен може бити оптужен од поданика за неправду. Другачије речено, све док се суверен креће у границама закона, тј. овлаштења које му је на основу закона дато, суверен не може поступати неправедно. У том смислу, како наводи Лука Рибаревић (2006, 91–92), у Хобсовој филозофији постоје двије линије аргументације, прва постулира државну силу као апсолутну, а друга наглашава и битност морала у праву које треба одгојити грађанина. У контексту овог текста, треба истаћи да постоји, у најмању руку, још једна диференцијација у Хобсовој филозофији, а тиче се промовисања идеје владавине права и владавине помоћу закона. На први поглед, чини се да се Хобс кроз своју филозофију креће по танкој нити која раздваја владавину права и владавину помоћу закона. Несумњиво је да у формалном смислу Хобс подржава принцип владавине права, док у суштинском садржају владавине права – правди, Хобс у већој мјери нагиње владавини помоћу закона. Ипак, читајући Хобса, могуће је закључити како и заговорници владавине права, али и владавине помоћу закона, могу пронаћи аргументацију за своје тврдње у Хобсовој филозофији. У складу с тим, било би неправедно сврстати Хобса на једну или другу страну, с обзиром на чињеницу да се Хобс несумњиво креће по танкој линији између та два принципа.

5. ЏОН ЛОК И ВЛАДАВИНА ПРАВА – ПРОБЛЕМ ПАРЛАМЕНТАРНОГ СУВЕРЕНИТЕТА

Џон Лок (John Locke) поставља другачију парадигму о природном стању него Хобс. Лок, за разлику од Хобса, природно стање описује као стање хармоније у односима међу људима, док мотив за постојање државе Лок проналази у разлогу очувања природних права човјека (према Nojman [1986] 2002, 143–150). Лок наводи: „Природно стање има природни закон да управља њиме, који обвезује свакога; а ум, који представља тај закон, поучава све људе, који га питају за савјет, како су сви једнаки и независни и да нитко не треба наносити зло другом човјеку, његовом здрављу, слободи или посједу“ (цитат према Јагорес

2013, 421). На основу римског права, Лок закључује да нико не може пренијети више права на другог него што и сам посједује, па како природно стање не даје право људима да врше насиље над другима – тако ни људи не могу пренијети право вршења насиља на државу (према Нојман [1986] 2002, 143–150). Лок, како наводи Милић (2020, 160), врши ревизију Хобсовог промишљања о самој моћи суверена, наводећи да суверен мора да пази и на сагласност људи, да његову највишу моћ оличену у држави не легитимизира само пристанак поданика већ и сагласност самих грађана да те законе прихвате. У том смислу, Лок (Locke [1689] 1993, 125–126) истиче да природна слобода човјека подразумијева да је човјек слободан од било какве моћи на земљи, да човјек нема обавезе према никаквој законодавној власти људи, већ према правилима природе. С друге стране слобода појединца у друштву подразумијева да појединац буде под влашћу законодавне власти која је заснована на пристанку људи (*Ibid.*). Дефинитивно, Лок признаје да власт треба бити суверена, али да такву власт треба повјерити законодавном органу који ће своју моћ темељити на одобрењу, тј. пристанку људи.

Лок је био заговорник ограничене уставне монархије (према Муџић 2002, 43–50). Такођер, сматрао је устав фундаменталним актом позитивног права (Mattie 2005, 78–79). У складу с тим, Лока можемо сматрати једним од идејних твораца савременог конституционализма, иако треба нагласити да није све у Локовој филозофији било у складу с модерним схватањем идеје конституционализма. Прије свега, ни када је суверена власт предана у руке законодавне власти, ни тада не постоје гаранције да ће постојати владавина права, јер и законодавна власт у једнакој мјери може бити ауторитарна као и када је владар један човјек – монарх.¹² Такођер, Лок у свом уставном систему власти изоставља судску власт као битну компоненту владавине права. Он сматра да законодавна и извршна власт једна другу ограничавају без учешћа судске власти. Тако, према Локовом мишљењу, законодавна власт има право одредити и одлучити на који начин ће се у држави одржавати ред и мир, а да би држава функционисала поштујући природна права грађана –законодавна власт се предаје разним особама које су међусобно удру-

¹² На примјер, сер Francis Jacobs у објашњавању односа парламентарног суверенитета и владавине права наводи да је тешко али не и немогуће данас идентифицирати државу у којој суверени законодавни орган није подређен ограничењу његове моћи. Штавише, и међународни и унутрашњи суверенитет је инкомпатибилан с другим концептом који такођер има историјску подлогу и који је раширено познат као најважнија вриједност, а то је владавина права (према Bingham 2011, 161).

жене у владајућу структуру (према Јакорес 2013, 428).¹³ Законодавна власт доноси законе које сви морају поштовати, па и сами доносиоци закона, и то ради општег добра, док уз законодавну власт постоји и извршна власт која надгледа извршавање закона и њихову успјешност (према *Ibid.*). То нам јасно говори да за Лока судска власт у уставном систему нема функцију, као коректив који ће штитити грађане од неправедне законодавне и извршне власти.

Осим тога, проблем са Локовом филозофијом, када је у питању владавина права, јесте у томе што (у одређеној мјери) Лок природна права човјека посматра кроз призму права власништва, што сасвим сигурно није једино природно право човјека гледајући то из угла савременог схватања концепта људских права. Дефинитивно, Лок је филозоф који је заслужан за даљи развој владавине права, али иако је био представника либералне теорије и зачетника идеје владавине права, и у његовој филозофији постоје недостаци у успоредби са савременом идејом владавине права. Његова филозофија је нарочито битна за боље разумијевање односа природног и позитивног закона, али и за боље разумијевање настанка првих уставних држава. Локова прва уставна држава почива на идеји парламентарног суверенитета, што не одговара савременом концепту владавине права, који почива на идеји да у систему владавине права нико није суверен, па ни парламент, него је суверено једино право.

6. АЛБЕРТ ВАН ДАЈСИ – ВЛАДАВИНА ПРАВА КАО ДИО ПРАВНЕ КУЛТУРЕ

Алберт Ван Дајси (Albert Venn Dicey) први је аутор који је у дјелу *Увод у изучавање уставног права* детаљно образложио идеју владавине права, иако је термин владавина права постојао *avant la lettre de Dicey* (Lino 2018, 740). За Дајсија, владавина права подразумијева супремацију редовног права на уштрб арбитарног начина одлучивања, једнакост пред законом гдје сви имају једнака права и обавезе пред редовним судовима, те заштиту индивидуалних права (према Gosalbo–Вопо 2010, 253–254). Другачије казано, за Дајсија владавина права подразумијева владавину кроз правне норме и процедуре, а не кроз неограничено дискреционо право, затим формалну једнакост пред законом, те постепено успостављање индивидуалних права (према Lino 2018, 741).

¹³ О Локовој подјели власти, погледати и у: Ваčić (1987, 103–105); Jenkins (2011).

Дајси је сматрао да се британски модел заснива на принципу заштите индивидуалних права, у коме је устав посљедица употребе приватног права, и то дјеловањем редовних судова и Парламента (према Gosalbo-Vono 2010, 253–254).¹⁴ То је узроковано англосаксонском правном традицијом, у којој редовни судови својим тумачењима креирају право, па је због тога Дајси (не без разлога) сматрао да је резултат заштите индивидуалних права узрокован судским начином одлучивања (према Walters 2021, 158). Како наводи Дајси (Dicey 1979, 199), иако *Хабес Корпус Ацтс* не декларише никаква права ни принципе, опет има већу практичну вриједност од стотине уставних чланова који гарантују индивидуалне слободе. Стога је јасно да Дајси – када говори о постепеној успостави заштите индивидуалних права – сматра како се она права, која су прописана правним прописима, такођер требају досљедно штитити. Ипак, био је свјестан да може постојати дискрепанција између онога што је прописано и онога што се примјењује у пракси. Из тог разлога, Дајси је сматрао да се индивидуална права требају постепено штитити, како не би дошло до те дискрепанције.

Тако Дајси (Dicey 1979, 186–187), ослањајући се на Алексиса де Токвила (Alexis de Tocqueville), наводи да у Сједињеним Америчким Државама и Енглеској има више слободе у обичајима народа него у законима, а да у Швицарској више слободе има у законима, него у обичајима народа. Због тога се права појединца боље штите у Сједињеним Америчким Државама и Енглеској, него у Швицарској (види Dicey 1979, 183–190).¹⁵ У том контексту, за Дајсија је владавина права неодвојиво повезана с начином живота у одређеном друштву, односно она је неодвојиво везана за културу тог друштва, што значи да владавина права превасходно мора постојати у култури одређеног друштва, како би могла заживјети кроз норме те државе (Walters 2021, 169). Стога, правну културу Дајси сматра основним предувјетом за остварење владавине права, јер без тога закони неће бити довољни да се владавина права оствари те ће постојати, како то Хасанбеговић (2021) назива – *неутемељени нормативни оптимизам*. Иако је Дајси први елаборирао термин владавина права у његовој филозофији постоје превирања између праведности и

¹⁴ То је дио англосаксонске правне традиције. Ни данас у Уједињеном Краљевству не постоји устав у формалном смислу, али зато велики број докумената као што су *Habeas Corpus Act*, *Magna Charta Libertatum*, *Bill of Rights* чине *materia constitutionis* устава Уједињеног Краљевства у материјалном смислу (погледати Vorländer 2012, 31–34).

¹⁵ За Дајсија је владавина права повезана с достигнућима енглеског народа, па с тим у вези владавина права представља цивилизацијско достигнуће енглеског народа (према Lino 2018, 747).

пуке законитости, односно између принципа владавине права и владавине помоћу закона. На који начин је Дајси разумијевао владавину права? Дефинитивно, његово разумијевање владавине права ближе је *thin* неголи *thick* дефиницији владавине права (Lino 2018, 741).¹⁶ Валтерс (Walters 2021, 160) истиче да је Дајсијева владавина права једноставно представљала владавину помоћу закона, тј. *thin* владавину права, што потврђује Дајсијев закључак да се незаконити акти извршне власти могу легализовати законом накнадно, те се у том смислу чини да су у Дајсијевој теорији владавине права занемарени чак и формални принципи законитости, посебно у погледу забране ретроактивности и општости правних норми. Други проблем у Дајсијевом разумијевању владавине права је што и он, слично као и Лок, сувереност парламента сматра дијелом владавине права. За Дајсија (Dicey 1979, 70), парламентарна сувереност значи да не постоји моћ енглеског устава која може доћи у исту раван са парламентарном сувереношћу. С тим у вези је Дајси (Dicey 1979, 414) сматрао да парламентарна сувереност води ка владавини права. Био је свјестан негативних страна парламентарне суверености, али је такођер сматрао да законодавна власт не може угрозити индивидуална права, која су као таква „уграђена“ у редовне законе који чине идентитет заједнице, или може – али то би свакако, према његовом мишљењу, могло изазвати револуционаран одговор народа (према Walters 2021, 169). У суштини, Дајси (Dicey 1979, 79) је сматрао да свака неадекватна одлука законодавне власти може потенцијално проузроковати отпор грађана. Трећи проблем Дајсијевог разумијевања владавине права је био тај што је владавину права користио као алат за легитимизирање империјалистичких поступака Уједињеног Краљевства према колонизираним народима (према Lino 2018, 763–764).

Као и претходни теоретичари владавине права, тако и Дајси власти-то разумијевање владавине права „инсталира“ одређене елементе који не одговарају савременом концепту владавине права. Његов допринос највише лежи у томе што је први покушао дефинисати шта владавина права као таква подразумева, а био је први који је покушао

¹⁶ *Thick* дефинисање владавине права подразумева разумијевање владавине права у супстантивном смислу, што у владавину права укључује разне принципе, као што су људска права, једнакост пред законом, супремација права, забрана арбитрарности, подјела власти и слично, док *thin* дефинисање владавине права подразумева формалистичко схватање владавине права као пуке владавине закона, без обзира на суштинске квалитете тих закона, и то разумијевање владавине права је истовјетно принципу владавине помоћу закона.

индивидуална права учинити неизоставним дијелом владавине права. У том контексту, ако читамо Дајсија из савремене перспективе, јасно је да је био ближи владавини помоћу закона, него владавини права, али гледајући у контексту времена када је он промишљао о владавини права, јасно је да он прави битан искорак у разумијевању владавине права, те би га било неправедно сматрати заговорником владавине помоћу закона. Такођер, Дајси је занемаривао институционалне гаранције владавине права, сматрајући да ће владавина права, ако је уграђена у правну културу народа, надјачати оне институције које дјелују супротно владавини права.

Недвојбено, правна култура је камен темељац остварења и опстанка владавине права. Међутим, за остварење и опстанак владавине права неопходно је да постоје институционалне гаранције које ће осигурати владавину права. Тако Дајси изоставља судску власт као својеврстан „пандан“ законодавној и извршној, у смислу гарантовања владавине права. Но, гледајући из савремене перспективе, битно је то што је Дајси дао важност правној култури у контексту остваривања идеала владавине права, пошто се данас тај сегмент очигледно занемарује те се сматра да ако постоје институционалне претпоставке за владавину права – владавина права ће као таква и постојати, њему нас је ипак у извјесној мјери разувјерило искуство постсоцијалистичких држава.¹⁷

7. ХАНС КЕЛЗЕН И ФОРМАЛНИ ОКВИР ВЛАДАВИНЕ ПРАВА

Ханс Келзен (Hans Kelsen) наставља исти наратив као и претходни теоретичари владавине права, који подразумева да држава може (и мора) дјеловати у складу с правном нормом, као и да је у ствари и сама држава субјект права (према Bongiovanni 2007, 301–302). Према Келзеновом схватању, држава је скуп норми које персонифицирају правни систем, односно, држава није моћ, већ закон (према Gosalbo-Vono 2010, 244–245). Истина, када говори о владавини права, Келзен користи термин правна држава (*Rechtsstaat*), али то свакако не представља никакву суштинску препреку да Келзена сматрамо теоретичарем владавине права. Из савременог угла посматрања, правна држава је за Келзена подразумејевала да је правни систем суверен и да постоје претпоставке за изградњу јавног права (према Bongiovanni 2007, 302). Међутим, за Келзена владавина права, тј. правна држава не

¹⁷ О владавини права у постсоцијалистичким државама, детаљније у: Sadurski (2014).

значи и, *per se*, заштиту индивидуалних права или метаправних принципа. Како наводи Хасанбеговић (2020, 172), Келзенов концепт правне државе подразумијева да је свака држава уређена правом правна држава, без обзира на садржину и квалитет правних норми, што битно разликује такву идеју правне државе од идеје владавине права. Таквим дефинисањем правне државе, односно владавине права, Келзен се задржава на Платоновим и Аристотеловим стајалиштима да владавина права постоји тамо гдје владају закони, без обзира на то какве квалитете ти закони били. Ипак, то није све када је у питању Келзеново схватање владавине права. И Келзеновом разумијевању владавине права постоје одређена стајалишта која иду ка пукој законитости, али једнако тако и она која признају праведност као дио правног поретка. Тако Келзен тврди: „Правна норма није важећа зато што има одређени садржај, односно зато што је њен садржај логички изводљив из претпостављене основне норме, већ зато што је створена на извјестан начин – коначно на начин одређен претпостављеном основном нормом. Само због тога, правна норма припада правном поретку чије су норме створене у складу са основном нормом. Према томе, закон може бити било које врсте садржаја“ (према Haldemann 2006, 168). С друге стране, Келзен у дјелу *Чиста теорија права* тврди: „Премда се изричито наглашава разликовање између праведности и права, они ипак остају међусобно повезани више или мање танким нитима. Да би био „право“, научава се, позитивни поредак државе мора имати неког удјела у праведности, или се тако мора реализирати неки етички минимум или тако да мора покушати – премда недостатно – бити исправно право, а то значи праведан; да би било „право“, позитивно право мора у некој, ма колико скромној мјери, одговарати идеји права“ (Kelsen [1934] 2012, 25). Ту постоје двије Келзенове супротстављене тврдње – да закон може бити било којег садржаја те да право мора испуњавати одређене етичке минимуме. Треба напоменути да је Келзен сматрао да правда игра значајну улогу када су у питању нацистички злочини и да се они једноставно не могу позивати на законе (према Haldemann 2006, 170). Како наводи Роберт Валтер (1999, 13), Келзенов правни позитивизам не даје оправдање за одређене радње јер, како он тврди, остаје морална одлука сваког човјека да позитивно право поштује или да се против њега побуни. Прецизније речено, Келзен не тврди да је свако позитивно право исправно, али да појединац има двије могућности – или да поштује правну норму, или да се против ње побуни.

У том контексту, Келзенов правни позитивизам треба раздвојити од дотадашњег правног позитивизма, који је на некритички начин гледао на правне норме. Ипак, Келзен поставља разлику између онога што

„јесте“ од онога што би „требало“ бити (види Spaak 2005, 403).¹⁸ Како наводи Валтер (1999, 16), Келзенев правни позитивизам се разликовао од државноправног позитивизма у томе што је његов позитивизам био спознајно–критички, те је на основу тога стари правни позитивизам постао критички правни позитивизам. Келзен је сматрао да природно право не може бити врховни законодавац, осим у случају када би природа била обдарена с интелигенцијом – тада би природно право могло бити врховни законодавац (према Bodenheimer 1950, 336). Келзен ([1934] 2012, 57) сматра да, правни поредак треба бити у складу с темељном нормом (*Grundnorm*) која „(...) акту првог законодавца те дакле свим другим актима правног поретка који на њему почива придаје смисао требања“. У том смислу, „Та је темељна норма само израз нужне претпоставке сваког позитивистичког схваћања правне грађе. Будући да се не ствара у правном поступку, она нема ваљаност позитивне правне норме, она није постављена, него – као увјет свег постављеног права, свег позитивног правног поступка – претпостављена“ (Kelsen [1934] 2012, 58). На тај начин, Келзен правни поредак не легитимизира природним правом, него темељном нормом, која се претпоставља. Међутим, он не открива садржај те темељне норме, можда из разлога што та темељна норма може бити било којег садржаја.¹⁹

Келзен је био заговорник уставне државе, у којој сви правни акти морају бити усклађени с уставом као највишим правним актом, те је у том смислу сматрао да демократија једино може функционисати на бази уставне државе, у којој постоји уставна контрола већине (према Bongiovanni 2007, 310). С друге стране, он није био противник природног права, јер је сматрао да етика и морал не требају бити дијелом правног поретка, што смо у претходном дијелу текста и показали. Келзен је више био скептичан према улози природног права, јер је сматрао да природно право није испунило сврху осигурања моралности у правном поретку (према Lukina 2020, 551).

¹⁸ О томе детаљније погледати у: Vanović (2019).

¹⁹ Како наводи Рок Светлич (2006, 118): „Темељна норма само је начин с којим Келсен крпа рупу у дефиницији појма права. Знамо да Келсена не занима фактицитет темељне норме, него му само служи као, кантовски речено, регулативна идеја, око које се скупља важење хијерархија пуномоћи. Темељна је норма само „претпостављена“, она је „проблематичан“ појам, који функционира и без доказивања конкретне реалности. Укратко, темељна норма као повијесно најстарији устав није ништа „материјално“ и, на крају крајева, свеједно је може ли се уопће такав устав лоцирати као конкретан текст, то је само трансцендентни елемент Келсонове теорије, којим рјешавамо проблем што произлази из трансферичности пуномоћи“.

Дефинитивно, Келзеново учење представља један од камена темељаца владавине права, нарочито у формалном смислу. Тако, према мишљењу Ларс Винкса (Vinx 2007, 75), чиста теорија права је правна теорија која одговара идеји владавине права у оној мјери у којој отвара пут за што потпунију реализацију суштинске улоге владавине права.²⁰ Келзен, у том смислу, поставља хијерархију правних норми, по којој све правне норме требају бити у складу с уставом (Kelsen [1934] 2012, 62). Међутим, он је сматрао да устави не би требали садржавати одредбе о заштити људских права, понајвише због отворене природе таквих одредаба, а такођер је сматрао опасним дијелове устава који говоре о једнакости, правди, слободи, моралности због могућности њихове широке интерпретације од стране судија, што би могло од судија направити позитивне законодавце или владу судија (*government of judges*) (према Sweet 2003, 2767–2768).

У том контексту, Келзеново учење у формалном смислу је дало модерне обресе владавине права, поставило правила за функционисање владавине права, али је такођер у већој мјери изоставило суштински елемент владавине права – праведност. Односно, праведност остаје и даље недефинисан појам, гдје је свака држава праведна ако досљедно примјењује властите правне норме. Келзенова правна држава је само правни оквир, хијерархија правних норми, која не поставља критерије какве квалитете правне норме требају бити. Ипак, Келзен није био класични позитивиста, он је такођер, како смо и навели, сматрао да правни поредак треба остваривати минимум праведности, иако та праведност остаје позитивизирана. У складу с тим учењем, свака држава је праведна ако досљедно имплементира властите правне норме.

