

---

UDK 34(058)



ISSN 0350-8501

---

УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ  
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

**ЗБОРНИК РАДОВА  
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ**

БРОЈ 70 | ГОДИНА LIV | 2015

**COLLECTION OF PAPERS  
FACULTY OF LAW, NIŠ**

Nº 70 | YEAR LIV | 2015

НИШ, 2015.

## ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ

Ниш, 2015.

### Издавач

Правни факултет у Нишу

### За издавача

Проф. др Мирослав Лазић, декан

### Главни и одговорни уредник

Проф. др Ирена Пејић

### Уредници броја

Проф. др Мирослав Лазић

Проф. др Милена Јовановић Zattila

### Чланови Редакционог одбора из земље

Проф. др Драган Чорбић  
Проф. др Мирко Живковић  
Проф. др Невена Петрушић  
Проф. др Саша Кнежевић  
Проф. др Срђан Голубовић  
Проф. др Горан Обрадовић

### Чланови Редакционог одбора из иностранства

Prof. dr Michael Geistlinger, професор Универзитета, Салцбург, Аустрија

Проф. др Иванова Светлана Анатолевна, декан Правног факултета Финансијског универзитета Владе Руске федерације

Проф. др Сашо Георгијевски, професор Правног факултета Јустинијан Први, Скопље, Македонија

Груцина Людмила Јуревна, доктор правних наука, Катедра грађанског права Финансијског универзитета Владе Руске федерације

Проф. др Анатолий Капустин, професор Финансијског универзитета Владе Руске федерације

Prof. dr Isabel S. Marcus, професор Правног факултета Универзитета Бафалоа, Бафало, САД

Селивон Николай Федосович, академик, председник Међународног трговинског арбитражног суда при Привредно-индустријској комори Украјине

Проф. др Шагиева Розалина Васильевна, проректор Академије адвокатуре и нотаријата Руске федерације

**Секретар Редакционог одбора:** доц. др Душица Миладиновић-Стефановић

**Преводи:** Гордана Игњатовић (енглески)

**Лектура:** Александра Гојковић

**Технички уредник:** Ненад Милошевић

**Штампа:** Пунта, Ниш

Од 1. марта 2014. године Зборник радова Правног факултета у Нишу под називом *Collection of papers, Faculty of Law, Nis* је у пуном тексту доступан у EBSCO бази Legal Source.

---

ЦЕНТАР ЗА ПУБЛИКАЦИЈЕ Правног факултета Универзитета у Нишу  
18 000 Ниш, Трг краља Александра 11, тел. +381 18 200 501,  
zbornik@prafak.ni.ac.rs, www.prafak.ni.ac.rs

**COLLECTION OF PAPERS, FACULTY OF LAW, NIS**  
NIŠ, 2015

**Publisher:**

Faculty of Law, University of Niš

**For the Publisher:**

Prof. dr Miroslav Lazić, Dean

**Editor-in-Chief:**

Prof. dr Irena Pejić

**Issue Editorial**

Prof. dr Miroslav Lazić

Prof. dr Milena Jovanović -Zattila

Editorial Board of the Law Faculty Journal

**Editorial Board Members  
(Faculty of Law):**

Prof. dr Dragan Čorbić

Prof. dr Mirko Živković

Prof. dr Nevena Petrušić

Prof. dr Saša Knežević

Prof. dr Srđan Golubović

Prof. dr Goran Obradović

**Editorial Board Members (international):**

Prof. dr Michael Geistlinger, Department of Public International Law, University of Salzburg, Salzburg, Austria

Prof. dr Иванова Светлана Анатольевна, Dean, Faculty of Law, Finance University of the Government of the Russian Federation, Moscow, Russian Federation

Prof. dr Sašo Georgijevski, Faculty of Law "Iustinianus Primus", Ss. Cyril and Methodius University, Skopje, FRY Macedonia

Prof. dr Груцина Людмила Юрьевна, Civil Law Department, Faculty of Law, Finance University of the Government of the Russian Federation, Moscow, Russian Federation

Prof. dr Анатолий Капустин, Faculty of Law, Finance University of the Government of the Russian Federation, Moscow, Russian Federation

Prof. dr Isabel S. Marcus, Buffalo Law School, University of Buffalo, USA

Селивон Николай Федосович, Academician, Chairman of the International Trade Arbitration Court, Ukrainian Chamber of Commerce and Industry, Ukraine

Prof. dr Шагиева Розалина Васильевна, Vice-Rector, the Academy for Advocacy and Notary Services of the Russian Federation, Russian Federation

**Technical Secretary of the Editorial Board:**

Dušica Miladinović-Stefanović, LL.D.

**Translation:** Gordana Ignjatović (English)

**Proofreading:** Aleksandra Gojković

**Desktop publishing:** Nenad Milošević

**Print:** Punta, Niš

---

PUBLICATION CENTRE, Faculty of Law, University of Niš

Trg kralja Aleksandra 11, Niš 18000, Serbia

Telephone: +381 18 500 201,

E-mail: [zbornik@prafak.ni.ac.rs](mailto:zbornik@prafak.ni.ac.rs)

Website: <http://www.prafak.ni.ac.rs>

<http://www.ebscohost.com/public/legal-source>



# САДРЖАЈ

## Г ЧЛАНЦИ

<b>Уводна реч</b> .....	17
<b>Michael GEISTLINGER,</b> The EU-Neighbourhood Policy and the Case of Transnistria....	21
<b>Rodoljub ETINSKI,</b> Concept of Indirect Discrimination under Article 14 of the European Convention on Human Rights .....	41
<b>Весна КНЕЖЕВИЋ ПРЕДИЋ,</b> Заштита жртва оружаних сукоба: 150 година Женевске конвенције за побољшање судбине рањеника на бојном пољу .....	59
<b>Зоран РАДИВОЈЕВИЋ,</b> Судска заштита службеника у Европској унији.....	81
<b>Дарко СИМОВИЋ,</b> Родна равноправност у светлости остваривања слободе вероисповести .....	101
<b>Небојша РАИЧЕВИЋ,</b> Заштита деце у међународном хуманитарном праву .....	119
<b>Маја НАСТИЋ,</b> Изборно право особа са инвалидитетом.....	137
<b>Славиша КОВАЧЕВИЋ,</b> Друштвени оквир „права слабијег“ .....	157
<b>Тодор КАЛАМАТИЈЕВ,</b> <b>Александар РИСТОВСКИ,</b> Субординација у радном праву и савремени изазови разграничења уговора о раду и уговора о делу.....	171
<b>Милан ПЕТРОВИЋ,</b> Прилог учењу о основним појмовима тријалистичке теорије права и државе.....	195
<b>Предраг ДИМИТРИЈЕВИЋ,</b> <b>Дејан ВУЧЕТИЋ,</b> Остваривање права на службену употребу језика и писама приликом управног поступања у Републици Србији.....	229

<b>Срђан ГОЛУБОВИЋ,</b> Улога народне банке србије у очувању и јачању финансијске стабилности.....	253
<b>Горан ОБРАДОВИЋ,</b> Заштитна функција законодавства о раду .....	269
<b>Марина ДИМИТРИЈЕВИЋ,</b> Правичност и актуелно моделирање пореских система у свету.....	277
<b>Вања ВАЛКАДИНОВА,</b> Административне аспекты защиты от дискриминации людей с ограниченными возможностями в соответствии с болгарским законодательством.....	293
<b>Марко ДИМИТРИЈЕВИЋ,</b> Управљање јавним зајмом: правно-економске последице по положај државе као дужника.....	311
<b>Штефан ПИРНЕР,</b> Заштита окривљених и оптужених у кривичном поступку у светлу специфичних услова правне трансформације ...	329
<b>Миодраг Н. СИМОВИЋ,</b> <b>Марина М. СИМОВИЋ,</b> <b>Владимир М. СИМОВИЋ,</b> Поступак за издавање казног налога у кривичном процесном законодавству и пракси у Босни и Херцеговини .....	353
<b>Војислав ЂУРЂИЋ,</b> Законске гаранције права на правично суђење у кривичном поступку Србије .....	373
<b>Драган ЈОВАШЕВИЋ,</b> Одговорност и кажњивост за злочин геноцида.....	391
<b>Миомира КОСТИЋ,</b> <b>Филип МИРИЋ,</b> Двоструки одраз неписмености – виктимогена предиспозиција и/или криминогени фактор.....	409
<b>Дарко ДИМОВСКИ,</b> Ресторативна правда у функцији заштите од насиља у породици .....	423

<b>Душица МИЛАДИНОВИЋ СТЕФАНОВИЋ,</b> Заштита мањинских група од говора мржње - Преиспитивање капацитета кривичног законодавства Србије -.....	439
<b>Nadezhda KRUSTEVA,</b> Deviant child behavior: A child as a victim or an offender....	459
<b>Иван ИЛИЋ,</b> Примена принципа In dubio pro reo у кривичном поступку .....	467
<b>Dragan BOLANČA,</b> Pravni položaj člana posade broda .....	483
<b>Dušan NIKOLIĆ,</b> Legal protection of the weaker side in Private law of the Republic of Serbia .....	499
<b>Rodna ŽIVKOVSKA,</b> <b>Tina PRŽESKA,</b> <b>Dragi RAŠKOVSKI,</b> The legal status of the owner of the expropriated property in the Republic of Macedonia .....	517
<b>Зоран ПОЊАВИЋ,</b> Породична права деде и бабе према унуцима.....	535
<b>Мирослав ЛАЗИЋ,</b> Заштита хипотекарног дужника од неправичних клаузула.....	555
<b>Драгор ХИБЕР,</b> <b>Милош ЖИВКОВИЋ,</b> Заштита корисника кредита од једностране измене висине уговорене камате .....	573
<b>Ђорђе Л. НИКОЛИЋ,</b> <b>Михајло ЦВЕТКОВИЋ,</b> Појам предуговора у преднацрту грађанског законика Републике Србије .....	587
<b>Марија ИГЊАТОВИЋ,</b> Осврт на правни положај детета у римском праву .....	605
<b>Nataša HADŽIMANOVIĆ,</b> Zwang versus Freiheit: Vertrauliche und anonyme Geburt auf dem Prüfstein .....	615

<b>Раденко ЈОТАНОВИЋ,</b> Право грађења.....	637
<b>Tina PRŽESKA,</b> The legal status of the mortgage creditor and the mortgage debtor .....	657
<b>Ивана СИМОНОВИЋ,</b> Приватна аутономија и забрана дискриминације у грађанскоправним односима .....	677
<b>Милица ВУЧКОВИЋ,</b> Месна уобичајеност коришћења непокретности и теорија преокупације у систему имисионе грађанскоправне заштите.....	703
<b>Silvija PETRIĆ,</b> Temeljna obilježja prava zaštite potrošača Republike Hrvatske u svjetlu novog Zakona o zaštiti potrošača.....	719
<b>Александар ЂИРИЋ,</b> <b>Предраг ЦВЕТКОВИЋ,</b> Начело специјалног и диференцијалног третмана у праву Светске трговинске организације.....	737
<b>Милена ЈОВАНОВИЋ ЗАГТИЛА</b> Право потрошача на повлачење из уговора.....	755
<b>Zlatan MEŠKIĆ,</b> Novine u procesnopravnoj zaštiti potrošača u prekograničnim sporovima u Evropskoj uniji .....	767
<b>Mustafa YASAN,</b> Consumers protection against general terms in banking contracts as unfair competition practices according to turkish law.....	785
<b>Anita PETROVIĆ,</b> Novo pravno uređenje finansijskih usluga u BiH – koliko su korisnici stvarno zaštićeni?.....	801
<b>Georgios PANOPOULOS,</b> The influence of the e-commerce directive on conflict-of laws and jurisdiction rules regarding the protection of tort victims and consumers.....	823



<b>Alehandra E. DOUGA,</b> Consumer protection in greece, especially in insurance contracts .....	841
<b>Dejan BODUL,</b> <b>Ivan RUBINIĆ,</b> Draft of the croatian consumer bankruptcy act: Legal Protection Instrument for Over-indebted Consumers or Prolongation of the Status Quo? .....	863
<b>Гордана СТАНКОВИЋ,</b> Правна заштита тзв. правно невидљивих лица .....	885
<b>Невена ПЕТРУШИЋ,</b> Поступак за лишење пословне способности у праву Србије у контексту међународних стандарда о правима особа са инвалидитетом .....	903
<b>Александар МОЈАШЕВИЋ,</b> Парница насупрот непосредном преговарању: економска анализа.....	921
<b>Gunnar FRANCK,</b> Injured parties and personal liability insurance: Legal protection in European Private International Law .....	941
<b>Vassiliki KOUMPLI,</b> Some considerations on the position of vulnerable parties in mediation .....	961
<b>Анђелија ТАСИЋ,</b> Заштита од позивања на одговорност у антидискриминационом праву – национални и европски стандарди .....	979
<b>Упутство за ауторе</b> .....	991



# CONTENTS

Editor's Introductory Note..... 19

## I ARTICLES

**Michael GEISTLINGER**

Суседска политика Европске уније  
и Случај Транснистрије..... 21

**Rodoljub ETINSKI**

Нови концепт посредне дискриминације према  
члану 14. Европске конвенције о људским правима..... 41

**Vesna KNEŽEVIĆ PREDIĆ**

Protection of Victims of Armed Conflicts: In light  
of the 150th Anniversary of the Geneva Convention ..... 59

**Zoran RADIVOJEVIĆ,**

Judicial Protection of Civil Servants  
in the European Union ..... 81

**Darko SIMOVIĆ**

Gender Equality in light of Exercising  
the Freedom of Religion ..... 101

**Nebojša RAIČEVIĆ**

Protection of children in International humanitarian Law .... 119

**Maja NASTIĆ**

Electoral Rights of Persons with disability ..... 137

**Slaviša KOVAČEVIĆ**

The Social Framework for the Right of the Weaker Party..... 157

**Todor KALAMATIEV**

**Aleksandar RISTOVSKI**

Subordination in Labour Law and Contemporary  
Challenges in Distinguishing Between Employment  
Contracts and Service Contracts ..... 171

**Milan PETROVIĆ**

A Contribution to the Theoretical Study on the  
Basic Legal Concepts..... 195

<b>Predrag DIMITRIJEVIĆ,</b> <b>Dejan VUČETIĆ,</b> Exercising the Right to Official Use of Languages and Alphabets in Administrative Proceedings in the Republic of Serbia .....	229
<b>Srdan GOLUBOVIĆ,</b> The role of the National bank of Serbia in Preserving and Strengthening financial stability .....	253
<b>Goran OBRADOVIĆ,</b> The protective function of labour legislation .....	269
<b>Marina DIMITRIJEVIĆ,</b> Fairness and the Current Process of Modeling Tax Systems in the Contemporary World.....	277
<b>Vanya VALKADINOVA,</b> Административни аспекти заштите особа са инвалидитетом у бугарском законодавству .....	293
<b>Marko DIMITRIJEVIĆ,</b> Public loans management: Legal and Economic Consequences concerning the Position of the Debtor State .	311
<b>Stefan PÜRNER</b> Protection of Indicted and Accused Persons under the specific conditions of legal transformation .....	329
<b>Miodrag N. SIMOVIĆ,</b> <b>Marina M. SIMOVIĆ,</b> <b>Vladimir M. SIMOVIĆ</b> The Proceeding on issuing a Penal Order in the Criminal Procedure Law and Practice in Bosnia and Herzegovina .....	353
<b>Vojislav ĐURĐIĆ</b> Legal Guarantees of the Right to a Fair Trial in Serbian Criminal Procedure .....	373
<b>Dragan JOVAŠEVIĆ,</b> Criminal Liability and Punishment for the Crime of Genocide.....	391
<b>Miomira KOSTIĆ,</b> <b>Filip MIRIĆ,</b> The dual nature of illiteracy: A Victimogenic Predisposition and/or a Criminogenic Factor.....	409

<b>Darko DIMOVSKI,</b> The Role of Restorative Justice in the Protection against Domestic Violence .....	423
<b>Dušica MILADINOVIĆ STEFANOVIĆ,</b> Protection of minority groups from hate speech: Re-assessing the Capacities of the Serbian Criminal Legislation.....	439
<b>Nadezhda KRUSTEVA,</b> Девијантно понашање деце: дете као жртва или починилац.....	459
<b>Ivan ILIĆ,</b> Application of the In dubio pro reo Principle in Criminal Procedure.....	467
<b>Dragan BOLANČA,</b> Legal Position of Ship Crew Members .....	483
<b>Dušan NIKOLIĆ,</b> Правна заштита слабије стране у приватном праву Републике Србије .....	499
<b>Rodna ŽIVKOVSKA,</b> <b>Tina PRŽESKA,</b> <b>Dragi RAŠKOVSKI,</b> Правни положај власника експропријисаног земљишта у Републици Македонији.....	517
<b>Zoran PONJAVIĆ,</b> Grandparents' Family Rights regarding Grandchildren .....	535
<b>Miroslav LAZIĆ,</b> Protection of the Mortgage Debtor from Unfair Clauses.....	555
<b>Dragor HIBER,</b> <b>Miloš ŽIVKOVIĆ,</b> Protection of Credit Users from Unilateral Changes in the Contracted Interest Rate .....	573
<b>Đorđe L. NIKOLIĆ,</b> <b>Mihajlo CVETKOVIĆ,</b> The Concept of Preliminary Agreement in the Preliminary Draft of the Serbian Civil Code.....	587
<b>Marija IGNJATOVIĆ,</b> Legal Status of the Child in Roman Law.....	605

<b>Nataša HADŽIMANOVIĆ,</b> Принуда или слобода: Поверљиви и анонимни порођај ..	615
<b>Radenko JOTANOVIĆ,</b> Right to build .....	637
<b>Tina PRŽESKA,</b> Правни статус хипотекарног повериоца и хипотекарног дужника.....	657
<b>Ivana SIMONOVIĆ,</b> Private Autonomy and Non-Discrimination in Civil Law....	677
<b>Milica VUČKOVIĆ,</b> The Standard of Customary Local Usage of Land and the Theory of First Occupancy in the Civil Law Protection against Emissions .....	703
<b>Silvija PETRIĆ,</b> General Features of Consumer Protection Law in the Republic of Croatia in the context of the new Consumer Protection Act .....	719
<b>Aleksandar ĆIRIĆ,</b> <b>Predrag CVETKOVIĆ,</b> The Principle of Special and Differential Treatment in the WTO Law.....	737
<b>Milena JOVANOVIĆ ZATILA</b> The Consumer's Right to Withdraw from the Contract.....	755
<b>Zlatan MEŠKIĆ,</b> The Development of Consumer Procedural Protection in Cross-border Disputes in the European Union: Recast Brussels I Regulation and the Right to Effective Legal Protection under Article 47 of the EU Charter of Fundamental Rights .....	767
<b>Mustafa YASAN,</b> Заштита потрошача против општих услова уговарања као примера нелојалне конкурентске праксе банака у праву Турске .....	785
<b>Anita PETROVIĆ,</b> The New Legal Regulation of Financial Services in B&H: How much are the users really protected? .....	801

<b>Georgios PANOPOULOS,</b> Утицај Директиве о електронској трговини на избор меродавног права и норми о надлежности за заштиту слабије стране (лица оштећених по основу вануговорне одговорности и потрошача) .....	823
<b>Alehandra E. DOUGA,</b> Заштита потрошача у Грчкој, нарочито у уговорима о осигурању .....	841
<b>Dejan BODUL,</b> <b>Ivan RUBINIĆ,</b> Нацрт Закона о стечају потрошача Републике Хрватске: Инструмент правне заштите за презадужене потрошаче или продужење status quo?.....	863
<b>Gordana STANKOVIĆ,</b> Legal Protection of the Legally Invisible Persons .....	885
<b>Nevena PETRUŠIĆ,</b> The Procedure for Deprivation of Contractual Capacity in Serbian Legislation in light of international standards on the rights of people with disabilities .....	903
<b>Aleksandar MOJAŠEVIĆ,</b> Litigation vs. Direct Negotiation: An Economic Analysis .....	921
<b>Gunnar FRANCK,</b> Оштећене стране и осигурање од личне одговорности: Правна заштита у Европском међународном приватном праву .....	941
<b>Vassiliki KOUMPLI,</b> Нека запажања о положају слабије стране у Медијацији.....	961
<b>Anđelija TASIĆ</b> Prohibition of Invoking Liability in Anti-Discrimination Legislation: National and European standards.....	979
<b>Instruction for Authors.....</b>	993





## Уводна реч

Зборник радова који је пред вама, настао је као резултат учешћа великог броја иностраних и домаћих стручњака на међународној научној конференцији „Право у функцији заштите слабијег“. Конференција је одржана 18. и 19. маја 2015. године у организацији Центра за правна и друштвена истраживања Правног факултета Универзитета у Нишу, у склопу обележавања 55. годишњице рада. Избор теме конференције израз је намере правне науке да допринесе побољшању неповољног правног положаја одређених категорија лица у разнородним правним односима, као што су деца, старији, особе са инвалидитетом, жртве насиља, жртве рата, припадници мањина, окривљени, потрошачи и други „слабији“ уговарачи, пацијенти, економски зависни субјекти и др. Оваква тема врло је актуелна имајући у виду растуће разлике и неједнакост међу људима на светском и локалном нивоу. Право може да понуди смернице како би се њихове перспективе макар кретале у истом, позитивном смеру.

На конференцији је учествовало 70 аутора са 63 реферата, којима се овом приликом захваљујемо на њиховом личном ангажовању. Посебну захвалност упућујемо иностраним референтима који су представили: Правни факултет Универзитета у Салцбургу (Аустрија), Max Planck институт за упоредно и међународно приватно право (Немачка), Правни факултет Универзитета Сакагау (Турска), Хеленски институт за међународно и инострано право (Грчка), Правни факултет Свеучилишта у Сплиту и Правни факултет Свеучилишта у Ријеци (Хрватска), Правни факултет „Јустинијан Први“ Универзитета „Свети Ђирило и Методије“ (Македонија), Правни факултет Универзитета у Зеници и Правни факултет Универзитета у Тузли (Босна и Херцеговина), Немачку фондацију за међународну правну сарадњу (IRZ). Конференцију су увеличали и реномирани домаћи аутори са Правног факултета и Факултета политичких наука Универзитета у Београду, Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Правног факултета Универзитета у Бањој Луци и Криминалистичко-полицијске академије. Разноврсно географско и професионално порекло учесника (универзитетски радници, истраживачи, судије, адвокати) обезбедило је изузетне услове за научну дискусију.

Треба поменути и писани допринос уважених колега са Финансијског универзитета Владе Руске Федерације, Руске академије адвокатуре и нотарства, као и Универзитета „Дружба народов“. Иако нису присуствовали, они су послатим радовима надоградили међународни карактер конференције. Исто важи и за ауторе са бугарског Универзитета „Неофит Рилски“.

Рад конференције одвијао се у две одвојене, симултане сесије. Јавноправна сесија објединила је радове из уставног, радног, управног и кривичног права, укључујући и правноекономска питања. Приватноправна сесија обухватила је радове из домена грађанског материјалног права, трговинског права и заштите потрошача, као и грађанског процесног права са међународним приватним правом. Објављивање овог Зборника израз је настојања да се резултати истраживања учине доступним широј јавности, како би се подстакла научна и стручна расправа о теоријским и практичним проблемима везаним за поједина подручја правног система, чиме се остварује и део постављених циљева саме конференције.

Одржавање конференције финансијски је помогло Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије. Општи је закључак да је конференција протекла веома успешно и у садржинском и у организационом смислу, па је тако на примереном академском нивоу обележен јубилеј Факултета.

#### *УРЕДНИЦИ*

*Проф. др Милена Јовановић Zattila*  
*Управница Центра за правна*  
*и друштвена истраживања*

*Проф. др Мирослав Лазућ*  
*Декан Правног факултета*

## Editor's Introductory Note

This Collection of Papers includes contributions of numerous foreign and domestic scholars who took part in the International Scientific Conference “Legal Protection of Vulnerable Groups”, held at the Faculty of Law in Niš on the 18th and 19th May 2015. The Conference was organized by the Centre for Legal and Social Research, within the events marking the 55th Anniversary of the Faculty of Law, University of Niš.

The choice of the Conference topic has been governed by the intention of legal scholars to contribute to improving the underprivileged legal position of vulnerable groups in diverse legal relations, such as those involving children, the elderly, persons with disabilities, victims of violence, victims of war, minorities, convicted offenders, consumers and other “weaker” contracting parties, patients, economically dependent subjects, etc. The legal protection of vulnerable groups is a highly topical issue considering the growing discrepancies and inequalities at both global and regional level. In this context, law may provide relevant guidance for prospective positive change.

The Conference was attended by 70 participants, who presented a total number of 63 oral reports. On this occasion, we would like to thank all the authors who contributed their papers to this publication. First of all, we wish to acknowledge the participation of a large number of prominent foreign scholars from the following institutions: Faculty of Law, University of Salzburg (Austria); Max Plank Institute for Comparative and International Private Law, Hamburg (Germany); Hellenic Institute for International and Foreign Law (Greece); Faculty of Law, University of Sakarya (Turkey); Faculty of Law, University of Split (Croatia); Faculty of Law, University of Rijeka (Croatia); Faculty of Law “Iustinianus Primus”, University “Ss. Cyril and Methodius”, Skopje (FRY Macedonia), Faculty of Law, University of Zenica (Bosnia and Herzegovina), Faculty of Law, University of Tuzla (Bosnia and Herzegovina), and German Foundation for International Legal Cooperation (IRZ), Bonn (Germany). We also extend our sincere appreciation to the authors from a large number of eminent domestic institutions: Faculty of Law, University of Belgrade; Faculty of Political Science, University of Belgrade; Faculty of Law, University of Novi Sad; Faculty of Law, University of Kragujevac; Faculty of Law, University of Banja Luka; Police Academy in Belgrade, and Faculty of Law, University of Niš (Serbia). The diverse geographical and professional backgrounds of the Conference participants (university scholars, researchers, judges, lawyers and other practitioners) has significantly contributed to vibrant scientific discussion on the envisaged topic.

In addition, we sincerely appreciate the contribution of our renowned colleagues from the Financial University of the Government of the Russian Federation, Moscow; the Russian Academy of Advocacy and Notary, Moscow; the “Peoples’ Friendship” University, Moscow (Russian Federation), and the colleagues from the South-West University “Neofit Rilsky”, Blagoevgrad (Bulgaria), who were unable to attend the Conference in person but whose papers considerably contributed to its international character.

The Conference proceedings included two distinctive but simultaneous sessions. The Public Law session included the presentation of papers in the areas of constitutional law, labour law, administrative law and criminal law, as well as the area of law and economics. The Private Law session included the presentation of papers in the areas of substantive civil law, trade law, consumer protection, civil procedure and private international law.

The publication of this Collection of Papers is a result of an effort to make the research results available to general public and to encourage scientific and professional discussion on theoretical and empirical problems related to this issue in diverse areas of law. In this respect, the Conference has met the envisaged goals and objectives.

The Conference was financially supported by the Ministry of Education, Science and Technological Development of the Republic of Serbia. Generally commended as being highly successful both in terms of content and organization, the Conference duly contributed to celebrating the 55th Anniversary of the Faculty of Law in Niš.

*Editors-in-Chief:*

*Prof. Milena Jovanović-Zattila, LL.D.  
Manager of the Legal and Social Research Center  
Faculty of Law, University of Niš*

*Prof. Miroslav Lazić, LL.D.  
Dean,  
Faculty of Law, University of Niš*

**Prof. Michael Geistlinger\*, LL.D.**  
Full Professor,  
Department of Public International Law,  
Faculty of Law, University of Salzburg

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 341.238(4-672EU:478)

Раџ примљен: 30.06.2015.

Раџ прихваћен: 03.12.2015.

## **THE EU-NEIGHBOURHOOD POLICY AND THE CASE OF TRANSNISTRIA**

**Abstract:** *The armed conflict in Eastern Ukraine has been triggered by an aggressive EU neighborhood-policy. In the shadows of this policy, another hotspot was opened up by the EU and the Republic of Moldova, having signed an Association Agreement including the Deep and Comprehensive Free Trade Area (AA/DCFTA) established on 27 June 2014. By concluding this agreement, the EU has continued its policy of neglecting conflicts on the territory of the former Soviet Union, avoiding impartiality and taking a stand of supporting EU-friendly governments. Concurrently, the EU kept ignoring the history of these conflicts, the interests of the other party, and risked further collisions with the Russian Federation. Thus, the EU contributed to creating “vulnerable groups”, the most recent example are the people living in Transnistria. Russian-speaking people were ignored by a Rumanian/Moldovan nationalist political movement in 1989, which introduced the Moldovan/Rumanian language in Latin letters as exclusive state language. The proclamation of the Transnistrian (Pridnestrovian) Moldovan Socialist Soviet Republic in 1990 and a short armed conflict consequently ended in intervention of parts of the 14<sup>th</sup> Soviet Army. From the total number of about 600.000 people living in Transnistria today, about 34 % of the population identify themselves as Moldovans, 28 % as Russians and 26 % as Ukrainians still using the Russian language as official language alongside the Ukrainian and Moldovan language. According to Article 12 of the Constitution of the Transnistrian Moldovan Republic, these people need legal protection in order to have their interests considered when resolving the conflict with the government of the Republic of Moldova, which is supported by the EU.*

**Keywords:** *Transnistrian conflict, EU–Moldova Association Agreement, EU Eastern neighborhood policy, Transnistrian Moldovan Republic.*

---

\* michael.geistlinger@sbg.ac.at

## 1. Introduction

In 2003, it seemed that the conflict between the Transnistrian Moldovan Republic and the areas of the former Moldovan Soviet Socialist Republic Moldova situated on the Western side of the river Dniester would be solved peacefully. Dmitriy Kozak, at that time Deputy Head of the presidential administration of Vladimir Putin, had submitted to the conflict parties a plan which was named the Kozak Plan. Officially, the plan has been called "Draft Memorandum on the Settlement of the Transnistrian Problem, by Russia Submitted to the Leaderships of Moldova, Transnistria, the OSCE and the Ukraine."<sup>1</sup> The Plan followed the established OSCE practice, considering Moldova and Transnistria as conflict parties and Russia and the Ukraine as guarantor states. The OSCE, which had opened its mission in Chisinau in 1993 as the CSCE, acted as facilitator. Its head of mission always signed "*in the presence of the OSCE*".

## 2. The Key Elements of the Kozak Plan

The Kozak Plan intended to create a union state following the model of the Constitution of the Russian Federation. The Russian Constitution creates a federalism which can be called a combination of semantic and assymetric federalism (Geistlinger, 2014: 71 – 84, 621 – 629; Levtshev, 2012: 217 – 227, who designates Russia a decentralized unitarian state). It is an interesting model for attracting entities that aim at independence but are not able to achieve long lasting independence and, finally, have to agree to build a joint state. A strong center and a skilled balance in the distribution of competences and tasks assist to a flexible and durable consideration of interests and distribution of power.

The Kozak Plan followed the OSCE understanding of considering the Republic of Moldova and Transnistria as parties to the conflict. There are many studies that *ex-post* started to explain the reasons for this conflict.<sup>2</sup> But there is no doubt

---

1 There have been published different versions of the plan, either dating from 15 November 2003 (see e.g. a German translation by Malik, 2006: 81 – 97), or arguably from 24 November 2003 (see: the Russian text e.g. retrieved on 22 July 2015, from <http://www.regnum.ru/news/458547.html>). This analysis is based on the Russian text from regnum, which was the version bearing the paraphs of the then Moldovan President Vladimir Voronin and the then Transnistrian President Igor Smirnov. The major difference between both versions lies in the guaranteed provisions.

2 For example, Troebst (2003: 965 – 966) holds that the main reason for the conflict was not ethnically motivated separation but the wish of the regional elites in the urban-industrial centres of Transnistria to protect their possessions and influence. Similarly, Büscher (2004: 161 – 162) calls the Transnistrian movement for autonomy a "*political amalgam consisting of nationalisms of the ethnical major groups of the region, of a traditional Soviet patriotism, of a regional movement, of ideologically motivated driving forces, and of economic and power policy*

that, if the Language Law had not been adopted by the Moldovan Socialist Soviet Republic under the lead of the Popular Front adhering to a pan-Romanian policy on 1 September 1989<sup>3</sup> and, thus, before the end of the Soviet Union, a manifest reason for a war on secession would not have been given.<sup>4</sup>

The explosive provisions of the 1989 Language Law were to be found in Articles 1 – 4. Irrespective of the fact that during the Soviet period, the predominant language had been the Russian language and that the Moldovan language had been using the Cyrillic alphabet, Art. 1 of the Language Law of 1989 declared the Moldovan language on the basis of the Latin alphabet as the state language of the Moldovan SSR. As such, the Moldovan language should apply in all spheres of the political, economic, social and cultural life and should function as a language of the interethnic discourse. Art. 2 of the Language Law provided for the use of the Gagauz and the Russian languages as state languages in areas where the majority of the people belonged to the Gagauz nationality. Apart from that exceptional case, the status of the Russian language was downgraded to a language of interethnic discourse together with the Moldovan language (Art. 3 Language Law). Thus, Transnistria was treated even worse than Gagauzia. Article 4 of the Language Law guaranteed the use of the Ukrainian, Russian, Bulgarian, Hebrew, Yiddish, and Gypsy (gypsy) languages and the languages of other ethnic groups living on the territory of the Republic, for the realization of national-cultural needs.

The Transnistrians' opposite will and understanding could be deduced from Art. 12 of the Constitution of the Transnistrian Moldovan Republic (PMR) as adopted by referendum on 24 December 1995: The Moldovan, Russian and Ukrainian lan-

---

*motivations of old as well as of new elites.*" Such evaluations, even if they may not have been intended by the authors, point to a certain tendency in the interests of the Moldovan side to the conflict, because it reduces or neglects any legitimacy of the Transnistrian side to invoke the right to self-determination of peoples. It is interesting that studies which have been written in a timely neighbourhood to the conflict, come to a different conclusion from the authors writing a decade or more later. Thus, Kaufman (1996: 119) certainly has priority against Zofka (2012: 119 – 120). Kaufman calls the conflict an ethnical conflict, which it certainly was at the moment when it took place. The original reason for separation might have been joined by further motives for maintaining and re-enforcing the later de-facto regime. These additional motives, however, cannot overrule the original essence of the conflict (convincing also Chinn, 1994: 309 – 311). Besides, Zofka (pp. 121 – 128) clearly shows the connection between the Language Law, general strike, movement for autonomy and finally open warfare. Simply, the Moldovan side was not even interested in any objectivity: Stăvilă, 2012: 405.

3 No. 3465-XI: "On the functioning of the languages on the territory of the Moldovan Republic". The Russian text can be retrieved from [http://base.spininform.ru/show\\_doc.fwx?rgn=3281](http://base.spininform.ru/show_doc.fwx?rgn=3281) (Retrieved 22 July 2015).

4 As a consequence, the war of spring 1992 (causing at least 600 if not 1500 casualties) has been qualified as war for autonomy or secession. See Malik, 2006: 9 with further references.

guage was assigned the same status as the official language in the PMR on equal ground.<sup>5</sup> The Moldovan language continued there to use the Cyrillic alphabet.

The Kozak Plan addresses the language issue in Art. 15. It assigns the determination of the status and the procedure for the use of the Moldovan and of the Russian languages to the Constitution of the Federation and to a federal organic law, whereby the Constitution shall implement the following principles:

- the procedure at all bodies of state power and all bodies of the local self-administration shall take place in the Moldovan and the Russian languages;
- everybody has the right to receive official information in the above bodies and by the respective officials according to his/her own choice, either in the Moldovan or in the Russian language;
- alongside the Moldovan and the Russian language, the Constitutions of the Subjects of the Federation can establish other official and/or state languages on the territories of the Subjects of the Federation;
- the Federation recognizes to all citizens living on its territory the right to preserve their mother tongue and to create conditions for their education and development.

One can assume that one element of this compromise which was not explicitly mentioned in the text of the Kozak Plan was the readiness of the Transnistrian side that the Moldovan language would use the Latin alphabet. Given this assumption, the language solution proposed by the Kozak Plan seems to be well-balanced, reasonable and feasible.

This result could have been easily achieved in 1989 and without any war, if the driving political forces in the then Moldovan Socialist Soviet Republic had chosen a less nationalist approach. Thus, the Kozak Plan did not only have to overcome the reason for the conflict but also the fact of the co-existence of two de-facto states on one territory for more than 20 years, even if one of them was not internationally recognized and, thus, considered to be only a de-facto regime and the results of the warfare itself. The Transnistrian de-facto regime had adopted its own Constitution, instituted its own state authorities, had its own currency and its own budget, so that the major issue for the Kozak Plan was how to lead the two states existing de-facto to create one joint state.

This task was particularly difficult because both constitutions had set up centralistic structures. Article 1 para. 1 of the Constitution of the Republic of Moldova of 29 July 1994, as then and currently in force, explicitly designates Mol-

---

5 See printed version of the Constitution in the three official languages (1996).Tiraspol.



dova as a unitary state.<sup>6</sup> The Constitution of the PMR does not explicitly do so, and in its initial version it even introduced a two-chamber parliament (Art. 53 old).<sup>7</sup> However, in Transnistria, there is no federalist background given. Thus, the Kozak Plan provided for a real breakthrough in its Art. 1, obliging both parties to unification, whereby the state structure of the (unified) Republic of Moldova within the borders of the Moldovan SSR as of 1 January 1990 was to be transformed and based on “federal principles”. This transformation should have taken place by joint elaboration of a Constitution of the unified state – the Federal Republic of Moldova. Before its adoption, the Constitution should have been submitted to a referendum of the entire population to be unified (Art. 2).

Art. 3 of the Kozak Plan specified the framework for the new Constitution of the unified Federal Republic of Moldova. The Federal Republic of Moldova was to be a democratic, sovereign and federal state, governed by the rule of law and based on the principles of unity of its territory, of the principles of the state structure, of its defence (for a provisional period), customs, currency and monetary area. The bearer of sovereignty and the only source of power was to be the people (Art. 3.1). The protection of human rights before international instances based on international treaties was to be guaranteed (Art. 3.2). A multi-party system was to be set up on the entire territory (Art. 3.3). All kinds of property were to be assigned the same status and protection throughout the unified Moldova (Art. 3.4). In its final stage, the Federal Republic of Moldova was understood to be a neutral and demilitarised state.<sup>8</sup> The freedom of movement of persons, goods, services and capital on the whole of its territory was to be guaranteed (Art. 3.6). The priority of the Constitution, federal laws and federal organic laws on the whole territory was to be safeguarded (Art. 3.7). The PMR and the administrative-territorial unit of Gagauzia should achieve the status of Subjects of the Federation, however, with different rights (Art. 3.8). Outside of their territory, all competences of the legislative, executive and judicial powers were to be exercised by the federal President, the federal Parliament, the federal Government, the federal courts and bodies of the local self-administration (Art. 3.9). It was not allowed to change the constitutional status of the territory and

---

6 The text and an unofficial translation into the English language [Electronic version] can be retrieved from the website of the Moldovan Constitutional Court [www.constcourt.md/.../Actele\\_Curtii/acte\\_en/MDA\\_Constitution\\_EN.pdf](http://www.constcourt.md/.../Actele_Curtii/acte_en/MDA_Constitution_EN.pdf) (Retrieved 22 July 2015).

7 The current version of chapter III of the Constitution of the PMR calls the PMR a presidential republic (Art. 55 para. 1). See the text of the Constitution [Electronic version] on the official website of the President of the PMR <http://president.gospmr.ru/news/konstituciya-pridnestrovskoy-moldavskoy-respubliki> (Retrieved 23 July 2015). The Supreme Soviet is not split anymore in two chambers (see Art. 67).

8 See Art. 3.5, which provided for transitory rules and guarantees until final achievement of de-militarisation.

borders of the Subjects of the Federation without their approval (Art. 3.10). Art. 3.11 provided for the identity and continuity of the Federal Republic of Moldova as subject of public international law, as currently is the Republic of Moldova. Whereas Articles 3.12 – 3.14 of the Kozak Plan deal with international treaties concluded by the Federal Republic of Moldova and their ratification, Article 3.15 allows the Subjects of the Federation to become members of those international organisations, where subjectivity under public international law is not required. The Subjects of the Federation were intended to maintain international relations and conclude international treaties in the areas of their jurisdiction. Article 3.16 guaranteed them the right to exit from the Federation, but exclusively in case of accession of the Federation to another state and/or in case of full loss of its sovereignty. There is no doubt that this article addressed the debate initiated by the Popular Front in 1989 about Moldova uniting with Romania. The modalities for using this right of exit were laid down in Article 3.17. Last but not least, the Constitution of the Federal Republic of Moldova should differentiate exclusive competences assigned to the Federation, joint competences of the Federation and the Subjects of the Federation and exclusive competences of the Subjects of the Federation (Art. 3.18).

The exclusive competences of the Federation are enumerated in Art. 4 (e.g. Federal property, citizenship). The most important competences were assigned to the joint competence of the Federation and the Subjects of the Federation (e.g. judiciary, state budget, civil law, civil procedural law, election law, etc.; Art. 5). The exclusive competences of the Subjects of the Federation should include other important issues (e.g. family law, local self-administration, housing law, questions of protection of health, etc.). The Subjects of the Federation were to be assigned the general competence for all matters, not enumerated and assigned either to the Federation or to jointly the Federation and Subjects of the Federation, or to the Subjects of the Federation (Art. 6). Further provisions of the Kozak Plan relate to the modalities of how these competences are to be exercised (Art. 7), how the federal budget and the budgets of the Subjects of the Federation are to be established (Art. 8). Articles 10 – 13 regulate the state structure in terms of legislative, executive and judicial powers. Article 13.2 of the Kozak Plan provides for the establishment of a Constitutional Court and Article 3.3 envisages the courts of first and second instance to be established by the Subjects of the Federation.

Article 14 of the Kozak Plan laid down provisions for the transition to the new state structure, including the terms for establishing the new bodies, elections, the federal tax system, the delimitation and eventual transfer of the various kinds of (state) property, the adoption of federal organic laws, the decision-making of the Constitutional Court, and the settlement of currency and monetary issues.

Article 17 supplemented this provision by providing for a joint Constitution Committee whose task should be to elaborate the Constitution of the Federal Republic of Moldova.

### 3. The Failure of the Kozak Plan in 2003

The Kozak Plan has been heavily criticized because of its approach to the federalisation of Moldova.<sup>9</sup> Apart from the fact that these critical views cannot be supported by sound arguments based on public international and comparative constitutional law, they include a lot of misunderstandings of federalism and a range of diversified solutions<sup>10</sup> that federalism can offer to conflict parties; moreover, it was neglected that the Kozak Plan had followed the OSCE approach, but moved this approach very much to the advantage of the Moldovan side.<sup>11</sup> Yet, the extensive criticism made it clear that many international and non-governmental organisations did not recognize the major OSCE principle at that time: to find the middle ground between the conflict parties. The OSCE could have acquired experience in tracing the path towards the Kozak Plan in the Caucasus, particularly in case of South Ossetia and Georgia<sup>12</sup> which until the warfare of 2008 came close to the case of Transnistria/Moldova. Hundreds of mission visits and individual talks with representatives of all sides helped to build up basic confidence in each other. Joint seminars (e.g. Flensburg/Bjerrremark in 1997, Kiev in 2002), where representatives of all parties involved could explore negotiation tactics, as well as the the flexibility and hard issues in the positions of the other side, created an atmosphere of shadow negotiations which did not end in more than final statements or conclusions by the facilitator,<sup>13</sup> but they ultimately helped the parties enter a constructive dialogue.

---

9 See for many others, e.g. Harbo, 2012: 329 – 335.

10 Ms Harbo reported on the views of representatives of international governmental and non-governmental organizations active in Moldova, as well as on the views of the Moldovan civil society, however, she did not hear and carefully review the arguments of constitutional and international lawyer outside Transnistria that were brought forward in favour of a federalist model proposed at the Kiev meeting of 1 – 3 July 2002. At that moment, it was not possible yet to find a common standing of the parties on the federalist ground. Thus, the Russian term “soyuznoe gosudarstvo” (English “union state”) was chosen on expert level in order to keep the conflict parties on track towards a closer discussion of the details of such a “union state”. The term was broad enough for combining the Transnistrian approach (“only a confederation, not a federal state”) and the Moldovan approach (“autonomy at best, a federal state at a maximum”). Therefore, the translation of the term into the German language as “Bundesstaat” (Harbo, 2012: 330) is not correct.

11 The Kozak Plan clearly left the Transnistrian wish for a confederation behind.

12 For the OSCE practice in Georgia at the beginning of the 1990<sup>th</sup> see Geistlinger, 1996.

13 See Welberts/Geistlinger, 1998: 28 – 32, 35 – 38.

The Kozak Plan fell into a favourable period when three figures, politically close to one another, stood at the top of Moldova, Transnistria and Russia.<sup>14</sup> They saw the chance to achieve joint success. The political establishment in Transnistria knew very well that independence was no realistic option for the future; they also realized that, in case of unification of the PMR with Ukraine, Ukraine would not offer more than the status of autonomy, which – as could be witnessed in 2014 – failed in the meanwhile for Crimea. In case of accession to the Russian Federation, it was presumed that Transnistria was at best to be granted the status of a republic, like Kabardino-Balkariya; on the other hand, no more than the status of a region (“oblast”), like Kaliningrad, would have been the alternative. On the Moldovan side, it was clear that the offer of a territorial autonomy to Transnistria was by far not enough. Thus, a federalization of the country by applying the Russian model of federation was a hard but acceptable solution. It was a good compromise compared to Transnistria’s idea of a confederation, whose future would have been unpredictable. The history of public international law shows few examples where a confederation continued to exist for a long period of time. Russia, holding quite a large army depot in Transnistria since the Soviet times,<sup>15</sup> could have freed itself of a considerable political, economic and social burden. Besides solving the Moldovan-Transnistrian conflict, the implementation of the Kozak Plan would have been a success for the Russian foreign policy but also for the role model function that the Yeltsin Constitution of 1993 could have acquired irrespective of all criticism it had harvested until then.

There is much speculation around why President Voronin, having provisionally signed the Kozak Plan, finally rejected the Plan on 24 November 2003.<sup>16</sup> It certainly did not happen by accident that the EU demonstrated massively increased interest in Moldova as compared to the previous years, in particular, on the occasion of a visit of the EU Commissioner for EU Enlargement Günter Verheugen in December 2003 (Phinnemore, Schmidt-Pfister, 2012: 356). There are rumours that the French President had directly intervened by inviting President Voronin not to sign and offering better perspectives under the EU lead. If one compares the Kozak Plan to the Voronin-Şova Initiative of 17 February 2014 (Harbo, 2012: 333), the crucial issue obviously was the role of the Russian troops.

---

14 Respectively, Igor Smirnov (followed by Evgeny Shevchuk on 30 December 2011), Vladimir Voronin (Nicolae Timofti has been President of Moldova since 23 March 2012), and Vladimir Putin.

15 The “Operative group of Russian troops”, earlier the 14<sup>th</sup> Soviet army and parts of the 5<sup>th</sup> Soviet aircraft army, currently includes approximately 1200 soldiers and estimated 20.000 tons of army material stored at Colbasna. See e.g. Gribincea, 2012: 422 – 429.

16 See e.g. Harbo, 2012: 333, and Stăvilă, 2012: 414.

The respective provisions in the Kozak Plan, translated from Russian, read as follows:

“17. The Parties address the Russian Federation, Ukraine, the OSCE and to the European Union with the proposal of providing political and economic guarantees in order to assure the adherence to the conditions of the unification and territorial integrity of the Federal Republic of Moldova as laid down by the present Memorandum.

*For this aim, there may be deployed observers on the territory of the Parties.*

*The Parties also submit to the Russian Federation, Ukraine and the OSCE the proposal of providing guarantees of such kind that, in case of violation of the conditions for the implementation of the present Memorandum by one of the Parties, the Russian Federation, Ukraine and the OSCE will guarantee the implementation of its provisions in relation to the other Party (including before other international organisations and foreign states), and will also take measures for the re-establishment of the regime of its implementation by all participants to the present Memorandum.*

*18. The Parties submit the proposal to the Russian Federation to provide security guarantees and conditions for the unification and territorial integrity of the Federal Republic of Moldova as laid down in the present Memorandum. For this purpose, upon prior consent of the Russian Federation, until the call of the referendum on the question of the adoption of the Constitution of the Federation, the Republic of Moldova will sign and ratify an Agreement with the Russian Federation on the deployment of stabilizing peace-making forces of the Russian Federation on the territory of the future Federation for a transitory period, until the full de-militarization of the state, but not longer than until 2020. The number of these forces will not exceed 2000 persons. The forces will not include heavy military equipment and armament. The Agreement will enter into force as soon as the Constitution of the Federation is adopted. In case the conditions as laid down in this article are not to be fulfilled, the present Memorandum shall become invalid.*

*19. After the entrance into force of the Agreement mentioned in Article 18 of the present Memorandum, it may be joined by the European Union, the OSCE and Ukraine as guarantors upon conditions agreed by the Parties to the Agreement.”*

The Voronin-Şova Initiative of 17 February 2004 provided that the Russian army shall stay in Transnistria for a transitory period and, in case of a conflict, only Russian troops shall be allowed to intervene. However, the project did not mention any guarantor-states (Harbo, 2012: 333). It did not receive the necessary support by the Russian Federation; the Treaty of Friendship and Cooperation between Moldova and Transnistria, which was submitted by the Transnistrian President Smirnov to the Moldovan President Voronin in the presence of the Ru-

ssian President Medvedev at a meeting in Moscow on 11 April 2008, was another project which was not put into effect for the same reason<sup>17</sup> (Stăvilă, 2012: 418).

#### 4. The EU and the Transnistrian Conflict

The risk the Moldovan President took on his shoulders by compromising the Russian President in 2003 was compensated for by the EU, taking the position of the Moldovan side from the very beginning, in a similar manner as the EU did in Cyprus to the detriment of the Turkish side, in Georgia to the detriment of the South Ossetian and Abkhazian sides, and in Kosovo to the detriment of the Serbian side. The EU, in close cooperation with the NATO, had to pay the toll for having been allowed by the Moldovan government to enter the scene by breaking one of the fundamental principles of mediation in public international law: to stay at an equal distance to both sides of the conflict. The EU is obviously trying to copy the historic experience from the German unification and supports one side of the conflict in the expectation that the other side will not be capable of withstanding the economic and, in the long run, political pressure thereafter, and in anticipation that it will finally be absorbed by the economically stronger party to the conflict, thus minimizing the political costs of drawing a territory from the former Soviet sphere of influence to the EU/NATO sphere of influence. Such policy does not consider the historic causes of the conflict and the legitimacy of arguments of the weaker party to the former conflict. The only risk (economic, political, but also military) for the EU and eventually the NATO is whether Russia will stay silent and accept without counter-measures whatever the EU and the NATO are putting in place in Moldova.

The one-sided approach of the EU to the disadvantage of Transnistria became clearly visible at the beginning of 2003, when the EU Council adopted the Common Position 2003/139/CSFP of 27 February 2003 concerning restrictive measures against the leadership of the Transnistrian region of the Moldovan Republic.<sup>18</sup> The denomination of Transnistria as “*Transnistrian region*” from the outset underlined the partisan EU approach, openly insulting the Transnistrian side and counteracted the provision number 1 of the Preamble where the EU underlined its commitment to efforts within the OSCE framework to reach a peaceful solution to the conflict in full respect of Moldova’s territorial integrity. The OSCE speaks of “*Transdnistria*” and not of the “*Transnistrian region*”.<sup>19</sup> To place

---

17 The Russian text of this project can be retrieved from <http://www.regnum.ru/news/986310.html> (Retrieved on 24 July 2015).

18 EU OJ L 53/60 of 28 February 2003.

19 See e.g. the OSCE Ministerial Statement on the Negotiations on the Transdnestrian Settlement Process in the “5+2” Format. MC.DOC/2/14 of 5 December 2014. [Electronic

“obstructionism” on one conflict party during a negotiation process also implies lack of objectivity and equal distance to the parties.<sup>20</sup> The imposition of targeted sanctions, in the form of a travel ban for those members of the Transnistrian leadership who have been identified by the EU to be primarily responsible for the lack of cooperation to promote a political settlement of the conflict by the same Common Position of the EU Council (Arts. 1 – 3 and Annex, which included the then and the present Presidents of Transnistria), simply meant that the EU started its appearance on the scene with extortion against one party to the conflict (Transnistria) in the interests of the other party (Moldova). Further similar measures followed, aimed at increasing the pressure on the Transnistrian side.<sup>21</sup>

These measures followed from the EU neighbourhood concept, which started being developed with the Framework Strategy Paper of 11 March 2003, the European Neighbourhood Policy Strategy Paper of 12 May 2004 and the Paper on Strengthening the European Neighbourhood Policy of 4 December 2006.<sup>22</sup> Their implementation pushed the Moldovan–Transnistrian conflict beyond a centuries-old controversy between the Russophiles and the Romanophiles into the midst of an overt rivalry between the EU in line with the NATO on the one side, and the Russian Federation on the other side. One needs to keep in mind that the Moldovan SSR, including Transnistria, was made up of about two-thirds of Non-Slavic Moldovan people, whereas the total number of Russians and Ukrainians amounted to 13% each. On the other hand, in Transnistria, Russians and Ukrainians make two-thirds of the population whereas the Non-Slavic Moldovans make the remaining one-third. Transnistria is very important for the Moldovan economy. About 30 % of the Moldovan industry is situated in Transnistria (Zofka, 2012: 118 – 119; Prohnițchi, 2012: 509 – 513). By the end of the former Soviet Union period, twelve power plants in Transnistria supplied the entire Moldova with energy. Currently, only two blocks are still in use; however, the energy potential of Transnistria – once modernized and re-activated – is of key relevance for the whole of Moldova (Boian, 2012: 388 – 389).

---

version]. Retrieved 24 July 2015 from <http://www.osce/cio/130386>.

20 Number 2 of the Preamble of the EU Council’s Common Position, EU OJ L 53/60 of 28 February 2003, reads as follows: “*The EU considers the continued obstructionism of the leadership of the Transnistrian region of the Moldovan Republic and its unwillingness to change the status quo to be unacceptable.*”.

21 E.g. Starting from 30 November 2005, the EUBAM-border mission established an indirect Moldovan customs control (through a joint regime including Ukraine under President Yushchenko, Moldova under President Voronin and the EU) on import and export of goods across the Transnistria – Ukraine border, which had not been under the Moldovan control until then. For more details, see Stăvilă, 2012: 414 f.

22 For the sources and further details as to the Caucasus region which has much in common with Moldova – Transnistria, see Geistlinger, 2008: 149 – 150, 154 – 155.

From the outset, the EU neighbourhood concept for Moldova and Transnistria has been neglecting the following historical facts:

The conflict is a heritage of Stalin's nationality and border drawing policy. In no historical phase, except in Soviet times (1941 – 1991), did Transnistria and Moldova belong together;

In the period of the Russian Empire, Bessarabia was initially a region ("oblast") and later a province (gubernium), whereas Transnistria belonged to the gubernia of Podolia and Kher'son. Ethnically, Moldova has been a Moldovan speaking territory at all times. Transnistria, however, has always been a Slavic territory, inhabited by nearly an equal number of Russians and Ukrainians;

A policy of Russification in the Soviet period did not bring a huge change in the ethnic composition of the people but it led to instituting the political system dominated by the Russian-speaking population. The Russian language served as a lingua franca between the Moldovan (Rumanian)-speaking people and the people speaking a Slavic language;<sup>23</sup>

The armed conflict between Moldova and Transnistria, which escalated in December 1991 and culminated in spring 1992, was ended by intervention of the 14<sup>th</sup> Soviet army, ultimately resulting in the conclusion of a bilateral agreement between Russia and Moldova of 21 July 1992 on the principles of solving the Transnistrian conflict. It created an armistice which has been in effect ever since. It is monitored by a Joint Control Commission consisting of representatives of Moldova, Transnistria and the Russian Federation. The status quo has been preserved for the last 23 years. Moldova has no effective statehood on Transnistria; Transnistria is a de-facto regime based on the right to self-determination.<sup>24</sup>

What the original OSCE approach and the vision of the EU nowadays still have in common is that the international community wants to see the territory of the former Moldovan SSR continued as a single state of Moldova. Otherwise, the entry of the EU on the scene led to a considerable increase of tensions between the conflict parties and, ultimately, the EU and the Russian Federation.<sup>25</sup> These ten-

---

23 For further references and details, see e.g. Cuşco, Şarov, 2012: 38 – 58; Cuşco, 2012: 59 – 68; Mironov, 2012: 69 – 78; Negură, 2012: 78 – 86; Solonari, 2012: 87 – 97; Dumbrava, Caşu, 2012: 98 – 108; Caşu, 2012: 109 – 118.

24 For these events, but with reservation as to his qualification of the conflict, see Zofka, 2012: 119 – 128. Under such historic conditions, proposing an internationalisation of the Russian troops in Transnistria and the EU to exert economic pressure on Russia is politically dangerous wishful thinking (Karniewicz, Petrovická and Wunsch, 2010: 15), which certainly does not lead to a solution of the Transnistrian conflict.

25 For the period until 2010, but from the Moldovan perspective, see e.g. Stăvilă, 2012: 415 – 419, who uses the example of the so-called "Belkovski Plan" to show the risk of the EU



sions were dramatically increased by the signature and provisional application of the new generation of Association Agreements by Ukraine<sup>26</sup> and by Moldova<sup>27</sup> pushed for by the EU, as well as by the ensuing revolution and warfare in Ukraine, even if the European Neighbourhood Country Progress Report 2014 on the Republic of Moldova praises (for example) the year 2014 as a period of general political stability for Moldova.<sup>28</sup> Just like Joint Staff Working Document on the Implementation of the European Neighbourhood Policy - Eastern Partnership Implementation Report of 25 March 2015,<sup>29</sup> issued by the European Commission and High Representative of the EU for Foreign Affairs and Security Policy, it includes only a few remarks on conflicts in Moldova. The Country Report mentions that little progress was reached in re-defining the relationship between the Gagauz Autonomous Region and the central authorities; the re-definition of relations was attempted by the Republic of Moldova and meant de-facto reduction of autonomy. Transnistria is referred to by stating that minimal progress was made towards a resolution of the Transnistrian conflict and Moldova was recommended to *“continue to engage pro-actively with the Transnistrian side in view of promoting a mutually acceptable vision for a common future and to enable Transnistria-based economic operators to enjoy the full benefits of the Association Agreement/Deep and Comprehensive Free Trade Area.”*

## 5. Conclusion: The Transnistrians as a Vulnerable Group

The 2014 Maydan Revolution in Ukraine contributed to aggravating the Transnistrian situation. As long as there was a general political understanding between Ukraine and Russia, the export of goods and the trans-border movement of persons through the border with Ukraine helped to ease the economic and personal situation of the Transnistrian people. Until 2009, 90 % of the entire population held the Transnistrian citizenship, whereas a total of 326.000 Transnistrian citizens concurrently had the Moldovan citizenship. Today, about 170.000 Transnistrian citizens concurrently hold the Russian citizenship (Dumbrava, 2012: 265 – 266). The latter ones fall under access-restrictions to the Ukrainian territory imposed by the new government.<sup>30</sup> The Ukraine denounced the agreements

---

policy, i.e. to have Moldova and Transnistria separated on a permanent basis.

26 EU OJ L 161/3 of 29 May 2014.

27 EU OJ L 260/4 of 30 August 2014.

28 25 March 2015, MEMO/15/4682.

29 SWD(2015) 76 final, p. 2.

30 See e.g. Obrashchenie predstavitel'ey 66 obshchestvennykh organizatsiy k Prezidentu RF Putinu. Retrieved on 25 May 2015 from <http://ria.ru/world/20150525/1066443250.html>; Moldavia i Ukraina perekryvayut voennym iz RF put' v Pridnestrov'e; Minoborony

with Russia concerning the transit of Russian soldiers and military equipment to and from Transnistria but, beyond that, it obviously does not allow the entry of male Russian citizens from Transnistria. Apart from that, the Ukrainian military formations have been concentrated on the border to Transnistria;<sup>31</sup> they have recently shot at two Transnistrians who wanted to cross the border illegally, one of whom was seriously injured. The Moldovan border control is reported to be hindering travels of Transnistrian officials to Moscow. Thus, as reported on 4 April 2015, six Transnistrian officials were detained upon their arrival to the Chisinau airport on their way back from an official journey to Moscow and their passports were withheld for several hours. Three of them were subjected to an interview by the Moldovan border police, and all of them were released only after a number of phone interventions on governmental level, including the intervention of guarantor governments, had taken place. This event is to be considered as a violation of the arrangements which had been achieved between the conflict parties as to free movement of persons.<sup>32</sup> In recent months, for example on 20 April 2015, Moldova repeatedly refused to allow the entry of Russian politologists, TV journalists, Russian media representatives and other Russian citizens on its territory, and their transit to Transnistria because the purpose of their travel was unclear, as the Moldovan side argued.<sup>33</sup> During his last visit to Transnistria, even the Russian Deputy Prime Minister Rogosin had to experience obstructive control of his person and luggage by the Moldovan border control.

The EU policy of indulging the central Moldovan government at the price of jeopardizing all previous OSCE achievements as to the solution of the Transnistrian conflict has eventually engendered a new vulnerable group. The Transnistrian conflict has entered the agenda of a power game between the EU and Russia, ultimately offering to the people of Transnistria (if the EU policy proves efficient) no other alternative than the one provided for the Russian speaking people in

---

Ukrainy uvidelo ugrozu so storony Pridnestrov'ya. Retrieved on 30 May 2015 from <http://news.rambler.ru/30276.996>.

31 Lauterbach, R. (2015) describes the economic war led by the revolutionized Ukraine and Moldova under the EU/NATO roof together against Transnistria, which is at the same time provocatively directed against Russia. On 7 July 2015, the Moldovan Deputy Prime Minister Victor Osipov showed that he was ready under some conditions to assist in supplying the Russian soldiers in Transnistria. See: *Moldova gotova pomoc' v snabzhenii voennykh Rossii v Pridestrov'e*. [Electronic version]. Retrieved on 7 July 2015 from <http://ria.ru/world/20150707/1118102412.html>.

32 See: *V Kishineve pytalis' doprosit' diplomatov PMR ob ikh vizite v Moskve*. [Electronic version]. Retrieved on 4 April 2015 from <http://lenta.ru>.

33 See: *V Moskve nameknuli Moldavii o posledstviyakh zapretov na v'ezd dlya rossiyan*. [Electronic version]. Retrieved on 21 April 2015 from <http://lenta.ru>.

the Baltic states. The latest attempt of the Moldovan authorities to downgrade the autonomy of Gagauzia certainly reduces the negotiation options for the Transnistrian side. The more the EU relies on the central Moldovan government in the interest of expanding its sphere of influence, the less flexibility it will have to counteract the central Moldovan government's ideas on how to resolve the Transnistrian issue. At best, Transnistria may be granted a weak autonomy, but it seems more realistic that the Transnistrians are most likely to sustain the fate of the Russian speaking people in the Baltic states. Their rights under universal public international law, in particular the rights of ethnic groups under Article 27 of the International Covenant on Civil and Political Rights, were neglected (e.g. in Estonia, Geistlinger, 1995: 120); consequently, the observance of these universal rights was the entry test that the Baltic states had to pass in the process of joining the EU. But, there is also the Russian military in Transnistria, which is hardly unlikely to be victimized by Russia without counter-actions. It seems rather unrealistic that Russia will accept an ever-growing isolation of its troops in Transnistria. A reconsideration of the EU Neighbourhood Policy with special reference to the Moldova – Transnistria situation is urgently needed.

## References

Association Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community and their Member States, of the one part, and the Republic of Moldova, of the other part. In EU OJ L 260/4 of 30 August 2014

Association Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and Ukraine, of the other part. In EU OJ L 161/3 of 29 May 2014

Boian, V. (2012), Die Republik Moldau und die Ukraine (1998 – 2010). In Bochmann, K., Dumbrava, V., Müller, D., Reinhardt, V. (eds.), Die Republik Moldau. Republica Moldova. Ein Handbuch (pp. 382 – 389). Leipzig: Leipziger Universitätsverlag

Büscher, K. (2004), Transnationale Beziehungen der Russen in Moldova und der Ukraine. Ethnische Diaspora zwischen Residenz- und Referenzstaat, Frankfurt/Main at al.: Peter Lang

Cașu, I. (2012), Die Republik Moldau 1985 – 1991 – von der Perestrojka zur Unabhängigkeit. In Bochmann, K., Dumbrava, V., Müller, D., Reinhardt, V. (eds.), Die Republik Moldau. Republica Moldova. Ein Handbuch (pp. 109 – 118). Leipzig: Leipziger Universitätsverlag

Chinn, J. (1994), The Policy of Language in Moldova [Electronic version], pp. 309–315. Retrieved 22 July 2015, [www.gwu.edu/~ieresgwu/assets/docs/demokratizatsiya\\_archive/02-2](http://www.gwu.edu/~ieresgwu/assets/docs/demokratizatsiya_archive/02-2)

Common Position of the EU Council 2003/139/CSFP of 27 February 2003 concerning restrictive measures against the leadership of the Transnistrian region of the Moldovan Republic. In EU OJ L 53/60 of 28 February 2003

Constitution of the Republic of Moldova of 29 July 1994 [Electronic version]. Retrieved 22 July 2015 from [www.constcourt.md/.../Actele\\_Curtii/acte\\_en/MDA\\_Constitution\\_EN.pdf](http://www.constcourt.md/.../Actele_Curtii/acte_en/MDA_Constitution_EN.pdf)

Constitution of the PMR [Electronic version]. Retrieved on 23 July 2015 from <http://president.gospmr.ru/news/konstituciya-pridnestrovskoy-moldavskoy-respubliki>

Çuşco, A. (2012), Bessarabien in den Jahren 1917 – 1918. In Bochmann, K., Dumbrava, V., Müller, D., Reinhardt, V. (eds.), *Die Republik Moldau. Republica Moldova. Ein Handbuch* (pp. 59 – 68). Leipzig: Leipziger Universitätsverlag

Çuşco, A., Şarov, I. (2012), Bessarabien im russischen Zarenreich (1812 – 1917). In Bochmann, K., Dumbrava, V., Müller, D., Reinhardt, V. (eds.), *Die Republik Moldau. Republica Moldova. Ein Handbuch* (pp. 38 – 58). Leipzig: Leipziger Universitätsverlag

Dumbrava, V. (2012), Staatsbürgerschaft. In Bochmann, K., Dumbrava, V., Müller, D., Reinhardt, V. (eds.), *Die Republik Moldau. Republica Moldova. Ein Handbuch* (pp. 258 – 266). Leipzig: Leipziger Universitätsverlag

Dumbrava, V., Caşu, I. (2012), Die Moldauische Sozialistische Sowjetrepublik (1944 – 1991). In Bochmann, K., Dumbrava, V., Müller, D., Reinhardt, V. (eds.), *Die Republik Moldau. Republica Moldova. Ein Handbuch* (pp. 98 – 108). Leipzig: Leipziger Universitätsverlag

European Commission, High Representative of the EU for Foreign Affairs and Security Policy (eds.), *Joint Staff Working Document on the Implementation of the European Neighbourhood Policy. Eastern Partnership Implementation Report. SWD(2015) 76 final of 25 March 2015*

ENP Country Progress Report 2014 – Republic of Moldova [Electronic version]. Retrieved on 25 July 2015 from [http://eeas.europa.eu/enp/documents/progress-reports/index\\_en.htm](http://eeas.europa.eu/enp/documents/progress-reports/index_en.htm)

Geistlinger, M. (1995), The Legal Status of Russians in Estonia in the Light of Public International Law. In Geistlinger, M., Kirch, A. (eds.), *Estonia – a new framework for the Estonian majority and the Russian minority* (pp. 93 – 120). Wien: Wilhelm Braumüller Verlag

Geistlinger, M. (1996), Das Selbstbestimmungsrecht der Völker und multiethnische Staaten – praktische Erfahrungen und theoretische Rückschlüsse aus dem Kaukasus. In Reiter, E. (ed.), *Grenzen des Selbstbestimmungsrechts. Die*

Neuordnung Europas und das Selbstbestimmungsrecht der Völker (pp. 269 – 312). Graz et al.: Verlag Styria

Geistlinger, M. (2008), The European Union Acting in the Southern Caucasus – Legal Perspective. In Geistlinger, M., Longo, F., Lordkipanidze G., Nasibli Y. (eds.), Security Identity and the Southern Caucasus. The Role of the EU, the US and Russia (pp. 149 – 167). Graz, Wien: Neuer Wissenschaftlicher Verlag

Geistlinger, M. (2014), Commentary to Articles 5 and 66 Constitution of the Russian Federation. In: Wieser, B. (ed.), Handbuch der russischen Verfassung (pp. 71 – 84, 617 – 630). Wien: Verlag Österreich

Gribincea, M. (2012), Die russische Militärpräsenz – ein historischer Abriss. In Bochmann, K., Dumbrava, V., Müller, D., Reinhardt, V. (eds.), Die Republik Moldau. Republica Moldova. Ein Handbuch (pp. 422 – 429). Leipzig: Leipziger Universitätsverlag

Harbo, F. (2012), Der Transnistrienkonflikt und der föderale Gedanke. In Bochmann, K., Dumbrava, V., Müller, D., Reinhardt, V. (eds.), Die Republik Moldau. Republica Moldova. Ein Handbuch (pp. 327 – 335). Leipzig: Leipziger Universitätsverlag

Karniewicz, T., Petrovická, M., Wunsch, N. (2010), Policy Paper: The EU and Conflict Resolution in Transnistria. [Electronic version] Retrieved on 26 July 2015 from [tu-dresden.de/.../papers\\_folder/PolSec\\_20EU and Transnistria.pdf](http://tu-dresden.de/.../papers_folder/PolSec_20EU_and_Transnistria.pdf)

Kaufman, St. J. (1996), Spiraling to Ethnic War. Elites, Masses, and Moscow in Moldova's Civil War. In International Security 21 (2), pp. 108 – 138

Konstituciya Pridnestrovskoy Moldavskoy Respubliki (1996), Tiraspol

Lauterbach, R. (2015), Ungemütliches Tauwetter. Lange galt der Konflikt als »eingefroren«. Doch jetzt könnte die Ukraine im von der Republik Moldau abgespaltenen Transnistrien die nächste Konfrontation mit Russland suchen. In Die Junge Welt [Electronic version]. Retrieved on 10 July 2015 from <http://www.jungewelt.de/aktuell/pdf/index.php>

Law of 1 September 1989, No. 3465-XI: "On the functioning of the languages on the territory of the Moldovan Republic". Russian text [Electronic version] retrieved from [http://base.spinform.ru/show\\_doc.fwx?rgn=3281](http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=3281) (Retrieved 22 July 2015)

Levtchev, B. (2012), Russland – ein Bundesstaat? Salzburg: Dissertation

Malik, M. (7/2006), Der Konflikt im Dnjestr-Gebiet (Moldova). Wien: Schriftenreihe der Landesverteidigungsakademie. BMLV/LVAk

Mironov, A.-M. (2012), Bessarabien in der Zwischenkriegszeit (1918 – 1940). Das politische Leben. In Bochmann, K., Dumbrava, V., Müller, D., Reinhardt, V. (eds.),

Die Republik Moldau. Republica Moldova. Ein Handbuch (pp. 69 – 78). Leipzig: Leipziger Universitätsverlag

Negură, P. (2012), Die Moldauische Autonome Sozialistische Sowjetrepublik (1924 – 1940). In Bochmann, K., Dumbrava, V., Müller, D., Reinhardt, V. (eds.), Die Republik Moldau. Republica Moldova. Ein Handbuch (pp. 78 – 86). Leipzig: Leipziger Universitätsverlag

OSCE Ministerial Statement on the Negotiations on the Transdnistriean Settlement Process in the “5+2” Format. MC.DOC/2/14 of 5 December 2014. [Electronic version]. Retrieved 24 July 2015 from <http://www.osce/cio/130386>

Phinnemore, D., Schmidt-Pfister, D. (2012), Die Republik Moldau und die Europäische Union. In Bochmann, K., Dumbrava, V., Müller, D., Reinhardt, V. (eds.), Die Republik Moldau. Republica Moldova. Ein Handbuch (pp. 349 – 359). Leipzig: Leipziger Universitätsverlag

Proekt “Dogovora o družbe i sotrudnichestve mezhdu Moldaviey i Pridnestrov’em”. [Electronic version]. Retrieved 24 July 2015 from <http://www.regnum.ru/news/986310.html>

Prohnițchi, V. (2012), Wirtschaft in Transnistrien. In Bochmann, K., Dumbrava, V., Müller, D., Reinhardt, V. (eds.), Die Republik Moldau. Republica Moldova. Ein Handbuch (pp. 509 – 512). Leipzig: Leipziger Universitätsverlag

Solonari, V. (2012), Die Moldauische Sozialistische Sowjetrepublik während des Zweiten Weltkrieges (1941 – 1945). In Bochmann, K., Dumbrava, V., Müller, D., Reinhardt, V. (eds.), Die Republik Moldau. Republica Moldova. Ein Handbuch (pp. 87 – 97). Leipzig: Leipziger Universitätsverlag

Stăvilă, I. (2012), Initiativen zur Lösung des Transnistrienkonflikts. In Bochmann, K., Dumbrava, V., Müller, D., Reinhardt, V. (eds.), Die Republik Moldau. Republica Moldova. Ein Handbuch (pp. 404 – 422). Leipzig: Leipziger Universitätsverlag

Troebst, St. (2003), Staatlichkeit im Pseudo-Staat. Identitätsmanagement in Transnistrien. Osteuropa. 53 (7), pp. 963 – 983

Welberts, R., Geistlinger, M. (March 1998). Recommendations of the Seminar „From Ethnopolitical Conflict to Inter-Ethnic Accord in Moldova“. In: ECRE (ed.), From Ethnopolitical Conflict to Inter-Ethnic Accord in Moldova (pp. 28 - 32, 35 – 38). Flensburg: ECMI Report #1

Zofka, J. (2012). Die “Transnistrische Moldauische Republik” (PMR). In Bochmann, K., Dumbrava, V., Müller, D., Reinhardt, V. (eds.), Die Republik Moldau. Republica Moldova. Ein Handbuch (pp. 118 – 128). Leipzig: Leipziger Universitätsverlag

**Dr Michael Geistlinger,**

Редовни професор,

Одсек за међународно јавно право,

Правни факултет, Универзитет у Салцбургу, Аустрија

## **СУСЕДСКА ПОЛИТИКА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ И СЛУЧАЈ ТРАНСНИСТРИЈЕ**

### **Резиме**

Оружани сукоб у Источној Украјини изазван је агресивном суседском политиком Европске уније, која је Украјину довела у ситуацију да бира између два зла. У сенци те политике, Европска унија и Република Молдовија отвориле су још једно спорно питање потписивањем Споразума о придруживању, који обухвата Продубљену и свеобухватну зону слободне трговине (АА/ДЦФТА) установљену 27. Јуна 2014. године. Поједини делови овог Споразума о придруживању почели су се привремено примењивати од 1. септембра 2014. године. Закључивањем овог уговора, Европска унија је на територији бившег Совјетског савеза наставила своју политику занемаривања сукоба, избегавања принципа непристрасности и заузела став којим се подржавају државе и владе наклоњене Европској унији, при чему се занемарује историјски контекст сукоба, интереси сукобљених страна и опасност стварања нових несугласица са Руском Федерацијом.