8. РАДБРУХОВА ФОРМУЛА „*LEX INIUSTA NON EST LEX MAXIMA*“ КАО КАМЕН ТЕМЕЉАЦ ВЛАДАВИНЕ ПРАВА

Густав Радбрух (Gustav Radbruch) је филозоф који прави преокрет у размишљању о владавини права. Да би се разумјела Радбрухова формула, треба првенствено објаснити сама његова филозофска стајалишта. С тим у вези, Радбрух (Radbruch [1932] 2019, §1, 23) тврди: „Право може бити неправедно (*summum ius – summa iniuria*), али оно је право само зато што је његов смисао да буде праведно“. У контексту односа природног и позитивног права, Радбрух (Radbruch [1932] 2019, §3, 36)

²⁰ Идеја владавине права се код Келзена може имплементирати само у утопији законитости (према Vinx 2007, 214).

тврди следеће: „Једном спознати, они имају предност у односу на протурјечно постављено право: природно право надвладава позитивно право“. Надаље, у том истом наративу, Радбрух (Radbruch [1932] 2019, §4, 52) наводи: „Идеја права пак не може бити ништа друго доли праведност“: Ипак, када је у питању Радбрухово учење, праведност није једини елемент идеје права, него су осим праведности елементи идеје права за њега и правна сигурност, али и правна сврсисходност. Радбруха (Radbruch [1932] 2019, §9, 97) наводи: „Правна сигурност захтијева позитивност, а позитивно право хоће вриједити без обзира на своју праведност и сврховитост“. Тако да правда не игра једину улогу у Радбруховој филозофији. У том смислу, како сам Радбрух (Радбруцх [1932] 2019, §9, 99) истиче, праведност, сврховитост и правна сигурност требају заједнички да владају правом у свим његовим дијеловима, иако ти елементи могу у одређеним околностима бити у колизији.²¹ Јасно је да Радбрух покушава балансирати између правне сигурности, сврсисходности и праведности. Прије него се дотакнемо расправе да ли је Радбрух прије доношења формуле био наклоњен правном позитивизму или не²², треба разјаснити шта Радбрухова формула подразумијева. Радбрухова формула је настала након Другог свјетског рата, а пресудан утјецај на њен настанак имали су нацистички злочини почињени у Другом свјетском рату.

Радбрухова формула представља оживотворење теза Цицерона и Аквинског да позитивно право није право ако није у складу с природним правом. У том контексту, Радбрух (Radbruch [1947] 2019, 246) тврди: „Националсоцијализам је једноставно повриједио сва начела права и на видјело изнио све могуће видове неправа. Он је правну државу коју је затекао претворио у „државу неправа“, у пуном значењу те ријечи. Најопаснији облик неправа јест неправо које поприми облик закона, „законско неправо“. Сјетимо се само једнога од безбројних примјера: *Nürnbergskih* расних закона. Нитко непристрасан не би садржај тог закона назвао часним именом „право“.“ Управо у таквом озрачју настаје Радбрухова формула „законског неправа“ (*lex iniusta non est lex maxime*), која законе који у неподношљивој мјери крше темељна начела моралности и праведности проглашава „неправом“ – док оне законе који нису у толикој супротности с правдом и сврсисходношћу и даље сматра „правом“ (Radbruch [1946] 2019, 273). Према томе, само неподношљива

²¹ Такођер, о критици истицања било којег од тих елемената права погледа-ти у: Radbruch (2019, 99–100).

²² О Радбруховим ставовима прије и послје Другог свјетског рата, детаљније: Paulson (1995).

неправда оспорава правност *per se* (Haldemann 2006, 170). Радбрухова формула без сумње служи као инструкција судијама у њиховом судском резонувању (Vix 2011, 57). Такође, према мишљењу Бикса (Vix 2013, 74), Радбрухова формула може угрозити владавину права јер даје превелика овлаштења судијама да одлучују шта је „право“, а шта је „неправо“. Но, како дефинисати појам „неподношљиве неправде“ данас – с обзиром на чињеницу да је посве јасно како је нацистички режим властитим законима проузроковао неправду у толикој мјери да се закони нацистичке Њемачке једноставно нису могли разумјети као право *per se*? Одговор на то питање, чини се, даје Мартин Боровски (Borowski 2021, 631–632), који на основу тумачења Радбрухове филозофије закључује да би „неподношљива неправда“ одговарала појму кршења људских права. У вези са односом људских права и „неподношљиве неправде“, битно је нагласити Радбрухово стајалиште (Radbruch [1946] 2019, 274) да „правни карактер надаље недостаје и свим оним законима који су људе третирали као нижа створења те им одрицали људска права“. Свакако, недвојбена је повезаност Радбрухове „неподношљиве неправде“ и људских права, што се опет мора сагледати из различитих перспектива. У вријеме када је Радбрух писао своју формулу још увијек није био развијен концепт људских права у данашњем смислу, што нам говори да не постоји препрека да појмове „неподношљиве неправде“ и кршења људских права покушамо (колико је то објективно могуће) изједначити.

С друге стране, поставља се питање да ли је Радбрух увијек био антипозитивиста, или су пак злочини нацистичког режима у Другом свјетском рату промијенили његова гледишта. Иако се на почетку поглавља о Радбруху дјеломично даје одговор на то питање, у наставку текста ћемо детаљније образложити ту дилему. Постоје гледишта да је Радбрух на почетку своје каријере био заговорник правног позитивизма (види Leawoods 2000, 494). Како наводи Бикс (2011, 57), Радбрухова формула представља преокрет у промишљању Радбруха. Ипак, он је и прије писања формуле био критичар правног позитивизма, а саму правду је сматрао сврхом постојања права. Тако је за њега задатак права да служи правди (према Borowski 2021, 627).²³ Доказ о критичком приступу према правном позитивизму и прије састављања формуле је Радбрухова тврдња (Radbruch [1932] 2019, §25, 215–216): „Поново је правна сигурност та која је једина у стању оправдати правоћност и неисправне пресуде. Међутим, у свези с правоћношћу пресуде,

²³ Такође, о Радбруховој критици правног позитивизма погледати у: Borowski (2021, 633).

јавља се један проблем с којим смо се већ упознали везано уз правно важење закона. Видјели смо да је само правна сигурност у стању подржати правно важење неисправног права, али да се једнако тако могу замислити и случајеви у којима је неисправност толика да против тога никакву тежину не може имати ни вриједност правне сигурности зајамчене важењем већ једног постављеног права“. У складу с тим, код Радбруха је ријеч о континуитету правне мисли, а не о дисконтинуитету јер је током цијелог свог живота он критиковао правни позитивизам (Bogowski 2021, 640–647).²⁴ Радбрух својом формулом одступа од одређених пријашњих ставова да судија треба проводити законе – чак и уколико зна да су неправедни (Radbruch [1932] 2019, §10, 109). Такво одступање, међутим, није револуционарно, посебно ако погледамо друга поменута Радбрухова стајалишта.

Радбрухова формула је дефинитивно оживотворила улогу природног права и дала му конкретну улогу у правном систему. У том смислу, Радбрухова формула је значајна у савременом контексту разумијевања владавине права јер је на основу ње видљиво да задатак владавине права није да стриктно примјењује законе већ и да оне законе који су „неподношљиво неправедни“ (супротни људским правима) стави ван снаге. Тако дјеловање судске власти, која би стављала ван снаге законе које доноси законодавна власт не би било недемократско – из простог разлога што је савремена демократија заснована на принципу уставне владавине, према којем се законодавна власт мора кретати у границама које је поставио устав (погледати Тап 2021, 11). Иако је био оштар критичар правног позитивизма, Радбрух није био ни *јуснатуралиста* те је у том смислу покушао креирати правну филозофију у којој ће бити довољно простора за правни позитивизма, али и за морал (према Leawoods 2000, 515). Тиме је дао модерне обресе принципу владавине права који мора садржавати и правну сигурност, једнако као и сврсисходност, али можда и најбитније од свега – праведност. Владавина права не може постојати без било којег од та три елемента идеје права. Ако не постоји правна сигурност, владавина права постоји само као идеја, а уколико не постоји сврсисходност, тада владавина права не

²⁴ Тако Радбрух (Radbruch 2019, 222) приликом дефинисања правне државе наводи: „Тај минимум везаности државе само својим правом, које је сама поставила, проглашен је позитивистичким испражњењем мисли о правној држави, а указивало се на то да је замисао правне државе у свом изворном облику значила везаност државе преддржавним људским правима и наддржавним природним правом, те захтијевало да замисао права поново мора добити значење примјене одређене правне идеје, а не само правног појма уопће, на однос појединца према држави“.

служи интересима грађана, док ако не постоји праведност, тада постоји владавина права само у формалном смислу, односно постоји (модерним рјечником казано) владавина помоћу закона.

9. ХАЈЕК И ВЛАДАВИНА ПРАВА – КОНКРЕТИЗИРАЊЕ ПРИНЦИПА ВЛАДАВИНЕ ПРАВА

Гдје је стао Дајси у дефинисању владавине права, ту је наставио Хајек, само што је он још прецизније дефинише владавину права и што је најбитније владавину права дефинише као идеју, те истовремено одређује и фактичку примјену владавине права. Хајек (Hayek [1960] 1998, 181) владавину права проматра као метаправо, скуп принципа виших и од закона и од устава, без којих владавина права не може постојати. У том смислу се не ограничава само на конституционализам, као владавину на основу устава, јер како Хајек наводи, устав може овласти власт да има право доносити било какве законе без икаквог ограничења (*Ibid.*). Тада би власт формално била ограничена уставом, али би суштински имала неограничену моћ да доноси одлуке упитног квалитета, искључиво у зависности од воље владајућег режима. Такођер, за Хајека (Hayek [1960] 1998, 182) владавина права представља идеал којем се може веома приближити, али никада га се у потпуности не може достићи.²⁵

Зашто је то учење битно када га упоредимо с промишљањима већ поменутих поменутих теоретичара? Превасходно из разлога што владавину права поставља као метаправо те стога владавину права не дефинише стриктно као систем који функционише на бази устава и закона већ као систем који мора задовољавати одређене више принципе. С друге стране, владавину права поставља као идеал којем је могуће тежити, али га се никада не може потпуно достићи, тако да нити један правни систем не можемо сматрати системом који у цјелини имплементира владавину права. То значи да је према Хајеку владавина права динамична категорија, која је подложна промјенама, а све са циљем заштите појединца од неправедне власти. Осим та два принципа, Хајек поставља критерије владавине права на знатно шири начин од Дајсија, и даје практична упутства како се владавина права може остварити.

Прије свега, како сам Хајек (Hayek [1960] 1998, 183) објашњава, закони у садржинском смислу представљају дугорочне мјере које се односе на још увијек непознате случајеве и не садрже никаква упућивања

²⁵ О Хајековом концепту владавине права, такођер погледати у: Cristi (1984);

на појединачне особе, мјеста или предмете. Наравно, често, како и сам Хајек (Науек [1960] 1998, 182) објашњава, закони знају садржавати правила која нису општа и неодређена, што није у складу с владавином права. Други елемент владавине права за Хајека је правна сигурност. Према Хајековом учењу (Науек [1960] 1998, 184), закони морају бити јасни и њихова примјена мора бити предвидљива. Трећи елемент је једнакост пред законом, од које се, како Хајек истиче, у одређеним околностима може и одступити. На тај начин он постулира да закон у свом формалном облику може бити савршено општи, али да у својој примјени мора постојати разумијевање да сви људи нису исти и да се на све људе не може примјењивати идентично. Но да би се оправдало то што закони неједнако третирају људе, треба да постоји друштвена сагласност у вези неједнаког третирања (Науек [1960] 1998, 184–185). Четврти и пети елемент су подјела власти и постављање граница управне дискреције (види Науек [1960] 1998, 184–188). Шести елемент подразумејева „(...) да је принуда допуштена само када је у складу с општим законима, а не кад је средство за постизање појединачних циљева текуће политике“ (Науек [1960] 1998, 188). Седми и осми елемент су основна права грађана и грађанске слободе, као и обим могућег уплитања државе у индивидуалну сферу појединца. Ту се права и слободе грађанина постављају као темељи владавине права, али се такођер наводи како се права и слободе појединца могу ограничити зарад вишег циља (види Науек [1960] 1998, 189–191). Задњи елемент су процесна јамства, чији је задатак да осигурају процесна права појединца. Међутим, Хајек (Науек [1960] 1998, 191–192) истиче: „Они (јамства) су намењени обезбеђењу превласти закона, али су немоћни да заштите правду тамо гдје је закон намерно препушта одлуку слободној процени власти. Једино тамо где закон одлучује – а ово значи, само тамо где независни судови имају последњу реч – процесна јамства су чувари слободе“.

Хајек је покушао да покаже како достићи идеал владавине права, јасно наглашавајући да се тај идеал никада не може потпуно достићи. На тај начин, Хајек у неку руку заокружује до сада презентовани дискурс о владавини права. У Хајековој филозофији владавине права битно је то што он на одређен начин поставља институционалне претпоставке за остварење владавине права, уз незаобилазну напомену: „Она (владавина права, прим. аут.) ће бити делотворна само онолико колико се законодавац осећа њоме везан. У демократији то значи да она неће преовладати све док не чини део моралне традиције заједнице, заједнички идеал који већина дели и беспоговорно прихвата“ (Науек

[1960] 1998, 181).²⁶ У том смислу, Хајек јасно наглашава да владавина права, како је и Дајси тврдио, не може постојати ако не постоји у правној култури грађана. У складу с тим, Хајекова формула за владавину права би гласила: „*наведени елементи владавине права + владавина права као дио моралне традиције грађана*“. Видљиво је да он у концепту владавине права укључује и елементе правне сигурности и праведности у виду заштите права појединца, те поставља и друге институционалне елементе без којих се владавина права не може остварити. У том смислу, поставља се питање да ли дискурс о владавини права завршава с Радбрухова три елемента: правном сигурношћу (закони морају бити јасни, предвидљиви и неретроактивни), сврсисходношћу (закони морају служити општем интересу, тј. грађанима) те праведношћу (држава мора поштовати и осигурати поштивање људских права). Одговор на постављено питање дат је у наставку текста.

10. ФУЛЕР И МОРАЛНОСТ ВЛАДАВИНЕ ПРАВА

Лон Фулер (Lon Luvois Fuller) није се бавио питањем каква владавина права *per se* треба бити. Фулерову мисао примарно заокупља однос права и морала (према Rundle 2021, 186). Иако се Фулер не бави искључиво дефинисањем владавине права, он ипак поставља одређене критерије за дефинисање владавине права. За Фулера (Fuller 1960, 2), владавина права постоји тамо гдје се поштује правда и људско достојанство, гдје постоји законодавна власт чији се прописи поштују и када су неправедни, гдје правила власти судска власт вјерно проводи, те гдје постоји независна судска власт која је спремна заштитити угроженог појединца у случају покушаја поступања на арбитраран начин. Правда и људско достојанство представљају један од основних елемената владавине права. Осим тога, правну сигурност Фулер не сматра ништа мање важном, те у складу с тим наглашава да се прописи морају проводити и онда када су неправедни. Такав став подсећа на Радбрухове предратне ставове у контексту балансирања између праведности и правне сигурности, гдје смисао права јесте да буде праведно, али то нужно не подразумемијева да се неправедни закони неће проводити.

Морал, стога, игра есенцијалну улогу у Фулеровој филозофији. За Фулера, правни систем који не испуњава захтјева унутрашњег морала права није само лош правни систем већ нешто што се уопште не може

²⁶ О границама законодавне власти у Хајековом концепту владавине права, детаљније у: Williams (2008, 117).

назвати правним системом (према Rundle 2021, 196). Које захтјеве право мора испунити како би задовољило критерије унутрашњег морала права? Према Фулеровом мишљењу, систем правила треба тежити особинама које ће право учинити општим; јавно објављеним; неретроактивним; довољно јасним; могућим за поштивање; релативно константним кроз вријеме; и усклађеним између дјеловања државе и постављених правила (Fuller 1969, 46–91; Rundle 2021, 189). Поменути критерији представљају, осим захтјева за унутрашњу моралност права, истовремено и Фулерове критерије за достизање идеала владавине права (према Rundle 2021, 198). Захтјеви за остварење унутрашњег морала права (владавине права) неутрални су и формални. Ти критерији се не односе на испуњење супстанцијалних критерија, као што су правда и поштивање људског достојанства. Ипак, то нису једини критерији за остварење владавине права *per se* јер, како смо претходно навели – правда и људско достојанство саставни су дио Фулеровог концепта владавине права. Општост правних норми у Фулеровој концепцији владавине права представљају основу за остварење правде. Правни систем који функционише на основу општих правних норми, али и других наведених критерија, у формалном смислу је сличан с принципом правде (Fuller 1969, 215). Фулерови услови за унутрашњу моралност права (владавину права) формалног су карактера, али они представљају тек основу за остварење владавине права, а никако крајњи исход. Битно је издвојити и Фулеров став који налазимо у његовом објашњењу процеса транзиције из деспотске државе у државу владавине права. Он објашњава да се један од најважнијих аспеката наведене транзиције огледа у успостављају формалних институција, које ће члановима заједнице (појединцима) гарантовати одређено учешће у доношењу одлука које их се директно тичу (Fuller 1960, 5).

Фулер поставља формалне критерије као основ за остварење владавине права, док критерије супстанцијалне природе наводи, али не дефинише шта они конкретно захтијевају. Човјек у Фулеровој концепцији владавине права игра једну од кључних улога, као и морал самог правног поретка. Иако се Фулер, *per se*, није бавио питањем владавине права, његова мисао представља значајан допринос дискурсу који се води у вези с концептом владавине права. Фулерови критерији за унутрашњу моралност правног поретка, који узгред представљају и критерије за владавину права, несумњиво су и данас релевантни, те представљају значајан допринос за савремено дефинисање владавине права, иако су они, превасходно, формалне природе.

11. РАЗ И ВЛАДАВИНА ПРАВА КАО ВРЛИНА ЗАКОНА

На почетку текста је наведен Разов став о различитости између владавине права, правде, људских права и демократије.²⁷ Тежиште његовог концепта владавине права је на правној сигурности. Тако за Раза владавина права постоји само ако производи правне посљедице (Raz 1979, 153). Људима треба владати на основу закона и они га требају поштовати, а сами закони требају бити таквог садржаја да се људи могу њима исправно руководити (Raz 1979, 213).²⁸ Та два елемента представљају есенцију владавине права за Раза. Очигледно је да Раз поставља правну сигурност као примарни циљ владавине права²⁹, али се ту не задржава. Надаље, Раз (1979, 214–218) у покушају опсежнијег дефинисања владавине права наводи да у таквом систему закони треба бити могуће поштовати законе, који требају бити транспарентни и јасни, релативно стабилни, тј. да се не мијењају пречесто; доношење посебних закона треба бити вођено транспарентним, стабилним, јасним и општим правилима; независност правосуђа мора бити гарантована; принципи природне правде се морају поштовати; судови морају имати могућност контроле других грана власти, али лимитиране природе – ограничени у мјери у којој осигуравају владавину права; приступ суду мора бити загарантован; не смије се дозволити да дискреционо право спречавања кривичних дјела изопшти примјену закона. Слично као Фулер, Раз поставља осам критерија за владавину права који су више–мање формални критерији који би требали гарантовати правну сигурност. У једном од критерија, Раз наводи поштивање природне правде, али њу сасвим кратко образлаже. У том смислу, он дефинитивно ставља тежиште на правну сигурност када говори о владавини права. Такођер, Раз није противник ограничења законодавне власти у одређеном степену. Раз (1990, 336) сматра да законодавна власт треба бити ограничена, али да судије не требају бити „филозофски амбициозне“ јер их то чини лошим судијама. Ограничење законодавне власти треба бити у мјери у којој ће се гарантовати формални критерији владавине права.

Демократска култура, правна традиција која подразумијева независно правосуђе, развијену правну професију, полицију и државну службу су за Раза (1990, 339) основе за остварење владавине права јер, како сам истиче – владавина права се не може остварити доношењем неко-

²⁷ Такођер погледати у: Raz (1979, 211).

²⁸ Види: Raz (1980, 27).

²⁹ Raz (1979, 214) признаје да је овакво дефинаисање владавине права формалистичко.

лико закона. Стога је Разово размишљање слично Дајсијевом када говори правној и демократској култури као основном услову за остварење владавине права. За разлику од Дајсија, Раз (1993, 6) разумије да парламентарна сувереност није компатибилна с владавином права, али у том смислу даје предност парламентарној суверености.

Владавина права за Раза је инхерентна праву – право треба достићи њему инхерентну врлину у виду владавине права. Фулерове критерије за унутрашњу моралност права Раз сасвим оправдано разумијева као формалне критерије, но и поред тога – Разово поимање владавине права се разликује од Фулеровог, јер је Фулер сматрао да је владавина права повезана са унутрашњом моралношћу права, док Раз владавину права сматра инхерентном праву као таквом, без обзира на саму моралност. Ипак, он наглашава да владавина права може служити моралу, иако сама владавина права не подразумева нужно и моралност правног поретка као цјелине (Раз 1979, 226). У том смислу наводи аргументе у корист концепта владавине помоћу закона, објашњавајући да владавина права као инхерентна врлина закона представља инструмент у рукама људи, па се као таква може употребљавати на различите начине јер је као таква морално неутрална.

12. БИНГАМ И СУПСТАНЦИЈАЛНА ДЕФИНИЦИЈА ВЛАДАВИНЕ ПРАВА

Том Бингам дефинише владавину права на сљедећи начин: мора постојати правна сигурност (закони морају бити јасни, предвидљиви, разумљиви те доступни јавности); правне спорове треба рјешавати на основу закона, а не на основу дискреционе воље појединца; мора постојати једнакост пред законом; државни службеници и друга лица с овлаштењем своје овласти требају користити у доброј вјери, не прелазећи постављена уставна и законска ограничења; поштивање људских права мора бити неупитно; држава мора на ефикасан и дјелотворан начин рјешавати правне спорове између субјеката права, уз неизоставно право на правично суђење (Bingham 2011, 37–110). Тешко је у једној дефиницији обухватити све елементе владавине права, те Бингам, по узору на Хајека, нуди једну свеобухватну дефиницију владавине права. Евидентно, Бингамова дефиниција владавине права садржи и елементе правне сигурности, сврсисходности и праведности оличене у поштивању људских права јер, како наводи Хасанбеговић (2021, 174) „(...) модерно схватање правде није више аристотеловски апстрактно, тј. садржински неодређено. Њега битно одређују људска

права, или права човека, како су се она у почетку називала. Из садашњег угла посматрано, из ХХИ века уназад, модерно поимање правде може се јасно реконструисати, па се лако увиђа да се у модерно доба праведним сматра оно – било устав, било закон, било пресуда, било понашање – што је у складу с правима човека, касније названим људским правима“. Праведност, тј. људска права су камен спотицања за унифицирано дефинисање владавине права (види Bingham 2011, 66–85). Али управо су људска права есенцијални елемент владавине права, који у савременом контексту раздваја владавину права од владавине помоћу закона, или другачије казано – *thick* од *thin* начина дефинисања владавине права. Савремено дефинисање владавине права садржи сва три Радбрухова елемента идеје права – од правне сигурности, преко сврсисходности, све до саме праведности, и то као *conditio sine qua non* одређивања тог појма, а концепт који изоставља принцип праведности, тј. људских права, представља концепт владавине помоћу закона. Такав концепт успијева фасадно приказати правну сигурност и сврсисходност, док је концепт људских права изостављен или само декларативно постављен.

13. ЗАКЉУЧАК

Тема дискурса о концепту владавине права никада није било питање да ли треба да владају закони већ какви закони требају владати. На почетку, Платон и Аристотел су истицали да треба да владају праведни закони, дефинишући правду на позитивистички начин, и то као досљедно провођење закона. Цицерон и Аквински су сматрали да позитивно право мора бити у складу с природним правом, али њихове тежње ће се остварити тек Радбруховим концептом „законског неправда“. Хобс (слично као Аристотел) дефинише праведност на позитивистички начин, док је Лок сматрао како је задатак државе да заштити природна права човјека и да се владавина права може остварити само док постоји супремација парламента. Дајси (слично као Лок) наставља наратив о парламентарној суверености као услову за постојање владавине права, али такођер први даје елементе владавине права. С друге стране, Келзен наставља наратив правног позитивизма, при томе постављајући институционалне претпоставке за остварење владавине права. Он није сматрао да парламент треба бити суверен, штавише, сматрао је да демократску већину (парламент) треба ограничити уставом. Ипак, за Келзена правда остаје један „позитивизиран“ појам, до којег се долази досљедном примјеном закона. Тек Радбрух, у одређеном смислу, доноси својеврсну „револуцију“ у разумијевању односа правне сигурности и праведности, стављајући праведност испред правне сигурности, али

при томе, што је још битније, дефинишући праведност као поштивање људских права. На тај начин је омогућио да се праведност као принцип одвоји од правне сигурности и постане јој надређена, што је оживотворило идеју Цицерона и Аквинског да природна права буду надређена позитивном праву, притом не занемарујући чињеницу да владавина права може опстати само ако постоји правна сигурност, тј. ако закони постоје као позитивноправни. Хајек, на концу, још свеобухватније од Дајсија дефинише владавину права, али се и његова дефиниција, као и савремена Бингамова дефиниција владавине права, генерално гледано, темељи на три Радбрухова елемента идеје права: праведности, правној сигурности и правној сврсисходности. Наравно, Фулерово „морално“ гледиште о владавини права, и Разово разумијевање тих гледишта као формалних претпоставки за остварење владавине права представљају значај допринос савременом разумијевању владавине права, нарочито из формалног угла дефинисања владавине права.

Према томе, основни елемент владавине права је праведност, односно савременим рјечником казано – људска права – што не искључује правну сигурност и правну сврсисходност. Државе се више не могу позивати да остварују принцип владавине права без поштивања људских права јер то, савременим рјечником казано, представља пуку владавину помоћу закона. Ова теза није прихваћена од свих савремених теоретичара владавине права, као нити сама подјела на владавину права и на владавину помоћу закона.³⁰ Поставља се питање, шта ако држава поштује људска права, али не постоји правна сигурност? Таква ситуација практично није могућа, с обзиром на чињеницу да, како би се људска права као таква поштивала – држава мора имати снагу да властите законе примјењује јер, у супротном људска права остају на нивоу декларативних принципа. А у анархији се, потпуно јасно, људска права не могу никоме гарантовати. Такођер, државе се данас не могу позивати на чињеницу да поштују властите устав и да на тај начин у цјелини остварују принцип владавине права јер такви уставни могу у потпуно негирати људска права, па стога данас државе осим властитих устава морају поштивати и међународне стандарде када су у питању људска права и слободе, а који представљају критерије да би се одредило да ли

³⁰ О томе погледати у: Waldron (2015); (1989). Тако Џереми Волдрон (Jeremy Waldron) сматра да подјела на владавину права и владавину помоћу закона није потребна (2021, 97). Брајан Таманаха (Brian Tamanaha) наглашава да принцип владавине помоћу закона више повезан с легалношћу него владавина права (2004, 96). Такођер, о ставовима истог аутора о опасности за владавину права која долази од преекстензивног приступа приликом тумачења правних норми од стране судске власти погледати у: (Tamanaha 2006, 244).

је нека држава праведна или не. У контексту владавине права, дискурс који се водио од античких времена до позитивистичке праведности довео је до праведности која је изједначена с природним правима човјека – људским правима. Стога, правни позитивизам данас, у том контексту, подразумева поштивање људских права јер људска права (како је раније наведено) представљају не само природна права човјека већ и позитивна права. Слиједом тога, данас не постоји сметња да правни позитивизам не подржи модерни концепт владавине права, који унутар себе укључује људска права јер данас људска права представљају позитивна права човјека. Савремено разумијевање владавине права нам говори да је владавина права без досљедног поштивања људских права и слобода, само пука владавина помоћу закона, те да се истинска владавина права може остварити само уз пуно поштивање људских права – не изостављајући елементе правне сигурности и сврсисходности. Битно је напоменути да овако исказана гледишта савременог концепта владавине права представљају субјективна гледишта, уз пуно разумијевање да постоје и другачији погледи на сам концепт владавине права, као што је и приказано у самом тексту.

ЛИТЕРАТУРА

- [1] Akvinski, Toma. 1990. *Država*. Zagreb: Globus.
- [2] Аристотел. 1984. *Политика*. Београд: Београдски издавачко-графички завод.
- [3] Bačić, Arsen. 3/1987. John Locke i njegov doprinos učenju o podjeli vlasti. *Politička misao* 24: 98–108.
- [4] Bakšić–Muftić, Jasna. 2002. *Sistem ljudskih prava*. Sarajevo: Magistrat.
- [5] Balasubramaniam, R. Rueban. 2008. Indefinite detention: rule by law or rule of law?. 118–142. *Emergencies and the Limits of Legality*, ed. Victor V. Ramraj. Cambridge: Cambridge University Press.
- [6] Banović, Damir. 2019. Razumijevanje i neki problemi koncepta pravne validnosti i pravne efikasnosti u pozitivnopravnim i sociološkopravnim teorijama. *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu* 62: 13–32.
- [7] Bates, Clifford Angell. 2003. *Aristotle's „Best Regime“: Kingship, Democracy, and the Rule of Law*. Baton Rouge: Louisiana State University Press.

- [8] Bates, Clifford Angell. 2013. Law and the Rule of Law and Its Place Relative to Politeia in Aristotle's Politics. 59–75. *Aristotle and The Philosophy of Law: Theory, Practice and Justice*, ed. Liesbeth Huppés-Cluysenaer, Nuno Coelho. Dordrecht: Springer, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice.
- [9] Bingham, Tom. 2011. *The Rule of Law*. London: Penguin Group.
- [10] Bix, Brian H. 2011. Radbruch's Formula and conceptual analysis. *The American Journal of Jurisprudence* 56: 45–57.
- [11] Bix, H. Brian. 2013. Radbruch's Formula, Conceptual Analysis, and the Rule of Law. 65–75. *Law, Liberty, and the Rule of Law*, ed. Imer B. Flores, Kenneth E. Himma. Dordrecht: Springer.
- [12] Bodenheimer, Edgar. 3/1950. The Natural-Law Doctrine Before the Tribunal of Science: A Reply To Hans Kelsen. *Western Political Quarterly* 3: 335–363.
- [13] Bongiovanni, Giorgio. 2007. Rechtsstaat and Constitutional Justice in Austria: Hans Kelsen's Contribution. 293–319. *The Rule of Law History, Theory and Criticism*, ed. Pietro Costa, Danilo Zolo. Dordrecht: Springer.
- [14] Borowski, Martin. 2021. Gustav Radbruch's Critique of Legal Positivism. 627–650. *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, ed. Torben Spaak, Patricia Mindus. Cambridge: Cambridge University Press.
- [15] Burge-Hendrix, Brian. 2013. Plato and the Rule of Law. 27–47. *Law, Liberty, and the Rule of Law*, ed. Imer B. Flores, Kenneth E. Himma. Dordrecht: Springer.
- [16] Cristi, F. R. 3/1984. Hayek and Schmitt on the Rule of Law. *Canadian Journal of Political Science* 17: 521–535.
- [17] Dyzenhaus, David. 2001. Hobbes and the Legitimacy of Law. *Law and Philosophy* 20: 461–498.
- [18] Dyzenhaus, David. 2021. Thomas Hobbes and the Rule by Law Tradition. 261–277. *The Cambridge Companion to the Rule of Law*, ed. Jens Meierhenrich, Martin Loughlin. Cambridge: Cambridge University Press.
- [19] Frank, Jill. 3/2005. Aristotle on the Rule of Law and the Rule of Men. *International Studies Review* 7: 508–512.
- [20] Frank, Jill. 1/2007. Aristotle on Constitutionalism and the Rule of Law. *Critical Modernities: Politics and Law Beyond the Liberal Imagination* 8: 39–50.

- [21] Hayek, A. Friedrich. [1960] 1998. *Poredak slobode*. Novi Sad: Global Book.
- [22] Fuller, L. Lon. 4/1958. Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart. *Harvard Law Review* 71: 630–672.
- [23] Fuller, L. Lon. 1960. Adjudication and the Rule of Law. *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting (1921–1969)* 54: 1–8.
- [24] Fuller, L. Lon. 1969. *The Morality of Law*. 2. ed. New Haven/London: Yale University Press.
- [25] Gosalbo-Bono, Ricardo. 2010. The Significance of the Rule of Law and its Implications for the European Union and the United States. *University of Pittsburgh Law Review* 72: 229–360.
- [26] Haldemann, Frank. 2/2005. Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: A Debate on Nazi Law. *Ratio Juris* 18: 162–178.
- [27] Hart, H. L. A. 4/1958. Positivism and the Separation of Law and Morals. *Harvard Law Review* 71: 593–629.
- [28] Хасанбеговић, Јасминка. 2021. *Ка филозофију права као филозофију људских права*. Београд: Досије студио.
- [29] Hobbes, Thomas. [1651] 2004. *Levijatan ili Građa, oblik i moć crkvene i građanske države*. Zagreb: Naklada Jesenski i Turk.
- [30] Hobbes, Thomas. [1651] 2018. *Leviathan*. New York: Dover Publications.
- [31] Јакопец, Петар. 3/2013. Филозофија политике Јохна Локеа у „Другој расправи о влади“. *Nova prisutnost* 11: 419–432.
- [32] Jenco, K. Leigh. 1/2010. „Rule by Man“ and „Rule by Law“ in Early Republican China: Contributions to a Theoretical Debate. *The Journal of Asian Studies* 69: 181–203.
- [33] Jenkins, David. 3/2011. The Lockean Constitution: Separation of Powers and the Limits of Prerogative. *McGill Law Journal* 56: 543–589.
- [34] Kelsen, Hans. [1934] 2012. *Čista teorija prava*. Zagreb: Naklada Breza.
- [35] Lalović, Dragutin. 1/2006. U Hobbesovoj zamci: pojam suverenosti?. *Politička misao* 43: 3–27.
- [36] Lanni, Adriaan. 2021. Classical Athens' Radical Democratic 'Rule of Law.' 25–38. *The Cambridge Companion to the Rule of Law*, ed. Jens Meierhenrich, Martin Loughlin. Cambridge: Cambridge University Press.

- [37] Leawoods, Heather. 2/2000. Gustav Radbruch: An Extraordinary Legal Philosopher. *Journal of Law and Policy* 489–515.
- [38] Lino, Dylan. 5/2018. The Rule of Law and the Rule of Empire: A.V. Dicey in Imperial Context. *The Modern Law Review* 81: 739–764.
- [39] Lisi, Francisco. 2013. Plato and the Rule of Law. *Methexis* 26: 83–102.
- [40] Locke, John. [1689] 1993. *Two Treatises of Government*. 2. ed. London: Orion Publishing Group.
- [41] Lukina, Anna. 4/2020. Opening the Pandora's Box: Kelsen and the Communist theory of law. *Jurisprudence* 11: 530–551.
- [42] Malcolm, Noel. 2016. Thomas Hobbes: Liberal illiberal. *Journal of the British Academy* 4: 113–136.
- [43] Mattie, Sean. 1/2005. Prerogative and the Rule of Law in John Locke and the Lincoln Presidency. *The Review of Politics* 67: 77–111.
- [44] Milić, Novica. 2020. *Politička naratologija: Ogled o demokratiji*. Novi Sad: Akademska knjiga.
- [45] Morrow, R. Gienn. 2/1941. Platon and the Rule of Law. *The Philosophical Review* 50: 105–126.
- [46] Moustafa, Tamir, Ginsburg, Tom. 2008. Introduction: The Functions of Courts in Authoritarian Politics. *Rule by law: the politics of courts in authoritarian regimes*, ed. Tom Ginsburg, Tamir Moustafa, New York: Cambridge University Press.
- [47] Nojman, Franc. [1986] 2002. *Vladavina prava: politička teorija i pravni sistem u modernom društvu*. Beograd: Filip Višnjić.
- [48] Paulson, Stanley L. 1995. Radbruch on unjust laws: Competing earlier and later views. *Oxford Journal of Legal Studies* 15: 489–500.
- [49] Pavlović, Vukašin. 1/2006. Značenje Hobbesova Levijatana za političku sociologiju. Hobbes kao univerzalni mislilac moderne politike. *Politička misao* 43: 59–78.
- [50] Platon. 1957. *Zakoni*. Zagreb: Kultura.
- [51] Platon. 2002. *Država*. 5. ed. Beograd: Beogradski izdavačko-grafički zavod.
- [52] Radbruch, Gustav. 2019. *Filozofija prava – Filozofija prava* [1932], 13–244; *Nacrt pogovora uz Filozofiju prava* [1947], 245–264; *Pet minuta filozofije prava* [1945], 265–266; *Zakonsko nepravo i iznadzakonsko pravo* [1946], 267–278. Zagreb: Naklada Breza.

- [53] Raz, Joseph. 1979. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. New York: Oxford University Press.
- [54] Raz, Joseph. 1980. *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System*. 2. ed. New York: Oxford University Press.
- [55] Raz, Joseph. 3/1990. The Politics of the Rule of Law. *Ratio Juris* 3: 331–339.
- [56] Raz, Joseph. 1/1993. On the Autonomy of Legal Reasoning. *Ratio Juris* 6: 1–15.
- [57] Ribarević, Luka. 1/2006. Prirodni zakoni u sjeni prirodnoga prava: dvije linije argumentacije u Levijatenu. *Politička misao* 43: 79–92.
- [58] Rundle, Kristen. 2021. *The Morality of the Rule of Law: Lon L. Fuller*. 186–201. *The Cambridge Companion to the Rule of Law*, ed. Jens Meierhenrich, Martin Loughlin. Cambridge: Cambridge University Press.
- [59] Sadurski, Wojciech. 2014. *Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*. 2. ed. Dordrecht: Springer.
- [60] Sørensen, D. Anders. 2018. Political Office and the Rule of Law in Plato's Statesman. *Polis* 35: 401–417.
- [61] Spaak, Torben. 2005. Kelsen and Hart on the Normativity of Law. 397–414. *Perspectives on Jurisprudence: Essays in Honour of Jes Bjarup*, ed. Peter Wahlgren. Stockholm: Stockholm Institute for Scandianvian Law.
- [62] Stone Sweet, Alec. 8/2003. Why Europe rejected American judicial review: and why it may not matter. *Michigan Law Review* 101: 2744–2780.
- [63] Svetlič, Rok. 1/2007. Ontološki uvjeti nastanka pravnog pozitivizma. *Filozofska istraživanja* 27: 113–125.
- [64] Tamanaha, Z. Brian. 2004. *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*. New York: Cambridge University Press.
- [65] Tamanaha, Z. Brian. 2006. *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law*. New York: Cambridge University Press.
- [66] Tan, Seow Hon. 2/2021. Radbruch's Formula Revisited: The Lex Injusta Non Est Lex Maxim in Constitutional Democracies. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 34: 461–491.
- [67] Tushnet, Mark. 2/2014. Rule by Law or Rule of Law?. *Asia Pacific Law Review* 22: 79–92.

- [68] Valter, Robert. 1999. *Teorija prava Hansa Kelzena*. Beograd: Dosije.
- [69] Vinx, Lars. 2007. *Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy*. Oxford: Oxford University Press.
- [70] Vorländer, Hans. 2012. *Ustav: Ideja i historija*. Sarajevo: University Press.
- [71] Waldron, Jeremy. 1/1989. The Rule of Law in Contemporary Liberal Theory. *Ratio Juris* 2: 79–96.
- [72] Waldron, Jeremy. 1/2015. Legislation and the Rule of Law. *Legisprudence* 1: 91–123.
- [73] Waldron, Jeremy. 1/2021. The rule of law and the role of courts. *Global Constitutionalism* 10: 91–105.
- [74] Walters, D. Mark. 2021. The Spirit of Legality: A. V. Dicey and the Rule of Law. 153–170. *The Cambridge Companion to the Rule of Law*, ed. Jens Meierhenrich, Martin Loughlin. Cambridge: Cambridge University Press.
- [75] Walters, Mark. 3/2010. Legality as Reason: Dicey, Rand, and the Rule of Law. *McGill Law Journal* 55: 563–586.
- [76] Williams, Juliet. 1/1997. On the road again: Hayek and the rule of law. *Critical Review* 11: 101–120.
- [77] Wolf, Erik. 1958. Revolution or Evolution in Gustav Radbruch's Legal Philosophy. *Natural Law Forum* 25: 1–23.