Тиме је Европска унија допринела стварању осетљивих и угрожених група. Најновији пример су становници Транснистрије, који користе руски као матерњи језик. Увођењем румунског/молдавског језика (и латиничног писма) као јединог језика у службеној употреби, румунски/молдавски националистички покрет је 1989. године потпуно игнорисао права овог дела становништва Молдавије. Након проглашења Транснистријске (придњестровске) Молдавске Социјалистичке Совјетске Републике 1990. године, уследио је кратак оружани сукоб који је окончан оружаном интервенцијом јединица 14. Совијетске Армије. Статистички подаци показују да се од укупног броја становника Транснистрије (око 600.000), од тада, око 34% грађана изјашњавају као Молдавци, 28% као Руси и 26% као Украјинци који још увек користе руски језик као службени језик упоредо са украјинским и молдавским језиком. Према члану 12. Устава Молдавске Републике Транснистрије, овој популацији је неопходно обезбедити правну заштиту како би се њихови интереси узели у обзир приликом решавања сукоба са владом Републике Молдавије, коју подржава Европска Унија.

**Кључне речи:** Транснистијски сукоб, Европска унија и Споразум о придруживању Републике Молдавије, суседска политика Европске уније за Источну Европу, Транснистријска (придњестровска) Молдавска Република.





**Rodoljub Etinski, LL.D.\***  
Full Professor,\*\*  
Faculty of Law, University of Novi Sad

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 341.231.14:341.645(4-672EU)

Рад примљен: 30.06.2015.

Рад прихваћен: 03.12.2015.

## **CONCEPT OF INDIRECT DISCRIMINATION UNDER ARTICLE 14 OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS**

**Abstract:** *The concept of indirect discrimination is developed in internal law of many countries, as well as in EU law. The related legal development in the EU influenced the European Court of Human Rights to add a new meaning to Article 14 of the European Convention on Human Rights. In the last decade, the Court has started to interpret Article 14 as a legal basis for the prohibition of indirect discrimination. Some judgments of the Court show that the concept, as applied by the Court, brings remarkable legal potentials for further transformation of European societies in direction of better inclusion of marginalized groups.*

**Key words:** *Indirect discrimination, European Convention on Human Rights.*

### **1. Introduction**

Uniform or convergent national practices in 47 Contracting Parties, which are relevant for the application of the European Convention on Human Rights (hereinafter: the ECHR or the Convention), are a means used by the European Court of Human Rights (hereinafter: the ECtHR or the Court) for the interpretation of the Convention. The concept of indirect discrimination has become widespread through national legal systems of majority or even all 47 Contracting Parties. The EU contributed a lot to the development of the concept. A progress in the development and spreading of the concept influenced the ECtHR to add a new meaning to Article 14 of the ECHR.

The first big change of Article 14 of the Convention was made by Protocol No. 12 extending a scope of the application of Article 14 to all rights established by the law. In Contracting Parties, who accepted the Protocol, Article 14 is not only

\* etinski@pf.uns.ac.rs

\*\* Chief Legal Advisor of the Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Serbia.

Views expressed in this article do not necessarily reflect the position of the Ministry.

subsidiary provision to other provisions of the ECHR, as it is originally foreseen by the Article, but produces its effects to all other domestic provisions and legal acts.<sup>1</sup> The second big change of Article 14 is coming through the introduction of the concept of indirect discrimination. It has started in the last decade (Etinski, 2013: 26). The two changes are not taking place without difficulties. In spite of all efforts of the Council of Europe, a small number of Parties accepted Protocol No. 12.<sup>2</sup> The process of induction of the concept of indirect discrimination is not running without uncertainties.

The concept of indirect discrimination in EU law has been a “source of inspiration” for the ECtHR regarding the new interpretation of Article 14. This paper will first provide a brief review of emergence and development of the concept in EU law. Then, it will focus on presentation and analysis of two cases of the ECtHR, *D.H. and Others v. the Czech Republic* and *Oršuš and Others v. Croatia*, which demonstrate some uncertainties concerning the concept. The Grand Chamber found indirect discrimination in the first case. Several months later, the Chamber of the ECtHR found that the facts of the second case, which were comparable to *D.H. and Others* but not without some differences, did not reveal discrimination. The Grand Chamber adjudged by a single prevalence vote (9:8) that it was the case of indirect discrimination. Obviously, some judges of the ECtHR did not share the same understanding of indirect discrimination. The paper will end by consideration of the potentials of the concept.

## 2. Brief review of emergence and development of the concept in EU law

The *Sotgiu* case<sup>3</sup> was among the first cases that illustrate the emergence of the concept of indirect discrimination in EC law. (For the cases that preceded *Sotgiu* see Tobler, 2005: 103, 107.) In its Observations, submitted in the case, the Commission of the EC characterized a difference in treatment, based on a residence in another Member State, as *hidden* or *indirect* discrimination on the grounds of nationality.<sup>4</sup> The Commission rejected a *purely theoretical* interpretation of the concepts of discrimination and nationality and required interpretation *on the basis of factual criteria*. According to the Commission, if foreigners are affected

---

1 Protocol No. 12 was adopted in Rome on 4 November 2000 and entered into force on 1 April 2005. <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=177&CM=8&DF=15/05/2015&CL=ENG>

2 18 Parties ratified the Protocol. <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=177&CM=8&DF=15/05/2015&CL=ENG>

3 Case 152/73 *Sotgiu v. Deutsche Bundespost*, Judgment of 12 February 1974

4 *Ibid.*, ECR 1974, 160

by difference not based on nationality it *may in fact conceal discrimination*.<sup>5</sup> The European Court of Justice accepted that view and said that prohibitions of discrimination on the grounds of nationality in Community law “*forbid not only overt discrimination by reason of nationality but also all covert forms of discrimination which, by applying other distinguishing criteria, lead in fact to the same result.*”<sup>6</sup>

The European Court of Justice inaugurated the concept of indirect discrimination to overcome a limit of the fixed and exclusive ground of discrimination – nationality. If a different treatment is not based on nationality but on another criterion, if it affects exclusively or disproportionately foreign nationals without objective justification, it is a case of covered or indirect discrimination.<sup>7</sup> (See systematic overview of spreading of the concept through Community law in the practice of the European Court of Justice in Tobler, 2005: 101.)

Having been conceived by the European Court of Justice, the concept of indirect discrimination was further developed by the EC and EU anti-discriminatory legislation. The Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions makes a distinction between direct and indirect discrimination.<sup>8</sup> (See further development in Etinski, Krstić, 2009: 97-103.) Later, EU anti-discriminatory directives developed a legislative definition of indirect discrimination.<sup>9</sup> Article 2 (2) of Council Directive 2000/43/EC provides:

---

5 *Ibid.*

6 *Ibid.*, 164, para 11

7 See, for example, Case C-279/93, *Finanzamt Köln-Altstadt v Roland Schumacker*, Judgment of 14 February 1995, para.26, Case C-398/92, *Mund & Fester v Hatrex Internationaal Transport*, Judgment of 10 February 1994, para. 14, In Case C-329/05, *Finanzamt Dinslaken v Gerold Meindl*, Judgment of 25 January, 2007, para. 21, Case C-383/05, *Raffaële Talotta v Etat belge*, Judgment of 22 March 2007, para. 17, *Contse SA, Vivisol Srl, Oxigen Salud SA v Instituto Nacional de Gestion Sanitaria (Ingesa), formerly Instituto Nacional de la Salud (Insalud)*, para. 36, Case C-258/04, *Office national de l'emploi v Ioannis Ioannidis*, Judgment of 15 September 2005, para. 26.

8 Article 2 (1) of Directive reads: *For the purposes of the following provisions, the principle of equal treatment shall mean that there shall be no discrimination whatsoever on grounds of sex either directly or indirectly by reference in particular to marital or family status.* OJ L 039, 14/02/1976 p. 40 - 42, as amended by Directive 2002/73/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 (OJ 2002 L 269, p. 15)

9 Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin. OJ L 180, 19. 07. 2000, p. 22 – 26. Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation. OJ L 303, 02.12.2000, p. 16 – 22. Council Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services. OJ L 373, 21.12.2004, p. 37 – 43. Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006

*“1. For the purposes of this Directive, the principle of equal treatment shall mean that there shall be no direct or indirect discrimination based on racial or ethnic origin. 2. For the purposes of paragraph 1: (a) direct discrimination shall be taken to occur where one person is treated less favourably than another is, has been or would be treated in a comparable situation on grounds of racial or ethnic origin; (b) indirect discrimination shall be taken to occur where an apparently neutral provision, criterion or practice would put persons of a racial or ethnic origin at a particular disadvantage compared with other persons, unless that provision, criterion or practice is objectively justified by a legitimate aim and the means of achieving that aim are appropriate and necessary.”*

Such model of definition was used in other EU anti-discrimination directives. A different, disadvantaged treatment is not based on the grounds explicitly forbidden in EU law – nationality, sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation. The different treatment, including legal acts or practice, is based on some other apparently neutral criterion. The criterion is *apparently* neutral since different treatment, based on such a criterion, negatively affects the members of the protected groups: foreign nationals, members of a sex group, members of racial, ethnic or religious group, etc. In reality, it means that the criterion is not neutral.

In the framework of EU anti-discrimination law, applicability of the concept of direct and indirect discrimination is limited to grounds and fields determined by EU provisions. The broadest scope of applicability is foreseen for prohibition of discrimination on grounds of nationality. According to Article 18 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 21 (2) of the Charter on the Fundamental Rights of the European Union, the scope of applicability of general prohibition of discrimination on the grounds of nationality covers the scope of applicability of founding treaties. Prohibition of discrimination on grounds of race or ethnic origin, as provided by Article 3 of Directive 2000/43/EC, has the second broadest scope of applicability, including employment, occupation, social protection, social security, healthcare, social advantages, education, access to and supply of goods and services. The scope of applicability of prohibition of discrimination on grounds of sex, as established by Directives 2004/113/EC and 2006/54/EC, amounts to matters concerning employment, occupation, access to and supply of goods and services. Prohibition of discrimination on the grounds of religion or belief, disability, age, sexual orientation, as envisaged in Article 3 of Directive 2000/78/EC, is applicable to matters related to employment and occupation.

---

on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast) OJ L 204, 26.7.2006, p. 23–36.

The concept of indirect discrimination is not an exclusive invention of EU law. In US law, a similar idea appeared in a bit different terminology – *disparate impact*. The landmark case of disparate impact was *Griggs v. Duke Power Company*, where the employer masked discrimination by apparently neutral employment criterion which affected disproportionately Afro-Americans (Morris, 1995: 199-228, Defeis, 2004: 84, 85, Ellis, 2004: 91, Gardner, 2005: 355.). The Human Rights Committee applies the concept of indirect discrimination as a variant of discrimination prohibited by Article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights.<sup>10</sup>

### 3. The birth of the concept in the practice of the ECtHR

#### 3.1. *D.H. and Others v. the Czech Republic*

Although some announcement came earlier in the practice of the ECtHR, the concept was finely applied in the case *D.H. and Others v. the Czech Republic*.<sup>11</sup> The Czech Republic had a tradition of special schools for children with “mental deficiencies.”<sup>12</sup> According to the School Act of 1984, the educational psychology centers tested a child’s intellectual capacity.<sup>13</sup> If the result was not satisfactory, the centre would recommended to the head teacher to send the child to a special school and the child would be enrolled, upon consent of the child’s guardian, in the special school.<sup>14</sup> A special school education radically diminished prospects for secondary education and positioned pupils on the track of social marginalization. The majority of pupils of the special school were children of Roma minority. The applicants were Romany children, who claimed, in the application of April 2000, that they were victims of racial and ethnic discrimination in respect to the right to education.<sup>15</sup> In the judgment of 2006, the Chamber of the ECtHR held,

---

10 In *Althammer*: “The Committee recalls that a violation of article 26 can also result from the discriminatory effect of a rule or measure that is neutral at face value or without intent to discriminate. However, such indirect discrimination can only be said to be based on the grounds enumerated in Article 26 of the Covenant if the detrimental effects of a rule or decision exclusively or disproportionately affect persons having a particular race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status. Furthermore, rules or decisions with such an impact do not amount to discrimination if they are based on objective and reasonable grounds.” *Rupert Althammer et al. v. Austria*, Comm. No. 998/2001, Views adopted on 8 August 2003, para 10.2.

11 *D.H. and Others v. the Czech Republic* (App. No. 57325/00), Judgment 13 November 2007

12 *Ibid.* para 15

13 *Ibid.*, para 16

14 *Ibid.*

15 *Ibid.*, para 3

by six votes to one, that there was no discrimination in respect to the right to education. A year later, in the judgment of 2007, the Grand Chamber of the Court found that the applicants were discriminated against in respect to the right to education. Comparison of the two judgments of the ECtHR might be helpful for understanding the Court's concept of indirect discrimination.

The Chamber observes *that the rules governing children's placement in special schools do not refer to the pupils' ethnic origin, but pursue the legitimate aim of adapting the education system to the needs and aptitudes or disabilities of the children. Since these are not legal concepts, it is only right that experts in educational psychology should be responsible for identifying them.*<sup>16</sup> The Chamber explains that the margin of appreciation in education allows Parties to establish *different types of school for children with difficulties.*<sup>17</sup> It found that different treatment of children was objectively justified by different learning abilities.<sup>18</sup> The Chamber referred to an unsuccessful replacement of one of the applicants from special to ordinary school, where she had poor results due to *frequent absences, a lack of motivation and a lack of encouragement from the family.*<sup>19</sup> It is interesting that the Chamber noted this fact, which contravened the main thesis on insufficient intellectual ability, but the Chamber did not attribute any importance to the fact. The Chamber attributed considerable importance to justification of different treatment to consent and, sometimes, even requests of parents, whose children were placed in special schools.<sup>20</sup>

The issues of indirect discrimination were tackled in related proceedings. In the proceedings before the Constitutional Court of the Czech Republic, the applicants complained of *de facto* racial discrimination, alleging violations of Article 3, 14 the ECHR and Article 2 of Protocol 1.<sup>21</sup> In the proceedings before the ECtHR they argued that the statistical huge disproportion in participation of Romany children in special schools disclosed practice of racial segregation and that the statistics could not be possible to explain in racial neutral way.<sup>22</sup> According to the applicants, the poor results of testing Roma children were a consequence of the fact that tests were not adapted to particular cultural environment of Roma

---

16 *D.H. and Others v. the Czech Republic* (App. No. 57325/00), Judgment of 7 February 2006, para 49

17 *Ibid.*, para 47

18 *Ibid.*, paras 49, 50

19 *Ibid.*, para 49

20 *Ibid.*, paras 50, 51

21 *Ibid.*, para 15

22 *Ibid.* para 39

children rather than their insufficient learning abilities.<sup>23</sup> The interveners in the proceedings before the ECtHR, Human Rights Watch and Interights, exposed the concept of indirect discrimination.<sup>24</sup> They referred to the antidiscrimination directives of the European Communities as well as to judicial practice in various States and invited the Court to introduce the conception of indirect discrimination in the framework of the Council of Europe.<sup>25</sup> The Chamber admitted that a policy or general measure affecting disproportionately a group of people was an indication of discrimination *even if it not specifically aimed or directed at that group*.<sup>26</sup> However, referring to *Hugh Jordan*, the Chamber repeated that statistics alone was not sufficient to disclose discrimination.<sup>27</sup> The Chamber concludes:

*...while acknowledging that these statistics disclose figures that are worrying and that the general situation in the Czech Republic concerning the education of Roma children is by no means perfect, the Court cannot in the circumstances find that the measures taken against the applicants were discriminatory.*<sup>28</sup>

Contrary to that finding, the Grand Chamber observes that *the evidence submitted by the applicants can be regarded as sufficiently reliable and significant to give rise to a strong presumption of indirect discrimination*.<sup>29</sup> By thirteen votes to four, the Grand Chamber adjudged that the Czech Republic was responsible for a violation of Article 14 read in conjunction with Article 2 of Protocol No. 1.

The Chamber and the Grand Chamber had before them the same facts and the same law. The fact that Roma children were disproportionately participating in special schools was without doubt.<sup>30</sup> In the report submitted by the Czech Republic under Article 25(1) of the Framework Convention for the Protection of National Minorities, the Czech Government admitted that *Romany children with average or above-average intellect are often placed in such schools on the basis of results of psychological tests (this happens always with the consent of the parents). These tests are conceived for the majority population and do not take Romany specifics into consideration. Work is being done on restructuring these tests.*<sup>31</sup>

---

23 *Ibid.*, para 39

24 *Ibid.*, para 43

25 *Ibid.*, para 43

26 *Ibid.*, para 46

27 *Ibid.*

28 *Ibid.* para 52

29 *D.H. and Others v. the Czech Republic*, 2007, para 195

30 *D.H. and Others v. the Czech Republic*, 2006, para 26, Judgment 2007, para 192

31 *Ibid.*, para 26

The both judicial bodies of the ECtHR were familiar with relevant legal development in the EU concerning antidiscrimination directives. The interpretation of the law by the two judicial bodies was not substantially different. The Chamber accepted implicitly that Article 14 of the ECHR included a conception of indirect discrimination. The application of the law was different. The application of the law implies legal evaluation of facts, evaluation of legal relevance of facts. The Chamber erred in application of the law. It underestimated legal importance and relevance of certain facts.

The Grand Chamber attached a great importance to statistics. Given that the ECtHR has already attributed a great importance to official statistics in *Hoogdijk* and *Zarb Adami*,<sup>32</sup> the Grand Chamber states that:

*... when it comes to assessing the impact of a measure or practice on an individual or group, statistics which appear on critical examination to be reliable and significant will be sufficient to constitute the prima facie evidence the applicant is required to produce. This does not, however, mean that indirect discrimination cannot be proved without statistical evidence.*<sup>33</sup>

The Grand Chamber finds that statistical data in the case *give rise to a strong presumption of indirect discrimination* and therefore the burden of proof was shifted to the Government.<sup>34</sup> The Government was expected to give objective and reasonable justification that would exclude discrimination. It is a common element of the Court's definition of discrimination that *a difference in treatment is discriminatory if "it has no objective and reasonable justification.*<sup>35</sup> The Government should have explained *the difference in treatment between Roma children and non-Roma children by the need to adapt the education system to the capacity of children with special needs.*<sup>36</sup> Insufficient intellectual capacity of Roma children, established by psychological tests, was justification offered by the Government.<sup>37</sup> But, the Grand Chamber stressed that the psychological tests were not adapted to specific culture of Roma children, for which reason they produced false results classifying Roma children of average and above-the-average intellectual capacities as with learning disabilities.<sup>38</sup> The Grand Chamber concluded that *at the very least, there is a danger that the tests were biased and that the results were not analyzed in the light of the particularities and special characteristics of the Roma children who sat*

---

32 *D.H. and Others v. the Czech Republic*, 2007, para 187

33 *Ibid.*, para 188

34 *Ibid.*, para 195

35 *Ibid.*, para 196

36 *Ibid.*, para 197

37 *Ibid.*, para 197

38 *Ibid.*, paras 199, 200



*them. In these circumstances, the tests in question cannot serve as justification for the impugned difference in treatment.*<sup>39</sup> Consent of parents was also rejected as justification.<sup>40</sup> The Grand Chamber did not exclude a possibility that individuals might waive a right, guaranteed by the Convention, by informed consent, but concluded that consent of parents was not informed.<sup>41</sup> The Grand Chamber has reached an important conclusion:

*... since it has been established that the relevant legislation as applied in practice at the material time had a disproportionately prejudicial effect on the Roma community, the Court considers that the applicants as members of that community necessarily suffered the same discriminatory treatment. Accordingly, it does not need to examine their individual cases.*<sup>42</sup>

### **3.2. Oršuš and Others v. Croatia**

A great majority of Roma children, including the applicants, were separated in Roma-only classes in some Croatian villages in Međimurje County in the period between 1996 and 2004.<sup>43</sup> The reason for separation was their poor knowledge of Croatian language. The knowledge of Croatian language of Roma children was tested and unsatisfactory results directed children to Roma-only classes.<sup>44</sup> In April 2002, the applicants initiated judicial proceedings at the local court against the schools, the State and Međimurje County, claiming that they were victims of racial discrimination.<sup>45</sup> They alleged that the teaching in Roma-only classes was significantly reduced in comparison to the regular curriculum.<sup>46</sup> The applicants submitted a psychological study of effects of the segregated education asserting that such education *produced emotional and psychological harm in Roma children, in terms of lower self-esteem and self-respect and problems in the development of their identity.*<sup>47</sup> The defendants denied the allegation explaining that the exclusive reason for separation was poor knowledge of Croatian language, which was an obstacle for children to successfully participate in mixed

---

39 *Ibid.*, para 201

40 *Ibid.*, para 202

41 *Ibid.*, para 203

42 *Ibid.*, para 209

43 *Oršuš and Others v. Croatia* (App. No. 15766/03), Judgment of 17 July 2008, paras 5- 19

44 *Ibid.*

45 *Ibid.*, para 21

46 *Ibid.*

47 *Ibid.*, para 22

classes.<sup>48</sup> The local court dismissed the claims as non-grounded.<sup>49</sup> The appeal court confirmed the judgment of the first-instance court.<sup>50</sup> In February 2007 the Constitutional Court dismissed the applicants' complaint.<sup>51</sup> The Constitutional Court found that the placement of Roma pupils in Roma-only classes *pursued the legitimate aim of necessary adjustment of the elementary educational system to the skills and needs of the complainants, where the decisive factor was their lack of knowledge or inadequate knowledge of Croatian, the language used to teach in schools. The separate classes were not established for the purpose of racial segregation in enrolment in the first year of elementary school but as a means of providing children with supplementary tuition in the Croatian language and eliminating the consequences of prior social deprivation.*<sup>52</sup>

The Constitutional Court further said: *The complainants further complain of a violation of their right to education on the ground that the teaching organised in those classes was more reduced in volume and in scope than the Curriculum for Elementary Schools adopted by the Ministry of Education and Sport on 16 June 1999. They consider that 'their placement in Roma-only classes with an inferior curriculum stigmatises them as being different, stupid, intellectually inferior and children who need to be separated from normal children in order not to be a bad influence on them. Owing to their significantly reduced and simplified school curriculum their prospects of higher education or enrolment in high schools as well as their employment options or chances of advancement are slimmer (...)*'

*After considering the entire case-file, the Constitutional Court has found that the above allegations are unfounded. The case-file, including the first-instance judgment ..., shows that the allegations of an inferior curriculum in Roma-only classes are not accurate. The Constitutional Court has no reason to question the facts as established by the competent court.*<sup>53</sup>

The Chamber compared this case with *D.H. and Others v. the Czech Republic* and found they were not comparable.<sup>54</sup> According to the Chamber, the two measures - separation of children on the basis of intellectual capacity and on the basis of knowledge of language *differ significantly in their nature and severity.*<sup>55</sup> The Chamber further stated that in *D.H. and Others* the Court found that different treatment

---

48 *Ibid.*, paras 23, 24

49 *Ibid.*, para 25

50 *Ibid.*, para 27

51 *Ibid.*, para 29

52 *Ibid.*, para 29

53 *Ibid.*, para 29

54 *Ibid.*, para 65

55 *Ibid.*, para 65

was based on race, which required the strictest investigation of justification, while a different treatment based on the knowledge of a language, like in this case, left a broader margin of appreciation.<sup>56</sup> Separation of children on the basis of intellectual capacity was a nationwide practice in the Czech Republic, while the separation on the basis of knowledge of language in the Republic of Croatia was limited to a single region.<sup>57</sup> The Chamber was unanimous that it was not a case of discrimination.

By nine votes to eight, the Grand Chamber adjudged that Croatia was responsible for violation of Article 14 of the Convention in conjunction with Article 2 of Protocol No. 1.<sup>58</sup> The Grand Chamber agreed with the Chamber that statistics in this case did not suffice to prove indirect discrimination.<sup>59</sup> In just one of the schools, a majority of Roma children was separated in Roma-only classes.<sup>60</sup> But, the Grand Chamber stated that indirect discrimination might be proved without statistical evidence.<sup>61</sup> The Grand Chamber referred to reports of impartial international bodies according to which transfer of Roma pupils from Roma-only classes to mixed classes faced opposition of non-Roma parents.<sup>62</sup> The Grand Chamber did not deny that separation of pupils due to an inadequate knowledge of language might be justified by need of additional activities to satisfy their specific needs.<sup>63</sup> *However, the Grand Chamber continues, when such a measure disproportionately or even, as in the present case, exclusively, affects members of a specific ethnic group, then appropriate safeguards have to be put in place.*<sup>64</sup> Then, the Grand Chamber carefully examined relevant circumstance of the case. The legal basis for separation of children was not clear.<sup>65</sup> The tests used for measuring knowledge of language were not specially designed for that purpose.<sup>66</sup> The tests were prepared for measuring psycho-physical abilities of children, not evaluating their knowledge of the Croatian language in particular.<sup>67</sup> The Grand Chamber referred to some inconsistencies in the Government's explanation.

---

56 *Ibid.*, para 66

57 *Ibid.*, para 66

58 *Oršuš and Others v. Croatia* (App. No. 15766/03), Judgment of 16 March 2010

59 *Ibid.*, para 152

60 *Ibid.*, para 152, Oršuš, 2008, para 29

61 *Ibid.*, para 153

62 *Ibid.*, para 154

63 *Ibid.*, para 157

64 *Ibid.*, para 157

65 *Ibid.*, para 158

66 *Ibid.*, para 159

67 *Ibid.*, para 160

Two applicants were enrolled in the mixed class at the first grade and, after two years, they were moved to Roma-only class.<sup>68</sup> The reason for their transfer to Roma-only class remained unclear. If it were insufficient knowledge of language, it would be obvious at the beginning. If the reason was absence of progress in their schooling, the problem could not be addressed by their removal to Roma-only class.<sup>69</sup> The explanation of the Government, that at time of enrolling of the two applicants in the school, there was no Roma-only class in the school, was not accepted since the problem of inadequate knowledge of language had not been properly addressed.<sup>70</sup> The explanation of the Government regarding the curriculum provided in Roma-only classes was not clear, consistent and convincing. The Grand Chamber was unclear whether the curriculum provided in Roma-only classes was the same as the standard curriculum in the mixed classes, reduced by 30% or adapted to the needs of Roma children.<sup>71</sup> If the curriculum was reduced by 30%, the Grand Chamber did not understand how the reduction served to overcome the language problem.<sup>72</sup> It could be overcome by providing an additional intensive course of Croatian language. The Grand Chamber stated:

*Since, as indicated by the Government, teaching in the schools in question was in Croatian only, the State in addition had the obligation to take appropriate positive measures to assist the applicants in acquiring the necessary language skills in the shortest time possible, notably by means of special language lessons, so that they could be quickly integrated into mixed classes.*<sup>73</sup>

Croatian schools provided some Croatian language courses but that was inconsistent and ineffective. It was ineffective since it did not result in replacement of children from Roma-only classes to the mixed classes.<sup>74</sup> There was no prescribed and transparent monitoring procedure to record a progress in learning Croatian language.<sup>75</sup> The Council of Europe bodies reported *the poor school attendance of Roma children and their high drop-out rate* in Croatia.<sup>76</sup> Concerning that issue, the Grand Chamber has established a high standard of the obligation to implement positive measures:

---

68 *Ibid.*, para 161

69 *Ibid.*, para 161

70 *Ibid.*, para 162

71 *Ibid.*, paras 163, 164

72 *Ibid.*, para 165

73 *Ibid.*, para 165

74 *Ibid.*, paras 167-171

75 *Ibid.*, para 175

76 *Oršuš*, 2010, para 176

*While the Croatian authorities cannot be held to be the only ones responsible for the fact that so many pupils failed to complete primary education or to attain an adequate level of language proficiency, such a high drop-out rate of Roma pupils in Međimurje County called for the implementation of positive measures in order, inter alia, to raise awareness of the importance of education among the Roma population and to assist the applicants with any difficulties they encountered in following the school curriculum. Therefore, some additional steps were needed in order to address these problems, such as active and structured involvement on the part of the relevant social services. However, according to the Government, the social services had been informed of the pupil's poor attendance only in the case of the fifth applicant. No precise information was provided on any follow-up.<sup>77</sup>*

### **3.3. Analysis of the two cases**

*D. H and Others* and *Oršuš and Others* have shown that the conception of indirect discrimination was born in practice of the ECtHR under Article 14 of the Convention. It came as a result of evolutive interpretation of Article 14 of the Convention. The Grand Chamber did not use a term “evolutive” interpretation, but the fact that the Grand Chamber changed judgment of Chambers in the two cases is a sign that interpretation of Article 14 of the ECHR has changed. Besides, it happened in time when the concept of indirect discrimination has become mature and developed as a concept in EU law. The concept was incorporated in domestic law of a vast majority (if not all) Contracting Parties to the ECHR. This development must have been taken into account by the ECtHR in interpretation of Article 14 of the Convention. The Grand Chamber explored relevant Community law and practice related to indirect discrimination.<sup>78</sup> Its definition of indirect discrimination was inspired by the definition in EU anti discrimination directives.

The comparison of the two cases reveals the concept of indirect discrimination as an open and flexible concept escaping strict legal formalities, as now exists in the practice of the ECtHR. Indirect discrimination is a variant of discrimination. The ECtHR defines indirect discrimination as *a general policy or measure which is apparently neutral but has disproportionately prejudicial effects on persons or groups of persons who ... are identifiable only on the basis of an ethnic criterion, may be considered discriminatory notwithstanding that it is not specifically aimed at that group... unless that measure is objectively justified by a legitimate aim and the means of achieving that aim are appropriate, necessary and proportionate.*<sup>79</sup>

---

77 *Ibid.*, para 177

78 *D.H. and Others*, 2007, paras 81-91

79 *Oršuš*, 2010, para 150

In these two and some other cases,<sup>80</sup> the ECtHR extended protection against indirect discrimination to an ethnic group, but in other cases the protected individuals were members of sex group.<sup>81</sup>

A difference in treatment, which is detrimental to members of the affected group, is a common element of all sorts of discrimination. In the analyzed cases, the Court consideration was not limited exclusively to suffering of the applicants, but the Court allocated decisive weight to suffering of all members of the group. (See about the importance of the fact in *Bernard, Hepple*, 568.) Another general element of all sorts of discrimination is that members of the affected group are distinguishable by their common personal characteristic (status).<sup>82</sup> Concerning an “*objective and reasonable justification*” of different treatment as an element which excludes discrimination,<sup>83</sup> in *D. H and Others*,<sup>84</sup> the Grand Chamber states that different treatment based exclusively or to a decisive extent on a person’s ethnic origin cannot be objectively justified in “*contemporary democratic society built on the principles of pluralism and respect for different cultures*”. However, in *Oršuš and Others*,<sup>85</sup> the Grand Chamber is of the opinion that “*very weighty reasons would have to be put forward before the Court could regard a difference of treatment based exclusively on the ground of ethnic origin as compatible with the Convention.*” These judicial observations were made in cases of indirect discrimination, but the observations refer to direct discrimination. In EU anti-discrimination directives, an *objective and reasonable justification* is textually expressed as an element of the definition of indirect-discrimination. It does

---

80 *Sampanis et autres c. Grèce* (Req. No. 32526/05) Arrêt 5 juin 2008, *Horváth and Kiss v. Hungary* (App. no. 11146/11) Judgment of 29 January 2013

81 *Hoogendijk v. The Netherlands* (App. no. 58641/00) Decision as to the admissibility of 6 January 2005, *Opuz v. Turkey* (App. no. 33401/02) Judgment of 9 June 2009

82 *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen*, (App. no. 5095/71; 5920/72; 5926/72), Judgment of 7 December 1976, para. 56.

83 *D.H. and Others*, 196, *Oršuš*, 2010, para 156. *Marckx v. Belgium*, Judgment of 13 June 1979, para. 33; *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, (App. no. 9214/80; 9473/81; 9474/81) Judgment of 28 May 1985, para. 72; *McMichael v. the United Kingdom*, (App. no. 16424/90) Judgment of 24 February 1995, para. 97; *Gaygusuz v. Austria*, (App. no. 17371/90) Judgment of 16 September 1996, para. 42; *Hoffmann v. Germany*, (Application no. 34045/96), Judgment of 11 October 2001, para. 55; *Moldovan and Others v. Romania*, (Apps nos. 41138/98 and 64320/01), Judgment of 12 July 2005, para.137.

*Thlimmenos v. Greece*, (App. no. 34369/97), Judgment of 6 April 2000, para 44; *Beard v. the United Kingdom*, (App. no. 24882/94), Judgment of 18 January 2001, para. 132; *Chapman v. the United Kingdom*, (App. no. 27238/95), Judgment of 18 January 2001, para. 129.

84 *D.H. and Others*, 2007, para 176, *Sampanis et autres*, *op. cit.*, para 69, *Horváth and Kiss*, *op. cit.*, para 101.

85 *Oršuš*, 2010, para 149.

not mean that EU anti-discrimination directives treat all differences based on forbidden grounds as cases of direct discrimination. They provide that some cases of different treatment based on forbidden grounds do not constitute discrimination. The excluded cases are numbered in an exhaustive way and all other differences based on forbidden grounds make direct discrimination. It means that an *objective and reasonable justification* is the general element of direct and indirect discrimination, as they are defined by EU anti-discrimination directives in respect of all grounds, including racial or ethnic grounds. Equally, it is an element of definition of all sorts of discrimination under Article 14 of the ECHR. The Respondent State is expected to justify a different treatment. That obligation is stressed especially in the concept of indirect discrimination: *Where an applicant produces prima facie evidence that the effect of a measure or practice is discriminatory, the burden of proof will shift on to the respondent State, to whom it falls to show that the difference in treatment is not discriminatory.*<sup>86</sup>

A positive obligation of a Contracting Party concerning discrimination has also been recognized by the Court as a general element of all sorts of discrimination under Article 14 of the ECHR. In *Nachova and Others*,<sup>87</sup> the ECtHR found that Bulgaria was responsible for a breach of Article 14 in conjunction with Article 2 of the ECHR, since the Government had failed to investigate a possible racist motive of killing two Roma military fugitives. It was a case of direct discrimination. However, the two analyzed cases of indirect discrimination, especially *Oršuš and Others*, show the great importance which the ECtHR attributes to the obligation to take positive measures in a context of indirect discrimination.

A distinguished characteristic of indirect discrimination, common to the concept in all different jurisdictions, is that indirect discrimination is a hidden discrimination, veiled by apparently neutral criterion of a difference. The ECtHR speaks about a *general policy or measure which is apparently neutral*. EU anti-discrimination directives use the terms: *apparently neutral provision, criterion or practice*. Both terminologies should have the same meaning – difference of treatment based on apparently neutral criterion (ground, status) which disproportionately and adversely affects in persons which share a common characteristic.

#### **4. Concluding remarks: Potentials of the concept of indirect discrimination under Article 14 of the ECHR**

The duality of discrimination, i.e. its classification into direct and indirect discrimination, has become universally accepted. (Is there, however, something in between? See in Forshaw, Pilgerstorfer, 2008: 347-364). It is recognized in

---

<sup>86</sup> *D.H. and Others*, 2007, paras 180, 189, *Oršuš*, 2010, para 150

<sup>87</sup> *Nachova and Others v. Bulgaria* (App. Nos. 43577/98 and 43579/98) Judgment of 6 July 2005

US law and EU law, in law of European countries as well as by the Human Rights Committee. As noted by Christa Tobler, the reason for such a development is that '*substance prevails over form*' (Tobler, 2008: 24). Openness and flexibility of the concept serves that purpose. High formalities might turn the concept of discrimination into its reverse.

The concept of indirect discrimination was used by the ECtHR for the protection of vulnerable racial and other groups. The purpose is to facilitate processes of inclusion of members of vulnerable groups in the society (Collins, 2003: 16-43) and to stop recycling their social marginalization.

If *Zarb Adami*<sup>88</sup> might be classified as a case of indirect discrimination, then the case shows that the concept might be used beyond the mentioned purpose for achieving other purposes, such as greater fairness in distribution of social duties between sexes. In that case *the law and/or the domestic practice exempted persons of the female sex from jury service whereas, de facto, men were not offered this exemption*.<sup>89</sup>

In EU countries, the concept of indirect discrimination under Article 14 extends the field of the applicability beyond matters covered by EU antidiscrimination directives. It is especially the case with EU members that accepted Protocol No. 12.

The ECtHR has underscored the importance of the obligation of Contracting Parties to take positive measures against *de facto* situations of indirect discrimination, which is a great potential for further development in direction of inclusive societies.

## References

- Bernard, C. and Hepple, B. (2000). Substantive Equality, *Cambridge Law Journal*, vol. 59. No. 3
- Collins, H. (2003). Discrimination, Equality and Social Inclusion, *Modern Law Review*, vol. 66
- Defeis, E. F. (2004). Equality and the European Union, *The Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 32, No. 1
- Ellis, E. (2004). *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford: Oxford University Press
- Etinski, R. (2013). Emerging Indirect Discrimination under Article 14 of the ECHR, *Noua Revista de Drepturile Omului*, vol. 9, No. 1

---

88 *Zarb Adami v. Malta* (App. no. 17209/02) Judgment of 26 June 2006

89 *Ibid.*, para 13



Etinski, R. and Krstić, I. (2009). *EU Law on the Elimination of Discrimination*, Maribor, Belgrade: University of Belgrade

Forshaw, S. and Pilgerstorfer, M. (2008). Direct and Indirect Discrimination: Is There Something in between, *Industrial Law Journal*, vol. 37, No.4

Gardner, J. (2005). Discrimination as Injustice, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 16, No. 3

Morris, A. J. (1995). On the Normative Foundation of Indirect Discrimination Law: Understanding the Competing Models of Discrimination Law as Aristotelian Form of Justice, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol 15. No. 2

Tobler, Ch. (2008). *Limits and potential of the concept of indirect discrimination*, Luxembourg: European Commission

Tobler, Ch. (2005). *Indirect Discrimination, A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law*. Antwerpen, Oxford: Intersentia

**Др Родољуб Етински,**

Редовни професор,

Правни факултет Универзитета у Новом Саду

## **НОВИ КОНЦЕПТ ПОСРЕДНЕ ДИСКРИМИНАЦИЈЕ ПРЕМА ЧЛАНУ 14. ЕВРОПСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ О ЉУДСКИМ ПРАВИМА**

### **Резиме**

Европски суд за људска права је изградио концепт посредне дискриминације релативно недавно. У пресуди ДХ и други против Чешке (2007), Европски суд за људска права је експлицитно истакао да: “се докази подносица представке могу сматрати довољно поузданим и значајним за потврђивање претпоставке о постојању посредне дискриминације”. Концепт прикривене или посредне дискриминације је први пут употребио Европски суд правде у случају *Sotgiu против Deutsche Bundespost* (1974), да би превазишао ограничења забране дискриминације по основу националне припадности. Када другачији третман није заснована на националној основи али има несразмеран утицај на положај страних држављана, ради се о случају прикривене дискриминације. У каснијем периоду, концепт посредне дискриминације је коришћен за заштиту угрожених/осетљивих група у анти-дискриминационом праву Европске уније. Будући да члан 14. Европске конвенције о људским правима садржи отворену листу правних основа за дискриминацију, Европски суд за људска права се не може суочити са проблемом какав је постојао у случају *Сотгиу*. Међутим, Европски суд за људска права је исправно закључио да посредна дискриминација такође постоји уколико се различит третман заснива на критеријуму који се не односи искључиво на чланове заштићене групе али има несразмеран утицај на положај чланова групе. Европски суд за људска права развио је концепт посредне дискриминације под утицајем анти-дискриминационог права ЕУ, чија је заједничка сврха заштита осетљивих група.

**Кључне речи:** посредна дискриминација, забрана дискриминације, члан 14 Европске конвенције о људским правима, судска пракса Европског суда за људска права.

**Др Весна Кнежевић Предић,\***

Редовни професор Факултета политичких наука,  
Универзитет у Београду

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 341.33

Рад примљен: 30.06.2015.

Рад прихваћен: 03.12.2015.

## **ЗАШТИТА ЖРТАВА ОРУЖАНИХ СУКОБА: 150 ГОДИНА ЖЕНЕВСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ ЗА ПОБОЉШАЊЕ СУДБИНЕ РАЊЕНИКА НА БОЈНОМ ПОЉУ**

**Апстракт:** Свеколики, данас респектабилни корпус норми међународног јавног права који штити посебно угрожене категорије лица зачет је давне 1864. године када је сачињена Конвенција за побољшање судбине рањеника на бојном пољу. Значај Конвенције се не исцрпљује у чињеници да је она први мултилатерални уговор легислативног карактера хуманитарног, у оно доба ратног права. Нити пак у чињеници да је то први мултилатерални уговор легислативног карактера у међународном праву уопште. Подједнако је значајно, ако не и значајније, да су основни принципи који су постављени овим актом скромног обима – тек десет чланова – преживели и нацивели сваковрсна искушења којима су токм претходних 150 година били изложени. Они су данас темељ заштите не само рањених и болесних припадника оружаних снага, што је био персонални домен Конвенције, већ темељ заштите и других заштићених лица у оружаним сукобима. У трагању за одговором на питање шта је кључ стабилности овог режима аутор овог текста разматра контекст у коме је она усвојена, идентификује главне актере који су учествовали у процесу њеног настанка од иницијативе до ратификације конвенције, садржину конвенције, као и њену судбину. Не претендујући да понуди коначан и потпун одговор аутор закључује да су на трајност режима пресудно утицали различити фактори: промена концепта оружаних снага; преовлађујућа идејна, духовна и научна клима тога доба; појава и растућа улога недржавних чинилаца кадрих и вољних да потраже и пронађу оптимални однос са неспорно доминантном улогом државе; једноставни, јасни и логични принципи на којима систем заштите почива; и, на крају, али никако најмање важно, иновативан и флексибилан систем надзора над имплементацијом Конвенције.

**Кључне речи:** заштита, жртве оружаних сукоба, угрожене категорије, Женевска Конвенција.

---

\*vesna.knezevicpredic@fjn.bg.ac.rs

## 1. Увод: у потрази за „светим гралом”

Иако то може изгледати парадоксално, респектабилни корпус правила међународног јавног права која штите посебно угрожене категорије лица своје порекло дугује правилима створеним да се примењују у оружаним сукобима између држава. Много пре но што је процес хуманизације захватио међународно право тако да оно заштити жене, избеглице, апатриде, мигранте, лица са посебним потребама – да набројимо тек неке категорије – међународно право ће се постарати да заштити жртве рата: цивиле под влашћу непријатеља, ратне заробљенике, бродоломнике, болеснике и – од њих је све почело – војнике рањене на бојном пољу.<sup>1</sup> Зачетак тог процеса се са неуобичајеном прецизношћу може утврдити. Те 1864. године у Женеви је потписана Конвенција за побољшање судбине рањеника на бојном пољу (у даљем тексту Конвенција).<sup>2</sup>

Значај Конвенције се не исцрпљује учињеници да је она први мултилатерални уговор легислативног карактера међународног хуманитарног права (у даљем тексту МХП) у доба ратног права.<sup>3</sup> Нити пак у чињеници да је то први

1 О сениоритету протективне функције ратног права посебно речито говори чињеница су се прве норме међународног права о забрани стављања у ропски положај и неких облика праксе сличне ропству развијају најпре у његовим оквирима. Оне уговорну форму добијају у Хашким конвенцијама, прецизније у другом поглављу Правилника уз другу Хашку конвенцију о правилима и обичајима рата на копну која је закључена 1889. године, а потом у истом поглављу Правилника уз четврту Хашку конвенцију која је закључена 1907. и која замењује другу. Релевантне одредбе гарантују заштиту од поробљавања и принудног рада цивилима и борцима током међународних оружаних сукоба и окупације. Шире о томе видети: (Fernandez, 2012: 130–138).

2 Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded in the Armies in the Field, (Schindler, Toman, 2004: 366, 367).

3 Иако је реч о једној од најстаријих грана међународног права, не постоји једна општеприхваћена дефиниција међународног хуманитарног права. Према једном од најсвеобухватнијих мишљења реч је о грани међународног права која „ограничава употребу насиља у оружаним сукобима тако што: а) штити лица која не учествују или више директно не учествују у непријатељствима; б) своди га на меру која је неопходна да би се постио циљ сукоба који – независно од узрока због којих се борба води – може бити само слабљење војног потенцијала непријатеља”. Цитат (Sassoli, Bouvier, Quintin, 2011: 1). О појму МХП видети шире: (Кнежевић Предић, 2007: 37–48). Како смо већ указали, правила која се примењују у оружаним сукобима развијала су се кроз два релативно независна корпуса: правила о заштити жртава рата и правила ратовања. У другој половини XX века долази до њиховог приближавања, а потом и спајања у јединствену целину, како је констатовао Међународни суд правде у Саветодавном мишљењу о легалности претње употребом или употребе нуклеарног наоружања 1996: „Ове две гране права које се примењују у оружаним сукобима су постале тако блиско повезане да се сматра да су постепено формирале један јединствени комплексни систем, данас познат као међународно хуманитарно право.” Advisory Opinion on the

мултилатерални уговор легислативног карактера у међународном јавном праву уопште.<sup>4</sup> Подједнако је значајно, ако не и значајније, да су основни принципи и институти који су постављени овим актом скромног обима – тек десет чланова – преживели и надживели сваковрсна искушења којима су током претходних 150 година били изложени. Они су, шта више, остали темељ заштите не само рањеника и болесника већ су уграђени у основе свих других протективних режима МХП – ратних заробљеника, цивила.<sup>5</sup>

Сама стабилност овог режима која се може упоредити још једино са дипломатским правом, нужно буди радозналост и просто вапи да се идентификују њене детерминанте. Разуме се да њена садржина, како је креирана 1864, није једини могући одговор будући да је она допуњавана у мери коју њени творци нису могли ни наслутити. Оно што напросто захтева истраживачку пажњу коју, чини се, није добило у доктрини како нашој тако страном, изузимајући истраживања под оквиром Међународног комитета Црвеног крста (у даљем тексту МКЦК), јесту други чиниоци који су утицали на изградњу режима Конвенције.

У трагању за тајном дуговечности института и принципа записаних у Конвенцији, за „светим гралом“ Конвенције, следићемо три основна правца. Први од њих тиче се контекста у коме је Конвенција настала. У фокусу ће бити пракса и правила у области заштите рањених и болесних војника до усвајања Конвенције како на спољњем тако и на унутрашњем плану. Други правац у коме ће се кретати наше истраживање прати процес настака Конвенције – од Конвенције као идеје, преко Конвенције као иницијативе, израде нацрта, преговора о нацрту и његовог усвајања до коначне изјаве држава да њоме буду обавезане. У трећем делу размотрићемо судбину Конвенције: њено ступање на снагу, ревизије, престанак важења.

Не претендујући да дамо комплетан и коначан одговор на питање шта је то учинило режим креиран конвенцијом тако дуговечним, показаћемо да су на трајност режима пресудно утицали различити фактори: промена концепта оружаних снага; преовлађујућа идејна, духовна и научна клима тога доба; појава и растућа улога недржавних чинилаца кадрних и вољних да потраже и пронађу оптимални однос са неспорно доминантном улогом државе; једноставни, јасни и логични принципи на којима систем заштите

---

Legality of the Threat or Use Nuclear Weapons, para. 75, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=498&p1=3&p2=4&case=95&p3=5> Посећено 24. 6. 2015.

4 Видети е.г: (Bougnon, 2012: 1227); (Holland, 1980: 2).

5 Упркос учесталим и интензивним ревизијама, Конвенција је успела да остане изузетно дуговечна. Наиме, Конвенција из 1864. године је остала на снази све до 1966. године када је последња страна уговорница, Република Кореја, приступила Првој женевој конвенцији из 1949. године. (Schindler, Toman, 2004: 366, 365)

почива; и, на крају, али никако најмање важно, иновативан и комплексан систем имплементације и надзора над имплементацијом Конвенције.

## 2. Контекст у коме настаје конвенција

По себи се разуме да хуманост не почиње са Конвенцијом. Идеје и тежње да се рањени војник збрине и да му се пружи медицинска помоћ и нега рађале су се и развијале из два наизглед супротстављена правца. Први је сила којој борци дугују оданост, којој припадају. Други извор је противничка сила под чију власт потпадну после рањавања или болести.

Археолози тврде да су рањеници збрињавани већ у неолитској епохи. О лечењу болесних говори и египатски спис „Седам дела правог милосрђа“ и чак налаже да се ослободе затвореници, а спале мртви (Pictet, 1985: 6–7). Египат открива и формулише економију спасавања живота професионалних војника схватајући да су они заправо скупа и значајна инвестиција државе коју ваља заштити када је она угрожена. Римљани ће у доба принципата увести редовне медицинске одреде који су имали задатак да брину о рањеницима како на копну тако и на мору (Haller, 2011: 8). Са његовом пропашћу наступиће, нажалост, и суноврат организоване помоћи и бриге о рањеницима и тек ће централизација државног апарата и са њим професионализација војске вратити ова питања на дневни ред. Изгубљена економија спасавања живота професионалних војника враћа се на велика врата са апсолутним монархијама. У XV веку појављују се посебне војне формације обучене и опремљене да евакуишу рањенике и пруже им прву помоћ. Број медицинског особља значајно расте, а готово да се револуционишу средства која им стоје на располагању. Сматра се да је краљица Изабела I од Шпаније први европски монарх који је наложио организовање помоћи рањеницима током битке. Луј XIV ће отићи знатно даље и 1674. године ће подићи прву сталну војну болницу, чувени *Hotel Royal des Invalides*, а нешто касније подићи чак 51 војну болницу широм Француске.

У осамнаестом веку старање о здрављу војника, рањеника и болесника је ушло у искључиви домен европских држава и укључивало медицински преглед регрута, посебну регулативу која је уређивала функционисање војних болница, издавање наредби и извештаја о хигијени. Ратна хирургија је толико напредовала да се XVIII век и данас назива њеним златним добом. Имајући у виду такав однос према животу и здрављу сопствених војника, не чуди што је управо Луј XV, краљевски како му и доликује, у предвечерје битке код Фонтеноја (Fontenoy) 1745. на питање како да се поступа са

рањеним непријатељем могао да одговори: „Баш исто као са нашим људима јер када су рањени, они нису више наши непријатељи.”<sup>6</sup>

Наравно да је и примера милосрђа према рањеним непријатељима било откако је ратовања самог. Да поменемо овом приликом частан поступак Саладина који је по освајању Јерусалима у XI веку дозволио опатицама да лече рањене заробљене крсташе и да се безбедно врате на крсташку страну. Почев од XVI века војни заповедници закључују споразуме, тзв. картеле, у којима прописују правила о поступању са рањеницима. Осамнаести и деветнаест век сведоче и о споразумевању зарањених страна на вишем нивоу. Представници *Ancien Regime* обичавали су да локације санитетских објеката унапред договоре како не би биле нападане (Vougnon, 2012: 1312). Појављују се и билатерални уговори којим се, како ће се видети, прописују правила која ће бити уграђена у Конвенцију. Њима се гарантује неутралност лекарима, апотекарима, свештеницима, а нешто касније и самим рањеним и болесним војницима, па се чак неутрализују и бањска места које под својом влашћу држе зарањене стране како би се омогућио несметани опоравак.<sup>7</sup> Понекад се ти уговори односе и на категорије лица које Конвенција неће обухватити. Тако Сједињене Државе закључују уговор са Прусијом који прописује поступање са ратним заробљеницима у случају рата.<sup>8</sup>

Високи стандарди које су Луј XV и други владари поставили представљали су врхунац после кога је следио суноврат. Не само, можда не ни пре свега, када је о старању о непријатељу реч, већ и када је реч о старању о сопственим војницима. Овај суноврат долази – и ту се не тако многобројни историчари међународног права потпуно слажу – са буржоаским револуцијама.<sup>9</sup> На место професионалних војника према којима револуционари гаје дубоко неповерење, у историју ратовања ступа народна војска, масовна, недовољно обучена или потпуно необучена, ношена и вођена пре револуционарним заносом него вештином и умећем. Логична последица тога је десетковање и деградирање санитетских служби и искрена сумња да њих треба

---

6 Луј XV је наредио да се унапред припреми 4.000 лежајева за рањенике које ће 1.200 кола евакуисати са попришта и сместити их у адекватно опремљене болнице где је обучено медицинско особље преузело бригу о њима. Од 3.790 француских и 2.368 евакуисаних рањеника у наредне три недеље је умрло 583 лица. Пикте примећује да Анри Динан не би имао шта да запише и предложи, да је уместо попришта у Солферину посетио Фонтени (Pictet, 1985: 22).

7 Детаљније о томе видети: (Boissier, 1985:147–165, а посебно 148–153).

8 Члан XXIV Уговора о трговини и пријатељству између Сједињених Америчких Држава и Прусије, закључен 1785. Наведено према: (Doty, 1999: 227).

9 Детаљније о томе видети е.г: (Boissier, 1985: 121– 139, посебно 131–134).

задржати као део војних снага. Трагични губици и страдања војске у доба Наполеонових ратовања – поменимо е.г. страдања француске војске при повлачењу из Русије – неће променити став Француске, а ни осталих европских држава.<sup>10</sup> Вишедеценијски период мира којим се Западна Европа тако поносила, потиснуће питање војног санитета на само дно листе влада. Изузимајући Велику Британију, ни једна од учесница Кримског рата, који европљани и нису сматрали европским, упркос страховитим губицима проузрокованим пре свега болестима, а много мање ранама на бојном пољу, неће бити подстрек да се поново отвори питање збрињавања болесних и рањених војника.<sup>11</sup> Упркос чињеници да развој наоружања, посебно артиљерије и појава нове муниције проузрокује све веће и озбиљније жртве.

Вреди запазити да ни растући национални занос неће поправити стање ствари. Не само да је саосећање деградирано према непријатељу већ и према саборцу. Јасно је шта војник дугује *patria*-и, али не и шта она њему дугује када у њену славу допадне болести или рана. Када Наполеон III крене у помоћ Пијемону током борбе за ослобођење од Хабзбуршке власти – тзв. Други италијански рат за независност – његова санитетска служба даје чак мање наде рањеном или болесном војнику да преживи но што је то био случај у доба Наполеона I, а да и не помињемо златно доба Луја XV.<sup>12</sup> Последња битка у овом недугом рату догодила се за све зараћене

---

10 Наполеон је напао Русију 11/12 односно 23/24 јуна 1812. године најбројнијим војним снагама икада окупљеним до тада. Од 600.000 људи колико је бројала француска војска на почетку рата, 100.000 њих је ушло у Москву, а тек 20.000 њих је преживело повлачење из Русије. Доминантна већина жртава живот је изгубила услед смрзавања, глади, болести, нелечених рана. О томе шире е.г. (Stone, 2006: 101–106). Па ипак, управо је у оквиру санитета Наполеоновог доба рођена идеја о посебном статусу санитетског особља. Неутрализацију медицинског особља први заговара француски доктор у Наполеонов војсци Pierre Francois Персу који је организовао по један корпус хирурга у свакој дивизији и дизајнирао покретну болницу (Haller, 2011: 15,16).

11 За разлику од Енглеске којој су ужасни губици, који су наступили као резултат болести и инфекција, а у првом реду потпуно неспремном санитетском службом, били повод да организацију санитетске службе повере Флоранс Најтингел. Енергичне мере која је она са групом од тридесет осам болничарки спровела почев од новембра 1854 обориле су стопу смртности међу енглеским снагама са 293 од 1000 војника на тек 25 од 1000. (Haller, 2011: 17– 21). О страховтама Кримског рата видети: (Boissier, 1985: 143– 139); (Stone, 2006: 118– 125).

12 Првим ратом сматрају се сукоби током 1848–1849. године у којима Хабзбуршко царство настоји да задржи под својом влашћу територије на Апенинском полуострву. Други рат за ослобођење Италије започиње ултиматумом који је Франц Јозеф упутио влади Пијемонта 19. априла 1859. који је влада Пијемонта одбацила четири дана потом. Пијемонту ће се придружити и Француска која се уговором закљученим у јулу 1858.



стране потпуно неочекивано 24. јуна 1859. године.<sup>13</sup> У њој је учествовало око 150.000 аустријских војника са једне и 130.000 војника савезничких снага Пијемонта и Француске са друге стране, на осам миља дугој линији фронта у околини градића Солферино. Губици Француза су износили око 12.700 људи, Аустријанци су изгубили 23.300 војника, а Пијемонћани 5.500 (Paoletti, 2008: 108). Поражени Франц Јозеф радо је прихватио Наполеонову понуду за примирје 6. јула, а 10. јула Франц Јозеф и Наполеон су се срели у Вилафранки „загрлили се признајући своје стварно и узајамно пријатељство и за неколико митута у општим цртама договорили мировни споразум“ (Boissier, 1985: 33). Баш на дан када се у родну Женеву вратио човек чије ће “Сећање на Солферино” покренути најпре Европу, а потом и друге континенте да започну стварање међународноправног оквира заштите жртава рата.

Анри Динан је у градић Кастељоне стигао 24. јуна 1859. године, само неколико часова пошто је завршена битка код Солферино. На пут у ратом захваћену Ломбардију одважио се како би Наполеону III изложио проблеме на које је наишао при реализацији свог економског подухвата у Алжиру, и од њега затражио решења које француска администрација није била вољна да му изда.<sup>14</sup> Оно што је затекао на бојном пољу нагнало га је да одложи

---

године обавезала да ће интервенисати у случају Аустријске агресије. О томе шире видети е.г: (Сорпа, 2013: 5, 23–40, 74–11) или (Paoletti, 2008:102–109).

13 После битке код Магенте 4. јула Аустријанци се повлаче, а Французи их прате споро и издалека; очекује се да ће се нова битка одржати неколико дана касније и то на другој страни реке Минцио која тече око седам километара даље од Солферино, а коју су аустријанци већ прешли; захваљујући лошем извићању из дирижабла Французи погрешно тумаче намере Аустријанаца који се враћају поново прелазе реку и заузимају Солферино, стратешку тачку у области у којој су они иначе изводили годишње маневре и познавали одлично. Наводно је Наполеон то сазнао док је обувао чарапе. О битци код Солферино видети детаљније е.г. (Boissier, 1985: 17–33). О битци код Солферино Франсоа Буњон каже: „Ретко је у вођењу великих битака показана тако погубна кратковидост, импровизација и немар.“ (Bougnon, 2012: 1300).

14 Анри Динан 1853. одлази да привремено преузме управу над швајцарском колонијом Сетиф у Алжиру. На релативно малом поседу који је купио на француском делу територије гради млин са идејом да га користе староседеоци за млевење жита које ће почети да производе. Успева да обезбеди воду која ће млин покретати, али не и посед на коме би се пшеница гајла. Француска администрација игнорише његове захтеве због његовог отвореног атиколонијалног и антиробовског става. Да би заобишo личну несклоност, формира се у Женеви друштво/компанију која окупља веома угледне људе из Женеве, а што је било крајње неуобичајено, унапред гарантује годишњи добитак имаоцима акција у износу од 10%. Ипак, француске власти 1859. године концесије додељују другом лицу. Очајан, на рубу банкрота, Динан схвата да је једина личност која може да поништи одлуке сам Наполеон III. Динан креће на пут да га нађе, а са собом носи и књигу „Римско царство – да Наполеон III треба да из Париза, престонице света,

своју потрагу за владаром који је преузео на себе улогу главнокомандујућег. После петнаест часова дуге битке која се сматра најкрвавијом битком после Ватерлоа, на бојном пољу је остало 6.000 мртвих и чак 40.000 рањених војника. Потпуно неспремном санитару – Французи су, на пример, имали четири ветеринара на 1.000 коња, а само једног лекара на исти број војника – требало је шест дана да са бојног поља евакуише око 10.000 рањеника. Три дана и три ноћи Динан се, заједно са локалним становништвом које је успело да превазиђе страх од одмазде што помоћ пружа рањеницима обе зарађене стране без дискриминације,<sup>15</sup> настојао да пружи негу, старање или бар утеху рањеницима који су остали на бојном пољу. Императора није успео да сретне, као што неће успети да заборави страхоте којима је сведочио.

### 3. Конвенција као идеја, нацрт и уговор

По повратку у своју родну Женеву Динан се повлачи ради опоравка, а део опоравка користио је и писање књиге “Сећање на Солферино” чији ће одјек далеко надмашити његов пожртвовани ангажман на попришту. Осим што је изванредно сведочанство о онима који су се храбро борили за отаџбину и од ње били напуштени када због ране и болести то више нису могли чинити, књига је нудила Динанове предлоге о томе шта треба учинити да се страхоте Солферино никада више не понове. Предлози су: да се већ у доба мира у државама формирају добровољна друштва која ће обучавати посвећене волонтере да пруже помоћ рањеницима у рату; да се на међународном конгресу „формулишу неки међународни принципи, санкционисани конвенцијом неповредивог карактера, који би, једном договорени и ратификовани, могли представљати основ друштвима за помоћ рањеницима у различитим државама Европе“.<sup>16</sup>

Књига је изашла из штампе новембра 1862. године у тиражу од 1.600 примерака од којих 400 примерака није било намењено за продају. Своје „отворено писмо вођама” Динан је послао својим пријатељима, рођацима, али и суверенима, министрима европских влада, генералима, писцима и

---

обузда револуционарни дух, постигне еру просперитета која почива на трајном миру и, уз помоћ своје бистрине и умерености, уједини читаву европу под својом влашћу”. Шире о томе видети: (Boissier, 1985: 7–33).

15 Када је локално становништво помислило да се аустријска војска враћа, почело је да избацује из својих кућа француске рањенике које су угостили страхујући од одмазде. (Boissier, 1985: 26).

16 Henry Dunant, A Memory of Solferino, доступно на <https://www.icrc.org/eng/who-we-are/history/150-years/index.jsp?rdpage=/eng/who-we-are/history/150-years/timeline/timeline-1862.htm> Посећено 24.6.2012

познатим филантропима свог времена. „Сећање на Солферино” је доживело неслућени успех, потреба за њом довела је до нових издања, превођена је на стране језике – дански, инглијански, немачки, а поједини делови и на енглески језик. Пристизала су писма подршке како од званичника тако и од других истакнутих и утицајних људи. Но, пресудна подршка доћи ће од Динанових суграђана, окупљених око локалног добротворног друштва, Женевског јавног друштва за благостање, првенствено од његовог председника Густава Моаинеа (Gustave Moynier).

Формирање добротворних, филантропских друштава једна је од карактеристика самоорганизовања превасходно грађанског слоја у Европи и Америци XIX века. Ова два континента заправо су прожета густом мрежом организација створених да пруже помоћ и прикупљају новац у корист оних којима је преко потребан.<sup>17</sup> Радећи на остварењу постављених циљева ова друштва стичу својеврсни “*know how*”, овладавају техникама и вештинама за њихово постизање и успостављају контакте и сарадњу са истомишљеницима преко граница својих држава. И управо се Моаине, правник и прагматичар, показао као изванредан пример те синтезе вредносног и оперативног. Моаине је такнут књигом, али и потпуно изненађен сазнањем да Динан нема никакву стратегију за остварење својих предлога. Стога Моаине нуди да први корак буде њихово представљање Генералној комисији Женевског друштва. Испрва ће оне наићи на доста хладан пријем. Комисија ће констатовати да оне далеко надилазе делокруг Друштва. Овај неуспех неће обесхрабрити Моаинеа. Он ће преформулисати предлог и предложиће да Женевско јавно друштво Динанове предлоге упути Међународном конгресу о благостању који је требало да се одржи у септембру 1863. године у Берлину. Овај пут је Генерална комисија предлог прихватила, а формиран је и комитет са задатком да сачини нацрт саопштења. Осим Моаинеа и Динана, у комитет су ушла и два доктора, Луј Апиа (Louis Appia) и Теодор Мено (Theodore Maunoir), и коначно, али никако најмање важно, генерал Дифур (Dufour). Дифур је комитету, а касније и Црвеном крсту и Женевској конвенцији, иако испрва помало скептичан,<sup>18</sup> дао посебну тежину у јавности Швајцарске, али и читаве Европе. Он је био главнокомандујући швајцарске војске, човек који је успео да у грађанским ратом захваћеној Швајцарској успостави мир у року од три недеље, и то тако да, захваљујући највишим стандардима хуманости које је поставио својим војницима, омогући стварно и трајно помирење. Уз све то, Дифур је

---

17 Дефиниција према Oxford dictionaries, <http://www.oxforddictionaries.com/definition/english> посећено 23.5.2015 О томе шире видети е.г. (Robbins, 2006: 13–31).

18 Дифур је сумњао да је могуће основати стална удружења за помоћ рањеницима у миру. Видети: (Bougnon, 2012: 1311).

још као инжињер у Француској војсци искусио болно искуство заробљеног рањеника кога је заобила адекватна медицинска нега. И на крају, „Дифур је био један од официра који су школовали Луја Наполеона Бонапарту, будућег Наполеона III.<sup>19</sup>

Комитет је 17. фебруара 1863. године одржао свој први састанак и донео помало неочекивану одлуку да се конституише као Стални међународни комитет за помоћ рањеним војницима.<sup>20</sup> Динанови предлози су размотрени и предлог да се већ у миру формирају добротворна друштва која би регрутовала и обучавала медицинско особље како би, ако то ситуација буде захтевала и према прописима који би државе усвојиле у доба мира, у рату пружили неопходну помоћ војном санитету у збрињавању и неговању рањених и болесних војника, је прихваћен. У случају да њихове државе не учествују у оружаном сукобу, неутрална друштва би могла да понуде своју помоћ „сестринским“ друштвима зарањених страна. Чланови Комитета су се сагласили и да је за несметан и ефикасан рад ових волонтера неопходно да буду препознатљиви, те су предложили да се усвоји знак распознавања који би носили. Сагласност, међутим, није могла бити постигнута о Динановом предлогу да се овим добровољцима гарантује статус неутралности, односно да им се гарантује заштита од напада на бојном пољу. Ставови Комитета јасно ће бити изражени у „нацрту конкордата“ који ће сачинити Моаине и Динан и одаслати га на различите адресе почетком септембра. Наиме, конгрес у Берлину је отказан и Комитет је одлучио да сам сазове конгрес на коме би се расправљало о његовом предлогу за октобар 1863. Динан који присуствује Међународном статистичком конгресу, понет подршком на коју је његова идеја о неутрализацији наишла, без консултација са осталим члановима Комитета, а у њихово име, одашиље нови позив који укључује и предлог за неутрализацију рањеника, амбуланти, болница војног санитета и медицинског особља признатих добровољних друштава. Повратак у Женеви водиће га кроз Дрезден, Беч, Минхен, Штутгарт, Дармштат и Карлсруе где наилази на изванредан пријем. Колеге из Комитета дочекаће га у битно другачијем расположењу: неутрализација неће бити предмет разматрања на Међународној конференцији за разматрање начина за превазилажење неадекватности војне медицинске службе на бојном пољу коју генерал Дифур отвара 26. октобра 1863. године.<sup>21</sup>

---

19 О члановима Комитета видети детаљније (Boissier, 1985: 33–55).

20 За записник са првог састанка Комитета видети IRRС, vol. 94, No.88, 2012, стр. 1136–1138.

21 О догађајима који су претходили сазивању Конференције 1863. године видети шире: (Boissier, 1985: 45–70). О току саме Конференције *ibid*, стр. 70–83.

У раду конференције је, поред чланова Комитета, учествовало осамнаест представника четрнаест влада, шест представника различитих добротворних друштава и седам лица у личном својству. Иако су у дебати изречена различита становишта о сврсисходности оснивања друштава за помоћ рањеницима, нека од њих несхватљива са данашњег становишта, преовладало је уверење о њиховој сврсисходности.<sup>22</sup> Делегати су усвојили десет резолуција – препорука, које су биле базиране на нацрту Комитета. Од влада се, између осталог, очекивало да у миру успоставе односе са националним друштвом како би њихови капацитети могли бити ефективно коришћени када наступи потреба.<sup>23</sup> Добровољно медицинско особље је на захтев или пристанак војних власти могло бити послато на бојно поље и стављено под војну команду.<sup>24</sup> За њих је прописан и јединствени знак распознавања – црвени крст на белом пољу.<sup>25</sup> Једна од препорука предвиђала је периодичне састанке националних комитета у циљу размене искустава и усвајање мера које ће унапредити њихов рад.<sup>26</sup> Чланом 10 препорука је предвиђено да комуникација између друштава различитих држава одвија „привремено посредством Женевског комитета”.

О неутралности, која је ипак разматрана на Конгресу, говоре препоруке које су упућене владама. Конгрес је, наиме, заузео становиште да оно надилази његов мандат. Ипак, владама је препоручено да током рата прогласе неутралност амбуланти и војних болница, војног медицинског особља и добровољног санитетског особља, становништва које пружа помоћ рањеницима и рањеника самих. Такође је препоручено усвајање јединственог знака препознавања за војни санитет и заставе за препознавање амбуланти и болница (Bougnon, 2012: 1320). Претварање ових препорука у обавезујуће одредбе захтевало је сазивање новог конгреса, овог пута конгреса представника влада. Њега, уз подршку Француске, сазива Швајцарска влада и он ће бити одржан у Женеви од 8.

---

22 Тако је, на пример, француска делегација оспаравала потребу за њима. Њено је становиште било да цивиле не треба припуштати на бојно поље. Наместо добровољних болничарки које нису у стању да поднесу недаће ратовања и строго војну дисциплину, потребно је обезбедити већи број мазги. „Мазге, мазге, то је Горгијев чвор у овој ствари“ (Bougnon, 2012: 1317).

23 Чл. 3. За текст видети: (Schindler, Toman, 2004: 362).

24 Чл. 6. Ibid.

25 Чл. 8. Иако се често тврди да је овај знак одабран како би се одала почаст швајцарској влади, заправо нема доказа да су делегати на Конгресу били тиме мотивисани. Релативно брзо ће се показати да он није универзално прихватљив, свакако не за припаднике других вероисповести.

26 Чл. 9. Ibid.

до 22. августа. Присутствовали су делегати шеснаест држава.<sup>27</sup> Преговори су вођени на бази предлога који је израдио и претходно доставио Комитет, заправо Моаине и Дифур. Без превеликих расправа усвојене су одредбе о неутралности амбуланти и војних болница када се у њима налазе рањеници и болесници (чл. 1); неутралности особља болница и амбуланти, укључујући и административно и транспортно особље, као и верско особље док се старају о рањеницима и болесницима (чл. 2); њима је допуштено да обављају своју функцију и после окупације у амбулантама и болницама или да се придруже снагама стране којој припадају (чл. 3); становништву које пружа помоћ рањеницима гарантовано је поштовање и слобода; они који пруже уточиште рањеницима изузети су од контрибуција и пружања обавезног смештаја војске (чл. 5); установљена је обавеза прикупљања и старања о рањеницима без дискриминације; излечени рањеници који нису подобни за војну службу, имали су бити враћени страни којој припадају; а и други су могли бити пуштени под условом да дају реч да неће више учествовати у оружаном сукобу (чл. 6); црвени крст на белом пољу је усвојен као заштитни знак (чл. 7); обавеза главнокомандујућих оружаних снага је да обезбеди примену Конвенције следећи упутства својих влада и у складу са принципима које Конвенција прописује (чл.8). Главни камен спотицања била је неутралност добровољног медицинског особља друштава за помоћ рањеницима, будући да је француска делегација истакла да није овлашћена да потише конвенцију у којој се ова категорија особља помиње. Компромис је постигнут тако што се они не помињу у Конвенцији изричито, већ се, будући да су подвргнути војној команди, када прате оружане снаге, сматрају делом војног санитета и тако уживају заштићени статус.<sup>28</sup>

#### 4. Судбина конвенције

Конвенцију је тог 22. августа потписало дванаест држава, а ступила је на снагу 22. јуна 1865. године (Boissier, 1985: 169) (Schindler, Toman, 2004: 365). Прва држава која ју је ратификовала била је Француска 22. септембра 1863, а у року од две године ратификовале су је и Швајцарска, Белгија, Холандија, Италија, Шпанија, Шведска, Норвешка, Данска, Велико војводство Баден, Грчка, Велика Британија, велико војводство Мекленбург-Шверин, Прусија, Турска, Витемберг. Аустроугарска није то учинила, те се чинило да Конвенција, која је садржала *si omnes* клаузулу, неће бити примењена у првом оружаном сукобу који ће избити на тлу Европе по њеном закључивању,

---

27 Позив да присуствују је упућен владама свих европских држава, укључујући и Отоманско Царство, као и Сједињеним Америчким Државама, Бразилу и Мексику.

28 За текст видети: (Schindler, Toman, 2004: 366, 367).

рату Аустроугарске и Пруске 1866. године. Ипак, краљ Вилхем I обавестио је МКЦК да ће Прусија примењивати једнострано одредбе Конвенције. Аустроугарска је изјавила да ће поштовати хуманитарне принципе, али ће се током војних операција понашати као да Конвенција не постоји (Boissier, 1985: 179, 183). Тако је Конвенција ипак доживела први тест на бојном пољу. Чини се да је тај тест успешно прошла. Непосредно по окончању овог краткотрајног, али ипак крвавог рата, Конвенцији ће приступити Велико војводство Хесена, Баварска, па и сама Аустроугарска (Boissier, 1985: 184–187).

Наредна прилика за примену Конвенције у пракси указаће се 1871. године када избија Француско-пруски рат. На жалост, била је то пре показна вежба за трагичне последице непостојања функционалног националног друштва и адекватних мера имплементације на унутрашњем плану.<sup>29</sup> МКЦК се неће зауставити само на информативној функцији зарад које је 1869. године основан *Bulletin International des Societes du Secours aux Militaries blesses*, данас Међународна ревија Црвеног Крста. Тек што је рат завршен, Моаине пише студију „Женевска конвенција током Француско-пруског рата” у којој предлаже стварање међународне институције која би истраживала кршења Конвенције и међународног права, како би било могуће кажњавање њихових починилаца. Биће то један од импулса који ће довести до формирања Института за међународно право, који и данас, пре свега на инсистирање Моаинеа, окупља најистакнутије посленике међународног права, а не представнике држава, а који ће, како ћемо видети, играти значајну улогу у развоју МХП.<sup>30</sup>

Једна од препорука која је уследила после Француско-пруског рата, и која је упућена државама, захтевала је од њих да усвоје адекватне националне мере имплементације, између осталог и мере које ће уредити однос националних друштава и војске. То ће учинити Француска, Немачка, Италија и Русија, али не и Турска (Haller, 2011: 67–73). Резултати или боље речено последице тога видеће се у сукобима на Балкану 1875. и 1876. године и Руско–турском рату 1877–1878. године. Ови ће сукоби указати и на потребу флексибилности у погледу заштитног знака: црвени крст на белом пољу није био прихватљив припадницима муслиманске вероисповести као заштитни знак, те у употребу улази црвени полумесец на белом пољу. МКЦК, оличен у Моаинеу, поново је осетио потребу да размотри и оцени поштовање Конвенције. „Да ли Женевска конвенција поштована у рату у Србији?” један је од писаних доприноса у борби за

---

29 О судбини Конвенције у Француско-пруском рату видети шире Pierre Boissier, *History of the International Committee of the Red Cross*, стр. 241- 269.

30 Детаљније о томе видети е.г. (Durand, 1994: 543–563).

њено поштовање.<sup>31</sup> Иначе, историја Конвенције на Балкану је понешто специфична. Црна Гора, а убрзо потом и Србија, упутиће захтев за пријем у ред чланица Конвенције 1875. године. Иако ће независност стећи две године потом, на Берлинском конгресу 1878. године, Србија и Црна Гора ће 1876. формирати национална друштва и бити прихваћене у ред страна уговорница Конвенције. Иначе, сматра се да је Конвенција по први пут била доследно примењена у Српско-бугарском рату 1886. године.<sup>32</sup>

Упркос недостатности у имплементацији, усвајање Конвенције се сматрало несумњивим успехом. Ипак, њеним усвајањем МКЦК ипак није постигао све оно што је првобитно желео. Наиме, нацрт који је послат уз позив за конференцију 1864. године садржао је и једанаести члан: „Претходне одредбе које се по аналогiji примењују на поморско ратовање могу бити предмет касније конвенције међу заинтересованим странама.”<sup>33</sup> Са тим циљем је сазвана нова конференција која је отпочела са радом 5. октобра 1868. године у Женеви. Покушај да се одредбе Конвенције прилагоде ратовању на мору *prima facie* је био успешан. На предлог посебног комитета без дискусије су усвојена правила о заштити рањеника у поморском рату. Ове додатне одредбе, на жалост, неће бити ратификоване. Иако је одсуство правила о заштити рањеника и болесника однело хиљаде жртава, морале су се сачекати Хашке конференције како би 1899. године била усвојена Конвенција III о прилагођавању принципа Женевске конвенције на поморски рат,<sup>34</sup> односно Конвенција X из 1907. којом је она замењена<sup>35</sup> како би правила о заштити жртава рата на мору добила уговорну форму.

Седамдесетих година XIX века појављује се иницијатива да се Конвенција повеже са правилима ратовања. На иницијативу Русије, у Бриселу је 27. јула 1874. почела са радом конференција чији је циљ био да се изradi један потпунији кодекс ратовања. Према првобитној иницијативи, на дневном реду конференције налазио се и нацрт предлога ревизије Конвенције који је, по мишљењу Моаинеа, представљао корак назад у односу на Конвенцију.

---

31 Детаљније о томе видети е.г: (Durand, 1994: 557–559).

32 О томе шире: (Boissier, 1985: 313–318).

33 О томе шире е.г: (Boissier, 1985: 190).

34 Конвенција је ступила на снагу 1900. године. Садржала је 14 чланова. Србија је конвенцију потписала 1899, а ратификовала 1901. године. Интересантно је приметити да је влада СФРЈ нотом од 27. марта 1969. године обавестила депозитара, Министарство спољних послова Холандије, да себе сматра страном уговорницом уговора и декларација које су усвојене на Хашкој конференцији 1899, а које је Србија ратификовала.

35 Конвенција која је обухватала душло више чланова, 28, ступила је наснагу 1910. године, а замењена је Конвенцијом из 1949. године. Србија је Конвенцију потписала 1907, али је није ратификовала.



Сматрајући, такође, да се тиме ризикује и нестанак Конвенције као посебног правног акта, МКЦК се обраћа националним друштвима и позива их да изврше утицај на своје владе како би се расправа о Конвенцији скинула са дневног реда. Пошто је председавајући прочитао писмо, донета је одлука да се о садржини Конвенције не води расправа. Бриселска декларација која, на жалост, није ступила на снагу будући да није ратификована, послужила је основ за разматрање Институту за међународно право, који ће 1880. године усвојити Правилник о законима и обичајима ратовања који, такође, не дира у самосталност Конвенције.

Конвенција је први пут ревидирана 1906. године. Не дирајући у основне принципе, творци конвенције су их детаљније уредили и усвојили прецизнију терминологију што је резултовало утростручавањем броја чланова. Унете су одредбе о сахрањивању мртвих и прослеђивању информација. Уз то, по први пут се изричито помињу национална друштва за помоћ чиме они стичу међународноправни основ деловања.<sup>36</sup> Следећа ревизија извршена 1929. године и инспирисана је искуствима Првог светског рата. Клаузула *si omnes* нестаје из текста конвенције, црвени полумесец бива признат као заштитни знак, али се одустаје од обавезе репатријације медицинског особља када оно падне под власт непријатеља.<sup>37</sup> После Другог светског рата, 1949. године, усвојена је Конвенција која је и данас на снази и која спада у ред најприхваћенијих међународних уговора: број држава чланица досегао је цифру од 196.<sup>38</sup> Допунски протоколи, усвојени уз Конвенцију, заокружиће правни поредак заштите рањеника и болесника.<sup>39</sup>

Ревизије које су уследиле после Другог светског рата, учиниле су корпус правила о заштити рањеника и болесника једним од најобимнијих и најдеталјнијих. Женевска конвенција за побољшање положаја рањеника и болесника садржи 64 члана и два Анекса, док Женевска конвенција за

---

36 Конвенција за побољшање положаја рањеника на бојном пољу је ступила на снагу 1907. године, а замењена је Конвенцијом из 1929. године. Међутим, остала је на снази када је и последња држава – Костарика – приступила Конвенцији 1949. године. (Schindler, Toman, 2004: 385). Србија је конвенцију потписала 1906. године, а ратификовала је 1909. године.

37 За текст видети *ibid.* стр. 411. Краљевина Југославија потписала је конвенцију 1929. године, а ратификовала је 1931 (*ibid.* стр. 419). Конвенција је замењена Првом женевском конвенцијом из 1949. године.

38 Подаци према <https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/INTRO/365?OpenDocument> Посећено 21. 6. 2015.

39 Први допунски протокол о заштити жртава међународних оружаних сукоба има 174, док други допунски протокол о заштити жртава немеђународних оружаних сукоба има 168 страна уговорница. Подаци према <https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/INTRO/365?OpenDocument> Посећено 21. 6. 2015.

побољшање положаја рањеника, болесника и бродоломника има тек члан мање.<sup>40</sup> И друге две конвенције усвојене 1949. године садрже одредбе посвећене медицинској нези и заштити: Конвенција о поступању са ратним заробљеницима<sup>41</sup> и Конвенција о заштити грађанских лица за време рата.<sup>42</sup> Допунски протоколи уз ове конвенције, усвојени 1977. године, допунили су овај корпус не само у квантитативном већ и у квалитативном смислу,<sup>43</sup> док Протокол III усвојен 2005. предвиђа нови знак распознавања, црвени кристал.<sup>44</sup> Женевске конвенције спадају у ред најшире прихваћених конвенција. Број страна уговорница који је чак премашује број чланица Уједињених нација потпуно оправдава закључак да је реч о правном режиму који, иако зачет у Европи, данас има универзално важење.<sup>45</sup>

Имплементација препорука из 1863. године је започела пре потписивања Конвенције 1864. године. Прво друштво за помоћ рањеним војницима формира се већ у децембру 1893. године у Штутгарту за тадашњи Виртемберг. Убрзо потом оснивају су друштва у великом војводству Олденбургу, Белгији и Прусској, затим у Италији и Француској.<sup>46</sup> После Аустријско-пруског рата национална друштва формирају и Русија и Холандија. Стичу се услови да се приступи извршењу још једне препоруке – препоруке о сарадњи међу друштвима. На иницијативу Женевског комитета у Паризу се 1873. године окупљају представници националних друштава и представници држава потписница Конвенције да размотре питања релевантна за њену примену и њену будућност.<sup>47</sup> Периодична

40 За текст видети: (Кнежевић Предић, Аврам, Лежаја, 2007: 1, 26).

41 Видети е.г. чл. 15, 29–33. За текст видети Извори, стр. 46.

42 Видети е.г. чл. 13–24, 56, 57, 91, 92. За текст видети Извори, стр. 116.

43 Видети чланове 8–32 Допунског протокола I о заштити жртава међународних оружаних сукоба и чл. 7–12 Допунског протокола II о заштити жртава немеђународних оружаних сукоба. Текст Извори, стр. 182 и 249.

44 Протокол је ступио на снагу 2007. године. За текст видети Извори, стр. 259.

45 Женевске конвенције је прихватило 196 држава. Видети <https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Treaty.xsp?documentId=4825657B0C7E6BF0C12563CD002D6B0B&action=openDocument> посећено 21. 6. 2015. Протоколе су нешто мање прихваћени. Први допунски пртокол је прихватило 174, а други 168 држава. Најмање прихваћен је трећи протокол са 72 стране уговорнице. Видети <https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Treaty.xsp?documentId=8BC1504B556D2F80C125710F002F4B28&action=openDocument> Посећено 21. 6. 2015.

46 Francois Bugnion, Birth of an idea, стр. 1321. Видети шире Stefani Haumer, 1863: the creation of the first Nacional Society at the beginning of the Movement's history, IRRC, Vol. 94, No. 888, 2012, стр. 1339 и passim.

47 Конференцији су присуствовали делегати 16 националних комитета, представници девет држава потписница, два витешка реда и три или четири лица у приватном својству и Женевског комитета. Један од оних који је присуствовао у личном својству

сусретања у овом – хибридном – саставу су настављена и трају до данашњих дана, али у битно измењеном институционалном контексту.

Како смо видели, МКЦК је настао као малобројно, национално – чак локално – и конфесионално хомогено удружење, по свему истоветно са постојећим добротворним друштвима, осим по интернационалности својих циљева и домашају активности. Изворно, његов карактер је делиберативан и информативан, а поље деловања ограничено домашајем Конвенције. Релативно брзо – иако не без дилема, напредовања и повлачења – Женевски комитет ће преузети и оперативне функције, наћи ће се на бојном пољу, као што ће се заложити и за заштиту других жртава рата. Комитет ће већ 1880. године променити назив у Међународни комитет Црвеног крста, а особеност његовог правног карактера – *sui generis* – озваничиће Швајцарски грађански законик из 1907. године. Данас је МКЦК „непристрасна, неутрална и независна организација чија је искључиво хуманитарна мисија да заштити животе и достојанство жртава оружаних сукоба и других насилних ситуација и да им обезбеди помоћ” (Clapham, Gaeta, 2014: 20), а чији је мандат, између осталог, заснован и на међународним уговорима, Женевским конвенцијама. Осим из седишта у Женеви МКЦК делује посредством преко 80 мисија и делегација широм света, а број његових посленика је одавно прешао цифру од 10.000.<sup>48</sup>

Сарадња националних друштава одвијала се, како смо истакли, кроз периодичне конференције. Први светски рат указао је, међутим, на потребу стварања сталног институционалног оквира. Стога на предлог америчког Црвеног крста долази до оснивања Лиге друштава Црвеног крста 1919. године. Године 1983. Лига окупља осим друштава Црвеног крста и друштва Црвеног полумесеца, да би 1991. године била преименована у Федерацију Црвеног крста и Црвеног полумесеца која окупља 189 националних друштава. Правни основ деловања Федерације је Устав како је измењен 2007. године.<sup>49</sup> МКЦК заједно са државама чланицама Женевских конвенција Федерација чини Покрет Црвеног крста и Црвеног полумесеца чији је највиши орган Међународна конференција. Иако сваки од елемената Покрета задржава самостални идентитет, њихово деловање уређују заједнички Основни принципи усвојени пре тачно 50 година, на XX Међународној конференцији Црвеног крста и Црвеног полумесеца у Бечу 1965. године.

---

био је и Динан чије се везе са Женевским комитетом већ биле прекинуте. Видети шире: (Boissier, 1985: 205-213).

48 О профилу МКЦК речито говори Извештај ове организације за 2014. годину који обухвата преко 600 страна текста. Видети <https://www.icrc.org/en/document/ICRC-annual-report-2014> Посећено 26. 6. 2015.

49 Видети [www.ifrc.org](http://www.ifrc.org)

## 5. Мисија извршена?

Иако је човечно поступање према рањеницима у рату старо колико и рат сам, консолидована правила обичајног права и стандардизовани уговори између владара се нису развили све до друге половине XIX века. *Prima faciae*, унутрашња регулатива је обећавала више. Почев од XV века, владари – у првом реду западноевропских држава – устројавају војни санитет и граде систем за помоћ и старање о војницима који су рањени или оболели у њиховој служби. И док правила понегде истрајавају и током XIX века, имплементационе мере и неопходни ресурси очигледно недостају. Објашњење треба тражити у чињеници – иако не нужно само у њој – да је правни режим грађен на бази концепта релативно малобројних професионалних војски које, са буржоаским револуцијама и покретима за националну еманципацију, нестају са историјске сцене и место уступају масовним народним војскама. Државе, напосто, нису у стању да већ у миру обезбеде и одржавају војни санитет оног обима који ће бити потребан у случају евентуалног оружаног сукоба. Тиме је отворен простор за инволвирање недржавних актера и у тако осетљивој области, као што је оружани сукоб између држава.

Да постоји потреба за деловањем недржавних актера у различитим сферама друштвеног живота унутар државних граница, знало се од раније. Институционални одговор на ту потребу је развијен и консолидован у форми добротворних друштава. Тај се модел, међутим, није могао применити и на збрињавање рањених и болесних војника без значајних модификација. Прва таква модификација односила се управо на однос добровољних, добротворних друштава и државе. Од њих се очекивало да створе ону „додатну вредност“ коју држава не може створити и одржати у миру, а неопходна јој је у рату. Такав приступ имплицира да ова друштва имају посебан, од државе одвојен, и идентитет и субјективитет. Али је тесна веза са државом у институционалном, правном и другом смислу нужна како би друштва могла да остваре своју сврху.

Друга нужна модификација проистекла је из саме природе рата. Рат је сукоб између две или више држава што добротворна друштва „извлачи“ из националног контекста и везује из за међународни, па и међународноправни контекст. Отуда друштва имају и морају имати сопствени и од државе независан међународни субјективитет и идентитет. Но, као и на унутрашњем плану, тај је идентитет и субјективитет тек релативно независан. Јер, за испуњење постављеног циља, а то је да се олакшају патње рањеника и болесника, неопходно је усаглашено деловање и државних и недржавних актера, на националном, као и на међународном плану. У препознавању значаја тог стратешког партнерства и постављању

његових правних темеља лежи кључ дуговечности Конвенције, прецизније основних принципа који су њом дефинисани. Полазећи од ње стваран је богати корпус правила разноврсног правног карактера: међудржавни уговори и национална регулатива, акти националних друштава и њихових асоцијација на међународном плану, сви усмерени према јединственом циљу. Профилирала се улога државних и недржавних актера не само у поступку настанка ових правила већ и у поступку њихове имплементације и надзора над имплементацијом.

## Литература

- Boissier, P. (1985). *History of the International Committee of the Red Cross. Volume I: From Solferino to Tsushima*. Geneva: Henry Dunant Institute
- Bugnion, F. (2012). Birth of an idea: the founding of the International Committee of the Red Cross and of the International Red Cross and Red Crescent Movement: from Solferino to the original Geneva Convention (1859–1864). *International Review of the Red Cross*. 94(888). 1299–1338
- Ciro Paoletti, *A Military History of Italy*, Greenwood Publishing Group, 2008, str. 102–109
- Clapham, A., Gaeta, P. (2014). *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*. Oxford: Oxford University Press
- Coppa, F. J. (2013). *The origins of the Italian wars of independence*. Routledge
- Doty, G. R. (1999). United States and the Development of the Laws of Land Warfare. *Military Law Review*. vol. 156. 224
- Durand, A. (1994). The role of Gustave Moynier in the founding of the Institute of International Law (1873) - The War in the Balkans (1857–1878) - The Manual of the Laws of War (1880). *International Review of the Red Cross*. 34(303). 542–563
- Fernandez J. A. (2012). Hostes Humani Generis: Pirates, Slavers, and Other Criminals. U Fasbender B., Peters A., *The Oxford Handbook of the History of International Law*. Oxford: Oxford University Press
- Haller, J. S. (2011). *Battlefield Medicine: A History of the Military Ambulance from the Napoleonic Wars Through World War I*. Carbondale: Southern Illinois University Press
- Holland, T. E. (1908)(1980). *The Laws of War on Land:(written and Unwritten)*. Oxford: Clarendon Press
- Кнежевић Предић В. (2007). *Оглед о међународном хуманитарном праву*. Београд: Факултет политичких наука

Кнежевић Предић В., Аврам С, Лежаја Ж. (2007). *Извори међународног хуманитарног права*. Београд: Факултет политичких наука

Pictet, J. S. (1985). *Development and principles of international humanitarian law: course given in July 1982 at the University of Strasbourg as part of the courses organized by the International Institute of Human Rights* (Vol. 2). Martinus Nijhoff Publishers

Robbins, K. C. (2006). The Nonprofit Sector in Historical Perspective: Traditions of Philanthropy in the West. *The nonprofit sector: A research handbook*. 13. Yale University Press

Sassoli M., Bouvier A., Quintin A. (2011). *How does law protect in war, Vol I Outline of International Humanitarian Law*. ICRC

Schindler D., Toman J. (2004). *The Laws of Armed Conflicts, A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publisher

Stone, D. R. (2006). *A military history of Russia: from Ivan the Terrible to the war in Chechnya*. Preager Security International

**Vesna Knežević-Predić, LL.D.**

Full Professor,

Faculty of Political Science,

University of Belgrade

**PROTECTION OF VICTIMS OF ARMED CONFLICTS: IN LIGHT OF  
THE 150TH ANNIVERSARY OF THE GENEVA CONVENTION**

**Summary**

*A comprehensive and highly respectable corpus of international legal provisions governing the protection of particularly vulnerable categories of persons was originated back in 1864, upon the adoption of the Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field. It was the first multilateral treaty of legislative and humanitarian character enacted in the early history of the law of war, and the first multilateral treaty of legislative character in international law in general. The significance of this Convention may be further supported by an equally (if not more) important fact that the basic principles which were laid down in this document of fairly modest volume (including 10 articles only) have survived and outlived all sorts of challenges they have been exposed to in the past 150 years. These principles are now not only the cornerstones for the protection of the wounded and sick members of the armed forces (which was the personal domain of the Convention) but also the grounds for the protection of other vulnerable persons in armed conflicts. In this article, the author addresses the following question: what is the key to the stability of this protection system. Seeking relevant answers, the author examines the context in which the Convention was adopted, identifies the main participants involved in the development process, starting from the initiative to institute such a document to the ratification of the Convention, and elaborates on its contents and further development. Having no intention to provide a definite and comprehensive answer, the author concludes that the long-term stability of this regime is the result of a significant impact of multiple factors: the changed concept of the armed forces; the prevailing ideological, spiritual and scientific environment of the time; the emergence and the growing role of non-state actors who were capable and willing to pursue and find the optimal balance in relations with the indisputably dominant role of the state; the simple, clear and logical principles underlying this protection system; and, last but not least, an innovative and flexible system of monitoring the implementation of the Convention.*

**Key words:** victims of armed conflicts, vulnerable persons, Geneva Convention.





**Др Зоран Радивојевић,\***  
Редовни професор Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 341.649(4-672EU)

Рад примљен: 30.06.2015.

Рад прихваћен: 03.12.2015.

## **СУДСКА ЗАШТИТА СЛУЖБЕНИКА У ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ\*\***

**Апстракт:** За разлику од других међународних организација, Европске заједнице су од самог оснивања успоставиле систем судске заштите својих службеника, мада је надлежност за решавање службеничких спорова до сада више пута мењана. У прво време ови спорови били су у надлежности Суда правде, али су због његове преоптерећености великим бројем предмета прешли у надлежност у међувремену основаног Првостепеног суда. Последња измена извршена је оснивањем Службеничког трибунала Европске уније у чију су надлежност пренети сви службенички спорови, док је Општи (ранији Првостепени) суд постао надлежан да одлучује о жалбама против одлука овог Трибунала. Коначне одлуке које по жалби донесе Општи суд могу изузетно бити предмет преиспитивања од стране Суда правде уколико постоји озбиљна опасност по јединство и усклађеност права Уније. После разматрања устројства и организације Службеничког трибунала ЕУ, централни предмет овог рада је анализа круга службеника који имају право на подношење тужбе, услова за допуштеност тужбе, као и других особености поступка решавања ове врсте спорова. Расправа о судској заштити службеника у ЕУ завршава се освртом на дејство пресуде и правне лекове који се могу поднети против коначних одлука Службеничког трибунала и Општег суда.

**Кључне речи:** међународни службеници, службенички спорови, активна легитимација, допуштеност тужбе, судска заштита, управни судови, Службенички трибунал, Општи суд, Суд правде, Европска унија.

---

\* zoranr@prafak.ni.ac.rs

\*\* Рад је резултат истраживања на пројекту „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013–2018. година.

## 1. Увод

Упоредо са порастом броја међународних службеника настала је потреба за судском заштитом у случајевима повреде њихових права од стране функционера и органа међународне организације. У прво време спорови ове врсте решавани су унутар организације, и то искључиво административним путем (Лараš, 2008: 120). Незадовољни службеник имао је обавезу да се прво обрати непосредно вишем старешини, а тек након тога могао је да поднесе жалбу посебно формираном управном органу за решавање радних спорова. Будући да су ови органи, обично састављени од представника шефа секретаријата и службеника, имали саветодавни карактер, њихова мишљења нису била правно обавезујућа како за организацију, тако ни за самог службеника. Стога је за коначно решење службеничких спорова била потребна обавезна и непристрасна одлука коју је могао да донесе само судски орган (Schermer, Blokker, 2003: 382).

Судови држава чланица, као што се врло брзо увидело, нису погодни за решавање спорова између службеника и организације из најмање два разлога. Пре свега, меродавно право за радноправне односе унутар организације није могло да буде национално право државе седишта организације нити чланице чији је држављанин службеник у спору. Ови односи подвргнути су једном посебном правном систему, а то је унутрашње право сваке међународне организације чији су извори њен конститутивни акт, правилници о службеницима и индивидуални уговори о раду закључени између запослених и организације као послодавца (Димитријевић, Рачић, 2011: 192). Уз то, међународним организацијама признат је имунитет од свих облика правних поступака пред судовима држава чланица. Практично то значи да су национални судови ненадлежни за тужбе које би против организације поднели њени службеници.

С друге стране, постојећи међународни судови нису давали могућност појединцима да се пред њима појаве као стране у спору, јер су парничну способност признавали само државама. Како из ових разлога међународни службеници чија су права повређена не би остали без икакве судске заштите, тј како би се спречило ускраћивање правосуђа (*déni de justice*)<sup>1</sup>, прибегло се стварању посебних управних судова. Они су формираны унутар

---

1 Полазећи од материјалног фактора, Европски суд за људска права је у познатом случају Waite и Kennedy против Немачке (Application no. 26083/94, Judgment of 18 February 1999, 2000) оценио да допуштеност имунитета међународне организације од јурисдикције националних судова према Европској конвенцији зависи од тога да ли је подносилац представке имао на располагању разумна алтернативна средства ради ефективне заштите својих права гарантованих овом Конвенцијом. Исти став Суд

самих организација са искључивим циљем да решавају службеничке спорове. Први такав суд основан је још 1927. године у оквиру Друштва народа за потребе те организације и Међународне организације рада<sup>2</sup>. Након другог светског рата он делује као Управни суд Међународне организације рада, док је Организација УН свој Управни суд основала 1949. године<sup>3</sup>. Ова два суда користи низ специјализованих агенција из система Уједињених нација које немају сопствене управне судове и то на основу посебно закључених споразума<sup>4</sup>. Сличне управне судове имају и неке регионалне организације.<sup>5</sup>

За разлику од других међународних организација, Европске заједнице су од самог оснивања успоставиле систем судског решавања радних спорова службеника, мада је надлежност у овим споровима до сада више пута мењана. У прво време службенички спорови били су у надлежности Суда правде, али су због преоптерећености огромним бројем предмета прешли у надлежност Првостепеног суда који је основан 1989. године. Последња измена извршена је оснивањем Службеничког трибунала Европске уније, који је образован одлуком Савета од 2004. године, а у чију су надлежност пренети сви службенички спорови (Чавошки, Кнежевић-Бојовић, Поповић, 2006: 95).

Након разматрања устројства и организације Службеничког трибунала ЕУ, предмет пажње у овом раду биће анализа круга службеника који имају право на подношење тужбе, услова за допуштеност тужбе, као и других особености поступка решавања ове врсте спорова. Расправа о судској заштити службеника у Европској унији завршава се освртом на дејство пресуде и правне лекове који се могу поднети против коначних

---

је заузео у случају *Beer and Regan* против Немачке (Application no. 28934/95, Judgment of 18 February 1999, 2001).

2 League of Nations, Official Journal, Special Supplement, No. 54, pp. 201 and 478

3 General Assembly Resolution 351 (IV)

4 Управни суд УН користе службеници Међународне организације за цивилно ваздухопловство (ICAO) и Међународне поморске организација (IMO), док је Управни суд Међународне организација рада (ILO) надлежан за службенике Организације за исхрану и пољопривреду (FAO), Светске здравствене (WHO) и метеоролошке организације (WMO), UNESCO-а, Светског поштанског савеза (UPU), Међународне уније за телекомуникације (ITU), Светске трговинске организације (WTO), Међународне агенције за атомску енергију (IAEA), Међународног фонда за пољоприврени развој (IFAD), Светске организације за интелектуалну својину (WIPO), Светске туристичке организације (WTO) и Организације УН за индустријски развој (UNIDO).

5 Управне судове до сада су, између осталог, основале Организација за економску сарадњу и развој (OECD), Арапска лига (LAS) и Организација америчких држава (OAS).

одлука Службеничког трибунала и Општег суда донетих у службеничким споровима.

## 2. Службенички трибунал

Службенички трибунал ЕУ конституисан је и почео је са радом 2005. године као судски панел предвиђен Уговором из Нице<sup>6</sup>. После ступања на снагу Лисабонског уговора, он делује као једини специјализовани суд у оквиру правосудног система Уније. Правила о саставу и организацији рада Службеничког трибунала садржана су у Анексу I који је придодат Статуту Суда правде ЕУ<sup>7</sup>. Његова правила су допуњена и разрађена Пословником који је донео сам Службенички трибунал уз сагласност Суда правде и одобрење Савета<sup>8</sup>.

Службенички трибунал састоји је од седам судија, уз могућност да се број судија повећа. Одлуку о томе доноси Савет квалификованом већином на захтев Трибунала. Судије се бирају на период од шест година. Судије којима је истекла дужност могу бити поново биране<sup>9</sup>. Пре преузимања дужности изабране судије полагају заклетву пред Судом правде<sup>10</sup>.

Судије бира Савет једногласном одлуком након консултовања комитета који се посебно образује у ту сврху. Приликом избора узима се у обзир географски критеријум и сразмерна заступљеност различитих правних система. То значи да се мора обезбедити, уколико је могуће, заступљеност судија из што више различитих држава чланица, али се истовремено мора водити рачуна о правним системима из којих ове судије потичу.

Судије се бирају међу кандидатима који се пријављују за избор на то место. Поред услова предвиђених оснивачким уговором, кандидати за судије морају бити грађани Европске уније. Пре избора образује се посебан комитет са задатком да испита да ли пријављени кандидати испуњавају услове и да препоручи њихов избор. Комитет се састоји од седам чланова који се бирају из реда ранијих судија Суда правде и Општег

---

6 Члан 220 Уговора о Европској заједници (даље: УЕЗ), измењен Уговором из Нице. Користећи ово овлашћење, Савет је на предлог Комисије, после консултовања Европског парламента и Суда правде, донео 2. новембра 2004. године одлуку о формирању Службеничког трибунала; видети: Official Journal, L 333/9-11, 9. 11. 2004.

7 Анекс I Статута носи наслов „Службенички трибунал Европске уније“ (даље: Анекс); видети: Official Journal, L 228/ 2012.

8 Пословник Службеничког трибунала (даље: Пословник СТ); видети: Official Journal, L 225/2007; последња измена: Off. Journal EU, L 206/2014.

9 Члан 2 Анекса.

10 Члан 3 Пословника СТ.

суда и правника признате стручности. Уз своје мишљење комитет прилаже и листу најподобнијих кандидата са највећим степеном искуства. Ова листа мора да садржи имена најмање двоструко више кандидата од броја судија које именује Савет<sup>11</sup>.

Службенички трибунал има председника кога бирају саме судије на период од три године. Мандат председника се може обновити. Председник управља радом Трибунала, обезбеђује уредан рад његових служби и представља Трибунал. Председник, такође, одлучује о захтевима за обуставу примене и извршења акта институције ЕУ или за одређивање других привремених мера.<sup>12</sup>

Правило је да Трибунал заседа у трочланим већима. Постоји могућност да Трибунал ради у пленуму и већима од пет судија, а у одређеним споровима може да суди и судија појединац. Пословником је предвиђено да ће се предмет упутити пленарној седници или петочланом већу уколико то оправдава сложеност правних питања, важност предмета или посебне околности случаја. С друге стране, предмети који имају ограничену важност или у којима не постоје сложена правна и чињенична питања или друге посебне околности могу се доделити судији појединцу.

Службенички трибунал у свом саставу нема опште правобраниоце. По томе је сличан са Општим судом који, такође, нема опште правобраниоце. Међутим, за разлику од Општег суда, не постоји могућност да се једном од судија Трибунала повери дужност правобраниоца у неком предмету (Lenaerts, Maselis, Gutman, 2014: 34).

Трибунал бира свог секретара који има слична овлашћења као и секретари Суда правде и Општег суда. Према Пословнику секретар се именује на основу огласа који се објављује у Службеном листу ЕУ. Секретар се бира тајним гласањем судија на период од шест година уз могућност поновног избора. По истом поступку Трибунал може именовати заменика секретара који му помаже у раду и замењује га у случају одсутности или спречености. Секретар је одговоран за процедурална питања: сва документа упућена Трибуналу стижу њему и он их прослеђује судијама Трибунала, као што доставља документа странама у поступку и чува целокупну документацију. Он се у исто време налази на челу целокупне судске управе. Службеници и остали запослени одговорни су секретару који ради под надзором председника Трибунала.<sup>13</sup>

---

11 Члан 3 Анекса.

12 Члан 4, став 1 Анекса и чл. 7–9 Пословника СТ.

13 Члан 6, став 2 Анекса и чл.16–20 Пословника СТ.

### 3. Право на тужбу

Службеници ЕУ тужбе подносе против Уније, односно њених органа, тела или агенција чијим су деловањем, тј. актима или пасивним држањем, тј неусвајањем аката које су били у обавези да донесу, настале по њих негативне последице (Радивојевић, 2014: 43). Предмет тужбе могу бити различите појединачне одлуке у вези са пријемом, поступком запошљавања, унапређењима, премештајем, дисциплинским казнама, пензионисањем, платама, пензијама и другим накнадама (Чавошки et al., 2006: 95).

Ово је тужба коју подносе искључиво физичка лица. Суд правде стоји на становишту да правна лица, као што су синдикати или друга удружења која заступају интересе службеника, немају активну легитимацију у овом поступку.<sup>14</sup> Њима на располагању стоје друге директне тужбе, као што су тужба за поништај или тужба за накнаду штете. Уз то, они се могу појавити као умешачи на страни физичког лица које је поднело тужбу.<sup>15</sup> Овакав став Суд је заузео тумачећи релевентне прописе<sup>16</sup> Уније који ову тужбу третирају као правно средство искључиво намењено заштити конкретнег службеника, а не колективних интереса одређеног броја лица.

Право на подношење ове врсте тужбе имају две категорије службеника запослених у органима Европске уније. У првој се налазе званичници или функционери чији су положај, права и обавезе регулисани Регулативом о службеницима званичницима. Према слову ове Регулативе, званичницима се сматрају службеници који су писменим решењем овлашћеног лица примљени у радни однос на неко радно место у једном од органа Уније.<sup>17</sup> Другу категорију активно легитимисаних лица чине остали службеници чији је радноправни положај регулисан посебним актом под називом Услови запошљавања. Ови службеници се запошљавају на основу уговора ради обављања одређених послова док постоји потреба за њиховим

---

14 Видети случајеве: 175/73 *Union Syndicale and Others v. Council* (1974); 18/74 *Syndicat Général du Personnel des Organismes Européens v. Commission* (1974); 193 and 194/87 *Maurissen and European Public Service Union v. Court of Auditors* (1989)

15 Сагласно члану 40, став 2 Статута Суда. За пример мешања синдиката на страни службеника видети случај: T-84/91, *Meskens v. European Parliament* (1992)

16 Члан 270 УФЕУ и члан 91 Регулативе о службеницима званичницима и Услови запошљавања осталих службеника (Staff Regulations of Officials and the Conditions of Employment of Other Servants No 259/68) која је у изворном облику донета 29. фебруара 1968. године (Official Journal, Spec. Ed. I, 30) и до сада више пута мењана и допуњавана; последња измена 29. октобра 2013. године (Official Journal L 287/15).

17 Члан 1а и 91 Регулативе о службеницима званичницима.

ангажовањем.<sup>18</sup> Без обзира на ове разлике, Суд правде надлежан је да одлучује како у радним споровима званичника, тако и осталих службеника. Изузетак представљају чланови локалног особља запослени на пословима и дужностима изван Уније за чије су спорове надлежни домаћи судови у складу са важећим националним приписима или арбитража уколико је предвиђена уговорима о раду.<sup>19</sup>

Круг активно легитимисаних лица Суд је у пракси знатно проширио настојећи да ово средство конкретне правне заштите појединаца учини доступнијим и делотворнијим. Тако је поред лица која су засновала радни однос у неком од органа ЕУ, право на тужбу признао кандидатима за одређена радна места уз образложење да и одлуке конкурсных комисија о пријему могу бити предмет оспоравања пред Судом.<sup>20</sup> Као овлашћене тужиоце прихватио је, такође, пензионисане функционере, њихове наследнике и друга лица која траже признавање одређених права. иако се формално не сматрају званичницима.<sup>21</sup> Суд се чак сматрао надлежним да одлучује по тужбама које подносе његови запослени одступајући тако од начела *nemo iudex in causa sua*.<sup>22</sup> Међутим, Суд није прихватио као овлашћене тужиоце чланове породице службеника који су тражили накнаду штете претрпљене због утицаја понашања институције на његову каријеру уз образложење да је сам службеник имао могућност да оспори законитост одлуке институције у питању.<sup>23</sup>

#### 4. Допуштеноост тужбе

Допуштеноост тужбе у службеничким споровима претпоставља испуњење неколико услова. Неки од њих су изричито прописани поменутом Регулативом о службеницима, док је друге у пракси формулисао сам Трибунал, односно ранији Првостепени суд. Пре свега, подношењу тужбе претходи посебан, двостепени административни поступак који се

18 Чланови 46, 73, 117 и 124 Услови запошљавања осталих службеника.

19 Члан 122 Услови запошљавања осталих службеника. У погледу надлежности судова и меродавног права за спорове чланова локалног особља видети случај C-165/01 *Betriebsrat der Vertretung der Europäischen Kommission in Österreich* (2003).

20 Видети случајеве 130/86 *Du Besset* (1986) и 81-88/74 *Marenco v. Commission* (1975)

21 Видети случајеве 18/70 *Duraffour v. Council* (1971); 24/71 *Meinherdt v. Commission* (1972); 75 i 117/82 *Razzouk and Beydoun v. Commission* (1984); T-65/92 *Arauxo-Dumay v. Commission* (1993) и T-177/94 *Altman* (1994).

22 Видети случај 2/80, *Dautzenberg v. Court of Justice*, ECR, 1980, 3107. Више о томе: Brown et al., 2000: 195.

23 Видети случајеве: T-45/01 *Sanders v. Commission* (2004); T-144/02 *Eagle and Others v. Commission* (2004); T-277/03 *Vlachaki v. Commission* (2005).

спроводи у оквиру институције Уније.<sup>24</sup> Незадовољни службеник, на име, мора да прво упути притужбу или захтев надлежном органу или телу. Тај орган или тело има рок од четири месеца да одлучи о поднетој притужби или захтеву службеника. Уколико се он у овом периоду не огласи, сматра се да је захтев одбијен, односно негативно решен.

Након тога незадовољни службеник може да поднесе жалбу другостепеном органу у оквиру институције у року од три месеца. Орган надлежан за жалбе има, такође, на располагању рок од четири месеца да донесе коначну одлуку. Као и у претходном случају, неоглашавање жалбеног тела у овом року сматра се одбијањем жалбе.

Службеник који није задовољан донетом одлуком или њеним изостанком стиче право да се обрати Трибуналу. Рок за подношење тужбе је три месеца.<sup>25</sup> Изузетак су случајеви када се од Трибунала тражи обустављање извршења акта институције или доношење привремене мере. Тада службеник може поднети тужбу не чекајући истек рока за одговор надлежног органа. Трибунал ће у овом случају застати са поступком у главној ствари док орган не одлучи о жалби.<sup>26</sup>

Други услов допуштености тужбе установљен је у пракси и тиче се идентичности захтева у административном и судском поступку. Став је ранијег Првостепеног суда да између жалбе и тужбе мора постојати паралелизам у погледу меритума, тако да предмет спора може да буде само оно што је службеник већ тражио од надлежног органа или тела.<sup>27</sup> Првостепени суд није инсистирао на потпуној истоветности ових поднесака, већ је сматрао довољним да постоји тесна веза између њих.<sup>28</sup> У складу са оваквим флексибилним приступом допуштао је да се у тужби наведу нови или допунски захтеви под условом да се њима не мења суштина и основ претходне жалбе. Тако је у неколико случајева прихватио захтев службеника за накнаду штете проузроковане оспореним актом, иако о њему није било говора у претходном, административном

---

24 Члан 90, став 2 Регулative о службеницима званичницима.

25 Члан 91, став 3 Регулative.

26 Члан, став 4.

27 Видети случај T-134/89 *Hettrich and Others v. Commission* (1990)

28 Видети случајеви 133/88 *Del Amo Martinez v. European Parliament* (1989); T-57/89 *Alexandrakis v. Commission* (1990); T-2/90 *Ferreira de Freitas v. Commission* (1991); T-312/02 *Gussetti v. Commission* (2004).



поступку.<sup>29</sup> Међутим, самостална тужба за накнаду штете поднета Суду без претходног обраћања надлежном органу не би се сматрала допуштеном.<sup>30</sup>

Последњи услов допуштености тужбе своди се на захтев да оспорени акт има непосредно неповољно дејство у односу на заинтересованог субјекта, тј. по његове интересе. Сматра се да је критеријум неповољног дејства испуњен уколико акт у питању негативно утиче на правни положај тужиоца. Том приликом ранији Првостепени суд је непосредно и појединачно правно дејство акта оцењивао на сличан начин као и код директне тужбе за поништај (Lenaerts, Arts, Maselis, 2006: 475–476). Сам тужилац мора да има лични интерес да његов тужбени захтев буде усвојен. Тужба поднета ради поштовања права ЕУ или у интересу неке институције неће бити допуштена.<sup>31</sup> Интерес службеника огледа у предности коју ће он остварити уколико Трибунал својом пресудом поништи оспорени акт. Тај интерес мора да буде конкретан, легитиман и садашњи (Isaak, Blanquet, 2012: 630), а не будући или хипотетички<sup>32</sup>.

Трибунал ће одбацити тужбу службеника као недопуштену ако нађе да неки од ових услова није испуњен. Уколико то није случај прелази на разматрање спора у меритиму.

## 5. Особености поступка

Поступак пред Службеничким трибуналом начелно је уређен Насловом III Статута Суда правде, са изузетком чл. 22 и 23. Потпунија и детаљна правила поступка садржана су у Пословнику који је донео Службенички трибунал у сагласности са Судом правде и уз одобрење Савета.

У поступку пред Трибуналом могу се користити сви службени језици Европске уније, с тим да се језик конкретног поступка одређује према језику на коме је поднета тужба (Misita, 2009: 284). Ова одредба из Пословника Општег суда примењује се *mutatis mutandis* на Службенички трибунал.<sup>33</sup> У позадини овог правила налази се идеја да органи, тела и агенције Уније

---

29 Видети случајеве 54/77 *Herples v. Commission* (1978) и 224/87 *Koutchoumoff v. Commission* (1989).

30 Случај 48/76 *Reinardz v. Commission* (1977).

31 Видети случајеве: 85/82 *Schloh v. Council* (1983) и T-163/89 *Sebastian v. European Parliament* (1991).

32 Видети случајеве: 17/78 *Deshormes v. Commission* (1979); T-119/89 *Teissonnière v. Commission* (1990); T-159/98 *Torre v. Commission* (2001); T-147/04 *Ross v. Commission* (2005).

33 Члан 7, став 2 Анекса.

који се у службеничким споровима појављују као тужена страна насупрот тужиоцима физичким лицима могу користити било који службени језик.

Поступак пред Службеничким трибуналом одвија се у основи на исти начин као и поступак по директним тужбама пред другим правосудним органима ЕУ. Тај поступак се у принципу дели на писмени и усмени. Писмени део поступка састоји се од подношења тужбе и одговора на тужбу тужене стране, достављања доказних списа и исправа, као и претходног извештаја који судија известилац припрема за усмену расправу. Усмени поступак обухвата одржавање расправе, након чега следи већање судија, за које судија известилац припрема образложење одлуке, те доношење пресуде која се саопштава на јавној седници Трибунала.<sup>34</sup>

Особеност писменог дела поступка огледа се у томе што је по правилу могућа само једна размена поднесака између странака. Према томе, ова фаза поступка ограничена је на подношење тужбе и одговора на тужбу уз изостављање реплике (одговора) тужиоца и дуплике (одговора на одговор) туженог. Изузетно Службенички трибунал може по службеној дужности или на основу образложеног захтева тужиоца одлучити да је потребна друга размена поднесака како би се допунили списи предмета. Том приликом Трибунал је овлашћен да другу размену поднесака ограничи само на она чињенична и правна питања која је одредио.<sup>35</sup>

У случају да дође до друге размене поднесака, а Службенички трибунал оцени да одржавање расправе није потребно, пресуда се може донети без усменог рочишта. Циљ овог решења је да се убрза поступак по тужбама службеника. Међутим, за одлуку Трибунала о изостављању усмене расправе потребна је сагласност странака.<sup>36</sup> У супротном поступак пред Службеничким трибуналом укључује расправу као обавезну фазу.

Друга карактеристика овог поступка је настојање Трибунала да подстакне странке на тражење споразумног решења спора. У том циљу Трибунал може у сваком стадијуму поступка, укључујући и тренутак подношења тужбе, размотрити могућност за постизање мирног решења дела спора или целог спора између тужиоца и туженог или олакшати да се дође до таквог решења.<sup>37</sup>

Задатак да испита могућност мирног решења спора поверава се судији известиоцу коме помаже секретар. Судија известилац овлашћен је да

---

34 Чланови 49–66 Пословника СТ.

35 Члан 7, став 3 Анекса и чл.55, ставови 1 и 2 Пословника СТ.

36 Члан 7, став 3 Анекса и чл.59, став 2 Пословника СТ.

37 Члан 7, став 4 Анекса.

предложи једно или више решења за окончање спора, као и да донесе погодне мере које би подстакле његово мирно решавање. Он посебно може позвати странке на састанак ради преговора о евентуалном поравнању, имати одвојене контакте са сваком од страна, ако оне на то пристану, и предложити странкама одређивање измиритеља.

Уколико тужилац и тужени пред судијом известиоцем постигну поравнање којим се окончава спор, садржај тог поравнања утврђује се актом који потписују судија известилац и секретар. Овај се акт доставља странкама и представља јавну исправу. На основу њега председник Трибунала доноси образложено решење којим се предмет брише из уписника. Уколико пак странке склопе поравнање изван Службеничког трибунала и наведу да одустају од својих захтева, председник, такође, одређује брисање предмета. Службенички трибунал и странке не могу у оквиру судског поступка користити мишљења, предлоге, тврдње и уступке који су дати или учињени, као и документе који су састављени у циљу мирног решавања спора.<sup>38</sup>

Поступак пред Службеничким трибуналом специфичан је и по начину сношења трошкова. У споровима између Уније и њених службеника својевремено је важило правило према коме институција као послодавац сноси своје трошкове и у случају да службеник не успе са тужбом.<sup>39</sup> Уколико је пак поднео жалбу на одлуку Првостепеног суда, службеник је ризиковао да у случају њеног неуспеха сноси укупне трошкове поступка. Међутим Суд правде могао је и тада одлучити да, уколико то правичност захтева, део трошкова сноси институција – послодавац.<sup>40</sup>

После оснивања Службеничког трибунала, Анексом I Статута предвиђено је да трошкове поступка сноси страна које изгуби спор ако Трибунал тако одлучи, под условом да посебним одредбама пословника није другачије предвиђено.<sup>41</sup> У новом пословнику Трибунала прихваћено је, такође, као опште правило да странка која не успе у поступку сноси своје, као и трошкове друге стране које јој је проузроковала, уколико ова друга то захтева.<sup>42</sup> Посебним правилима прописано је да из разлога правичности Службенички трибунал може одлучити да странка која не успе у поступку сноси сопствене трошкове, али да само делимично сноси трошкове друге стране или да уопште није дужна да их сноси по том основу. Међутим,

---

38 Чланови 90–92 Пословника СТ.

39 Члан 88 Пословника ранијег Првостепеног суда.

40 Чланови 70 и 122 Пословника.

41 Члан 7, став 5 Анекса.

42 Члан 102 Пословника СТ.

страни која је успела у поступку може се наложити да поред својих трошкова преузме делимично или потпуно трошкове друге стране ако се то чини оправданим на основу њеног понашања, посебно када је другој страни проузроковала трошкове који су оцењени као непотребни или су настали злоупотребом права.<sup>43</sup> Уколико странке делимично успеју у својим захтевима, свака страна сноси сопствене трошкове. Ипак, и овде пословник оставља простор за дискрециону оцену Службеничког трибунала који може, уколико сматра да разлози правичности то захтевају, одлучити да је једна страна дужна да, поред сопствених трошкова, преузме и део трошкова друге стране.<sup>44</sup>

## 6. Дејство пресуде и правни лекови

Зависно од резултата разматрања спора у меритуму, Службенички трибунал може својом пресудом тужбу одбити као неосновану. Уколико пак утврди да је повређено неко право службеника, пресудиће у његову корист и поништити одлуку која је предмет спора. Поред тога, може се досудити накнада материјалне или нематеријалне штете, заједно са одговарајућим каматама, када је у конкретном случају то оправдано.<sup>45</sup> У споровима финансијске природе, који су везани за питања (не)исплате плата и других накнада или новчаних казни, Трибунал на основу изричите одредбе има пуну јурисдикцију, па у пресуди може одредити неке финансијске мере (Lenaerts et al., 2014: 666). Међутим, Службенички трибунал није овлашћен да одлучи уместо институције чији је акт поништен, већ само има право да јој укаже на мере које треба преузети у циљу извршења његове пресуде.<sup>46</sup>

Поред овог непосредног дејства, пресуде Службеничког трибунала могу имати посредан утицај на законитост правних аката органа ЕУ (Чавошки et al., 2006: 99). До тога обично долази када одлука која је предмет спора буде поништена због тога што је Трибунал установио да су одребе правног акта Уније, на основу које је она донета, незаконите. У овим случајевима Трибунал је од надлежних органа захтевао да отклоне

---

43 Члан 102 Пословника СТ.

44 Члан 103 Пословника СТ.

45 У једном од првих службеничких спорова (7/56 и 3-7/57 *Algera and Others v. Assembly* 1957–1958). Суд је обавезао Заједницу да на име нематеријалне штете тужиоцу исплати симболичних 50 италијанских лира, да би у неким каснијим случајевима досуђена накнада исносила и до 3.000 евра

46 Видети случајеве: 225/82 *Vetzzyck v. Commusson*) (1983); T-37/89 *Hannung v. European Parliament* (1990); T-73/89 *Barbu v. Commusson* (1990); T-588/93 *G v. Commusson* (1994).

утврђене незаконитости, што су они до сада редовно чинили усвајањем потребних измена спорног правног акта.<sup>47</sup>

Као редован правни лек процесно право Уније допушта право на жалбу против пресуда Службеничког трибунала (Радивојевић, Кнежевић-Предић, 2014: 812–814). У овом случају о жалби одлучује Општи суд као виша инстанца. Изузетак представља могућност да се затражи преиспитивање од стране Суда правде коначних одлука које по жалбама донесе Општи суд. Овакво тростепено суђење (Misita, 2009: 263) предвиђено је само под условом да постоји озбиљна опасност за јединственост и усклађеност права ЕУ.

Жалба се подноси против коначних одлука Службеничког трибунала. Право на жалбу има свака од странака која у потпуности или делимично није успела у спору пред Службеничким трибуналом. Жалбу могу поднети и сви умешачи, који нису државе чланице или институције Уније, под условом да одлука Службеничког трибунала непосредно на њих утиче.<sup>48</sup>

Жалбе Општем суду против одлука Службеничког трибунала ограничене су само на правна питања.<sup>49</sup> Основи за жалбу су исти и своде се на ненадлежност Трибунала, повреду правила поступка на штету жалиоца и кршење права Уније од стране Службеничког трибунала. Рок за подношење жалбе износи два месеца од пријема одлуке Трибунала. Код жалбе против одлуке о одбијању мешања рок је краћи и износи две недеље од њеног достављања. Жалба не одлаже извршење оспорене одлуке Службеничког трибунала.

Поступак по жалби састоји се из писменог и усменог дела. Усмена расправа одржава се само на изричит захтев странака. Пословник допушта могућност да се усмена фаза поступка потпуно изостави. Такву одлуку Општи суд доноси на предлог судије известиоца пошто предходно саслуша општег правобраниоца и странке у спору.<sup>50</sup>

Уколико утврди да је жалба основана, Општи суд ће укинути одлуку Службеничког трибунала и сам донети коначну пресуду. Предмет се може вратити Трибуналу на поновно решавање ако стање поступка не

---

47 Видети случајеве: 20/71 *Sabbatini v. European Parliament* (1972); 75 and 117/82 *Razzouk and Beydoun v. Commission* (1984).

48 Чл. 9–11 Анекса I Статута

49 Чл. 11 Анекса I

50 Чл. 137–143 Пословника Општег суда (даље: Пословник ОС), Official Journal L 92/2010; последња измена: Official Journal L 173/2013.

дозвољава Општем суду да коначно пресуди спор. У том случају Трибунал је везан одлуком Општег суда о правним питањима.<sup>51</sup>

Одлуке које донесе Општи суд по жалбама су коначне. Изузетно, оне могу бити предмет преиспитивања од стране Суда правде. Услов за то је постојање озбиљне опасности за јединство или усклађеност права Уније.<sup>52</sup> Право да предложи преиспитивање одлуке Општег суда има само први општи правобранилац. По томе се ово правно средство разликује од жалбе коју, по правилу, подносе незадовољне странке у поступку. Предлог за преиспитивање први општи правобранилац мора поднети у року од месец дана од датума објављивања одлуке Општег суда, док Суд правде у даљем року од месец дана од пријема предлога одлучује да ли треба преиспитати ову одлуку.<sup>53</sup>

Уколико Суд правде утврди да одлука Општег суда утиче на јединство или усклађеност права Уније, предмет се враћа овом Суду. Тада је Општи суд везан одлуком Суда о правним питањима. У случају потребе Суд може навести која се дејства одлуке Општег суда имају сматрати коначним за стране у спору. Међутим, Суд правде може сам донети коначну одлуку ако исход поступка очигледно произилази из чињеничног стања на коме се заснива одлука Општег суда. Када се утврди да одлука Општег суда утиче на јединство и усклађеност права Уније, одлука Суда правде о питању које је подвргнуто преиспитивању замењује одлуку Општег суда.<sup>54</sup>

Поред жалбе као редовног правног средства, против коначних одлука Службеничког трибуна предвиђени су други правни лекови о којима одлучују исти овај Трибунал (Радивојевић et al., 2014: 814–820). Према слову пословника, неки од њих су квалификовани као ванредна правна средства, док други имају изузетан и процесни карактер. У прву категорију спадају приговор трећег који није био страна у спору против пресуде и захтев за ревизију пресуде. Друга група правних лекова обухвата захтеве страна у спору за тумачење, исправку и допуну пресуде.

Прво средство које по тексту пословника има карактер ванредног правног лека је поступак по приговору трећег лица које није учествовало у поступку (*third party proceedings; tierce opposition*), а која сматра да је пресуда донета на штету његових права, односно да их прејудицира. У улози трећег може се појавити физичко и правно лице, орган Уније или држава чланица.

---

51 Чл. 13 Анекса I

52 Чл. 256, став 2 УФЕУ

53 Чл. 62-62б Статута

54 Чл. 62а и 62б Статута

Да би могло да поднесе приговор, треће лице мора да докаже штетан утицај пресуде на његова права, као и да наведе разлоге због којих није учествовало у основном поступку.<sup>55</sup> Први услов који се односи на прејудицијелни утицај пресуде задовољен је ако је она штетна по права трећег лица. Сама штета може бити материјалне или моралне природе.<sup>56</sup> Код другог услова подносилац приговора мора навести уверљиве разлоге због којих није био у стању да учествује у основном поступку у својству умешача.<sup>57</sup>

Приговор се подноси против свих странака у поступку из чега проистиче оспорена пресуда. Рок за покретање поступка је два месеца од дана објављивања пресуде у Службеном листу Уније. У случају да прихвати приговор, Трибунал ће новом пресудом изменити пресуду у оним тачкама у којима је усвојио захтеве трећег лица. Оригинал преиначене пресуде прикључује се изворнику првобитне пресуде и на њој се о томе саставља одговарајућа белешка.<sup>58</sup>

Друго правно средство које је у судским пословницима изричито предвиђено као ванредни правни лек је захтев за ревизију пресуде. Може се поднети само ако се открије нова чињеница од одлучујућег значаја која у време доношења пресуде није била позната ни Суду ни странци која тражи обнову поступка.<sup>59</sup> Потребно је да је та чињеница већ постојала у време доношења пресуде без обзира на то што је она била непозната странкама и Суду.<sup>60</sup> Захтев за ревизију подноси се у року од три месеца од дана када је подносилац сазнао за чињеницу на којој занива свој захтев за ревизију (субјективни рок). По протеклу десет година од дана доношења пресуде не може се захтевати обнова поступка (објективни рок).<sup>61</sup>

Поступак по захтеву за ревизију има две фазе (Schermers, Waelbroek, 2001: 748–749). Када се захтев поднесе, Трибунал прво одлучује о допуштености ревизије на затвореној седници узимајући у обзир мишљења странака достављена у писменом облику. Ако усвоји позитивну одлуку, која се такође доноси у облику пресуде, Трибунал у другој фази прелази на мериторно одлучивање. После спроведеног поступка доноси се нова пресуда која се

---

55 Чл. 42 Статута

56 *Joined Cases 9 and 12/60 Belgium v Vloeberghs and Hugh Authority* (1962)

57 *Joined Cases 42 and 59/59 Breadbrand v Société des Acuérués du Temple and Others* (1962)

58 Чл. 117, став 3 Пословника СТ

59 Чл. 44 Статута

60 *Case C-130/91Rev.II ISAE/VP and Interdata v Commission* (1996)

61 Чл. 44, став 3 Статута

прикључује изворнику оспорене пресуде. На маргини те пресуде мора се ставити белешка да је донета пресуда по захтеву за ревизију.<sup>62</sup>

Посебно правно средство процесног карактера представља захтев за тумачење пресуде. Овај захтев подноси се уколико није јасан смисао или домашај донете пресуде или евентуално неког решења. Питања која нису решена пресудом, не могу бити предмет овог захтева. Пословником Службеничког трибунала није прописан посебан рок у коме се захтев за тумачење пресуде мора поднети. Иако није изричито предвиђено, сматра се да подношење захтева за тумачење пресуде нема суспензивно дејство, тј. не одлаже њено извршење (Schermers et al., 2001: 744). Пре доношења одлуке странкама се мора омогућити да поднесу своја мишљења о захтеву за тумачење. Одлуку о тумачењу Трибунал доноси у форми пресуде (интерпретативна пресуда). Она се прилаже оригиналу пресуде чије се тумачење тражило и на њој се о томе сачињава одговарајућа белешка.<sup>63</sup>

Друго процесно правно средство које се може користити је исправка пресуде Службеничког трибунала. Исправка је могућа само уколико пресуда садржи грешке у писању, рачунању или друге очигледне омашке. Пресуду исправља Трибунал на сопствену иницијативу или на захтев странака. Рок за тражење исправке износи две недеље од доношења пресуде или достављања решења. Службенички трибунал одлуку о исправци доноси у облику решења после саслушања странака. Оригинал решење о исправци прилаже се изворнику исправљене пресуде. Белешка о том решењу ставља се на маргини изворника пресуде која је исправљена.<sup>64</sup>

Допуна пресуде представља последње правно средство које се понекад сматра само посебним обликом захтева за исправку пресуде Службеничког трибунала. (Schermers et al., 2001: 744). Она се тражи у случају када је Трибунал пропустио да одлучи о одређеном делу захтева или о трошковима поступка. У том случају свака страна може у року од месец дана од датума достављања пресуде затражити да Трибунал допуни пресуду. Приликом допуне пресуде спроводи се исти поступак као и за њену исправку. Захтев за допуну пресуде доставља се другој страни и председник одређује рок у коме она може поднети своје писмене примедбе. После достављања писмених примедби Трибунал одлучује истовремено о допуштености и основаности захтева за допуну пресуде.<sup>65</sup>

---

62 Чл. 119, став 3 Пословника СТ

63 Чл.118 Пословника СТ

64 Чл.84 Пословника СТ

65 Чл.85 Пословника СТ.



## Литература

Brown, L., Kennedy, N. (2000). *The Court of Justice of the European Communities*, London: Sweet & Maxwell

Case 7/56 and 3-7/57 *Algera and Others v Assembly* (1957–1958) ECR 39

Case 18/70 *Duraffour v Council* (1971) ECR 515

Case 20/71 *Sabbatini v European Parliament* (1972) ECR 345

Case 24/71 *Meinherdt v Commission* (1972) ECR 269

Case 175/73 *Union Syndicale and Others v Council* (1974) ECR 914

Case 18/74 *Syndicat Général du Personnel des Organismes Européens v Commission* (1974) ECR 933

Case 81-88/74 *Marenco v Commission* (1975) ECR 1247

Case 48/76 *Reinardz v Commission* (1977) ECR 297.

Case 54/77 *Herples v Commission* (1978) ECR 585

Case 17/78 *Deshormes v Commission* (1979) ECR 189

Case 2/80 *Dautzenberg v Court of Justice*, (1980) ECR 3107

Case 75 i 117/82 *Razzouk and Beydoun v Commission* (1984) ECR 1509

Case 85/82 *Schloh v Council* (1983) ECR 2105

Case 225/82 *Vetzyck v Commusuon* (1983) ECR, 1991

Case 130/86 *Du Besset* (1986) ECR 2619

Case 193 and 194/87 *Maurissen and European Public Service Union v Court of Auditors*, (1989) ECR 1045

Case 224/87 *Koutchoumoff v Commission* (1989) ECR 99.

Case 133/88 *Del Amo Martinez v European Parliament* (1989) ECR 689

Case T-35/89TO 1 *Ascasibar Zubizarreta and Others v Albani* (1992) ECR II-1599

Case T-37/89 *Hannung v European Parluament*, (1990) ECR II-463

Case T-57/89 *Alexandrakis v Commission* (1990) ECR II-103

Case T-73/89 *Barbu v Commusuon*, (1990) ECR II-619

Case T-119/89 *Teissonnière v. Commission* (1990) ECR II-7

Case T-134/89 *Hettrich and Others v Commission* (1990) ECR II-565

Case T-163/89 *Sebastian v European Parliament* (1991) ECR II-715

Case T-2/90 *Ferreira de Freitas v Commission* (1991) ECR II-103

Case T-84/91 *Meskens v European Parliament*, (1992) ECR II-1565

Case C-130/91Rev.II *ISAE/VP and Interdata v Commission* (1996) ECR I-65

Case T-65/92 *Arauxo-Dumay v Commission*, (1993) ECR II-597

Case T-588/93 *G v Commusson*) (1994) ECR-SC II-875

Case T-85/94 *OPPO Commission v Branco* (1995) ECR II-2993

Case T-177/94 *Altman* (1994) ECR II-1245

Case T-159/98 *Torre v Commission* (2001) ECR II-395

Case T-45/01 *Sanders v Commission* (2004) ECR-SC II-1183

Case C-165/01 *Betriebsrat der Vertretung der Europäischen Kommission in Österreich*), (2003) ECR I-7683

Case T-144/02 *Eagle and Others v Commission* (2004) ECR-SC II-1231

Case T-312/02 *Gussetti v Commission* (2004) ECR-SC II-547

Case T-277/03 *Vlachaki v Commission* (2005) ECR-SC II-243

Case T-147/04 *Ross v Commission* (2005) ECR II-771

Case *Beer and Regan v Germany* (2001) 33 EHRR 3

Case *Waite and Kennedy v Germany* (2000) 30 EHRR 261

Чавошки, А., Кнежевић Бојовић, А., Поповић, Д. (2006). *Европски суд правде*. Београд: Институт за упоредно право.

Димитријевић, В., Рачић, О. (2011). *Међународне организације*. Београд: Службени гласник. Правни факултет Универзитета Унион.

Isaac, G., Blanquet, M. (2012). *Droit générale de 'Union européenne*. Paris: Sirey

Joined Cases 42 and 59/59 *Breadbrand v Société des Aciéries du Temple and Others* (1962) ECR 145

Joined Cases 9 and 12/60 *Belgium v Vloeberghs and High Authority* (1962) ECR 171

Joined Cases 75 and 117/82 *Razzouk and Beydoun v Commission* (1984) ECR 1509

Lapaš, D. (2008). *Pravo međunarodnih organizacija*. Zagreb: Narodne novine.

Lenaerts, K., Maselis, I., Gutman, K. (2014). *EU Procedural Law*. Oxford: Oxford University Press

Lenaerts, K., Arts, D., Maselis, I. (2006). *Procedural Law of the European Union*. London: Sweet & Maxwell

Misita, N. (2009). *Evropska unija: institucije*. Sarajevo: Revicon.

Радивојевић, З. (2014). Заштита права појединаца пред Судом правде Европске уније. *Заштита људских и мањинских права у европском правном простору*. Књига 4. 31–52.

Радивојевић, З., Кнежевић-Предић, В. (2014). Правни лекови у поступку пред судом правде Европске уније. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 68. 807–824.

Schermers, G. H., Blokker, M. N. (2003). *International Institutional Law*. Boston/Leiden: Martinus Nijhoff Publishers

Schermers, G. H., Waelbroek, D. F. (2001). *Judicial Protection in the European Union*. The Hague/London/New York: Kluwer Law International

**Zoran Radivojević, LL.D.**

*Full Professor,*

*Faculty of Law, University of Niš*

## **JUDICIAL PROTECTION OF CIVIL SERVANTS IN THE EUROPEAN UNION**

### **Summary**

*The increasing number of international civil servants has given rise to the need to provide for their judicial protection in cases where their rights are violated by the officials and bodies of international organizations. At first, these types of disputes were resolved in administrative proceedings instituted within the specific organization. The discontented civil was first obliged to refer the issue to the immediate superior civil officer, after which he was entitled to submit a complaint to a special administrative body in charge of settling labor disputes. Bearing in mind the advisory nature of these administrative bodies, which are composed of representatives of the Secretariat and officers-in-chief, their opinions were not legally binding either for the organization or for the civil servant. The final resolution of disputes involving civil servants required a mandatory and impartial decision that could be made only by a judicial authority.*

*The courts of the EU Member States soon proved to be inadequate for resolving labour disputes between civil servants and the organization, for at least two reasons. First of all, the applicable law governing employment relations within the organi-*

*zation could not be the national law of the Member State where the organization is seated or the Member State whose national (civil servant) is involved in the dispute. These relations were subjected to a special legal regime, which was envisaged in the internal law of any international organization whose sources are constitutive acts, regulations on the competences of civil servants and individual employment contracts concluded between the employees and the organization as an employer. In addition, international organizations enjoyed immunity from all forms of legal proceedings before the courts of the Member States. In practice, this meant that the national courts were incompetent to decide on complaints filed against the organization by the civil servants.*

*Given the fact that the existing international courts did not provide an opportunity to individuals to initiate proceedings before these courts, the problem was resolved by resorting to the creation of special administrative courts, which were primarily aimed at resolving disputes involving civil servants. The first administrative court was established within the framework of the League of Nations in order to provide for the needs of that organization and the International Labour Organisation. After the Second World War, a number of administrative courts were established within the framework of the United Nations Organization and some regional organizations.*

*Since their foundation, the European Communities established a system of judicial resolution of labor disputes, even though there were multiple changes concerning the jurisdiction for resolving this kind of disputes. At first, disputes involving civil servants were under the jurisdiction of the Court of Justice but, considering the Court's excessive caseload, these disputes were soon transferred into the jurisdiction of the Court of First Instance which was established in the meantime. The latest changes were put into effect upon establishing the Civil Service Tribunal of the European Union, which has jurisdiction to rule in all civil service disputes, whereas the General Court (formerly known as the Court of First Instance) is competent to decide on appeals lodged against the decisions of the Civil Service Tribunal.*

*After examining the structure and the composition of the Civil Service Tribunal, the author of this paper focuses on examining the circle of civil servants who are entitled to lodge an application with this Tribunal, analyzes the conditions for the admissibility of the application and discusses the peculiarities in the process of resolving these types of disputes. After discussing the legal protection of civil servants in the European Union, the author draws attention to the legal effect of a judgment rendered by the Civil Service Tribunal and the legal remedies that the losing party is entitled to pursue.*

**Key words:** *international civil servants, civil service disputes, active legitimacy, admissibility of application, judicial protection, administrative courts, Civil Service Tribunal, European Union.*

**Др Дарко Симовић,**  
Ванредни професор,  
Криминалистичко-полицијска  
академија у Београду

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 342.724:305-055.2

Рад примљен: 30.06.2015.  
Рад прихваћен: 03.12.2015.

## **РОДНА РАВНОПРАВНОСТ У СВЕТЛОСТИ ОСТВАРИВАЊА СЛОБОДЕ ВЕРОИСПОВЕСТИ**

**Апстракт:** Без обзира на све већу тежњу ка постизању фактичке родне равноправности, сфера религиозног живота људи обилује низом примера полне дискриминације. Поједине јеврејске школе примају искључиво ученике мушког пола; у католичкој и православној цркви свештенички позив је резервисан искључиво за мушки пол; посао професора на појединим католичким универзитетима резервисан је искључиво за мушкарце; шеријатско право допушта вишеженство. Због оваквих примера који не допуштају развијање друштвене свести у правцу нужности постизања пуне родне равноправности, све је више дилема о томе чему треба дати предност: забрани полне дискриминације или слободи вероисповести. Осим тога, све је актуелније питање где треба поставити границе остваривања слободе вероисповести.

Један од могућих начина остваривања слободе вероисповести је и јавно манифестовање сопственог верског опредељења које се код муслиманки огледа у прекривању лица. Оваква пракса наишла је на ограничења у појединим западноевропским државама. Француска је отишла најдаље у тој сфери забрањујући ношење бурки на јавним местима. Таква одлука мотивисана је, између осталог, настојањем да се спречи пракса која је јасна манифестација подређености жена. С друге стране, истиче се да је реч о задирању у лична права грађана, као и о онемогућавању изражавања верског убеђења. У том контексту, све је више покушаја у циљу одгонетања дилеме на који начин треба избалансирати начело једнакости, као основни принцип остваривања људских права, и слободу вероисповести. Одговори на ову дилему проналазе се у богатој јуриспруденцији Европског суда за људска права, али и у судској пракси све већег броја држава.

**Кључне речи:** родна равноправност, слобода вероисповести, рестриктивне мере, милитантни секуларизам, Европски суд за људска права, бурка, никаб, хиџаб.

\* darko.simovic@kpa.edu.rs

\*\* Овај рад је резултат реализовања научноистраживачког пројекта који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије под бројем 179045.

## 1. Увод

Уколико се XX век могао сматрати периодом интернационализације и коначне афирмације људских права, XXI век је несумњиво отворио поглавље борбе за потпуно афирмисање једнаког уживања људских права. Будући да је дискриминација по основу пола снажно укорењена, све снажнија су настојања да принцип родне равноправности, као један од основних постулата савремене правне државе, буде доследно отеловљен у стварности.

Под дискриминацијом жена се подразумева свако разликовање, искључење или ограничење у погледу пола, што има за последицу или циљ да угрози или онемогући признање, остварење или вршење од стране жена, људских права на политичком, економском, друштвеном, културном, грађанском или другом пољу, без обзира на њихово брачно стање, на основу равноправности мушкараца и жена. (члан 1 Конвенције о елиминисању свих облика дискриминације жена). Након овако одређеног појма дискриминације жена, јасно је да религија представља једну од битнијих препрека коначном превазилажењу фактичких неједнакости између полова. Јер, традиционалне религије су засноване на фундаменталној неједнакости жена и мушкараца (Charlesworth, 2004: 409).

Без обзира на то што се грађанско и кривично право примењују на верске организације, оне задржавају аутономију у примени својих интерних правила којима се значајно крши принцип родне равноправности (Sunstein, 2009: 129). Примера ради, обављање свештеничког позива је резервисано искључиво за мушки пол, како у католичанству тако и у православљу. Професорски позив је, такође, често недоступан за жене у образовним установама верских заједница. Савремени демократски системи углавном толеришу праксу појединих верских заједница, преваходно муслумана, које подређују жене и у погледу наметнутог начина облачења. Но, не намеће само ислам посебан кодекс облачења за жене, јер таква пракса, примера ради, одликује и хиндусе и Јевреје. Ипак, унеколико далекосежније последице по родну равноправност има раширена пракса уговарања бракова међу муслиманима за још непунлетне девојчице. Уједно, жене су и у самом браку у подређеном положају, јер се могућност полигамије везује за мушки пол, а мушки пол је привилегован и у аспекту развода брака.

Као посебан куриозитет може се навести и то да на тлу Европске уније постоји особена „теократска монашка република“ (Аврамовић, 2013: 431), Света Гора као самоуправни део грчке државе, чији суверенитет према Уставу остаје нетакнут (члан 105). Реч је о својеврсној „монашкој држави“ која у оквиру своје аутономије предвиђа решења која драстично одступају од достигнутог цивилизацијског нивоа поштовања појединих људских

права. Између осталог, постојећи правни режим на Светој Гори нарушава принцип равноправности полова, јер је на овом полуострву забрањен приступ женама.

Међутим, постојећа дискриминаторска пракса верских заједница за последицу има психолошки ефекат „интернационализовања норми субординације“. Управо то, посредно дејство дискриминаторних норми верских заједница битније доприноси конзервирању друштвене свести која толерише родну неравноправност. Да би држава на делотворан начин могла да штити људска права, а међу њима и родну равноправност, као нужна претпоставка се намеће установљавање начела секуларизма. Права слобода не може бити остварена без слободе од религије и традиције (Vasquet 2011: 3). Држава, ради постизања и одржавања потребне друштвене кохезије, шири одређене заједничке, лаичке и верски неутралне вредности, попут идеја слободе, толеранције и родне равноправности (Маринковић, 2011: 377–378).

Остаје дилема на који начин установити равнотежу између с једне стране остваривања слободе вероисповести и, с друге стране легитимне потребе државе да предузима афирмативне мере за постизање реалне, а не само номинално прокламоване, родне равноправности. Имајући у виду комплексност слободе вероисповести, због природе и обима овог рада, родна равноправност ће бити сагледана искључиво кроз један аспект њеног остваривања који је довољно илустративан да укаже на битније проблеме при покушају постизања пуне једнакости између полова. Наиме, покушај сузбијања дискриминаторске праксе ће бити сагледан у светлости односа државе према остваривању слободе вероисповести од стране жена муслиманске вероисповести кроз ношење марама којима се прекрива лице (хиџаб, никаб и бурка)<sup>1</sup>.

## **2. Муслиманске мараме: симбол подређености и неравноправности жена или допуштени вид остваривања слободе вероисповести?**

Посматрано у европском контексту, Швајцарска се међу првима у пракси суочила са неопходношћу хармонизовања односа између остваривања слободе вероисповести, начела световности државе и родне равноправности. Случај наставнице којој је почетком деведесетих година забрањено ношење хиџаба у јавној школи је свој коначни епилог добио на Европском

---

1 Хиџаб означава муслиманску мараму која прекрива косу и врат, док лице оставља видљивим. Никаб је муслиманска марама која изузев очију прекрива и лице, док бурка подразумева потпуно прекривање лица марамом, при чему су и очи сакривене испод прозирне мрежице.

суду за људска права (убудуће: Европски суд). Реч је о случају *Dahlab v. Switzerland* (2001) у коме је Европски суд утврдио да у овом случају није дошло до повреде члана 9 Европске конвенције. Наиме, Европски суд је допустио овакво ограничење остваривања слободе вероисповести уз образложење да је интерес државе да „штити права и слободе других и да штити јавни ред и безбедност“. Забрана оваквог вида изражавања верског убеђења је мотивисана настојањем да се предупреди потенцијални утицај на верска осећања ученика и кршење верске неутралности у школама. Усвојено је гледиште које слободу вероисповести подређује потреби „очувања религиозне хармоније“ међу ученицима. Будући да се муслимански вео доживљава као снажан религиозни симбол, Европски суд је апострофирао да је наметање верских правила тешко помирљиво са родном равноправношћу, једнакошћу и недискриминацијом.