Benjamin NURKIĆ, LL.M

PhD candidate, University of Tuzla Faculty of Law, Bosnia and Herzegovina

Faris HASANOVIĆ, LL.M

PhD candidate and Teaching Assistant, University of Tuzla Faculty of Law, Bosnia and Herzegovina

**THE RULE OF LAW BETWEEN JUSTICE AND MERE LEGALITY
– A BRIEF OVERVIEW OF THE DEVELOPMENT OF DISCOURSE
IN THE CONCEPT OF THE RULE OF LAW**

Summary

The rule of law is one of the key concepts in the 21st century. The idea of the rule of law exists to the extent that there are reflections on the state and law, and a relationship between these two concepts. The aim of this paper is to show in one place the development of the idea of the rule of law through history. In this sense, the authors look at the thoughts of philosophers who have largely determined the direction of development of the idea of the rule of law. Of course, not all philosophers who have contemplated the rule of law are listed in the paper, but it nevertheless attempts to show in chronological order how the rule of law as an idea developed from Plato to its modern theorists.

Key words: *Rule of law. – Rule by law. – Justice. – Mere legality.*

Article history:

Received: 28. 3. 2022.

Accepted: 7. 9. 2022.

/ПРИКАЗИ

Boris BEGOVIĆ, PhD*

Sarotte, Mary Elise. 2021. *Not One Inch: America, Russia, and the Making of Post-Cold War Stalemate*. New Haven and London: Yale University Press, 550.

“In Victory – Magnanimity”.
Winston Spencer Churchill

There should be no second thoughts – Sarotte’s book is thoroughly researched, extremely well documented, rich in details, and thrillingly well written study of the first post-Cold War decade. A job very well done! It pushes the reader from one page to the next, from one event to the following one, from one explanation to its possible alternative. The reader feels just like reading an exceptional novel. The author’s crystal clear thinking has led to the crisp and clear sentences, unambiguous and well explained insights, making it easy for the reader to agree with them or not. And, with all these qualities, perhaps the biggest value of the book is that it provides the reader abundant food for thought about post-Cold War international relations, about NATO expansion, so the reader is equipped to search for their own conclusions, especially about post-2000 developments, those not covered in the book – including Russia’s invasion of Ukraine in 2022, which is entering its seventh month at the time of this review going to press.

* Professor (retired), University of Belgrade Faculty of Law, Serbia, begovic@ius.bg.ac.rs.

The aim of this review is to provide sufficient evidence to support these assertions and some examples of the reader's insights based on the food for thought provided in this book. This can start in earnest with the title of the book: *Not One Inch*. After all, perhaps it was *one inch* that changed history. Or wasn't it? Who should be blamed for that very inch? Or is it just a propaganda framed question, not a proper historiographic one? Perhaps a clue to the answer to the last dilemma should be found in the speeches of the relevant incumbent officials.

In his annual end-of-year press conference in Moscow in December 2021, which in hindsight is evidently the first propaganda artillery salvo in preparation for the invasion of Ukraine, Russian President Vladimir Putin accused NATO of deceiving Russia by giving assurances in the 1990s that it would not expand "an inch to the East". "They cheated us – vehemently, blatantly. NATO is expanding," he said. He cited former US Secretary of State James Baker as Exhibit One in his case and quoted a remark Baker made to former President of the Soviet Union Mikhail Gorbachev in 1990, saying, "NATO will not move one inch further East." The incumbent Russian leader has made the claim frequently about violation of the Western countries solemn pledge not to expand their alliance. The claim has figured prominently as an important component in the Putin foreign policy narrative that presents Russia as the victim and aggrieved party. After Russia's annexation of Crimea in 2014, Putin accused Western leaders of having "lied to us many times, made decisions behind our backs, placed before us an accomplished fact. This happened with NATO's expansion to the East". In a speech at the Munich Security Conference in 2007, which some observers consider to be the end of Russia's goodwill for partnership with the West, he asked: "What happened to the assurances our Western partners made after the dissolution of the Warsaw Pact?"¹ That inch is obviously very important not only in the Russian official narrative regarding the invasion of Ukraine, but generally in the country's foreign and security policy.

At the very beginning of the book the author confirms that this very inch existed – it is in the title of the book with good reason. As in every good historiography book, Sarotte's voluminous study starts with the facts and context of that very inch, a leading motif of the book. On 9 February 1990, about three months after the fall of the Berlin Wall, US Secretary of State James Baker was talking with USSR President Mikhail Gorbachev about the unification of Germany, being aware that, due to the Soviet victory over the Nazi Germany in World War II, decades later Moscow still had hundreds of thousands of troops in East Germany and the legal right to keep them there

¹ All quotations from Putin's speeches are according to Dettmer (2022).

indefinitely. “To convince Gorbachev to relinquish this military and legal might, Baker uttered the words as a hypothetical bargain: what if you let your part of Germany go, and we agree that NATO will ‘not shift one inch eastward from its present position?’” (p. 1). Hence, “one inch” was spelled out indeed – it was about the unification of Germany – but it was definitely not a promise, let alone a pledge.²

Nonetheless, Sarotte’s book is not about one sentence, not about one ostensible pledge and its perception, but rather about the reconfiguration of the world after the fall of communism, the crumbling of the Soviet empire in Eastern Europe and the collapse of the Soviet Union, focused on strategic security issues. “This book uses the fight over NATO expansion as its through line. It tells the story not of the alliance itself but of the strategic choices that American and Russian leaders made during their decade-long conflict over the start of its enlargement to Central and Eastern Europe, and of the cumulative weight of those choices on today’s world” (p. 2). Although Sarotte’s book directly explores only the first decade of post-Cold War relations between the West and the East – the period analysed in the book ends with 2000, the year of political demise of Boris Yeltsin and the political advent of Vladimir Putin – the book provides grounds for the reader to consider the post-2000 developments, including further NATO expansion to the East – those that for the time being, have led to all hell breaking loose in Ukraine and no cooperation whatsoever between the West and Russia, but rather hostility.

This book is about strategic trade-offs. On the Western/American side, the main dilemma was about the stance towards the former Cold War adversary – Russia, as the successor, by all means, of the Soviet Union. What should have been the policy priority: security cooperation with Russia or providing firm security for new democracies established on the ruins of the Soviet empire? By choosing NATO expansion to the East, the new democracies proved to be the priority for the US. Nonetheless, “This tougher attitude achieved results, but it obscured options that might have sustained cooperation, decreased chances of US-Russian conflict reoccurring, and served Washington’s interests better in the longer term” (p. 3). What happened was not inevitable; it was a choice, first and foremost the choice of the US political elite. “Instead of incremental accession by a large number of states, they had the alliance extend the full weight of the Article 5 guarantee to a small number of states” (p. 5). And every political decision has its own opportunity costs. The author

² The record of conversation on that meeting as well as records and notes other relevant meetings dealing with the NATO expansion are available at: <https://nsarchive.gwu.edu/briefing-book/russia-programs/2017-12-12/nato-expansion-what-gorbachev-heard-western-leaders-early> (last visited 31 July, 2022).

points out two of them. The first one is path-dependency as “American options for managing post–Cold War contingency—namely, through the creation of a variety of relationships with such states, most notably with Georgia and Ukraine—became dramatically more limited just as Putin was rising within the ranks in Russia” (p. 5). The other one is, as pointed out George Kennan, the former US ambassador to Moscow, who in the 1940s had conceived the American strategy of containment, that “post–Cold War NATO expansion tipped the balance too far away from protecting newfound cooperation with Moscow” (p. 6).³

The main hypothesis of the book is that “NATO enlargement did not, by itself, cause the deterioration of US-Russian relations. Major events happen for multiple reasons; history is rarely, if ever, monocausal. American and Russian choices interacted with each other, cumulatively over time, and with each country’s domestic politics, to produce the decay” (p. 8). The decay went much further since the book went to print in 2021.

Part One of the book (“Harvest and the Storm”) covers the years 1989–92 and opens with the fall of the Berlin Wall and new democracies ascending, to the joy of most of the (western) world but, according to the author, “to the horror of Putin and Soviet leaders who believe their victory in World War II earned them the lasting right to dominate Central and Eastern Europe” (p. 13). The origin of the title of this part of the book is a metaphor that Helmut Kohl, the West German chancellor at the time, consistently used to advise his fellow Western leaders how to respond: get the harvest in before the coming storm. The West must rush in 1990 to secure the gains of its Cold War success before hardliners in Moscow mount a resistance to Gorbachev. Although Kohl was primarily, if not solely concerned with the unification of Germany, the early period after the collapse of the Berlin Wall was the period of the West’s rush to get as much as possible of the political spoils of the Cold War victory. At the end of period covered in this first part of the book, the Soviet Union was no more, and the George Bush Senior’s administration was out of office.

There is no doubt that the fall of the Berlin Wall was a tectonic change in modern history. As the author points out it “signaled the end of the Cold War order and the beginning of another, as yet unknown; everything, including NATO’s future, was on the table. Moscow could demand that Germany pull out of NATO in exchange for Soviet approval of its reunification, a presumably fatal development for an alliance that had been a prominent landmark of the transatlantic world for forty years” (p. 20).

³ This is a crucial sentence from Kennan (1997) quoted in the book.

The first issue in establishing a new order in chaotic time was the unification of Germany – the most important country in Central Europe for many, not only historical reasons. As well documented in the book, there were three major players. The first one was the US government, which had a clear goal: to maintain NATO in Europe and, in that way, to preserve the US' leading role in Europe's security; specifically to secure NATO's future in a united Germany by extending Article 5 to the country's new eastern territory. The other player was Germany itself, with unquestionable political strength and determination for the unification, whatever the cost may be. The third player was the Soviet Union with its political elite in quite defensive mode, aware that the foundations of its reign was crumbling, and without any clear idea or aim, save the self-serving goal of survival, but with great leverage due to the deployment of Soviet troops in East Germany since the end of Second World War. As the author pointed out "Gorbachev himself apparently did not yet know what he wanted, and both Bonn and Washington noticed this indecisiveness" (p. 45). Nonetheless, for the Soviet establishment it was obvious that the unification of Germany was inevitable. It was the head of the KGB, Vladimir Kryuchkov, with impeccable hardliner credentials, who pointed out at the time that "it is necessary to train our people gradually to accept the reunification of Germany" (p. 46).

Considering this constellation, Sarotte points out, the US government feared that the US and German goals were separable. "There existed realistic scenarios under which the [German] chancellor could cut a deal with Moscow to achieve German unification at the cost of NATO expansion beyond the Cold War line, or even of NATO membership altogether. Kohl and Gorbachev could reshape political order in Europe without having any Americans in the room" (p. 44). According to the author, it was the US National Security Advisor at the time, Brent Scowcroft, who later admitted that his nightmare was Gorbachev making Kohl an offer that the German could not refuse: "an offer for German reunification in exchange for neutrality" (p. 44).

With the German political elite ready to accept anything (in terms of international relations) in exchange for the unification, with the political elite of the Great Powers from Western Europe being without clear ideas, with the exception of the traditional British concerns about a strong unified Germany, and the French rather nebulous and entirely undeveloped ideas of a brand new pan-European security system (a sad echo of Charles de Gaulle ideas), with the Soviet political elite without a clear aim, though with a substantial leverage, the author demonstrates that the crucial actor was US President George H. W. Bush, whose response to the idea that Moscow might decide Germany's relationship with NATO was unequivocal and spoken

with Texan sophistication: “To hell with that!” (p. 43). According to the US President, a hard line was necessary because “we prevailed and they didn’t. We can’t let the Soviets clutch victory from the jaws of defeat” (p. 73).

Nonetheless, Sarotte demonstrates that it was not the determination of the US president that was decisive, but something else – the economic collapse of Soviet Union. After all, “It is the economy, stupid”. Hence, the Soviet leadership was in the humiliating position to ask the West for financial assistance. It was Germany that stepped in, providing concessionary loans and grants, gaining diplomatic leverage in return. The frenetic diplomatic manoeuvring, with Germany leaders doing the work for the US establishment, made that a format two plus four for negotiations (two German states and four victorious powers that divided Germany in 1945) was established and an agreement was reached. According to the author, it was the West Germany government that bought off Soviets for security concessions suitable for Americans. “Using Kohl’s ‘deep pockets’, they would take advantage of the Soviets’ economic weakness and make financial and economic incentives, not security concessions, the core of their strategy” (p. 74).

On 12 September 1990 the Treaty on the final settlement with respect to Germany was signed in Moscow by the ministers of foreign affairs of the six (two plus four) countries, including the Soviet Union.⁴ Not only that, according to the Treaty, Germany was to be united, but the country would be free joint and/or remain in any alliance it wished to, meaning that the united Germany would be in NATO (effectively Article 5, para 3 of the Treaty) – it was about to become a sovereign country without the restrictions introduced after 1945 – and Soviet troops were about to leave (East) Germany for good, by the end of 1994.⁵ The Second World War was finally over.

Accordingly, the reader concludes, NATO moved to the East – not one inch, but hundreds of kilometres, up to the border with Poland, with the explicit consent of the Soviet Union government, both executive and legislative, as the Treaty was ratified in the national parliament. So, about seven month after the hypothetical question about one inch, which one could have perceived as a pledge or understand as a promise, it was crystal clear that this was neither a pledge nor a promise, that NATO had expanded to the East and that the Soviet government had endorsed it in writing. The incumbent

⁴ Available at: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201696/volume-1696-I-29226-English.pdf> (last visited 31 July, 2022).

⁵ There was around 380,000 Soviet troops with all military hardware located in the East Germany at the time of the signing of the Treaty.

Russian political elite and its fans in Russia and other countries may in hindsight regret this development, lament over the political decisions of the Soviet government at the time, but this book made it clear that it had nothing to do with ostensibly broken promises and unfulfilled pledges. This is not to say that the NATO expansion to the East was not one of the main (if not the main), although definitely not only cause of deterioration of the US-Russian relations, leading to the 2022 war in Ukraine, as demonstrated by Mearsheimer (2022), but just to assert that the “not one inch” broken pledge thesis is hardly anything other than a Kremlin’s propaganda gimmick – definitely not grounds for serious debate.

Sarotte demonstrates that the August 1991 failed *coup d’état* by Soviet hardliners was a watershed development.⁶ “Shock waves from the failed putsch rippled across the region. They fatally undermined Mitterrand’s attempt to create some kind of a pan-European confederation; Moscow now seemed less like a desirable partner and more like an unstable danger” (p. 119). Furthermore, it was not only the stability of the Soviet Union as a trustworthy partner that was in question, but, according to author, the putsch provided a boost for the secessionist movements of the Soviet republics, primarily the Baltic and Caucasian republics, and Ukraine. Perhaps the crucial development, Sarotte concludes, was a power struggle between Gorbachev and Boris Yeltsin, president of Russia, and the author refers to Brent Scowcroft, former US National Security Adviser, who believed that the Soviet Union was disintegrating, “almost completely because it was the way Yeltsin could get rid of Gorbachev – by making the latter man into the leader of a political entity that no longer existed” (p. 124). The Soviet Union was no longer sustainable. And the author rightly points out that at the time the Soviet collapse was expanding NATO’s opportunities.

The final blow to the Soviet Union, the author points out, was dealt by Yeltsin who decided he needed to get far away from Moscow and Gorbachev. Yeltsin, Ukraine leader Leonid Kravchuk, and Belarus leader Stanislav Shushkevich (the three Slavic leaders with nuclear weapons on their territories) took advantage of a previously scheduled visit by Yeltsin to Belarus to retreat to Viskuli, a hunting estate in the Belavezha forest near the

⁶ Some people joined the putsch due to their disappointment and idealism, like Marshal Sergei Akhromeyev, a Second World War hero and chief of the Soviet General Staff at the time. He committed suicide after the putsch failed, leaving a note saying, “I cannot live when my fatherland is perishing and everything that I believe to be the meaning of life is being destroyed” (p. 119). The head of the KGB, Vladimir Kryuchkov, a chief organiser of the coup, did not follow his example.

Polish border, in early December 1991, and to reach an accord that dissolved the Soviet Union.⁷ Yeltsin had decided to map out the future only with them, excluding other republics and the Soviet leader. The political elites of the other republics decided to accept that future. Gorbachev had no choice.

With the demise of Soviet Union to the “dustbin of history”, to use the expression of one of its founding fathers, the US administration’s main concern was control of the nuclear arsenal, now located in four independent states (Russia, Ukraine, Belarus, and Kazakhstan). The US goals were clear: to get the nuclear-armed republics to renounce independent command authority and to commit either to disabling weapons or transferring them to Russia for destruction. Hence, the concept was that only Russia, as a successor state of the Soviet Union, should remain a nuclear power, and replace the Soviet Union as the permanent member of the UN Security Council. Hence, the first priority for the US administration in the aftermath of the Soviet Union collapse, according to the author, was to ensure the transfers of nuclear arsenal from the three countries to Russia and enforcement of the START-II accord on reduction of nuclear capacities of both the USA and Russia, rather than expansion of NATO to Eastern Europe. The sudden death of the Soviet Union turned the tables and produced other US priorities in international relations.

If there is politically tragic person during this era it is undoubtedly Mikhail Gorbachev, the last president of the Soviet Union. The author, with substantial justification, believes that he should be blamed for it, as “Gorbachev, an idealistic visionary, was undone by the overwhelming failures of the Soviet system and his own ineptitude as a leader and negotiator. He could not weather the political storm of 1991” (p. 144). A year later, his US counterpart was removed from office, as George H.W. Bush was voted out of the White House. The time had come for new *dramatis personae* – Bill and Boris.

Part Two of the book (“Clearing”), focused on the 1993–94 period, explores the clearing in US-Russian relations after the storm in Moscow and the potential that it revealed. Despite the upheaval in Moscow, the author points out, reactionaries did not regain control as Kohl had feared. Instead, remarkably, there was a precious second chance for the East-West cooperation. The period ends with, according to the author, Yeltsin’s tragic use of force against political opponents in Moscow and in the war in

⁷ Officially the accord is a set of agreements under title Agreements Establishing the Commonwealth of Independent States. Available at: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL\(1994\)054-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL(1994)054-e) (last visited 31 July, 2022).

Chechnya, the resurgence of the Republican Party, and skilled manoeuvring by insiders in Washington – all these developments cleared the way for NATO expansion to the East.

It was precisely during this period that the political stage was set for the expansion of NATO. The reader infers that there were three main players (nations or groups of nations) with a substantial number of actors with different scripts in the process. One player was Russia, at the time in deep turmoil, both economic and political, as it experienced three major transitions simultaneously: a political one, from authoritarian political institutions to a democracy; an economic one, from a command to a market-based economy; and one in the area of international relations, from superpower and empire to a country of shrunken postimperial frontier and at peace with its neighbours. Quite a demanding agenda!

There was one blow after other in all these areas, and all of them had implications on the Russia's relations with the West and further NATO expansion to the East. The first significant political crisis, points out the author, was Yeltsin's decision in September 1993 to disband the parliament and then to use military force against deputies, with tanks shelling the parliament house, killing 145 and wounded 800 not only unarmed civilians, but also fellow citizens. This was a domestic political success for Yeltsin, but "While successful in the short run domestically, his use of violence was a Pyrrhic victory abroad. It sent chills throughout Europe, particularly Germany" (p. 172). The caveat was clear: if Russian executive government is prepared to do this to its own citizens... Well, the reader makes out that September 1993, with Yeltsin showing an unexpected willingness to use violence to achieve political ends, demonstrated (it seems unintentionally) to all abroad that the "Russian bear" was still alive and well.

On 31 August 1994 Russian troops left Germany for good. Although this was envisaged four years earlier, by the Treaty on the final settlement with respect to Germany, significant Russian leverage in relation with the West was removed at that very moment. As Sarotte points out: "The farewell ceremony marked a humiliating low point in Russian foreign policy. The victory over the Nazis had been a central component of Soviet and Russian identity, politics, and life for decades. Now Moscow was having to beat what felt to Russians like an unworthy retreat." (p. 192). The humiliation was augmented by an inebriated Russian President who attended the ceremony and made a spectacle of himself.

The First Chechen War, which started at the end of November 1994, featured brutality that was supposed to offset the incompetence of the engaged Russian military forces, which was televised across the world and

inevitably, producing a bad image of Russia, and made an adverse impact on Russia's international relations. "The conflict also reduced Russia's ability to oppose NATO expansion because it seemed to prove that the states insisting Russia remained a military threat were right. Seeking allies to defend themselves against that threat suddenly seemed reasonable rather than paranoid" (p. 206).

The other main player in the process of NATO expansion were the nations of Eastern Europe that had escaped the Soviet empire and regained their substantive independence. The appalling experience of the Soviet rule and communism made that memory an unavoidable guidance for the new post-communist political elites in these countries. For them, the first best solution was full NATO membership, with security guarantees embedded in Article 5 of the Charter.⁸ According to the author, the two crucial countries and leaders for the process were Poland with Lech Wałęsa and the Czech Republic with Václav Havel. Both of them were dissidents-turned-presidents, with substantial moral credit internationally (somewhat boosted by the US media). It seems, according to the evidence provided in the book, that Wałęsa was more effective. With the support of the Catholic Church, with the straightforward approach – "we are all afraid of Russia" – of an electrician from Gdańsk (without the sophistication of a playwright), with his rude charm, and with a substantial US constituency of Polish origin, especially in the swing states – such an outcome was not a big surprise.