Француска је, са својом праксом милитантног секуларизма, посебно инспиративна за анализу на овом пољу. У Француској, секуларизам не претпоставља пасиван и толерантан однос државе према верским заједницама, већ он подразумева активну „улогу државе у заштити појединца од религије“ (Wallach Scott, 2007: 97–98). Заштита појединца од религије захтева секуларну и неутралну јавну сферу, настојање да се сузбије „клерикални и религиозни утицај на државу, као и да се успостави униформно, нерелигиозно грађанство и националност“ (Ahdar, Leigh, 2005: 73). Управо због такве улоге државе, која је на себе преузела обавезу да предузима све мере у циљу заштите појединца од религије, овај модел се назива милитантним секуларизмом. Принцип световности државе у Француској подразумева да је слобода вероисповести зајемчена на начин да се свима под једнаким условима омогућава да изражавају своју веру, али се појединци истовремено штите од религиозних притисака сваке врсте. Неутралност носилаца јавних овлашћења се обезбеђује тако што је манифестовање верских уверења или ношење религиозних симбола забрањено за оне који раде за државу, укључујући полицију, наставнике, министре, запослене у локалним самоуправама, здравствене раднике у јавним здравственим установама итд. (Vasquet, 2011: 4–5).

Доследно спровођење принципа секуларизма, као једне од основних републиканских вредности, карактерише Француску и при додели држављанства ове земље. Илустративан је случај *Faiza M.* који се односио на Мароканку Фаизу Силми која се удала за француског држављанина и преселила у Француску 2000. године (Hirschl, 2011: 423). У међувремену је родила троје деце и коректно научила француски језик. Према француским законским решењима, након две године брака са француским држављанином допуштено је аплицирање супружника за добијање држављанства ове



земље. Међутим, у мају 2005. године француска администрација је одбила овај захтев истакавши да је њено религијско опредељење „неспојиво са фундаменталним вредностима француске заједнице, а посебно са принципом равноправности полова“. У жалбеном поступку, Државни савет је потврдио донету одлуку уз образложење да она у јавности носи бурку, да изузетно ретко напушта свој дом без супруга и да живи у односу који подразумева подређеност мушкарцу. Ове чињенице су указивале да је држање Мароканке Силми такво да не допушта интегрисање у француско лаичко друштво.

Деведесете године минулог века обележили су бројни инциденти у француским јавним школама, као и неуједначена пракса школских управа у погледу лимита остваривања слободе вероисповести, која се првенствено односила за девојчице муслиманске вероисповести. Будући да је то био озбиљан друштвени проблем који прети да ескалира, Жак Ширак (*Jacques Chirac*) је образовао Стаси комисију (*La commission Stasi*) која је требало да идентификује појаве које су омогућавале мањинама да живе у самодовољним заједницама без жеље да се интегришу у француско друштво. Комисија је подела извештај 11. децембра 2003. године и у њему је констатовано да су младе жене жртве сексизма и да су изложене вербалном, психолошком и физичком притиску и насиљу (Vasquet, 2011: 9). На основу тог извештаја, 10. фебруара 2004. године, донет је закон који је забранио ношење било каквих упадљивих верских обележја у јавним школама. Закон је доживљаван као промовисање једнакости и заштита секуларне државе и ученика од социјалних и религијских притисака (Vasquet, 2011: 10). Према републиканском патерналистичком становишту, хиџаб није само симбол религијског пијетета, већ он представља препреку слободном размишљању и учењу (Laborde, 2012: 400).

Премда је преовладало становиште да школа треба да остане неутрални форум и место где се охрабрује развијање критичког духа, овај закон је имао и своје негативне последице. Наиме, његова примена је навела религијозније студенте да се преместе у верске школе или да се одреде за студирање на даљину што их је још више изоловало и њихов процес интеграције учинило унеколико тежим (Vasquet, 2011: 11). Сасвим оправдано се постављало питање да ли је државни разлог супериорнији од индивидуалне воље појединца? Они који су подржавали законска решења истицали су да су она заснована на следећим идеалима: 1) индивидуалној аутономији, која подразумева да жена мора бити еманципована од окрутних захтева религијског убеђења; 2) секуларној једнакости, која подразумева да је јавна сфера ослобођена од религијског утицаја најбољи начин да се укаже на поштовање свим грађанима, без обзира на њихово верско

опредељење; 3) националној кохезији, која религиозне симболе одређује као разметљива обележја подела и узрок непотпуне интеграције мањина у националну заједницу (Laborde, 2012: 398–399).

Будући да пракса милитантног секуларизма непрестано доводи у питање границе остваривања слободе вероисповести, Европски суд је био у прилици да се изјасни о француској политици истискивања религије из јавне сфере. Илустративан је случај *Dogru v. France* (2008), који се односио на искључење из школе једанаестогодишње муслиманске девојчице која је одбила да скине мараму за време часова физичког васпитања. Одлука је била заснована на школском правилу да ће неупадљиви знаци манифестовања религиозног опредељења ученика бити поштовани, али да се физичко васпитање обавља у спортској опреми. Према одлуци Државног савета из 1989. године, истицање знакова религиозног опредељења не сме да угрожава здравље или безбедност, да омета образовни процес и образовну улогу наставника, да утиче на ред у школи или нормално функционисање јавног сервиса.<sup>2</sup>

Европски суд је утврдио да је „улога државе да буде неутрални и непристрасни организатор остваривања различитих вера и убеђења“ и да држава има обавезу да „обезбеди међусобну толерантност између супротстављених група“. Према становишту Европског суда, плурализам и демократија морају бити засновани на дијалогу и компромисном духу, који подразумева различите уступке од стране појединца да би се очували и унапредили идеали и вредности демократског друштва. Овај случај је, према јуриспруденцији Европског суда, потврдио да држава на овом пољу располаже широким пољем слободне процене у односу на постизање одговарајуће равнотеже између супротстављених интереса. У Француској остваривање слободе вероисповести у јавној сфери, а посебно истицање религиозних симбола у школи, директно је повезано са принципом секуларизма на коме је заснована Република, а посредно и са принципом родне равноправности.

У настојању да очисти јавну сферу од непримереног начина остваривања слободе вероисповести Француска је отишла и корак даље. Те још радикалније кораке је средином 2009. године најавио Саркози (*Nicolas Sarkozy*) уверењем да је ношење бурке противно републиканском принципу достојанства жене. На основу истраживања које је претходило доношењу нових законских решења, утврђено је да прекривање целог лица није захтев религије, већ је реч о културном обичају који има за циљ да искључи жене из социјалног живота. Постојало је настојање француских званичника да

---

2 27 November 1989, no. 346.893 *Conseil d'Etat*

се минимализује религиозни значај бурке, апострофирањем чињенице да је она заснована на мањинском и спорном тумачењу Курана и муслиманске традиције (Tourkochoriti, 2012: 845). У том смислу, бурка превасходно има културолошки и политички значај, а мање религиозни, јер је она настала пре појаве ислама, а свој пуни значај је добила тек почетком XX века услед промовисања од стране интелектуалних кругова Саудијске Арабије.

У септембру 2010. године донет је закон који је забранио потпуно покривање лица у јавности уз образложење да таква пракса нарушава републиканске вредности, посебно лаицитет, једнакост мушкараца и жена, грађанство, као и слободу вероисповести (Vasquet, 2011: 11). За кршење ове законске норме прописане су строге санкције, за жену 150 евра, а за мушкарца који је присиљава да носи бурку и до 30.000 евра и једногодишњи затвор. Готово истовремено и Белгија усваја слична законска решења. Француска и Белгија су једине две државе које су на националном нивоу забраниле ношење бурки на јавним местима.

Забрана ношења бурки има за циљ да жене заштити од њих самих, јер њихово опредељење да носе бурку је последица друштвеног притиска о томе какво би њихово понашање у јавности требало да буде. Бурка нарушава право жене да се облачи према сопственом нахођењу, због чега ова забрана делује ослобађајуће по жене. Ова забрана је оправдавана и захтевом људског достојанства, будући да у хришћанству лице представља „суштину личности“ и „узвишен део тела“. Мада је доношење ове мере иницирано жељом да се заштите жене муслиманске вероисповести, истиче се да је овај закон допринео да мањине буду стигматизоване, као и да он води у још већу изолацију од шире друштвене заједнице, јер су те жене осуђене на самоизолацију и живот у своја четири зида. Такође, истиче се да се ова забрана може сматрати и атаком на идентитет жена које самовољно носе бурке. Ношење бурке може бити и последица слободне воље жене, знак „религиозног хипериндивидуализма“ жене која жели да има дистанцу у односу на шире друштво које она може доживљавати коруптивним (Tourkochoriti, 2012: 848). Противници ове забране су наглашавали да се дијалогом, а не забраном, изражава поштовање дигнитета жене (Tourkochoriti, 2012: 849). Уставни савет Француске је потврдио уставност ових законских решења, јер је, уз захтев заштите јавне безбедности, нагласио да су „жене које прекривају лице, добровољно или не, доведене у ситуацију искључености и подређености, што је неспојиво с уставним начелима слободе и једнакости“ (Davis, 2011: 128).

Посматрано искључиво у контексту европског континента, једино се још Турска, уз Француску, може сврстати међу државе које негују праксу ми-

литантног секуларизма. Угроженост световности државе услед бујања политичког исламизма у последње три деценије, наметала је радикалан одговор. Достојан заштитник Устава, у политичком амбијенту у коме су представнички органи највећа опасност по световност државе, могао је бити само неполитички и неутрални судски форум, попут Уставног суда Турске. Његова одбрана демократског секуларног поретка била је усмерена ка забрани исламистичких политичких странака и забрани ношења исламских симбола од стране жена (Симовић, 2015: 338–339). Традиционално, турска влада је забрањивала ношење потпуног муслиманског вела женама запосленим у јавном сектору, укључујући ту професоре, адвокате и парламентарце. Почетком осамдесетих година значајно је порастао број студенткиња које су неговале такву праксу, па је поменута забрана након надно проширена и на универзитетске студенте.

Због таквих рестрикција у манифестовању верског убеђења, студенткиња медицине Лејла Шахин (*Leyla Sahin*) се обратила Европском суду јер је сматрала да таква одлука турске владе нарушава члан 9 Конвенције, који јамчи слободу вероисповести. Одлучујући у предмету *Sahin v. Turkey* (2005), Европски суд је потврдио да у „демократским друштвима, у којима постоји неколико религија у оквиру исте популације, може бити неопходно установити ограничења слободе манифестовања нечије вере или убеђења у циљу усклађивања интереса различитих група и обезбеђивања да сваки акт уверења буду поштована“. Суд закључује да „члан 9 не штити сваки акт мотивисан или инспириран религијом или уверењем и не гарантује у свим случајевима право да се у јавној сфери понаша на начин који намеће верско увеђење“. Неопходност забране је заснована на „разумном односу пропорционалности између забране и циља који је усмерен ка очувању секуларне природе универзитета“. Према томе, државама је остављено широко поље слободне процене у усклађивању слободе вероисповести и других интереса који могу бити угрожени њеним манифестовањем. У том смислу, остваривање слободе вероисповести у мултиконфесионалном друштву може бити сужено да би се заштитио демократски поредак, као и да би се заштитила лица другачијег верског опредељења (Calo, 2010: 104–105).

Ипак, одлука Европског суда није донета једногласно. Судија Тулкенс (*Françoise Tulkens*) из Белгије се сложила са неопходношћу спречавања радикалног исламизма, али је упутила озбиљну примедбу због начина на који се то чини.<sup>3</sup> Према њеном мишљењу, само ношење муслиманске мараме се не може повезати са фундаментализмом и битно је разликовати оне који носе мараме и „екстремисте“ који намећу ношење мараме. Нису

3 Judge Tulkens dissenting opinion in *Sahin v. Turkey* (2005).

све жене које марамама прекривају лице фундаменталисти и не постоји ништа што би студенткињу Шахин повезало са фундаментализмом. Њен лични интерес у остваривању слободе вероисповести, који се огледа у манифестовању својих верских уверења спољашњим симболима, не може у потпуности бити апсорбован јавним интересом борбе против екстремизма.<sup>4</sup> Без обзира на уверљивост ових ставова, забрана ношења муслиманског вела није само мера која треба да промовише секуларизам, већ је такође и превентивна мера предузета од стране државе усмерена на борбу против све реалнијих претњи по демократију Турске (Macklem, 2012: 581). Очување демократског поретка је претежнија вредност од појединачног интереса студенткиње да носи муслиманска верска обележја и тако јавно изражава своје верско убеђење.

Када је реч о Енглеској, не постоје институционалне претпоставке за праксу милитантног секуларизма, јер ова земља институционализује државну цркву, Англиканску цркву. Но, то ипак не значи да постоји дискриминација грађана друкчијег верског убеђења, јер и њима држава јамчи остваривање пуне слободе вероисповести. У том смислу и у Енглеској је постављено питање граница остваривања слободе вероисповести у јавним школама.

Илустративан је случај *R (Begum) v. Governors of Denbigh High School* из 2006. године који се односио на четрнаестогодишњу ученицу Шабину Бегам (*Shabina Begum*), која је у септембру 2002. године, супротно школским правилником одређеном начину облачења, дошла са хиџабом. Иначе, реч је о средњој школи у Лутону која је прави пример установе образовања у мултикултуралном друштву. Већину од приближно 80% ученика чине деца муслиманске вероисповести, али је било ученика и других вера, међу њима хришћана и хиндуса. Управо због тога школска управа је, у договору са исламским великодостојницима, установила неколико верзија школске униформе за девојчице муслиманске вере. Уз униформу је било допуштено и ношење мараме, али уз одређене рестрикције у погледу начина њеног ношења. Шабина је две године поштовала школска правила, али је на почетку нове школске године, у пратњи брата и његовог друга дошла са хиџабом. Управа школе јој је наложила да се преобуче, међутим њен брат јој није допуштао да се врати у школу на друкчији начин. Због такве забране Шабина је изгубила приближно две године од свог образовања.

Према првој одлуци суда, школска управа је исправно поступила. Међутим, апелациони суд је овакву одлуку школске управе оквалификовао као повреду слободе вероисповести, јер је ученица имала искрено убеђење да религија од ње захтева да носи хиџаб у периоду пубертета и да школска

---

4 *Ibid.*

правила нису била неопходна у демократском друштву као што то захтева члан 9 Европске конвенције. Међутим, Дом лордова (*House of Lords*) је преиначио одлуку суда сматрајући да политика школе не нарушава људска права. Лорд Хофман (*Lord Hoffmann*) је изричито истакао да члан 9 Европске конвенције не омогућава неограничено остваривање слободе вероисповести. Уосталом, истицано је да Шабина може да се определи за другу школу која допушта ношење хиџаба. Апострофирано је и то да је овај догађај изазвао стрепњу код многих других девојчица, јер би допуштање нове праксе изазвало социјалне притиске да и оне носе хиџаб.

У Немачкој не постоји општа забрана ношења верских обележја, али у неким државама постоји забрана ношења исламских марама у школама. Што се тиче пуног исламског вела, он је забрањен за време јавних скупова, јер спречава идентификацију, као и приликом вожње, јер то ограничава видно поље возача и његову способност за маневрисање (Тренеска-Дескоска, 2014: 70).

Када је реч о остваривању слободе вероисповести у пракси, Уставни суд Немачке се 2003. године изјашњавао о уставној жалби жене којој је Виша управа за школе Штутгарт одбила запослење као наставнице у основним школама, у статусу државног службеника на проби, са образложењем да није подобна за ову службу због изјављене намере да у школи носи мараму (*Kopftuch*).<sup>5</sup> Реч је о немачкој држављанки муслиманске вероисповести која је рођена у Авганистану. Марама, коју је она намеравала да носи, власти покрајине су доживеле као израз културолошке издвојености и политички, а не религиозни симбол. Такво изражавање верског убеђења које за последицу има културолошку дезинтеграцију, није у складу са захтевом за неутралношћу државе. Међутим, Уставни суд је утврдио да је оваквим приступом повређено право апеланткиње на једнак приступ свакој јавној служби у вези с правом на слободу вероисповести, без постојања потребних, довољно одређених законских основа.

Будући да је реч о ограничењу једног од основних људских права и то од стране државне управе, Уставни суд је стао на становиште апеланткиње утврдивши да ова забрана нема упориште у законодавству покрајине Баден-Виртемберг. Према Уставном суду Немачке, друштвене промене које су повезане са појачаним религиозним плуралитетом могу подстакнути законодавца да наново одреди меру прихватљивости религиозних односа у школи. Наиме, за решавање напетости које су неизбежне у условима заједничког образовања деце различитих вероисповести, неопходно је изнаћи уравнотежен модел који узима у обзир захтев за толерантност

---

5 BVerfGE 108, 282

као израз људског достојанства. Слобода изражавања сопственог верског убеђења у виду ношења мараме у школи је супротстављена негативној слободи вероисповести ученика и ученица. Обавеза је законодавца да пронађе компромисе између позитивне слободе на изражавање сопственог верског убеђења, и државне обавезе на неутралност у овој сфери, родитељског права на васпитање деце, као и негативне слободе вероисповести ученика (Šarčević, 2010: 230–235). Дакле, ограничења остваривања слободе вероисповести су могућа, али она морају бити законом установљена и примењена само под условом ако се на тај начин штити нека претежнија вредност. Према томе, Немачка је показала далеко либералнији став према ношењу муслиманских марама, јер овај вид изражавања верског опредељења није анализирао у контексту родне равноправности.

Посматрано у контексту САД, прихваћено је начело световности, али уз државну неутралност која подразумева пасиван став према остваривању слободе вероисповести. У том смислу, насупрот пракси милитантног секуларизма, закон који садржи решења као у Француској о забрани ношења бурки, био би сматран неуставним у САД. Према федералној јуриспруденцији, забрана истицања религиозних симбола у школи представљала би повреду права студената зајемчених Првим амандманом (Tourkochoriti, 2012: 791). Забрана покривања лица у школи може бити оправдана једино уколико је лична комуникација између студената неопходна у циљу ефикасности образовног процеса, а такође и да би се обезбедио ред у школи у случају реалног страха или нереда (на пример од банди) (Tourkochoriti, 2012: 821). Када је реч о наставницима у јавним школама, само две државе, Пенсилванија и Небраска, су законом забраниле ношење религиозне одеће.

Унеколико другачији и знатно изнијансиранији приступ одликује Канаду, а њега је најбоље сагледати кроз случај *R. v. N.S.* из 2012. године пред Врховним судом. У овом случају се поставило питање да ли се од сведокиње која из религиозних разлога носи никаб може затражити да га уклони током сведочења. Реч је о директном сукобу два права. С једне стране, сведок располаже слободом вероисповести, док је, с друге стране, право оптуженог на правично суђење, чије право на одбрану може бити угрожено уколико је лице сведока у потпуности прекривено.

Да би се отклонила дилема чему треба дати предност, Врховни суд Канаде је током одлучивања поставио четири питања. Прво, да ли ће захтев упућен сведокињи да уклони никаб у току сведочења угрозити њену слободу вероисповести? Друго, да ли ће сведочење са никабом озбиљно угрозити правичност суђења? Треће, да ли постоји начин да се ова два права ускладе и да се избегне конфликт међу њима? Четврто, уколико није могуће ускла-

дити два сукобљена права, да ли ће корисни ефекти превладати уколико се од сведокиње затражи да уклони никаб у односу на негативне ефекте уколико се то не учини?

Када је реч о првом питању, неопходно је утврдити да ли би уклањање никаба повредило искрена религиозна убеђења сведокиње. Дакле, суд би у сваком конкретном случају требало да утврди искреност, а не јачину религиозности. Имајући у виду значај израза лица сведока током унакрсног испитивања, уз неопходност тачне процене кредибилитета сведока, прихваћено је становиште да је један од основних захтева *common law*-а могућност да се види лице сведока као један од битних елемената правичног судског поступка. Међутим, уколико ношење никаба не претпоставља озбиљну сметњу за остваривање правичности поступка, у том случају сведокиња може да носи никаб. Суд је потврдио да је неприхватљиво становиште према коме се од сведокиње никада не може затражити да скине никаб. Дакле, две су неопходне претпоставке да би се од сведокиње, која из искрених верских убеђења жели да носи никаб током сведочења, затражило да открије своје лице: прво, неопходно је да постоји озбиљан ризик од повреде правичности суђења; и друго, позитивни ефекти захтева да открије лице током сведочења, морају бити већи од негативних ефеката уколико се то од ње не би затражило.

Ова одлука је значајна из неколико разлога (Narain, 2015: 55). Одбијено је гледиште према коме је судница неутралан простор, јер се наглашава да уклањање религије из суднице није у канадској традицији. Потврђен је принцип дотадашње канадске јурипруденције који потенцијалне конфликти између слободе вероисповести и других вредности решава у правцу поштовања верског убеђења и његовог потпуног уважавања уколико је то могуће.

Истакнуто је да била изазвана далеко већа социјална штета уколико би се, без изузетка, захтевало од жене да открије своје лице током сведочења. Наиме, могло би се очекивати да би у таквим околностима жене које су жртве насиља, одустајале од пријаве таквих кривичних дела да не би дошле у ситуацију да морају да поступају против својих верских убеђења у судници. Секуларизам, према становишту које је прихваћено у јуриспруденцији Врховног суда Канаде, не подразумева одбацавање религије без оправданог разлога (Narain, 2015: 59). Такво гледиште се битније разликује од праксе милитантног секуларизма Француске и Турске које настоје да безусловно протерају религију из јавне сфере.

Ипак, не треба да остане непримећено да судије нису биле једнодушне при доношењу ове одлуке. Било је и ставова да адекватно балансирање



једнакости и слободе вероисповести са начелом световности и државне неутралности у јавној сфери неминовно води захтеву да никабу није место у судници.

### 3. Закључак

Преовладава становиште да је религија једна од главних препрека за унапређење родне равноправности у XXI веку (Bennoune, 2007: 373). У том смислу, настојање да се доследно оствари одвојеност права и религије представља једну од најзначајнијих ововремених борби на пољу људских права, посебно за жене (Bennoune, 2007: 373–374). Не истиче се случајно да је световност државе један од најбитнијих прогреса у људској историји. То је једини пут који омогућава толеранцију, коегзистенцију и демократију у оквиру државе (Bennoune, 2007: 374).

Ипак, ове речи не подразумевају нужност истискивања религије из јавног живота. Напротив. О значају слободе вероисповести сведочи становиште Европског суда изражено у одлуци *Kokkinakis v. Greece* (1993): „... слобода мисли, савести и вероисповести (је) конститутивни елемент демократског друштва и његовог плуралистичког карактера. Она је од суштинског значаја за идентитет верника и заштиту њиховог животног става, али је од непроцењиве вредности и за атеисте, агностике, скептике и незаинтересоване.“ Дакако, основни значај ове одлуке је у идентификовању слободе вероисповести као средства за заштиту и унапређење демократског плурализма (Calo, 2010: 102). Међутим, остваривање слободе вероисповести може бити у нескладу са остваривањем неких других људских права, па и са остваривањем саме слободе вероисповести других лица. Такође, остваривање слободе вероисповести може истовремено противречити неким другим друштвеним вредностима, као што су, примера ради, развијање духа толеранције, очување јавног реда, друштвеног мира и безбедности. Према томе, неопходно је уравнотежити захтеве религиозности, који су засновани на слободи вероисповести, и других људских права, међу којима је од посебног значаја родна равноправност. Досадашњи несклад између слободе вероисповести и принципа једнакости, углавном је последица наглашавања слободе вероисповести на уштрб значаја слободе од религије (Bennoune, 2007: 374–376).

Световност државе подразумева склад између слободе вероисповести и једнаког достојанства свих грађана. Та два принципа световности остварају се одвајањем Цркве од државе, али и неутралношћу државе према религијама (Raguž, 2013: 693). Међутим, уколико би држава у потпуности задржала неутралан став према верским заједницама, то би значило иг-

норисање једног од најзначајнијих савремених генератора друштвених проблема, међу којима се по далекосежности последица издваја очување праксе полне дискриминације. С једне стране снажнији утицај религије у друштву отежава интегрисање религиозних мањина у друштвену заједницу, а с друге стране снажније присуство религије угрожава темеље модерне уставне државе – неутралност и секуларизам (Lobeira, 2014: 386). Управо из тог разлога је и разумљиво да се остваривање слободе вероисповести у јавној сфери ограничава у мери у којој је неопходно да би се заштитила нека претежнија вредност. Уосталом, према Конвенцији о елиминисању свих облика дискриминације жена (CEDAW), државе имају обавезу да утичу на религиозне праксе у циљу сузбијања родне неравноправности. Према томе, забрана ношења потпуног муслиманског вела у јавној сфери може се сматрати оправданом, јер није реч само о религиозном симболу, већ о симболу који има изразито снажну социјалну и политичку компоненту. Према појединим мишљењима, ношење муслиманских марама у овом политичком тренутку значи избор за истицање „знака мушке доминације над жениним телима и животима“ (Bennoune, 2007: 390). Потпуно је погрешно муслимански вео посматрати искључиво кроз религиозну визуру. „Треба да имамо у виду да је то превасходно средство угњетавања, отуђивања и дискриминације, као и инструмент мушкарчеве моћи над женом. Није случајно да мушкарци не носе вео.“ (*Fadela Amara*) (Bennoune, 2007: 391).

Разуме се, не сме се отићи у другу крајност која би подразумевала „опасност да се лаичка држава, у борби за своју неутралност према религијским уверењима, претвори у државу која је начелно против религије и која заправо подржава секуларна уверења“. Другачије исказано, држава би изгубила својство неутралности и постала би секуларни еквивалент саме религије (Raguž, 2013: 692). У том контексту треба имати у виду правно необавезујућу Препоруку бр. 1927 Савета Европе из 2010. године која препоручује државама чланицама да не доносе општу забрану муслиманског потпуног вела или друге верске одеће, јер ће нарушити слободу вероисповести гарантовану чланом 9 Европске конвенције у случају када их жене користе по слободном избору (Тренеска-Дескоска, 2014: 70). Ипак, у случају сукоба између остваривања слободе вероисповести и захтева за елиминисањем полне дискриминације, нема дилеме да треба дати предност родној равноправности. Јер, слобода вероисповести јесте основно људско право, али је суштинска једнакост, укључујући и сферу пола, фундаментално начело остваривања људских права.

## Литература

- Аврамовић, Д. (2013). Света Гора – између аутономности и државности. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. Vol. 47. No. 2. 431–447
- Ahdar, R., Leigh, I. (2005). *Religious Freedom in the Liberal State*. Oxford: Oxford University Press
- Vacquet, S. (2011). *Religious freedom in a secular society: An analysis of the French approach to manifestation of beliefs in the public sphere*, Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1753229>
- Bennoune, K. (2007). Secularism and Human Rights: A Contextual Analysis of Headscarves, Religious Expression, and Women's Equality Under International Law. *Columbia Journal of Transnational Law*. Vol. 45, No. 2, 367–426
- Calo, Z. (2010). Pluralism, Secularism and the European Court of Human Rights. *Journal of Law & Religion*. Vol. 26, No. 1, 101–120
- Charlesworth, H. (2004). The Challenges of Human Rights Law for Religious Traditions, in Janis, M., Evans, C., (eds.), *Religion and International Law*. Martinus Nijhoff Publishers, 401– 416
- Davis, B. (2011). Lifting the Veil: France's new crusade. *Boston College International & Comparative Law Review*. Vol. 34. No. 1. 117–145
- Hirschl, R. (2011). Comparative constitutional law and religion. Ginsburg, T., Dixon, R., (eds.), *Comparative Constitutional Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 422–440
- Laborde, C. (2012). State Paternalism and Religious Dress Code. *ICON*. Vol. 10, No.2, 398–410
- Lobeira, P. C.J.(2014). Veils, Crucifixes and the Public Sphere: What Kind of Secularism? Rethinking Neutrality in a Post/secular Europe. *Journal of Intercultural Studies*. Vol. 35, No. 4. 385–402
- Маринковић, Т. (2011). Прилог за јавну расправу о уставности Закона о црквама и верским заједницама. *Анали Правног факултета у Београду*. Vol. 59, No.1. 367–385
- Narain, V. (2015). The Place of the Niqab in the Courtroom. *ICL Journal*. Vol. 9.No. 1. 41–69
- Raguž, I. (2013). Laička država i sloboda vjerovanja danas – Teološki osvrt na doprinos Charlesa Taylora, *Diacovensia*, Vol. 21. No. 4. 691–704

Симовић, Д. (2015). Уставни модел милитантног секуларизма. *Правни систем и заштита од дискриминације*. Зборник радова – друга свеска. Правни факултет Универзитета у Приштини, Косовска Митровица. 331–342

Sunstein, C. (2009). On the Tension between Sex Equality and Religious Freedom. Satz, D., Reich, R. (eds.). *Toward a Humanist Justice: The Political Philosophy of Susan Moller Okin*. Oxford: Oxford University Press. 129–139

Šarčević, E. (ur.) (2010). *Izabrane odluke nemačkog Saveznog ustavnog suda*, Beograd: Konrad Adenauer Stiftung

Šurlan, T. (2014). *Univerzalna međunarodna ljudska prava*, Beograd: Kriminalističko-policijska akademija

Teitel, R. (2008). Militating Democracy: Comparative Constitutional Perspectives. *Michigan Journal of International Law*. Vol. 29. No. 1. 49–70

Tourkochoriti, I. (2012). The Burka Ban: Divergent Approaches to Freedom of Religion in France and in the USA. *William & Mary Bill of Rights Journal*. Vol. 20. 791–852

Тренеска-Дескоска, Р. (2014). Слобода вероисповести као део `идеологије` Европске уније. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. бр. 68. 65–82

Wallach Scott, J. (2007). *The Politics of the Veil*. Princeton: Princeton University Press

**Darko Simović, LL.D.**

Associate Professor,

Police Academy, Belgrade

## **GENDER EQUALITY IN LIGHT OF EXERCISING THE FREEDOM OF RELIGION**

### **Summary**

*In spite of the increasing tendency towards attaining full de facto gender equality, there are ample examples of gender discrimination in the religious spheres of human life. Some Jewish schools still exclusively admit male students; in the Catholic and Orthodox Church, the priesthood authority is exclusively vested in men; the professorship ranks in some Catholic universities are exclusively reserved for men; and the Shari'a law explicitly permits polygyny. The examples of such practices, which do not make allowances for the development of social awareness on the need to achieve full gender equality, result in a number of dilemmas pertaining to the question which of these principles should be given priority: the prohibition of gender discrimination or the freedom of religion. Some of these dilemmas are resolved in judicial practice. In addition, there is a growing concern about another topical issue: where to draw the borderline for the freedom of religion.*

*One of the aspects of exercising the freedom of religion is the public expression of religious beliefs, which may be illustrated by the Islamic tradition obliging Muslim women to cover their bodies and faces in public places. This customary practice has encountered legal restrictions in some Western European countries. The French legislator has introduced the most rigorous measures by prohibiting the wearing of the burqa in public places and the wearing of headscarves in public schools. Among other things, such a decision has been motivated by the efforts to prevent the practice which clearly embodies the subordination of women. These restrictive measures have been further justified by the argument that such practices foster the development of Islamic fundamentalism. On the other hand, the opponents point out that these measures encroach on citizens' personal rights and hinder the expression of their religious beliefs. In this context, there is an increasing number of theoretical papers addressing the issue how to provide the proper balance between the the principle of equality, as a fundamental principle in exercising human rights, and freedom of religion. The answers to this dilemma may be found in the profuse jurisprudence of European Court of Human Rights.*

**Key words:** *gender equality, freedom of religion, restrictive measures, ECHR case law.*



**Др Небојша Раичевић,\***  
Ванредни професор Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 341.233-053.6

Рад примљен: 30.06.2015.

Рад прихваћен: 03.12.2015.

## **ЗАШТИТА ДЕЦЕ У МЕЂУНАРОДНОМ ХУМАНИТАРНОМ ПРАВУ\*\***

**Апстракт:** Међународно хуманитарно право садржи већи број правила о заштити деце у оружаним сукобима. Прва група тих правила односи се на забрану регрутовања деце ради њиховог учешћа у оружаним сукобима. Важеће норме забрањују регрутацију деце млађе од 15 година, а постоје и одређена ограничења која се односе на децу старости од 15 до 18 година. Други сет правила посвећен је регулисању положаја деце бораца. У питању је тек неколико правила, пошто је положај деце бораца, у начелу, изједначен са положајем одраслих бораца. Трећа група правила пружа заштиту деци која у оружаним сукобима имају статус цивила. Поред опште заштите која им припада као делу цивилног становништва, деца уживају и посебну заштиту пошто представљају нарочито осетљиву групу у оружаним сукобима. Правила о специјалној заштити садржана су у четвртој Женевској конвенцији из 1949. године и Допунским протоколима из 1977. године.

**Кључне речи:** деца, међународно хуманитарно право, регрутовање, борци, цивили, специјална заштита.

### **1. Увод**

У међународном хуманитарном праву (даље: МХП) постоје бројна правила која штите децу од штетних последица оружаних сукоба. Та правила нису груписана на једном месту већ се налазе у већем броју уговора из области МХП, и то: Женевској конвенцији о заштити цивила из 1949. године, Женевској конвенцији о заштити ратних заробљеника из исте године и Допун-

\* raicko@prafak.ni.ac.rs

\*\* Рад је резултат истраживања на пројекту „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013–2018. година.

ским протоколима I и II из 1977. године. Управо ће та правила МХП бити предмет анализе у овом раду. Поред њих, биће размотрене и неке норме о забрани ангажовања деце у оружаним сукобима садржане у уговорима о људским правима, јер оне суштински представљају правила МХП која су инкорпорисана у уговоре о људским правима.

Норме МХП које штите децу у оружаним сукобима могу се груписати у три целине: а) правила која забрањују (ограничавају) регрутацију деце; б) правила која регулишу положај деце бораца; и, в) правила која штите децу цивиле. Управо је на тој подели базирана и систематизација у овом раду, тако да су три његова главна дела посвећена свакој од наведених целина.

## **2. Забрана регрутовања деце**

Због употребе оружја и начина ратовања који су захтевали велику физичку снагу, деца вековима нису била погодна за учешће у ратним борбама. Међутим, након Другог светског рата, појавом лаког аутоматског оружја са великом убојном моћи и једноставним руковањем, долази до значајног ангажовања деце у непријатељствима. Због тога се наметнула потреба за међународноправним ограничењем учешћа деце у оружаним сукобима, што је учињено правилима МХП, али и неким уговорима из области људских права.

### **2.1. Међународно хуманитарно право**

Женевске конвенције усвојене 1949. године не садрже правила о ограничавању регрутовања деце у оружане снаге. За то постоји више разлога. Приоритет код те кодификације била је заштита цивила од злочина какви су вршени у Другом светском рату, док забрана регрутовања деце није била предмет интересовања у том моменту (Happold, 2005: 55). Други разлог изостанка правила о забрани регрутације деце је концепт према којем Женевска конвенција о заштити цивилних лица у рату (у даљем тексту: ЖК IV) првенствено штити појединце од аката држава чији они нису држављани, а не меша се у односе државе према сопственим држављанима (Happold, 2000: 30).

За разлику од Женевских конвенција из 1949. године, Допунски протоколи из 1977. године садрже правила о ограничавању регрутовања деце ради њиховог учешћа у оружаним сукобима. Разлог за ту новину било је распрострањено учешће деце у оружаним сукобима вођеним шездесетих и седамдесетих година прошлог века.



Допунски протокол I о заштити жртава међународних оружаних сукоба (даље: ДП I) у чл. 77, ст. 2 предвиђа:

„Стране у сукобу предузеће све могуће мере да деца која нису навршила 15 година не учествују директно у непријатељствима и оне ће се, нарочито, уздржавати од њиховог регрутовања у своје оружане снаге. Приликом регрутовања лица која су навршила 15 година, али нису навршила 18 година живота, стране у сукобу настојаће да дају приоритет онима који су најстарији.“

Може се видети да ДП I садржи изричиту и апсолутну забрану регрутације у оружане снаге деце млађе од 15 година. При томе, он не прави разлику између обавезне и добровољне регрутације, већ се забрана подједанко односи и на једну и на другу врсту регрутације. Пошто старосна граница за забрану регрутације није могла бити подигнута на 18 година, усвојено је компромисно решење према којем су стране у сукобу дужне да приликом регрутовања деце узраста 15–18 година, прво регрутују оне најстарије.

ДП I намеће странама у сукобу још једну обавезу. Од њих се захтева да предузму „све могуће мере“ како деца млађа од 15 година не би узимала директно учешће у непријатељствима. Ова додатна забрана односи се на децу млађу од 15 година која су ученици војних школа, чланови паравојних омладинских организацаја, провладиних герилских и партизанских покрета или су део становништва неокупиране територије које се подигло на устанак (Harpold, 2000: 35). Код формулисања ове обавезе, употребљена је блажа формулација којом се од страна у сукобу тражи да предузму „све могуће мере“ како деца млађа од 15 година не би директно учествовала у непријатељствима, а одбијен је предлог МКЦК да се захтева предуземање „свих неопходних мера“ ради остварења тог циља (Dutli, 1990: 423). Такође, није прихваћен ни предлог те организације да се код формулисања ове обавезе изостави реч „директно“, јер норма која је ушла у текст чл. 77(2) не искључује индиректне акте учешћа деце у непријатељствима који, исто тако, могу бити опасни по живот као и директне борбе.<sup>1</sup>

И Допунски протокол II о заштити жртава немеђународних оружаних сукоба (даље: ДП II) садржи забрану регрутације деце и њиховог учешћа у непријатељствима, прописујући да „деца која нису навршила 15 година живота неће бити регрутована у оружане снаге или групе, нити ће им се дозволити да учествују у непријатељствима“.<sup>2</sup> Може се видети да ДП II, као и ДП I, забрањује у потпуности обе врсте регрутације деце млађе

---

1 На пример, прикупљање информација, преношење наредби, транспортовање муниције или хране, вршења саботажа (Sandoz, Swinarski, Zimmermann, 1987: 1380).

2 Чл. 4, ст. 3 (ц).

од 15 година (обавезну и добровољну). Када је пак у питању учешће у непријатељствима, ДП II садржи забрану која је строжа од оне предвиђене ДП I. Најпре, он намеће апсолутну забрану учешћа деце у непријатељствима, не условљавајући је „постојањем могућности“ као што то чини ДП I. Поред тога, ДП II деци испод 15 година забрањује било какво ангажовање у непријатељствима (директно и индиректно), а не само директно као што прописује ДП I.

## 2.2. Уговори о људским правима

Правила о забрани (ограничењу) регрутовања деце налазе се и у појединим уговорима о људским правима, и то: Конвенцији о правима детета, Опционом протоколу уз Конвенцију о правима детета о учешћу деце у оружаним сукобима и Конвенција МОР-а бр. 182 о најгорим облицима дечјег рада.

Конвенција о правима детета у чл. 38 садржи правила о ограничењу учешћа деце у оружаним сукобима. Међутим, она није донела никакво побољшање у односу на Допунске протоколе из 1977. године. Код међународних оружаних сукоба, она је само поновила ограничења већ садржана у чл. 77 (2) ДП I. Када су у питању немеђународни оружани сукоби, Конвенција чак иде корак уназад, јер забрањује само директно учешће деце у непријатељствима (млађе од 15 година), док ДП II забрањује и директно и индиректно учешће те деце у непријатељствима. Поред тога, Конвенција забрану учешћа у непријатељствима чини зависном од воље држава, док ДП II садржи безусловну забрану (Popovski, 2008: 398). Међутим, блаже норме Конвенције од оних садржаних у ДП II немају негативне последице по ограничење учешћа деце у оружаним сукобима. Пошто чл. 38(1) Конвенције обавезује државе уговорнице да поштују правила МХП која штите децу, а имајући у виду и *lex specialis* карактер МХП, чл. 4 ДП II има предност у односу на одредбе Конвенције (Dutli, Bouvier, 1996:186).

Опциони протокол уз Конвенцију о правима детета садржи два сета правила о регрутацији деце и њиховом учешћу у непријатељствима. Први круг правила односи се на државе уговорнице, а други на друге наоружане групе.

Када су у питању оружане снаге држава уговорница, Протокол прави разлику између обавезне и добровољне регрутације. Обавезна регрутација лица млађих од 18 година у државне оружане снаге апсолутно је забрањена (чл. 2). Код добровољне регрутације није направљен толики позитиван искорак (чл. 3). Протокол имплицитно потврђује забрану добровољне регрутације деце млађе од 15 година садржану у Конвенцији о правима детета, намећући државама додатну обавезу подизања старосне границе

одређене Конвенцијом.<sup>3</sup> Државе које и даље буду допуштале добровољну регрутацију лица млађих од 18 година, мора да обезбеде најмање следеће гаранције: а) регрутација мора бити стварно добровољна; б) регрутација мора бити спроведена уз изричито пристанак родитеља или законских старатеља малолетног лица; ц) регрути у потпуности морају бити информисани о обавезама које произлазе из војне службе; и д) регрути пре пријема у војну службу морају обезбедити поуздан доказ о свом узрасту.<sup>4</sup> Што се тиче учешћа у непријатељствима, Протокол захтева од држава уговорница да „предузму све могуће мере“ како припадници њихових оружаних снага млађи од 18 године не би учествовали у директним непријатељствима.<sup>5</sup> Може се видети да ова забрана није апсолутна, већ оставља могућност државама које регрутују добровољце млађе од 18 година да их у неким ситуацијама употребе у борби. Поред тога, државе могу добровољно регрутоване војнике млађе од 18 година увек употребљавати за индиректно учешће у непријатељствима.

Када су, пак, у питању недржавне оружане групе, њима није допуштено да регрутују лица млађа од 18 година, било принудно било добровољно. Такође, тим групама није допуштено да лица млађа од 18 година користе у директним или индиректним непријатељствима (чл. 4, ст. 1). На тај начин државе су потенцијалне противнике обавезале строжим правилима од оних које су биле спремне да саме прихвате (Harvey, 2003: 28).

Конвенција МОП-а бр. 182<sup>6</sup> под појам „најгорих облика дечјег рада“, између осталог, подводи „присилно и обавезно регрутовање деце ради њихове употребе у оружаним сукобима“.<sup>7</sup> Овај уговор под дететом подразумева сваку особу млађу од 18 година. Дакле, Конвенција сматра регрутовање деце испод 18 година живота обликом дечјег рада, што намеће обавезу државама да прекину са таквом праксом. Поред тога, у Препоруци бр. 190 која прати ову Конвенцију, државама се препоручује да регрутовање деце млађе од 18 година прогласе кривичним делом.

---

3 Протокол није прописао узраст на који треба подићи старосну границу за добровољну регрутацију, али се у доктрини сматра да то мора бити макар 16 година (Happold, 2005: 78).

4 Чл. 3, ст. 3.

5 Чл. 1.

6 Convention (No. 182) concerning the Prohibition and Immediate Action for the Elimination of the Worst Forms of Child Labour, UNTS, 2003.

7 Чл. 3(а).

### **3. Заштита деце бораца**

Много деце и даље учествује у оружаним сукобима. Нека од њих су ангажована у складу са важећим међународним правилима (деца узраста од 15 до 18 година), али значајан број деце учествује у оружаним борбама противно напред наведеним правилима. Поставља се питање какав је положај деце која као борци учествују у оружаним сукобима – да ли их МХП третира на исти начин као и пунолетне борце, или им, због њиховог узраста, пружа неке додатне привилегије.

#### **3.1. Међународни оружани сукоби**

МХП које регулише међународне оружане сукобе не садржи старосну границу за стицање статуса борца. Дакле, сва деца, без обзира на узраст, која учествују у непријатељствима у међународним оружаним сукобима, имаће статус борца уколико испуне услове прописане и за пунолетна лица (чл. 4А ЖК III).<sup>8</sup>

Деца борци, у начелу, имају исти третман као и одрасли борци. То значи да она могу предузимати војне акције против непријатеља, али и она постају легитимна мета непријатељских напада. Деца која испуњавају потребне услове за статус борца, нису кривично одговорна за сам чин борбе. Наравно, као и одрасли борци, и она ће одговарати уколико током оружаног сукоба прекрше правила МХП. Уколико падну под власт непријатеља, деца борци постају ратни заробљеници, на основу чега им припадају бројне гаранције прописане МХП.

Само неке одредбе Женевског права признају повољнији положај деци борцима у односу на пунолетна лица са тим статусом. ЖК III садржи две такве одредбе. Прва од њих је начелне природе и допушта одступање од једнаког третмана свих ратних заробљеника, дозвољавајући страни уговорници да пружи повољнији третман заробљеницима на основу њиховог узраста (тзв. позитивна дискриминација).<sup>9</sup> Друга одредба конкретизује то опште правило, прописујући да се приликом коришћења ратних заробљеника за рад морају узети у обзир њихове године живота (чл. 49), што значи да се заробљеној деци не могу давати послови који нису у складу са њиховим физичким и менталним способностима. И ДП

---

8 Уколико деца која учествују у непријатељствима не испуњавају потребне услове за статус борца, она ће уживати заштиту на основу ЖК IV, уколико потпадају под заштићена лица која та конвенција штити. Уколико деца која учествују непријатељствима немају статус борца нити потпадају под категорију лица која штити ЖК IV, онда ће она, сходно чл. 45(3) ДП I, уживати заштиту предвиђену чл. 75 ДП I („Основне гаранције“).

9 Чл. 16 ЖК III.

И садржи једну одредбу која привилегује малолетне борце, забрањујући извршење смртне казне над лицима млађим од 18 година за кривична дела почињена у вези са оружаним сукобом (чл. 77, ст. 5).

Иако боравак у ратном заробљеништву може врло штетно утицати на малолетнике, а многи од њих су можда тамо доспели након принудне регрутације, ЖК III и ДП I не предвиђају никакве повољности за репатријацију заробљене деце. Ипак, у доктрини има залагања да малолетне заробљенике треба ослободити још током оружаног сукоба, аналогном применом правила о ослобађању тешко повређених и оболелих лица (Dutli, 1990: 429).

### ***3.2. Немеђународни оружани сукоби***

Право немеђународних оружаних сукоба не познаје статус борца. Лица која учествују директно у непријатељствима, укључујући и децу, представљају легитимну мету напада. Уколико та лица падну у руке противничке стране, она уживају заштиту предвиђену заједничким чл. 3 ЖК, који штити лица која су престала да узимају директно учешће у непријатељствима. Деци која се више не боре, додатну заштиту пружају чл. 4(3) и 6(4) ДП II (о којој ће бити више речи код заштите деце цивила). У немеђународним оружаним сукобима, деца, као и сви побуњеници, подлежу кривичној одговорности за сам чин борбе, према законима државе против које се боре. Међутим, деца млађа од 15 година неће имати додатну одговорност због тога што су учествовала у сукобима одступивши од старосних ограничења предвиђених међународним правом.

## **4. Заштита деце која имају статус цивила**

МХП садржи бројна правила која штите децу цивиле у оружаним сукобима. Она се могу сврстати у две целине: а) правила која пружају општу заштиту деци као делу цивилног становништва; и, б) правила која пружају посебну заштиту деци као нарочито осетљивој групи у оружаним сукобима.

### ***4.1. Општа заштита деце као дела цивилног становништва***

У међународним оружаним сукобима цивил је свако лице које није борац. Цивили уживају заштиту све док не узму директно учешће у непријатељствима. Уколико постоји сумња да ли је неко лице цивил или борац, оно ће се сматрати цивилом док се не докаже супротно.<sup>10</sup> ЖК IV и ДП I гарантују цивилима хумани третман, забрањујући насиље над животом,

---

<sup>10</sup> Чл. 50 ДП I.

здрављем и физичким и моралним интегритетом, а нарочито убиства, мучење, телесно кажњавање, вређање људског достојанства, узимање талаца, колективне казне и репресалије.<sup>11</sup>

И у немеђународним оружаним сукобима цивилима који не узимају директно учешће у непријатељствима призната је општа заштита.<sup>12</sup> Према заједничком чл. 3 ЖК, лицима која не учествују директно у непријатељствима забрањено је угрожавати право на живот, наносити повреде телесном интегритету и личном достојанству, изрицати казне без претходног правичног суђења и држати их као таоце. ДП II проширује круг недозвољених радњи, забрањујући силовање, принудну проституцију, ропство, трговину робљем и пљачку.

Цивиле у оружаним сукобима штите и правила о вођењу непријатељстава. Међу њима је свакако најважније начело разликовања, које од страна у сукобу захтева да увек праве разлику између бораца и цивила и између војних и цивилних објеката. Напади смеју бити усмерени само на борце и војне објекте, а никако на цивиле и цивилне објекте.<sup>13</sup> За заштиту цивила важно је и начело пропорционалности које забрањује војне нападе који би довели до смрти или повреде цивила или оштећења цивилних објеката уколико су штетне последице по цивиле несразмерне у односу на конкретну и директну војну корист очекивану од тих напада. Циљ овог начела је спречавање непотребне „коллатералне штете“ по цивиле проузроковане борбеним дејствима. Оба ова начела примењују се како у међународним, тако и у немеђународним оружаним сукобима.<sup>14</sup>

У МХП не постоје одредбе која деци цивилима пружају додатну заштиту током извођења непријатељстава. Нападач нема обавезу да предузима неке нарочите мере како би избегао нападе на објекте где се могу наћи деца. У тој ситуацији деца се третирају на исти начин као и сви други цивили.

#### **4.2. Посебна заштита деце цивила**

Правила о посебној заштити деце цивила у међународним оружаним сукобима садржана су у два уговора из области МХП, и то ЖК IV и ДП I. При томе, њихов приступ је донекле различит. Иако ЖК IV садржи низ

---

11 Чл. 27–34 ЖК IV и чл. 75 ДП I.

12 Чл. 13 ДП II.

13 Чл. 51(2) и 52(2) ДП I и чл. 13(2) ДП II.

14 Чл. 51(5)б и 57 ДП I. Ово начело није експлицитно поменуто у ДП II, али се сматра да оно као обичајно правило важи и у немеђународним сукобима (Henckaerts, Doswald-Beck, 2009: 48–49).

појединачних одредби посвећених заштити деце, она не прокламује општи принцип посебне заштите деце. За разлику од тога, ДП I у чл. 77 садржи такав принцип, експлицитно истичући да ће се „према деци поступати с посебним поштовањем и да ће она бити заштићена од сваког облика недолечног напада. Стране у сукобу бринуће о њима и пружити им помоћ која им је потребна због њиховог узраста или из било ког дугог разлога“. Уз то, ДП I садржи низ конкретних правила којима пружа посебну заштиту деци у међународним оружаним сукобима.

Када је у питању заштита деце у немеђународним оружаним сукобима, ДП II има сличан приступ као и ДП I. Он у чл. 4 најпре садржи начелно правило које предвиђа да ће „деци бити пружена нега и помоћ која им је потребна“, а потом формулише низ конкретних правила која штите децу у појединим ситуацијама.

У наставку овог дела рада биће анализирана конкретна правила МХП која пружају посебну заштиту деци цивилима. Том приликом биће представљена како правила која важе у међународним, тако и правила која важе у немеђународним оружаним сукобима.

#### *4.2.1. Стварање зона безбедности*

У чл. 14 ЖК IV предвиђена је могућност стварања зона безбедности у које се, између осталих, могу склонити деца млађа од 15 година, као и мајке са децом испод седам година. Стварање ових зона може се договорити још у доба мира или пак током трајања оружаног сукоба. Зоне безбедности могу бити установљене на сопственој или окупираној територији. МКЦК и сила заштитница могу пружити добре услуге ради лакшег и бржег стварања тих зона.

#### *4.2.2. Очување породице на окупу и заштита сирочади и деце одвојене од породице*

МХП је препознало значај породице за децу током оружаних сукоба. У ЖК IV и Допунским протоколима постоји више одредби којима се деци обезбеђује живот са својом породицом. Чл. 82 ЖК IV предвиђа да у случају интернирања чланова исте породице, а нарочито родитеља и деца, они морају бити смештени на истом месту. Привремено одступање од овог правила дозвољено је једино уколико то захтевају здравствени разлози, потреба рада или извршење кривичне, односно дисциплинске казне. Интернирани родитељи могу захтевати да њихова деца која су на слободи остала без родитељског надзора буду интернирана заједно са њима. Увек

кад је то могуће, интернирани чланови једне породице треба да буду смештени у истим просторијама и одвојено од осталих интернираних лица. Према чл. 49 ЖК IV, окупациона сила је дужна да очува породицу на окупу и у случају евакуације цивилног становништва.<sup>15</sup>

Поред ових правила усмерених на очување породице на окупу приликом интернирања и евакуације, МХП захтева да страна у сукобу на сваки могући начин олакшају поновно окупљање породица чије је раздвајање проузроковано последицама оружаног сукоба.<sup>16</sup> Ради остварења тог циља, од страна у сукобу тражи се да омогуће и подстичу рад хуманитарних организација које се баве тим активностима.<sup>17</sup> Такође, и ДП II који регулише немеђународне оружане сукобе, захтева предузимање потребних мера како би се олакшало поновно окупљање привремено раздвојених породица.<sup>18</sup>

Док су чланови породице раздвојени, гарантовано им је право да једни другима шаљу информације личне природе.<sup>19</sup> Уколико је комуникација редовним поштанским путем онемогућена, стране у сукобу обратиће се неком неутралном посреднику (нпр. Централној агенцији или националним друштвима Црвеног крста) ради омогућавања комуникације између чланова породице.

У ДП I постоје и две одредбе које штитећи жене у оружаним сукобима, индиректно штите и право деце на одрастање у породици са мајком. Наиме, чл. 76, ст. 2 захтева да се приликом решавања случајева мајки са малом децом које су ухапшене, притворене или интерниране поступа са највишим приоритетом, док ст. 3 истог члана тражи од страна у сукобу да у највећој могућој мери избегавају изрицање смртне казне мајкама са малом децом за кривична дела извршена у вези са оружаним сукобом.

ЖК IV (чл. 24) садржи посебна правила о заштити сирочади и деце одвојене од породице која су у то стање доведена услед ратних последица.<sup>20</sup> Стране

---

15 Чл. 49, по правилу, забрањује евакуацију цивилног становништва. Потпуно или делимично евакуисање дозвољено је једино када то захтева безбедност становништва или императивни војни разлози.

16 Као последица рата вођеног у Руанди 1994. године, регистровано је око 37000 деце одвојене од својих породица (Dutli, Bouvier, 1996: 183).

17 Чл. 26 ЖК IV и чл. 74 ДП I.

18 Чл. 4, ст. 3(б).

19 Чл. 25 ЖК IV.

20 Деца чији су родитељи су умрли пре рата или су одвојена од својих породица на основу кривичних или грађанских пресуда, не потпадају под домашј чл. 24, већ бригу о тој деци треба да воде остали чланови породице или државне социјалне установе у складу са мирнодопским правилима у тој држави (ICRC, 1958: 186–187).



у сукобу дужне су да предузму потребне мере како ова деца млађа од 15 година не би остала препуштена сама себи и како би се олакшало њихово издржавање, исповедање вере и васпитање.<sup>21</sup> Издржавање ове деце подразумева обезбеђивање смештаја, исхране, одеће и обуће, као и лечење у случају болести. Њихово васпитање укључује физички и морални одгој, подршку у школском образовању и верско подучавање. Васпитање ове деце, по могућству, треба поверити лицима сличне културне традиције. Уколико у случају окупације домаће власти нису у стању да испуне своје обавезе из чл. 24, а не постоје блиски рођаци или пријатељи који би се старали о деци обухваћеној тим чланом, окупациона сила је дужна да предузме мере у циљу обезбеђења њиховог издржавања и васпитања.<sup>22</sup>

#### 4.2.3. Старање о деци

ЖК IV садржи посебна правила о старању о деци, како оној на окупираној територији, тако и о деци која живе на територији противничке стране. Поред тога, ЖК IV регулише и допремање хуманитарне помоћи угроженој деци, што додатно потврђује и ДП I.

Према чл. 50, ст. 1 ЖК IV, окупациона сила дужна је да у сарадњи са домаћим властима олакша рад установа намењеним збрињавању и образовању деце. Поред тога, власти окупационе силе не смеју спречавати примену мера усвојених пре окупације које привилегују децу млађу од 15 година и мајке са децом до 7 година у погледу исхране, медицинске неге и заштите од последица рата.<sup>23</sup>

Деца млађа од 15 година и мајке са децом испод 7 година старости који живе на територији противничке стране у сукобу имају право на повлашћени положај у истој мери као и кореспондирајуће категорије домаћих држављана.<sup>24</sup> Тај повлашћени положај подразумева оне бенефиције дате појединим осетљивим категоријама домаћег становништва како би им се олакшао живот у оскудним ратним условима. То могу бити различите мере, као што су додељивање додатних бонова за исхрану, погодности код медицинског и болничког лечења, посебне мере збрињавања, изузимање од појединих облика рада, заштитне мере од последица рата, евакуација, трансфер у неутралну земљу, смештање у санитарске зоне и зоне безбедности, итд. (ICRC, 1958: 248–249).

---

21 Пошто се чл. 24 налази у II делу Конвенције, наведена обавеза односи се на сву децу ове категорије која живе на територији стране у сукобу, било да су она њени држављани или странци.

22 Чл. 50, ст. 3 ЖК IV.

23 Чл. 50, ст. 5 ЖК IV.

24 Чл. 38 ЖК IV.

Државе уговорнице дужне су да допусте слободан пролаз хуманитарне помоћи (хране, одеће, средстава за јачање деце) намењене деци млађој од 15 година, трудним женама и породиљама.<sup>25</sup> Приликом расподеле хуманитарне помоћи упућене цивилном становништву, предност ће имати деца, труднице, жене на порођају и мајке дојиље.<sup>26</sup>

#### 4.2.4. Евакуација деце

Чл. 17 ЖК IV захтева од страна у сукобу да закључе споразуме о евакуисању деце из опседнутих или опкољених области.<sup>27</sup> Творци Конвенције нису одредили узраст деце на коју се евакуација односи, тако да су стране у сукобу слободне да приликом закључења споразума утврде тај узраст. Ипак, оне не би требало да спуштају ту границу испод 15 година, с обзиром на то да се највећи број бенефиција у МХП односи на децу тог узраста. Чл. 17 не прописује ни начин евакуације већ препушта да и њега одреде саме стране у сукобу, онако како то највише одговара конкретним околностима. ДП I уводи једно ограничење код евакуације, забрањујући страни у сукобу да евакуише децу која нису њени држављани (држављане противничке стране, апатриде, избеглице) у страну земљу.<sup>28</sup> Само се изузетно може одступити од ове начелне забране и извршити привремена евакуација наведене категорије деце, уколико постоји неки од следећих разлога еnumerативно наведених у чл. 78: а) заштита здравља деце; б) медицински третман деце; или, ц) разлози дечје безбедности. Последњи наведени разлог не може бити оправдање за евакуацију деце која се налазе на окупираној територији. ДП I ограничава евакуацију деце у страну земљу ради спречавања злоупотреба које том приликом могу бити извршене (премештање деце у државу у којој постоји другачији систем васпитања, образовања и верских схватања, раскидање (слабљење) везе са породицом, припреме за укључивање у оружане снаге државе која врши евакуацију, итд). Због страха од таквих догађаја, угрожена безбедност деце на окупираној територији није прихваћена као разлог за евакуацију, јер су многи сматрали да је опасност злоупотребе евакуације од стране окупационе силе многа већа од опасности којој ће деца бити изложена уколико не буду евакуисана (Sandoz et al., 1987: 912).

---

25 Чл. 24 ЖК IV.

26 Чл. 70 ДП I.

27 Поред деце, бенефицијари ове одредбе су још рањеници, болесници, жене на порођају, немоћни и старци.

28 Чл. 78.

Чл. 78 ДП I садржи и низ гаранција за спречавања злоупотребе приликом дозвољене евакуације. Најпре, тражи се писмена сагласност родитеља или старатеља за евакуисање сваког детета, а ако се они не могу пронаћи, онда се тражи сагласност лица која су по закону или обичајном праву одговорна за бригу о детету. Поред тога, евакуација се мора вршити под надзором силе заштитнице. Такође, од државе организатора евакуације и државе где се евакуација врши, захтева се израда идентификационог картона за свако дете који садржи његову фотографију и релевантне личне податке. Главна сврха тог картона је олакшавање каснијег повратка евакуисане деце. На крају, евакуисаној деци мора се обезбедити и образовање, укључујући морално и верско васпитање, како би се она социјално развијала и очувала свој идентитет.

И ДП II садржи правила о евакуацији деце. Он намеће обавезу спровођења привремене евакуације деце са подручја у којем су избила непријатељства у безбеднија подручја унутар земље. За ову евакуацију неопходан је пристанак родитеља или лица одговорних за старање о деци.<sup>29</sup>

#### *4.2.5. Мере за идентификовање деце и забрана мењања њиховог личног статуса*

Женевско право предвиђа низ мера за лакшу идентификацију деце. Чл. 24, ст. 3 ЖК IV намеће странама у сукобу обавезу старања да сва деца млађа од 12 година носе плочице са подацима о свом идентитету. Ова обавеза односи се на сву децу, а не само раздовјену децу и сирочад, јер и деца која живе са породицом могу услед последица рата бити одвојена од своје породице или постати сирочићи. Имајући у виду чињеницу да мала деца нису у стању да дају податке о свом идентитету, поштовање ове обавезе допринеће много лакшем каснијем повратку раздвојене деце у своје породице. Чл. 50, ст. 2 намеће сличну обавезу окупационој сили, захтевајући од ње да олакша локалним властима предузимање мера потребних за идентификацију деце и уписивање података о њиховом пореклу. Од окупационе силе се не очекује да преузима неке позитвне мере, већ само да не спречава предузимање мера од стране локалних органа.

Окупационој сили изричито је забрањено да мења лични статус деце (чл. 50, ст. 2). Дакле, она не сме мењати податке о националности, етничком пореклу, породици и вероисповести. Такође, окупационој сили је забрањено да укључује децу у организације или формације које су њој подчињене, како би се спречила пракса примењивана током Другог светског рата када су деца учлањивана у организације и покрете који су имали политичке

---

<sup>29</sup> Чл. 4, ст. 3(e) ДП II.

циљеве (Plattner, 1984: 147). У ставу 4 истог члана прописано је да национални Биро за обавештавање створен од стране окупационе силе има обавезу да предузме све потребне мере ради утврђивања идентитета оне деце чији идентитет није утврђен или постоји сумња у његову тачност.

Као што је већ речено, чл. 78 ДП I предвиђа низ мера код евакуације деце које треба да омогуће њихов каснији лакши повратак у земљу порекла, укључујући и мере усмерене на утврђивање идентитета.

#### *4.2.6. Интернација*

Као и одрасли цивили, и деца могу током оружаног сукоба бити интернирана уколико противничка страна оцени да представљају опасност по њену безбедност. Међутим, МХП предвиђа одређене привилегије како би се олакшао положај деце током интернације и уважиле посебне потребе диктиране њиховим узрастом. Као што је напред речено, уколико су интернирани чланови исте породице, нарочито родитељи и деца, они треба да буду смештени заједно. Ради заштите телесног здравља, особе млађе од 18 година не смеју бити принуђене на рад (чл. 51, ст.1 ЖК IV), а деца млађа од 15 година треба да добијају додатне оброке који одговарају њиховим физиолошким потребама.<sup>30</sup> Ради задовољавања социјалних потреба интерниране деце, мора им се омогућити учење и похађање школе. Уколико не постоји одговарајућа школа у кампу за интернирце, деци се мора омогућити похађање школе изван кампа.<sup>31</sup>

На крају, како би деца што пре напустила камп за интернирана лица, МХП прописује да стране у сукобу треба током оружаног сукоба да закључе споразуме на основу којих ће интернирана деца и мајке са малом децом бити ослобођени или смештени у неутралну земљу.<sup>32</sup>

#### *4.2.7. Смртна казна*

Чл. 68 ЖК IV прописује да смртна казна не може бити изречена лицу које је моменту извршења кривичног дела било млађе од 18 година. ДП I потврђује ту забрану, прописујући да смртна казна за дела у вези са оружаним сукобом не може бити извршена над лицем које није навршило 18 година у моменту извршења тих дела.<sup>33</sup> Сличну одредбу садржи и ДП II, забрањујући изрицање смртне казне лицу које у моменту извршења

---

30 Чл. 89(5) ЖК IV.

31 Чл. 94 ЖК IV.

32 Чл. 132, ст. 2 ЖК IV.

33 Чл. 77, ст. 5 ДП I.

кривичног дела није напунило 18 година, као и мајкама са малом децом (чл. 6, ст. 4). Може се видети да је одредба ДП II напреднија јер забрањује „изрицање“, за разлику од ДП I који забрањује „извршење“ смртне казне.

#### *4.2.8. Уговори о забрани оружја*

Протокол II о забранама или ограничењима употребе мина, мина изненађења и других средстава из 1980. године (чл. 6, ст. 1(б)в), и ревидирана верзија тог уговора из 1996. године (чл. 7, ст. 1е), садрже изричиту забрану употребе мина изненађења спојених или повезаних са „дечјим играчкама и другим покретним објектима или производима посебно намењеним за исхрану, здравље, хигијену, одевање или образовање деце“. Поред ове одредбе, и све остале забране и ограничења садржане у наведеним протоколима значајно су допринеле заштити деце од штетних последица мина, како током оружаних сукоба, тако и по њиховом окончању.<sup>34</sup> Заштита деце била је врло важан фактор и код усвајања неких других уговора о забрани појединих оружја, међу којима посебно треба истаћи Конвенцију о антиперсоналним минама и Конвенцију о касетној муницији.<sup>35</sup>

### **5. Закључак**

Након Другог светског рата усвојен је већи број међународних правила о заштити деце током оружаних сукоба. У том сету правила нарочито су значајна она која забрањују или ограничавају регрутацију деце ради учешћа у оружаним сукобима. Такође, битно је унапређена и заштита деце која задржавају статус цивила, док је најмањи искорак начињен на плану заштите малолетника који у оружаним сукобима имају статус борца.

Највећи проблем код правила о заштити деце у оружаним сукобима, као иначе и код целокупног МХП, представља њихово непоштовање. Зато је врло важно да се међународна заједница истински заложити за поштовање постојећих правила. Међутим, то залагање не сме се свести само на подсећање на постојање правила о заштити деце у оружаним сукобима и указивање на њихово кршење, већ се морају предузети конкретне мере за адекватно кажњавање починиоца тих повреда. Док трају непријатељства, тешко је принудити стране у сукобу и појединце на поштовање правила о заштити деце. Међутим, по окончању сукоба, међународна заједница мора бити истрајна у настојању да се пред међународним и националним

---

34 О домашају забрана и ограничења садржаним у тим уговорима видети: Раичевић, 2012: 187–207.

35 О разлозима усвајања ове Конвенције видети: Раичевић, Н., 2013: 275–276.

судовима казне лица одговорна за кршење тих правила. Поред репресивне, то кажњавање имаће и превентивну функцију јер ће утицати да се таква кршења што мање понављају у будућим оружаним сукобима.

С обзиром на то да правила о заштити деце нису груписана на једном месту, већ се налазе у већем броју уговора из области МХП, наредни корак који међународна заједница треба да предузме јесте усвајање посебне конвенције о заштити деце у оружаним сукобима (међународним и немеђународним). Поред обједињавања постојећих правила, та будућа конвенција треба да донесе и неке новине у овој области. Том приликом приоритет треба дати апсолутној забрани регрутовања особа млађих од 18 година и њиховог учешћа у непријатељствима (директним и индиректним), као и увођењу додатних ограничења код извођења оружаних напада у којима жртве у већем броју могу бити деца цивили.

### Литература

Convention (No. 182) concerning the Prohibition and Immediate Action for the Elimination of the Worst Forms of Child Labour, United Nations Treaty Series, 2003, Vol. 2133, No. I-37245, pp. 161–167

Dutli, M.T. (1990). Captured child combatants. *International Review of the Red Cross*. 278(30). 421–434

Dutli, M.T., Bouvier, A. (1996). Protection of Children in armed conflict: the rules of international law and the role of the International Committee of the Red Cross. *International Journal of Children's Rights*. 2(IV). 181–188

Happold, M. (2005). *Child soldiers in international law*. Manchester: Manchester University Press

Happold, M. (2000). Child Soldiers in International Law: The Legal Regulation of Children's Participation in Hostilities. *Netherlands International Law Review*. 1(XLVII). 27–52

Harvey, R. (2003). *Children and Armed Conflict*. Essex

Henckaerts, J.M., Doswald-Beck, L. (2009). *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules, Reprinted with corrections*. Cambridge: Cambridge University Press

ICRC. (1958). *Commentary of the Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*. Geneva

Plattner, D. (1984). Protection of Children in International Humanitarian Law. *International Review of the Red Cross*. 240(24). 140–152

Popovski, V. (2008). Protection of Children in International Law and Human Rights Law, in: Arnold, R. Quenivet, N., *International Humanitarian Law and Human Rights Law – Towards a New Merger in International Law* (pp. 383–402). Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers

Раичевић, Н. (2013). Да ли Србија треба приступити Конвенцији о касетној муницији? *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. Vol. 65. 273–291

Раичевић, Н. (2012). Статус копнених мина у међународном хуманитарном праву. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. Vol. 63. 187–207

Sandoz, Y., Swinarski, C., Zimmermann, B. (1987). *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*. Geneva: Martinus Nijhoff Publishers

**Nebojša Raičević, LL.D.**

*Associate Professor*

*Faculty of Law, University of Niš*

## **PROTECTION OF CHILDREN IN INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW**

### **Summary**

International humanitarian law contains a number of rules which protect children in armed conflicts. An important aspect of this protection is imposing limitations on the recruitment of children for their involvement in armed conflicts. The Additional Protocols of 1977 prohibit recruitment (conscription) of children under the age of 15 and their participation in hostilities. This provision is considered to have a customary *character*. It applies in both international and non-international armed conflicts, and it is equally binding for state armed forces and non-state armed groups. The Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child requires State Parties to increase the minimum age for compulsory recruitment and direct participation in hostilities to the age of 18. The prohibition of recruitment of children and their participation in hostilities primarily pertains to states and non-state armed groups but it does not refer to children themselves. The children taking part in hostilities have the status of combatants if they fulfill the relevant criteria which generally apply to adults. As compared to other combatants, children-soldiers taking part in hostilities do not have a privileged status. However, if a child combatant falls into the power

of an adversary party, International humanitarian law guarantees them some privileges. In spite of the widespread participation of children in combat, the largest part of child population retains the civilian status during armed conflicts. International humanitarian law ensures protection to those children by employing general rules that apply to all civilians as well as by using special provisions which additionally protect children as a specific vulnerable group. The entire civilian population (including children) is entitled to protection against the effects of hostilities. Parties to an armed conflict must distinguish between combatants and civilians, as well as between military objectives and civilian objects. Attacks must not be directed against civilians and civilian objects, but only against combatants and military objectives. The Fourth Geneva Convention and the Additional Protocols of 1977 contain rules which provide special protection to children, particularly including the provision of food and humanitarian relief, taking shelter in hospitals or safety zones, preserving the family unity, providing education, as well as relevant provisions in case of *internment and restrictions on death penalty*.

**Key words:** *children, armed conflict, international humanitarian law, recruitment, combatants, civilians, special protection.*



**Др Маја Настић\***  
Доцент Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 342.81-056.26

Рад примљен: 30.06.2015.  
Рад прихваћен: 03.12.2015.

## **ИЗБОРНО ПРАВО ОСОБА СА ИНВАЛИДИТЕТОМ\*\***

**Апстракт:** Принцип једнаког права гласа, као један од елементарних принципа изборног система, подразумева да изборни процес треба свим грађанима да обезбеди да се њихови гласови једнако узимају у обзир. У контексту остваривања прокламоване једнакости у раду се посебна пажња посвећује остваривању изборног права особа са инвалидитетом. Имајући у виду сложену природу изборног права, неопходно је изборни процес у сваком од његових аспекта прилагодити тако да обухвата особе са инвалидитетом. Полазну основу у раду представљају релевантни међународни документи. Такав приступ се допуњује решењима у упоредном праву. Посебна пажња усмерена је ка решењима која постоје на националном нивоу, са циљем да се укаже на могуће недостатке и евентуална прилагођавања са међународним стандардима.

**Кључне речи:** особе са инвалидитетом, изборно право, принцип једнаког бирачког права.

### **1. Увод**

Изборно право је елементарно политичко право које омогућује учешће грађана у креирању политичке власти. Изборно право лежи „у срцу грађанског идентитета и осећања припадности демократској заједници“ (Day, Shaw, 2003: 211). Оно је неодвојиво је од демократије, као што је и изборни процес у коме се ово право остварује, и једно је од најзначајнијих политичких права. У групу политичких права правна теорија укључује она уставом

---

\* маја@prafak.ni.ac.rs

\*\* Рад је резултат истраживања на пројекту „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013–2018. година.

гарантована права која омогућују учествовање у образовању државне воље. Она се означавају и као „политичка права учествовања“<sup>1</sup> и према класификационом моделу Георга Јелинека чине *status activus* (Стојановић, 1989: 35). Политичка права заједно са грађанским правима образују класичан корпус права човека, односно „прву генерацију“ људских права, која се сматрају тековинама либералне демократије. Изборно право, као основно политичко право, омогућава учешће у вршењу власти, али се третира и као граница коју власт не би смела да прекорачи. „Права и слободе нису нешто што се по вољи власти сужава и шири, већ је то општи оквир у односу на који свака власт мора бити ограничена у свом деловању“ (Становчић, 1993: 1068).

Изборно право је своје место нашло у првим декларацијама о правима човека и у првим уставним актима. Али, од тада до данас, значајно је променило своје „рухо“. Изборно право, као ретко које друго право, било је подвргнуто разним ограничењима и дуго чувано од ширих народних слојева. Развојни пут изборног права је, у ствари, развојни пут демократије, који се различитом брзином кретао у различитим државама. У неким државама је тај развој био врло динамичан, али и неуједначен и криволинијски са успонима и падовима. У другим државама еволуција изборног права је била мирнија и одвијала се кроз више постепених реформи изборних законодавстава. Међутим, иако су избори и изборно право врло динамични по својој природи и показују низ особености од државе до државе, од једног до другог временског периода, могу се уочити извесни принципи који су присутни у сваком систему. То су принцип општег и једнаког бирачког права, принцип слободног и тајног гласања, уз обавезу редовног, периодичног одржавања избора.

## 2. Принцип једнаког права гласа

Једнако право гласа је израз једнакости грађана и непосредно се ослања на принцип општег бирачког права. У основи једнаког бирачког права је добро познати принцип „један човек – један глас“. Овај принцип је нарушен уколико је неким бирачима омогућено да гласају више пута или на више бирачких места. Принцип једнаког бирачког права подразумева да изборни процес треба да свим грађанима обезбеди да се њихови гласови једнако рачунају, сем ако постоје оправдани разлози због којих се може прихватити неједнак третман. Пошто је сваки грађанин једнако везан законом и ауторитетом, који произилази из лидера изабраних на изборима, сваки грађанин треба да узме учешће у састављању закона и избору

---

1 Politische teilberechte

лидера на једнакој основи. Као и принципи правде у општем смислу, тако се и принципи изборне правде заснивају на идеји да демократски процес треба да третира грађане као слободне и једнаке особе (Thompson, 2002: 8). Захтев за једнаким бирачким правом истовремено је истакнут са захтевом за општим бирачким правом у буржоаској револуцији. Али, као што је био постепен прелаз од ограниченог ка општем бирачком праву, такав развој обележио је прелаз из неједнаког ка једнаком бирачком праву.

Данас, једнако бирачко право је у основи свих савремених изборних система и потпуно су ишчезли сви облици изричите неједнакости бирачког права. Међутим, прикривена или фактичка неједнакост бирачког права, до које долази посредно, упркос прокламованој једнакости бирачког права, није увек искључена. У циљу остваривања једнаког бирачког права посебна пажња мора бити посвећена остваривању права гласа особа са инвалидитетом. Реч је о особама које су због свог физичког, интелектуалног или сензорног инвалидитета, подложне свим облицима дискриминације што их чини једном од најрањивијих друштвених група. Ове особе чине око 15 % укупног светског становништва и представљају једну од највећих мањина на свету.<sup>2</sup> Стварање услова за активно укључивање свих грађана у политички живот. претпоставка је демократије. Стога, укључивање особа са инвалидитетом у политички живот није уступак рањивој групи него знак политичке равноправности свих грађана.

Право гласа особа са инвалидитетом се актуелизира током сваких избора и често се разним „инстант“ решењима могу постићи краткорочне користи. Међутим, врло је важно у међуизборном периоду учинити напор да се системски реше проблеми ове групе бирача.

Треба напоменути да особе са инвалидитетом не представљају хомогену групу, те се мере за њихово олакшано укључивање у изборе разликују према томе да ли је реч о сензорном, физичком или психичком инвалидитету. Особама са физичким инвалидитетом главну препреку у реализацији изборних права представљају архитектонске препреке, због чега им је онемогућен или веома отежан приступ бирачким местима. Особама са сензорним инвалидитетом физичке препреке не морају да представљају посебан проблем, али је битно да изборни процес буде прилагођен њиховом начину комуникације. Наиме, то се може постићи омогућавањем коришћења знаковног језика или употребом Брајевог писма, који се могу сматрати језиком којим се служе припадници мањинских заједница. Ако пођемо од тога да су особе са сензорним инвалидитетом у сличној ситуацији, као и припадници мањина, онда треба да имају и једнак третман (Quinn, Degener, 2002: 44).

---

2 Извор: <http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=18> Преузето 11. 3. 2015.

У одсуству приступачних бирачких места особе са инвалидитетом приморане су да се служе другим могућим начинима гласања ван бирачког места или да буду ослоњене на помоћ других лица. Гласање ван бирачког места и уз помоћ другог лица могу бити „корисне алатке“ да се повећа обухват особа у изборном поступку, али не представља потпуно једнаку замену за доступна бирачка места, на којима могу гласати заједно са својим суграђанима (Waterstone, 2003: 367).

Прилагођавање бирачких места особама са инвалидитетом је само један аспект остваривања њиховог изборног права. Ради потпуне политичке партиципације ових особа неопходно је њихово укључивање у свим фазама изборног поступка. Изборно право појављује се као сложено право, које у себи обухвата више сродних права. Активно бирачко право је највидљивији облик изражавања овог права и везује се за сам изборни дан. Али, пре и после тога, говоримо о другим, значајним, сегментима изборног права. На почетку изборног процеса, важна је реализација права на упис у бирачки списак, јер само лица која су у бирачком регистру могу гласати. Врло је важно да систем регистрације бирача буде конципиран тако да обухвати особе са инвалидитетом. Затим је потребно одредити кандидате, што нас води праву кандидовања (активном и пасивном) и пасивном бирачком праву, наставља се правом на информисање о изборима, и на крају, након што се избори окончају, до наредних избора треба штитити остварено бирачко право.

Посебан проблем представља остваривање пасивног бирачког права и права кандидовања особа са инвалидитетом. Кључну улогу у реализацији овог права имају политичке партије, што подразумева да особе са инвалидитетом буду њихови активни чланови. Пракса показује да су особе са инвалидитетом у великом проценту укључене у организације које се баве њиховим проблемима, али да је њихова укљученост у рад политичких партија на врло ниском нивоу. Разлози се могу наћи у недостатку самопоуздања, апатији и недовољној заинтересованости особа са инвалидитетом, али и недовољној спремности политичких партија да их кандидују. У неким државама уводе се квоте како би се ОСИ омогућило присуство у парламенту (Equal Access: how to include Persons with disabilities in Elections and Political Processes, 2014: 53).

Право бирача на информисање подразумева да се бирачима пружају информације о кандидатима и партијама, учесницима изборне утакмице, али и самим изборима и начину реализације бирачког права. Обавештеност бирача мора се заснивати на истинитим, поузданим и потпуним информацијама. Основни извори информација су средства масовног

обавештавања, јавна иступања кандидата на зборовима, митинзима, конференцијама за штампу, прогласи, плакати (Николић, 1967: 2). Наведене садржаје треба учинити доступним особама са инвалидитетом на начин на који они то могу разумети.

Полазну основу у анализи изборних права особа са инвалидитетом чине међународни документи, који се баве овом тематиком, као и решења која постоје у релевантним упоредним системима. Посебна пажња усмерена је ка решењима која постоје у правном систему Србије. Намера је да се утврди у којој мери решења у нашем праву одговарају постојећим стандардима, односно у ком смеру треба предузети евентуална прилагођавања.

### **3. Међународни документи о правима особа са инвалидитетом**

Значај политичке партиципације особа са инвалидитетом препознат је на међународном плану, а имплементирање таквих решења у националним законодавствима довело је истинских помака у остваривању права гласа особа са инвалидитетом.

Најзначајнији међународни документ који регулише ову област јесте Конвенција Уједињених нација о правима особа са инвалидитетом.<sup>3</sup> Циљ Конвенције је да унапреди, заштити и осигура пуно и једнако уживање свих људских права и основних слобода свим особама са инвалидитетом. Основна начела прокламована Конвенцијом су: поштовање урођеног достојанства, индивидуална самосталност, укључујући слободу властитог избора и независност особа, забрана дискриминације, пуно и ефикасно укључивање у друштво, уважавање разлика и прихватање особа са инвалидитетом као дела људске разноликости и човечанства; једнаке могућности, доступност, равноправност жена и мушкараца, уважавање развојних способности деце са инвалидитетом, као и поштовање права деце са инвалидитетом на очување свог идентитета.

Учешће особа са инвалидитетом у политичком и јавном животу посебно је апострофирано Конвенцијом (чл. 29). Наиме, препознајући неопходност стварања прилика за активно учешће особа са инвалидитетом у процесима политичког одлучивања, државе уговорнице треба да гарантују овим особама политичка права, али и да стварају могућности да их уживају на равноправној основи са другима. Особе са инвалидитетом морају имати могућности да ефикасно и потпуно учествују у политичком и јавном животу,

---

<sup>3</sup> Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) усвојена је на 61. заседању Генералне скупштине Уједињених нација, на седници одржаној 13. децембра 2006. године у Њујорку.

равноправно као и други, непосредно или преко слободно изабраних представника, укључујући право и могућност да бирају и да буду биране. То подразумева обавезу државе да не поставља неразумна ограничења у погледу уживања бирачког права. Нека ограничења су легитимна, посебно када се односе на особе са интелектуалним потешкоћама и особама са проблемима менталног здравља.

Потпуно остваривање изборног права, као сложеног и вишедимензионалног права, које у свом пуном капацитету долази до изражаја током избора, подразумева да су испуњени одређени претходни услови. То су: постојање партијског плурализма, односно уживање слободе политичког удруживања, као и слободе мисли, изражавања мишљења, слободе говора, јавног иступања. У контексту остваривања изборног права особа са инвалидитетом неопходно је да, поред наведеног, постоји и подстицајно окружење, а да сам изборни процес буде „инклузиван“, односно такав да може да обухвати у што је могуће већој мери и ове особе. Стога, државе су обавезне да активно унапређују окружење у коме особе са инвалидитетом могу ефикасно и потпуно да учествују у обављању јавних послова, без дискриминације и равноправно са другима; да подстичу њихово учешће у јавним пословима, укључујући и учешће у невладиним организацијама и удружењима која се баве питањем јавног и политичког живота земље, али и оснивање и прикључивање организација особа са инвалидитетом у циљу њиховог представљања на међународном, националном, регионалном и локалном нивоу.

Државе су обавезне да штите права особа са инвалидитетом да тајно гласају, да се кандидују на изборима, да ефикасно обављају дужности и све јавне функције на свим нивоима власти; омогућавају коришћење технологије за помоћ и нових технологија где је то могуће. Истовремено, државе треба да обезбеде да процедуре гласања, средства и материјали буду прикладни, приступачни и лаки за разумевање и коришћење.

Право гласа је гарантовано чл. 3 Протокола бр. 1 уз Европску конвенцију. Иако изостаје експлицитно помињање остваривање права гласа особа са инвалидитетом, такав контекст је препознат у пракси Европског суда за људска права. Наиме, поводом случаја *Alajos Kiss v. Hungary*<sup>4</sup>, Европски суд је разматрао повезаност пословне способности и бирачког права. Суд прихвата да је ово област у којој, опште узев, националном законодавству треба одобрити широко поље слободне процене приликом утврђивања

<sup>4</sup> Case of *Alajos Kiss v. Hungary* (appl. no. 38832/06) Подносилац представке се жалио да је одузимањем права гласа јер се налази под делимичним старатељством због манијакалне депресије представља неоправдано лишење права гласа, и да је по својој природи дискриминаторна.

да ли ограничења права гласа могу бити оправдана у савременом добу. Суд, међутим, не може да прихвати аутоматско искључивање особа под старатељством у погледу уживања бирачког права, без узимања у обзир стварне способности конкретног лица. Одузимање права гласа без посебног судског вредновања и утемељено искључиво на менталном инвалидитету, који изискује делимично лишење пословне способности, не може се сматрати усклађеним са легитимном основом за ограничење права гласа. Неопходно је да постоји веза између менталне болести и бирачке способности. Уколико такве везе нема, а ментално стање у коме се лице налази не онемогућује га да одлучује о политичким питањима, нема разлога за лишење бирачког права. Овај приступ постоји и у другим међународним инструментима међународног права, попут Кодекса добре праксе у изборним стварима, Препоруке R(2006)5 Комитета министара о Акционом плану СЕ за унапређење права и пуног учешћа ОСИ у друштву. Стога, Суд закључује да се насумично одузимање права гласа без појединачне судске оцене, засновано искључиво на неком психичком инвалидитету, који изискује делимично старатељство, не може сматрати компатибилним са легитимним основама за ограничавање права гласа.

Савет Европе је развио бројне инструменте „*soft law*“ и политичке документе који се односе на право политичке партиципације. Полазну основу представља Акциони план о инвалидности за период 2006–2015. у коме је садржана Смерница за учествовање у политичком и јавном животу. Циљеви Акционог плана су: активно подстицање окружења у коме ће особе са инвалидитетом моћи да под једнаким условима учествују у раду политичких странака; повећање учествовања особа са инвалидитетом у политичком и јавном животу на свим нивоима, да би се у потпуности представиле разноликости друштва. Кључну улогу у реализацији поменутих циљева имају државе чланице, од којих се очекује да у својим националним законодавствима регулишу ова питања, али и да предузму неке конкретне активности, нпр. да се побрину да поступак гласања и бирачка места буду прикладни и доступни особама са инвалидитетом, а према потреби, пружити и помоћ приликом гласања. Државе треба да се побрину да ниједна особа са инвалидитетом не буде лишена учешћа у изборном процесу само из разлога своје инвалидности, као и да информације о изборима буду расположиве и доступне у свим алтернативним, лако разумљивим облицима. Врло је важна улога државе у подстицању политичких странака и других организација цивилног друштва да пружају информације и организују јавна окупљања на приступачан начин.

У Препоруци Савета Европе о учешћу особа са инвалидитетом у јавном животу<sup>5</sup> истиче се да све особе са инвалидитетом, без обзира да ли имају физички, сензорни или интелектуални инвалидитет, тешкоће у области менталног здравља или хроничне болести, имају право да бирају на истим основама као и остали грађани. Ово право не сме бити ускраћено законом који ограничава пословну способност особа са инвалидитетом, судском или другом одлуком или било којом другом мером која се заснива на инвалидитету, когнитивном функционисању или претпостављеном капацитету.

Политика Европске уније о инвалидности изграђена је на социјалном моделу инвалидности, једнаким могућностима, активном учешћу у животу заједнице и људским правима. Европска унија је ратификовала Конвенцију УН о правима особа са инвалидитетом, и то је први међународни инструмент о људским правима који је ратификовала једна регионална организација. Своју посвећеност побољшању положаја особа са инвалидитетом Европска унија потврђује и кроз Стратегију за особе са инвалидитетом 2010–2020. Ова Стратегија представља оквир за деловање на нивоу Европе, као за активности које државе предузимају на националном плану.

#### **4. Изборно право особа са инвалидитетом – упоредни приказ**

Правни оквир за остваривање изборног права особа са инвалидитетом на унутрашњем плану постављен је националним законодавством. Основни циљ је олакшати остваривање бирачког права, пре свега, тако што ће се осигурати приступ бирачким местима, утврдити јасне и једноставне процедуре гласања, уз поштовање тајности гласања. У досадашњем развоју, фокус остваривања изборног права особа са инвалидитетом односи се на реализацију активног бирачког права. То подразумева увођење више могућих начина гласања и њихово прилагођавање природи инвалидитета. Али, пре тога, неопходно је постарати се да бирачка места буду приступачна особама са инвалидитетом. Приступачност и уклањање архитектонских баријера један је од основних предуслова за равноправно учешће особа са инвалидитетом у процесу гласања. Омогућавањем особама са инвалидитетом да гласају на бирачким местима на којима то чине и њихови суграђани, потврда је њихове укључености у политички живот заједнице. Тиме се не искључује могућност оснивања бирачких места у болницама, геронтолошким центрима и уопште у установама у којима су

---

5 Recommendation CM/Rec (2011)14 of the Committee of Ministers to member states on the participation of persons with disabilities in political and public life. Преузето 16.03.2015 <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1871285&Site>.



смештене особе са инвалидитетом, а како би им се олакшала политичка партиципација. Претпоставка ефикасне реализације бирачког права особа са инвалидитетом јесте и додатна едукација чланова бирачких одбора за спровођење ових начина гласања.

Када је реч о бирачима који имају телесни инвалидитет, а који могу приступити бирачком месту, они најчешће гласају уз помоћ друге особе. Такво решење постоји у Бугарској, Чешкој, Финској, Немачкој, Словачкој, Шведској, Естонији, Летонији. У Аустрији, на пример, бирачко место може бити постављено у близини установа које служе за смештај наведених лица. Особе са инвалидитетом, које су покретне, могу гласати самостално, док се непокретним особама издаје гласачка картица са којом гласају пред посебним изборним органима. У Бугарској, такође, постоји могућност оснивања бирачких места у болницама и геронтолошким центрима, у којима је присутно најмање 20 бирача. У Чешкој је предвиђено гласање ван бирачког места уз присуство два члана бирачког одбора и мобилне гласачке кутије, и овом погодношћу се могу користити особе са инвалидитетом. Када је реч о слепим и слабовидим особама, самостално гласање је могуће помоћу одговарајућих уређаја<sup>6</sup> или пак путем гласачких листића састављених на Брајевом писму (Шпанија, Исланд, Хрватска). У циљу олакшане реализације пасивног бирачког права особа са инвалидитетом, било би корисно омогућити и подношење кандидатуре путем образаца на Брајевом писму (*The right to political participation for persons with disabilities*, 2010).

Када говоримо о гласању особа са инвалидитетом, које не могу приступити бирачком месту, прихватљиви су и други начини гласања, који се могу одвијати у „контролисаним“ и „неконтролисаним“ срединама. Гласање у „контролисаним“ срединама означава гласање које се спроводи уз присуство чланова бирачког одбора у болницама, домаћинствима, геронтолошким центрима. То нису стандардна бирачка места, али се стварају техничко-материјални услови за гласање, како би се изборни процес приближио што ширем броју грађана. Гласање у „неконтролисаним“ срединама одвија се без присуства чланова изборне администрације. Овакав вид гласања обухвата гласање путем поште, електронско гласање, гласање преко пуномоћника. Док је гласање путем поште и електронско гласање, по правилу, доступно свим бирачима, гласање преко пуномоћника, првенствено је „намењено“ старијим, болесним, односно бирачима који због свог инвалидитета нису у стању да дођу до бирачког места. Предност гласања преко пуномоћника је у томе што је технички лако остварив, не захтева високе административне

---

<sup>6</sup> Таква пракса је развијена у Уједињеном Краљевству, где свако бирачко место располаже тактилним уређајем за гласање.

и друге трошкове. Међутим, треба поменути да је овакав начин гласања проблематичан у демократској теорији јер не постоји гаранција да ће пуномоћник изразити праву вољу бирача. Пуномоћник може да искористи овај поступак да добије додатни глас и тиме повреди принцип једнаког бирачког права (Nohlen, Grotz, 2007: 68).

Када је реч о особама са интелектуалним инвалидитетом, политичка партиципација је знатно теже остварива. Већина држава чланица Европске уније, право политичке партиципације повезује са пословном способношћу појединца. Мисли се на особе које су потпуно или делимично лишене пословне способности, без обзира на њихов стварни и/или интелектуални ниво функционалне способности или без обзира на то да ли имају интелектуални инвалидитет или проблеме са менталним здрављем. Одредбе о „аутоматском“ искључивању таквих особа налазимо у уставима и изборном законодавству Бугарске, Данске, Естоније, Мађарске, Грчке, Пољске. Неколико држава чланица Европске уније (Чешка, Финска, Француска, Словенија, Шпанија) настојале су да промене дотадашњи приступ и да уведу индивидуалну процену интелектуалних могућности. У Француској је 2007. године измењен изборни закон, тако да суд одлучује да ли ће појединац са таквим сметњама задржати право гласа или неће. Слично решење постоји и у Шпанији. У Чешкој, право гласа је повезивано са пословном способношћу, и пословно неспособна лица су лишена бирачког права. Међутим, Уставни суд ове државе је 2009. године донео одлуку да само у случају потпуне пословне неспособности појединац може бити лишен права гласа. Уколико је пословна способност ограничена, морају се узети у обзир све околности конкретног случаја како би се одредило да ли то лице може да ужива право гласа и друга политичка права. У Словенији, национално законодавство је забрањивало учешће у изборном процесу особама лишеним пословне способности. Како према схватању Уставног суда, бирачка способност не треба да се изједначава са пословном способношћу, то је довело до измена закона (*The right to political participation of persons with mental health problems and persons with intellectual disabilities*, 2010). Мањи број држава је уклонио сва ограничења у погледу политичке партиципације особа са интелектуалним потешкоћама. За политику без искључења определиле су се Аустрија, Холандија, Шведска, Финска.

## **5. Нормативни оквир остваривања изборног права особа са инвалидитетом у Србији уочени недостаци**

У Србији, нормативни оквир за остваривање изборног права особа са инвалидитетом постављен је Уставом Србије, који уводи принцип забране дискриминације, као један од основних принципа на коме се

базира концепт људских права. Уставом је изричито забрањена свака дискриминација, непосредна или посредна, по било ком основу, а нарочито по основу расе, пола, националне припадности, друштвеног порекла, рођења, вероисповести, политичког или другог уверења, имовног стања, културе, језика, старости, психичког или физичког инвалидитета (чл. 21). Република Србија је потписала и ратификовала Конвенцију Уједињених нација о правима особа са инвалидитетом и Опциони протокол, чиме се обавезала да испуњава стандарде прокламоване њима. Осим тога, Влада Србије усвојила је Стратегију превенције и заштите од дискриминације за период од 2013–2018. године, а један од најважнијих сегмената односи се на положај особа са инвалидитетом. Имајући у виду број особа са инвалидитетом<sup>7</sup> процењују се да је број особа које имају бирачко право приближан цензусу.

Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом<sup>8</sup> је први антидискриминациони закон у Србији. Овим законом је регулисан општи режим заштите од дискриминације на основу инвалидитета, посебно случајева дискриминације особа са инвалидитетом, поступак заштите особа изложених дискриминацији, мере које држава предузима ради подстицања равноправности и социјалне укључености особа са инвалидитетом, као и судска заштита.

Законозабранидискриминације<sup>9</sup> је општи и основни антидискриминациони закон који установљава свеобухватан систем заштите од дискриминације, а у коме централну улогу има Повереник за заштиту равноправности. Овим законом је као посебан случај дискриминације на основу личног својства утврђена дискриминација особа са инвалидитетом. Ова врста дискриминације постоји ако се противно начелу поштовања једнаких права и слобода особа са инвалидитетом у политичком, економском, културном и другом аспекту јавног, професионалног, приватног и породичног живота. Као посебан случај дискриминације утврђена је и дискриминација у поступцима пред органима јавне власти. Наиме, свако има право на једнак приступ и једнаку заштиту својих права пред судовима и органима јавне власти (чл. 15). У основи овог вида дискриминације

---

7 У Републици Србији према попису становништва из 2011. године који је објавио Републички завод за статистику 7,96% односно 571.780 становника изјаснило се као особа са инвалидитетом, од укупно 7.186.862 становника. Према врсти инвалидитета највећи проценат је оних који имају проблема са кретањем, а најмање особа које имају проблеме у комуникацији. Просечна старост особе са инвалидитетом је 67 година, а у укупној популацији са инвалидитетом веће је учешће жена (58,2%).

8 *Сл. гласник РС*, 33/06

9 *Сл. гласник РС*, 22/09

је орган власт као потенцијални „кршилац“ дискриминације, односно службено лице органа јавне власти као „починитељ“ дискриминаторског поступања (Миленковић, 2010: 34). Овим законом постављен је добар оквир за регулисање приступачности изборног процеса за особе са инвалидитетом. Наиме, јединице локалне самоуправе се обавезују да предузму мере са циљем да се физичка средина, зграде, јавне површине и превоз учине доступним особама са инвалидитетом (чл. 33). Органи јавне власти дужни су да обезбеде равноправност особа са инвалидитетом у поступцима пред тим органима.

Када је реч о централном изборном закону, Закону о избору народних посланика<sup>10</sup>, у њему су садржана правила која регулишу начин гласања слепог, инвалидног и неписменог лица. Ова лица сматрају се бирачима који нису у могућности да на бирачком месту лично гласају, те имају право да поведу лице које ће уместо њих, на начин на који они одреде, испунити гласачки листић, односно обавити гласање. Међутим, тиме што се онемогућава особама са инвалидитетом да лично и самостално гласају, крши се принцип личног гласања и нарушава њихово достојанство. Наведени начин гласања јесте једини само за поједине особе са инвалидитетом, нпр. особе са ампутираним деловима тела, али то није случај са слепим и слабовидим особама. Овим особама би употребом материјала и гласачких листића штампаних Брајевим писмом било омогућено суштинско остваривање уставом гарантованог права на лично и тајно гласање. Када је реч о глувим и наглувим особама, да би они могли да несметано остварују бирачко право, потребно је омогућити им коришћење српског знаковног језика. Недавно усвојен Закон о употреби знаковног језика<sup>11</sup>, између осталог, регулише употребу знаковног језика у политичком животу<sup>12</sup>, као и поступку пред државним органом, органом јединица локалне самоуправе, те се његови позитивни ефекти могу очекивати и када је реч о изборном поступку.

Изборним законом су утврђена посебна правила за гласање немоћних лица, која могу гласати код своје куће уз долазак чланова бирачког одбора. Међутим, поред термилошки некоректног израза „немоћно“ лице, који подржава друштвене стереотипе о немогућности и изједначавању свих особа са инвалидитетом, још су важније суштинске последице које овакав начин гласања изазива. Одвајање особа са инвалидитетом од осталих бирача и њихово „измештање“ са бирачких места, не може бити прихватљиво

10 *Сл. гласник РС*, 35/00

11 *Сл. гласник РС*, 38/15

12 Глува особа која учествује у политичком животу – на састанцима и седницама органа јавне власти, има право на употребу знаковног језика.

решење. Такво поступање је посебно неприхватљиво када је реч о особама са физичким инвалидитетом које се крећу у инвалидским колицима и које би несметано и самостално могле да гласају на бирачком месту када би оно било приступачно. Као и код уживања осталих права, и код бирачког права приступачност је један од основних предуслова за равноправно учешће особа са инвалидитетом. Неприступачност јавних површина и објеката, особе са инвалидитетом доводе у ситуацију, у којој им је или онемогућено или веома отежано, остваривање основних људских права, која су доступна свим другим грађанима. У том смислу неопходно је предузети мере како би што већи број бирачких места био приступачан овој категорији бирача. Посебно је охрабрујуће правило из Упутства за спровођење избора за народне посланике донето поводом избора одржаних 2014. године, у коме се наводи да ће се приликом одређивања бирачког места водити рачуна да бирачко место буде приступачно особама са инвалидитетом (чл. 30). Када је реч о особама са сензорним инвалидитетом од помоћи могу бити гласачки листићи алтернативног формата прилагођеног овим особама, чиме би била обезбеђена тајност гласања и лично гласање.

Закон о јединственом бирачком списку<sup>13</sup> омогућава гласање особа са инвалидитетом које су смештене у здравственим установама и установама социјалне заштите, одређујући да бирач може да гласа и према месту свог боравишта. Али, имајући у виду њихов инвалидитет, као и недовољан приступ информацијама, тешко је очекивати да ће ове особе успети да остваре своје бирачко право. Истовремено, политичка партиципација особа са интелектуалним инвалидитетом у Србији готово да не постоји. Наиме, особе са интелектуалним и психосоцијалним инвалидитетом су или лишене пословне способности или је над њима продужено родитељско право, а у оба случаја то повлачи и губитак бирачког права. Али, и када нису лишене пословне способности суочавају се са препрекама у остваривању бирачког права јер се традиционално посматрају особама којима недостаје ментални капацитет за доношење одлука. У контексту олакшане политичке партиципације ових особа, врло је важно да изборне процедуре, материјали и информације о јавним политикама и политичким активностима буду писане једноставним језиком.

Када је реч о остваривању права гласа особа са психичким инвалидитетом, важећи изборни прописи се не баве тиме посебно. Осим тога, Уставом и пратећим изборним законима условом за стицање бирачког права сматра се пословна способност. Лица лишена пословне способности лишена су и изборног права. Поступак лишења пословне способности регулисан је Законом о ванпарничном поступку. У овом поступку суд, према степену

---

13 *Сл. гласник РС*, 104/09 и 99/11

способности за нормално расуђивање, испитује да ли је пунолетно лице у стању да само брине о себи и својим интересима. Сходно томе, суд доноси одлуку о потпуном или делимичном лишењу пословне способности, што за последицу има немогућност уживања права гласа. У досадашњој пракси често се олако примењивало потпуно лишење пословне способности и стављање особе под старатељство, а да притом особа над којом се ове мере примењују није имала приступ суду. Таква пракса није у складу са савременим приступом у области људских права и неопходно је мењати је. Уосталом, на неадекватност постојећих решења у том домену указао је и Европски суд за људска права у предмету Салонтаји-Дробњак против Србије.<sup>14</sup> Посебна замерка Суда је у чињеници да домаће законодавство не предвиђа периодично поновно разматрање стања подносиоца представке од стране суда, уместо тога кључну, скоро неограничену, улогу у вези са овим даје Центру за социјални рад.

Изменама Закона о ванпарничном поступку, које су недавно усвојене, уведена је обавеза суда да лично саслуша лице према коме се води поступак лишења пословне способности, као и да уважи мишљење и ставове овог лица у мери у којој је то могуће с обзиром на стање менталног здравља. Такође, суд ће приликом доношења одлуке о лишењу пословне способности утврдити рок у коме ће проверити да ли и даље постоје разлози за даље трајање изречене мере. Позитивни ефекти ових измена посредно ће утицати и на смањење броја особа лишених пословне способности, а тиме и лишених бирачких права.

Закон о ванпарничном поступку предвиђа институт делимичног лишења пословне способности, при чему је, сходно одредбама Породичног закона (чл. 147, ст. 2), пословна способност ових особа једнака пословној способности старијег малолетника. То подразумева да су ове особе лишене права гласа. У погледу лица делимично лишених пословне способности, суд може, на основу резултата медицинског вештачења, одредити врсту послова које то лице може предузимати самостално поред послова на које је законом овлашћено, што је у складу са Породичним законом. Међутим, уживање бирачког права као елементарног политичког права не може се подвести под „правне послове“ о којима суд одлучује. Осим тога, како Уставом, као

---

14 У конкретном случају Суд примећује да ограничење пословне способности подносиоца представке без сумње представља мешање у његов „приватни живот“. Чак и под претпоставком да је ово мешање „у складу са законом“ и да домаћи органи теже „леgitимном циљу“, у смислу чл. 8, ст. 2, Суд је мишљења да употребљена средства нису пропорционална циљевима којима се тежи. Посебно, док је ограничење пословне способности подносиоца представке веома озбиљно, поступак на основу кога су домаћи судови донели такве одлуке је сам по себи био фундаментално мањкав.

ни изборним законодавством, није начињена разлика између особа које делимично и оних које су потпуно лишене пословне способности, није јасно да ли суд може особи која је делимично лишена пословне способности да „призна“ бирачко право. Досадашња пракса не говори у прилог томе. Међутим, ваљало би размислити о могућности давања бирачког права особама које су делимично лишене пословне способности и креирати адекватан правни оквир за реализацију тога.

Посебан проблем је остваривање пасивног бирачког права особа са инвалидитетом. Једноставан показатељ тога је чињеница да је од поновног увођења вишепартијског система 1990. године, забележено присуство само једне особе са инвалидитетом у највишем представничком телу и то након парламентарних избора одржаних 2007. и 2008. године.<sup>15</sup> Након парламентарних избора одржаних 2012. и 2014. године није се нашла у парламенту ниједна особа која се у јавности перципира као особа са инвалидитетом. Томе вероватно доприноси чињеница да релевантне политичке партије углавном у својим документима не посвећују посебну пажњу особама са инвалидитетом у смислу њиховог активног укључивања у политички живот. Такође, можемо приметити да су особе са инвалидитетом у великом броју укључене у удружења која се баве побољшањем њиховог положаја, али да се тај ниво активизма не преноси на друге организације, попут политичких организација. Политичке странке би требало да свој простор учине приступачним за особе са инвалидитетом, али и да их у свој рад више укључе и да одржавају континуирану комуникацију у циљу унапређења нормативног оквира.

У контексту избора значајна претпоставка за остваривање бирачког права је и постојање адекватне информисаности бирача. То подразумева обавезу емитера да медијске садржаје емитују у формату који је прилагођен особама са инвалидитетом. Јавни сервиси (РТС1, РТС 2 и РТВ) испуњавају наведену обавезу, али је учешће програма прилагођеног и намењеног

---

<sup>15</sup> Гордана Рајков је прва и за сада једина особа са инвалидитетом која је постала народни посланик у сазивима 2007. и 2008–2012. Она је бирана као нестраначки кандидат на листи Г17 плус. Извор: <http://www.otvoreniparlament.rs/politicari/gordana-rajkov> приступљено 19.12.2014. „Када сам ја постала народна посланица, у Скупштину, у пленарну салу у Краља Милана, уопште нисам могла да дођем, јер је до сале било шест–седам мермерних степеника. И при првом одласку у Скупштину петоро људи ме је сносило низ степенице и носило горе, а тоалет који је био на том истом нивоу исто је имао неких четири степеника. То сам одмах изнела као проблем и послала захтев да ми се омогући несметан приступ. Пре самог конституисања Скупштине поред степеница је постављена покретна платформа која сада омогућава несметан приступ свим салама на том нивоу <http://www.izbornareforma.rs/wordpress/wpcontent/uploads/2011/02/Izve%C5%A1tajpristupa%C4%8Dnosti-izbora.pdf>.

особама са инвалидитетом изузетно мало у укупном емитованом програму.<sup>16</sup> Обим програма приступачног особама са инвалидитетом требало би да се повећа и садржајно обогати, како на јавним сервисима, тако и на програмима комерцијалних ТВ станица, чему би требало да допринесе и усвојен „сет“ медијских закона (Закон о електронским медијима, Закон о јавним медијским сервисима, Закон о употреби знаковног језика). Осим тога, у недавно усвојеном Закону о знаковном језику, пружаоци медијских услуга дужни су да сагледају могућности и раде на стварању услова за омогућавање праћења аудио-визуелних медијских услуга глувим особама. У контексту избора посебан допринос адекватном информисању особа са инвалидитетом представљало је обавезујуће упутство емитерима ради омогућавања несметаног информисања гледалаца са оштећеним слухом у току предизборне кампање. Овим упутством прописано је да су Радиодифузна установа Србије, Радиодифузна установа Војводине, емитери локалних или регионалних заједница и емитери цивилног сектора који емитују предизборни програм, дужни да га учине доступним гледаоцима са оштећеним слухом посредством коришћења титлова или српског знаковног језика. За пуну партиципацију особа са оштећеним слухом потребно је да се највећи могући део политичког садржаја прилагоди и преведе на српски знаковни језик, а да се на политичким скуповима и митинзима обезбеде тумачи.

## 6. Закључак

Имајући у виду да особе са инвалидитетом, због природе свог инвалидитета, нису хомогена група, не постоји један механизам који би свима њима подједнако одговарао (one-size-fits-all). Међутим, уклањање како архитектонских тако и правних баријера свакако ће дати позитивне резултате и повећати обухват особа са инвалидитетом у изборном поступку.

Укљученост особа са инвалидитетом у изборни поступак подразумева препознавање њихове специфичности у свакој од фаза; почев од уписа у бирачки списак, преко кандидовања, до гласања на бирачким местима и остваривања пасивног бирачког права.

Међународни документи и постојећа решења у релевантним изборним системима јасно указују да особе са инвалидитетом морају имати једнаке

---

16 Од пет комерцијалних телевизија са националном фреквенцијама само ТВ Прва емитује програм приступачан особама са инвалидитетом, док се остале позивају на закон који их не обавезује на производњу и емитовање ове врсте програма. ТВ Прва има и највеће учешће програм приступачног особама са инвалидитетом у односу на укупно емитовано време. Извор: <http://www.rga.org.rs/uploads/useruploads/izvestaji-o-nadzoru/Programi-namenjeni-osobama-sa-invaliditetom.pdf>



могућности да буду укључене у изборни процес попут осталих бирача. Какав ће механизам бити примењен одређено је, пре свега, врстом инвалидитета бирача, те се конкретне мере разликују у зависности од тога да ли је реч о телесном, сензорном или неком другом инвалидитету. Посебно осетљиво је питање остваривања изборног права особа са психичким (менталним) инвалидитетом. Релевантна пракса Европског суда у том домену може бити од помоћи националним системима.

Када говоримо о Србији, приметан је значајан напредак у стварању услова за олакшано остваривање изборног права особа са инвалидитетом. Ратификовани су многи међународни документи, који се баве правима особа са инвалидитетом, а усвојени су и релевантни општи закони. Похвално је што се о олакшаном остваривању бирачког права особа са инвалидитетом води рачуна у Упутству за спровођење избора, што несумњиво има позитивне последице. Међутим, правила садржана у Упутству немају трајни карактер и зато је важно да буду садржана у изборном закону. Одредбе које се тичу олакшане политичке партиципације особа са инвалидитетом у изборном законодавству су врло штуре и не обухватају све категорије особа са инвалидитетом, нити се односе на све аспекте изборног права. Изборни закон, међутим, не треба да се бави само остваривањем активног бирачког права, већ треба да обухвата мере за олакшано остваривање и свих других права која чине биће изборног права: пасивно бирачко право, право кандидовања, право информисања, право на правну заштиту.

## Литература

Day, C., Shaw, J. (2003). *The boundaries of Suffrage and external conditionality. European Public Law*. 2. 211–236

*Equal Access: How to Include Persons with Disabilities in Elections and Political Processes* (2014). Преузето 31. 05. 2015. [https://www.ndi.org/files/Equal-Access\\_How-to-include-PWD-in-elections-political-processes.pdf](https://www.ndi.org/files/Equal-Access_How-to-include-PWD-in-elections-political-processes.pdf)

Миленковић, Д. (2010). *Водич кроз Закон о забрани дискриминације*. Београд: Хелсиншки одбор за људска права у Србији

Николић, П. (1967). Проблеми информисаности бирача у изборном процесу. *Анали Правног факултета у Београду*, 2–3 (XV). 209–217

Nohlen, Grotz (2007). *The legal framework and an overview of electoral legislation, Voting from Abroad*. Mexico City, Federal Electoral Institute of Mexico

Становчић, В. (1993). Слободе и права човека и грађанина. У *Енциклопедија политичке културе*, Београд: Савремена администрација, 1056–1085

Стојановић, Д. (1989). *Основна права човека: људска права и слобода у уставима европских држава*. Ниш: Центар за правна и друштвена истраживања

*The right to political participation of persons with mental health problems and persons with intellectual disabilities* (2010) [electronic version]. Preuzeto 29. 1. 2015. [https://www.ndi.org/files/Equal-Access\\_How-to-include-PWD-in-elections-political-processes.pdf](https://www.ndi.org/files/Equal-Access_How-to-include-PWD-in-elections-political-processes.pdf)

Thompson, D (2002). *Just elections: creating a fair electoral process in the United States*. Chicago: The University of Chicago Press

Quinn, G., Degener, T., (2002). *Human rights and disability*. United Nations publication

Waterson, M (2003). Constitutional and Statutory Voting Rights for People with Disabilities, *Stanford Law & Policy*, Vol. 14, 353–388

**Maja Nastić, LL.D.**

*Assistant Professor,*

*Faculty of Law, University of Niš*

## **ELECTORAL RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITY**

### **Summary**

*The principle of equal suffrage, as one of the basic electoral principles, implies that the electoral process is to ensure that all citizens' votes count equally. In order to achieve the proclaimed equality, special attention must be given to the exercise of electoral rights of persons with disability. Due to their physical, intellectual or mental disability, these persons are subject to all forms of discrimination, which makes them one of the most vulnerable social groups. Democracy presumes creating conditions for the active inclusion of all citizens in the political life, which is not a concession to a vulnerable group but rather a sign of political equality of all citizens.*

*Given that the electoral rights entail a complex set of distinctive and multifaceted rights, a full exercise of this right presumes ensuring specific preconditions, such as: party pluralism, freedom of political association, freedom of thought, freedom of expression and freedom of speech. Moreover, in terms of providing for the exercise of electoral rights of persons with disabilities, it is essential to ascertain a supportive environment and the "inclusive" electoral process. The main objective is to facilitate the exercise of their electoral rights by ensuring their access to polling stations, establishing clear and simple voting procedures, and respecting the secret ballot principle. Enabling persons with disabilities to vote at the same polling*

*stations as other citizens is a confirmation of their involvement in the political life of the community. Disabled persons who are unable to vote at the polling station are eligible to vote in some other appropriate way. In addition to ensuring that persons with disabilities are adequately informed about the political programs of election candidates, it is essential to give them equal opportunities both in the process of nomination (the right to run for office) and in exercising their passive suffrage (right to be elected).*

*The starting point for analysis provided in this article are international documents dealing with the rights of persons with disabilities. The analysis is further supplemented by the legal provisions in relevant comparative law systems. In particular, the author focuses on the existing legal solutions in the Serbian legal system. The aim of this article is to identify possible shortcomings of the applicable national electoral legislation and to propose further action in terms of introducing adjustments in compliance with relevant international standards.*

**Key words:** *persons with disabilities, electoral rights, equal suffrage.*



## **ДРУШТВЕНИ ОКВИР „ПРАВА СЛАБИЈЕГ“**

**Апстракт:** *Израз „право слабијег“ аутор појмовно разматра у физичко-биолошком, социјално-психолошком, формално-правном и социолошко-правном значењу и утврђује њихова нормативна исходишта. У истраживању аутор полази од три методолошко-теоријска становишта: правно-социолошког метода, антропосолидаристичке теорије права и доктрине социјалних права са циљем утврђивања генерализација о факторима и околностима фактичке неједнакости и немоћи појединаца и група у остваривању својих људских права и слобода. Дихотомија јак–слаб увек се јавља у диференцираном друштву кога „прождиру“ природне и друштвене неједнакости и стање немоћи појединаца, а ако се то разликовање културно и идеолошки оправдава, онда се форматира посебна ауторитарна и патерналистичка свест која такво стање одржава. Аутор у раду разматра право слабијег у контексту нефункционалног права, посебно права земаља у транзицији. Право слабијег смештено је у оквир фактичких друштвених, културних, економских и политичких оквира у којима се оно ствара, примењује и остварује: „право слабијег“ од правног текста до друштвеног контекста. Правна заштита и правна сигурност „слабијег“ одређени су, пре свега, нормативно-правним капацитетом и фактичком извесношћу остваривања функције права у заштити слабијег. Претежне карактеристике друштва и стварне немогућности примене права утичу и на степен имплементације човекових права. Сиромашно и неразвијено друштво смештено у аномични друштвени амбијент представљају неповољан контекст за остваривање права слабијег.*

**Кључне речи:** *јак–слаб, моћ–немоћ, сила–право, друштвени контекст, друштвена свест, правда, солидарност.*

---

\* slavisa@prafak.ni.ac.rs

## 1. Увод у право слабијег

Израз слабији се разматра као синоним на немоћ, немогућност, неједнак приступ праву и јавним добрима, док израз слабе групе користиће се синонимично за маргиналне групе, рањиве групе, осетљиве групе. Израз слаб, односно немоћан има неколико релевантних значења. Прво треба поћи од биолошког односно физиолошког значења, дакле у питању су лица слабијих телесних и психичких моћи чије порекло може бити генетско или стечено током живота. Инвалидност било да је органско-физиолошке или психичке природе јесте генератор немоћи посебно ако друштво односно држава нису обезбедили адекватну моралну, социјалну и егзистенцијалну заштиту. Материјални, морални и емоционални капацитет друштва је претпоставка и предуслов за остваривање њихових права. Ово значење није предмет овог рада, мада не умањује значај овог аспекта рањивости појединаца у друштву. Основни предмет овог рада је социјално, политичко и правно значење немоћи. Имајући у виду слојевитост предмета који се разматра, основно семантичко-значењско полазиште аутора је да је прикладнији израз немоћ него слабост, јер слабост више указује на физикално-медицинско значење, док немоћ, поред тог, имплицира обухватније социолошко, психолошко, политиколошко и правно значење и логички је ширег опсега.

Положај човека у историји чешће је био подређен, инфериоран, завистан, него слободан. Хегелова теза да свака нова епоха значи већи степен ослобођења човека, а модерна епоха највећи степен слободе више је применљива контекстуално, јер историјско наслеђе и реалност света не потврђују универзалност ове тезе у компаративном смислу. Могућности човека у данашњем свету зависе колико од укупне развијености толико од друштвеног контекста и материјалних и културних стандарда живота.

Друштвене околности могу имати позитивне односно негативне импликације на остваривање права и слобода човека и грађанина, па према томе, и на право слабијег. Имајући у виду чињеницу да је право у транзиционим друштвима нефункционално, поставља се питање који су то фактори и чиниоци који обеснажују социјални положај човека и чине га зависним од институционалних околности.

Како ће и колико право бити у функцији слабијег ако је и оно, дакле право, немоћно, да не кажем слабо, у односу на моћ (политичку, економску), ако је остваривање права и слобода условљено политичком моћи, а сваки однос зависности увек значи немоћ права и моћ не-права. Парадокс савременог права се изражава у претежној инконгруенцији између норме и стварности: колико год да се осваја простор заштите човекових права,

толико се с друге стране показује човекова несигурност и зависност у односу на моћне структуре и актере друштва.

Још је Тразимах, лик у Платоновој држави, говорио да право није ништа друго до предност, односно право јачег (Платон, 2013: 121). И ова тврдња има емпиријска упоришта током историје људских друштава укључујући и модерне токове: колико год да је право по нормативном постулату настојало да заштити слабијег, увек је моћ настојала да рационализује и оправда немоћ појединца. Увек се немоћ оправдавала „моћном руком“ јачег. Жан Жак Русо је рекао да „најјачи никад није довољно јак ако моћ не претвори у право а покоравање у дужност“ (Русо, 1993:13). Ако ову тезу окренемо и инвертујемо, онда тврдимо да најслабији никада не би био толико слаб да се није добровољно покоравао моћи и да свој друштвени положај није учинио поданичким. Сам осећај немоћи се рационализовао негативном пројекцијом појединаца да нешто не може постићи или бити.

Теорије друштвеног уговора и контрактуалистичка доктрина права, стање немоћи и слабости сместили су у природно, предграђанско, преддржавно, предполитичко, неуређено стање друштва. Природно стање и из њега произашло природно право допушта да имовина слабијег и немоћнијег треба да припадне јачем, док је природом дата слобода осујећена силом јачег. Праведно је да јачи има више од слабијег. Стога је и функција стварања друштва и правног поретка да превазиђе природно стање, а грађанско или друштвено стање треба да обезбеди правну заштиту и сигурност слабијем. Обнову класичног контрактуализма налазимо код Џона Ролса и његове неоконтрактуалистичке, либерално-егалитарне теорије правде (Глинтић, 1995: 19). Основе уређења друштва Ролс налази у два суштинска принципа. Први је принцип једнаких могућности који се састоји у томе да сваки појединац треба да има једнако право на што обухватнији систем једнаких слобода, који су сагласни са системом слобода других.

Други принцип је принцип разлике који се састоји у томе да нужне и неопходне неједнакости у друштву треба да буду лимитиране постојањем једнаких непристрасних могућности и да такве продуктивне неједнакости буду корисне члановима друштва који су у најнеповољнијем положају (Ролс, 1989: 70–71). У контексту наших разматрања, нарочити значај има други принцип који треба да обезбеди што правичнију дистрибуцију добара и вредности у корист најлошије стојећих слојева друштва, да створи „највиши могући минимум“, или „*maximin*“ онима са најмањим изгледима у друштву. Значај другог Ролсовог принципа правде састоји се у томе што он коригује социјално-економске неједнакости и поставља доњу границу егзистенцијалног достојанства човека и грађанина.

## 2. Генерисање права слабијег

Једна од доминантних карактеристика не само нашег већ и глобалног друштва јесте све већа зависност човека од ауторитета, институција, тржишта, политике, околности. А што је већа зависност то је мања слобода и сигурност човека, а немоћ укореењенија и извеснија. Посебно економска и духовна зависност умањује аутономију и независност човека у стихији савремености. Са друге стране, имајући у виду цивилизацијску потенцију права, али и освојен протективни легални простор, налазимо становиту инверзију: уместо да буде у функцији слабијег, право је претежно или учестало у функцији јачег односно моћнијег.

Генерисање права слабијег се разматра из четири контекста: правног, друштвеног, политичког и међународног. Правно генерисана немоћ посматра се са становишта нормативне генерисаности када сама норма производи немоћ појединаца. Ова врста одређености ствара се на два начина, са једне стране као инструментална моћ права, и са друге стране као проблем примене већ освојеног нормативног простора права када је писана норма чак и на страни слабијег, али се таква норма не имплементира односно селективно примењује или не примењује. Право слабијег и недоступност правди генерисана је такође законским редукацијама уставног оквира који се често селективно имплементира и тумачи у складу са интересима моћних група. Битна карактеристика нашег права је проблем тумачења, а посебно имплементације норме, при чему се мисли на нефункционалност и неефикасност нарочито правосудног система.

Друштвено генерисана немоћ појединца подразумева правно-социолошко утврђивање базичних својстава друштва у коме право функционише. Дихотомија јак–слаб увек се јавља у диференцираном друштву кога „раздиру“ природне и друштвене неједнакости (Хараламбос, 2002: 25) и егзистенцијално стање немоћи појединаца, а ако се постојеће разликовање културно и идеолошки оправдава, онда се формира посебна ауторитарна и патерналистичка свест која такво стање одржава и протезира. Данас су базични односи у друштву, без обзира на национални или међународни оквир, односи моћи. Вертикална структура друштва увек генерише над-моћ и не-моћ. Дакле, то је објективна задатост и датост која је и инспирисала конституционалну доктрину о ограничењу моћи. Колико год да је право успело да ограничи моћ, са друге стране моћ је увек налазила начине не само да заобиђе право, већ и да га потчини себи. Емпиријски су јасно видљиве релације: немоћ мањине у односу на већину, немоћ радника у односу на власника, грађанина у односу на власт, слабији у односу на јачи пол, немоћ већине у односу на моћну мањину.



Друштвене неједнакости, друштвено раслојавање, (посебно економске неједнакости и раслојавање) неједнаке могућности за приступ правди и правосуђу стварају осећај немоћи појединаца и група (Поповић, 1974: 38). Дакле, лимитирајући фактор нису само објективне околности већ и субјективно схватање и доживљај тих околности. Друштвене предрасуде и традиционални ауторитарни менталитет генеришу схватања да је човек немоћан у стихији друштвеног процеса. Сиromаштво и економска стагнација генерише и друштвени положај односно материјални статус. Правно и друштвено нерегулисан простор стицања материјалних добара као и изразито неједнака дистрибуција материјалних добара у друштву увек има за последицу егзистенцијално-социјалну немоћ.

Колико су права слабијег генерисана самом структуром друштва и политике толико су и резултат субјективних осећаја немоћи који се посебно манифестује као пасивизам и повлачење уместо активности. Овај пасивизам и отуђење од права резултат је великог раскорака између очекивања од права, с једне стране, и стварног постигнућа права у функцији слабијег са друге стране.

Право слабијег треба посматрати и истраживати у контексту нефункционалног права, посебно права земаља у транзицији, наравно и нашег. Право слабијег смештено је у оквир фактичких друштвених, културних, економских и политичких оквира у којима се оно ствара, примењује и остварује: „право слабијег“ не треба проучавати само у оквиру правног текста већ, пре свега, у оквиру друштвеног контекста. Правна заштита и правна сигурност „слабијег“ одређени су, такође, нормативно-правним капацитетом и фактичком извесношћу остваривања функције права у заштити слабијег. Претежне карактеристике друштва и стварне немогућности примене права утичу и на степен имплементације човекових права. Сиromашно и неразвијено друштво смештено у аномични друштвених амбијент представљају неповољан контекст за остваривање права слабијег.

Транзициони услови практиковања права слабијег су изузетно неповољни. Свака транзиција, а посебно је то изоштрено у нашим условима, има више губитника него добитника. Креатори политике и права нису превидели далекосежне социјално-правне последице приватизације, а доминантна неолиберална доктрина која све више постаје нормативно-правна константа, не иде у прилог остваривању социјално-економских права, посебно права радника у односу на права послодаваца. То је владајућа идеологија која нужно генерише неједнакости и немоћ појединаца. Економска и материјална зависност чини човека немоћним и slabим у друштву конкуренције, и доминације капитал-односа.

Традиционалистичка (за)датост друштва нарочито је генерисана кроз ауторитарни менталитет друштва и пасивну реактивну патримонијалност друштва. Традиционалистичка задатост немоћи појединаца и група нарочито је изражена у нашој прелазној правној култури. Ауторитарно право или ауторитарни карактер права је посебно изражен у посткомунистичким друштвима, али је посебно карактеристичан и за међународно право, а огледа се у преваленцији аутократске политичке самовоље у односу на право. Ауторитарно право је супротно конституционалној доктрини и представља изразиту зависност права посебно правосудног система у односу на политичку и економску моћ. Реактивна, пасивна патримонијалност изражена је као осећај зависности и сигурности у односу на традиционални ирационални ауторитет. И ауторитарност и патримонијалност претпостављају неједнак однос између објекта и носиоца ауторитета и нужно условљавају однос немоћи и слабости. Обе црте друштвеног и политичког менталитета у нашој традицији имају колико диспозитивни, релативно трајни карактер, толико и ситуациони односно контекстуални; колико су релативно трајна константа код претежног дела популације толико су и ситуационог карактера код еманципованог грађанства које притискају околности опште кризе.

### **3. Демократски оквир права слабијег**

Демократија се или идеализује до митотворства или се оспорава до политичког и културног ниҳилизма. И једна и друга предрасуда доводи до негативних консеквенција. Идеализација доводи до разочарања и дисолуција, а негација до учвршћивања антидемократских форми и садржаја политике.

Демократија се од непосредне и ексклузивне атинске демократије трансформисала у репрезентативну, инклузивну демократију која се своди на владавину од народа изабране репрезентативне мањине, која треба да влада у интересу већине. Изабрана мањина може бити мање или више репрезентативна, мање или више респонзивна и одговорна, мање или више отуђена од друштва, мање или више компетентна односно способна да влада и управља друштвеним интересима. Слабости или недостаци у функционисању демократије могу подстаћи диференцију друштва на слабе и јаке, моћне и немоћне и на тај начин системски генерисати неједнак приступ праву и правди.

Демократија треба да буде основни друштвени и нормативни оквир за остваривање права човека и грађанина. Она обезбеђује да се изједначавањем грађанског статуса и једнаким могућностима за све, обезбеди да право

слабијег буде гарантовано и заштићено. Стога, ваља указати на неке противречности и парадоксе демократије који обеснажују остваривање права и слобода човека и грађанина. Генерисање немоћи појединаца и група свакако произилази из контекста противречне демократске праксе, па ћемо, стога, указати на најзначајније парадоксе и напетости унутар демократског процеса које на посредан или непосредан начин утичу на смањену делотворност правног система.

Грађанско друштво, у којој је примарна фигура грађанин, остварује примарну функцију својим утицајем на политичку власт и центре политичког одлучивања. Грађанско друштво, политички организовано, представља активни потенцијал политичког друштва у целини. Још двадесети век је означен као век „партиципативне револуције“. Политика постаје масовна појава са мноштвом субјеката, актера, организација. Опште право гласа, улазак маса у политику, слобода политичког и друштвеног деловања, допринели су афирмацији и значају политичке партиципације. Политичка инклузија је битна одредница савременог друштва. За разлику од ранијих епоха у којима нису сви имали политичка права и слободе (пример: антика и средњи век), данас не само што су сви укључени у политику на овај и онај начин, него се политизује читаво друштво.

Без обзира што је партиципативни потенцијал појединца и друштва највише био функционалан средином, односно у другој половини двадесетог века, значај грађанинове партиципације данас све више опада. Тиме долазимо до првог парадокса демократије: грађанска партиципација све више постаје апстрактна форма. Овде имамо обрнуту сразмерност: што је већа партиципативна инклузија грађана у политички и изборни процес то је мањи стварни делотворни утицај грађана. Оно што је услов без кога демократија не може опстајати, крајње је маргинализовано, јер је грађанско друштво постало управљано, обликовано, манипулисано као објект политичке владавине. Уместо да грађанско друштво делује на политичку власт, политичка власт делотворно обликује грађанско друштво бирача. Уместо да демократска владавина остварује вољу већине, она се претворила у промоцију интереса мањине. Ова становита инверзија политичких топоса демократије (воља народа и власт) доводи до тога да воља народа, манипулативно обликована, није њена становита воља, а представничке институције више не представљају интересне преференције народа него парцијалне интересе посебних група и лобија.

Из овога произилази да демократија често генерише како *немоћ већине* тако и *немоћ мањине*. Уколико је демократска већина која учествује у политичком животу дифузна, аструктурална, пасивна, некритичка, без

реалне могућности утицаја на власт, обликована и манипулисана, она доиста представља немоћну већину која нема снагу и потенцијал да утиче на политику и право државе. Колико већина може да буде немоћна у односу на владајућу мањину, што свакако звучи парадоксално, толико с друге стране и мањине могу бити слабе, обесправљене и немоћне, укључујући ту и појединца. Немоћ мањине може се изразити како у односу на већину тако и у односу на отуђену власт већине. Ради се о толико познатом и препознатљивом феномену „тираније већине“, односно аутократије изабране мањине која не обезбеђује заштитне механизма права мањина, не само политичких и идеолошких мањина већ и мањина у етничком, економском и другом смислу.

Други парадокс демократије се изражава у (не)могућности односно неопходности имунизације демократије у односу на друге и супротне политичке облике и садржаје односно њена рањивост у односу на аутократске упливе. То можемо назвати аутократском елитизацијом демократије. Њена пропустљивост аутократским, елитистичким и економскопрофитим упливима урушава њене елементарне темеље. Без обзира на то што данас нема чистих политичких облика и без обзира на то што су данашњи политички системи мешовитог карактера, и у идеолошком и формативно-политичком смислу, тендеције учестале и превалентне аутократизације, корумпирања и плутократизације демократије урушавају њену фундаменталну суштину. Антидемократски процеси постају све више садржај формалне демократске процедуре. Демократија све више губи идентитет у најезди и бујању другачијих политичких идентитета и интереса. Њена персистенција зависи од тога колико је она способна да се саморепродукује и остане самосталан ентитет у односу на другачије политичке облике и садржаје.

Трећи парадокс демократије је онај кога је установио Ентони Гиденс, који се изражава с једне стране као ширење демократије у целом свету, а са друге стране у друштвима са значајном демократском традицијом постоји велико разочарење у демократске процесе, односно индиференција или незадовољство у односу на политички систем (Гиденс, 2005:95). Наиме, данас је широко распрострањена вера у демократију, њене вредности, идеје, њену компаративну предност у односу на аутократске методе владања на једној страни, и опадање поверења у политичке институције и носиоце институционалних улога, политичке ауторитете власти на другој. Раскорак између нормативног демократизма и политичког реализма изражава се у раскораку између вере у демократију као поредак, и незадовољства њеним функционисањем, односно њеном делотворношћу. На искусвеној равни, криза демократије се све више изражава као неповерење у демократски

изабране елите које носе институционалне улоге. Неефикасна држава, „лења“ и нестручна администрација и бирократска самовоља није повољан оквир остваривање права појединаца и група. Ако се, поред тога, имају у виду услови у којима не постоји функционалан, независан и самосталан правосудни систем, онда је простор остваривања права још више сужен. Дакле, нефункционална демократија имплицира проблеме у и функционалности права, јер делотворно право је показатељ демократског карактера државе и друштва.

Четврта напетост или парадокс демократије је несразмера између два основна елемента демократије: либералног и социјалног; дакле, између принципа слободе и принципа једнакости (Матић, 2002: 182-3). Либерализам и социјал-демократизам две доминантне идеологије које се све више налазе у процесу конвергенције. Као нужна корекција и надградња „либералног концепта слободе“ јавља се начело (социјалне) једнакости као изједначавања људи у степену слободе. На тај начин конституише се целовито начело: слобода једнаког грађанског статуса односно једнаке или приближно једнаке могућности и услови за практиковање права и слобода. Приближавањем и сусретом слободе и социјалне једнакости ствара се базични модел политичке правде.

Јавни поредак права и слобода подразумева одговарајући однос слободе и једнакости. Ако је једнакост претежна и јача, нарочито ако је екстремно фаворизована, онда се ограничава и упрошћава слобода, подстичу колективистичке или тоталитарне претензије, спутава креативност, критичност и могућност избора. Са друге стране, слобода без једнакости ставара атомизацију, анархију, неодговорност, неједнакост и правну несигурност. Непродуктивно је прокламовати или гарантовати слободу у условима створених социјалних разлика. Ни једнакост нема смисла ако су инструментима политичке моћи спутани слобода избора и аутономија воље.

Захтеви за једнакошћу јачају разне врсте ограничења у лику патерналистичке државе, постављају границу слободи, производе униформност и доводе у питање саму легитимност зајенице. Прекомерна афирмација слободе продубљује неједнакости и ствара друштво привилегованих. Комбинација начела либералне демократије и активне партиципације често је императив за излаз из ове неравнотеже. Освојена права на једнаку слободу морају бити заштићена да би демократски процес био делотворан, а власт легитимна. Афирмација демократског принципа значи слободу у умереној једнакости и одговорности. Још је Кант говорио о оној врсти политичког уређења које „допушта највећу могућу слободу сагласно

закону по коме се слобода сваког појединца може помирити са слободом свих других” (Сартори, 2001: 194 ).

Социјална права и слободе обезбеђују материјалну егзистенцију човека и заштиту од „ризика и неправди слободе“. Стихија транзиционог друштвено-економског процеса која је створила неизвесност и несигурност, утицала је да људи жртвују слободу зарад социјално-економске сигурности. Овакво опредељење људи формира и систем очекивања од државе. Тако је социјална и економска политика постала основна стратегијска функција савремене државе, а политичко поверење грађана условљено је остваривањем ове функције. Политичка и правна делатност државне политичке власти усмерена је на стварање и примену тзв. социјалних програма као скупа норми социјалног законодавства или кроз конкретне мере и активности којима се интервенише у сферу базичних друштвених односа са циљем да се створи лично, економско и културно добро и неопходни стандард грађана.

Несразмера између ова два елемента у корист либералног, слаби социјални супстрат демократије, односно продукује социјално-економске неједнакости. Тржишни изазов демократији може продуковати негативне импликације, а посебно плутократизацију друштва, незапосленост, ниске плате, што ствара неједнакости, а тиме и поларизацију друштва три трупе: моћне групе, групе средњег слоја и сиромашне, слабе, рањиве, осетљиве групе. Неједнакост и сиромаштво су основни детерминишући генератор слабости и немоћи човека у транзиционом друштву.

#### **4. Глобална одређеност права слабијег**

Рецепција либералног модела демократије у процесу транзиције од комунизма ка капитализму није уважила наведене слабости и недостатке демократије у земљама узорима, односно либерални модел демократије није схваћен и практикован контекстуално и саобразно карактеристикама конкретних друштава. Догматска унификација политике у транзиционим земљама није пошла од саме кризе либералне демократије у земљама њеног порекла.

Не само карактеристике друштва и политичког уређења већ и међународни односи и констелација моћи битно одређују природу правног система и његовог функционисања. Посматрано са становишта међународног и геостратешког структурирања, јасно се диференцирају моћне и немоћне, јаке и слабе, богате и сиромашне државе, централни и периферни народи и цивилизације. Међународни политички и економски положај држава и народа одређује и њихову моћ.

Процеси глобализације све више генеришу унутрашња уређења држава и друштава. Глобализација мења наше животе. Глобализација доноси демографску, културну и тржишну мобилност по природи ствари. Све ређе умиремо тамо где смо рођени. Процес искорењивања човека из своје локалне и сродничне околине је евидентан јер човек губи своје природно везивно ткиво и све више се осећа „без корена”. Народ, групе, примарне заједнице су постале аморфтни агрегати и нису више органске целине који су етничари обоготворили. Све мање су примарне групе важне, људи су постали атомизовани, неповезани, флукутирајући. Такво друштво је масовно и мобилно и њиме се лако манипулише.

Глобализам уништава националне културе, смањује управљачки капацитет националне државе, увећава неједнакост у савременом свету. Техничко-технолошка и економска супериорност дели свет на сиромашне и богате, победнике и губитнике, јаке и слабе, на богато и развијено језгро које напредује и већинску периферију која остаје подређена глобалном космополитском тржишту капитала и моћи. Растућа и деструктивна неједнакост је највећи проблем са којим се суочава човечанство, генеришући различите видове неправде, урушавања достојанства појединаца, група и народа и претежира историјску и традиционалну задатост немоћи и зависности човека.

## 5. Закључак

Право слабијег је доминантно генерисано традиционалним, друштвеним, политичким, правним и глобалним околностима: традиционалним навикама и предрасудама, претежним карактеристикама друштва и заједнице, антиномијама демократског политичког уређења, правно регулативним редуцијама базичних правних норми и глобалним констелацијама моћи и утицаја. Није довољна само легална правна заштита, већ стварање уједначених могућности развоја личности, образовања, запошљавања и културног уздицања човека. Правна норма је функционална, ефикасна тек ако постоје повољне и неопходне подржавајуће околности за њену примену. Стандард једнаких могућности појединаца, група и друштва у целини представља потребан услов за практиковање људских права и слобода.

Објашњење и разумевање друштвеног и теоријског оквира права слабијег представља уводни и претходни истраживачки напор како би се на свеобухватан и правичан начин нормирала стварност неједнаких могућности.

## Литература

- Годенс, Е. (2005). *Одбегли свет*, Београд: Стубови културе
- Глинтић, Т. (1995). *Правда, слобода, једнакост*. Београд: ФДС
- Матић, М. (2002). *Либерализам, популизам и демократија*. Београд: Службени лист Србије
- Платон, (2002). *Држава*. Београд: БИГЗ
- Поповић, М. (1974). *Проблеми друштвене структуре*. Београд: БИГЗ
- Русо, (1993). *Друштвени уговор*. Београд: Филип Випњић
- Ролс, Џ. (1989). *Теорија правде*. Подгорица: ЦИД
- Сартори, Ђ. (2001). *Демократија – шта је то?* Подгорица: ЦИД
- Naralambos, M., Holborn, M. (2002). *Sociologija. Teme i perspektive*. Zagreb: Golden marketing

**Slaviša Kovačević, PhD.**

Assistant Professor,  
Faculty of Law, University of Niš

## **THE SOCIAL FRAMEWORK FOR THE RIGHT OF THE WEAKER PARTY**

### **Summary**

*Conceptually speaking, the term “the right of the weaker party” may be interpreted from the aspect of its physical/biological, socio-psychological, legal and sociological significance, on the basis of which we may determine the normative effects of these diverse approaches. This study is based on three methodological and theoretical standpoints: the socio-legal research method applied in the sociology of law, the legal theories based on the anthropological concept of solidarity, and the doctrine of social rights. On these grounds, the author aims to establish the general factors and circumstances of inequality and powerlessness of disadvantaged individuals and social groups to exercise their human rights and freedoms. The dichotomy between the strong (powerful) and the weak (powerless) is necessarily most prominent in a differentiated society which is “consumed” by diverse natural/physical and social inequalities and burdened by a sense of helplessness and desperation. Moreover, if such a distinction is culturally and ideologically justified, it gives rise to a special*



*authoritarian and paternalistic perception of social reality which keeps such a state of affairs alive.*

*The author discusses the right of the weaker party in the context of a dysfunctional normative framework, characteristic of transition countries. The right of the weaker party is placed within the framework of de facto social, cultural, economic and political circumstances where it is created, applied and exercised; thus, the right of the weaker party moves from the legal text to the social context. The legal protection and legal certainty of the “weaker party” are primarily defined by the normative capacity and de facto certainty in ensuring the protection of the weaker party. The predominant characteristics of the specific society and the actual unfeasibility of applying the normative framework have an ultimate impact on the degree of implementation of human rights. A poor and underdeveloped society, placed in an anomic social environment, is an unfavorable context for exercising the right of the weaker party.*

**Key words:** *the strong vs. the weak; powerful vs. powerless; force vs. rule of law; social context; social perception; justice; solidarity.*



**Др Тодор Каламатиев,\***

Редовни професор Правног факултета „Јустинијан I”

Универзитета „Св. Кирил и Методиј”, Скопље

**Мр Александар Ристовски,\***

Асистент Правног факултета „Јустинијан I”

Универзитета „Св. Кирил и Методиј”, Скопље

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 349.22:331.106

Рад примљен: 30.06.2015.

Рад прихваћен: 03.12.2015.

## **СУБОРДИНАЦИЈА У РАДНОМ ПРАВУ И САВРЕМЕНИ ИЗАЗОВИ РАЗГРАНИЧЕЊА УГОВОРА О РАДУ И УГОВОРА О ДЕЛУ**

**Апстракт:** Субординација, схваћена као „подређеност и надређеност“ између уговорних страна представља кључни правни инструмент разграничавања општих појмова радног права (радни однос/уговор о раду/радник) од њихових пандама у општем уговорном праву. Отуда, овај рад проучава структуру и садржину субординације као *differentia specifica* уговора о раду у поређењу са уговором о делу. У уводним напоменама, аутори илуструју глобалне друштвено-економске услове, који утичу на видне измене уговорних односа поводом и у вези са радом и минимализацију разлика између уговора о раду и уговора о делу. Други део намењен је анализи субординаце (као битном елементу радних односа и уговора о раду). Аутори стављају посебан акценат на правну садржину субординације и њена главна обележја (управљачка, нормативна и дисциплинска власт). Они објашњавају и концепт „економске зависности“ и то кроз призму релацијских уговора и нових хијерархијских структура тржишта. Тећи део је фокусиран на опредељивање појма „субординације“ и приказивање њених својстава, кроз призму македонског радноправног система. Централно место у овом делу посвећује се различитим обележјима и карактеристикама који разграничавају уговор о раду и уговор о делу.

**Кључне речи:** субординација, радни односи, уговор о раду, уговор о делу, хијерархијска структура, економска зависност.

---

\* tonikalamatijev@yahoo.com

\* alek272@yahoo.com

## 1. Увод

Радноправни систем развијених земаља, у најдужем периоду XX века (а посебно након Другог светског рата) истиче параметре тзв. *археотипног* модела стандардног рада. Модел претпоставља: закључивање уговора о раду на неодређено време, бипартитни радни однос са пуним радним временом у стандардним интервалима и рад у просторијама послодавца (McCann, D, 2008: 4–5). Надаље, археотипни модел стандардног рада карактерише се тим да: стандардни радници извршавају прецизно утврђене радне задатке у оквирима великих производних јединица које се налазе у субординираном положају у односу на њихове послодавце (Bronstein, A, 2009: 9). У периоду доминације археотипног модела радних односа, индивидуални и колективни радни односи у европским земљама карактеришу стабилни социјални протекционизам. Индивидуални радни односи у највећем делу заснивају се на закључивању уговора о раду на неодређено време и са пуним радним временом, док колективни радни односи (индустријски односи) карактеришу се релативно високом синдикалном густином која се креће од 40 до 50% од укупног броја запослених (Lesch, H., 2004: 13). *Златни период капитализма* завршава са првом нафтном кризом 1974. године, која је *inter alija* означила и крај јефтине енергетске ере. Она је иницирала и промене у курсу ортодоксне економске идеологије, која је изазвала отворену дебату усмерену ка моделирању законских прописа у развијеним земљама, укључујући и радно законодавство.

Ново економско окружење било је разлог за значајније промене у регулацији (односно дерегулацији) институција тржишта рада и нормирања радних односа, као рефлексија: глобализације, промене у структури економских делатности (повећање заступљености услужних делатности), технолошких промена, промена у организацији производње и флексибилности и дерегулацији тржишта. Сви наведени фактори имали су и још увек имају јак утицај на процес редефинисања неприкосновене унитарности уговора о раду, као јединственог правног основа за заснивање радног односа, који почива на основном елементу – субординацији.

*Глобализацијом* државне границе и географска удаљеност губе кључну улогу у организацији производње, као и на понуду и тражњу добара и услуга. Глобализација је директно повезана са међународном конкуренцијом. У том смислу, један од основних економско-социјалних параметара међународне конкуренције представља и јаз у приходима између развијених земаља и земаља у развоју. Међународна конкуренција врши директно суочавање глобалног тржишта између земаља у развоју у којима радници

имају релативно ниже приходе и развијених земаља у којима постоје виши приходи радника.

Други релативни разлог односи се на нове изазове који се постављају пред радно право и археотипни радни однос који *inter alia* почива на концепту *субординације*, представљају *повећано учешће услужних делатности* у националним приходима развијених земаља или тзв. терцијализација. Традиционално, националне економије се састоје из три главна сектора: *пољопривреда, индустрија и услуге*.<sup>1</sup> У фази *индустријализације* (тј. супституције земљорадње као доминантне економске делатности, индустријом), потражња за храном као примарним добром која је достигла потенцијални лимит супротставила се увећању потражње за индустријским добрима. Истовремено, увођење нових механизма и техника за производњу хране имплицирају повећање продуктивности рада у сектору земљорадње у поређењу са сектором индустрије. Оваква ситуација захтева сразмерну дисторзију тржишта рада, умањујући потребу земљорадника на рачун радника у сфери индустрије. У следећој фази *постиндустријализације* (тј. фази у којој започиње доминација услужног сектора), увећани приходи радника утичу на супституцију њихових материјалних потреба (храна, одећа, средства за егзистенцију), који су карактеристични за претходне фазе, потражњом за нематеријалне услуге (здравство, образовање, разонода и рекреација и сл.).

Структура запошљавања у развијеним земљама које су успешно прешле из фазе индустријализације у фазу постиндустријализације или деиндустријализације, обухвата доминантне категорије радника у сфери услужног сектора. То потврђују и статистички показатељи који указују да приближно 70% од укупног броја запослених у Европској унији ради у услужном сектору, на рачун агара и производње (примарни и секундарни сектор) (Вагић, D., 2010: 44)<sup>2</sup>. Напуштање примата примарног и секундарног сектора, као економског сектора који апсорбује највећи број радника и преусмеравање радника ка терцијалном сектору, утиче

---

1 Према радним документима ОЕСД, под *пољопривредом* се подразумевају активности: узгајање култура, сточарство, шумарство, лов и риболов; *индустрија* обухвата следеће делатности: производњу, рударство, грађевинарство, енергетику, водоснабдевање и гас; *сектор услуга* обухвата све остале економске делатности укључујући ту и: трговину, транспорт, комуникације, јавне услуге, финансијске и пословне услуге, личне, социјалне и друштвене услуге.

2 Ова анализа утврђује да шест земаља из реда најзначајнијих европских економија (Немачка, Велика Британија, Шведска, Француска, Шпанија и Италија) бележе умањење удела запослених у сектору индустрије у периоду од 1984. до 1994. године, и то од 6,4% у Италији до 12,6% у Великој Британији. Истовремено, ове земље бележе пораст удела запослених у услужном сектору у распону од 1,9% у Немачкој до 20,3% у Шпанији.

на замену физичког за људски капитал, односно замену механизација вештинама и способностима радника у услужном сектору. У оваквим условима зависни (субординирани) рад и стандардне форме рада (које су карактеристичне за запошљавање у индустрији), све чешће уступају своје место независном раду (самозапошљавању) и нестандартним формама рада као што су рад на одређено време, рад са непуним радним временом, повремен и привремен рад и сл.