Nonetheless, Wałęsa was aware that NATO expansion would not sit well with Moscow. According to the author, "over dinner and drinks [...], Walesa fairly easily persuaded Yeltsin to go along with a statement indicating that Russia had no objection to Poland joining NATO. Yeltsin agreed to issue a remarkable declaration that Polish membership in NATO was not contrary to the interest of any state, also including Russia" (p. 164).⁹

The author provided ample evidence that it was not NATO that marched in Eastern Europe, like Red Army did in 1944–45, but it was the desire of these nations to obtain the Article 5 insurance policy against a repeat onslaught of

⁸ Although spelled out in sophisticated legal language, Article 5 effectively stipulates that an attack against one of the members is an attack against all of them. It is "all for one" rather than "one for all".

⁹ Perhaps, or at least it should not be ruled out, Yeltsin was rather drunk, but there was an important sideshow: "an implicit understanding that the Poles would not intervene in the Ukraine in any dispute involving Russia except in the event of a military attack." (p. 164–165). Poland has not broken this "understanding" for the time being: there has been no misunderstanding even with the ongoing Russia's military attack.

the Red or any Russian army of any colour on these territories that moved NATO to the East. It is Czech writer Milan Kundera who once defined a small nation as “one whose very existence may be put in question at any moment; a small nation can disappear, and it knows it”. The small nations in Eastern Europe realized at the end of 20th century that the best protection was to integrate themselves in the modern international structures. So, celebrations in the capitals of the new NATO members in 1999 were quite expected.¹⁰

The third and unquestionably the most important player in this game was the United States. The basic dilemma for the first Clinton administration was how to handle the question: should there be new frontiers? Should the priority of the US administration be long-term collaboration with Russia (at some inevitable costs) or providing security for the former communist, now democratic countries in Eastern Europe (at the costs of deteriorating relations with Russia)? From the other viewpoint, the same dilemma could be formulated as should a new security line be drawn, and if so – where should it be? Perhaps the most important framework question was: should Russia be considered a partner or an adversary? Friend or foe?

It was the US Department of Defence (civilians) and Pentagon (military) people who wanted partnership with Russia, i.e. not antagonising the country about NATO expanding to the East but creating an inclusive framework for security and military cooperation. According to Sarotte, they did not want new lines to be drawn, mainly because their priority was managing the aftermath of the Soviet Union nuclear arsenal and creating a viable structure that would enable the American military to be redeployed in other troublesome places on the planet. Accordingly, it was US Secretary of Defence William Perry and Chairman of the Joint Chief of Staff General John Shalikashvili who proposed the Partnership for Peace (PfP). This was inclusive and well-balanced concept that enabled all the nations in the East to move freely, depending on their political preference, within this framework and to select the speed of security and military adjustments. The author points out numerous virtues of the PfP, perhaps the most important one being that the Russian political elite liked it. President Yeltsin labeled it as “a brilliant idea, it is a stroke of genius”. With all these political advantages, President Clinton accepted the idea and its implementation started at earnest at the beginning of 1994.

¹⁰ There were simultaneous celebrations in Warsaw, Prague, and Budapest in March 1999 with magnificent fireworks, the festivities quite distinctive from many recurring fireworks of other sort over Belgrade, Serbia that started few weeks later, in the first NATO war operation in its history against a sovereign nation, conducted entirely outside of its jurisdiction.

Nonetheless, the author points out, there was strong opposition in the US administration to the PfP, from the people whose strategic vision was drawing a new line further to the East, entailing NATO Article 5 protection (from Russia) for selected, not all countries. Sarotte points out that Russia, naturally, was to be excluded from the club. In short, Russia was considered to be a foe, and arrangements would be made accordingly. After President Bill Clinton launched the PfP in January 1994, skilled bureaucratic in-fighters, like National Security Advisor Antony Lake and Assistant Secretary of State Richard “Bulldozer” Holbrooke, immediately, according to the author, mounted an extended attack, with generous support from the US Ambassador to the UN Madeleine Albright. With the 1994 mid-term elections being a disaster for the Democratic Party, signalling that public opinion was much more pro-Republican than expected, President Clinton changed his view, sinking the idea he advocated earlier (PfP) for NATO expansion to the East.

In September 1994, when Clinton already had made up his mind to expand NATO, he told Yeltsin that there “will be an expansion of NATO... we’re going to move forward on this.” (p. 197). Trying, the author points out, to bring everyone along, he reportedly softened the blow by reassuring Yeltsin “that there were three ‘nos’ in place: no surprises, no hurry, and no exclusion of any state from the expanded alliance” (p. 197). Yeltsin did not erupt in response, but obviously remembered the pledge very well. The 1994 pledge wasn’t about not expanding NATO to the East; it was about how NATO would expand to the East.

Nonetheless, out of the blue, at the NATO ministerial meeting on 1 December 1994, at which Russia was to sign accession to the PfP, a press release was issued that “we expect and would welcome NATO enlargement that would reach to democratic states to our East.” (p. 201). It was humiliating for Russia, as its president learned about it from media reports. Sarotte points out that “Yeltsin now felt angry and cheated. Despite Clinton’s promise of three ‘nos’—no surprises, no hurry, and no exclusion—he now faced all of them. He decided Russia would not sign the detailed PfP accords after all” (p. 202). This was the pledge that was broken – not the ostensible “not one inch”. The momentum of US-Russia collaboration was lost. Irretrievably, the reader would add, in hindsight.

On January 13, 1995, Clinton gave a speech at a conference in Cleveland on trade and investment in Central and Eastern Europe, during which he described NATO expansion as “inevitable” (p. 208). In politics something is “inevitable” only if a firm political decision has been made. This was the end of any hope for a balanced solution, one that would take care of the security concerns of both the Eastern Europe countries and Russia.

Part Three of the book (“Frost”), chronicles the 1995–99 period, during which the Clinton administration took a more aggressive stance on NATO expansion, with the first three new members from Eastern Europe being included under the umbrella of Article 5 of the NATO Charter and with the disagreements with Russia over NATO military action in Kosovo. The author points out that at the end of this period, “with both Moscow and Washington having failed to create lasting cooperation in the thaw after the Cold War, the Russian forces of reaction that Kohl had feared back in 1990 win out after all” (p. 14). The advent of Vladimir Putin was a landmark political development, although it did come out of the blue.

Compared to the previous two periods, this period, although longer, was not as eventful – at least not in diplomatic terms. The US administration decision to expand NATO was made in the previous period, so it was only, according to the author, that two questions needed to be answered: when and how? As to “when”, the answer was straightforward – after the 1996 presidential elections in both the USA and Russia, which both incumbents eventually won. As to “how”, the question was twofold: which countries should be invited to join NATO and what would be Russia’s role in this? The US administration’s decision was to invite only three countries to join the NATO in the first bout of expansion and to signal that the doors will be kept open for the others. As to Russia’s role, the US answer was – none. Of course, there was a PR demonstration of cooperation between NATO and Russia, like the high-profile signing of the Founding Act on Mutual Relations, Cooperation and Security between NATO and the Russian Federation, but the document was, as author demonstrated, more about principles than about well-specified rights and obligations of the signatories – it was far more declaratory than binding, but it created the illusion that Russia was onboard.

Although President Clinton’s concept was to buy-out the Russian political elite once again – with G7 membership making it the G8 from that moment on, accession to the OECD, WTO and the Paris Club – dark clouds gathered in Moscow regarding collaboration with the West. Kozyrev was out and the new foreign minister was Yevgeny Primakov, an old-school apparatchik and a KGB breed of official. The change was noticeable immediately, as pointed out by Strobe Talbott, a leading State Department officials during this period,¹¹

¹¹ With President Clinton being a lame duck because he was completely preoccupied with the Lewinski scandal and its political outcome, key persons for dealing with NATO expansion Russia during this period were Albright and Talbott, a close friend of Clinton’s from their days at Oxford, both ardent supporters of NATO expansion to the East.

as he found Primakov “to be a true believer in ‘Lenin’s maxim that all history can be explained by answering one question, imaginatively translated by Talbott as ‘who kills/beats/screws whom?’” (p. 250).¹²

Primakov was trying to minimise the impact of the now unstoppable expansion of NATO to the East by proposing various restriction regrading further NATO expansion and deployment of personnel and military hardware in soon-to-be new NATO members (Poland, the Czech Republic, and Hungary) but all proposals were rejected by the US administration. Russia was in the midst of the 1998 financial crisis and needed financial support, and this was the leverage used for the unconditional NATO expansion. It was, as the author points out, “‘not one inch’ was gaining a new meaning: not one inch was off-limits to the alliance” (p. 261).

The Kosovo War was a shock for the Russian political elite. Sarotte emphasis that “Yeltsin and his advisors were horrified not only that NATO would take the unprecedented step of bypassing the UN Security Council in order to bomb a country but that it would do so for reasons unrelated to either Article 5 or aggression against another state. Instead, unbelievably in his view, the alliance was taking this dramatic step simply because of actions inside a country’s own borders. Coming at the same time as the implementation of enlargement, it seemed to prove irrefutably that the claim NATO expansion would bring peace to Europe had been pure deceit. As one US diplomat put it, ‘Yeltsin’s critics warned him: Belgrade today, Moscow tomorrow!’” (p. 316). Of course, the reader concludes, it was Chechnya that was on the mind of the Russian political elite. Not only Chechnya, but it was definitely high on the list. Nonetheless, it was the end of benevolent attitude of the Russian political elite towards the West.¹³

Meanwhile, on the home front President Yeltsin suffered not only from bad health but also from involvement in the largescale corruption, effectively as part of “the Family”, a crime organisation run by his daughter Tatyana and her soon-to-be third husband, the author explains. They all felt under siege because Russia’s chief prosecutor, Yuri Skuratov, was looking into presidential largescale corruption. Hence, President Yeltsin needed someone

¹² The cynical reader would comment that not only the translation is imaginative, but it is also even creative. What a pity that Talbott did not realise that his deeds related to the relentless expansion of NATO to the East – regardless of Russia’s interest – fit perfectly into ostensibly Lenin’s maxim.

¹³ One of the early reformers from the start of Yeltsin’s tenure, Yegor Gaidar, a private citizen at the time, contacted Talbott with a lament: “if only you knew what a disaster this war is for those of us in Russia who want for our country what you want” (p. 319).

who would fix all these troubles. He found the man, the head of the FBS – the successor organization to the KGB – and he got the job done, very well done. His name was – Vladimir Putin. The rest is history.

In the final chapter of the book, Sarotte points out (before Russia's invasion of Ukraine) that "American and Russian choices, in a series of cumulative interactions, had [...] yielded [...] a post-Cold War order that looked much like its Cold War predecessor, but with a more easterly European dividing line" (p. 339). Without disputing the claim, the reader can be somewhat disappointed in such an outcome.

The author asks and answers the critical question: in hindsight (the one before Russia's invasion of Ukraine, as such was the timing of the publication of the book), was NATO expansion a bad idea? Any serious response to the question, specifies the author, demands another: bad for whom? "The Central and Eastern European countries that pushed hard to join had a right to choose their alliances, and were rightly thrilled when they succeeded in joining NATO as full members, protected by Article 5 from the start" (p. 348). In hindsight (before Russia's invasion of Ukraine), NATO membership had been good for them. Nonetheless, the author points out that "Ukraine was left in the lurch, as were some other post-Soviet republics" (p. 348–349).

The other question is: was it bad for the United States? The author does not provide an unequivocal answer to that question, although the book provides ample evidence regarding superior policies from a US point of view, such as PfP and the partnership with Russia regarding nuclear armament control and reduction. The most direct answer to this question is a quotation: "As the historian Odd Arne Westad wrote in 2017, it is 'clear that the West should have dealt with post-Cold War Russia better than it did,' not least because 'Russia would under all circumstances remain a crucial state in any international system because of its sheer size'" (p. 350). The reader infers that the author's position is that NATO expansion to the East was not so good for the United States and that superior policies were available. After all, Churchill did not recommend magnanimity in victory for nothing.

Interestingly enough, the book does not include the question: was it bad for Russia? But the book provided ample evidence, enough food for thought in this respect – enough for a few insights for the reader. The NATO expansion to the East undermined the position of liberal and democratic political stakeholders and was not beneficial for their efforts to transform Russia into a liberal society and free-market economy. On the contrary, NATO expansion provided wind in the sails of hardliners, who had believed in an authoritarian political order (with them in the office, of course) and tycoon

infested crony capitalism, with multiple exchanges between the political and business elites. And that very expansion created the perception in Russia of an external threat, which in turn helped authoritarian-prone political actors to be more effective in their impact on day-to-day political life in Russia, especially in defining the political agenda. In short, the reader concludes that NATO expansion had an impact on Russia – it contributed that Russia today being worse country than it could have been. The historical responsibility for Russia being what it is today is not only on one side.

Perhaps, at the end of the review, the reader should share just a few additional takeaways from the book. The first one is that for a long time there was nothing akin to the monolith American policy towards NATO expansion to the East, but only ups and downs of the concepts and their political success. The PfP concept was reasonable; it was a sound compromise and acceptable to the Russian side, but then due to the political dynamics in Washington, the other political notion ultimately prevailed. Those who advocated different concepts did so for some specific even pragmatic reasons, for their ideology and political and individual interests, not solely because they believed in the ideas they were pursuing and advocating. These insights are to some extent along the lines of the political economy of international relations. Only somewhat, because what was predominant was the battle of ideas, the battle of interests was only secondary.¹⁴

Nonetheless, it is instructive that when the firm attitude of the US political elite towards NATO expansion to the East was established, there was effectively no deviation from it anymore.¹⁵ Perhaps, the reader infers, demonstrating credibility was a paramount for these US administrations – even if the policy is wrong, it should not be publicly admitted; let us

¹⁴ This was not the case with the US engagement in Afghanistan, featuring not only the lack of a clear goal of the intervention and incompetence, but also substantial private interests conflicting with each other, influencing political decision regarding the aims of the involvement and, especially, the methods for accomplish those aims. Recently published documents about the American involvement in Afghanistan (Whitlock 2021) demonstrate vividly the political economy of that involvement, with corporate interests influencing quite inconsistent and shifting political goal.

¹⁵ Since the book covers the period up to 2000, the reader lacks information about internal debates in the US administrations after that period, if any, but from the decisions of the subsequent administrations, it seems that there was hardly any hesitations about it. Possibly with the exception of the Donald Trump administration, but that administration is an aberration one way or the other.

continue to apply it to demonstrated to the world that we are consistent in policy making and credible in its implementation. In short, to uphold the reputation of the United States.¹⁶

The other observation of the reader, on the margins of the book, is that the NATO expansion to the East did not happen in a Yalta-style framework, with the great powers unmitigatedly deciding about everything. Important players included countries in Eastern Europe just emerging out from the Soviet empire and with determined leaders with substantial moral credit. The world was quite different in 1990s compared to in 1945. In the 1990s, it was not only sheer military power and prowess that counted. Hence the rhetoric question, attributed to Stalin as a reply to US President Roosevelt at Yalta – “The Pope, the Pope? How many divisions does he have in battle?” – was irrelevant in the 1980s and 1990s. At that time the Pope was part of this battle – he was Polish, he was an ardent anticommunist and anti-Soviet, he inspired and encouraged many people not only in his home county but across Eastern Europe, he supported firm security arrangements for the countries in Eastern Europe. He was the most effective (spiritual) nuclear warhead in the last chapter of the Cold War and a fulcrum for many nations in Eastern Europe in the first chapter of post-Cold War history.

Furthermore, what is evident from the book is the idealism and amateurism of the Russian political elite of the 1990s, at least the majority of it, especially *Kozyrev et al.* This is quite similar, according to Morson (2022), referring to early work of Aleksandr Solzhenitsyn, to the attitude of 1917 Russian post-revolutionary political elite (*Kerensky et al.*). It should not be ruled out that the political elites of the new democracies, those who succeeded in overthrowing authoritarian leaders, seem to have been under the illusion that liberal democracy itself, almost at a stroke of magic wand, would solve all the problems and sort out all dilemmas. As if all the problems, discrepancies and legitimately confronted interests, within the country or in international relations, were actually the consequence of the previous authoritarian regime. “We are friends now” was the attitude of the majority of the new Russian political elite in the early 1990s. For the other, American side, it was business as usual – taking care of what the political elite believed was the US strategic interest against the other side.

¹⁶ Economic theory predicts that in the situation of asymmetric information, huge investments that are sunk costs are a credible signal of the agent’s intention not to exit the market. By initiating NATO enlargement, the US government made substantial political sunk cost investments, demonstrating that the process would go on – no exit from the strategy whose implementation has already started.

There is a significant side effect of the US administration's management of its relations with Russia and its ardent support of Boris Yeltsin, the candidate preferable to the US in the 1996 Russian presidential elections. The author points out that the Clinton administration succeeded in convincing the IMF to give Russia a USD 10.2 billion loan. As the author emphasises "Even better, the loan did not commit Moscow to the IMF's usual onerous requirements for economic reform. [...] 'the political purpose of this IMF credit was obvious to everybody: helping re-elect President Yeltsin in the face of a potent Communist threat. The IMF lost its credibility'" (p. 247). Exactly the same manoeuvre was performed with IMF engagement in Ukraine when the government favourable to the US was in the office. Accordingly, the US' way of supporting "friends" undermined international institutions and ruined their credibility. Following these exercises, the IMF reports and decisions on any country are always taken with a pinch of salt. That was not the case during the Cold War.

In hindsight, which includes the war in Ukraine, it is tempting to reconsider the Russian political elite's concern that NATO's bombing of Serbia was a precedent for the bombing of Russia, as Yeltsin's critics had warned him: Belgrade today, Moscow tomorrow! If the Russian invasion of Ukraine has demonstrated something, it is, at least for the time being, that the West red line is that it should not be involved in military conflict with Russia. After all, Russia is – unlike Serbia – a nuclear power. Taking that into account in hindsight, the concern of the Russian political elite at the time was exaggerated and it seems almost paranoid. Nonetheless, in the words of Golda Meir "Even paranoids have enemies",¹⁷ hence the Russian concern was legitimate. The other side at the time, it seems, could not have cared less about that concern.

In post-24 February 2022 hindsight – with the war in Ukraine (a special military operation, in Kremlin's parlance) entering its sixth month when this review goes to press – many more questions can be asked, and many tempting counterfactuals can be explored. For example, Kaplan (2022) asks if Estonia, Latvia and Lithuania had not joined NATO, would they still be independent states, and answers that from the viewpoint of the ongoing war in Ukraine, that it is doubtful. Nonetheless, an equally legitimate counterfactual is that had NATO not declared at the 2008 Bucharest Summit that Ukraine and

¹⁷ Although the insight is frequently attributed to Henry Kissinger, it is the reply that Golda Meir is said to have made to Henry Kissinger who, during the 1973 Sinai talks, accused her of being paranoid for hesitating to grant further concessions to the Arabs.

Georgia “will” join the alliance, would Russia – even with all the subsequent changes of governments in Kiev – have attacked Ukraine.¹⁸ The reader is simply not certain what the answer is.

Nonetheless, what is crucial is the great counterfactual. What if NATO had not expanded one inch to the East? Technically, that would have meant that NATO stepped a few inches, rather hundred kilometres back to the West, with unified Germany as a neutral country. A distinctive new security structure for Europe would have been established in this case, with a substantially smaller possibility for drawing new lines, with a strong – not only economically – and quite independent Germany in the middle of Europe – a nightmare for many past generations. One way or another, there would have been no pressure on Russia from a NATO expansion to the East.¹⁹ The key element for verifying this counterfactual is that post-Soviet Russia demonstrated substantial political and economic instabilities, but almost none of them were related to international relations, but to the nation’s internal features. The other insight of this counterfactual is that the re-emergence of the imperial mentality and nostalgia for the old imperial times (whoever the Tzar is) among the Russian political elite, after the shock collapse of the empire, has not been only the consequence of the NATO expansion to the East. And it is well documented in the book that Vladimir Putin’s rise to political prominence has nothing to do with the expansion of NATO to the East, through some of his policies could have been facilitated by this expansion. His early rhetoric emphasising that “the demise of the Soviet Union was the greatest geopolitical catastrophe of the 20th century” had, it seems, little to do with the NATO expansion to the East, but resonated well with the political elite and some segments of the public. Obviously, imperial nostalgia has deep roots – it did not need NATO expansion to flourish, but the expansion helped.²⁰

¹⁸ It is Kaplan (2022) who considers that this move, inviting Ukraine to join the NATO, was “a profound error” and explains that it was an outcome of the irresponsible drive of George W. Bush for glory (“to lay down a marker”) following the fiasco of spreading democracy Iraq and the lack of democratic spill-over effects in the Middle East that were expected in Washington. Even for reckless players like Richard Holbrooke “Ukraine is the most delicate issue” (p. 217). Not for George W. Bush!