*Технолошке промене, у последње четири деценије, могу се посматрати кроз две димензије. Прва димензија конвергира кроз супституцију рада – интензивно са капиталним у интензивни метод производње (замена људског фактора савременим техникама производње и роботиком). Друга димензија односи се на увођење савремених информатичко-телекомуникацијских технологија у процес рада. Технолошке промене успостављају радикално нови приступ у организацији рада и извршавању пословно-производних процеса.*

*Промене у организацији пословно-производних активности представљају директну последицу технолошког прогреса који видно мења ситуацију на тржишту рада, а са тим и само правну природу радних односа. Промене у начину организације пословно-производних активности обухватају кратак еволутивни опус који започиње у жеку индустријализације (на крају IX и почетком XX века). Овај период карактерише процес екстернизације<sup>3</sup> који претпоставља пренос редовних пословних активности (функција и процеса) предузећа на екстерне вршиоце услуга, који се на основу (најчешће) дугорочних (облигационо-правних и трговинских) уговора обавезују да врше одређене услуге за предузећа која су их је ангажовала (Chamberland. D., 2003: 73). Заједничко обележје процеса екстернализације је одступање одређених сегмената са пословно-производних процеса предузећа на екстерно треће лице које управља сопственим ризиком и поред тога што често употребљава средства за производњу уступиоца. Екстернализација обухвата широк спектар активности и она ствара конкурентску предност у свакодневном пословном саобраћају.*

---

3 У теорији и пракси фигурише више различитих термина који могу да се третирају као супститути. На пример термин „аутсорсинг“ (енг. outsourcing) је карактеристичан за земље које су под утицајем аглосаксонског пословног права; термин „екстернализација“ (фра. externalization) употребљава се у Француској; термин „терцијализација“ (шпа. terciarización) је карактеристичан за Шпанију. У оквирима овог рада користимо паралелну употребу ових термина који имају идентично значење. Термин *екстернализација* има генерално значење и екстезивну примену и употребљавамо га као институт који обједињује све праксе и варијанте аутсорсинг на пословно-производних активности, као и „поддоговарање“ (енг. subcontracting) и „одступање“ (енг. leasing) радника.

Конечно, крајње последице структурних промена које су утицале на преиспитивање архитектонике радних односа инспирисали су институционализацију *флексибилности и дерегулацију тржишта рада*. Основни циљ флексибилности и дерегулације тржишта рада представља увећање конкурентности предузећа, која сама по себи утиче на увећање запослености, односно умањење стопе незапослености. Флексибилност радних односа представља поливалентну категорију која обухвата неколико различитих аспеката радног односа (Каламатиев, Ристовски, 2013: 78–79). Флексибилност радног односа је узрочно-последично повезана са дерегулацијом тржишта рада. Деререгулација тржишта рада се појављује у условима неприкосновене оправданости неолибералне доктрине у уређивању глобалне економске политике.

## 2. Субординација и њена садржина

Субординација се може дефинисати на различите начине и на основу различитих правних извора који су саставни део свеукупног радноправног система једне земље. Етимолошки појам *субординација* потиче од средњовековног латинског термина *subordinatio* (sub – под и ordinare – чинити, стављати под контролу).<sup>4</sup> У македонском језику појам субординације означава однос зависности нижег од вишег; потчињеност; подређеност у хијерархији једне средине.<sup>5</sup> Отуда, може се извести објашњење да субординација представља однос између два субјекта који су међусобно неједнаки и од којих један има мањи значај или овлашћење и у положају је зависности од другог који се јавља као надређени субјекат. У правној теорији, под појмом субординације уобичајено се подразумева фактичко извршавање радних активности радника под утицајем послодавца, који са своје стране има више различитих прерогатива у односу на радника (Rosioru, F, 2013: 1).

Садржина субординације у радном односу се испуњава кроз потчињавање радника у оквиру власти послодавца и она се најчешће састоји од управљачких, нормативних и дисциплинских овлашћења послодавца која могу да се третирају као *основна обележја правне субординације*. Поред њих, детерминатори правне субординације могу да буду и друга *споредна (супсидијарна) обележја* која се називају индикатори, тестови, критеријуми, индиције и слично. Национална законодавства, радноправна теорија и пракса препознају већи број индикатора помоћу којих се врши

---

4 Outline Etymology Dictionary, <http://www.etymonline.com/index.php?term=subordinate>, 4. март 2015.

5 Дигитални речник македонског језика, <http://www.makedonski.info>, 4. март 2015.

разграничење радних односа и уговора о раду од њихових пандама у сфери општег уговорног права.

### **2.1. Правна садржина субординације**

Правна садржина је услов *sine qua non* сваког радног односа. Кроз њу идентификују се разлике између уговора о раду и осталих уговора из сфере облигационог и трговинског права. Истовремено, правна субординација представља кључно обележје за разграничавање рада који извршавају подређени радници у оквирима радног односа и рада који извршавају самостални радници у форми samozapošljavanja или хонорарног рада (Rosioru, F, 2013: 1). Инкорпорисање субординације у оквирима основних, концепцијских појмова радног права (радни однос, уговор о раду, радник) присутна је како у земљама које припадају корпусу цивилног тзв. континенталног права, тако и у земљама у којима преовлађује обичајно тзв. аглосаксонско право. Заједнички именитељ у детерминисању субординације између различитих правних система представља њезина садржина, преко које може да се класификује „власт“ послодавца у односу на радника у следећим облицима: управљачка власт (фра. *le pouvoir de direction*; енг. *directional power*), нормативна власт (*le reglement interieur*) и дисциплинска власт (*le pouvoir disciplinaire*, енг. *disciplinary power*). Отуда правна субординација се састоји од подређивања радника у односу на ауторитет послодавца који има надлежност да управља начином вршења рада (управљачка власт), да доноси опште акте којима регулише правила рада (нормативна власт) и да санкционише неадекватно одношење радника предузимањем дисциплинских мера (дисциплинска власт) (Rivero, Savatier, 1970: 117).

Управљачка власт у радним односима се исцрпљује кроз право послодавца да делегира радне задатке и да издаје наредбе и упутства радницима за реализацију процеса рада. Она може да се манифестује у два смера. *Први* се односи на овлашћење послодавца у спровођењу индивидуалних и генералних политика предузећа, динамике производње, увођења нове опреме за рад и запошљавања, односно отпуштања радника. *Други смер* обухвата наредбодавну власт послодавца која се састоји у давању налога и упутстава радницима за вршење рада из радног односа. Практиковање управљачке власти упућује на одређене, суптилне разлике у овлашћењима послодавца у односу на издавање налога и упутстава за вршење рада у оквиру радних односа. Отуда теорија прави разлику између *управљачких овлашћења у односу на извршење престација у оквиру рада* и *управљачких овлашћења у односу на саме услове за рад* (Ковачевич, Љ., 2013: 147). Управљачка овлашћења у односу на извршење престација у оквиру рада



се састоји од права на издавање налога и упутстава која се односе на извршавање радних задатака. С друге стране, управљачка овлашћења за услове рада претпостављају право послодавца да издаје налоге и упутства која се односе на услове рада радника, као што су време извршења радних задатака, ношење опреме за заштиту при раду или радних униформи и слично. Управљачка власт послодавца садржи и контролну, односно надзорну функцију која омогућава мониторинг начина извршења рада и резултата рада запосленог (Casale,G. 2011: 18).

Друга компонента правне субординације, нормативна власт, јесте у узрочно-последичној вези са управљачком влашћу, али и са дисциплинском влашћу послодавца. Одређени део управљачких овлашћења послодавца може да произилази и из аутономних извора који произилазе из норми које се односе на одређене аспекте радног односа. Колективни карактер у организовању пословно-производних активности и подела рада у оквирима предузећа води ка успостављању система интерног регулисања радних односа општим актима и унутрашњим прописима (Rivero, Savatier, 1970: 120). Нормативна власт послодавца најчешће може да се операционализује кроз два вида аката, а то су: акти којима се регулишу радни односи и акти руковођења предузећем. Најкарактеристичнији општи правни акти којима се врши нормативна власт послодавца су правилници. Правилници представљају једностранни правни акт послодавца који произилази из његовог нормативног овлашћења у радним односима. Правилницима могу да се уређују различити сегменти радних односа, укључујући и мере од значаја за здравље и безбедност при раду, распоређивање радних активности, па чак и саму радну дисциплину радника. Унутрашњим правилницима послодавци практикују нормативну власт и кроз доношење других писаних аката као што су *упутства о раду, извештаји о вршењу службе, наредбе запосленима, циркуларна писма и слично*.

Дисциплинска власт као посебна и специфична ингеренција послодавца произилази из правне субординације у радним односима. Она се састоји из права на санкционисање активности и делатности радника које нису у складу са усмерењима и упутствима о раду, односно општим актима послодавца. Она се састоји од кажњавања и корекција у поступању радника којим се угрожава функционисање радних активности у одређеној радној средини, док за случај најтежих повреда радних обавеза, дисциплинска власт, која произилази из правне субординације, омогућује санкционисање поступања радника отказивањем уговора о раду. Отуда, прелиминарни закључак у односу на дисциплинску власт у радним односима састоји се у утврђивању тенденција за *постепеност*, тзв. градацију у санкционисању запослених, која се креће у распону од

опомене послодавца до престанка радног односа (Ковачевич, Љ., 2013: 178). Дисциплинска власт је у директној међузависности са управљачком и нормативном влашћу послодавца. Дисциплинска санкција се намеће као нужна, уколико радници не поштују индивидуалне налоге и упутства, као и унутрашња правила и прописе о организацији рада. Ипак, екстезивно тумачење дисциплинске власти, тзв. неограничена дисциплинска овлашћења послодавца, може да доведе до много озбиљних злоупотреба сигурности радног односа. Отуда, радна законодавства треба да приступе ка утврђивању маргина дисциплинске власти послодавца и да ограниче моћ послодавца за санкционисање активности радника у оквирима радног односа. Оригиналност дисциплинске власти у радним односима огледа се и у могућности послодавца да санкционише неадекватно поступање радника у оквирима тзв. интерног дисциплинског поступка. У том смислу, дисциплински поступак може да се третира и као својеврсна супституција уобичајеног „екстерног“ судског поступка, који претпоставља увећање трошкова послодавца. То нас наводи на закључак да се ова компонента правне субординације практикује на приватноправној основи, што значи да је дисциплински поступак независан од поступка за заштиту права из радних односа, који се покреће пред надлежним судом (Casale, G. 2011: 18). Уникатност дисциплинске власти послодавца у оквирима приватног права и уговорним односима се рефлектује и кроз могућност за санкционисање повреда права и обавеза из уговора о раду, без прекидања радног односа, као последње истанце у градирању одговорности радника. Отуда, можемо да закључимо да дисциплинска овлашћења послодавца одвраћају раднике од кршења радног реда и дисциплине, санкционишући њихов радни учинак који није сагласан наредбама и упутствима за вршење послова из радног односа.

## ***2.2. Субординација и хијерархијска структура тржишта***

Правна субординација као својство подређености радника у односу на управљачку, нормативну и дисциплинску власт послодавца представља номотехничку формулу за детерминисање радних односа. Ипак, правна субординација и индикатори који предодређују њезино постојање, нису независни од шире економско-социјалне реалности. То значи да правна субординација уобичајено је симетрична са хијерархијском структуром управљања и организације у предузећу, а хијерархијски односи између радника и послодавца могу се поистоветити са класичним радним односима. Интензитет подређености и надређености између субјектата хијерархијског (тј. радног) односа може да утиче на степен зависности/аутономије радника у њиховим односима са послодавцем. У

условима повећаног развоја нових технологија, више вештина и стручних квалификација радника, израженије мобилности у оквирима предузећа, флексибилизације радног времена и радног места, све је више се аутономије (самосталности) радника у оквиру радних односа. Оваква ситуација води ка трансформацији традиционалног вертикалног или хијерархијског управљања ка савременом хоризонталном управљању, које подразумева промене у начину вршења управљачке власти послодаваца према радницима.

Хијерархијска структура или тзв. вертикална интеграција из које произилази правна субординација радних односа може се анализирати и кроз призму трошкова, као основних економских параметара. Са економског аспекта, идентификовање разлога за постојање хијерархијске структуре управљања, а са тим и правне субординације која детерминише постојање радног односа, може да се прикаже кроз призму тзв. *трансакцијских трошкова*.<sup>6</sup> Трансакцијски трошкови суштински представљају трошкове који произилазе из пословног промета, односно правног саобраћаја. Потреба за умањивањем трошкова тржишних трансакција (трансакцијских трошкова) јесте основни разлог због којег постоје форме (хијерархије, тзв. хијерархијске структуре) (Coase, R. H., 1990: 386–405). Отуда „борба“ за умањивањем трансакцијских трошкова суочава предузећа са избором у организацији и начину управљања људским ресурсима, односно разрешавање дилема да ли предузеће треба да примени хоризонтални, тј. тржишни приступ, или вертикални, тј. хијерархијски приступ у организацији и вршењу пословно-производног процеса (Muehlburger, U., 2007: 81). У теорији се истиче да су трансакцијски трошкови много мањи уколико предузећа интернационализују ресурсе (другим речима, предузећа треба да запошљавају раднике према којима ће наметнути своју управљачку, нормативну и дисциплинску власт, а не да ангажују лица споља, према којима не могу да „уживају“ перманентну и континуирану власт). Организација пословно-производног процеса у оквирима самог предузећа (тј. хијерархијска организациона структура) јесте ефикаснији начин пословних активности од наступања на отвореном тржишту и ангажовања „периферних“ радника (Williamson, O. E., 1979: 22–61). Прелиминарни закључак који може да се изведе из односа између хијерархијске структуре и трансакцијских трошкова води ка констатацији да хијерархијски однос између послодавца и радника, који се крећу кроз чврсту правну субординацију, умањује трансакцијске трошкове у организацијама пословно-производних процеса. Ипак, трансакцијски трошкови нису

---

6 Појам *трансакцијски трошкови* приписује се британском економисти Роналду Коазеу, и његовом делу „Теорија фирме“ из 1937. године.

једини вид трошкова који утичу на начин и организацију пословно-производних активности и модела уређивања односа између послодавца и радника. Нова економско-социјална реалност у периоду осамдесетих година прошлог века, која се карактерише увећањем екстернализације у процесу рада, препознаје и тзв. *организацијске трошкове*. Организацијски трошкови могу да се дефинишу као трошкови са којима се суочавају организације у процесу извршавања пословно-производних активности и у њих спадају: трошкови који произилазе из организовања метода и техника координација запослених, трошкови хијерархијског надзора, трошкови ограничених хијерархијских овлашћења послодавца према радницима који су резултат широког опсега права радника из радних односа и слично (Casale, G., 2011: 17). Отуда послодавци сматрају да екстезивно радно и социјално законодавство лимитира њихова хијерархијска овлашћења према радницима, истовремено умањујући флексибилност у организацију у пословно-производном процесу. У поређењу са *теоријом трансакцијских трошкова*, која фаворизује *хијерархијску структуру* (интернационализацију), а са тим и правну субординацију као *sine qua non* за постојање радних односа, *теорије организацијских трошкова* наглашавају потребу послодавца за ангажовањем „периферних“ радника (екстернализације) и то закључивањем уговора који уобичајено припадају сфери облигационог, односно трговинског права. Економска логика у селектовању најоптималнијег модела пословно-производних активности (интернационализација или екстернализација), произилази из равнотеже између трансакцијских и организацијских трошкова.

Нове тенденције у економским анализама трошкова предузећа и нови односи између послодавца и радника у савременим тржиштима рада, који у крајњој инстанци воде ка стварању и реализацији тзв. *економске зависности* између уговорних страна, објашњавамо кроз теорију *релацијских уговора*. Појам *релацијски уговор* је организацијско-социолошки појам који обухвата све неформалне договоре и неписане кодексе поступања, који имају значајну улогу на одношење појединаца у оквирима предузећа и одношење предузећа између себе (Baker, G., Gibbson R., Murphy, K. J., 2001: 3). Релацијски уговори у оквирима предузећа (интерни релацијски уговори) састоје се из неформалних односа у датим условима (*quid pro quos*) између сарадника, као и неписана правила одношења између надређених и подређених, у извршавању радних задатака, спровођење хоризонталне и вертикалне мобилности у оквирима радне организације и доношење одлука о престанку радног односа. Релацијски уговори између предузећа (екстерни релацијски уговори) обухватају дугорочну сарадњу, узајамност и стабилност између уговорних страна. Док се интерни релацијски уговори

увек одвијају у оквирима једне хијерархијске структуре, без обзира на степен и интензитет субординације између радника и послодаваца, екстерни релацијски уговори могу да обухватају две различите ситуације. *Прва ситуација* обухвата тзв. вертикалне релацијске уговоре који се успостављају између предузећа и њихових дугорочних снабдевача добрима и услугама (самозапослени снабдевачи, хонорарни радници, франшизери и слично), док *друга ситуација* инкорпорише хоризонталне релацијске односе који се одвијају између самих предузећа у оквирима одређене бизнис мреже (заједнички пословни подухвати, пословни партнери и слично). Заједничка карактеристика свих релацијских уговора (интерни, екстерно-вертикални и екстерно-хоризонтални уговори) јесте очекивање будућег бенефита од дуготрајног односа (Muehlburger, U., 2007: 86). У том смислу, очекивање за постојање дуготрајног односа између уговорних страна више не представља одлику коју карактерише само интерни релацијски уговор (тј. уговори о раду), већ то постај и екстерни релацијским уговори, а посебно у екстерно-вертикални уговори, међу којима се убрајају и уговори који номинално припадају сфери грађанског или трговинског права, али у суштини се свде на чврсту економску зависност (субординацију) између радника (вршиоца рада) и послодавца (наручиоца, клијента) која је карактеристична за уговоре о раду. Екстерно-вертикални релацијски уговори суузрочно повезани и са тзв. *индустријским инвестицијама*.<sup>7</sup> То су оне инвестиције чија релокација је немогућа због њихових повезаности са одређеним, конкретним пословним везама. Оне постоје код интерних релацијских уговора (тј. уговора о раду), но, постоје и код екстерно-вертикалних релацијских уговора (тј. уговора о делу кроз који се успоставља однос економске зависности између уговорних страна). Отуда, ове инвестиције и недостатак тржишне алтернативе могу да произведу тзв. *асиметричне релације* између уговорних страна на екстерно-вертикалним релацијским уговорима, при чему једна страна уговорница (и поред њезине формалне самосталности) може да се нађе у зависној и слабијој економској позицији у односу на другу страну, слично као и у односу између страна интерних релацијских уговора. Оваква околност води ка стварању тзв. *моноклијентне ситуације*, која се одликује економском субординацијом једне уговорне стране (вршиоца послова који уобичајено закључује уговор о делу) у односу на његовог

---

7 Идиосинкратске инвестиције могу да буду материјалне (специјална опрема, специјалне просторије или пословно-производни капацитети у близини локација друге уговорне стране); нематеријалне (специјална обука, вештине know-how и сл); симетричне (уколико обе стране носе трошкове индиосинкратских инвестиција) и асиметричне (уколико једна страна у целисти или у највећем делу сноси трошкове идиосинкратских инвестиција).

јединственог клијента, а то је друга уговорна страна (послодавац или наручилац). Моноклијентна ситуација, може да има озбиљне импликације у односу на реалне једнакости између уговорних страна. Она може да изазове једнострано опредељење садржине уговора од стране економски снажније стране, наметањем ригидних стандарда за вршење конкретних услуга, а у крајњој линији може да доведе и до ситуације престанка (ликвидације, стечаја или економске пропасти) слабије уговорне стране, у условима једностраног отказивања уговора (Casale, 2011: 21). У таквим условима више него очигледна је позиција хијерархије једне (снажније) стране у односу на другу (слабију) страну и поред „слободног уговарања“ између страна на отвореном тржишту. Савремени привредно-производни односи у великој мери попримају управо такве карактеристике. Термин који се употребљава да се опише овај неправилни однос који садржи карактеристике хијерархијске структуре (карактеристичне за интерне релацијске односе) и слободно тржиште (карактеристично за екстерне релацијске односе) назива се *хијерархијски тржишни однос*. Уколико је јача страна веће предузеће, оно може да успостави више различитих хијерархијско-тржишних односа са различитим снабдевачима, хонорарним радницима, франшизерима и слично. Отуда је циљ законодавства, уопште, да пропише правичније механизме уређивања оваквих уговорних односа као што су: поништавање и укидање једностраних одредби за измену прописаних услова, забрана неоснованог отказивања уговора и слично (Casale, 2011: 22). Коначно, кључни заштитни механизам треба да се односи на забрану злоупотребе економске зависности слабије у односу на јачу уговорну страну, која имплицитно ограничава могућност слабије стране да пронађе другу пословну алтернативу. Економска зависност одсликава реалност која се налази у позадини правне субординације као критеријума за разграничавање радних односа од осталих уговорних односа. Она претпоставља материјалну зависност радника од лица које му обезбеђује посао и егзистенцију. Можемо да закључимо да економска зависност има универзалну временску димензију за разлику од правне субординације која мења своју садржину и облике у историјском развоју и све чешће је предмет критика од стране радноправне теорије. Дефинисање правне субординације као техничко потчињавање радника у односу на усмерења и упутства послодавца је типичан пример за адаптирање правне заштите подређених лица у периоду настанка радног права (Supiot, A, 2001: 14). Отуда чињеница потчињавања радника у односу на усмерења и упутства послодавца (правна субординација) је одиграла већу улогу у опредељивању система заштите права од фактора материјалне зависности и потребе за заштитом радника у односу са послодавцем (економска субординација). Историјско-еволутивна димензија субординације у радном праву

упућује на закључак да економска зависност инспирише радноправну теорију и радно законодавство да уведу презумцију формирања правне субординације која и данас представља јединствен меродаван критеријум за опредељивање радног односа (Perulli. A, 2011: 139).

### **3. Субординација – битан елемент радног односа и уговора о раду у македонском радноправном систему**

Улога, значење и суштина субординације као битног елемента радног односа у оквирима македонског радног законодавства огледа се у самом дефинисању појма радног односа. Према Закону о радним односима, *радни однос се дефинише као уговоран однос између радника и послодавца, у којем се радник уговорно укључује у организовани процес рада код послодавца, за плату и друга примања, лично и непрекидно извршава послове према упутствима и под надзором послодавца.*<sup>8</sup> Нормативна анатомија ове дефиниције нас упућује на постојање неколико битних елемената радног односа, који заокружује скицу једног савременог правног односа поводом и у вези са радом, који је основни предмет регулисања радног права. У том смеру ЗРО упућује на следеће елементе радног односа: *договорност; билатералност; добровољност; плаћеност; личне везе; континуираност и субординација*. Таксативно навођење субординације као последњег битног елемента појма радног односа не умањује улогу и значај овог елемента у интегралној анализи из првог дела овог рада. Субординација представља једно од кључних обележја радног односа и *differentia specifica* уговора о раду, у односу на све остале уговоре поводом и у вези са радом, који су предмет регулисања других правних дисциплина.

Анализа субординације, као битног елемента радног односа који произилази из његове дефиниције, вршимо кроз призму њених обележја. Наиме, ЗРО имплицитно упућује на два обележја субординације, а то су *укључивање (радника) у организациони процес рада код послодавца и вршење послова (од стране радника) према упутствима и под надзором послодавца*. Ова обележја субординације инкорпорисана у оквире дефиниције радног односа постављена су у обрнутом редоследу у поређењу са доминантним приступом радноправне доктрине у континенталном компаративном праву. Ипак, то не умањује њену улогу и важност у опредељивању субординације као битног елемента радног односа. Отуда можемо да закључимо да обележје *вршења рада према упутствима и под надзором послодавца* упућује на постојање интегралног обележја *контроле и инструкције у раду*, које је карактеристично за континенталну Европу и

---

8 Закон о радним односима (Сл.весник на РМ, бр. 62/05), члан 5, став 1.

радноправни систем који је под утицајем *цивилног права*. Закон о радним односима верификује ово обележје, тј. индикаторе субординације у радном односу. Наиме, ЗРО утврђује да је радник дужан да поштује захтеве и упутства послодавца у вези са испуњавањем радних обавеза из радног односа.<sup>9</sup> Даље разлагање обележја *рада према упутствима и под надзором послодавца*, од стране македонске правне доктрине, упућује на одређена својства као што су вршење рада на одређеном месту, односно вршење рада у одређено радно време (Старова, Г, 2005: 242). У том смислу, ЗРО предвиђа да је радник дужан у потпуности да извршава рад на радном месту за које је закључио уговор о раду, у време и на месту који су одређени за извршење рада, поштујући организацију посла и пословне активности послодавца.<sup>10</sup> Обележје *укључивања у организовани процес рада код послодавца* сагласно са обележјем *интеграције радника у организациони процес рада* који је карактеристичан за континенталну Европу и радноправне системе који су под утицајем *цивилног права*. При томе, ова обележја претпостављају да радник приликом вршења рада треба да се брине само о резултатима и ефектима свога рада, придржавајући се при том начину и организацији рада од стране послодавца. Позитивно-правну потврду за овај индикатор проналазимо у идентичној одредби ЗРО, коју приказујемо као одредбу којом се верификује индикатор за контролу и инструкцију у раду. Радник је дужан да савесно извршава послове на радном месту за које је закључио уговор о раду, ...поштујући организацију рада и пословне активности послодавца.<sup>11</sup>

Анализа позитивноправне одређености субординације упућује на закључак да радно право Републике Македоније препознаје једино правну, али не и економску субординацију, према којој одређивање постојања радног односа би зависило од економских веза између радника и послодавца. Економска субординација суштински значи да су зависни, односно субординирани радници, она лица која раде а не придржавају се правила рада утврђених од стране послодавца. Ипак, у Републици Македонији преовлађује став да правна субординација представља јединствени правилни и прецизни критеријум за детерминисање уговора о раду без којег би било немогуће његово разликовање од осталих уговора по основу којих се такође врши одређени рад и примају одређене накнаде, као што су на пример уговор о делу (Старова, Г. и Беличанец, Т., 1996: 129–130).

---

9 О овоме види: члан 31 ЗРО.

10 О овоме види: члан 30, став 1 ЗРО.

11 О овоме види: члан 30, став 1 ЗРО.



### **3.1. Рад који се врши по основу посебних уговора и разграничење уговора о раду од уговора о делу**

Одређивање опсега, карактеристика и правног режима који се примењује на различите уговоре поводом и у вези са радом, представља традиционални и континуирани изазов правне теорије, праксе и јуриспроденције. Покушај за разграничавање уговора о раду од уговора о делу (као што је то било приказано и у првом делу овог рада), представља комплексан процес како кроз историјску димензију тако и у садашњој правној перспективи. У периоду либералног капитализма, већина европских земаља (посебно група земаља са континенталном правном традицијом) успостављало је такав систем грађанског права у којем је био инаугурисан институт *уговора о раду* у најширем смислу те речи. Уговор о раду се дефинисао као уговор којим се једна уговорна страна, у замену за плату или без ње, обавезује да изврши одређени рад у корист друге уговорне стране (Baltić, A. i Despotović, M. 1971: 194).

Са савремених становишта, појам уговора о раду представља предмет проучавања само радног права и у том смислу, не може да се стави знак једнакости између њега и осталих грађанскоправних уговора који имају имовинскоправну компоненту, као што су уговор о делу, уговор о налогу, уговор о ортаклуку, ауторски уговор и слично. Међутим, морамо да напоменемо, да је историјска испреплетеност између уговора о раду и уговора о делу присутна и у оквирима савремене праксе. У том смислу, позитивноправни прописи, теорија и судска пракса предлажу различите критеријуме за разграничење уговора о раду и уговора о делу. Разграничење између уговора о раду и уговора о делу извршићемо преко паралелног дефинисања третираних појмова, њихових основних карактеристика, односно елемената и суштинских критеријума који раздвајају ова два уговора, опредељујући их као посебан правни основ за заснивање рада, односно другог уговорног односа поводом и у вези са радом.

Уговор о раду није дефинисан у македонском радном законодавству. Отуда, дефиниција и појам уговора о раду налазимо у правној доктрини. Према *Старова, Г. и Беличанец, Т.*, уговор о раду представља уговор помоћу кога се једно лице ангажује да ради за рачун другог лица уз одређену накнаду (Старова, Г. и Беличанец, Т., 1996: 128). *Каламатиев, Т.* утврђује да је уговор о раду централни институт радног права, који је био и остао доминантан правни основ за заснивање радног односа (Каламатиев, Т., 1996: 242).

Уговор о раду има следеће карактеристике: *консензуалност* (настаје у моменту када уговорне стране постигну сагласност воља о битним елементима уговора, а то су вид рада и плата); *двострана обавезност* (из

њега произилазе права и обавезе за обе уговорне стране); *теретност* (за обављање рада радник стиче плату); *комутативност* (права и обавезе уговорних страна су унапред одређене и познате); *формалност* (закључује се у писменој форми); *именованост* итд. Поред карактеристика уговора о раду (који анализирамо кроз призму општег уговорног права), радноправна доктрина упућује на неколико елемената уговора о раду од којих су најприхватљивији: *вршење одређеног рада*; *накнаде за извршени рад и субординације, односно подређености*. Прва два елемента су елементи обавеза и то с једне стране радника да изврши одређени рад и с друге стране послодавца да му исплати одређену накнаду, а трећи елемент представља везу, односно повезаност, између радника и послодавца, која служи као основни критеријум за разграничење уговора о раду од других њему сличних уговора (Старова, Г. и Беличанец, Т., 1996: 242). Отуда можемо закључити да за разлику од осталих елемената, који се сусрећу и код осталих (личних) уговора поводом и у вези са радом, елемент субординације (правне субординације) представља елемент који је својствен само за уговор о раду (Ковачевич, Љ., 2013: 268).

*Уговор о делу* дефинисан је Законом о облигационим односима Републике Македоније.<sup>12</sup> Према овом закону, уговор о делу је такав уговор којим се вршилац послова (извођач радова) обавезује да изврши одређени рад за наручиоца, као што је израда или поправка неког предмета или извршавање неког физичког или интелектуалног рада и слично, а наручилац се обавезује да му за то плати накнаду за извршени рад.<sup>13</sup> Дефиниција уговора о делу имплицитно упућује на карактеристике и елементе овог уговора. Карактеристике уговора о делу су: *двострана обавезност* (зато што произилази обавеза за обе уговорне стране); *еквивалентност* (права и обавезе које произилазе за обе стране су приближно једнаке); *теретност* (зато што се извршени рад плаћа накнадом); *комутативност* (зато што права и обавезе уговорних страна су унапред опредељене и познате) и каузалност (зато што поручилац закључује овај уговор са циљем да му буде извршен одређени рад, а вршилац рада закључује овај уговор да би добио накнаду за извршени рад) (Галев, Г и Ј. Дабовиќ, 2008: 501). Надаље, с обзиром на његову природу, битни (суштински елементи) уговора о делу су извршавање рада и плаћање накнаде. Тако, предмет обавезе вршиоца рада могу да буду: израда одређеног предмета, поправка предмета, вршење физичког рада и вршење интелектуалног рада. Вршење интелектуалног рада је тесно повезано са израдом ауторског дела (уметнички портрет, скулптура, песма, роман, симфонија, филм, разне студије, пројекти и

12 Закон о облигационим односима (Сл. весник на Р. Македонија, бр.18/01)

13 Закон о облигационим односима, члан 619.

слично), што се јавља као резултат наруџбине наручиоца за израду будућег дела које је регулисано уговором о наруџби ауторског дела (Дабовиќ, Ј. и Пепељугоски, В., 2008: 202). У другим случајевима она је тесно повезана са вршењем одређених правних послова. Ипак, мора се потенцирати чињеница да се уговори о делу односе на вршење физичких или интелектуалних послова.

Вршење одређених правних послова, представља предмет регулисања *уговора о налогу*, који се дефинише као уговор којим се налогопримац обавезује према налогодавцу да за његов рачун предузме одређене правне послове, а овај га овлашћује за то (Бабић, И., 2006: 173). Коначно, треба истаћи да протеком времена и развоја друштвено-економских односа и пословно-производних активности, уговори о делу доживљавају своје ширење из сфере грађанског ка сфери трговинског права. Такви уговори по својој генези и надаље задржавају основна обележја која су карактеристична за уговор о делу, међутим, њихов предмет и садржина обухватају посебне именоване уговоре као што су: *уговор о грађењу*, *уговор о превозу*, *уговор о контроли робе и услуга*, *уговор о организовању путовања* и сл. (Бабић, И., 2006: 173). У односу на плаћање накнаде може се закључити да уговор о делу извршиоцу даје право да тражи да му буде плаћена накнада за извршени рад, а наручиоцу посла обавезу да плати надокнаду. По правилу, накнада се изражава у новчаном износу, међутим она може да се одреди и на било који други начин.

Прелиминарни закључак који може да се изведе из појма и обележја уговора о раду и уговора о делу упућује на констатацију да ови уговори имају више међусобних сличности као што су обавеза за вршење одређеног рада, вршење рада у корист другог лица, примање инструкција за вршење рада, право на одговарајућу надокнаду као противпрестацију за уложени труд и слично (Ковачевич, Љ., 2013: 268). У правном систему ова два уговора налазе се на две различите стране и на њих се примењују два различита правна режима (радноправни и општег уговорног права). Ипак, у пракси постоји велики број случајева у којима постављање јасних демаркационих линија између уговора о раду с једне и уговора о делу са друге стране представља веома сложен задатак. Први критеријум за разграничење између уговора о раду и уговора о делу је *правна субординација*. Запослено лице код уговора о раду дужно је да врши рад по основу наредби и упутстава послодаваца и под његовим надзором, а вршитељ рада код уговора о делу може да прима само опште налоге за рад од стране наручиоца посла, чије право на вршење надзора и давање упутстава се ограничава само на случајеве

када то одговара природи послова.<sup>14</sup> Код уговора о делу вршилац рада се не обавезује да стави свој физички и интелектуални рад на располагање послодавцу. (Бабић, И., 2006: 174). *Argumentum a contrario*, уговор о раду претпоставља постојање *управљачке власти послодавца*, која се састоји од овлашћења за организовање пословно-производног процеса и вршења непосредног надзора над начином рада запосленог лица. Надаље, једно од значајнијих обележја уговора о раду је и *дисциплинска власт послодавца*, која не постоји код уговора о делу и представља посебно важан индикатор у међусобном разграничењу ова два уговора. Вршилац рада (извођач радова) код уговора о делу није зависан (субординиран) субјекат и он врши уговорене обавезе самостално и независно од наручиоца рада. У оквиру уговора о делу не постоји класичан однос зависности између наручиоца и вршиоца рада. Супротно код уговора о раду, радник се налази у положају континуиране зависности од послодавца која се састоји од његовог укључивања у процес рада и потчињавања у односу на услове рада и радну дисциплину (Бабић, И., 2006: 174).

Зависност, односно независност у вршењу уговорених послова (правна субординација) јесте критеријум који је тесно повезан са наредним обележјем, а то је *подношење ризика рада*. Код уговора о раду целокупни ризик рада има послодавац, док код уговора о делу ризик пада на терет вршиоца рада. Вршилац рада је слободан да организује рад на начин за који сматра да је најбољи, па отуда је он и јединствени носилац економског ризика и потенцијалне штете која може да произађе из начина вршења делатности (Baltić, A. i Despotović, M., 1971: 175). Супротно, радник не може да сноси економски ризик од вршења своје делатности, будући да се он налази у подређеном положају у односу на послодавца, нема слободу у вршењу рада и не организује производни процес.

Наредни критеријум за разграничавање између уговора о раду и уговора о делу налазимо у њиховом *предмету и циљу*. Док предмет уговора о раду представља сам рад радника, односно континуирано вршење договорених радних активности, предмет уговора о делу представља дело, односно резултат уложеног рада (Ruždjak, M., 2005: 44). Надаље, циљ уговора о раду је усмерен ка организовању самог процеса рада и редовног коришћења радне активности на живот и текући рад преко којих се долази до постизања одређених резултата.<sup>15</sup> За разлику од циља уговора

---

14 Наручилац има право да врши надзор над извршавањем рада и да даје упутства када она одговарају природи посла, а вршилац рада је дужан да му то омогући (чл. 622 300).

15 Одређени теоретичари истичу управо коришћење радних активности радника/вршиоца послова у функцији (не)постизања одређених резултата, као сагласног

о делу, који се састоји у постизању самог резултата, без обзира на начин вршења рада (Роровић, Т., 1980: 57). У теорији постоје различити степени прихватљивости резултата рада, као предмета и циља уговора о делу и критеријума за разграничење овог уговора од уговора о раду.

У теорији налазимо и друге критеријуме за разграничење уговора о раду од уговора о делу као што су: *начин плаћања, обавеза личног вршења рада и време трајања уговора*. За ове критеријуме, подељена су мишљења у погледу њихове прихватљивости као чврстог индикатора на основу кога треба и може да се изврши неопходно разграничавање. Уобичајено, радник зарађује *плату* која се исплаћује у одређеним временским интервалима, док вршилац рада добија једнократну *накнаду* за цело дело (Ruždjak, М., 2005: 45). Ова схватања нису довољно само по себи. Прва критика у погледу *уобичајености* третмана начина и плаћања се односи на разлику у појмању *зараде*, односно *плате* и *награде*. Док зарада, односно плата представља једно од основних права из радног односа и она је именитељ самог радно-правног статуса радника, награда коју прима вршилац рада нема својство зараде, односно плате, већ она представља накнаду која се плаћа за извршени рад који произилази из уговора о делу. Други критеријум односи се на општу прихватљивост динамике плаћања лица које закључује уговор о раду, односно уговор о делу. У том смислу пракса закључивања и имплементирања уговора о делу, слично као и уговора о раду, упућује на могућност плаћања уговорене накнаде у форми периодичних исплата (аконтација) сразмерно извршеним фазама договореног посла (тј. ситуациона плаћања) (Baltić, А. и Despotović, М., 1971: 174). У овом случају уобичајено се говори о вршењу већих дела, чија израда може да траје дужи временски период (на пример, градња брода) (Ruždjak, М., 2005: 45). Коначно трећа критика у односу на плаћање као критеријум за разграничавање уговора о раду од уговора о делу не односи се на сам начин плаћања већ на начин одређивања висине плаћања. Уобичајено, висина плате радника се одређује сразмерно времену које проводи на раду (тј. временско плаћање) (Каламатиев, Т., Митревски Ж., и Ристовски, А., 2011: 41–42).

---

правног критеријума за разграничавање уговора о раду и уговора о делу. У том смислу, теорија упућује на два облика коришћења радних активности: непосредан и посредан. Уговор о раду се карактерише непосредним коришћењем радне способности других лица, при чему постизање одређених резултата није битно за опстанак овог уговора и обима уговорних обавеза, већ се они јављају као последица ангажовања радника и извршавања уговорених радних задатака. Супротно, уговор о делу је онај уговор чији првенствени циљ је усмерен ка постизању одређених резултата, а коришћење радних способности вршилаца рада, као таквих, представљају посредан циљ овог уговора (види: Baltić, А. и Despotović, М., supra. бр. 716, 177).

Група критеријума за разграничење уговора о раду и уговора о делу упућује на разлике које се односе на *обавезе за лично вршење рада*. Уговор о раду представља уговор у којем долази до изражаја лична веза између радника и послодавца. То значи да уговор о раду произилази из личних својстава радника који представљају лично вршење послова из радног односа. Код уговора о делу вршилац рада може да повери извршење посла трећем лицу, што значи да овај субјекат уговора о делу нема обавезу за личним вршењем рада. Ипак, уговор о делу може да буде лични уговор (*intuitu personae*) који предвиђа обавезно лично вршење послова, у зависности од карактера и самог рада и његове повезаности са личношћу и стручним својствима извршиоца (Роровић, Т., 1980: 57–58). У том смислу је и одредба Закона о облигационим односима која прописује да, уколико из уговора или природе рада не произилази нешто друго, вршилац рада није дужан да посао изврши лично.<sup>16</sup>

Коначно, последњи критеријум за разграничавање уговора о раду и уговора о делу је *време трајања уговора*. И овај критеријум, као и део од претходно наведених критеријума, није до краја релевантан индикатор за разрешавање споменутих дилема. У теорији се сусрећу схватања да уговор о раду представља трајни (у релативном смислу) уговор, док уговор о делу има привремени карактер (Baltić, A. i Despotović, M., 1971: 173). Начелни аргумент за ову тезу проналазимо и у Закону о облигационим односима, који утврђује да је вршилац рада дужан да изврши дело за одређено време, ако то није одређено, тада за време које је разумно потребно за такве послове.<sup>17</sup> Критика овог става лоцира се у констатацији да време трајања, односно дужина вршења одређених послова не представља карактеристику нити уговора о раду нити уговора о делу.

Сличности између уговора о раду и уговора о делу не остаје непримећена и у радном законодавству Републике Македоније и „матичном“ Закону о радним односима. Закон о радним односима Републике Македоније не предвиђа постојање посебног дела закона намењеног регулисању тзв. *рада који се врши ван радних односа*. С друге стране, у пракси Републике Македоније, неретко се ангажују лица по основу уговора о делу, који у извесној мери почиње да се поистовећује са уговором о раду или да га супституише (Старова, Г, 2005: 254). Отуд, Закон о радним односима је приступио регулисању института „посебни уговори“, чији циљ се састоји у потреби раздвајања уговора о раду и уговора о делу који у пракси често се (зло) употребљава као *правни основ за заснивање радног односа*. Закон о радним односима, предвиђа описану дефиницију појма *посебног*

---

16 Члан 629 300.

17 Члан 626, став 2 300.

уговора. Тако, послодавац може са одређеним лицем да закључи уговор ради вршења рада који су ван делатности послодавца, а који има за предмет самосталну израду или поправку одређених ствари, самостално извршавање одређених физичких или интелектуалних послова.<sup>18</sup> Надаље, Закон утврђује да овакав уговор може да се закључи и за културно-уметничке послове са лицима која врше културно-уметничке делатности.<sup>19</sup> Анализа овог института нас упућује на неколико закључака. Прво, чини се да опис *посебних уговора* чији предмет је самостална израда или поправка одређених предмета и самостално извршавање одређених физичких или интелектуалних послова је комплементарна опису уговора о делу који је регулисан Законом о облигационим односима. Ипак, у поређењу са класичним уговором о делу који се закључује између вршиоца рада (извођач радова) и наручиоца за вршење одређеног рада посебни уговор се закључује између послодавца и одређеног лица, ради вршења рада који је ван делатности послодавца. Отуда, разлика између ова два уговора лоцира се у: уговорним странама и предмету уговора. Док, уговорне стране уговора о делу (регулисане ЗОО) јесу вршилац рада (извођач радова) и наручилац, стране *посебног уговора* (регулисане ЗРО) јесу послодавац и одређено лице. Сматрамо да разлика у субјектима између којих се закључују ови уговори има чисто номинално значење и она нема већу улогу у детерминисању уговорних односа и њиховој садржини. Ипак, кључна разлика може се лоцирати у предмету уговора и опсегу примене. У том смислу, за разлику од уговора о делу који се закључује за вршење одређених послова, независно од њиховог предмета и опсега примене, *посебни уговори* се закључују за вршење рада који је ван делатности послодавца. Ограничавање закључивања *посебних уговора* само на оне послове који су ван делатности послодавца практично онемогућава ангажовање уговора о делу одређеног лица за вршење послова који спадају у делатност послодавца стимулишући закључивање уговора о раду тамо где постоји редовна и континуирана потреба за ангажовањем радника. Овим решењем Закон о радним односима онемогућава послодавца да закључује *посебне уговоре* (уговоре о делу) са циљем да избегне трошкове који произилазе из заснивања радног односа. Други закључак који произилази из института *посебног уговора* се односи на експлицитне могућности обухватања лица која врше културно-уметничку делатност. То значи да послодавац при ангажовању лица за вршење културно-уметничких послова закључује *посебан уговор* са овим лицима који не представља уговор о раду као правни основ за заснивање радног односа. Отуда, генерални закључак који може да се изведе из

---

18 Члан 252, став 1 ЗРО.

19 Члан 252, став 2 ЗРО.

анализе *посебних уговора* (регулисаних ЗРО) састоји се у констатацији да се ови уговори изједначавају са уговором о делу (регулисаних ЗОО), или представљају њихову подгрупу. С друге стране, може се закључити да одредбе Закона о радним односима којима су обухваћени ови уговори представљају посебне, специјалне одредбе (*lex specialis*) у односу на генералне одредбе, регулисане Законом о облигационим односима.

## Литература

Allen, W. D. (1999). *Transaction Costs*. Paper Number 0740. 893–926

Бабић, И. (2006). *Уговори грађанског права*. Београд: Правни Факултет Универзитета Унион у Београду

Багић, Д. (2010). *Индустријски односи у Хрватској*. Загреб: TIM press

Baltić, A. Despotović. M. (1971). *Osnovi radnog prava Jugoslavije – sistem radnih odnosa – i osnovni problemi sociologije rada*. Београд: Savremena administracija

Baker, G., Gibbson, R. and Murphy, K. J. (2001), *Relational Contracts and the Theory of the Firm*. Forthcoming in *Quarterly Journal of Economics*. 1–44.

Bronstein, A. (2009). *International and Comparative Labour Law (Current Challenges)*. ILO: Palgrave Macmillan

Casale, G. (2011). *The Employment Relationship: A General Introduction*. U G. Casale (Prir.), *The Employment Relationship – A Comparative Overview* (str. 1–35). Geneva: Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, International Labour Office

Chamberland, D. (2003). *Outsourcing – The sourcing column*. Canadian Corporate Council, Volume 12, Number 5. 73–74.

Дабовиќ-Анастасовска, Ј., Пепељугоски, В. (2008). *Право на интелектуална сопственост*, Скопје: Правен факултет „Јустинијан Први“

Дигитален речник на македонски јазик, <http://www.makedonski.info>

Галев, Г., Дабовиќ-Анастасовска, Ј. (2008). *Облигационо право*. Скопје: Универзитет „Св. Кирил и Методиј“, Правен факултет „Јустинијан Први“

Каламатиев, Т. (1996). *Засновање на работен однос*. Скопје: Универзитет „Св. Кирил и Методиј“, Скопје, Правен факултет

Каламатиев, Т., Ристовски, А. (2013). *Флексибилност и сигурност радног односа у радном законодавству Републике Македоније (развој и перспектива)*.



Београд: Радно и социјално право, часопис за теорију и праксу радног и социјалног права, година XVII, Бр.1/2013. 75–99.

Каламатиев, Т., Митревски, Ж., Ристовски, А. (2011). *Права од работен однос на жените и младите во Република Македонија*. Скопје: Фондација „Фридрих Еберт” – Канцеларија во Македонија, Скопје

Ковачевиќ, Љ. (2013). *Правна субординација у радном односу и њене границе*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду

Lesch, H. (2004). *Trade Union Density in International Comparison*. Institut der deutschen Wirtschaft (IW). 12–18.

McCann, D. (2008). *Regulating Flexible Work*. Oxford: Oxford University Press

Muehlburger, U. (2007). *Dependent Self-Employment*. New York: Palgrave Macmillan

Outline Etymology Dictionary, <http://www.etymonline.com/index.php?term=subordinate>

Perulli, A. (2011). *Subordinate, Autonomous and Economically Dependent Work: A Comparative Analysis of Selected European Countries*. U G. Casale (Prir.), *The Employment Relationship – A Comparative Overview* (str. 137–189). Geneva: Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, International Labour Office

Popović, T. (1980), *Radno pravo*. Beograd

Rivero, J. Savatier, J. (1970). *Droit Du Travail*. Paris: Presses Universitaires de France

Rosioru, F. (2013). *The changing concept of subordination*. Budapest: Kiss Gyorgy (szerk.), *Recent Developments in Labour Law*. 1–31.

Ruždjak, M. (2005). *Zasnivanje radnog odnosa*. Zagreb: Poslovni zbornik d.o.o.

Старова, Г. (2005). *Трудово право*. Скопје: Просветно дело А.Д. Скопје

Старова, Г., Беличанец, Т. (1996). *Трудово право*. Скопје: Универзитет „Св. Кирил и Методиј”, Скопје, Правен факултет

Supiot, A. (2001). *Beyond Employment – Changes in Work and the Future of Labour Law in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2001

Williamson, O. E (1979). *Transaction cost economics: the governance of contractual relations*. *Journal of Law and Economics*. 22–61.

Закон за облигационите односи. *Сл. весник на Р. Македонија*. Бр. 18 (2001)

Закон за работните односи, *Сл. весник на Р. Македонија*. Бр. 62 (2005)

**Todor Kalamatiev, LL.D.**

Full Professor,  
Faculty of Law "Iustinianus Primus",  
University "SS Cyril and Methodius", Skopje

**Aleksandar Ristovski, LL.M.**

Teaching and Research Assistant,  
Faculty of Law "Iustinianus Primus",  
University "SS Cyril and Methodius",  
Skopje

## **SUBORDINATION IN LABOUR LAW AND CONTEMPORARY CHALLENGES IN DISTINGUISHING BETWEEN EMPLOYMENT CONTRACTS AND SERVICE CONTRACTS**

### **Summary**

*Subordination, understood as a relation of "subjection and supremacy" between the contracting parties, is a key legal instrument which is intended to distinguish the general concepts of labour law (employment relationship, employment contract, employee) from their counterparts within the framework of the general contract law. Therefore, this article examines the structure and contents of the subordination conceived as "diferentia specifica" of employment contracts as compared to contracts for services.*

*In the introductory remarks, the authors illustrate the global socio-economic conditions which have an impact on labour/employment relations as a general category. They urge for amending the labour legislation and minimizing the differences between employment contracts and contracts for services.*

*The first part of this article is dedicated to the analyses of subordination, as an essential element of employment relations and the contract of employment. The authors emphasize the legal contents of subordination and particularly its main features: the employers' managerial, regulatory and disciplinary authority. At the same time, the authors analyze the economic parameters of subordination, particularly in light of the hierarchical market structures.*

*The second part of the article is focused on defining the term "subordination" and its main characteristics through the prism of Macedonian labour law system. In this part of the paper, the authors focus on specific features which distinguish employment contracts from contracts for services.*

**Key words:** *subordination, labour law, employment contracts, service contracts.*

## **ПРИЛОГ УЧЕЊУ О ОСНОВНИМ ПОЈМОВИМА ТРИЈАЛИСТИЧКЕ ТЕОРИЈЕ ПРАВА И ДРЖАВЕ**

**Апстракт:** Текст излаже основне појмове тријалистичке теорије права и државе као нове опште теорије права и државе, чији су елементи правна статика, правна динамика (теорија кружнога стварања правног поретка) и правна телеологија (теорија правних принципа). Битно ново у тој теорији је оживљавање и нова интерпретација објективнога духа као материјалног извора права, као и теорија кружнога (цикличнога) стварања правног поретка, у оквиру које се држава сагледава као јединство актуалнога (у смислу правних аката) и реалног правног поретка.

**Кључне речи:** Правна статика, правна динамика (теорија кружнога стварања правног поретка), правни принципи, објективни дух као материјални извор права.

Овај спис има одређену предисторију. Пре кратког времена указали смо на могућност заснивања тријалистичке теорије права као једне нове опште теорије права и државе, односно философије позитивнога права (Петровић, 2013, 183 ил.). Та теорија обухвата правну статистику (материјално право, “спољашњи” правни систем, биће права), правну динамику (кружно или циклично стварање правнога поретка, процесно право, бивање права) и правну телеологију (основне правне принципе, правну аксиоматику, “унутрашњи” правни систем, правно требање или требовање). Ти конститутивни елементи, који заједно чине право у целини или правни поредак, јављају се као „региони” у смислу Хусерлове философије (Husserl, I, 1950, 26 ил.) којима припадају различите категорије или основни појмови, но којима одговарају и три елемента Хегелове “науке логике” (Hegel, I, 1951, 49 ил., 67 ил., 119 ил.): биће (Sein), бивање (Werden) и требање или требовање (Sollen).

\* milan@prafak.ni.ac.rs

Особеност или “судбина” тријалистичке теорије јесте да настаје постепено и фрагментарно, зависно од интелектуалнога сазревања и животних прилика њенога творца. Тако је најтежи и најоригиналнији њен део, правна динамика као кружно или циклично стварање правнога поретка, готово у целини изложен већ у једном нашем раду из 2010. године (Петровић, 2010, 188 и дд.), док се извесни делови правне статике налазе још у нашој докторској дисертацији (в. Петровић, 1981, 14 и дд.). Овај рад представља продужење пута на изградњи и “прочишћавању” појмова те теорије. Сваки део тријалистичке теорије има, као што смо приметили, своје основне појмове. Но, њихово исходиште налази се у правној статистици као учењу о бићу права које се, као регион, јавља као основа или претпоставка других региона правног поретка. Услед тога, постоје, унутар правне статике, основни појмови који важе у целини правног поретка. То су општи основни правни појмови. Основни правни појмови осталих региона с тога су посебни основни прави појмови. Међутим, постоје извесни основни појмови правне статике који до особеног изражаја долазе само у њој, док се у правној динамици и правној телеологији или само претпостављају или добивају преображен вид. Зато те основне правне појмове и називамо посебним основним правним појмовима правне статике.

Једно разуђено, и кадшто замршено учење о правним појмовима излаже и Тома Живановић у свом “Систему синтетичке правне филозофије”, у њеном делу који назива “Формалном синтетичком филозофијом права” (Живановић, 1959, 7 и дд.). Но, уопште узев, заслуга је опште теорије права, која се јавља у другој половини 19. века, што је у средиште својих испитивања ставила, у ствари, основне правне појмове. Овде, у првом реду, ваља споменути Бирлингову “Критику основних правних појмова” (Bierling, I,1877, II,1883). Штавише, извесни ауторитети из ове области Општу теорију права напросто поистовећују са „Системом основних правних појмова“ (в. на пример: Nawiasky, 1948, 3 и дд.). Опет, Живановићево прекрштавање опште теорије права у “формалну” синтетичку филозофију права представља промашај. Јер, постоје дакако формалистичке опште теорије права, као што је Шомлова (Somló) или Келзенова (Kelsen). Али, нису све такве. Рецимо, величанствена Дигијева (Duguit) теорија државе и права скроз-наскроз је “материјална”.

Опет, Живановић као основни правни појам узима “право као норму” (“право у логичком смислу”) и “право као скуп норми” (“право у екстензивном смислу”) (Живановић, 1959, 11 и дд.). То је такође грешка јер се не види зашто и неки други основни правни појам који Живановић наводи, не би био право, рецимо субјективно право и правна дужност (Живановић, 1959, 157 и дд.). Но, ова грешка Живановићево схватање права разоткрива

и као нормативистички догматизам, који наша тријалистичка теорија најодлучније отклања. Само, та теорија није ни “социологистичка”. Неокантовска дилема: “нормативизам” или “социологизам” — за њу је мртва и сахрањена. Јер, њен основни појам није само правно правило и институција, већ и објективни дух као материјални извор права, који је, с неокантовске тачке гледишта, непојмљив. Ако бисмо тријалистичку теорију права и државе морали да сврстамо у неки од токова правне мисли, онда би она била, уз све опасности које дефинисање носи са собом, једна врста “неоисторијске правне школе”.

Низ општих основних правних појмова започињемо са државом као субјектом правног поретка (видећемо да постоје још два основна, али посебна, појма државе: држава као институција и држава као јединство реалног и актуалног правног поретка). Нашем појму “субјекта правног поретка” у основи одговара појам “врховног властодршца” који је изложио Валтер Јелинек. Он каже (W. Jellinek, 1913, 28): “Ако је у људској заједници присутан врховни властодржац (било да је то народ, било монарх, било нека посебна друштвена класа итд.), онда оно што он нареди, треба да се извршава.” Ово је, по том писцу, “највише правило правног поретка”. Он истиче (ibid.): “Ово правило има исту неповредивост као природни закон; оно је као овај независно од стварности, стварности су само случајеви примене општег закона; револуције, стварање држава, уништења држава, уставни закони, и томе слично, сучињенична стања на која највише правило надовезује дејства.” Додуше, ово схватање потиче од великог енглеског мислиоца, нарочито државе, из 18. века, Томаса Хобса (Thomas Hobbes). Но, Хобс дотично највише правило назива “заповешћу исправног разума” (Dictamen rectae rationis) (Hobbes, 2004, I, 14, II, 1). Валтер Јелинек, напротив, не схвата га као практично правило, већ као теоријско објашњење правне стварности (W. Jellinek, 1913, 28 adn. 58). Исто тако и ми.

Следећи општи основни правни појам је правни субјект (“у субјективном смислу”). Субјекту правног претка као даваоцу заповести нужно одговара правни субјект (у субјективном смислу) као њихов прималац. У праву је Диги (Duguit, I, 1927, 452) када каже да правни субјект може бити – у првом реду – само индивидуални човек имајући свесну вољу, јер једино он може бити потчињен објективном праву. По том аутору, човек несвестан својих радњи услед старосног доба или душевне болети није субјект права, као што ни скупине људи, које право назива правним лицима, нису субјекти права; у погледу њих, ради се само о том да објективно право признаје и штити њихове интересе и циљеве које остварују. С Дигијем се слажемо утолико што су изворни субјекти права, које називамо правним субјектима у субјективном смислу, само људи свесни својих радњи. Од његових

схватања се разликујемо утолико јер сматрамо да право у секундарном смислу (о коме ће ниже бити речи) — “конструктивна правна правила” за разлику од “градивних закона правног поретка” — може одредити да и особе несвесне својих радњи те установе и задужбине могу имати “своју” вољу, с тим што се та воља јавља, према изврсној Виндшајдовој формулацији, као “воља правног поретка” (Windscheid, I, 1984, 158). С тога ту другу врсту правних субјеката, изведене, секундарне субјекте права, називамо и правним субјектима у “објективном смислу”. Иначе, разлику између градивних закона правног поретка и конструктивних правних правила сматрамо једном од најтемељнијих разлика у области правних појмова.

Правна дужност је такође општи основни правни појам. Она с логичком нужношћу происходи из појма субјекта правног поретка. Јер, изворно, правна дужност је обавеза правних субјеката да извршавају заповести субјекта правног поретка. Свака правна грана је мноштво правних дужности, са изузетком управног и уставног права где је равнотежа правних дужности и субјективних права нарушена у корист субјективних права. Овде ћемо прибећи само основном разврставању правних дужности. Те дужности могу бити било позитивне, било негативне. Позитивна правна дужност постоји када држава захтева да правни субјект нешто одређено чини; негативна, када држава правном субјекту забрањује одређено чињење. Даље, правна дужност је релативна када се састоји у обавези према одређеном лицу, као што је, у облигационом праву, обавеза зајмопримца да одређеном зајмодавцу исплати узајмљену своту новца, или, у управном праву, обавеза власника да уступи експроприсану непокретност уз узвратну исплату правичне накнаде. Правна дужност је апсолутна када је обвезнику забрањено да вређа било чије право својине или било чијих личних права. Дужност верности држављанина према својој држави такође је једна апсолутна правна дужност.

Другачије деобу на релативне и апсолутне дужности поима утемељитељ англосаксонске опште теорије права из 19. века, Остин (Austin). По њему (Austin, I, 2002, 412 илд.), релативна дужност одговара извесном субјективном праву, то јест, она се има извршити према одређеном лицу или одређеним лицима, различитим од обвезаника и суверена који је наметнуо дужност. Све апсолутне дужности су кривично санкционисане. Оне су: 1. дужности према себи (рецимо, забрана самоубиства, забрана пијанства, забрана блудничења); 2. дужности према неодређеним лицима или према суверену који је наметнуо дужност; 3. дужности које се не односе на лица, као што су дужности према Богу и забрана злостављања животиња.

Но, потоња англосаксонска теорија права сматра и те дужности релативним дужностима према суверену (в.: Holland, 2006, 1009). То полазиште сматрамо исправним, јер, као што ћемо ниже видети, држава као субјект правног поретка има, у ствари, врховна субјективна права.

Овде такође морамо заузети негативан став и спрам Живановићеве разлике између “права о праву” и “права о неправу” као основним правним појмовима (Живановић, 1959, 325 илд.). По Живановићу, “право о неправу” обухвата грађанско деликтно право, чија је санкција одштета, и кривично право, чије су санкције казне и мере безбедности. Међутим, свака повреда неке од правних дужности повлачи за собом одређену санкцију, представља дакле неправу.

Штавише, не свде се све санкције на одштету те казне и мере безбедности. Нарочито су особене управноправне дужности. Када полиција употребом физичке силе растури јавни скуп који се изродио у ремећење јавног реда и мира, или кад насилно спречи душевно болесно лице да изврши самоубиство, или када инспекција затвори угоститељску радњу због непоштовања хигијенских прописа, ради се о санкцијама у виду физичке принуде, али те санкције нису ни одштета, ни казна, ни мере безбедности. Санкције за повреду управноправних дужности сродне су, у ствари, нужној одбрани, јер њихова сврха није реакција на почињено неправу – као код грађанског деликтог и кривичног права – већ сузбијање истовремене противправне радње или спречавање да до такве радње дође.

Општи основни правни појам је и субјективно право. Врховна субјективна права јесу субјективна права државе као субјекта правног поретка. Из претходног би се могло закључити да држава нема правних дужности. Но, касније ћемо показати да такве дужности нужно постоје. Према Георгу Јелинеку (Georg Jellinek), држава има следећа основна субјективна права: право на послушност, право на признање и право на стварање права (G. Jellinek, 191, 197 илд.). Овде треба истаћи и право државе да кажњава прекршиоце својих заповести. Одатле се види да је и савремено кривично право “право о праву”, као и остале правне гране. Јер, оно се састоји од, с једне стране, извесних апсолутних правних дужности и с друге стране, права државе да изрекне одговарајућу санкцију, у виду казне и мере безбедности, против прекршилаца тих дужности. Рецимо, Кривични законик Републике Србије од 2005. године прописује у чл. 203, став 1.: “Ко туђу покретну ствар одузме другом у намери да њеним присвајањем себи или другом прибави противправну имовинску корист, казниће се новчаном казном или затвором до три године.” Зависна реченица (“Ко туђу...”) забрањује крађу формулишући дужност: “Не укради!”. Независна

реченица (“казниће се...”) изриче пак субјективно право државе да казни крадљивца.

Субјективна права могу се, с обзиром на своју правну снагу, разврстати на следећи начин: то су: прво, субјективна права државе као субјекта правног поретка, која проишходе из суштине државе и која смо малочас споменули; друго, то су субјективна права која држава зајемчује и уобличује, али није њихов творац. Тако Лабанд (Laband, I, 191, 105, подвучено у изворнику), водећи немачки теоретичар државног права из доба Немачког царства, каже: “Извесно је да суверена држава може да укине својину, феудално право, ваљаност извесних облигација, очинско право итд.; да сваки држављанин може да има свако поједино имовинско право у обиму и толико дуго колико то држава трпи. Али без обзира на то, било би наопако схватање сва имовинска и породична права појединачно означити изведеним од државе, пренесеним од ње; држава није позитивно источник и врело, творац и носилац тих права, већ је њена воља само негативно изискивање да права која држава не трпи, не могу настати или даље постојати.” А правни филозоф неохегеловац Ласон (Lasson, 1967, 208 илд., подвучено у изворнику) истиче: “Овлашћење је дакле оно што се само по себи разуме, тек ограничење потиче од права; што није забрањено, допуштено је, и под пуким становиштем права свако може да се тога држи како хоће. Али, у то овлашћење не сме нико против икога да задире; правни закон је због тога по својој суштини забрана повреде: *neminem laedere*. Правна дужност има негативно значење, да је свакоме забрањено да дотакне и омета овлашћење другог.” Као трећа врста субјективних права јављају се она која су створена прописима.

Нормативисти признају постојање само те потоње врсте субјективних права. Тако је, по Шомлу (Somló, 1917, 469), субјективно право “правном нормом створен захтев”. Према Томи Живановићу (Живановић, 1959, 184; на стр. 186 ил. налази се шира, но суштински истоветна дефиниција), субјективно право “према тома има се дефинисати... као правном нормом (*scil.* прописом принудљивим) дано овлашћење (моћ) делати (т.ј. на неку радњу)”.

Узрок нормативистичке заблуде ваља тражити у дивовском квантитативном и квалитативном расту света рада и капитала почев од 19. века. Тај свет уређен је безбројним мноштвом државних и аутономних прописа стварајућих недоглед нових субјективних права и правних дужности (в.: Ripert, 1949, 37 илд.; Ripert, 1951, 128 илд.; Ripert, 1955, 191 илд.). Опчињена тим оријашким променама, правна је наука поставила ствари с ногу на главу, прогласивши прописе, у првом реду писане законе, јединим изворима



права и “објективним правом”, а ненаучним “природно право”, “практични ум” и “народни (објективни) дух”. Највећи критичар нормативизма, Карл Шмит (Carl Schmitt), истиче (Schmitt, 1985, 276): “На тој подударности права и закона почивало је напослетку све што се током 19. века развило у један још данас делотворан систем и инвентар појмова, формула и постулата правне државе. Држава је закон, закон је држава... Унапред утврђена и претпостављена подударност и хармонија права и закона, праведности и законитости, ствари и поступка господаре до у сваку појединост правним мишљењем легалистичке државе.”

Нерешив проблем нормативизма, на коме он у ствари пада, јесу правни прописи који нису заштићени државном санкцијом у виду физичке принуде, “*leges imperfectae*”. По Остину, на пример, право је недељиво тројединство заповести, дужности и санкције. Зато за њега “*lex imperfecta*” није правно правило, већ је савет или подстицај који виши упућује нижем од себе. Додајмо да за Остина ни међународно јавно право није право, већ његова правила спадају у “позитивни међународни морал”, који налаже “опште мњење”, јер један суверен не може да заповеда другоме суверену” (Austin, I, 2002, 94, 101, 186 и дд.). Лукић такође сматра да су правне само оне норме које “имају санкцију државног насиља”; пошто норме уставнога права такву санкцију немају, онда су то норме које имају само “моралну, политичку” санкцију. А ни норме међународнога права нису, по њему, правне норме, јер су државе као субјекти међународнога права једнаке, и у том погледу се Лукић не разликује од Остина, па једна другој не могу заповедати као виши нижем (в.: Лукић, 3/II, 1995, 103 и дд., 288). Само, има нормативиста који стоје на сасвим супротном становишту, то јест, да су и “*leges imperfectae*” правне норме у правом смислу речи. До оваквога закључка Шомло долази тако што санкцији одриче појмовно обележје правне норме. Правне норме, по њему, потичу од властодршца коме стоји на располагању принуда, но које се, као и та принуда “уобичајено” примењују (Somló, 1917, 143 и дд.). Но, као што прво гледиште претерано сужава појам права, тако га ово друго претерано шири. Јер, ма колико било неразумно искључити из права надлежност оних који прописују и примењују санкције, што чини прво гледиште, једнако је неразумно избрисати разлику између правних норми, с једне стране, и моралних, конвенционалних и обичајних норми, с друге стране, што следи из другог.

Међутим, ствари добивају сасвим другачији, исправан изглед, ако се место санкције одреди уз субјективно право, што ће рећи да је изворно, примарно, санкцијом заштићено субјективно право, и не правно правило. Узмимо као пример одредбу из чл. 9 Устава Републике Србије од 2006. године, која гласи: “Главни град Републике Србије је Београд.” За нормативисте,

та одредба би била "lex imperfecta". Али, та одредба у ствари изражава субјективно право највиших органа Републике Србије да своју делатност обављају у Београду, те да могу да употребе и физичку принуду против оних који би их ометали у вршењу тога права. "Leges imperfectae" спадају без даљег у правни поредак. Јер ти закони изражавају, с једне стране, субјективно право субјекта правног поретка као врховног законодавца да их донесе и, с друге стране, субјективно право правних субјеката на које се односе да их примењују или не примењују.

Старији класици правне науке давали су такође првенство субјективном праву пред правним прописима, без обзира на то да ли су сматрали да постоје извесна предржавна субјективна права или нису. Тако Хегел читује (Hegel, 1981, 75 ид. §§ 40, 41, подвучено у изворнику): "Права, као породица и држава, која за своју претпоставку имају супстанцијалне односе... Особа мора себи дати спољашњу сферу своје слободе да би била идеја... тек у својини особа је постала ум." Анселм Фојербач (Anselm von Feuerbach) разврстава права владе у четири разреда: право врховног надзора, право располагања, право суђења те право извршења свега што су она три права определила (Feuerbach, 1798, 30 идд. §14, тачка 6). Данас, нажалост, заборављени теоретичар државе и права, Швајцарац Халер, истиче да "природно стање" и даље постоји, и да у њему важи "апсолутно или природно приватно право". Држава настаје тако, што најмоћнији земљовласник са другима закључује различите уговоре о служби, и тада се ради о монархији, или када више независних земљовласника закључује међу собом задружни уговор, у ком случају се ради о републици (Haller, I, 1964, 340 идд.). Он даље вели (Haller, I, 1964, 463 идд.): "Државе су дакле само највиши ступањ природних односа о служби и задрузи или такозваних приватних односа, и разликују се од њих само независношћу или вишом влашћу и слободом својих поглавара." Изврсно је и Халерово поимање односа својине и државе (Haller, II, 1964, 57); "Следствено томе, извесно је да је својина постојала пре свих људских закона, те да често још увек постоји без њих. Ниједан једини законик није никада увео или прописао својину, напротив, закони су тек настали из својине или због ње, не да би је засновали, већ да би свакоме што је могуће више обезбедили оно што је његово. Од туда су такође још стари назвали божицу Цереру, персонификовану идеју земљорадње, Ceres legifera, пошто су тек кроз земљорадњу и својину подстакнути закони. Тако такође својина није произашла из држава, већ су, насупрот томе, државе или господарства произашли из својине (урођене или стечене)." Халеру се, ипак, може спочитнути што је међународно јавно право определио само као виши ступањ "апсолутног приватног права" (Haller, I, 1964, 341). Наиме, када

једна држава стекне земљу друге државе путем ратне окупације, што и Халер признаје ваљаним основом стицања својине када се ради о “војничким државама” (Militärische Staaten) (Haller, III, 1964, 191 и дд.), не може се сматрати приватно- правним начином стицања.

Општи основни правни појам јесте и објективни дух као материјални извор права. Откриће објективног духа дугујемо Хегелу (в.: Hegel, 1991, 389 и дд., 483 и дд.). Но, у новије време је најпотпуније тај појам развио Николај Хартман (Nicolai Hartmann) (Hartmann, 1962, 175 и дд.). При свему томе, премда нису говорили о “објективном духу”, извесни велики мислиоци градили су, ако не са њим истоветан, а оно сродан појам. Такав један појам је “перспектива”, који се јавља као један од основних појмова Ничеове (Nietzsche) философије. Тако он говори о “перспективном карактеру постојања” (Nietzsche, II, 1972, 523) као и о “перспективном” као “основном услову свега живота” (Nietzsche, III, 1972, 12). На истој равни налази се и Хусерлов (Husserl) “бесконачни временски хоризонт” света, при чему “свет” није само “свет ствари”, већ и “свет добара”, “практични свет” (Husserl, I, 1950, 59, подвучено у изворнику). У сваком случају, по Хајдеггеру (Heidegger), “хоризонт” и “перспектива” нужно су повезани (Heidegger, I, 1961, 570 и дд.). Додајмо да објективни дух не влада само светом права, већ целокупним регионом духовног бића. Објективни дух је такође носилац историје, творац морала, институција заједнице, образовања, цивилизације и културе.

Ако објективни дух појмимо као материјални извор права, онда постаје јасно да и држава као субјект правног поретка, будући репрезентант објективног духа, такође нужно мора имати и извесне дужности. С тим у вези, у праву је Кант када каже да је први акт дистрибутивне (расподељујуће) правде у грађанском друштву успостављање личног права да се пред судом истиче правоваљаност поседа (Kant, VI, 1968, 300 и дд.). Субјект правног поретка може да се понаша супротно правној перспективи објективног духа; али је тада његово понашање, премда споља, формално, правоваљано, изнутра нелегитимно. Овде ваља расудити необичну Хегелову изреку, изнесену у Предговору његове “Философије права” (Hegel, 1981, 25): “Што је умно, то је стварно и што је стварно, то је умно.” Могло би се помислити да је, по овој мисли, за Хегела свака државна власт “умна”, то јест легитимна. Зато се већ Хегел осетио побуђеним да дотичну изреку појасни. По њему, “стварност” о којој је реч, јесте стварности идеје а не ма какво постојање или егзистенција. У “Енциклопедији” (Hegel, 1991, 38 и дд., § 6, подвучено у изворнику) он пише: “Што се философског смисла тиче, треба претпоставити толико образовања да се зна, ... да је постојање уопште делом појава и само делом стварност. Али такође већ уобичајеном осећању неће каква случајна егзистенција заслуживати нарочито наглашен назив нечег стварног; —

нешто случајно је егзистенција која нема већу врсноћу од нечег могућег, које исто онако може бити као што не мора... Стварност онога што је умно већ се супротставља како представи да су идеје, идеали даље ништа доли химере и философија систем таквих привиђења, тако и обратно, да су идеје и идеали нешто одвећ изванредно да би имали стварност, или такође нешто одвећ немоћно да би је себи прибавили."

Следствено томе, заповедник гусарске лађе или коловођа разбојничке банде може над својом дружином имати већу власт него апсолутни монарх или диктатор над својим поданицима, јер тај заповедник, односно коловођа, може за најмању грешку да осуди на смрт, али, за разлику од апсолутног монарха или диктатора, он не стоји под објективним духом, већ против њега, те је зато само злочинац који заслужује најтежу казну.

Пређимо на питање садржине објективног духа као материјалног извора права.

Споменимо најпре градивне законе правног поретка, о којима смо говорили већ у нашој докторској дисертацији (в.: Петровић, 1981, 18 илд.). Ови градивни закони имају суштинску сличност са "нормативним правним правилима" или "правним нормама у властитом смислу речи" како их схвата Диги (Duguit, I, 1927, 106 илд.). Он та правила сматра "императивним" искључиво у смислу да она чине друштвени статут који нужно везује све појединце чланове скупине; она су "сам услов одржања друштвеног живота". Зато их можемо назвати и апсолутним државним уставом. Једно такво правило је, по Дигију: "Не смеш убити другог човека уколико те није напао." Уз то он истиче да француски Грађански законик (Code Napoléon), ако се не узме у обзир породично право, садржи само три правне норме: "слободу уговарања, поштовање својине и обавезу да се надокнади штета која је другом скривљено проузрокована". Под њима стоје "конструктивна или техничка правна правила", о којима Диги каже (Duguit, I, 1927, 107) да су "установљена да обезбеде у могућој мери поштовање и примену нормативних правних правила. Она организују мере; она доносе диспозиције, она прописују надлежности, те казано једном речју, она отварају правне путеве у сврху обезбеђивања санкције правне норме... Конструктивна правила такође утврђују услове под којима држалац силе може да интервенише; она опредељују његова овлашћења, дејство и домашај његових одлука... Конструктивна правна правила подразумевају постојање државе више или мање у зачетку." Основна разлика између Дигијевог и нашег схватања састоји се у томе што Диги не примећује објективни дух, и, уместо њега, говори о "правној свести". Тако он каже (ibid.): "Појединац има свест о том правилу ("правној норми", М.П.), више

или мање нејасну. Али колико год примитиван био, он зна, он разуме, он има барем интуицију да ако му се не подвргне, цела друштвена група ће реаговати против њега и да она може установити правила која непосредно или посредно служе извршењу норме. И то су управо конструктивна или техничка правна правила.” Само, ми такође сматрамо правну свест једним од општих основних правних појмова, с тим што је од најбитнијег значаја утврдити везу која постоји између правне свести и објективног духа. Међу градивне законе правог поретка убрајамо и предмет “устава као скупне одлуке о врсти и облику политичкога јединства”, то јест, “позитивног појма устава”, по схватању Карла Шмита (Carl Schmitt). Ти предмети данас углавном јесу: демократија, парламентарно- репрезентативна форма законодавства и владе, грађанска правна држава са својим принципима: основним правима и разликовањем власти (в.: Schmitt, 1970, 23 илд.).