¹⁹ Another great counterfactual, similar to this one in terms of consequences, would have been the united Germany being in NATO, but without any NATO expansion east of the eastern borders of Germany. In short – not one inch beyond the Oder and the Nissa border.

²⁰ Independently of Russian imperial nostalgia, the book provides ample evidence of the US imperial stance in international relations during the post-Cold War period. It is intriguing for the reader that senior US officials have apparently not been aware

The main problem, from the considered standpoint, is that the Soviet empire crashed. It was the Soviet Union that lost the Cold War. It was Russia left, actually volunteered to deal with the aftermath of the Cold War defeat. It was surprising that the Soviet empire collapsed so peacefully (both in Eastern Europe in 1989 and in the Soviet Union in 1991), with negligible casualties. That was, according to Lieven (2022), a deviation from the historical regularity that empires have broken-up violently, inevitability creating death and destruction in many cases with a time lag that can be substantial. Hence, for Lieven, the Ukraine war is just an expected, though a somewhat delayed consequence of the dissolution of the Soviet empire. “The invasion of Ukraine is the belated revenge of the old Soviet security apparatus for what it sees as 30 years of humiliation, retreat and defeat.”

Nonetheless, the reader is not convinced that this was inevitable. Which also applies to the deterioration of the US-Russia relations. As Michael McFaul, the former US ambassador to Moscow, is quoted as saying, “Russia was not destined to return to a confrontational relationship with the United States or the West. What happened did not have to happen” (p. 345). This is quite a convincing insight. As pointed out by MacMillan (2013), in analysing the origin of the Great War, almost nothing in history is inevitable. In the post-Cold War era, mistakes and bad judgments has been made on both sides and the book provides ample evidence that both the US and Russian sides should be found responsible for that deterioration. The relative contribution is definitely hard to measure.

As to the recent bout of deterioration, it seems to the reader that perhaps one of the problems has been bad communication, especially from the Russian side and especially after 2000. No firm red line – a line that should not be crossed – was clearly signalled by the Russian political elite regarding NATO expansion. After the 2004 expansion, which included the Baltic republics, former republics of the Soviet Union,²¹ there was rather a mild

of it or just take it for granted. As Madeleine Albright put it, “the key issue was how to manage the devolution of Russia from an imperial to a normal nation” (p. 210). By applying this standard, America has not been a normal nation, at least since the end of the Cold War.

²¹ Though the Baltic republics became part of the Soviet Union after their annexation in 1940, the 2004 expansion was a precedent, because for the first time former Soviet Union republics entered NATO and NATO countries stepped up to the border of Russia proper (apart from the border of the Kaliningrad enclave). Nonetheless, as pointed out (Banka, 2019) in 2001, during a radio interview with *National Public Radio*, when asked if he opposed the admission of the three Baltic Republics into NATO, Russian President Vladimir Putin responded that the issue could not be summed up in “a yes or a no.” He later added that “we cannot forbid people to make certain choices if they want to increase the security of their

reaction, and the 2007 Munich conference speech by Russian President Putin was a list of complaints about what had already happened, not a list of the future actions that should be off the table. Even after the 2008 kick-off of the process of NATO membership for Ukraine, President Putin's public reaction was rather mild, with rather friendly gestures towards US President George W. Bush at the opening ceremony of 2008 Peking Olympic Games. Perhaps, Putin has subscribed to Stalin's principle that "Cadres decide everything",²² therefore as long as his close allies, controllable "cadres", are in the office in Ukraine and Belarus, there is no reason for concern. Nonetheless, the problem surfaced when his "cadre" Viktor Yanukovich was removed from office. So the statement that "Ukraine in NATO" is the red line for Russia – if that has been the case – was not properly communicated to NATO by the Russia's side.²³

A private conversation with a person from the Russian Putin-supporting intellectual elite, and effectively a member of incumbent political elite, perhaps even its inner circle, which took place in the summer of 2008, was quite revealing. To the provocative question "Why is Ukraine so important to Russia?" the brisk and bitter answer was "Because Ukraine it to Russia what Kosovo is to Serbia!". Be that as it may, the crucial difference is that Serbia has not recognized Kosovo's independence, and Russia, with ratified international treaties, the Belavezha Accords and Budapest Memorandum, has explicitly recognized Ukraine as an independent state, and acknowledged its sovereignty and integrity. Also, neither Serbia and Kosovo have signed,

nations in a particular way". In another appearance, Putin declared that Baltic membership was "no tragedy" for Russia. These statements clearly were not a ringing endorsement. However, by historical standards, this was the least public resistance put up by the head of the Russian state. Vershbow (2019), insists that during his stint as the US Ambassador to Moscow, at the time of NATO enlargement, he heard few complaints from the Russian side when the Baltics formally joined the alliance.

²² From: Iosif Visarionovich Stalin, Address delivered in the Kremlin Palace to the graduates of the Red Army Academies, 4 May 1935, available at: <https://soviethistory.msu.edu/1936-2/year-of-the-stakhanovite/year-of-the-stakhanovite-texts/cadres-decide-everything/> (last visited 31 July, 2022).

²³ Mearsheimer (2022) claims that, according to a respected Russian journalist, after the April 2008 NATO decision to start the accession of Ukraine, Vladimir Putin "flew into a rage" in private and warned that "if Ukraine joins NATO, it will do so without Crimea and the eastern regions. It will simply fall apart." The reader infers that had these words been told in straightforward manner to the other (NATO) side, perhaps the accession of Ukraine would have been put on hold, with some assurances to Russia that it would remain so for the foreseeable time. Furthermore, had that message been sent to the American side before the April 2008 NATO summit, one could not rule out that the outcome of the Summit regarding Ukraine's membership would have been different.

like Russia and Ukraine in 1997, a friendship agreement, pledging mutual respect for “territorial integrity” and the “inviolability of borders”. It seems, in hindsight, that the incumbent Russian political elite, which has violated all these ratified legal documents and complains about the broken ostensible one-inch pledge, would like to undo the things that happened in 1990s, with the demise of the Soviet Union, and to Make Russia Great Again. Launching an invasion of Ukraine will hardly achieve that aim. Although Sarotte’s book vividly demonstrates that this war did not come out of the blue, that both the Western and Russian sides contributed to the conditions in which it started, the responsibility for this aggressive war against Ukraine rests only with the Russian political elite and its decision to trigger it. As already pointed out, nothing is inevitable in history – it is always about decisions. And with decisions comes the responsibility for the outcomes.

REFERENCES

- [1] Banka, Andris. 2019. The Breakaways: A Retrospective on the Baltic Road to NATO. *Texas National Security Review*. 4 October.
- [2] Dettmer, Jamie. 2022. Russia’s Putin Says Western Leaders Broke Promises, But Did They?. *Voice of America*. 11th January.
- [3] Kaplan, Fred. 2022. ‘A Bridge Too Far’. *New York Review of Books*. 7 April.
- [4] Kennan, George. 1997. A Fateful Error. *New York Times*. 5 February.
- [5] Lieven, Dominique. 2022. By Invitation: Dominic Lieven Says Empires Eventually End Amid Blood and Dishonour. *The Economist*. 23 April.
- [6] MacMillan, Margaret. 2013. *The War That Ended Peace: How Europe Abandoned Peace for the First World War*. London: Profile Books.
- [7] Mearsheimer, John. 2022. By Invitation: John Mearsheimer on Why the West Is Principally Responsible for the Ukrainian Crisis. *The Economist*. 19 March.
- [8] Morson, Gary Saul. 2022. *What Solzhenitsyn Understood*. New York Review of Books. 7 April.
- [9] Vershbow, Alexander. 2019. Present at the Transformation: An Insider’s Reflection on NATO Enlargement, NATO-Russia Relations, and Where We Go from Here. 425–448 in *Open Door: NATO and Euro-Atlantic*

Security After the Cold War, edited by Daniel S. Hamilton and Kristina Spohr. Washington, DC: Paul H. Nitze School of Advanced International Studies, Johns Hopkins University.

- [10] Whitlock, Craig. 2021. *The Afghanistan Papers: A Secret History of War*. New York: Simon & Schuster.

Др Нина КРШЉАНИН*

Ермолович, Виктор Иванович. 2021. Основные институты гражданского права средневековой Сербии и стран континентальной Европы (X-XV вв.). Минск: Белорусский государственный экономический университет, 301.

Српском правном историјом, сасвим разумљиво, примарно се баве домаћи научници. У међународном научном дискурсу примарно је заступљена у радовима које истраживачи из Србије објављују у часописима и зборницима на страним језицима, мада се у последње време поново појављује и добродошла тенденција објављивања монографских дела за страну читалачку публику (на пример, Роровић 2021). Још су ређа дела страних научника на теме из српске правне историје и плод су углавном личног интересовања појединаца за одређену појаву (Angelini 2014; Angelini 2019) или личност (Zimmermann 1962). Међутим, за разлику од дела странаца о српској и југословенској политичкој историји која у нешто већој мери привлаче пажњу домаће стручне јавности (вероватно због ширине теме)¹, дела из правне историје Србије најчешће пролазе претежно незапажено. То се делимично може објаснити

* Доцент, Правни факултет Универзитета у Београду, Србија, nina.krsljanin@ius.bg.ac.rs.

¹ Са српском и југословенском политичком историјом ствари стоје нешто боље, те постоји већи број аутора који су се на њу усредсредили у својим истраживањима – на пример, Константин Никифоров (*Константин Никифоров*) или Јулија Лобачева (*Юлия Лобачева*) у Русији, Холм Зундхаусен (*Holt Sundhussen*) и Мари-Жанин Чалић (*Marie-Janine Calic*) у Немачкој и др. Посебно има смисла издвојити интересовање економских историчара, као што је Џон Ламп (*John Lampe*), за историју Србије, Југославије и шире Балкана, као сиромашног региона богатог европског континента. Наравно, читању свих дела увек треба приступити критички, нарочито када постоје индикације о предубеђењима аутора – али главно је да постоје истраживања ван домаћег терена која дају могућност за научни дијалог из различитих перспектива.

очекивањем да се у њима неће наћи нова сазнања и да су то само издања која, претежно на основу домаће литературе, тематику приближавају публици која не чита српски језик. Нека дела су, неспорно, таква. Али чак ни тада, чини се, није згорег да домаћи истраживачи знају како се тематика наше правне историје представља страном читаоцу те и да, по потреби, сами напишу радове на страном језику у којима ће нешто допунити или демантовати. Међутим, чак и када не направе нарочит допринос истраживању домаћих извора, страни истраживачи могу у свој рад унети нову, другачију перспективу – нарочито ако дело обогате упоредноправним приступом – која може дати вредне путоказе за даља истраживања. Стога би на страна дела која се баве домаћом правном историјом увек ваљало обратити пажњу.²

Аутор ове књиге Виктор Јермалóвич (*Виктор Ермолович*), историчар по образовању, предаје правну историју на Правном факултету Белоруског државног економског универзитета у Минску. У својим досадашњим истраживањима примарно се бавио правним системима словенских земаља у средњем веку те је већ објавио две монографије у којима даје кратак преглед правног система средњовековне Србије (Ермолович 2003) и Чешке (Ермолович 2015), уз извесна поређења са сродним правним системима. Овога пута, аутор је пред себе поставио амбициознији задатак: да нешто продубљеније анализира грађанско право средњовековне Србије, уз шири упоредни преглед правних система других средњовековних држава.

Већ на првој страници предговора, нажалост, аутор открива проблематично некритички однос према литератури, позивајући се на текстове Јована Деретића и Светислава Билбије, који тврде да је антички обелиск (стела) из Ксантоса (конкретно, текст на њему на ликијском језику) споменик древне српске писмености и права!³ Мада се, на срећу, аутор тим спомеником не бави у књизи већ га спомиње узгред, та и сличне неоромантичарске тврдње поткрепљене радовима аутора који се у нашој науци доминантно сматрају псеудонаучним (осим поменутих, појављује се и Пешићева теорија о винчанском писму) провлаче се местимично кроз целу књигу. Како се аутор већ деценијама бави српским правом, не може га извинити случајна грешка: штавише, он се позива на своје раније радове – не помињући, наравно, да су

² Верујем да се исто, *mutatis mutandis*, може применити и на радове који се баве позитивним правом.

³ Кратку критику ових тврдњи и грубих методолошких грешака у њиховом изношењу, намењену широј читалачкој публици, већ је изнео Радивој Радић (2005, 219–231).

његово ослањање на те дубиозне текстове већ озбиљно критиковали други аутори на руском језику (Шахин 2019). Слично се може замерити и српском рецензенту књиге проф. др Зорану Чворовићу, који је морао боље знати о каквим је написима реч. Наравно, не може се децидно тврдити ни да се истраживање које на први поглед изазове скепсу у научним круговима или чији аутор није по образовању специјалиста за област којом се бави не може испоставити као тачно⁴, али када је реч о текстовима који се општеприхваћено сматрају псеудонаучним, који су већ у више наврата демантовани и на методолошком и на чињеничном плану (нпр. Радић 2005), било каква евентуална тврдња да је у њима скривена занемарена истина морала би бити поткрепљена веома озбиљним доказима и методичном анализом. Јермалович ништа од тога не чини: он тврдње псеудоисторичара узима здраво на готово, чак их назива „познатим научницима“ („известными учеными“) – иако притом Билбији презиме упорно пише као „Билби“ – а њихове радове „озбиљним истраживањима“ („серьезными исследованиями“) у оквиру „нове“ историјске школе (стр. 27). Такав приступ на самом почетку књиге, нажалост, не слуги на добро. Погледајмо даље.

Књига се састоји из два дела. У првом, уводном, који чини око четвртине монографије, говори се о изворима средњовековног грађанског права разматраних земаља. Подељен је на две главе: прва се бави реципираним изворима, а друга онима домаћег порекла. Редослед може деловати необично, али има хронолошку логику, будући да је, барем у Србији, рецепција ромејских текстова (у Законоправилу Светог Саве) претходила опсежнијој домаћој кодификацији. Јермалович, ипак, о Законоправилу говори у одељку о домаћим изворима (услед оригиналности компилације – стр. 35), али круг реципираних неоправдано шири, постулирајући примену Земљорадничког закона и Еклоге у Србији већ од 9. века. За Еклогу то образлаже постојањем словенских рукописа (мада и сам допушта да су можда бугарског порекла), док за Земљораднички закон само износи своје мишљење да је доспео у Србију у 9. веку и да се морао широко употребљавати јер је земља била примарно пољопривредно оријентисана – не дајући никакав доказ за то датирање (стр. 15). Затим овде додаје и Закон судњи људем, поводом чијег порекла се не опредељује ни за једну од постојећих теорија

⁴ Репрезентативан за правну историју је пример Мајкла Вентриса (*Michael Ventris*), познатог по дешифровању линеарног Б писма, које је дозволило истраживање права античке Гортине. Вентрис је у овоме успео упркос томе што је по примарном образовању био архитекта, а његови први лингвистички радови из младалачких дана почивали су на погрешном убеђењу да је језик анализираних натписа био етрурски. (Robinson 2002.)

(које релативно детаљно износи) већ тврди да га треба сматрати општесловенским средњовековним правним зборником те самоуверено претпоставља да је употребљаван у Србији, позивајући се само на географску блискост Бугарске (стр. 18–21), иако литература која се тим спомеником озбиљније бави такву могућност – сасвим разумљиво – ни не помиње (на пример, Максимович 2002; Николић 2012).

Осим српског права, Јермалович у мањој или већој мери користи и импресивно широк избор других извора: Винодолски законик, неке повеље бугарских владара, Руску правду (понегде и друге изворе средњовековног руског права), пољске Статуте (Законик) Казимира Великог, чешке Статуте Конрада Отона, Рожмберску књигу и (несуђени) законик *Maiestas Carolina*, литвански Законик Казимира IV и Статут Велике кнежевине Литваније, немачко Саксонско огледало, француски Зборник обичаја Бовезија те шведски Законик краља Магнуса Ериксона; додуше, неке од њих у преводу на руски и са релативно мало пратеће литературе.

У другом, главном делу књиге приказане су основне установе средњовековног грађанског права. Аутор у тексту не прати ни римску ни савремену институционалну или пандектну систематику већ примењује специфичну поделу прилагођену материји. Први одељак се тиче облика својине – и у њему се помињу сви облици карактеристични за средњи век, укључујући и феудалну, али и задружну својину. Тако тај одељак – нестандартно за данас, смислено за средњи век – садржи и основе породичног права. Други одељак је посвећен правној и пословној способности физичких лица, трећи појму правног лица у средњем веку, четврти облигационом и пети наследном праву. Бракно право (ни породично ван питања породичне имовине) није разматрано у тексту: како аутор за то не даје никакво објашњење, вероватно је да се руководио савременом руском систематиком према којој породично право не спада у грађанско право већ представља одвојену грану, те стога није ни обухваћено насловом.⁵

Нажалост, целу књигу карактерише велики степен површности: понегде је изазвана пропустима у коришћењу литературе, понегде непажљивошћу у закључивању и поткрепљивању тврдњи изворним подацима. Тако, примера ради, аутор износи смелу тврдњу да су Стефан Првовенчани и Свети Сава заједнички саставили Законоправи-

⁵ Алтернативни разлог, ближи изворној грађи, био би тај што је бракно право у највећој мери регулисано канонским правом; међутим, пре би се очекивало да то аутор помене.

ло (стр. 31, 35, 63–64, 200, 260), не наводећи притом никакав извор осим сопствене раније књиге о српском праву. Усаглашеност реформи цркве и државе браће Немањића није упитна: у бројној литератури то се разматра из различитих углова (на пример, Бубало 2016, 103–122; Кршљанин 2019), али не постоји ниједан изворни податак који би сугерисао коауторство српског краља у настанку Законоправила. Даље, говорећи о врстама својине у средњовековној Србији, Јермалович помиње милоснике као да је у питању посебна врста држалаца условних поседа – нека варијација на тему пронијара (стр. 131–132). Аутор је очигледно несвестан да се термин користио да означи лице које је посредовало, односно помагало у извршењу ‘милости’ (најчешће владареве), то јест владареве воље да закључи неки посао или дарује неко лице (Благојевић 2001, 99–139). Нимало чудно – јер за ту тему користи само издања извора, а не и литературу. Када говори о ропству, пропушта да прикаже већ вишевековну научну полемику о томе да ли се отроци средњовековног српског права могу сматрати робовима⁶, а на једном месту, у контексту трговине робљем, користи незграпну формулацију којом као да сугерише да су Дубровник и Босна у позном средњем веку били део Србије (стр. 141).⁷ За словенску реч „гост“ тврди, без икаквих референци, да је потекла од латинског „*hostis*“ у значењу „непријатељ“, иако у савременој лингвистици доминира схватање да обе речи потичу од неутралног индоевропског појма у значењу странца, дошљака, и да је реч „*hostis*“ тек касније, током употребе, стекла сада прихваћено негативно значење (Бенвенист 2002, 58–61).

Питању градова као правних лица аутор посвећује неуједначену пажњу, више се усредсређујући на упоредне паралеле него на српске изворе (стр.159–175), те не прави довољно јасну диференцијацију између различитих категорија градова, која је одавно уобичајена у

⁶ Бубало (1997) даје кратак преглед полемике и квалитетну анализу извора.