У садржину објективног духа као материјалног извора права улазе и конкретни правни типови. Оштро и различито поимање типа изнад свега је заслуга немачког филозофа Дилтаја (Dilthey). А и савремена правна наука, која се све више удаљује од нормативизма, посвећује му растућу пажњу (в., нарочито: Engisch, 1968, 273 илд.; Larenz, 1991, 461 илд.). Тип представља синтезу индивидуалног и општег, али не случајну и произвољну. Он је једна целина која има своје структуралне законитости. Дилтај, који је та обележја типа први истакао, говори, с тим у вези, о “регуларном повезивању индивидуално различитих црта у основне форме душевног живота” (Dilthey, 1924, 241) и тај обрт на другом месту тумачи на следећи начин (ibid., 270): “У једном таквом типу на регуларан начин је међусобно повезано више обележја, делова или функција. Те црте, чије повезивање чини тип, стоје једне према другима у једној таквој узајамној релацији да присуство једне црте допушта да се закључи о другима, варијација у једној о варијацији у другој. И та типична повезивања обележја јачају у универзуму у успињућем реду форми живота, и достижу у органском и онда у психичком животу своју највишу тачку.”

Логичким операцијама тип се не може открити, а нити се његови елементи могу у потпуности рашчланити у правне прописе и апстрактне појмове у њима садржане. Не може се, исто тако, појединачни случај супсумирати под тип као под норму.

Појединачан случај може се типу “подредити” постепеном селекцијом релевантних мерила. То је управо метод англосаксонских правника у примени прецедената, који у суштини нису ништа друго него типови. Идеја типа омогућује да се ставе у право светло извесни непосредни и посредни велики доприноси теорији права из прошлости. С тим у вези,

нарочито ваља мислити на Аристотелову “праву средину”, која прожима целу “Никомахову етику” (Aristotel, *Ethica Nicomacheia*, 1103b, 1109a, 1134a) и која у његовој “Политици” представља мерило разликовања “нормалних” од “изопачених” држава, као и на Кантову “идеју нормалног” коју је овај, међутим, ограничио на естетику (Kant, V, 1867, 237 и дд., §17). То “нормално”, које ни у ком случају није нешто индиферентно и ништа не казујуће, ослободио је Дилтај оквира естетике. Као на подручју естетике, тако настаје, истиче он (Dilthey, 1924, 279), “за сваки део људских испољавања живота, један тип њиховога примарног извођења. Тај тип означава његову норму, која лежи између одступања на обе стране.”

Тип у правном смислу јавља се дакле као обликујући елемент одређене правне ситуације. Далеко од тога да буду королари норми, производе типови норме из свог сопственог поретка и за свој сопствени поредак. Надовезујући се на један тип, мора норма, додуше, бити независна од одређене правне ситуације; она треба да се уздиже над њом, пошто треба да регулише многе случајеве и не један једини. Но, она може да се издигне изнад случаја који треба да регулише, само у једном одређеном оквиру и у једној ограниченој мери (в.: Schmitt, 2006, 19 и д.). Ако ту меру прекорачи, норма више не погађа ситуацију; она тада постаје неприменљива, чак бесмислена. јер она следи ситуацију у њеној унутрашњој динамици, и не обрнуто. Ако је ситуација коју треба регулисати постала сасвим другачија или анормална, ако претпостављени конкретни тип ишчезне, једна норма, ма колико она тежила да буде неповредива или вечита, не влада више стањем ствари. “*Cessante ratione legis, cessat lex ipsa!*” У том је битан смисао старог става да само актуелно оправдање, проналажење довољног разлога (*ratio vera*) норме, може утемељити њено даље важење.

Објективни дух је живи историјски дух, у сталном бивању и мени. Но, шта је његов унутрашњи покретач? На ово питање Хартман (N. Hartmann) не даје одговор. Нашли смо га у појму “*Gestalt*” немачког мислиоца, књижевника и биолога Ернеста Јингера (Ernest Jünger). На српски се “*Gestalt*” може превести као “прилика”. Но, то би било дословно значење, које не одговара суштини Јингеровог мишљења. Тој суштини више би, по нама, одговарао аристотеловско-философски израз “ентелехија”. Но напоменимо да код Јингера нема ничег о објективном духу, те да његов “*Gestalt*”, поред покретачких снага духа, “ентелехија” како их ми схватамо, обухвата и природне појаве, као што је “биљка”, “океан”, “планина Кавказ”, то јест све оно што непосредно производи из “Нераздељеног”, а то је за предсократовца Јингера првенствено “Земља” као прапочело (в.: Jünger, 13, VII/I, 2001, 134 и дд.).

Јингер је концепцију ентелехије представио 1932. године у књизи “Радник” (Der Arbeiter), која је сместа изазвала велико занимање најширих кругова немачких читалаца. Ентелехија радника замењује грађанског појединца и означава провалу елементарних снага у грађански простор (Jünger, 8, II/II, 2000, 52 илд., 125 илд.). После Другог светског рата Јингер се удаљује од ентелехије радника, она спада за њега у ентелехије “катастрофа”, “која сигурно и без странпутица корача ка својим циљевима. Огањ пропасти само је све јасније истиче. Још увек она светлуца у неизвесном титанском светлу; не слутимо у којим краљевским градовима, у којим светским метрополама ће подићи свој престо” (Jünger, 7, II/I, 2002, 301). Но, у “њеној пратњи ступају друге ентелехије — такође и такве у којима се патња оплемењује. Међу њих се убраја Незнани јунак, Безимени, који управо зато живи не само у сваком главном граду, него такође и у сваком селу, у свакој породици... Незнани јунак је још увек херој, савлађивач огњених светова, који узима на себе велике терете усред механичких уништења. Тиме је он истински наследник западних витезова” (Jünger, 7, II/I, 2002, 301 илд.) У ред ових потоњих ентелехија спада и “пролазник кроз шуму” (Waldgänger). “Шума” овде има метафизичко значење. Она “јест лука, јест домовина, јест мир и безбедност које свако носи у себи... Шума је надвременско биће... Уистину је све што се данас развија као техничка моћ, часовит сјај из ризница Бића. Ако човек успе да само на немерљиве тренутке уђе у њу, добиће сигурност... Тај добитак назвали бисмо ход кроз шуму, а човека који га постигне, пролазник кроз шуму” (Jünger, 7, II/I, 2002, 315, 317 илд., подвучено у изворнику).

Али било је сагледавања ентелехија и пре Јингера. Велики руски песник, Александар Блок, који је у октобарској револуцији 1917. године видео преокрет светске историје, написао је еп о тој револуцији “Дванаесторица”, који је преведен на све културне језике човечанства. Дванаест црвеноармејаца ступају против старе Русије коју симболизује “гладан пас”. У епу стоји:

“Ти без страха, друже, пушку стегни

И на Свету Русију потегни

На газдинску,

Домаћинску,

Угојену.”

“Ах, без крста, ах!...

...тако моћни иду снегом -

Гладни пас је – иза њих, Напред – с крвавим већ стегом,  
За куршуме недосежан,  
С нежним ходом надмећавним,  
Снежним бисерима равним  
С венцем белих ружа, чист –  
Испред свих је – Исус Христ.”

Дакле ентелехија Исуса Христа предводи дванаесторицу – број дванаест симболизује дванаест апостола – који хоће да сруше хришћанство, посебно православно. Страшна мисао! Напоменимо да и Јингер спомиње Христа као “узвишену ентелехију”, али као предводника безбројних хришћана (Jünger, 13, VII/II, 144).

Николај Хартман суштину објективног духа види у “историјском важењу”. “Оно је”, вели он (Hartmann, 196, 195), “поседовање моћи над осећањима, стајање у угледу код њих, власт над људима и њихово уобличавање путем важећег... Бити жив није овде пука слика; оно изражава повесно постојање духа, његово место у садашњости, трајање и стајање у снази. Али, то постојање и стајање у снази није вечито. Оно има свој крај, као и свој почетак у историји.” Само, премда историјски индивидуум, објективни дух нема своју свест, савест и слободу воље. Њих има само поједини људски субјект. Тако Хартман каже (Hartmann, 1962, 317): “Објективни дух није уопште субјект, већ је објект, није свест, већ је предмет могуће свести.” И, опет, у вези с правом (Hartmann, 1962, 275): “И, с друге стране, само право: Постоји ли оно у формули, пропису? Где пропис није више жив у људима, када их више не носи њихова правна свест и осећање права, ту заправо више нема важећег права. Његово важење постало је спољашње; али управо оно није више збиљско и унутрашње важење. Догод одређени пропис збиљски ‘важи’ у извесној људској заједници, њега носи жива правна воља, он није ништа друго до њен израз. То не мора значити да појединац свесно хоће одређену одредбу; но, свакако, да они који заједно живе, у целини узев, одобравају постојеће право у целини и признају га као своје.”

Сви наведени ужи појмови (“осећање права”, “правна воља”) потпадају под “правну свест” као надпојам (в.и: Szabó, 1973, 225 идд.). И Диги исправно сматра да не постоји никаква “друштвена свет”, већ само једнодушно или скоро једнодушно осећање појединаца који чине друштвену скупину у питању да би друштвена солидарност била тешко изложена погибели ако поштовање правног правила не би било зајемчено употребом друштвене



силе (Duguit, I, 1927, 123 и дд., 149). Но, код Дигија нема ни помена о објективном духу као историјском уобличитељу правне свести. Али, ако прихватимо да је само појединац носилац правне свети, не значи ли то да може постојати онолико правних свести колико постоји чланова једне заједнице? Одговор на ово питање је одречан. То с тога, што сви чланови заједнице који имају правну свест, имају истоветан или у битном сличан поглед на свет.

У том правцу значења говори Хегел у “Феноменологији духа” (Hegel, II, 1832, 453 и дд.) о “моралном погледу на свет” (moralische Weltanschauung), а у његовим предавањима из естетике реч је о томе да “начини погледа на свет чине религију, супстанцијални дух народа и провлаче се како кроз уметност, тако и кроз сва остала подручја сваке живе садашњице” (Hegel, X/2, 1837, 229). Слично вели и Јасперс (Jaspers, 1971, 1) у својој “Психологији погледа на свет”: “...када говоримо о погледима на свет, онда мислимо идеје, последње и тотално човека, како субјективно као доживљај и снагу и убеђење, тако и објективно као предметно обликовани свет.” Овде се сме споменути као сродан и Хајдегеров појам “пројекта” (Entwurf). О том појму он каже (Heidegger, 1972, 145): “Пројект је егзистенцијални бивствени устав простора фактичке могућности да се буде.” У једној другој књизи он пише (Heidegger, 1978, 146) да “човек по својој суштини стоји у отвореном пројекту бића”. Дакле, о субјективизму субјекта не може бити речи када се ради о погледу на свет. По нашем мишљењу поглед на свет укорењен је у ентелехији, о којој је раније било говора. Дакле, правна свест утиче на важење права, а заузврат поглед на свет усмерава правну свест. Према томе, ради се о кружном кретању унутар важећег права.

Правне чињенице или њихове свезе, правна чињенична бића, јесу делови стварности чије је постојање од значаја за право. То могу бити људске допуштене радње, једностране, као управни акт, или двостране, као уговор, те недопуштене, као што је кривично дело, или догађаји, који наступају независно од људске воље (рођење, смрт). Правне чињенице су и правни предмети, као што су, нарочито, телесне и бестелесне ствари. Живановић под правним чињеницама разуме само околности које се јављају као основ или извор субјективних права и правних дужности” (Живановић, 1959, 218). То гледиште је преуско. Рецимо, обнародовање закона је такође правна чињеница, али на основу ње не наступају промене у свету субјективних права и правних дужности, већ само закон ступа на снагу. Правне чињенице, уопште узев, нису општи основни правни појмови. Такви појмови су само простор и време.

Право важи унутар одређеног простора. Но, у одређеној мери постоји и одступање од тог облика важења у виду екстериторијалности, или у посредном смислу, као елемент иностраности. Елемент екстериторијалности или иностраности битно је својство свих грана међународног права (међународног јавног права, међународног приватног права, међународног кривичног права, међународног управног права, међународног радног права, међународног трговинског права). На велики значај простора у праву нарочито је указао Карл Шмит. По њему, празакон, за који он употребљава грчку реч “номос”, је “простор конкретан, конститутиван акт поретка и локализације (Ortung)” (Schmitt, 1950, 13 идд., 47 идд.).

Право је у времену. Оно у времену настаје и нестаје. У праву важи начело да каснији закон укида ранији: “Lex posterior derogat legi priori”. О том начелу биће посебно речи у правној динамици. Од великог практичног значаја је и повратно (ретроактивно) дејство закона, то јест примена прописа на чињенице настале пре његовог доношења.

Основни појмови правне статике (материјалног права) јесу објективна правна ситуација, субјективна правна ситуација и институција.

Што се објективне и субјективне правне ситуације тиче, њихову теорију је најпре изложио Диги (в.: Duguit, I, 1927, 308 идд., 327 идд.). Овде ћемо, уз нужна објашњења и одступања, изложити његово схватање.

Објективна правна ситуација производи непосредно из правне норме, то јест позитивног закона. Касније Диги, уместо правних норми, односно позитивних закона, употребљава израз “actes-règles”, “акти правила”, што сматрамо исправнијим, не само зато што објективне правне ситуације могу настати и из других општих правних аката, него и зато што “акти-правила”, као правни акти који садрже правна правила, улазе у правну динамику као формални извори права. Објективна правна ситуација је, у ствари, садржина правног правила, то јест, правно правило само. Она је општа, јер је обавезна за све. Она је трајна, јер опстаје после свих њених примена на појединачне случајеве, све док не буде изрично измењена или укинута од стране законодавца или не буде изобичајена услед саморастућег преображаја унутар објективног права. Примери објективних правних ситуација изузетно су бројни како у јавном тако и у приватном праву.

Као пример из јавног права, Диги узима (некадашњи) француски изборни закон који прописује да сваки француски држављанин који је навршио 21 годину живота, мушког пола и који није потпао под удар прописаних лишења бирачког права, јесте бирач. Изравном и непосредном применом тога закона, сваки Француз достигавши прописано старосно доба постаје

бирач. Од тог часа, службена лица су дужна да интервенишу како би му дозволила да врши своје бирачке функције. Свакоме је забрањено да учини било шта што би га ометало у томе и правни путеви су отворени ради сузбијања радњи које би имале то за циљ. Та ситуација је општа као закон пошто се супротставља сваком, као што се закон намеће свима. Бирач не губи своју ситуацију када је једанпут или више пута вршио своја бирачка овлашћења; он ће их задржати догод недирнут траје закон који их је створио. Но, ситуација ће се преобразити у исто време као и закон, и попримиће све измене које је унео у њу. Пример из приватног права је објективна ситуација у којој се налази појединац рођен од родитеља сједињених брачном везом. Самом чињеницом свога рођења тај појединац стиче законску ситуацију брачног детета, која му обезбеђује укупност овлашћења која може супротставити свакоме и која ће сачувати догод закон који их је створио и уредио не буде укинут или измењен. Та ситуација проистиче одатле, што закон свакоме забрањује да предузме ма какву радњу која је вређа и правни пут је отворен у сврху престанка сваке сметње која би наступила у погледу вршења овлашћења везаних за дотичну ситуацију. Она је општа: Правни пут који подразумева отворен је против сваког ко је у ма ком виду омета и ради престанка сваке ситуације која би се установила у супротности са њом.

С друге стране, постоје ситуације које зацело представљају опште и трајне правне ситуације, али које, мада проистичу из закона, који додељује њихов домаћај и садржај, ипак настају под условом да су предузети извесни појединачни акти, које из тог разлога Диги назива "актима-условима" (*actes-conditions*). Ти акти могу да потичу било од појединца, било од службеног лица, те услед тога дотична ситуација није резултат непосредне примене закона. Те ситуације веома су честе у јавном праву. Диги на првом месту наводи као пример ситуацију чиновника, која је извесно општа и трајна, но која може постојати само након што је дошло до именовања. И у приватном праву, објективне ситуације које настају услед акта-услова изузетно су бројне. Стање брачних другова је опредељено и уређено законом. Но, оно може настати само по закључењу брака. Акт закључења брака уопште не ствара ситуацију која се појављује услед њега. Она је створена и уређена законом. Али њена примена је потчињена услови закључења брака. Диги нарочито указује на својину као на прворазредну објективну ситуацију, ситуацију општу и трајну чији је домаћај опредељен законом и која настаје само после извршења извесног акта, акта који се погрешно назива актом стицања и преноса, но који је просто-напросто услов да би се закон о општем режиму ствари применио на означену особу и на одређено добро. Диги, штавише, савремену својину, посебно

капиталистичку, назива “друштвеном функцијом” (Duguit, I, 1927,448), и то схватање му је прибавило познатост далеко ван правничких кругова.

За разлику од општих и трајних објективних ситуација, субјективно правне ситуације су специјалне и тренутне. Оне су специјалне у смислу да се на њих може позвати само једна или више индивидуално одређених особа и да се могу супротставити само једној особи или мноштву такође индивидуално одређених особа. Оне су тренутне у смислу да када је извршена радња која се за њих везује, када је једанпут примењен правни пут који је санкционише, оне нетрагом нестају и више не постоји правни пут који може бити употребљен у циљу њихове заштите. Овде се ради о сазнању да ли се стваралачки узрок једне такве ситуације налази у објективном праву или у изјави индивидуалне воље услед које је настала; да ли та изјава има искључиво предмет да определи домашај ситуације или да ли је она још к томе и ствара. За разлику од онога што се тиче објективне ситуације, домашај и садржај сваке субјективне правне ситуације је опредељен индивидуалном манифестацијом услед које се она појављује. Те манифестације Диги назива “субјективним актима” (actes subjects).

Као пример субјективних правних ситуација, Диги најпре узима оне које настају услед уговора, будући да је уговор најчешћи и најтипичнији субјективан акт. Таке правне ситуације су специјалне, индивидуалне, пошто се тичу само двојице саговорника и пошто је правни пут отворен само између њих: Сви други појединци су страни у односу на ситуацију и правни пут је за њих затворен, као да га нема. Ситуација је тренутна и привремена јер када је чиница која је њеном предвиђена, извршена, било да је извршена добровољно или под принудом као последицом правног пута, ситуација ишчезава; више нема никаквог отвореног правног пута и ствари стоје онако као да ситуација никада није постојала.

Диги наглашава да закон никада не може бити ретроактиван, имати повратно дејство. У противном, он би био противан “вишем праву” (Duguit, II, 1928, 238). Закон се примењује само на будуће чињенице и никада не може изменити субјективну правну ситуацију. Но, закон мења све објективне правне ситуације, чак и ако су настале раније, пошто те ситуације нису ништа друго до сам закон у примени и у том погледу закон уопште не производи повратно дејство. Ситуација је измењена или укинута просто зато што је закон, чије је она пуко очитовање, измењен или стављен ван снаге. Полазећи од ових закључака, решава се и питање правноснажно пресуђене ствари. Ако се услед пресуде појави објективна (у тексту: Duguit, I, 1927, 315, стоји погрешно “субјективна”) правна ситуација, та судска

одлука имаће општи или трајан домашај као правна ситуација коју је утврдила или чији је настанак условила.

Овде се јавља потреба за извесним исправкама Дигијевог схватања. Постоје, наиме, сложени правни акти, уједно субјективни акти и акти-услови. Тако је претпоставка преноса права својине често двостран субјективни акт, уговор о купопродаји, при чему у неким правима тај уговор изравно преноси право својине на проданој ствари. Таква претпоставка може бити и једностран субјективни акт, какав је завештање (тестамент). Последица тога би била, да законодавац, на пример, може да укине приватну својину у извесној грани народне економије. Али, држава би тада морала да извлашћеним сопственицима, као код експропријације, исплати “правичну накнаду”. Даље, законско наслеђивање као правни основ стицања својине је чиста објективна правна ситуација. Но, ако би законодавац укинуо или сузио законско наслеђивање те, по логици ствари, лишио права својине на наслеђеним стварима бивше законске наследнике, онда би држава морала да их обештети, слично као и у претходном случају. Јер, функција законског наслеђивања је очување опстанка надживелих чланова породице (в.: Hegel, 1981, 214 идд., §§178 идд.).

Родоначелник појма институције је Морис Ориу (Maurice Hauriou), француски професор јавног права, Дигијев савременик и противник (в.: Петровић, 1978, 161 идд.). Имао је запажене поштоваоце у области науке јавног права и ван Француске: Карла Шмита у Немачкој и Санти Романа (Santi Romano) у Италији. Ориу институцију дефинише како следи (Hauriou, 1923, 76): “Друштвена институција се суштински састоји од објективне идеје преображене у друштвено дело од стране оснивача, идеје која, затим, регрутује присталице у неодређеном броју у друштвеној средини и тако подвргава својој служби субјективне воље које се бесконачно обнављају.” Може постојати више институција националног карактера; државна управа у Француској је једна од њих (Hauriou, 1933, 13 идд., 39 идд.).

Но, сама држава је врховна институција; она је, за Ориуа, “институција над институцијама” (“l’institution des institutions”) (Hauriou, 1916, 133). За Санти Романа, институција и “правни поредак” су истоветни (Romano, 1975, 23): “Другим речима: Правни поредак, тако широко схваћен, је једна целина која се делимично покреће у складу с нормама, али пре свега сама покреће норме, слично фигурама на шаховској табли. Тако су те норме пре предмет и средство делатности правног поретка, уместо елемент његове структуре. У извесном смислу може се чак рећи да норме само реакционо одговарају битним особинама правног поретка: Барем неке од норми могу

се мењати, док сам правни поредак, у својим битним особинама, остаје очуван.”

Првенствено наш допринос теорији институције и опште теорије права и државе је сагледавање преображаја државе као субјекта правног поретка у државу као институцију и тиме правног субјекта, односно, с тачке гледишта правне динамике (цикличног стварања правног поретка) у државу као јединство актуалног и реалног правног поретка. Тај преображај називамо самообавезивањем или самоограничењем државе. Ти изрази потичу од Георга Јелинека. Но, он под њима подразумева нешто сасвим друго, а наиме ограничење државе као субјекта према самој себи (в.: на пример: G. Jellinek, 1919, 195 и дд., 234 и дд.). Међутим, обвезивање субјекта према самом себи је нешто нестварно; његова воља је и даље слободна.

Жаришну тачку институције уопште и државне институције напосе образује објективно-субјективна идеја. Тако Ориу говори о “идеји друштвеног дела”, “идеји предузећа”, “идеји државе”, “идеји отаџбине” (Nauriou, 1916, 276). Своје идеје држава остварује посредством јавних служби. Овде се удаљујемо од Дигија, који каже (Duguit, II, 1928, 59): “Држава није... власт која заповеда, суверенитет...; она је кооперација јавних служби организованих и контролираних од стране владајућих.” Дакле, у држави, за Дигија иза јавних служби и владајућих не стоји ништа више. По нама, иза јавних служби стоји државна институција и оне су њено пуко оруђе. У праву је Бињ де Вилнев (M. de la Bigne de Villeneuve, 1954, 189 и дд.), када наводи следеће нужне или збиљске државне јавне службе: службе владе, у ужем смислу; службе безбедности, финансијске службе; представничке службе; законодавне службе, у правом смислу; управне службе.

И институција је смртна. Она може да умире тако што се “празни изнутра”; то јест, када је напусти њена стваралачка идеја и она је мртва; оно што остаје само је гола форма, обездушено тело, које више не носи снага, већ уобичајеност (Nauriou, 1896, 194 и дд.). Такође, када дође до прекида у континуитету институције, поновно успостављање пређашњег стања није више могуће (Schmitt, 1985, 180). Један значајан доградитељ теорије институције вели (Renard, I, 1930, 293): “Ако је држава само гомила или федерација или пак синдикат јавних служби, ако, изнад јавних служби, од којих свака има своју сопствену сврховитост и своју унутрашњу хијерархију, не постоји држава која координише, асимилишући их и потчињавајући их, посебну сврховитост и хијерархију јавних служби, ако држава није, пре свега, спољашња и врховна власт над јавним службама, која у мери нужној за остваривање једнога главног циља, има способност да захвати у аутономију различитих јавних служби, те да их приведе себи, онда је

држава само етикета, и више нема државе...: Управни синдикализам тако схваћен није теорија државе, он је негација државе.”

Почев од Француске револуције 1789. године Западна Европа се претвара у “гробље институција”. То је још крајем 19. века уочио Ниче (Nietzsche), кога са одобравањем наводи Хајдегер (Heidegger, 1971, 66, подвучено у изворнику): “Цео Запад нема више оне инстинкте из којих расту институције, из којих расте будућност: Његовом ‘модерном духу’ можда ништа више не квари рачуне. Живи се за данас, живи се брзо, живи се веома неодговорно: Управо то назива се ‘слободом’. Оно што прави институције институцијама, презире се, мрзи се, одбија се: Верује се да постоји опасност једног новог ропства, где се само гласно изрекне реч ‘ауторитет’.”

Правну динамику у виду теорије кружног (цикличног) стварања правног поретка први пут смо изложили у већ споменутој студији из 2010. године (Петровић, 2010, 155–200). Овде ћемо је представити у краћој, али битно потпунијој форми. Наведимо најпре њене основне појмове. То су: правни акти, чињеничне правне радње, држава као јединство актуалнога (према правним актима) и реалнога правног поретка те правило да „каснији закон укида ранији“ (*lex posterior derogat legi priori*) као збиљска „пранорма“ („основна норма“) правне динамике.

Једну веома значајну теорију стварања правног поретка изложили су представници “Бечке правне школе” Меркл (Merkl) и Келзен (Kelsen). То је теорија “степенастог образовања правног поретка” (*Stufenbau der Rechtsordnung*). Поред прихватања те теорије у делима низа правних писаца: нарочито аустријских, швајцарских и француских — било је и доста покушаја њеног оповргавања. Сматрамо да су ти покушаји били неуспешни пошто теорија “степенастог образовања” садржи и истините поставке. Зато, уместо покушаја фронталног оповргавања, наша теорија правне динамике настоји да те поставке угради у себе. Меркл, наводећи и свога претходника Бирлинга (E. R. Bierling) каже (Merkl, 1923, 194 и дд., подвучено у изворнику): “У следству тога, што смо свако доношење субординисаних правних норми означили као правни посао, показују се правни послови приватног права, то јест она доношења норми којима је надређена једна или више норми једног одређеног грађанског права, само као једна врста правних послова, поред које као даље врсте наступају правни послови јавног права, чија ваљаност почива на надређеним јавноправним нормама једне одређене државе, као и правни послови црквеног права, међународног права и тако даље... Такође је и закон, који владајућа доктрина уобичајено, поред обичајног права, означава као једини извор права, само једна истакнута врста међу правним пословима јавног права... Још одвећ мало спозната чињеница да

су закон и уопште наредба јавне власти, с једне стране, и све могуће врсте приватноправних послова, с друге, не просто по последњем основу свога правног важења, него и с обзиром на врсту свога утемељења или настанка, суштински истоврсне ствари, биће на најкраћи и најударнији могући начин окарактерисани равномерном употребом наслова 'правни посао' за обе." Келзен каже (Kelsen, 1920/21, 68): "И ипак је генерални закон само један степен, ни први ни последњи степен у процесу стварања права, који почиње уставном нормом као изворним или почетном, као једним правилом за законодавство, и напредује преко закона, као једнога правила за уредбе, пресуде, управне акте, правне послове, до конкретизовања права — као економска продукција од сировине преко полуфабриката до готове робе."

У двама основним питањима Меркл, међутим, мисли исправније од Келзена. За овога потоњег, као чистог нормативисту, правни поредак чине искључиво, како он каже, "генералне" и "индивидуалне" норме (Kelsen, 1960, 240 и дд.). Меркл, прво, напротив говори о правним пословима, правним актима и формама у којима се налазе правне норме, дакле о ономе што смо назвали "актима-правилима", "актима-условима" и "субјективним правним актима", који садрже норме, али се са њима не поистовећују, јер представљају појаве реалног света. Меркл, с тога, не може бити нормативиста као Келзен, а овај потоњи уображава да је нормативиста, а, у ствари, прихватајући Мерклову теорију, то није и не може бити. Меркл, друго, поред правних аката који садрже норме, и радње њихова извршења сматра саставним делом правног поретка, употребљавајући израз "правна појава" као надпојам, чији су подпојмови, с једне стране, правни акти и, с друге стране, чисто чињенични акти њихова извршења или примене (Merkel, 1923, 218 и д.). Као што ћемо касније видети, управо ти чињенични акти представљају покретачку снагу кружног (цикличног) стварања правног поретка.

Представници "Бечке правне школе" стоје такође на исправном становишту да је слободна оцена нужан елемент конкретизације правног поретка. С тим у вези, Меркл закључује (Merkel, 1927 144, подвучено у изворнику): "Ако дакле слободна оцена није ма каква самовољно прописана установа позитивнога права, како се радо предочава, али такође није невољна слабост законске технике, превасходно језика законодавства, који мора, како се понекад уображава, да услед недостатка средстава и изражавања остави места слободној оцени, већ је правнотеоријски заснована нужност у суштини извршавања као конкретизације апстрактне норме, онда је искључено резервисање слободне оцене за управу, па чак и само првенствено административне слободне оцене у односу на слободну оцену у области других функција." Додајмо и ово. Правном акту, као акту воље,



својствен је, како истиче Диги (Duguit, I, 1927, 322, 339 илд.), “опредељујући циљ” (but déterminant). Но, управо у слободној оцени опредељујући циљ постаје правно релевантан, у смислу да његова противправност повлачи неваљаност правног акта због “злоупотребе овлашћења”. Зато смо и заузели став да је израз “оцена целисходности” исправнији од изрази “слободна оцена” или “дискрециона власт” (В.: Петровић, 1981, 49 илд.).

Уједно, нужан вид конкретизације права јесте и тумачење права. Додуше, када се ради о пуком логичко-граматичком тумачењу, тумачење је часовито и губи се у акту примене права. Но, пошто су правна правила, у целини гледано, несавршена у односу на предмет свога уређивања, пошто се, с тим у вези, неминовно јављају “правне празнине”, они који су позвани да правна правила примењују, морају да допуњавају њихову садржину, да попуњавају правне празнине, посебно систематским и циљним (телеолошким) тумачењем. Тиме они постају не само применитељи, већ и ствараоци права. Значајан пример стварања права путем тумачења нуди јудикатура Врховног суда Сједињених Америчких Држава; у њој је путем примењивања такозване “широке конструкције” (broad construction), увелико измењен првобитно важећи Устав те земље (в: Schmidhauser, 1958, 28 илд.). Напоменимо да у терминологији англосаксонске правне и политичке теорије, “конструкција”, насупротив “интерпретацији”, означава попуњавање правних празнина (Lieber, 2002, passim).

Потпуном индивидуализацијом и конкретизацијом права завршава се, по теорији “степенастог образовања”, развитак стварања права (Merkel, 1923, 220 илд.). Но, поред те низлазне линије образовања правног поретка, постоји и узлазна линија образовања права, и откриће и приказивање те узлазне линије са консеквенцама које одатле следе, представља допринос наше теорије кружног (цикличног) образовања правног поретка. Ако је један од аксиома теорије “степенастог образовања” да право само уређује услове свог стварања (“самообразовање права”, Kelsen, 1925, 98, 234), онда једино схватање кружног тока у образовању права у потпуности одговара захтеву садржаном у том аксиому.

У савременој репрезентативно-страначкој држави, узлазна линија стварања права отпочиње изборним радњама политичких странака и бирача. Политичке странке утврђују кандидате за представничка тела, док бирачи, гласајући за једне од тих кандидата, утврђују персонални састав тих тела. За теорију “степенастог образовања” овде се може радити само о примени, односно извршавању изборних закона. Међутим, без тих радњи, које се правно окончавају у доношењу неке врсте збирног акта-услова бирачког тела (Duguit, I, 1927, 367 илд.), нема ни уставотворних

ни законодавних скупштина, ни владе, те према томе ни степенасто образовања правног поретка. Овде је сасвим у праву Георг Јелинек (G. Jellinek, 1914, 554) када каже: “Ако амерички народ у Унији и саставним државама не би приступио изборима који му принадлеже, последица тога би била потпуна дезорганизација Сједињених Држава, које би остале без Конгреса, председника и тиме без осталих органа.”

Оваква узлазна линија стварања права постоји у сваком типу државе. У апсолутној монархији, у којој не постоји бирачко право, у личности владара обједињена је целокупна законодавна, извршна и судска власт. Но, да би апсолутни монарх могао да врши наведене власти, морао би да претходно буде миропомазан, крунисан и устоличен на престо, морали би дакле да буду предузети дотични реални акти предвиђени уставном објективном правном ситуацијом о законском наслеђивању престола или субјективном правном ситуацијом утврђеном завештањем (тестаментом) владаревог преминулог претходника. Уколико не би били испуњени услови утврђени дотичном објективном или субјективном правном ситуацијом, престо би остао упражњен и наступила би дезорганизација слична оној о којој је говорио Георг Јелинек.

За појам кружног тока образовања права изузетно је значајна теорија полиције. Нормативистички посматрано, полицијска делатност углавном се састоји у извршавању одређених законских и уредбених аката-правила. Али, ако полиција не успоставља и не одржава “јавни ред и мир”, “јавни поредак”, “уставом утврђени поредак”, што су све позитивноправни изрази за реални правни поредак, ниједан државни орган не би могао да доноси законе, пресуде и управне акте, нити би субјекти грађанског права могли да закључују и извршавају уговоре. О полицији Хегел каже (Hegel, 1981, 263, подвучено у изворнику): “Овде се не могу дати чврста одређења нити повући апсолутне границе. Овде је све лично, наступа субјективно мњење, и дух устава, опасност времена треба да саопште ближе околности. У ратним временима се, примерице, много тога што је иначе безопасно, има сматрати штетним. Услед тих страна, случајности и самовоље личности полиција добива нешто омражено... Али, ма колико шкодљиво то стање било, објективно гранична линија овде се не може повући.”

Јединство актуалног (у смислу правних аката) и реалног правног поретка јесте држава у смислу правне динамике (кружног или цикличног стварања права). Држава и право су дакле исто, разуме се ако се ради о праву дотичне државе.

Додуше, и за Келзена су државе и право идентични (в., на пример: Kelsen, 1999, 182 идд., 188 идд., 197 идд., 377). Само, Келзен право схвата

искључиво као укупност, као што смо већ видели, општих и појединачних “правних норми”. Следствено томе, ни држава није за њега ништа друго до један одређени нормативни поредак. То гледиште је за нас, као што се из реченога већ могло приметити, сасвим неприхватљиво. Ако би се прихватило, последице тога биле би крајње неприродне и бесмислене. Кривични законик који држим у рукама, био би држава или њен део. Цела држава могла би да стане у полице једне мање библиотеке. Француска, на пример, не би била једна држава, већ би постојало онолико француских држава колико постоји одштампаних комплета француског службеног гласника. Но, слика се сасвим мења када кривичном законнику у питању додамо законодавно тело које је власно да га доноси и мења, полицију која гони његове прекршиоце, судове који их кажњавају и затворе у којима издржавају казне на које су осуђени, када дакле државу и право сагледамо као јединство њеног актуалног и реалног поретка. Само такво гледиште омогућава поимање индивидуализације права у простору, времену и у погледу лица за која важи.

Правну динамику нужно је појмити и као процесно право. Процесно право није напросто грана права, односно шира правна грана која обухвата више ужих, и која се поима као пуко средство за остваривање материјалног права, већ је један од три конститутивна елемента правног поретка у целини. У студији из 2013. написали смо (Петровић, 2013, 198 илд., подучено у изворнику): “Процедуре нису само примене норми о надлежности и поступку. Уставотворни поступак самоорганизовања државе, законодавни и управни поступак утврђивања јавног интереса, кривични и грађански поступак утврђивања истине, поступак закључивања и приступања уговору у грађанском и међународном праву, пре свега су сам правни живот.” Пре нас, изгледа да је само Ориу увидео овакав значај процесног права, то јест процедура (в.: Nargiou, 1916, 137 илд.).

У правној динамици налази се и исправан одговор на питање односа “аката-правила” као формалних извора права. Статично-нормативистичка општа теорија права решава ово питање полазећи од схватања “хијерархије правних аката”. Тако, на пример, Лукић каже (Лукић, 3/II, 1995, 156): “Сви правни акти и правне норме у њима садржане заузимају своје место у правном поретку по начелу хијерархије — сређују се у једну лествицу виших и нижих аката, тако да на врху стоје највиши а у основи — најнижи акти.” То је израз постулата: “Виши закон укида нижи” (*Lex superior derogat legi inferiori*). Но, када се у овај однос унесе време као основни појам правне динамике, показује се да је тај постулат релативан и да већу снагу од њега има постулат: “Каснији закон укида ранији” (*Lex posterior derogat legi pri-*

ogi). Деловање овога постулата доводи и до такозваног “противправног стварања права”.

Лабанд истиче (Laband, II, 1911, 187): “Старо *ius civile* Римљана подлегло је службеним уредбама преторâ и едилâ, *ius honorarium*-у; старо народно право германских племена ишчезло је пред чиновничким инструкцијама које су меровиншки и каролиншки краљеви издавали у својим капитуларима; опште земаљско право каснијег Средњег века било је најтемељније преображено и у свим својим деловима измењено и дограђено управним уредбама градских магистрата; право наслеђено из Средњег века уступило је место сасвим новом праву, које је образовано инструкцијама и управним уредбама што су их земаљски господари упућивали својим приставима, својим рачуновођама, својим дворским и камерним судијама, речју својим чиновницима.” Оно што даје размерну трајност односима између формалних извора права, те тако противдејствује постулату “*Lex posterior derogat legi priori*”, јесу правни принципи, које разматрамо у нашој правној телеологији.

Шта је бивство правних принципа? Италијански правни философ Дел Векио и аустријски правни философ Марчић изједначају опште правне принципе са природом ствари и природним правом (Del Vecchio, 1965, 388 илд.; Марсић, 1957, 19 илд.). По нама, правни принципи одговарају природи ствари као јединству идеалне суштине и њој адекватне реалне категорије и као месту сусрета субјективног и објективног духа. И Хегел каже (Hegel, 1991, 396 илд., §502, подвучено у изворнику): “Израз природно право, који је био уобичајен за философску теорију права, садржи двосмисленост да ли је право присутно у непосредној природности или се мисли тако како је одређено по природи ствари, то јест појмом. Оно се значење некад сматрало уобичајеним; тако да је уједно било измишљено некакво природно стање, у коме би природно право требало да важи, насупротив чему би стање друштва и државе захтевало ограничење слободе и жртвовање природних права, и носило их са собом. Али, у ствари, право и све његове одредбе заснивају се на слободној личности, самоодређењу, које је баш супротност природном одређењу. Право природе је од туда постојање силе и прибављања важности насиљу, те је природно стање једно стање насилништва и неправда о коме се не може рећи ништа истинитије доли да из њега треба изаћи. Друштво је, напротив, управо једино стање у коме право има своју стварност; оно што треба ограничити и жртвовати јесте баш самовоља и насилништво природног стања.”

Врховни правни принцип, као извор легитимитета, јесте принцип друштвене солидарности. Филозоф Макс Шелер (Max Scheler) истиче да

је принцип солидарности морални априори историје и заједнице као и морални скупни идеал човечанства (Scheler, 1966, 15, 284, 364, 523, 526, 530). Са своје стране, Диги указује на друштвену солидарност као реалну категорију (Duguit, II, 1928, 60): “Државни управљачи, будући појединци попут других, обухваћени су као и други везама друштвене међузависности или солидарности. Они су дужни да испуњавају обавезе које им намеће правило засновано на тој друштвеној међузависности или солидарности...” И даље (Duguit, II, 1903, 220): “Свуда где постоји солидарност, стање удруживања, нужно се образује једно правно правило, објективно право, чији је основ, мера и предмет само то удруживање, објективно право које подразумева објективне дужности и овлашћења, који управо проистичу из тог удруживања.” Овде спадају и различите варијације принципа правде.

Поред те легитимишуће, правни принципи имају у правном поретку и стабилизујућу функцију. Тако правни принципи заштите стечених права, правне сигурности, савесности и поштења те поделе власти ограничавају повратно (ретроактивно) дејство закона (в.: Scheerbarth, 1961, 33 илд.).

Напокон, правни принципи имају и интерпретативну (тумачећу) улогу у правном поретку. Та се улога особито везује за откриће “унутрашњег правног система”, за шта заслуга првенствено припада немачким професорима грађанског права, Ларенцу и Канарису (Larenz, 1991, 457 илд., 473 илд.; Canaris, 1983, 48 илд.). Док је “спољашњи” или “апстрактно-појмовни” правни систем углавном дело законодавца, дотле развијање “унутрашњег правног система”, који се састоји од општих правних принципа као “телеолошких”, “конкретно-општих појмова” у Хегеловом смислу, представља пре свега задатак правне науке као “последњег азила” европске правне свести. Тако Карл Шмит (Schmitt, 1985, 420 илд.). Бети иде још даље и теоријску и практичну јуриспруденцију опредељује као “орган друштвене свести” (Betti, 1971, 324 илд.). Ми бисмо овде прибегли извесном сужавању и под “практичном јуриспруденцијом” видели само адвокатуру. Јер, тек захваљујући њој, примена правних принципа постаје, по речима северноамеричког правног писца Луелина (Llewellyn, 1962, 375 илд., 382), “либерална уметност” (у изворном, античко-средњовековном значењу).

## Литература

Петровић, 2013 = М. Петровић, К правној природи црквенога права. Уједно заснивање тријалистичке теорије права, посебан отисак из Зборника радова „1700 година Миланског едикта“, Ниш 2013, 183 и дд.

Husserl, I, 1950 = E. Husserl, Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie, I, herausg. v. W. Biemel, Haag 1950, 26 и дд.

Hegel, I, 1951 = G.W.F. Hegel, Wissenschaft der Logik, I, 1934, unv. Abdruck, Leipzig 1951, 49 и дд., 67 и дд., 119 и дд.

Петровић, 2010 = М. Петровић, О супрематичности извршно-управне власти у западним земљама и у Русији. Уједно утемељење теорије кружнога (цикличнога) стварања правнога поретка, посебан отисак из Тематског зборника радова „Актуелне тенденције у развоју и примени европског континенталног права“, I, Ниш 2010, 188 и дд.

Петровић, 1981 = М. Петровић, Правна везаност и оцена целисходности државних власти и органа, Београд 1981, 14 и дд.

Живановић, 1959 = Т. Живановић, Систем синтетичке правне филозофије: 1. Синтетичка филозофија права. 2. Синтетичка филозофија правних наука, Београд 1959, 7 и дд.

Bierling, I, 1877, II, 1883 = E.R. Bierling, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, I, Gotha 1877, II, Gotha 1883.

Nawiasky, 1948 = H. Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, 2. Aufl., Einsiedeln/Zürich/Köln 1948.

W. Jellinek, 1913 = W. Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung, Tübingen 1913, 28.

Hobbes, 2004 = Th. Hobbes, De Cive, the latin version, New York 1983, reprinted 2004, I, 14, II, 1.

Duguit, I, 1927 = L. Duguit, Traité de droit constitutionnel, I, 3-e éd., Paris 1927, 452.

Windscheid, I, 1984 = B. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. v. Th. Kipp, I, 2. Neudruck 1906, Aalen 1984, 158.

Austin, I, 2002 = J. Austin, Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law, 4<sup>th</sup> Ed. By R. Campbell, I, 1879, reprinted, Bristol 2002, 412 и дд.

Holland, 2006 = Th.E. Holland, The Clements of Jurisprudence, 1896, reprinted, Elark, New Jersey 2006, 109.

G. Jellinek, 1919 = G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1905, Neudruck, Tübingen 1919, 197 и дд.

Laband, I, 1911 = P. Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, I, 5. Aufl., Tübingen 1911, 105, подвучено у изворнику.

Lasson, 1967 = A. Lasson, System der Rechtsphilosophie, 1882, Nachdruck, Berlin 1967, 208 ид.

Somló, 1917 = F. Somló, Juristische Grundlehre, Leipzig 1917.

Ripert, 1949 = G. Ripert, Le déclin du droit. Etudes sur la législation contemporaine, Paris 1949, 37 идд; Ripert, 1951 = G. Ripert, Aspects juridiques du capitalisme moderne, 2-e éd., Paris 1951, 128 идд; Ripert, 1955 = G. Ripert, Les forces créatrices du droit, Paris 1955, 191 идд.

Schmitt, 1985 = C. Schmitt, Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954, 3. Aufl., Berlin 1985, 276.

Лукић, 3/II, 1995 = Р. Лукић, Теорија државе и права, II. Теорија права, Сабрана дела 3, Београд 1995, 103 ид., 288).

Hefel, 1981 = G.W.F. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, herausg. v. H. Klenner, Berlin 1981, 75 ид. §§ 40, 41, подвучено у изворнику.

Feuerbach, 1798 = P.J. Anselm von Feuerbach, Anti-Hobbes oder über die Grenzen der höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn, Henings, Erfurt 1798, 30 идд., § 14, тач. 6.

Haller, I, 1964 = C.L. von Haller, Restauration der Staatswissenschaft, I, Neudruck der 2. Aufl., 1820, Aalen 1964, 340 идд.

Haller, II, 1964 = C.L. von Haller, Restauration der Staatswissenschaft, II, Neudruck der 2. Aufl., 1820, Aalen 1964, 57.

Haller, III, 1964 = C.L. von Haller, Restauration der Staatswissenschaft, Neudruck der 2. Aufl., 1821, Aalen 1964, 191 идд.

Hegel, 1991 = G.W.F. Hegel, Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften (1830), Herausg. v. F. Nicolini/O. Pöggeler, 8. Aufl., Hamburg 1991, 389 идд., §§ 483 идд.

Hartmann, 1962 = N. Hartmann, Das Problem des geistigen Seins. Untersuchungen zur Grundlegung der Geschichtsphilosophie und der Geisteswissenschaften, 3. Aufl., Berlin 1962, 175 идд.

Nietzsche, II, 1972 = F. Nietzsche, Die fröhliche Wissenschaft, in: Werke, herausg. v. K. Schlechta, 6. Aufl. (Nachdruck), Frankfurt a.M./Berlin/Wien 1972, 523.

Nietzsche, III, 1972 = F. Nietzsche, Jenseits von Gut und Böse, in: Werke, III, herausg. v. K. Schlechta, 6. Aufl. (Nachdruck), Frankfurt a.M./Berlin/Wien 1972, 12.

Heidegger, I, 1961 = M. Heidegger, Nietzsche, I, 2. Aufl., Pfullingen 1961, 570 идд.

Kant, VI, 1968 = Kants Werke, Akademie-Textausgabe, Berlin 1968, 300 идд.

- Schmitt, 1970 = C. Schmitt, *Verfassungslehre*, 5. Aufl., Berlin 1970, 23 илд.
- Engisch, 1968 = K. Engisch, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 2. Aufl., Heidelberg 1968, 237 илд.; Larenz, 1991 = K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1991, 461 илд.
- Dilthey, 1924 = W. Dilthey, *Beiträge zum Studium der Individualität*, in: *Die geistige Welt*, in: *Gesammelte Schriften*, V, Leipzig/Berlin 1924, 241.
- Kant, V, 1867 = *Kritik der Urteilskraft*, in: *Immanuel Kant's Sämtliche Werke*, V, herausg. v. G. Hartenstein, Leipzig 1867, 237 илд. § 17.
- Schmitt, 2006 = C. Schmitt, *Ueber die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, 3. Aufl., Berlin 2006, 19 ид.
- Jünger, 13, VII/II, 2001 = E. Jünger, *Typus, Name, Gestalt*, in: *Sämtliche Werke*, 13, VII/II, 2. Aufl., Stuttgart 2001, 134
- Jünger, 8, II/II, 2000 = E. Jünger, *Der Arbeiter. Herrschaft und Gestalt*, in: *Sämtliche Werke*, 8, II/II, 2. Aufl., Stuttgart 2000, 52 илд. 125 илд.
- Jünger, 7, II/I, 2002 = E. Jünger, *Der Waldang*, in: *Sämtliche Werke*, 7, II/I, 2. Aufl., Stuttgart 2002, 301.
- Szabó, 1973 = I. Szabo, *Les fondements de la théorie du droit*, Budapest 1973, 225 илд.
- Hegel, II, 1832 = G.W.F. Hegel, *Vorlesungen über die Aesthetik*, herausg. v. H.G. Hotho, in: *Werke*, X/2, Berlin 1837, 229.
- Jaspers, 1971 = K. Jaspers, *Psychologie der Weltanschauungen*, 6. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1971, 1.
- Heidegger, 1972 = M. Heidegger, *Sein und Zeit*, 12. Aufl., Tübingen 1972, 145.
- Heidegger, 1978 = M. Heidegger, *Der Satz vom Grund*, 5. Aufl., Pfullingen 1978, 146.
- Schmitt, 1950 = C. Schmitt, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Köln 1950, 13 ид., 47 ид.).
- Duguit, II, 1928 = L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, II, 3-éd., Paris 1928, 238.
- Петровић, 1978 = М. Петровић, М. Ориу и Л. Диги као оснивачи савремене теорије и права у Француској, отисак из Зборника за теорију права САНУ, I, Београд 1978, 161 илд.
- Hauriou, 1923 = M. Hauriou, *Précis de droit administrative et de droit public*, 12-e éd., par A. Hauriou, Paris 1933, 13 илд.
- Hauriou, 1916 = M. Hauriou, *Principes de droit public*, 2-e éd., Paris 1916, 133.



Romano, 1975 = S. Romano, Die Rechtsordnung, herausg. v. R. Schnur, Berlin 1975, 23.

M. de la Bigne de Villeneuve, 1954 = M. de la Bigne de Villeneuve, L'Activité étatique, Paris 1954, 189 илд.

Hauriou, 1896 = M. Hauriou, Science sociale traditionnelle, Larose et Forcel, Paris 1896, 194 ид.

Renard, I, 1930 = G. Renard, La Théorie de l'Institution, Essai d'ontologie juridique, I, Paris 1939, 293.

Heidegger, 1971 = M. Heidegger, Was heisst Denken?, 3. Aufl., Tübingen 1971, 66.

Merkel, 1923 = A. Merkel, Die Lehre von der Rechtskraft, entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Eine Rechtstheoretische Untersuchung, Leipzig/Wien 1923, 194 ид., подвучено у изворнику.

Kelsen, 1920/21 = H. Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, Bd. 47, 1920/21, 68.

Kelsen, 1960 = H. Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960, 240 ид.

Merkel, 1927 = A. Merkel, Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien/Berlin 1927, 144, подвучено у изворнику.

Schmidhauser, 1958 = J.R. Schmidhauser, the Supreme Court as Final Arbiter in Federal-State Relations, Chapel Hill 1958, 28 ид.

Lieber, 2002 = F. Lieber, Legal and Political Hermeneutics, Or Principles of Interpretation and Contruction in Law Politics, with Remarks on Precedents nad Authorities, Enlarged Ed., 1836, 3<sup>rd</sup> Printing, Clark, New Jersey 2004, passim.

Kelsen, 1925 = H. Kelsen, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925, 98, 234.

G. Jellinek, 1914 = G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. v. W. Jellinek, Berlin 1914, 554.

Kelsen, 1999 = H. Kelsen, General Theory of Law nad State, 1945, Reprinted, Union, New Jersey 1999, 182 илд., 188 илд., 197 илд., 377.

Laband, II, 1911 = P. Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Aufl., II, Tübingen 1911, 187.

Del Vecchio, 1965 = G. Del Vecchio, Lezioni di filosofia del diritto, XIII ed., Milano 1965, 380 илд.; Marcic, 1957 = R. Marcic, Vom Gesetzesstaat zum Richerstaat, Wien 1957, 194 илд.

Scheler, 1966 = M. Scheler, Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertetshik. Neuer Versuch der Grundlegung eines ethischen Personalismus, 5. Aufl., Herausg. v. M. Scheler, Bern/München 1966, 15, 284, 364, 523, 526, 530.

Duguit, II, 1903 = L. Duguit, Etudes du droit public, II: L'Etat, les gouvernants et les agents, A. Fontemoing, Paris 1903, 220.

Scherbarth, 1961 = H.W. Scheerbarth, Die Anwendung von Gesetzen auf früher entstandene Sachverhalte (sogenannte Rückwirkung von Gesetzen), Berlin 1961, 33 и дд.

Canaris, 1983 = Cl.-W. Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, 2. Aufl., Berlin 1983, 48 и дд.

Betti, 1971 = E. Betti, Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica), seconda ed. A cura di G. Crifò, Milano 1971, 324 и дд.

Llewellyn, 1962 = K.N. Llewellyn, Jurisprudence: Realism in Theory and Practice, Chicago/London 1962, 375 и дд., 382.

**Milan Petrović, LL.D.**

*Full Professor, retired*

*University of Niš*

## **A CONTRIBUTION TO THE THEORETICAL STUDY ON THE BASIC LEGAL CONCEPTS**

### **Summary**

*This article presents the basic concepts of the trialistic theory of law and state as a new general philosophy of law theory. The three distinct elements of the trialistic theory of law and state are legal statics (the theoretical study of the basic legal concepts), legal dynamics (the theory of the cyclic creation of the legal order) and legal teleology (the theory of legal principles). The trialistic theory generally implies the overcoming of legal normativism and positivism, and it may be designated as a “neo-historical legal school of thought”. Each of the aforesaid elements includes a set of distinctive basic legal concepts, but their ultimate outcome is to be found in the legal statics as a theoretical study about the substance of law which appears as the basis or presumption of other domains of the legal order. Thus, the concept of legal statics includes the basic legal concepts which are applicable in the entire legal order. These are general basic legal concepts. The basic legal concepts in other domains of the legal order are, therefore, special basic legal concepts. However, there are certain basic concepts of legal statics which become distinctive only within the framework of legal statics, whereas they are either assumed or transformed in the framework of legal dynamics and legal teleology. For this reason, these basic legal concepts shall be designated as special basic concepts of legal statics. A significant novelty in the trialistic theory is the revival of the conception of the objective mind as a material source of law and, consequently, the conception of the objective mind as a general basic concept in the trialistic theory of law and state. This conception, which was initially developed by Hegel, has been subjected to the author’s original and innovative interpretation in this paper. In particular, a notably original idea, which the author has already been presented in his earlier articles, refers to the legal dynamics as a process of cyclic creation of the legal order, which embodies the self-creation of law and the state as a unity of the actual (normative) and real legal order.*

**Key words:** *legal statics, legal dynamics (theory of cyclic creation of the legal order), legal principles, objective mind as a material source of law.*



**Др Предраг Димитријевић,\***  
Редовни професор Правног факултета,  
Универзитет у Нишу  
**Др Дејан Вучетић,\***  
Доцент Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 342.725:35.077.92](497.11)

Рад примљен: 30.06.2015.

Рад прихваћен: 03.12.2015.

## **ОСТВАРИВАЊЕ ПРАВА НА СЛУЖБЕНУ УПОТРЕБУ ЈЕЗИКА И ПИСАМА ПРИЛИКОМ УПРАВНОГ ПОСТУПАЊА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ\*\***

**Апстракт:** Једно од основних начела управног процесног права у Републици Србији јесте начело употребе језика и писама у поступку. Ово начело има две основне компоненте. Прва компонента јесте начелно одређен службени језик на којем се мора водити поступак, а друга је право странке да користи свој језик у поступку. У Републици Србији се службена употреба језика и писама још увек не остварује у складу са законом, на шта указују и притужбе поднете Заштитнику грађана којима грађани траже заштиту права у овој области.

Након разматрања релевантног правног оквира (Устава Републике Србије, Закона о службеној употреби језика и писама, Закона о заштити права и слобода националних мањина, Закона о општем управном поступку и др.), аутори анализирају основне проблеме који се приликом поступања управе јављају у вези са остваривањем овог начела, почевши од недостатка тумача за одређене језике, проблема уписа личног имена у путне исправе на језику и према правопису мањине, издавања извода из матичних књига, израде управних аката латиничним писмом до непостојања уједначене праксе управних органа у поступцима у којима припадници националних мањина остварују своја права. Аутори се посебно баве питањем непостојања

---

\* peca@prafak.ni.ac.rs

\*\* dvucetic@prafak.ni.ac.rs

Овај чланак је резултат рада у оквиру пројекта под називом „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, финансираном од стране Министарства просвете и науке Републике Србије (референтни број 179046).

*заокруженог система надзора над остваривањем начела на службену употребу језика и писама.*

*На крају, аутори посебно издвајају позитивна искуства у овој области са циљем да се побољша нормативни оквир службене употребе језика и писама, као и да се ово начело уједначеније примењује на целој територији Републике Србије.*

**Кључне речи:** *управни поступак, службена употреба језика и писама, права мањина.*

## 1. Увод

Право на службену употребу језика и писама гарантовано је, за Републику Србију обавезујућим, основним међународним документима о људским правима као што су: Међународни пакт о грађанским и политичким правима (1966); Декларација УН о правима припадника националних или етничких, верских и језичких мањина (1992); Европска повеља о регионалним или мањинским језицима (1992)<sup>1</sup>; Оквирна конвенција за заштиту националних мањина (1995)<sup>2</sup>, и билатерални уговори о заштити мањина закључени са Хрватском<sup>3</sup>, Мађарском<sup>4</sup>. Македонијом<sup>5</sup> и

---

1 Видети: Закон о ратификацији Европске повеље о регионалним или мањинским језицима, *Сл. лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 18/2005. Интересантно је то да Повеља примењује *a la carte* систем, омогућавајући заинтересованим државама да изаберу најмање 35 мера које ће примењивати, из трећег дела Повеље. Видети више у: Башић, Г., Борђевић Љ., 2010: 16.

2 Закон о потврђивању Оквирне конвенције за заштиту националних мањина, *Сл. лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 6/98. Некадашња Савезна Република Југославија јој је приступила 2001. године, а њене одредбе касније су биле разрађене у оквиру одговарајућих националних закона, попут Закона о заштити права и слобода националних мањина, Закона о националним саветима и др.

3 Закон о ратификацији Споразума између Србије и Црне Горе и Републике Хрватске о заштити права српске и црногорске мањине у Републици Хрватској и хрватске мањине у Србији и Црној Гори, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, број 3/05.

4 Закон о ратификацији Споразума између Србије и Црне Горе и Републике Мађарске о заштити права мађарске националне мањине која живи у Србији и Црној Гори и српске националне мањине која живи у Републици Мађарској, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, број 14/04.

5 Закон о ратификацији Споразума између Србије и Црне Горе и Републике Македоније о заштити српске и црногорске националне мањине у Републици Македонији и македонске националне мањине у Србији и Црној Гори, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, број 6/05.

Румунијом<sup>6</sup>. За предмет нашег рада од посебног значаја су одредбе чланова 9 и 10 Европске повеље о регионалним и мањинским језицима и одредбе чланова 10 и 11 Оквирне конвенције за заштиту националних мањина, које Република Србија примењује, а са чијим нормама је, како ћемо касније показати, наш правни систем формално правно усклађен.

Полазна основа за одређивање језика управног поступка дата је у оквиру првог дела Устава Републике Србије (члан 10) којим су нормирана основна уставна начела: у Републици Србији у службеној употреби је српски језик и ћирилично писмо, а службена употреба других језика и писама уређује се законом, на основу Устава. Даље, у оквиру другог дела (људска и мањинска права и слободе), од посебног значаја за предмет нашег рада јесте одредба члана 75 Устава, којом се припадницима националних мањина гарантују додатна индивидуална и колективна права и слободе – којом је предвиђено да они, приликом остваривања својих колективних права, одлучују, између осталог, и о питањима везаним за службену употребу језика и писама. У овом, другом делу Устава (одредба члана 79) гарантовано је и право на очување посебности, према коме припадници националних мањина имају право: на изражавање, чување, неговање, развијање и јавно изражавање националне, етничке, културне и верске посебности; на употребу својих симбола на јавним местима; на коришћење свог језика и писма; да у срединама где чине значајну популацију, државни органи, организације којима су поверена јавна овлашћења, органи аутономних покрајина и јединица локалне самоуправе воде поступак и на њиховом језику; на школовање на свом језику у државним установама и установама аутономних покрајина; на оснивање приватних образовних установа; да на своме језику користе своје име и презиме; да у срединама где чине значајну популацију, традиционални локални називи, имена улица, насеља и топографске ознаке буду исписане и на њиховом језику; на потпуно, благовремено и непристрасно обавештавање на свом језику, укључујући и право на изражавање, примање, слање и размену обавештења и идеја; на оснивање сопствених средстава јавног обавештавања, у складу са законом. Као што видимо, Устав потенцира да у срединама у којима припадници националних мањина представљају значајан део популације, државни органи и организације којима је поверено вршење јавних овлашћења, као и органи јединица децентрализације, поступак воде и на језику националних мањина. Касније у тексту даћемо детаљно објашњење законских прописа којима је начин реализације ове уставне норме регулисан. У вези с предметом нашег рада

---

6 Закон о ратификацији Споразума између Савезне владе СРЈ и Владе Румуније о сарадњи у области заштите националних мањина, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, број 14/04.

јесте и одредба члана 199 Устава Републике Србије која прописује следеће: „Свако има право да користи свој језик у поступку пред судом, другим државним органом или организацијом која врши јавна овлашћења, када се решава о његовом праву или обавези“.

Напред наведене уставне правне регуле даље су разрађене читавим низом посебних закона, од којих издвајамо Закон о службеној употреби језика и писама<sup>7</sup> и Закон о заштити права и слобода националних мањина<sup>8</sup>. Норме ова два законска текста анализираћемо детаљније у наставку рада.

Други закони којима се заокружује правни положај националних мањина у Републици Србији јесу: Закон о националним саветима националних мањина<sup>9</sup>, Закон о локалној самоуправи<sup>10</sup>, Закон о матичним књигама<sup>11</sup>, Породични закон<sup>12</sup>, Закон о личној карти<sup>13</sup>, Закон о путним исправама<sup>14</sup>, Закон о општем управном поступку<sup>15</sup>, Закон о парничном поступку<sup>16</sup>, Закон о ванпарничном поступку<sup>17</sup>, Законик о кривичном поступку<sup>18</sup>, Закон о прекршајима<sup>19</sup>, Закон о избору народних посланика<sup>20</sup>, Закон о локалним изборима<sup>21</sup>, Закон о печату државних и других органа<sup>22</sup>, и Закон о уставном суду<sup>23</sup>.

---

7 *Сл. гласник РС*, 45/91, 53/93, 67/93, 48/94, 101/2005 – др. закон и 30/2010.

8 *Службени лист СРЈ*, 11/2002, *Службени лист СЦГ*, 1/2003 – Уставна повеља и *Службени гласник РС*, 72/2009 – др. закон и 97/2013 – одлука УС.

9 *Службени гласник РС*, 72/2009, 20/2014 – одлука УС и 55/2014.

10 *Службени гласник РС*, 129/07.

11 *Службени гласник РС*, 20/2009.

12 *Сл. гласник РС*, 18/2005 и 72/2011 – др. закон и 6/2015.

13 *Сл. гласник РС*, 62/2006 и 36/2011.

14 *Сл. гласник РС*, 90/2007, 116/2008, 104/2009, 76/2010 и 62/2014.

15 *Сл. лист СРЈ*, 33/97 и 31/2001, *Сл. гласник РС*, 30/2010.

16 *Сл. гласник РС*, 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС и 55/2014.

17 *Сл. гласник РС*, 25/82 и 48/88 и *Сл. гласник РС*, 46/95 – др. закон, 18/2005 – др. закон, 85/2012, 45/2013 – др. закон и 55/2014 и 6/2015.

18 *Сл. гласник РС*, 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014.

19 *Сл. гласник РС*, 65/2013.

20 *Сл. гласник РС*, 35/2000, 57/2003 – одлука УСРС, 72/2003 – др. закон, 75/2003 – испр. др. закона, 18/2004, 101/2005 – др. закон, 85/2005 – др. закон, 28/2011 – одлука УС, 36/2011 и 104/2009 – др. закон.

21 *Сл. гласник РС*, 129/2007, 34/2010 – одлука УС и 54/2011.

22 *Службени гласник РС*, 101/07.

23 *Сл. гласник РС*, 109/2007, 99/2011 и 18/2013 – одлука УС, и 40/2015 – др. закон.



## **2. Позитивно правно одређење националних мањина и службене употребе њихових језика и писама**

Закон о заштити права и слобода националних мањина (последња верзија из 2013. године) појам националне мањине одређује у одредби члана 2, став 1 као сваку групу држављана Републике Србије (који су названи или одређени као народи, етничке и националне заједнице, националне и етничке групе, националности и народности) која је по бројности довољно репрезентативна, иако представља мањину на територији Републике Србије, а да том приликом припада некој од група становништва које су у дуготрајној и чврстој вези са територијом Републике Србије и поседује одређене специфичности (језик, култура, национална или етничка припадност, порекло, вероисповест) које је диференцирају од већинског становништва. Припадници такве групације истовремено треба да манифестују један вољан, психолошки моменат кроз бригу о одржавању свог колективног идентитета – културе, традиције, језика или религије.

Одредбом става 3, члана 1 Закона о службеној употреби језика и писама из 2010. године нормирано је да су у Републици Србији на оним подручјима на којима живе припадници националних мањина у службеној употреби и њихови језици и писма истовремено са српским језиком.

С обзиром на то да ли се у њима, поред српског језика и писма, користи и један или више других језика и писама, јединице локалне самоуправе у Републици Србији могу се поделити у две групе. Прву, која обухвата јединице локалне самоуправе у којима живе припадници националних мањина и где су у службеној употреби и језици националних мањина и, другу, која обухвата јединице локалне самоуправе на чијем подручју нису у службеној употреби језици националних мањина (Милков, 2012: 89). Но, без обзира на ову поделу, треба имати на уму то да у оба случаја важи следеће правило: ни у једној општини не може бити изостављен српски језик из службене употребе, већ само истовремено са њим може бити у употреби и језик националне мањине и одговарајуће писмо!

Конкретно, одредбом става 2, члана 11 Закона о заштити права и слобода националних мањина прописана је обавеза увођења језика националне мањине у службену употребу у јединици локалне самоуправе, ако проценат припадника националне мањине у укупном становништву јединице локалне самоуправе достиже 15%, према резултатима последњег пописа становништва. Општине у којима живе припадници националних мањина самостално одлучују, својим највишим општим правним актом – статутом, кад су и који језици националних мањина у службеној употреби

на њиховој територији. За подручје аутономне покрајине то се утврђује њеним статутом.

Одредбом члана 3 Закона о службеној употреби језика и писама нарочито је прецизирано шта се под службеном употребом језика и писама подразумева. Службеном употребом језика и писама сматра се: усмено и писмено општење грађана и организација и организација међусобно, вођење поступака за остваривање и заштиту права, дужности и одговорности грађана; вођење прописаних евиденција од стране општинских органа и организација које врше јавна овлашћења на територији општине; издавања јавних исправа као и других исправа који су од интереса за остваривање Законом утврђених права грађана и остваривање права дужности и одговорности радника из рада или по основу рада; употреба језика и писама приликом исписивања назива места, тргова и улица, органа, организација и фирми, географских назива, објављивања јавних позива, обавештења и упозорења за јавност и исписивање других јавних натписа. Одредбом члана 4 Закона о службеној употреби језика и писама нормирано је да органи, организација или други субјекти могу свој назив, фирму или други јавни натпис да испишу и латиничним писмом (поред ћириличког).

Према одредби члана 3 Закона о ратификацији Европске повеље о регионалним и мањинским језицима из 2005. године, регионални и мањински језици су: албански, босански, мађарски, румунски, ромски, русински, словачки, украјински и хрватски.

Након што смо приказали садржину најважнијих правних норми везаних за појам националних мањина, њихове језике, као и одговарајуће норме Закона о службеној употреби језика и писама и Закона о заштити права и слобода националних мањина, погледајмо сада како се оне примењују на управно поступање, као и како су одређене специфичности везане за ова питања конкретно регулисане Законом о општем управном поступку.

### **3. Службена употреба језика и писама приликом управног поступања у Републици Србији**

Начело употребе језика и писма у поступку – једно је од основних начела управног процесног права у Републици Србији и у себи садржи две основне компоненте: начелно одређен службени језик на коме се мора водити поступак и право странке да користи свој језик у поступку (Томић, 2009, 257; Милков, 2012: 88; Лилић, 2013: 453; Димитријевић 2014: 345).

Одредбом члана 16, став 1 Закона о општем управном поступку начелно је предвиђено да се управни поступак води на српском језику и да се у

том поступку користи ћирилично писмо, а латинично писмо у складу са законом. Изузетак од овог правила јесу подручја на којима је у службеној употреби и језик одређене националне мањине. На тим подручјима поступак се води и на језику и уз употребу писма те националне мањине.

О оквиру члана 16 Закон о општем управном поступку даље нормира да се, уколико се поступак не води на језику странке која је држављанин Републике Србије, мора обезбедити превођење поступка преко тумача, као и достављање позива и других писмена на њиховом језику и писму. Уколико се као странке у управним поступцима јављају страни држављани, предвиђено је право да ток поступка прате преко тумача и да у поступку употребљавају свој језик (Димитријевић, 2014: 345–346). Према одредби члана 6 Правилника о обрасцима аката у управном поступку<sup>24</sup>, у органима у којима се поступак води и на језику и писму националне мањине, прописани обрасци, поред текстова на српском језику и ћириличком писму, упоредо садрже и текст на језику и писму те националне мањине, уз обавезу да обухвате све прописане елементе.

Одредбом члана 4 најновије верзије Закона о службеној употреби језика и писама утврђено је право припадника националне мањине да се републичким органима могу обратити на свом језику, уколико њихов број у односу на укупан број становника Републике Србије „достигне најмање 2% према последњем попису становништва“. Уколико је тај број мањи од 2% становништва, право на обраћање републичком органу на свом језику и даље је гарантовано, али му је додато и право на добијање одговора на свом језику „преко јединице локалне самоуправе“ у којој је језик те националне мањине у службеној употреби. Превођење и трошкове превођења дописа републичком органу (односно одговора републичког органа) обезбеђује јединица локалне самоуправе у којој је језик те националне мањине у службеној употреби.

Према одредби члана 12 Закона о службеној употреби језика и писама, првостепени управни поступак у оквиру кога се решава о правима, обавезама или правним интересима странке, води се, по правилу, на српском језику. Поступак се може водити и на језику националних мањина уколико је у службеној употреби у органу односно организацији у којој грађанин, припадник националне мањине, остварује неко своје право (односно обавезу). Уколико је орган (или организација) месно надлежан за подручје више општина, поступак се може водити на језицима оних националних мањина који су у службеној употреби у општинама које се налазе на територији коју обухвата месна надлежност тог органа, уколико

---

24 Сл. лист СРЈ, бр. 8/99, и 9/99 – испр.

странке имају пребивалиште у општини у којој је у службеној употреби језик националне мањине.

Једностраначки управни поступци ће се водити на језику националне мањине уколико је странка, припадник националне мањине, својим захтевом то и тражила (а тај језик је већ у службеној употреби у оквиру органа, односно организације која води поступак).

Уколико се ради о вишестраначким поступцима, а језици странака, припадника националних мањина, нису исти, потребно је да се странке споразумеју на ком језику ће се водити поступак. Уколико такав споразум изостане, језик поступка ће одредити орган односно организација која одлучује у поступку, изузев уколико једна од тих странака не захтева да се поступак води на српском језику – у ком случају ће српски језик аутоматски постати и језик поступка.

Према одредби члана 13 Закона о службеној употреби језика и писама утврђивање језика поступка има карактер претходног питања! Закон предвиђа дужност службеног лица које води поступак да упозна странку (странке) о службеним језицима који су у употреби у том органу (организацији) и да затражи од странке изјашњење на ком језику жели да се води поступак. Док се не одлучи о језику поступка, поступак се води на српском језику. О томе шта је странка тражила, о начину утврђивања језика и о томе шта је одлучено, оставља се забелешка у записнику.

Записник и одлуке у првостепеном поступку, као и споредне одлуке у вези са вођењем поступка, израђују се као аутентични текстови на српском језику и на језику националне мањине, ако је на језику националне мањине вођен поступак.

Другостепени управни поступак увек се води на српском језику (одредба члана 15), док странке имају одређена права предвиђена одредбама чланова 16 и 17 Закона о службеној употреби језика и писама. Другостепено решење, закључак, записник и све друге поднеске, исправе и писмена на језик првостепеног поступка на коме је првостепени поступак вођен, превешће првостепени орган (организација). Одредбе поменутих чланова 16 и 17 Закона о службеној употреби језика и писама регулишу права припадника националних мањина у погледу језика и писама на оним подручјима где њихови језици нису у службеној употреби. Норме ових чланова предвиђају дужност органа (организације) који води поступак да странкама, припадницима националних мањина, обезбеде употребу свог језика и писма, подношење поднесака и других писмена на свом језику, као и достављање отправака решења, сведочанстава, уверења, потврда и других аката којима се решава о њиховим правима и обавезама на њиховом

језику. Предуслов је да су странке то захтевале у току поступка. Одредба члана 17 Закона нормира да ће доказна средстава, поименице изјаве странака, вештака, сведока и других лица која учествују у поступцима који се не воде на језицима националних мањина, а које су дате на језику националне мањине, бити уписане у записник на српском језику. Такође, овим чланом предвиђена је обавеза превођења на језик националне мањине записника или његовог дела, на захтев припадника националне мањине – учесника у поступку. Уколико службено лице у довољној мери не познаје језик националне мањине, поступак ће се водити уз помоћ тумача, а трошкове превођења сносиће орган (организација) који води поступак.