⁷ „Током периода свог постојања код Јужних Словена (до почетка 15. века) ова установа [ропство – прим. прев.] претрпела је извесне измене, мада су и даље основни извори ропства у феудалној Србији, као и у другим словенским државама, остали ратни плен и дужничко ропство. Године 1400. одлуком Сената града Дубровника трговина робљем је забрањена. До тада се обављала у Босни и другим приморским областима земље.“ („*За период својег постојања у јужних славјан (до почетка XV в.) овај институт претрпео неке измене, иако по-прежњем основним изворима ропства у феудалној Србији, као и у другим словенским државама, остали ратни плен и дужничко ропство. Године 1400. одлуком Сената града Дубровника трговина робљем је забрањена. До тада се обављала у Босни и другим приморским областима земље.*“)

нашој правној историји (Тарановски 1996, 122–128). Тиме нарочито ствара погрешну слику о већој инкорпорисаности приморских градова у српски правни систем него што је заправо било посредни, а неупућеном читаоцу не објашњава довољно јасно ни које су од јадранских комуна улазиле у састав Србије, а које се помињу као упоредни примери. Из одредаба чланова 169. и 170. Душановог законика о златарима изводи закључак о државној заштити еснафске организације (стр. 165–166), ни не помињући у литератури доминантно тумачење да је држава штитила регално право на ковање новца (Тарановски 1996, 188–189).⁸ У уводу одељка о облигационом праву износи потпуно непоткрепљен налаз да је становништво ране српске државе користило норме римског приватног права, будући да се населило на територији некадашњег Римског царства (стр. 176). У одељку о облигационом праву двапут се понавља готово исти пасус о Законоправилу као изворнику рукописа руске Крмчије, уз козметичке измене, али са истом суштином и истим списком фрагмената из ромејских извора (стр. 189–190 и 201), очигледно као последица тога што је аутор у монографију инкорпорисао своје раније чланке о различитим уговорима, у којима су навођени исти подаци. Ни само инкорпорисање није изведено на сасвим коректан начин јер се текст преузима у целини без напомене да је реч о већ објављеном чланку – уз само такву измену да се дотични чланак понегде цитира.

Као нарочито негативан пример те праксе може се истаћи одељак о уговору о зајму, у којем на једном месту (стр. 208–209) Јермалович тврди да је забрана узимања камате црквеним лицима укинута... хрисовуљом кесара Грегура (*sic*) манастиру Светих Архангела из 1388. године! Референца на крају тог пасуса упућује на његов чланак о реалним уговорима у римском и средњовековном српском праву (Ермолевич 2017, 102), у којем се налази исти текст готово *ad verbum*, само без икакве референце. А чињенично стање је далеко од оног које је приказано у књизи. Аутор може мислити једино на Светоарханђеловску

⁸ У Призренском препису, који је и Јермалович користио, чл. 169. (по Бубаловој нумерацији 169б) гласи: „Ако ли се нађе златар изван градова и тргова царства ми, у неком селу, да се то село расели, а златар да се спали.“ („Аште ли се шбрѣте златарѣ швѣнѣ градовѣ и трѣгов царѣства ми, оу коемѣ селѣ, да се този село распе и златарѣ иждеже.“); у чл. 170. се додаје: „И у градовима царевим да бораве златари и да кују друге потребе.“ („И оу градовѣх царевѣх да стое златаріе и да ковоу ине потрѣбе.“). (Бубало 2010, 112, 214). Јермаловичу промиче релевантни чл. 169а, који не постоји у Призренском, али се јавља у Атонском и још неколико рукописа, који гласи: „Ако се нађе златар у граду да кује новац тајно, да се златар спали, а град да плати глобу колико рекне цар.“ („Ако се шбрѣте златарѣ оу градуу ковѣ динаре таино, да се златарѣ иждеже и градѣ да плати глобоу што рече цар.“)

хрисовуљу цара Душана, издату између 1348. и 1352. године (Мишић и Суботин Голубовић 2003, 16–17)⁹, у којој се помиње да је кесар Гргур, уз царско одобрење, приложио цркви и „Дабижива каматника“, с обавезом да даје манастиру осамнаест лисица годишње (*Ibid.* 91, 122). Истраживачи су износили различита мишљења о томе – од уверења да се иза „каматника“ крије неко другачије занимање (Тарановски 1996, 658), до става да се није сматрало проблематичним да цркви буде подређен световњак који се легално бави давањем новца на зајам уз камату (Мијатовић 2012, 496; Гојковић 2021, 67) – али нико није изводио закључак да је тиме укинута забрана црквеним лицима да се користе каматом. Како и би – кад се иста забрана изричито појављује касније у истој хрисовуљи.¹⁰ О свему томе код Јермаловича нема ни речи.

Примера, нажалост, има још и не би било смислено све их наводити. Може се запазити и недовољно коришћење релевантне савремене литературе на српском језику. Јермалович користи класике (Стојана Новаковића, Теодора Тарановског, Александра Соловјева) и неке релевантне савремене ауторе (Срђана Шаркића, Биљану Марковић), мада ни њих у довољној мери, али неке (на пример, Ђорђа Бубала, Зорана Мирковића) потпуно прескаче. Бољи однос према литератури – коришћење релевантних савремених дела, а не ослањање на непоуздане ‘неоромантичарске’ списе – помогао би аутору да избегне највећи део грешака. Као системски проблем може се истаћи и ауторово подразумевање да су се сви извори ромејског порекла у Србији примењивали и у пракси – поводом чега су домаћи аутори далеко опрезнији, због значајних разлика између српског и ромејског права и због веома оскудних извора из праксе (на пример, Мирковић 2019).

Упркос озбиљним манама, књига има и врлину која се не сме занемарити – широк упоредноправни приступ и стављање средњовековног српског права у шири европски контекст. Тако аутор ставља Законправило Светог Саве – мада уз већ поменути дубиозну тезу о коауторству Стефана Првовенчаног – у контекст савремене Магна карте (стр. 35–36) и у више наврата истиче његов значај, захваљујући каснијој рецепцији, и у другим словенским земљама, пре свега Русији (на пример, стр. 200–201). Уместо примећује да се из норми Душановог законика може стећи

⁹ Могуће је да је од 1348. године штампарском грешком настала Јермаловичева 1388. година.

¹⁰ Норма гласи: „И који се калуђер нађе да даје у закуп, жито или вино, или динаре даје у камату, да се истера.“ („И кто се обрѣте калоугѣрь закоупоуе жито или вино, или динаре дае у кматоу – да се иждене.“). (Мишић и Суботин Голубовић 2003, 112, 141).

слика о развијеном феудалном друштву, која побија у неким (западним) круговима уврежену представу о економској и друштвеној заосталости средњовековне Србије те показује да су само османска освајања зауставила њен развој сличан другим европским земљама тог времена (стр. 145–146). На неколико примера истиче непостојање обенског права (права владара да наследи странца који је умро на територији његове државе, уместо сродника у иностранству) у српском и руском праву као напредну и праведну праксу (стр. 150–151).

Ипак, поучен грешкама које Јермалович прави у анализи српских извора, читалац не може потпуно мирно да прати његове упоредно-правне паралеле: ако аутор у српском праву, које је у главној жижи његовог истраживања, прави пропусте поменуте врсте, може бити да му се сличне грешке поткрадају и у анализи других правних система, а да читалац који за њих није стручан то не може да примети. Ауторова поређења некад остају само на нивоу дескрипције, док некада изводи превише смеле закључке о једном правном систему путем паралела са другима, попут већ поменутог статуса градова и еснафског уређења. Каткад као закључке износи потпуно подразумеване чињенице. На пример, међу заједничким особинама консензуалних уговора у разматраним правима истиче сагласност воља као форму, чињеницу да су (као и код других врста облигација) њихов предмет могле бити ствари у промету те (засебно издвојено) да се за њихово закључење није захтевала ни предаја ствари ни писана исправа (стр. 205). У одељку о наследном праву даје веома занимљиве упоредне примере наслеђивања женских сродника (стр. 233–245) који би, можда, могли помоћи да се расветли да ли се иза „деце“ у чл. 41 Душановог законика крије приоритет наслеђивања синова у односу на кћери¹¹ – али се у такву анализу уопште не упушта.

Коначни суд мора бити негативан: Јермаловичева књига се не може препоручити као штиво ни познаваоцима српског права, а још мање онима који би са њиме тек желели да се упознају: превише је у њој пропуста, дискутабилних или потпуно погрешних судова. Међутим, онима који су заинтересовани за продубљено бављење правном историјом итекако се може препоручити да је отворе и погледају шта је она *могла*

¹¹ „Који властелин буде имао деце, или пак не буде имао деце те умре, и по његовој смрти баштина пуста остане, где се нађе од његова рода до трећег братучеда, тај да има његову баштину.“ („Кши властелинь оузъима дѣт „цоу, а или пакы и не оузъима дѣт „цоу тере оумреть, и по његовѣ сьмрѣти баштина поуоста шстане, где се шбрѣте шт његова рода до третѣга братоучеда, тѣзи да имат еговою баштиною.“) Бубало 2010, 83, 164.

бити да је аутор темељније и стрпљивије приступио теми; шта друга књига сличне врсте *може* бити када се изведба подигне на одговарајући ниво – и зашто је потребно да до тога дођемо.

Мало је озбиљних упоредноправних анализа у нашој скорашњој правној историографији – и оне којих има углавном се тичу модерне историје (на пример, Мирковић 2020; Поповић 2020). У међуратном периоду на Правном факултету Универзитета у Београду изучавана је Историја словенских права, а предавали су је и писали за њу уџбенике великани наше правне науке (Тарановски 1923; Соловьев 1937). Данас, нажалост, не само да таквог предмета нема већ се друга словенска права не изучавају ни на курсу из Упоредне правне традиције – ако се не рачунају покоја реченица о главним руским и чешким законцима у лекцији о изворима средњовековног права и кратка лекција о правној традицији социјалистичких земаља, написана претежно на основу западне литературе (Аврамовић и Станимировић, 145–146; 312–317). Ако се изузме понеки кратак упоредноправни излет аутора који се баве српском правном историјом (већ поменути Мирковић 2020; Кршљанин 2017; Kršljanin and Milinković 2019), наши наставници се не баве правном историјом словенских земаља ни у свом научном раду. Овде нећемо залазити у питање да ли је изостанак научног интересовања изазвао промене у наставном плану или обратно. У истраживању словенских права, нарочито руског, знатно су активнији Драган Николић (2000; 2016) и Александар Ђорђевић (2018) са Правног факултета Универзитета у Нишу, те Зоран Чворовић (2018; 2021) са Правног факултета Универзитета у Крагујевцу.

Пре десетак година, скренула сам пажњу на опште поуке које би данашњи правни историчари могли извући из Богишићевог (2004) чланка „О научној обради историје словенскога права“ (Kršljanin 2011/Кршљанин 2011). И данас остајем при тим ставовима, али бих им децидније додала још један: поново нам је потребна Историја словенских права – обogaћена новим научним сазнањима и методологијом. Јермаловичева књига је неуспели корак ка томе: нека буде успешна барем као путоказ и покаже нам смер у којем бисмо морали да се крећемо – само пажљивије, темељније и студиозније.

ЛИТЕРАТУРА

- [1] Аврамовић, Сима, Војислав Станимировић. 2010. *Упоредна правна традиција*. 6. издање. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [2] Angelini, Paolo. 2014. *Il Codice di Dušan 1349–1354. Legislazione Greco-Romana e amministrazione dell'impero Serbo-Bizantino*. Roma: Aracne.
- [3] Angelini, Paolo. 2019. *La Legge dell'imperatore Giustiniano*. Roma: Aracne.
- [4] Бенвенист, Емил. 2002. *Речник индоевропских установа: привреда, сродство, друштво, власт, право, религија* (прев. Александар Лома). Сремски Карловци – Нови Сад: Издавачка књижарница Зорана Стојановића.
- [5] Благојевић, Милош. 2001. *Државна управа у српским средњовековним земљама*. 2. издање. Београд: Службени лист СРЈ.
- [6] Богишић, Валтазар. 2004. О научној обради историје словенскога права. 269–290. *Изабрана дјела*, том IV: *Студије и чланци*. Београд – Подгорица: ЦИД – Службени лист СЦГ.
- [7] Бубало, Ђорђе. 1997. Шта значи *отрок* у српским повељама?. *Зборник Матице српске за историју* 56: 19–58.
- [8] Бубало, Ђорђе (прир.). 2010. *Душанов законик*. Београд: Завод за уџбенике.
- [9] Бубало, Ђорђе. 2016. *Српска земља и поморска у доба владавине Немањића*, књига I: *Од Сабора у Расу до Сабора у Дежеву*. Београд: Филип Вишњић.
- [10] Гојковић, Ђорђе. 2021. Утицај Српске православне цркве на камату у српском средњовековном праву. *Весник правне историје / Herald of Legal History* 2(2): 53–72.
- [11] Ђорђевић, Александар В. 2018. *Историја словенских права: државна власт и суд*. Ниш: Нишки културни центар.
- [12] Ермолович, Виктор Иванович. 2003. *Право средњевије Србије (XII–XV вв.)*. Минск: Белорусский государственный экономический университет. [Yermolovich, Viktor Ivanovich. 2003. *Pravo srednevekovoy Serbii (XII-XV vv.)* Minsk: Belorusskiy gosudarstvenniy ekonomicheskiy universitet.]

- [13] Ермолович, Виктор Иванович. 2015. *Государство и право средневековой Чехии (IX–XVI вв.)*. Минск: Белорусский государственный экономический университет. [Yermolovich, Viktor Ivanovich. 2015. *Gosudarstvo i pravo srednevekovoy Chekhii (IX–XVI vv.)*. Minsk: Belorusskiy gosudarstvenniy ekonomicheskiy universitet.]
- [14] Ермолович, Виктор Иванович. 2017. Реальные договоры в праве Древнего Рима и средневековой Сербии. *Вестник БГЭУ* 6: 92–106. [Yermolovich, Viktor Ivanovich. 2017. *Realnie dogovori v prave Drevnego Rima i srednevekovoy Serbii*. Minsk: Belorusskiy gosudarstvenniy ekonomicheskiy universitet.]
- [15] Zimmermann, Werner Gabriel. 1962. *Valtazar Bogišić 1834–1908: Ein Beitrag zur südslavischen Geistes- und Rechtsgeschichte im 19. Jahrhundert*. Wiesbaden: Franz Steiner Verlag.
- [16] Kršljanin, Nina. 2011. On the Scientific Elaboration of the History of Slavic Law – Now and Then. *Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review* 3: 249–271.
- [17] Кршљанин, Нина. 2011. О научној обради историје словенскога права – некад и сад. 433–455. *Споменица Валтазара Богишића о стогодишњици његове смрти*, књига 1, прир. Лука Бренеселовић, Београд – Ниш: Службени гласник – Институт за упоредно право – Правни факултет Универзитета у Нишу.
- [18] Кршљанин, Нина. 2017. Титул самодержца (автократора) в Србији и Русији: два пута развита византијског наслеђа. *Вестник Волгоградског државног универзитета. Сериа 4: Историја. Регионоведение. Международне одношенија* 22(5): 162–183. [Krslyanin, Nina. 2017. *Titul samoderzhitsa (avtokratora) v Serbii i Rossii: dva puti razvitiya vizantiyskogo naslediya*. *Vestnik Volgogradskogo gosudarstvennogo universiteta. Seriya 4: Istoriya. Regionovedeniye. Mezhdunarodnie otnosheniya* 22(5): 162–183.]
- [19] Кршљанин, Нина. 2019. Краљ као заштитник цркве: правна анализа Жичких повеља Стефана Првовенчаног. 413–449. *Краљевство и архиепископија у српским и поморским земљама Немањића*, ур. Љубомир Максимовић и Срђан Пириватрић. Београд: Српска академија наука и уметности – Српски комитет за византологију.
- [20] Kršljanin, Nina, Filip Milinković. 2019. The Boyars, the Poet and the Composer. The Portrayal of the Boyar Duma in Pushkin’s and Mussorgsky’s ‘Boris Godunov’. 97–118. *History of Law and Other Humanities*, eds. Virginia Amorosi, Valerio Massimo Minale. Madrid: Carlos III University of Madrid / Dykinson.

- [21] Максимович, Кирилл Александрович. 2002. Древнейший памятник славянского права „Закон судный людем“: композиция, переводческая техника, проблема авторства. *Византийский временник* 61: 24–37. [Maksimovich, Kirill Aleksandrovich. 2002. Drevneyshiy pamyatnik slavyanskogo prava „Zakon sudniy lyudem“: kompozitsiya, perevodcheskaya tekhnika, problema avtorstva. *Vizantiyskiy vremennik* 61: 24–37.]
- [22] Мијатовић, Бошко. 2012. Камате: хришћански и економски поглед. *Зборник Матице српске за друштвене науке* 141: 483–502.
- [23] Мирковић, Зоран. 2019. Правни поредак у Српској краљевини у XIII и XIV веку. 383–411. *Краљевство и архиепископија у српским и поморским земљама Немањића*, ур. Љубомир Максимовић и Срђан Пириватрић. Београд: Српска академија наука и уметности – Српски комитет за византологију.
- [24] Мирковић, Зоран. 2020. Кодификовање грађанског законика нове државе и његово место у историји међуратних европских кодификација. 267–300. *Сто година уједињења: формирање државе и права*, ур. Борис Беговић, Зоран С. Мирковић. Београд: Универзитет у Београду – Правни факултет.
- [25] Мишић, Синиша, Татјана Суботин Голубовић. 2003. *Светоарханђеловска хрисовуља*. Београд: Историјски институт.
- [26] Николић, Драган. 2000. *Древноруско словенско право*. 2. издање. Београд: Службени лист СРЈ.
- [27] Николић, Драган. 2012. Закон судњи људем – најстарији словенски правни споменик. *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 63: 29–38.
- [28] Николић, Драган К. 2016. *Закон судњи људем – најстарији словенски правни зборник*. Ниш: Центар за публикације Правног факултета у Нишу – Центар за византијско-словенске студије Универзитета у Нишу.
- [29] Поповић, Дејан. 2020. Унификација пореског права у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца. 379–435. *Сто година уједињења: формирање државе и права*, ур. Борис Беговић, Зоран С. Мирковић. Београд: Универзитет у Београду – Правни факултет.
- [30] Popović, Dragoljub. 2021. *Constitutional History of Serbia*. Balkan Studies Library, Volume 30. Paderborn: Brill Schöningh.
- [31] Радић, Радивој. 2005. *Срби пре Адама и после њега*. 2. издање. Београд: Стубови културе.

- [32] Robinson, Andrew. 2002. *The man who deciphered Linear B: the story of Michael Ventris*. London: Thames & Hudson.
- [33] Соловьев, Александр Васильевич. 1937. *Историја словенских права* (прикупили и средили Р. Степановић и В. Гузина). Београд: Футур.
- [34] Тарановски, Теодор. 1923. *Увод у историју словенских права*. Београд: Геца Кон.
- [35] Тарановски, Теодор. 1996. *Историја српског права у немањихкој држави*. Београд: Службени лист СРЈ.
- [36] Чворовић, Зоран. 2018. *Душанов законик у руском огледалу: прилог упоредној српско-руској правној историји*. Београд: Catena mundi.
- [37] Чворовић, Зоран. 2021. *Право и православље*. 2. издање. Београд: Catena mundi.
- [38] Шахин, Юрий Владимирович. 2019. „Обелиск из Ксантаоса“ – несостоявшийся памятник древнеславянского права. *Научный вестник Крыма* 5(23): 1–6. [Shakhin, Yuriy Vladimirovich. 2019. „Obelisk iz Ksantosa“ – nesostoyavshiysya pamyatnik drevneslavyanskogo prava. *Nauchniy vestnik Kryma* 5(23): 1–6.]

Ђорђе СТЕПИЋ, мастер права *

Кршљанин, Нина, Урош Станковић (ур.) 2021. 150 година од доношења Устава из 1869. године. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 227.

Ако се језик богова може где из људских уста чути, то је у Историји... кад се страсти стишају и остану само дела као једине полазне тачке за оцену наших назора и наших трудова.

(Ристић [1901] 2021, 16)¹

Правна наука је, од краја претходне године, богатија за још једно дело из уставне историје. Из штампе је изашао зборник радова посвећен обележавању једног и по века од доношења Устава из 1869. године, који је настао на основу излагања аутора са скупа уприличеног на Правном факултету Универзитета у Београду. Том изузетно важном правном споменику и раније је посвећивана одређена пажња, махом у појединачним радовима и ширим студијама.² Разлог за то је често помињан у нашој правој историографији, па и у самом зборнику.

Наиме, Намеснички устав се најчешће посматра као својеврсна прелазна фаза између својих претходника и свог следбеника. Најпре, он јемчи много више у погледу људских права и организације политичких

* Сарадник ван радног односа, Правни факултет Универзитета у Београду, Србија, djordje.stepic@ius.bg.ac.rs.

¹ Ту Ристићеву мисао ([1901] 2021, 16) наводи и Живановић ([1922] 2021, 371).

² То је особито видљиво у претходних неколико година, пошто су се бројни истраживачи бавили и анализом порекла тог устава и уставних нацрта који су му претходили, примерице, Мирјана Стефановски (2016) и Драгољуб Поповић (2021).

институција него Устав из 1838. године (Popović 2021, 51–52) и потоње уставно законодавство кнеза Михаила Обреновића, али остаје далеко од политичких слобода и устројства парламентарног система досегнутих у Уставу из 1888. године.

У оценама његовог квалитета истиче се и да је то наш најдуговечнији устав, мада анахрон за крај 19. века када се, као највиши правни акт Краљевине Србије (Новаковић 1912, 90–95; Јовановић 1990б, 257–258), враћа нашем првом самостално донетом уставу, иако је то била више последица сложене правне и дипломатске акробатике него сложене борбе за сувереност у уставним питањима (Јовановић 1990а, 67–68; Ристић 2021, 185–194), те првом уставу који доноси продор либералних идеја у наш правни поредак, премда стидљиво и невољно, на начин да се дотадашњи политички систем надогради уз што мање потреса.³

Зборник о Уставу из 1869. године подељен је на три тематске целине, којима претходе предговор и реч уредника, а затим следи фототипско издање текста Устава које „употпуњује и чини живљим само сећање на сам Устав“ (13). „Претходница“, као и у војној тактици, има задатак да испита терен на који ће „главне (научне) снаге“ закорачити. Тако, Драгољуб Поповић у предговору даје кратак историјски увод о уставноправном стању Србије од 1838. до 1869. године и компаративистички осврт на норме које су састављачима Устава могле послужити као узор. Закључујући, он препознаје почетке оквира за развој парламентарног система већ у његовим нормама, иако је такав систем формално уобличен тек две деценије доцније.

Уредници, осим пригодног дела свог увода, у коме су побројани излагачи и теме излагања, постулирају значај Устава из 1869. године, напомињући његову дуготрајност, али и дотичући питање његових *alias*-а, те прикладност епитета „намеснички“, с обзиром на покушаје уставних реформи који су му претходили и чији су резултати уграђени у његове норме.

Први део зборника, у којем се говори о доношењу Устава, садржи радове Сузана Рајић („Међународни аспекти доношења Устава из 1869. године“), Данка Леовца („Уставно питање шездесетих година 19. века – погледи конзервативаца и либерала“) и Данијела Радовића („Намесници и Устав из 1869. године“). Сви аутори су са Филозофског факултета Универзитета у Београду.

³ Ту оцену су износили многи наши правни писци и историчари, примерице Јовановић ([1926] 1990а, 80–87), Стефановски (2016), Живановић ([1922] 2021, 406).

Основној тези проучавања утицаја међународних односа на постанак Намесничког устава – да се Србима толерише апсолутна слобода уређивања унутрашњих питања како би им се скренула пажња са спољнополитичких амбиција – Рајићева у свом раду даје за право, поткрепљујући такво становиште бројним примарним изворима. Стављајући подршку или суревњивост према уставној промени у контекст не само званичних политика дворова и влада већ и личних ставова дипломата (највидљивије у вертикали Калај – Андраши – Бајст), ауторка успева да сумарно прикаже политичке позиције свих релевантних страних актера: гарантних сила Париског мира, Отоманске царевине, као сизерена аутономне Србије, те Руске империје, као заговорника одржавања постојећег система и савезника конзервативних политичара.

Дипломатско упаривање домаћег уставог питања са евентуалном влашћу над Босном (и Херцеговином) показује неодвојивост проширења аутономије и територије као главног усмерења политике Србије. Парадоксално, европске силе, претходно супротстављене у својим ставовима о уставном преуређењу, сагласиле су се да су реорганизација Турске и територијалне измене преураћене, премда су дипломате у Цариграду и Београду (по устаљеној пракси) подешавале своје ставове како су се прилике развијале. Најпоследње, познато је какав је био излаз из те кризе: решавање Источног питања је одгођено, Русија је прихватила усвајање Устава, а Турска је у свему томе имала споредну улогу – због чега јој, вероватно, ауторка посвећује врло мало пажње у свом раду. Ипак, његова вредност је у систематичности којом се бави међународним учесницима у решавању уставног питања, углавном у мери у којој су се и ангажовали.

Осим међународних чинилаца, значајно (не)задовољство уставном реформом на унутрашњем плану, природно, исказују присталице две водеће политичке опције – либералне и конзервативне. Данко Леовац читаоцу указује на изостанак општег мњења и у самим тим „таборима“ – прво, о питању нужности новог Устава, а затим и о његовој садржини – врло кратко се осврћући на уставне нацрте Мариновића и Грујића. Три непомирљиве тежње, кнежева Милоша и Михаила – да ојачају владарску власт, конзервативаца – да ојачају положај Савета и либерала – Народне скупштине, обликовале су слику политичког пејзажа у којој су прва два чиниоца била упућена на сарадњу, уз бројне компромисе и честа формирања „пословних министарстава“.

Следећи део рада представља кратак преглед неких питања Стојковићевог нацрта устава, спремљеног за потребе Преображењске скупштине из 1861. године, чије ће место у нашем правном порет-

ку ипак заузети органски закони, и Милојковићевог, који је имао задатак да исправи мањкавости „преображењског режима“ у нешто либералнијем духу, што конзервативци, особито Гарашанин, нису примили са одушевљењем. Ипак, након убиства кнеза Михаила, рад на уставној реформи преузимају намесници, преигравши у „политичком преферансу“ конзервативну опцију, на челу са председником Савета Мариновићем, већ по питању избора кнеза, а затим и у Никољском одбору и на Великој народној скупштини из 1869. године. Аутор завршава рад сумарно дајући погледе појединих либерала, који подржавају генерално усмерење Устава, али не и ниво права и слобода који се њиме прописују, успешно дајући скицу политичких односа у вези са уставним питањем шездесетих година 19. века, премда би неким од обрађених мотива можда требало више разраде.

После спољних и унутрашњих чинилаца, последњи рад у овом одељку бави се утицајем личности и политике намесника на доношење Устава. Радовић се посебно бави односом између кнеза и либерала 1867–1868. године и околностима које су настале након његовог убиства. Читаоци затим добијају преглед најбитнијих догађаја који воде доношењу Устава – Никољског одбора и Велике народне скупштине, кроз призму политичке виспренности и довитљивости намесника Блазнавца и Ристића.

Као и у претходном раду, посебно се анализирају прибављање подршке либерала за нови Устав и супресија политичког деловања конзервативаца (особито у Државном савету). На крају се легитимично прелазе битне одредбе Устава, у контексту Милојковићевог нацрта, и Ристићева одбрана Устава пред графом Игњатијевим, како би се додатно истакао његов ангажман. Ипак, чини се да аутор амбициозно прати ток историјских догађаја, помало се удаљавајући од сржи теме.

Следећа целина зборника посвећена је ређе анализираним одредбама Устава. Бавећи се питањима као што су темељна људска права, политички систем и друга, неке теме су махом измицале интересовању проучавалаца норми овог акта. На том месту се налазе рад Нине Кршљанин („Пре свега Књаз? Анализа прве главе Устава из 1869. године“) и рад Далибора Ђукића („Признате вероисповести у Уставу из 1869. године“), са Правног факултета Универзитета у Београду.

Нина Кршљанин излаже рад, по природи најближи (делимичном) уставном коментару, бавећи се регулама прве главе Намесничког устава, премда се његова систематика усмерава на сродност тема пре него на редослед чланова. Сва решења су коментарисана у светлу претходних устава (Сретењског и Турског), законске регулативе те и уставног нацрта Радивоја Милојковића.

Темељно се осврћући на норме које се тичу владара, владарског дома, престолонаслеђа и намесника, мање на државну „личну карту“, ауторка се посебно задржава на практично и теоријски проблематичним одредбама. Примерице, на питању тумачења владаревог „племена“ код наслеђивања престола, тумачењу текста кнежевске заклетве, норми за могући избор бивших министара („министара на располагању“) за намеснике – кројеној по мери Јована Ристића, правној празнини код формирања намесништва за неспособног владара итд., она показује да уставни текст оставља бројне недоследности и широко поље тумачима. У закључку, Кршљанин синтетички објашњење за заједничку мотивацију доношења обрађених одредаба – реч је о збиру норми које или следе постојећа решења (и предлоге) или се мењају према потребама (тада) последњег Обреновића и водећих политичких актера. Иако је његов епилог можда очекиван, овај рад ипак представља дашак свежине у изучавању Намесничког устава.

На трагу ређе дотицаних одредаба Устава, Далибор Ђукић представља уставни положај признатих вероисповести. Најпре, аутор скреће пажњу на прописе о неправославним верским организацијама донете пре 1869. године, а нарочито се задржава на термину „вероисповедања“ из Сртењског устава те закону о верској слободи свих хришћана, којим су прописани нужни услови за признавање деловања цркава у Србији – минималан број верника и економска самоодрживост. Затим се кратко помиње регулатива положаја муслимана и јеврејске верске заједнице.

Анализу норми Намесничког устава писац отвара у два смера: најпре као генерално излагање о слободи вероисповести, а затим говори о конкретном положају признатих вероисповести. У том сегменту рада обрађена питања се развојно гледају, почевши од Милојковићевог уставног нацрта, преко бројних радних верзија, закључно са усвојеним текстом Устава. Последња глава је кратак упоредни преглед решења грчког устава из 1864. године, који је само у функцији идентификовања извесног заједничког узора по коме су српске (и грчке) уставне норме о вероисповестима састављане.

Најзад, последњи радови говоре о уставном животу у светлу праксе и реакција савременика. У том делу се налазе радови Зорана Мирковића („Три приче из Народне скупштине за време важења Устава из 1869. године“), Уроша Станковића („Намеснички устав у мемоаристици“) и Танасија Маринковића („Напредњачки и радикалски нацрти промене Намесничког устава“).

Аутор првог текста анализира протоколе и стенографске белешке са седница Народне скупштине у Крагујевцу (1870) и Београду (1874/5) и читаоцима предочава три догађаја која су обележила парламентарну

праксу седамдесетих година 19. века. Први је програмско обраћање намесника и једног од твораца Устава Јована Ристића о важности његовог доношења, напретку државе под тадашњом владом те функцији Народне скупштине, према одредбама (н)овог акта. Следеће је питање односа скупштинске адресе (као и њене природе – као „отпоздрава кнезу“ или као „израза потреба народних“) и престоне беседе владара. Најпоследње, аутор издваја и прво распуштање парламента и околности које су му претходиле.

Мирковић сваку од тих целина, богату цитатима и пропраћену својим објашњењима у питањима контекста, затвара посебним закључком. Најпре, он преноси Ристићев став да пре 1869. године у Србији није било уставне владе (као ни парламентарне), да је питање правне природе скупштинске адресе у пракси исходovalo „пад Владе“ (иако не у Парламенту већ њену оставку пред кнезом) те да је обрнут случај – распуштања Скупштине од кнеза – био условљен двоструком опструкцијом њеног рада, прво од либералних, а затим и од конзервативних посланика, по различитим основама. Ти догађаји, сваки од њих „први“ у нашој политичкој историји по свом праву (програмско обраћање по донетом уставу, фактички пад Владе у Скупштини и распуштање до тада „послушне“ скупштине), посматрани синтетски, показују развој парламентарног режима *praeter legem*, остављајући широко поље будућим истраживачима да проучавају њихове различите аспекте.

Следећи рад има задатак да на основу више ванправних извора (служећи се махом мемоаристиком) дочара мишљења појединих политичких актера (често по позиву и правника) о доношењу Устава и његовом важењу – примени норми у пракси. Урош Станковић помиње око двадесет пет личности чији ће записи бити релевантни за његову анализу, различитих страначких опредељења и струка. Премда је највише простора дао Николи Крстићу (као правнику), заступљени су (мање-више) и ставови осталих.

У упоредном приказу мњења (не)поузданих наратора, праћеном многим фактографским и јуридикским исправкама, које често потичу из примарних извора, аутор прати најбитније етапе уставотворног процеса: од Никољског одбора и питања правоваљаности тог питања у светлу члана 14 Закона о Народној скупштини, кризе у Државном савету поводом иницијативе за доношење Устава, Духовске скупштине те реакција на његово доношење у домаћим и страним политичким круговима.

Последњи одељак тог рада чине осврти савременика на честе примере лоше државноправне праксе из периода важења Устава: одступања од правила о преносу владарских овлашћења, прописаних у члановима 9 и 10, злоупотреба ванредне законодавне процедуре по члану 56 и враћање на снагу Устава после државног удара краља Александра из 1894. године. Осим изворног доприноса, рад поседује и прегледне квалитете, управо због ауторовог приступа теми.

Зборник се завршава радом о уставним нацртима из осамдесетих година 19. века, потеклим од две водеће политичке опције тих година – Напредне и Радикалне странке. Танасије Маринковић започиње своју анализу освртом на политичке околности које покрећу питање промене устава већ са првом напредњачком владом Милана Пироћанца, која је сматра толико значајном да је проглашава за једно од својих програмских начела.

Након објашњења разлога неуспеха промене устава, аутор се фокусира на излагање основне систематике напредњачког и радикалског нацрта устава, дајући преглед њиховог садржаја и помињући неке особито значајне чланове. Како сам напомиње, даљи фокус рада није детаљна компаративистичка студија оба нацрта већ њихово кратко поређење са својим претходником, Намесничким уставом, који је требало да замени, те са потоњим, Уставом из 1888. године, на чији су текст на више места утицали. Ова ограда, ипак, делимично оправдава тако амбициозан одабир теме.

Маринковић упоређује одредбе о судијској независности, правима грађана и системима власти, као угаоним каменима уставног уређења. У свима њима се види значајан помак у односу на постојећу регулативу те стремљење за оновременим трендовима европског конституционализма, па чак и њихово превазилажење. Закључујући, аутор нотира да је утицај тих нацрта на доцнији устав лако уочљив, чак више на напредњачки неголи на радикалски нацрт.

Најпоследње, имајући у виду бројна дела која се баве Намесничким уставом, шта би овај зборник могло да издвоји као посебно вредан читалачке пажње? Он не представља системско истраживање које обухвата све норме Устава, попут каквог коментара. Такође, то није свеобухватно дело политичке историје које прича о настанку Устава нити о хронично државноправне праксе. Значај овог дела је у томе што корача путем којим се ређе иде – аутори бирају теме које су нешто ређе привлачиле пажњу научне јавности, било да се тичу доношења, текста норми или „уставног живота“, при чему један број њих користи необјављене и теже доступне изворе, дајући свеж поглед на сложена питања Устава којим

је Србија стварала свој идентитет уставне (ограничене) монархије. Крећући се његовим страницама, може се стећи ново поштовање за уставни текст, не као за размеђу претходног и следећег већ као за номотехничко достигнуће по свом праву.

Његов „умерени либерализам“ је посејао семе за развој парламентарне владе, док је његов „претерани либерализам“ одлучно искључио могућност враћања старих апсолутистичких тежњи монарха и горку борбу између законодавних чинилаца. Идеализовати га, само због претходног стања уставног законодавства, погрешно је колико и одузимати му вредност поузданог савезника нешто доцније владарске самовоље. Устав из 1869. године јесте представљао завидно решење за Србију која је, за његовог важења, доживела неколико историјских вододелница, те га тако, чини се, поимају и аутори заступљени у овом зборнику. Кроки који они исцртавају у својим радовима (мање или више детаљан) може да послужи као сјајан подстицај за читаоце, без обзира на њихов профил, за даље занимање Намесничким уставом, којим је „Србија постала на пољу државнога права ковач своје среће“ (Ристић [1901] 2021, 187).

ЛИТЕРАТУРА

- [1] Јовановић, Слободан. [1926] 1990. *Влада Милана Обреновића*. Књига I. Београд: БИГЗ.
- [2] Јовановић Слободан. [1929] 1990. *Влада Александра Обреновића*. Књига I. Београд: БИГЗ.
- [3] Новаковић, Стојан. 1912. *Двадесет година уставне политике у Србији: 1883–1903*. Београд: Књижевна библиотека С. Б. Цвијановића.
- [4] Поповић, Dragoljub. 2021. *Constitutional history of Serbia*. Paderborn: Brill.
- [5] Ристић, Јован. [1901] 2021. *Спољашњи одношаји Србије новијега времена*, књига 3, 1868–1872. Ниш: Талија Издаваштво.
- [6] Стефановски, Мирјана. 2016. *Постанак Намесничког устава*. Београд: Правни факултет Универзитета, Центар за издаваштво и информисање.
- [7] Живановић, Живан. [1922] 2021. *Политичка историја Србије у другој половини деветнаестог века*. Књига I, Од Свето-Андрејске скупштине до прогласа независности Србије: 1858–1878. Ниш: Талија Издаваштво.

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 заграде:

- 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 Univerzитета 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.“, „f.“ или слично.

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

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

(видети посебно Бакић 1959)

(Станковић, 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

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

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

Цитирање више дела истог аутора

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...

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

T: (Поповић 2018, број стране),

Р: 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.

Поново издање – репринт

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

Л: 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)

Л: 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)

Л: Васиљевић, Мирко. 2/2018. Арбитражни уговор и интеркомпанијскоправни спорови. *Анали Правног факултета у Београду* 66: 7–46. (Vasiljević, Mirko. 2/2018. Arbitražni ugovor i interkompanijskopравни sporovi. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 66: 7–46.)

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

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

Цитирање целог броја часописа

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

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

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

Л: *Анали Правног факултета у Београду*. 6/1982. *Саветовање: Нека актуелна питања осигурања од грађанске одговорности*, 30: 939–1288. (*Анали Правног факултета у Београду*. 6/1982. *Savetovanje: Neka aktuelna pitanja osiguranja od građanske odgovornosti*, 30: 939–1288.)

Коментари

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

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

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

Л: 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.

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

Л: 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

Т: објављено у *Политици* (2019)

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

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

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

Чланак у часопису или дневним новинама са аутором (ауторима)

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

L: Švarn, Filip, Slobodan Georgijev. 2018. Razgraničenje je model u skladu sa politikom etničkog čišćenja. *Vreme*. Avgust 2018.

T: (Mathews, DeBaise 2000)

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

Необјављени рукопис

T: (Аврамовић, Тодоровић 2017)

L: Аврамовић, Павле, Ненад Тодоровић. 2017. Стицање без основа у римском праву. Необјављен рукопис. Универзитет у Нишу, Правни факултет, август. (Avramović, Pavle, Nenad Todorović. 2017. Sticanje bez основа 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)

Л: 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

Т: (Томић, Павловић 2018)

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

Т: (Glaeser, Sacerdote 2000)

Л: 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

Т: Као што тврди Дамњановић (2017),

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

Т: (Welch 1998)

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

Стабилни интернет протокол (URL)

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

Л: 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.)

Т: According to the Intellectual Property Office (2018)
Л: 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)

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

T: (Spier 2003, број стране)

Л: 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.

Л: 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.

Л: 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 (ВСС Рев. 1354/06; CJEU C-20/12, или Giersch and Others; Opinion of AG Mengozzi) конзистентно у целом чланку.

Л: 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).

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

Л: Не треба наводити прописе у списку коришћене литературе.

4. ПРИЛОЗИ, ТАБЕЛЕ И СЛИКЕ

Фусноте 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 заузимати 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 фусноте 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 = The Annals of the Faculty of Law in Belgrade : Belgrade law review / главни и одговорни уредник Марија Караникић Мирић. – [Српско изд.]. – Год. 1, бр. 1 (1953)–. – Београд : Правни факултет Универзитета у Београду, 1953– (Београд : Бирограф). – 24 cm

Тромесечно. – Преузео је: Annals of the Faculty of Law in Belgrade.
– 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

Факултетски научни часопис *Анали Правног факултета у Београду* излази од 1953. године (ISSN: 0003-2565) као потомак часописа *Архив за правне и друштвене науке* који је излазио од 1906. године.

Главни уредници *Архива за правне и друштвене науке* били су: Коста Кумануди и Драгољуб Аранђеловић (1906–1911), Коста Кумануди (1911–1912), Чедомиљ Митровић (1920–1933), Михаило Илић (1933–1940), Ђорђе Тасић (1940–1941) и Јован Ђорђевић (1945).

Главни уредници *Анала Правног факултета у Београду* били су: Михајло Константиновић (1953–1960), Милан Бартош (1960–1966), Војислав Бакић (1966–1978), Војислав Симовић (1978–1982), Обрен Станковић (1982–1985), Дејан Поповић (1996), Миодраг Орлић (1997–2004), Данило Баста (2004–2006), Сима Аврамовић (2006–2012), Миролуб Лабус (2013–2015) и Мирко Васиљевић (2016–2018).

У часопису се објављују научни чланци, критичке анализе, коментари судских одлука, прилози из међународног научног живота и прикази књига. Часопис излази и у електронском облику (eISSN: 2406-2693).

Радови објављени у 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.

Часопис излази тромесечно.

ISSN 0003-2565



БУЛЕВАР КРАЉА АЛЕКСАНДРА 67
11000 БЕОГРАД
СРБИЈА
anali@jus.bg.ac.rs
anali.rs