Повреда права на употребу језика и писма националне мањине, као битног управног процесног права, може бити истицана у жалбеном поступку и, према одредби члана 239, тачка 11 Закона о општем управном поступку бити разлог за подношење предлога за понављање управног поступка, као посебног ванредног правног средства.

#### **4. Проблеми у остваривању права на службену употребу језика и писама**

Девет година након доношења Устава држава није постигла да се службена употреба српског језика и писама у потпуности остварује у складу са одговарајућим законским нормама. На републичком нивоу, нема органа извршне власти надлежног да системски прати примену одговарајућих закона, предлаже и предузима потребне мере за унапређење стања службене употребе језика и писама. Овим питањима у свом раду највише се бави Заштитник грађана. Међутим, његове препоруке у вези са службеном употребом језика и писама још увек нису у потпуности извршене и уграђене у српски правни систем (Заштитник грађана, 2014: 51–54).

##### ***4.1. Злоупотреба права на службену употребу језика и писма – случај босанског језика***

Показало се да је у пракси доста контроверзи изазвао проблем службене употребе језика грађана бошњачке националности у управном, судском и другим поступцима пред државним органима. Услед недостатка судских тумача за босански језик, угрожена је законитост и правилност тих поступака, посебно оних који се воде пред Министарством унутрашњих послова. Истовремено, пракса је показала да се, у овом случају, право грађана на употребу свог језика и писма почиње да користи (злоупотребљава) као средство одбране. Поједини грађани, као странке у поступку, позивају се

на то право, иако разумеју језик поступка да би избегли или одложили примену појединих прописа који би за њих, у одређеним околностима, били неповољни. Поставља се питање како органи управе треба да поступају у случају језика националних мањина који су, попут бошњачког, лингвистички врло слични српском језику, па се свакодневна комуникација грађана (међусобно, и са органима управе) обавља без икаквих проблема на оба језика (српском и бошњачком).

Наставно-научно веће Филозофског факултета Универзитета у Нишу, септембра 2014. године, донело је одлуку којом је усвојено стручно мишљење Департмана за српски језик да су српски и бошњачки језик базично лингвистички исти језици, тако да говорник бошњачког језика може без помоћи преводиоца да разуме и говори српски језик (Милић, 2014). Из тога произлази то да инсистирање на употреби језика националне мањине, у таквим ситуацијама, представља *облик злоупотребе права* на употребу језика, јер доводи до опструкције рада управних органа и у неким случајевима и застарелости одређених поступака. Међутим, одлука Наставно-научног већа Филозофског факултета Универзитета у Нишу тиче се односа српског и бошњачког језика, а странке су се у споменутих поступцима позивале на босански језик, на чију се употребу Србија обавезала ратификацијом Европске повеље о регионалним и мањинским језицима из 2005. године.

Тим поводом је Одбор за стандардизацију Института за српски језик Српске академије наука и уметности августа 2015. године донео Одлуку о статусу босанског или бошњачког језика која је објављена на интернет страници те установе (Српска академије наука и уметности – Институт за српски језик, 2015). Ова одлука садржи неколико закључака који су од значај за предмет нашег рада, те ћемо их навести у наставку.

Прво, према творбеним правилима српског језика од назив „бошњачки народ“ (а који су изабрали сами Муслимани) могуће је извести једино назив „бошњачки језик“, а никако „босански језик“. У одлуци Одбора даље се тим поводом наводи: „Назив бошњачки језик одговара називу бошњачки народ, док би назив босански језик одговарао термину, непостојећег, босанског народа“. Друго и још важније, „босански језик“ „не може имати ни лингвистички ни правни – него само симболички – статус посебног језика, па се на његове говорнике не могу применити ‘Уставом и законом загарантована права да се судски и управни поступак води на матерњем језику странке’, јер се поступак на том језику води и кад се тај језик зове нпр. српским или хрватским.“ Треће, напред наведени закључци као последицу могу имати само то да, како се наводи у одлуци Одбора:

„... нема никаквог ни лингвистичког ни правног основа производити некакве ‘тумаче за босански језик’, нити пак изводити посебну наставу на ‘босанском/бошњачком’ језику, нити има основа правити за тај лингвистички непостојећи језик посебне уџбенике, јер сви који знају српски језик знају подједнако добро и ‘бошњачки’, и обратно: сви који знају ‘бошњачки’ знају и српски! Државне институције Републике Србије и Републике Српске морају тога бити свесне, и у складу с тим морају и деловати“!

#### **4.2. Проблеми приликом уписа личног имена припадника националних мањина у матичне књиге на језику и према правопису мањине којој припадају**

Приликом остваривања права на упис личног имена припадника националних мањина у путне исправе и матичне књиге на језику и према правопису мањине којој припадају постоје одређене разлике (Башић, Ђорђевић, 2010: 51–54).<sup>25</sup>

Закон о заштити права и слобода националних мањина регулише ово право у одредби члана 9 тако што гарантује слободу избора и коришћења личног имена припадницима националних мањина и њиховој деци. Поред те слободе, припадници националних мањина имају право на упис личног имена у јавне исправе, службене евиденције и друге збирке личних података према свом језику и правопису. Према новој верзији Закона о личној карти из 2011. године<sup>26</sup> (одредба члана 9 ст. 3) и Правилника о личној карти из 2014. године<sup>27</sup>, име и презиме припадника националних мањина у личну карту се уписује истовремено на језику и писму националне мањине и на српском језику, по српском правопису и ћириличким писмом. Уколико странка то захтева, могуће је да њени лични подаци буду исписани и латиничним писмом (истовремено са ћириличким). Дакле, правило је да се у образац личне карте подаци о имену и презимену уписују у изворном облику, исто као што су уписани у изводу из матичне књиге рођених. У напред наведеним ситуацијама, долази до тзв. *паралелног уписа*.

Право на лично име потпуно остварење добија приликом уписа у матичне књиге, јер се тек након уписа у матичне књиге лично име може користити у правном промету. Према одредби члана 17 Закона о матичним књигама из 2009. године, лично име детета, родитеља, супружника и умрлог уписује се на српском језику, ћириличким писмом, а припадници националне мањине

25 Градске и општинске управе немају уједначену праксу у поступцима у којима припадници националних мањина остварују ова права.

26 *Сл. гласник РС*, бр. 62/2006, и 36/2011.

27 *Сл. гласник РС*, бр. 85/2014.

имају право на упис личног имена према језику и правопису припадника националне мањине, што не искључује паралелан упис личног имена и на српском језику, ћириличким писмом. Лично име детета, родитеља, супружника и умрлог држављанина Републике Србије уписано у извод из матичне књиге иностраног органа, према правилима језика и писма државе издавања, уписује се у матичне књиге које се воде према Закону о матичним књигама у складу са правилима српског језика и ћириличног писма. Лично име страног држављанина, поред уписа на српском језику, ћириличким писмом, уписује се у матичну књигу венчаних, односно матичну књигу умрлих и према правилима језика и писма државе чији је држављанин, у облику садржаном у изводу из матичне књиге рођених иностраног органа.

Према Упутству о вођењу матичних књига и обрасцима матичних књига:<sup>28</sup>

„У јединицама локалне самоуправе у којима је статутом утврђено да је у службеној употреби језик припадника националне мањине, обрасци извода из матичних књига из тач. 134–136. овог упутства штампају се и двојезично, на српском језику ћириличким писмом и на језику и писму оне националне мањине чији је језик у службеној употреби. Текст рубрика на језику и писму припадника националне мањине испишује се испод текста на српском језику, истим обликом и величином слова.

Изводи из матичних књига који се штампају двојезично у складу са ставом 1. ове тачке носе ознаку: Образац 6а - извод из матичне књиге рођених, Образац 7а - извод из матичне књиге венчаних и Образац 8а - извод из матичне књиге умрлих.“

Ради спровођења наведене норме, Министарство за људска и мањинска права, државну управу и локалну самоуправу обезбедило је преводе образаца извода из одговарајућих матичних књига (рођених, венчаних и умрлих) од стране сталних судских тумача за језике националних мањина (албански, бугарски, мађарски, македонски, румунски, русински, словачки, хрватски и чешки језик – изузев бошњачког и украјинског) и проследило их Заводу за израду новчаница и кованог новца на штампање. Паралелно с тим, исто министарство је јединицама локале самоуправе упутило мишљење у коме се наводи *да је тачком 15а Упутства о вођењу матичних књига и обрасцима матичних књига прописано да се лично име детета, родитеља, супружника и умрлог припадника националне мањине уписују у матичну књигу на језику и писму националне мањине после уписа на српском језику ћириличким писмом, испод њега истим обликом и величином слова. У истом мишљењу даље се наводи да се изводи из матичних књига издају*

---

28 Сл. гласник РС, бр. 109/2009, 4/2010 - испр., 10/2010, 25/2011, 5/2013 и 94/2013.



*на основу података садржаних у њима, а ако је у матичну књигу лично име детета, родитеља, супружника или умрлог припадника националне мањине уписано и на језику и писму националне мањине, у извод из матичне књиге лично име на језику и писму припадника националне мањине уписује се после уписа личног имена на српском језику ћириличким писмом, испод њега истим обликом и величином слова.*

У случају да припадник националне мањине, после закључења основног уписа у матичну књигу (у којој лично име припадника националне мањине није уписано према његовом језику и писму), поднесе захтев за упис личног имена и према језику и писму те националне мањине извршиће се накнадни упис тог податка сходно одредби члана 26 Закона о матичним књигама, на основу одговарајућег управног акта надлежног органа из одредбе члана 6, ст. 2 и 4 тог Закона, донетог после поступка спроведеног по одредбама Закона о општем управном поступку.

Према наводима из Редовног годишњег извештаја Заштитника грађана за 2014. годину, управе јединица локалне самоуправе (градова и општина) немају уједначену праксу „у поступцима у којима припадници националних мањина остварују права на упис личног имена у матичне књиге, на језику и према правопису мањине којој припадају“ (Заштитник грађана, 2015: 59). Тај податак је забрињавајућ, с обзиром на то да су републички заштитник и покрајински омбудсман још 2011. године упутили одговарајуће препоруке и наложили уједначавање одговарајућих пракси. Такође, поводом овог питања, Министарство рада, запошљавања и социјалне политике донело је мишљење у вези са поступањем општинских и градских управа приликом уписа личног имена детета или супружника према правопису језика националне мањине, у коме се женски облик презимена уписује додавањем одређеног суфикса, а исто министарство је упутило и мишљење свим управама јединица локалне самоуправе „како да поступају у ситуацијама када се одређује или мења име припадника националне мањине“. Министарство државне управе и локалне самоуправе неколико пута је упућивало мишљење свим управама јединица локалне самоуправе о поступку и начину уписа личног имена припадника националне мањине у матичне књиге, међутим, упркос томе није успостављена уједначена пракса у раду надлежних органа у локалним самоуправама пред којима грађани остварују право на упис личног имена на језику и према правопису националне мањине којој припадају (Заштитник грађана, 2015: 33).

#### **4.3. Питање службене употребе језика и писама приликом исписивања назива насељених места, географских назива и властитих имена садржаних у јавним називима**

У тесној вези са претходним проблемом јесте и питање коришћења традиционалног назива неког насељеног места на мањинском језику, уколико се он разликује од српског назива. Као што смо већ навели, према одредби члана 79, став 1 Устава Србије, припадници националних мањина имају право да (у оним срединама где чине одговарајући део становништва) традиционални локални називи, имена улица, насеља и топографске ознаке буду исписане и на њиховом језику. Ова норма је касније разрађена одредбом члана 11, став 5 Закона о заштити права и слобода националних мањина – којим је прописано да се та имена и називи исписују према традицији и правопису националне мањине, и одредбама чланова 11 и 19 Закона о службеној употреби језика и писама. Према одредби члана 93 Закона о локалној самоуправи, ово питање је у надлежности скупштина јединице локалне самоуправе, које одлуке о називима доносе уз претходну сагласност ресорно надлежног министарства и мишљење националног савета одговарајуће националне мањине.

У овој области као чест проблем јавља се исписивање назива органа и организација која врше јавна овлашћења, нарочито уколико је њихов оснивач Република – када су њихови називи исписани искључиво на српском језику и ћириличким писмом, уместо на више језика.

Као посебан проблем чије решење је дао Уставни суд, а које је касније, путем измена и допуна уграђено у Закон о службеној употреби језика и писама, појавило се питање може ли општина приликом исписивања свог назива или назива насељеног места, користити њихов традиционални назив на језику и правопису националне мањине – када се они разликују од српског назива такве општине, односно насељеног места? Уставни суд је у својој одлуци<sup>29</sup> заузео становиште да се у овој правној ситуацији Закон о заштити права и слобода националних мањина примењује у складу са правилом *lex posterior derogat legi priori* у односу на, у том тренутку, раније донети Закон о службеној употреби језика и писма из 1991. године и признао то право. У том тренутку, неједначност у законским решењима огледала се у томе што претходна верзија Закона о службеној употреби језика и писама није прописивала могућност замењивања географског назива на српском језику другим називом, иако се он пише „у складу са правописом језика народности“, док је Закон о заштити права и слобода националних

---

<sup>29</sup> Одлука Уставног Суда Републике Србије ИУ број 446/2004 од 18. фебруара 2010. године, објављена у «Сл. гласнику РС», бр. 36/2010 од 28. маја 2010. године.

мањина нормирао писање тих назива на језику националне мањине „према њеној традицији и правопису“! Даље, за разлику од претходне верзије Закона о службеној употреби језика и писама, овај други Закон у одредби става 1, члана 3 предвиђа могућност ближег уређивања питања из његове материје републичким и покрајинским прописима.

Због тога је најновијим изменама Закона о службеној употреби језика и писама из 2010. године, одредбама чланова 4 и 5 нормирано да се географски називи могу замењивати другим називима на језицима националних мањина, а да се називи градова, општина и насељених места, без обзира на то што су утврђени као такви одговарајућим законом и тако гласе на српском језику могу, на језику националне мањине, писати и другачије – у измењеном облику.

#### ***4.4. Проблем употребе латиничног писма у раду управних органа***

Поједини органи и организације које врше јавна овлашћења са грађанима писмено комуницирају и, приликом одлучивања о правима и обавезама грађана, решења доносе на латиничном писму, супротно Уставу и одговарајућим законима.

Републички фонд за пензијско и инвалидско осигурање и даље решења израђује на латиничном писму, иако је након претходног поступка пред Заштитником грађана предузео низ мера како би се отклонила незаконита употреба латиничног писма у раду овог органа, укључујући и техничка решења за израду појединих решења на ћириличком писму (Заштитник грађана, 2015: 55).

Јавно предузеће „Градска топлана“ Јагодина, како је утврдио Заштитник грађана,<sup>30</sup> направило је пропуст на штету грађана, не обезбедивши доследну и потпуну службену употребу српског језика и ћириличког писма у обављању своје делатности тако што је службено комуницирајући са грађанима користило и латинично писмо (што је супротно обавези службене употребе српског језика и писама), и тако што је податке о корисницима и друге податке унете у рачуне о утрошеној електричној енергији као и налоге за плаћање рачуна – уносило на латиничном писму, иако су обрасци рачуна за утрошену топлотну енергију и налози за плаћање рачуна били одштампани на ћириличком писму! Заштитник грађана Републике Србије препоручио је овом јавном предузећу да приликом обављања послова из своје делатности обезбеди „доследну и потпуну

---

30 Утврђење и препорука Заштитника грађана Републике Србије. Видети више на следећој интернет страници: <http://www.zastitnik.rs/index.php/lang-sr/2012-02-07-14-03-33/3429-2014-08-18-13-24-41>.

употребу српског језика и ћириличног писма, у складу са Уставом и законом“. С обзиром на то да је за извршење Заштитникове препоруке било потребно обезбедити одговарајуће техничке услове, као и одговарајућа новчана средства, Заштитник је овом јавном предузећу наложио да „без одлагања донесе акт којим ће утврдити одговорна лица, најкраћи могући рок, неопходне активности и потребна финансијска средства, као и да предузме све друге неопходне мере које су потребне како би се омогућило да се сви подаци, који се уносе у рачуне за утрошену топлотну енергију и налоге за плаћање рачуна, уносе на ћириличком писму“.

На крају своје препоруке Заштитник је с правом констатовао да:

„Не примењивање позитивних правних прописа са изговором да за то нису обезбеђени технички услови у конкретном случају, обесмишљава њихово постојање и улогу. Пропуштање органа и службених лица да уочене проблеме у раду отклоне већ, уместо тога, тражење оправдања, у (не)организацији посла и другим унутрашњим решеним и нерешеним питањима техничке природе, карактеристично је обележје ‘лоше управе’“<sup>31</sup>

Према наводима из Редовног годишњег извештај Заштитника грађана за 2014. годину ЈП „Градска топлана“ Јагодина је поступило по препоруци Заштитника и омогућило грађанима да рачуне добијају на ћириличком писму (Заштитник, 2015: 56).

Заштитник грађана Републике Србије сличним поводом морао је да реагује по притужбама грађана и у случају Секретаријата за саобраћај града Београда, јер су службене легитимације контролора у јавном превозу биле одштампане латиничним писмом, након чега су врло брзо одштампане нове легитимације са подацима и именима контролора на ћириличком писму.

У својој препоруци из 2010. године, Заштитник грађана констатовао је следеће: „На жалост, Закон о службеној употреби језика и писама не обезбеђује све потребне начине и мере за остваривање Уставом утврђене обавезе на службену употребу српског језика и ћириличног писма у органима, односно организацијама које врше јавна овлашћења. Надзор над применом Закона и остваривањем обавезе државних органа да у раду примењују службену употребу српског језика и ћириличног писма у надлежности је министарстава, која не располажу потребним капацитетима за остваривање ове надлежности. Законом о службеној употреби језика и писама нису прописане казнене мере ако орган, односно организација која

---

31 Више о појму „лоше управе“ нпр. видети у: Давинић, 2013: 100–134.

врши јавна овлашћења не примењује и не спроводи службену употребу српског језика и ћириличног писма у складу са Законом“. Према мишљењу Заштитника, најбољи начин за превазилажење ових проблема био би успостављање надлежности једног органа који би био задужен да спроводи надзор над применом норми Закона о службеној употреби језика и писама.

#### **4.5. Проблем недостатка свеобухватног надзора над спровођењем одговарајућих законских норми**

Надзор над спровођењем закона у овој области представља посебан проблем. Надлежна министарства нису препознала обавезу и значај вршења надзора над остваривањем службене употребе српског језика и писма! Осим Министарства просвете и науке и Министарства за људска и мањинска права, државну управу и локалну самоуправу, остала министарства не испуњавају своју законску обавезу и не врше надзор над спровођењем одредаба Закона о службеној употреби језика и писама. Одредбом члана 22 Закона о службеној употреби језика и писама прописано је да *надзор над спровођењем службене употребе језика и писама врше министарства надлежна за послове у области управе, саобраћаја, урбанизма и стамбено-комуналних послова, просвете, културе и здравства*. Закон уопште не предвиђа спровођење надзора у ресорима спољних послова, одбране, унутрашњих послова, финансија, правде, економије и регионалног развоја, пољопривреде, трговине, шумарства и водопривреде, вера и дијаспоре, као и рада и социјалне политике! Након доношења последњег Закона о министарствима из 2014. године, извесне надлежности у овој области, поред Републичког секретаријата за законодавство, дате су и Министарству за државну управу и локалну самоуправу (одредбом члана 10).

На овом месту треба истаћи позитивна искуства која су у вези с надзором над применом службене употребе језика и писама и обезбеђивања средстава за ову намену стекли органи у АП Војводина, где ови послови спадају у делокруг Покрајинског секретаријата за образовање, управу и националне заједнице, који врши надзор над применом законских одредаба, прати стање и додељује средства покрајинског буџета, путем конкурса. Покрајински секретаријат за образовање, управу и националне заједнице сваке године представља Извештај о извршеном надзору над применом прописа којима се уређује службена употреба језика и писама. Даље, овај секретаријат сваке године расписује конкурс за расподелу буџетских средстава органима и организацијама у АП Војводини у чијем су раду у службеној употреби језици и писма националних мањина. Ова средства се потом користе за суфинансирање пројеката који имају за циљ

унапређивање права на службену употребу језика и писама националних мањина у АП Војводини. На конкурсима обично учествују јединице локалне самоуправе (са подручја АП Војводине) у којима је статутом утврђена службена употреба језика националне мањине, месне самоуправе, као и други органи и организације, службе и установе са територије ових јединица локалне самоуправе. Средства се првенствено додељују за оспособљавање запослених у овим правним субјектима јавног права који се користе језиком националне мањине, потом за развој вишејезичних електронских система, за израду и постављање табли за означавање назива тих субјеката на језицима и писму националних мањина, штампање двојезичних и вишејезичних образаца, службених гласила и других јавних публикација. Нажалост, овакав вид финансијске подршке јединицама локалне самоуправе не постоји на територији целе Републике Србије.

## 5. Закључак

Неспорно је то да су у Републици Србији усвојени високи стандарди у погледу остваривања права на службену употребу језика и писама приликом управног поступања, који су у одређеним сегментима виши и од међународних, постављених Европском повељом о регионалним или мањинским језицима из 1992. године и Оквирном конвенцијом за заштиту националних мањина из 1995. године. До оваквог закључка дошли смо анализом одговарајућих норми Закона о службеној употреби језика и писама, Закона о заштити права и слобода националних мањина, Закона о националним мањинама, Закона о општим управном поступку и других релевантних извора. Међутим, норме појединих прописа морају се прилагодити околностима у којима ће се остваривати, те је у том правцу нужно усмерити активности, пре свега, Министарства за државну управу и локалну самоуправу, али и Владе и других министарстава, на изради измена и допуна одговарајућих прописа. На пример, одредбе Закона о службеној употреби језика и писама потребно је побољшати како би се у потпуности остварила обавеза свих носилаца власти да при службеном поступању користе српски језик и ћирилично писмо. Као што смо већ истакли, наведени закон не прописује казнене мере у таквим ситуацијама, што представља озбиљан недостатак, а у домену надзора најцелисходније би било прописати да надзор над остваривањем тих норми врши један орган државне управе, а не свако министарство посебно. Но, ово није једини проблем који је уочен приликом остваривања права на службену употребу језика и писама у пракси. У раду смо указали и на учестале злоупотребе овог права, као и на проблеме који се јављају приликом уписа личног имена у матичне књиге (који се јављају када су припадници националних

мањина у питању), те исписивања назива насељених места, географских назива и властитих имена садржаних у јавним називима. На републичком нивоу још увек нема органа извршне власти надлежног да системски прати примену одговарајућих прописа, предлаже и предузима потребне мере за унапређење стања у области службене употребе језика и писама, као што је то случај са Покрајинским секретаријатом за образовање, управу и националне заједнице у АП Војводини.

Даље, коришћење језика националне мањине пред органима управе у српској управно-правној пракси често се избегава из неколико разлога. Прво, врло често се, инсистирањем на овом праву, а због слабих капацитета управних органа, поступак непотребно компликује и продужава – што странкама није у интересу када се ради о поступку у коме остварују неко своје право. Друго, странка ће инсистирати на овом праву само онда када јој је у интересу да поступак траје што дуже – а то је најчешће случај када се ради о поступку у коме јој се намеће нека обавеза (што је подробно анализирано у случају тражења тумача за босански језик). Лоше конципираним законским решењима странка се мотивише да тако поступа, чиме се нарушава принцип ефикасности управног поступања.

Такође, приметна је извесна дихотомија у степену остваривања права на службену употребу језика и писама од стране органа државне управе и органа управе локалних самоуправа. Наиме, приметно је то да га органи управе локалних самоуправа потпуније остварују. У децентралисаним јединицама републичких органа које су смештене у оним срединама у којима је у службеној употреби и језик националне мањине, управни поступци се воде на српском језику и писму, укључујући и комуникацију органа са грађанима, припадницима националних мањина. У ситуацији усмене комуникације језик националне мањине више је у употреби када су у питању јединице локалне самоуправе како би се странке благовремено информисале о праву или обавези. Као чест проблем јавља се и исписивање назива органа и организација која врше јавна овлашћења, нарочито уколико је њихов оснивач Република – тада су њихови називи исписани искључиво на српском језику и ћириличким писмом, уместо на више језика, као што је то случај када су у питању јединице локалне самоуправе.

Све до сада наведено наводи нас на закључак да околности у којима се стандарди установљени општим нормативним актима имају остваривати као и капацитети (управни, кадровски, финансијски, материјални и други) за њихово остваривање нису на одговарајућем нивоу, што доводи до несклада између правних норми и праксе у овој области, због чега норме које регулишу службену употребу језика и писама често имају

„декларативан“ карактер. Република Србија морала је да паралелно са изградњом амбициозно замишљено правног оквира у овој области гради и ствара одговарајуће управне капацитете који би могли да „изнесу“ остваривање тих прописа у реалним животним ситуацијама. Међутим, овде се ради о једној много дубљој појави, карактеристичној за све савремене управне системе. Наиме, непримењивање позитивних правних прописа са изговором да за то нису обезбеђени одговарајући услови обесмишљава њихово постојање и улогу, а пропуштање службених лица у оквиру органа управе да уочене проблеме у раду отклоне уз тражење оправдања у неадекватној организацији посла и другим унутрашњим решеним и нерешеним питањима карактеристично је обележје „лоше управе“!

### Литература

Башић, Г., Ђорђевић Љ. (2010), *Остваривање права на службену употребу језика и писама националних мањина у Републици Србији*, Београд: Заштитник грађана

Давинић, М. (2013). *Европски омбудсман и лоша управа (maladministration)*. Београд: Заштитник грађана

Димитријевић, П. (2014). *Управно право – општи део*. Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу

Заштитник грађана (2015). *Редован годишњи извештај Заштитника грађана за 2014. годину*. Београд: Заштитник грађана

Лилић, С. (2013). *Управно право и управно процесно право (седмо издање)*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду

Милков, Д. (2012). *Управно право, II*. Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду

Милић Љ. (2014). *Коришћење језика националних мањина у прекршајном поступку – са посебним освртом на бошњачки језик*. Правни инструктор бр. 80. Параграф Нет

Томић, З. (2009). *Опште управно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду

Закон о заштити права и слобода националних мањина. *Службени лист СРЈ*, 11/2002, *Службени лист СЦГ*, 1/2003 – Уставна повеља и Службени гласник РС, 72/2009 – др. закон и 97/2013 – одлука УС



Закон о ванпарничном поступку. *Службени гласник СРС*, 25/82 и 48/88 и *Службени гласник РС*, 46/95 – др. закон, 18/2005 – др. закон, 85/2012, 45/2013 – др. закон и 55/2014 и 6/2015

Закон о избору народних посланика. *Службени гласник РС*, 35/2000, 57/2003 – одлука УСРС, 72/2003 – др. закон, 75/2003 – испр. др. закона, 18/2004, 101/2005 – др. закон, 85/2005 – др. закон, 28/2011 – одлука УС, 36/2011 и 104/2009 – др. закон

Законик о кривичном поступку. *Службени гласник РС*, 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014

Закон о личној карти. *Службени гласник РС*, бр. 62/2006, и 36/2011

Закон о локалним изборима. *Службени гласник РС*, 129/2007, 34/2010 – одлука УС и 54/2011

Закон о локалној самоуправи. *Службени гласник РС*, 129/07

Закон о матичним књигама. *Службени гласник РС*, 20/2009

Закон о националним саветима националних мањина. *Службени гласник РС*, 72/2009, 20/2014 – одлука УС и 55/2014

Закон о општем управном поступку. *Службени лист СРЈ*, 33/97 и 31/2001, *Службени гласник РС*, 30/2010

Закон о парничном поступку. *Службени гласник РС*, 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС и 55/2014

Закон о печату државних и других органа. *Службени гласник РС*, 101/07

Закон о потврђивању Оквирне конвенције за заштиту националних мањина. *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 6/98

Закон о прекршајима. *Службени гласник РС*, 65/2013

Закон о путним исправама. *Службени гласник РС*, 62/2006 и 36/2011

Закон о ратификацији Европске повеље о регионалним или мањинским језицима. *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 18/2005

Закон о ратификацији Споразума између Србије и Црне Горе и Републике Хрватске о заштити права српске и црногорске мањине у Републици Хрватској и хрватске мањине у Србији и Црној Гори. *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, број 3/05

Закон о ратификацији Споразума између Србије и Црне Горе и Републике Мађарске о заштити права мађарске националне мањине која живи у

Србији и Црној Гори и српске националне мањине која живи у Републици Мађарској. *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, број 14/04

Закон о ратификацији Споразума између Србије и Црне Горе и Републике Македоније о заштити српске и црногорске националне мањине у Републици Македонији и македонске националне мањине у Србији и Црној Гори. *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, број 6/05

Закон о ратификацији Споразума између Савезне владе СРЈ и Владе Румуније о сарадњи у области заштите националних мањина. *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, број 14/04

Закон о службеној употреби језика и писама. *Службени гласник РС*, 45/91, 53/93, 67/93, 48/94, 101/2005 – др. закон и 30/2010

Закон о уставном суду. *Службени гласник РС*, 109/2007, 99/2011 и 18/2013 – одлука УС и 40/2015 – др. закон

Породични закон. *Службени гласник РС*, 18/2005 и 72/2011 – др. закон и 6/2015

Правилник о обрасцима аката у управном поступку. *Службени лист СРЈ*, бр. 8/99, и 9/99 – испр

Правилник о личној карти. *Службени гласник РС*, бр. 85/2014

Упутству о вођењу матичних књига и обрасцима матичних књига. *Службени гласник РС*, бр. 109/2009, 4/2010 – испр., 10/2010, 25/2011, 5/2013 и 94/2013

Одлука Одбора за стандардизацију о статусу босанског или бошњачког језика Института за српски језик Српске академије наука и уметности од 25. августа 2015. године. Доступна на интернет страници: <http://www.isj-sanu.rs/rubrike/vesti/76/2015/08/25/odluka-odbora-za-standardizaciju-o-statusu-bosanskog-ili-bosnjackog-jezika.html>, последњи пут приступљено 30. августа 2015. године

Одлука Уставног Суда Републике Србије ИУ – 446/2004. *Службени гласник РС*, бр. 36/2010

Препорука Заштитника грађана Републике Србије 6-4-647/14. Доступна на интернет страници: <http://www.zastitnik.rs/index.php/lang-sr/2012-02-07-14-03-33/3429-2014-08-18-13-24-41>, приступљено 10. 6. 2015

**Predrag Dimitrijević, LL.D.**  
Full Professor,  
Faculty of Law, University of Niš

**Dejan Vučetić, LL.D.**  
Assistant Professor,  
Faculty of Law, University of Niš

**EXERCISING THE RIGHT TO OFFICIAL USE OF  
LANGUAGES AND ALPHABETS IN ADMINISTRATIVE  
PROCEEDINGS IN THE REPUBLIC OF SERBIA**

**Summary**

*The principle of using one's language and alphabet in legal proceedings is recognized as one of the basic principles of administrative procedure law in the Republic of Serbia. This principle includes two basic components. The first element is the generally designated official language in which the proceeding is to be conducted; the second component is the right of the party to use the mother tongue in the course of proceedings. In Serbia, the principle governing the official use of one's language and alphabet is still not fully implemented in compliance with the applicable law, as reported in the citizen complaints submitted to the Ombudsman of the Republic of Serbia by citizens who sought protection of their rights in this area.*

*After reviewing the relevant normative framework (the Constitution of the Republic of Serbia, the General Administrative Procedure Act and the Act on the Official Use of Languages and Scripts, etc.), the authors analyze the basic problems arising in the course of administrative proceedings in connection with the implementation of this principle. The identified problems include: the lack of an interpreter for particular languages, the entry of personal names in official travel documents (identity cards and passports) in the language and alphabet of the national minority, the issuance of birth certificates, the award of administrative acts in the Latin script, and the lack of uniform administrative practice in proceedings where the members of national minorities exercise their rights.*

*In particular, the authors discuss the issue of administrative control over the implementation of the principle governing the official use of languages and alphabets in Serbia. Thus, the analysis has shown that only a few competent ministries (the Ministry of Education and Science, the Ministry of Human and Minority Rights, and the Ministry of Public Administration and Local Government) actually abide by the obligation to supervise the implementation of the Act on the Official Use of Languages and Alphabets. Yet, this duty is not fulfilled by other competent Ministries (of Transport, Urban Development and Housing, Culture, and Health). On the other hand, a significant drawback of our legal system is the fact that such an obligation is not envisaged at all within the normative framework of a vast number of other Ministries (of Foreign Affairs, Defence, Internal Affairs, Finance, Justice, Economy*

*and Regional Development, Agriculture, Trade, Forestry and Watersupplies, Religion and the Disapora, Labour and Social Policy). Another notable drawback lies in the fact that, under the Ministries Act, the authority to manage these issues has been vested in the Legislation Secretariat of the Republic of Serbia.*

*Ultimately, drawing upon the positive experiences demonstrated by the competent authorities in the Autonomous Province of Vojvodina, the authors urge for the improvement of the existing normative framework on the use of official languages and alphabets, and call for a more even application of this principle in the entire territory of the Republic of Serbia.*

**Key words:** *administrative proceedings, official use of languages and alphabets, minority rights.*

**Др Срђан Голубовић,\***  
Редовни професор Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 336.711(497.11)

Рад примљен: 30.06.2015.

Рад прихваћен: 03.12.2015.

## **УЛОГА НАРОДНЕ БАНКЕ СРБИЈЕ У ОЧУВАЊУ И ЈАЧАЊУ ФИНАНСИЈСКЕ СТАБИЛНОСТИ\*\***

**Апстракт:** Под утицајем финансијске кризе из 2007. године централне банке враћају се традиционалној улози, која подразумева активност не само у монетарној сфери већ и деловање у циљу јачања и очувања финансијске стабилности. Промене на глобалном нивоу у погледу улоге централне банке утицале су и на промену положаја Народне банке Србије. У раду се указује на значај макропруденционалне функције за смањење системског ризика и очување финансијске стабилности. Централни део рада посвећен је одговорности Народне банке Србије за стабилност финансијског система. Анализира се систем финансијске стабилности и указује на правце његове доградње, посебно у делу међуинституционалне сарадње и дефинисања макропруденционалних инструмената.

**Кључне речи:** финансијска стабилност, Народна банка Србије, макропруденционални надзор, системски ризик.

### **1. Увод**

Финансијски систем има кључну улогу у алокацији ресурса у савременој тржишној привреди. Институционално посматрано, финансијски систем обухвата финансијске организације, банке и небанкарске финансијске посреднике, које, вршећи улогу финансијског посредника између економски суфицитних и дефицитних субјеката, прикупљају и пласирају финансијска средства. Постојање финансијског система омогућава креирање

---

\* golub@prafak.ni.ac.rs

\*\* Рад је резултат истраживања на пројекту: „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу, у периоду 2013–2018. године.

одговарајућих инструмената и механизма за држање и чување имовине субјеката и организовање ефикасног платног промета. Обављањем ових функција, финансијске институције утичу на ниво привредне активности, доводе до промена у привредној структури, доприносе повећању запослености и сл. Наравно, способност финансијског система да обави наведене функције првенствено зависи од његове стабилности. Уколико је реч о ефикасном и стабилном систему, утолико ће и алокација штедње бити ефикасна. И обрнуто. Неефикасан и нестабилан систем неће бити у стању да обезбеди ефикасну алокацију ограничених ресурса, што за собом повлачи директне, али и индиректне трошкове. Глобална финансијска криза из 2007. године јасно је показала како нестабилност у финансијском сектору доводи до нестабилности не само националних економија, него и укупне светске привреде. Сведоци смо реафирмације значаја финансијске стабилности и усвајања опсежних регулаторних мера, како у оквиру међународних финансијских организација и Европске уније, тако и на нивоу националних држава. Финансијска стабилност од значаја је за све економске субјекте. Њоме се подједнако штите депоненти банака, купци хартија од вредности, али и реални сектор привреде. Очување и јачање финансијске стабилности у функцији је заштите слабијих економских субјеката. Државе настоје да изграде систем који ће најпре деловати превентивно, а затим омогућити ефикасно управљање финансијском кризом и, најзад, обезбедити отпорност система на екстерне или интерне финансијске поремећаје. Кључно место у овом систему припада централној банци, као институцији одговорној за очување и јачање финансијске стабилности. Након одређивања карактеристика системског ризика и елемената који одређују појам финансијске стабилности, у раду се анализира одговорност Народне банке Србије (НБС) за стабилност финансијског система. Мада је НБС примарно одговорна за стабилност цена, она ни у ком случају не сме занемарити стабилност финансијског система у целини. У последњем делу рада анализирају се средстава и инструменти које НБС користи ради очувања и јачања финансијске стабилности.

## **2. Системски ризик и финансијска стабилност**

Финансијске институције у свом пословању преузимају бројне ризике. Банке, осигуравајућа друштва, инвестициони фондови и други финансијски посредници ступајући у финансијске трансакције суочавају се са кредитним ризиком, ризиком ликвидности, ризиком промене каматне стопе, али и са другим врстама ризика (оперативни и пословни ризици). Тржишном начину привређивања иманентно је пропадање, претераном ризику изложених, финансијских институција. Мада је виталан финан-

сијски систем у стању да изолује негативне ефекте суноврата појединих финансијских институција, држава не стоји по страни, већ настоји да развијањем регулаторних оквира унапреди управљање ризиком и спречи појаву тзв. домино ефекта. У свом пословању финансијске институције обавезне су да поштују регулаторне стандарде о адекватности капитала, ограничавању ризика изложености, издвајању резерви и класификацији потраживања. Поштовање ових стандарда обезбеђује се надзором над пословањем конкретне финансијске институције (микропруденционална супервизија), који може бити поверен централној банци или посебном регулаторном телу. Два су основна циља микропруденционалног надзора. Прво, стално унапређење перформанси и структуре финансијских субјеката и друго, одржавање одговарајућег нивоа стабилности и поверења у њихово пословање. На тај начин, штите се комитенти финансијских институција од губитака, будући да се њиховом реализацијом доприноси успостављању оптималног односа између максимизирања профита – као циља којим се финансијске институције руководе у свом пословању и очувања њихове ликвидности и солвентности – као циља за чију реализацију су корисници финансијских услуга, али и држава, снажно заинтересовани. Регулаторни стандарди, заједно са јасно дефинисаним начином спровођења надзора над банкама, чине правно окружење које треба да смањи ризик депозитара и подстакне конкуренцију у финансијском посредовању (Војина, 2006: 109). Финансијска криза, која је у периоду 2007–2009. године најпре захватила најразвијеније државе, а затим се проширила и на остале, показала је да праћење стабилности и поузданости појединачних финансијских институција није довољно. Основни разлог ограниченог домета микробонитетске контроле треба тражити у променама савременог финансијског система, изазваних дерегулацијом, експлозивним растом обима финансијских трансакција и појавом сложених финансијских инструмената. У таквим условима показало се да је опасност од системског ризика сасвим реална, без обзира на то што на нивоу индивидуалних субјеката постоји ефикасно управљање ризиком. Уобичајено, системски ризик се дефинише као поремећај изазван падом једне или више системски значајних финансијских институција, који не само што погађа финансијски систем у целини, већ и негативно утиче на функционисање укупне привреде (Lastra, 2011: 200). Системски ризик угрожава обављање кључних функција финансијског система: информативну, алокативну, али и функцију управљања ризиком и трансфера финансијских средстава. Крах финансијског система, затим, негативно утиче на привредни раст и стопу запослености. Неуспех или прекид у обављању ових функција повлачи за собом високе трошкове, како за економске субјекте, тако и за друштво у целини (Saunders, Cornett,

2006. 399–400). Поред директних трошкова у виду губитака даваоца и корисника средстава, односно повећаних расхода у буџету намењених санирању губитака финансијских институција<sup>1</sup>, криза финансијског система повлачи и значајне индиректне трошкове (Primogac, 430–431). Они се мере губитком поверења у институције финансијског система и, повезано са тим, смањивањем обима депозита, већим трошковима финансијског посредовања и ниском конкурентношћу.

Као одговор на растућу опасност од појаве системског ризика развија се концепт макрофинансијске супервизије од кога се очекује да прати и анализира трендове и неравнотеже у финансијском систему, благовремено упозори на системске ризике које ова кретања могу да изазову и примени одговарајуће мере за очување стабилности финансијског система. Макропруденционална анализа стабилности банкарског сектора представља најбитнији сегмент процене укупне финансијске стабилности у свим земљама, а посебно у оним у којима је банкарски сектор доминантан у поређењу са осталим финансијским посредницима (Јованић, 2009, 159). Главни задатак макропруденционалне супервизије је отклањање узрока системског ризика, односно јачање и очување финансијске стабилности. За разлику од монетарне стабилности, која се универзално дефинише као стабилност општег нивоа цена, код финансијске стабилности не постоји опште прихваћена дефиниција. Рецимо, поједини аутори, уместо прецизне дефиниције, настоје да објасне појам финансијске стабилности тако што дефинишу стање финансијске нестабилности. Према овом приступу, финансијска нестабилност повезана је са појавом шпекулативних финансијских мехура и нестабилношћу финансијског тржишта у целини. Други аутори се, пак, опредељују за позитивну дефиницију и финансијску стабилност одређују као несметано функционисање свих елемената финансијског система: институција, тржишта и инфраструктуре. Стабилан финансијски систем, према овом становишту, ефикасан је у обављању својих функција, које се односе на алокацију ресурса, односно претварање штедње у инвестиције, процену и управљање ризицима, обављање платног промета, као и на способност система да апсорбује неочекиване поремећаје у финансијској и реалној економској сфери. (Schinasi, 2006: 82). Мада, на први поглед, прецизно дефинисан концепт финансијске стабилности и даље је контроверзан. Једно од питања које изазива спорове односи се на то које су институције финансијског система кључне за његову стабилности,

---

1 Финансијска криза иницирала је интервенцију државе у банкарски сектор, која је обухватала: ангажовање буџетских средстава: докапитализацију, преузимање и национализацију банака, наменско „упумпавање“ ликвидности, осигурање депозита, гарантовање међубанкарског кредитирања и преузимање контаминираних активе.



тј. да ли сектор небанкарских институција има једнаку важност за стабилност финансијског система као и банкарски сектор? Одговор на ово питање зависи од модела финансијског система. Уколико је реч о финансијском систему са доминантом улогом банака, свакако да банкарском сектору припада кључна улога. Насупрот томе, у моделу финансијског система са доминантном улогом финансијског тржишта утицај небанкарског система је много израженији. Независно од модела финансијског система, стабилност банкарског сектора од изузетне важности је за укупну стабилност, првенствено због улоге банака у платном промету и чињенице да поремећаји у овом сектору могу лако да се прелију на остале сегменте финансијског сектора. Стабилност банкарског сектора, међутим, није довољна, већ је нужно да на макрониову пажња буде усмерена ка читавом финансијском сектору (Јованић, 2009: 159). Користи од финансијске стабилности су вишеструке. Почев од тога да ствара погодне услове за пословање и пружа сигурност банкарским комитентима и инвеститорима на финансијском тржишту, па до повећане ефикасности финансијских посредника и боље алокације оскудних ресурса. Очување и јачање финансијске стабилности у функцији је заштите слабијих економских субјеката – комитената и финансијских инвеститора. Најзад, већа отпорност финансијског система и његова способност да апсорбује финансијске и економске поремећаје олакшава остваривање осталих циљева економске политике.

### **3. Одговорност Народне банке Србије за финансијску стабилност**

Улога централне банке током последње деценије прошлог века значајно се променила. Од институције која је, заједно са владом, била одговорна за стабилност цена, стопу запослености и привредни раст, она се трансформисала у независну институцију, са примарним задатком да осигура стабилност цена, односно ниску инфлацију. Доминантно становиште у монетарној теорији да несамостална централна банка, одговорна за реализацију више циљева, може да се определи за вођење дискреционе монетарне политике, коју прате снажни инфлациони подстицаји (посебно уколико се циљеви који се тичу раста БДП и запослености поставе изнад њиховог равнотежног нивоа или, пак, носиоци политике из одређених разлога преферијају виши ниво цена) имало је утицаја и на уређење правног положаја централне банке. Тако, Уговор о функционисању Европске уније (чл. 130 и чл. 282, ст. 3) Европску централну банку одређује као независну институцију, примарно одговорну за стабилност цена.<sup>2</sup> Укључивање Србије у евроинтеграциони процес у први

---

<sup>2</sup> Правни оквири Европске уније дефинисани су Уговором о Европској унији (*Treaty on European Union – TEU*) и Уговором о функционисању Европске уније (*Treaty on the*

план је ставило потребу усаглашавања домаћег законодавства са правом ЕУ. Саставни део овог процеса чини и имплементација европских стандарда о положају централне банке, као дела правних тековина које земље кандидати имају обавезу да имплементирају (Smaghi, 2008: 447–453). Са усвајањем Устава из 2006. године, Србија се прикључила оној групи земаља које додатно јачају положај монетарних власти у односу на друге облике власти уношењем одредбе о самосталности централне банке и у највиши правни акт земље.<sup>3</sup> Статус, циљеви, задаци и организација централне банке детаљно су регулисани Законом о Народној банци Србије (НБС) из 2003. године.<sup>4</sup> Према одредбама Закона, Народна банка Србије (НБС) је самостална и независна у обављању поверених функција, уз наглашавање обавеза државних органа, организација и других лица да не врше утицај на централну банку, њене органе и чланове ових органа. Када су у питању циљеви (чл. 3 Закона) за чију је реализацију НБС одговорна, они су не само јасно одређени већ је дефинисан и њихов степен приоритета. У том смислу, основни циљ централне банке је постизање и одржавање стабилности цена.

Финансијска криза и последична рецесија подсетила је на лекцију савладану током 19. века и за време депресије (светске економске кризе из 1929. године), а која је делимично заборављена, да финансијска нестабилност може да проузрокује озбиљну штету привреди у целини. Уколико жели да очува повољне макроекономске перформансе, централна банка не може да стоји по страни бринући само о монетарној стабилности. (Bernanke, 2013:11). Управо је финансијска криза показала да од свих институција једино централна банка располаже потребним капацитетом да применом одређених инструмената спречи крах финансијског система. Више је разлога који оправдавају одговорност централне банке за финансијску стабилност. Прво, централна банка је једина институција која је овлашћена да емитује новац као законско средство плаћања и утиче на ниво непосредне ликвидности. Друго, централна банка је одговорна за несметано функционисање платног промета. И, најзад, централна банка је, по природи ствари, заинтересована за здраве финансијске институције и стабилно финансијско тржиште, које олакшава трансмисију монетарне политике (Schinasi, 2006: 137). Под утицајем кризе, лепеза циљева за чију реализацију је одговорна централна банка се шири, тако што се поред

---

*Functioning of the European Union TFEU* , „Official Journal of the European Union“ (O.J.), од 9. 5. 2008. године.

3 Према чл. 95 Устава Србије, „НБС је самостална и подлеже надзору парламента, коме одговара, Устав Републике Србије, „Сл. гласник РС“ 98/06;

4 Закон о Народној банци Србије, „Сл. гласник РС“, 72/2003.

стабилности цена као приоритетног циља све јасније утврђује одговорност централне банке и за финансијску стабилност. У том смислу, и у Србији од избијања финансијске кризе Закон о НБС више пута је мењан и допуњаван, посебно у делу њених циљева и функција.<sup>5</sup> Мандат НБС за вођење макроруденционалне политике дефинисан је изменама и допунама Закона о Народној банци Србије из 2010. године утврђивањем обавезе да, у оквиру своје надлежности, предузима активности и мере ради очувања и јачања стабилности финансијског система. Са овако дефинисаном надлежношћу, НБС се придружује групи централних банака чија се одговорност за финансијску стабилност готово изједначава са одговорношћу за вођење монетарне политике. Ова промена индукована је финансијском кризом која је показала да осигурање стабилног и несметаног функционисања платног промета и финансијског система није могуће без подршке централне банке. Током времена фокус монетарне политике се мењао, почев од контроле понуде новца, одбране девизног курса до снабдевања привреде свежим контингентима новца и кредита. Према П. Волкеру, некадашњем гувернеру Федералних резерви, оно што се није мењало и што није вероватно да ће се у будућности мењати је обавеза централне банке да интервенише увек када је угрожена финансијска стабилност. (Volcker, 1984: 584).

Очување финансијске стабилности подразумева синхронизовано деловање више различитих чиниоца. Прва линија одбране обухвата активности банака и других финансијских институција предузетих у циљу минимизирања ризика са којима се суочавају у свом пословању. Према Закону о банкама (чл. 28, ст. 1), банка је обавезна да идентификује, мери и процењује ризике којима је изложена у свом пословању и управља тим ризицима. Такође, банка је у обавези да успостави и примени ефикасан систем унутрашњих контрола на начин који обезбеђује континуирано праћење ризика којима је банка изложена или може бити изложена у свом пословању. Другу линију одбране представља вођење макроруденционалне политике. У пракси се могу разликовати различита решења, почев од препуштања надлежности за ову делатност посебним институцијама до поверавања функције надзора централној банци. Наше законодавство надлежност за обављање послова контроле и надзора над банкарским и небанкарским финансијским институцијама препушта централној банци. Према Закону о НБС (чл. 8а) за обављање функције надзора над финансијским институцијама у оквиру Народне банке формира се Управа за надзор. Обављајући ову функцију, Управа за надзор самостално или у сардњи са Извршним одбором НБС обавља

---

<sup>5</sup> Закон о изменама и допунама Закона о Народној банци Србије, „Сл. гласник РС“, 55/2004, 85/2005 – др. 44/2010, 76/2012, 106/2012 и 14/2015.

бројне активности које се могу систематизовати у три групе: а) бонитетна регулатива (тј. правила која финансијске институције морају у свом пословању поштовати како би осигурале ефикасно управљање ризицима и сигурност средстава депонената; б) бонитетни надзор (ефикасан систем супервизије, прецизно одређену надлежност тела укључених у супервизију, њихову оперативну независност, транспарентност, начин контроле бонитета и законитости пословања финансијских институција) и в) примена корективних и принудних мера (супервизорска институција мора располагати одговарајућим алатима којима ће наложити отклањање неправилности у пословању, као и могућност одузимања дозвола за рад банкама и небанкарским институцијама).

Искуство са глобалном финансијском кризом показало је да сигурност појединих финансијских институција није сама по себи довољна за осигурање стабилности система у целини. Напротив, подршка конкретної банци може да дестабилизује друге због испреплетености банака и преливања негативних ефеката (Angeloni, 2014: 72). Као одговор на кризу на међународном и националном плану развија се нова област деловања јавне политике, чији је циљ да применом различитих инструмената минимизира системски ризик и на тај начин очува финансијску стабилност. Тако се у Европској унији крајем 2010. године усваја Уредба (1092/2010) о макробонитетном надзору финансијског система Европске уније и оснивању Европског одбора за системске ризике.<sup>6</sup> Поред тога, формирају се и три нове институције (Европско надзорно тело за банкарство<sup>7</sup>, Европско надзорно тело за осигурање и струковно пензионо осигурање<sup>8</sup> и Европско надзорно тело за хартије од вредности и тржишта капитала<sup>9</sup>) које треба да спрече кумулирање прекомерних ризика у финансијском систему. Нови

---

6 Regulation (EU) No 1092/2010 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 on European Union macro-prudential oversight of the financial system and establishing a European Systemic Risk Board (OJ L 331, 15.12.2010, p. 1).

7 Regulation (EU) No 1093/2010 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 establishing a European Supervisory Authority (European Banking Authority), amending Decision 716/2009/EC and repealing Commission Decision 2009/78/EC (OJ L 331, 15.12.2010, p. 12).

8 Regulation (EU) No 1094/2010 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 establishing a European Supervisory Authority (European Insurance and Occupational Pensions Authority), amending Decision 716/2009/EC and repealing Commission Decision 2009/79/EC (OJ L 331, 15.12.2010, p. 48).

9 Regulation (EU) No 1095/2010 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 establishing a European Supervisory Authority (European Securities and Markets Authority), amending Decision 716/2009/EC and repealing Commission Decision 2009/77/EC (OJ L 331, 15.12.2010, p. 84).

систем финансијске супервизије ЕУ водећу улогу у макробонитетном надзору приписује Европској централној банци и националним централним банкама, уважавајући њихову компетентост и одговорност у подручју финансијске стабилности. Препоруком о макропруденцијалном мандату националних тела (ЕСРБ 2011/3)<sup>10</sup> Европски одбор за системске ризике наглашава потребу водеће улоге централне банке у очувању финансијске стабилности. У оквиру преговора о чланству Република Србија је дужна да своје законодавство усагласи са *acquis communautaire* ЕУ. Економска и монетарна питања обухваћена су поглављем 17 и обухватају, између осталог, и усаглашавање макропруденцијалне политике. Закон о НБС надлежност за вођење макропруденционалне политике поверава централној банци. Према члану 4, тачка 4 Закона, Народна банка Србије „утврђује и спроводи, у оквиру своје надлежности, активности и мере ради очувања и јачања стабилности финансијског система“. Оно што треба имати у виду је да реализација циљева у погледу финансијске стабилности подразумева пуну посвећеност не само централне банке, већ и осталих субјеката који својим акцијама утичу на финансијске токове. Овај координисан приступ обезбеђен је потписивањем Споразума о Комитету за финансијску стабилност (Народна банка Србије, 2013). На тај начин, створен је институционални оквир за сарадњу и усаглашену акцију ових субјеката. Чини се да је, ипак, за усклађивање политика и мера, те благовремену и ефикасну размену информација у овој области боље решење усвајање посебног закона, који би уређивао сва питања од значаја за финансијску стабилност. Кључна питања која би уредио закон односе се на формирање међуинституционалног тела надлежног за финансијску стабилност, дефинисање и спровођење макропруденционалне политике.

#### **4. Макропруденционални инструменти Народне банке Србије**

Међународне финансијске институције, пре свега Банка за међународна поравнања, заједно са националним централним банкама настоје да дефинишу стратегију успостављања и очувања финансијске стабилности. За разлику од монетарне политике, код финансијске стабилности није могуће дефинисати универзална правила или моделе поступања. Приступи земаља се разликују, али несумњива корист од координисане акције је дефинисање неких принципа на којима се темељи политика очувања и јачања финансијске стабилности. У том смислу, политика очувања финансијске стабилности подразумева, поред дефинисања

---

10 Recommendation Of The European Systemic Risk Board of 22 December 2011 on the macro-prudential mandate of national authorities (ESRB/2011/3) Official Journal of the European Union (2012/C 41/01).

институционалних оквира, прецизирање инструмената које субјекти макропруденцијалне политике користе ради очувања финансијске стабилности. Сви ови инструменти према дејству могу се разврстати у две групе: инструменти са дејством *ex ante* (унапређење банкарске регулативе и супервизије, јачање транспарентности у пословању, чиме се умањује ризик који преузимају институције финансијског сектора) и *ex post* инструменти, који поред стандардних облика деловања (кредити централне банке, осигурање депозита, владина подршка у случају системски важних банака и ограничавање повлачења депонованих средстава), укључују и макропруденцијалне инструменте (Lastra, 2011:110). Традиционални инструмент којим централне банке настоје да очувају финансијску стабилност везује се за њену функцију зајмодавца последњег уточишта, тј. начин поступања у складу са тзв. Беџотовим правилом (*Bagehot's rule*), које се може сумирати као правовремена и неограничена кредитна подршка неликвидним, али солвентним банкама, на бази одговарајућег средства обезбеђења и уз вишу каматну стопу. (Rochon, Rossi, 2015:15). Као и остале централне банке, и НБС може предузимати мере за одржавање ликвидности банака и других финансијских организација, а које се односе на: 1) услове и начин одобравања депозитних и кредитних олакшица; 2) услове и начин обезбеђења ликвидности исплате депозита физичких и правних лица код банака; 3) друге мере за одржавање ликвидности банака. Глобална финансијска криза присилила је централне банке да примене неконвенционалне мере монетарне политике, које су подразумевале ангажовање значајних средстава. Највећи део ових средстава употребљен је као подршка банкарском сектору, док је мањи део искоришћен као подршка небанкарским финансијским институцијама. Проблем са применом оваквих мера огледа се у томе што су ову финансијску подршку банке углавном искористиле за побољшање својих биланса, услед чега је изостао очекивани ефекат повећања понуде кредита и, уместо опоравка, довео до продубљивање рецесије. У настојању да унапреди глобалне регулаторне оквири, Базелски одбор за надзор банака развио је нове инструменте који неће деловати проциклично (Basel Committee on Banking Supervision, 2010). На нивоу Европске уније такође су предузети кораци у правцу унифицирања инструмента макропруденцијалне политике, усвајањем Препоруке о непосредним циљевима и инструментима макропруденцијалне политике (ЕСРБ 2013).<sup>11</sup> Нови макропруденцијални инструменти наглашавају важност повећања капитала у банкарском сектору у периодима у којима расту ризици од поремећаја на нивоу

11 Recommendation Of The European Systemic Risk Board of 4 April 2013 on intermediate objectives and instruments of macro-prudential policy (ESRB/2013/1), Official Journal of the European Union 2013/C 170/01).

целог система. Такав додатни заштитни слој капитала јача способност банкарског сектора да поднесе неочекиване губитакe, уз наставак кредитирања привреде.<sup>12</sup> Када су у питању инструменти које НБС користи ради очувања финансијске стабилности, Закон о НБС не садржи одредбе о могућим макропруденционалним мерама, што значи да НБС има пуну слободу да одлучује о начину и интензитету деловања. У настојању да попуни ову празнину, НБС је усвојила консултативни документ којим се утврђују основни и прелазни циљеви ове политике, као и најважнији инструменти за очување и јачање финансијске стабилности (Народна банка Србије, 2015). Инструменте наведене у овом документу можемо систематизовати у три групе:

а) Обезбеђивање додатног капитала. Применом овог инструмента банке се обавезују да издваје додатне резерве капитала (тзв. контрациклични заштитни слој (CCB – *Countercyclical capital buffer*) и секторски заштитни слој капитала (*Sectoral countercyclical capital buffer*) и ограничење кредитне експанзије). Обезбеђивањем додатног капитала, изнад минималних капиталних захтева, повећава се отпорност банака на финансијске поремећаје. Употреба ових инструмента доводи до стабилизирајућих ефеката, с обзиром на то да се у периодима просперитета успорава експанзија кредита (тзв. кредитни бум), док се у условима кризе предупређује претерана кредитна рестрикција.

б) Повећање ликвидности банкарског сектора. За очување финансијске стабилности изузетно је важно да банке располажу довољним резервама ликвидности, посебно за случај настанка непредвиђених околности. Банка је дужна да својом имовином и обавезама управља на начин који јој омогућава да у сваком тренутку испуни доспеле обавезе. Претерано ослањање на краткорочне изворе финансирања чини банку рањивом у случају повлачења депозита. У том циљу, банкама се поставља захтев за обезбеђивањем додатне ликвидности, изнад минималне стопе предвиђене микропруденционалним нормама, и тиме се спречава претерана изложеност јефтиним, али нестабилним изворима финансирања. У оквиру ове групе најзначајнији инструменти су макропруденцијално ограничење рочне структуре извора финансирања (*Net Stable Funding Ratio – NSFR*) и макропруденцијално ограничење односа одобрених кредита и примљених депозита (*Loan-to-deposit – LTD*).

---

12 Recommendation Of The European Systemic Risk Board of 18 June 2014 on guidance for setting countercyclical buffer rates (ESRB/2014/1) (2014/C 293/01), Official Journal of the European Union C 293/1.

в) Управљање активом. Применом овог инструмента јача се отпорност банкарског система и смањује изложеност банке ризицима, односно спречавање кумулирања ненаплативих потраживања у активи банака. Ова група инструмената обухвата макропруденцијално ограничење покривености хипотекарног кредита вредношћу оптерећене неопкретности (*Loan-to-value – LTV* лимит) и макропруденцијално ограничење кредитног задужења у односу на доходак (*Loan-to-income – LTI* лимит).

Народна банка Србије, као главни субјект макропруденционалне политике, доноси одлуку о примени инструментата, настојећи да примени оне инструменте који су најпогоднији за реализацију утврђених циљева. Одлука о избору инструмената доноси се зависно од извора системског ризика. Врло често елиминисање ризика подразумева увођење више инструмената. За делотворност оваквог приступа изузетно је важно познавати карактеристике и могуће ефекте деловања сваког инструмента понаособ, као и њихове међусобне односе, водећи рачуна да се не определи за инструменте са супротним међусобним дејством.

## 5. Закључак

Глобална финансијска криза скренула је пажњу на улогу централне банке у очувању и јачању финансијске стабилности. Реч је о једној од традиционалних улога централних банака која је из бројних разлога, у периоду након Другог светског рата, била у другом плану у односу на неке друге улоге, попут очувања стабилности цена. Финансијска криза из 2007. године показала је рањивост финансијског система и указала на потребу његове доградње посебном макропруденционалном функцијом, која би била поверена институцији способној да прати, идентификује и правовременом реакцијом отклони појаву системског ризика. Више је разлога који оправдавају поверавање ове функције централној банци. Прво, централна банка је једина институција која је овлашћена да емитује новац као законско средство плаћања и утиче на ниво непосредне ликвидности. Затим, она је одговорна за несметано функционисање платног промета. И, најзад, централна банка је, по природи ствари, заинтересована за здраве финансијске институције и стабилно финансијско тржиште, будући да од тога зависи трансмисија монетарне политике. Промене на глобалном нивоу у погледу улоге централне банке утицале су и на промену положаја Народне банке Србије. Мандат НБС за вођење макропруденционалне политике дефинисан је изменама и допунама Закона о Народној банци Србије из 2010. године утврђивањем обавезе да, у оквиру своје надлежности, предузима активности и мере ради очувања и јачања стабилности финансијског



система. Међутим, за разлику од монетарне политике, где закон таксативно одређује циљеве и инструменте које користи НБС, питање очувања и јачања финансијске стабилности великим делом је нерегулисано. За успостављање делотворног макропруденцијалног оквира неопходно је доношење посебног закона којим би се детаљније уредила питања из ове области, а нарочито формирање међуинституционалног тела за финансијску стабилност, поступак обликовања и спровођења макропруденцијалне политике, као и конкретизовање инструмената и мера за очување и јачање финансијске стабилности.

### Литература

- Angeloni, I. (2014). Macroprudential policies: implementation and interactions. *Banque de France Financial Stability Review*. 18 (April). 71–84
- Basel Committee on Banking Supervision, *Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems*. Bank for international settlements, December 2010 (rev June 2011)
- Bernanke, B. (2013). A Century of US Central Banking: Goals, Frameworks, Accountability. *Jouranal of Economic Perspectives*. 27 ( 4). 3–16
- Božina, M. (2006). Pravni i ekonomski aspekti regulacije poslovnih banaka u procesu ekonomske i monetarne integraciji Republike Hrvatske. *Ekonomska istraživanja*. 19 (2). 107–117
- Volcker, P. (1984). The Federal Reserve Position on Restructuring of Financial Regulation Responsibilities, *Federal Reserve Bulletin*. 70 (July). 547–557
- Закон о Народној банци Србије. *Службени гласник РС*. Бр. 72 (2003)
- Закон о изменама и допунама Закона о Народној банци Србије. *Службени гласник РС*. Бр. 55/2004, 85/2005 – др. 44/2010, 76/2012, 106/2012 и 14/2015
- Jovanić, T. (2009). *Ciljevi i oblici regulisanja poslovanja banaka*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu
- Lastra M. R. (2011). Systemic risk, SIFIs and financial stability. *Capital Markets Law Journal*. 6 (2). 197–213
- Народна банка Србије, *Макропруденцијални оквир*. март (2015) <http://www.nbs.rs>
- Народна банка Србије. Годишњи извештај о стабилности финансијског система. (2013)

Primorac, Ž. (2009). *Budućnost bankarstva, Ekonomija/Economics*. 16 (2). 430–431

Regulation (EU) No 1092/2010 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 on European Union macro-prudential oversight of the financial system and establishing a European Systemic Risk Board (OJ L 331, 15.12.2010)

Regulation (EU) No 1093/2010 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 establishing a European Supervisory Authority (European Banking Authority), amending Decision 716/2009/EC and repealing Commission Decision 2009/78/EC (OJ L 331, 15.12.2010, p. 12)

Regulation (EU) No 1094/2010 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 establishing a European Supervisory Authority (European Insurance and Occupational Pensions Authority), amending Decision 716/2009/EC and repealing Commission Decision 2009/79/EC (OJ L 331, 15.12.2010)

Regulation (EU) No 1095/2010 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 establishing a European Supervisory Authority (European Securities and Markets Authority), amending Decision 716/2009/EC and repealing Commission Decision 2009/77/EC (OJ L 331, 15.12.2010)

Recommendation Of The European Systemic Risk Board of 22 December 2011 on the macro-prudential mandate of national authorities (ESRB/2011/3) Official Journal of the European Union (2012/C 41/01)

Rochon, P.L., Rossi, S. (2015). *The Encyclopedia of Central banking*, London : Edward Elgar

Saunders, A. Cornett, M. M. (2006). *Financijska tržišta i institucije*, Zagreb: Poslovni dnevnik, MASMEDIA

Schinasi J. G. (2006). *Safeguarding Financial Stability: Theory and Practice*, Washington: International Monetary Fund

Smaghi, B. L. (2008). Central Bank Independence in the EU: From Theory to Practice. *European Law Journal*. 14 (4). 447–453

Устав Републике Србије. *Службени гласник РС*. Бр. 98 (2006)

Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union - Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union - Protocols - Annexes - Declarations annexed to the Final Act of the Intergovernmental Conference which adopted the Treaty of Lisbon, signed on 13 December 2007 - Tables of equivalences Official Journal C 326 , 26/10/2012 P. 0001 – 0390

**Srđan Golubović, LL.D.**

*Full Professor, Faculty of Law, University of Niš*

## **THE ROLE OF THE NATIONAL BANK OF SERBIA IN PRESERVING AND STRENGTHENING FINANCIAL STABILITY**

### **Summary**

*Financial system plays a key role in the allocation of resources in the modern market economy. From the institutional point of view, financial system comprises financial institutions, banks and non-bank financial intermediaries which, performing the role of financial intermediaries between economic lenders and borrowers, collect and allocate financial resources. Financial system allows the creation of appropriate instruments and mechanisms for holding and safeguarding the assets of entities and organizing efficient payment system. By performing these functions, financial institutions exert their influence on the level of economic activity, generate changes in the economic structure, contribute to the increase of employment, etc. Certainly, the capacity of the financial system to perform the above mentioned functions primarily depends on its stability. If there is efficient and stable financial system, the allocation of domestic savings will be more efficient. And vice versa, an inefficient and unstable financial system will not be able to provide efficient allocation of scarce resources, which generates both direct and indirect costs.*

*The global financial crisis in 2008 clearly showed that instability of the financial sector leads not only to instability of the national economies but also of the world economy. We are witnessing a reaffirmation of the importance of financial stability and the adoption of comprehensive regulatory measures within the international financial organizations, the European Union and at the level of national states, for the purpose of preserving and strengthening the financial stability. Financial stability is important for all economic actors. It equally protects depositors, investors as well as the real sector of the economy. The preservation and strengthening of the financial stability is aimed at protecting the weaker economic entities. States endeavor to build a system that will first act preventively, then enable the efficient management of the financial crisis and, finally, provide system resilience to external or internal financial disturbances. The key position in this system belongs to the central bank, as the institution responsible for maintaining and strengthening financial stability.*

*After defining the elements which determine the concept of financial stability, the author examines the place of the National Bank of Serbia (NBS) in the system of preserving the financial stability. Although the NBS is primarily responsible for price stability, in no circumstances shall it ignore the stability of the financial system as*

*a whole. The last part of the paper, the author analyzes the means and instruments available to the National Bank of Serbia for safeguarding and strengthening of the financial stability.*

**Key words:** *National Bank of Serbia, financial stability, banking crises, macro-prudential supervision.*

## **ЗАШТИТНА ФУНКЦИЈА ЗАКОНОДАВСТВА О РАДУ\*\***

**Апстракт:** *Заштитити слабију страну у радном односу је најстарија и најважнија функција законодавства о раду. Сврха његовог настанка и постојања до данашњих дана се није променила. Путем законске заштите запослених држава тежи да успостави равнотежу између страна у радном односу која је, формално изједначеним позицијама послодавца и запосленог, померена у корист послодавца. У првом делу рада даје се краћи приказ настанка законодавства о раду, са акцентом на узроке који су довели до његовог стварања. Садржина заштитне функције законодавства о раду изложена је у другом делу. Могућност „мерења“ степена заштите коју законодавство о раду пружа путем објективних критеријума аутор излаже у трећем делу рада, док је четврти део посвећен проблему очувања законодавства о раду и његове заштитне функције у савременим условима. У закључку аутор укратко излаже своја запажања везана за ову проблематику.*

**Кључне речи:** *рад, радно право, законодавство о раду.*

### **1. Настанак и сврха законодавства о раду**

У теорији радног права не постоји јединствен став о времену његовог настанка, с обзиром на то да се користе различити критеријуми за периодизацију његове историје. Схватања се крећу од тога да је радно право настало још у средњем веку, са цеховима и гилдама, па до оних која настанак радног права везују за појаву капиталистичког начина производње, тј. за индустријску револуцију у западним земљама, што је шире прихваћено (Ravnić, 2004: 303–305). Најодређеније мишљење настанак радног права везује за Француску револуцију из 1789. године, када су укинута еснафски

\* obrad@prafak.ni.ac.rs

\*\* Овај чланак је резултат рада у оквиру пројекта под називом „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, финансираном од стране Министарства просвете и науке Републике Србије (референтни број 179046).

системи и проглашена слобода рада у индустрији, трговини и занатству (Lyon-Caen, Pélissier, Supot, 1994: 8–9). Прву фазу у развоју радног права, која се назива и либералистичким раздобљем, одликују радни односи као део привредних односа и они су, као такви, у потпуности подвргнути законима тржишта. Рад је сматран робом и није било прихватљиво било какво мешање у природно деловање привредних законитости. То је, разумљиво, искључивало постојање државног и колективног радног права. Индивидуална и неограничена аутономија воље појединаца била је окосница либералистичке филозофије, која се противила интервенцији државе у подручје рада (Ravnić, 2004: 334–336). То је довело до тога да су услови рада били на граници људске издржљивости, радна снага је била „потрошна роба“, а живот радника обезвређен до крајњих граница.

Примера ради, радно време у француској индустрији трајало је од 14–15 сати дневно, индустрија је имала довољно радне снаге, а рад жена и деце знатно се повећавао. Деца од 6–8 година, слабо исхрањена, била су у обавези да устају у пет сати ујутро да би на време дошла до удаљеног радног места (Ravnić, 2004: 339). Ни у осталим западним земљама ситуација није била ништа боља. У Енглеској, фабрике су биле смештене у сиротињским четвртима и биле застрте сопственим испарењима чађи и дима. Машине су биле подешене на брзину која је од руковалаца захтевала оштро око и брзе руке током целог радног дана. Оне су, како се наводи, штеделе време а трошиле људе (Дјурант, 2005: 358)<sup>1</sup>. Нездрави и тешки услови рада били су, са формалног стајалишта, првенствено последица слободе уговарања, тј. примене формалног начела грађанског права по коме су уговорне странке једнаке и равноправне. Међутим, с обзиром да је радник у стварности био слабија страна код уговора о раду, био је предмет израбљивања од стране послодавца (Равнић, 2005: 339).

Формална слобода и једнакост, прокламована од стране политичког и привредног либерализма заправо су предузимачу дале пуну власт, коју је он потпуно и искористио (Бајич, 1937: 10). Стога, већ почетком XIX века

---

1 Исти писац наводи податак да је 1816. године од 10.000 запослених у 41 шкотској фабрици радило 3.146 мушкараца и 6.854 жене, од којих је 4.851 била млађа од 18 година. Жене између порођаја биле су пожељније као фабрички радници од мушкараца, а деца пожељнија од жена због ниже плате. Још јефтинија и пожељнија радна снага била су сирочад, коју су у фабрике слали администратори из Сиротињског фонда. Овај аутор наводи и запажања Томаса Карлајла (*Thomas Carlyle 1795–1881*), шкотског филозофа и писца, који је резимирао услове британског фабричког радника у том периоду, закључујући да је Британцима било боље када су били средњовековни кметови, те да је индустријски напредак пролетеру оставио тако мали удео у све већем богатству да се он враћао варварству.

долази до мешања државе у област радних односа.<sup>2</sup> У вези за појавом заштитног законодавства, једно од питања које се с тим у вези поставља јесте питање непосредних утицаја који су до њега доводили. То питање ни до данас није расветљено, јер недостају подаци, али се сматра да је за појаву заштитног законодавства пре свега заслужна борба самог радништва. С друге стране, не може се потцењивати ни улога средњих сталежа, нарочито интелектуалаца. Изузетно, заслуге за то имају и сами послодавци, као што је случај Роберта Овена (Живковић, 1940: 112–113). Све јача интервенција државе у област радних односа значила је напуштање претпоставке о равноправности и аутономији воље и свест о непобитној злоупотреби доктрине *laissez faire-laissez passer* (Tintiћ, 1969: 120). Наиме, ако је ова доктрина у првој половини XIX била готово општеприхваћена, у другој половини XIX века та подршка је била смањена, услед друштвених, економских и политичких промена које су се, у међувремену, десиле у Европи (Ковачевић, 2013: 53). Као значајан разлог за државну интервенцију у области радних односа, наводи се и то да су се неке колективне радничке акције предузимале не само ради побољшања услова рада, већ и за остваривање политичких циљева. Дobar део радничке класе је у то време био под утицајем политичких странака које су се противиле капитализму (Равнић, 2005: 350–351).

О свести да је положај радника неопходно хитно побољшати и тако избећи друштвене потресе, говори и чињеница да је и једна папска енциклика (посланица) била посвећена тој проблематици. На чело Римокатоличке цркве 1878. године ступио је папа Лав XIII (1810–1903). Важио је за умерењака широких погледа, али је категорично био против социјализма, комунизма, ниҳилизма и масонства. Своје ставове изражавао је, између осталог, и кроз разне енциклике. Једна од најпознатијих је свакако *Rerum novarum* (лат. „О новим стварима“) из 1891. године. Њен поднаслов је „Права и обавезе рада и капитала“, што довољно говори о њеној садржини. Увиђајући опасност по приватну својину од растућих социјалистичких покрета (који су упориште налазили у незадовољном радништву), али и негативне стране суровог капитализма, папа се заложио за права радника и социјалну правду.<sup>3</sup>

2 У Великој Британији је још 1802. године донет Закон о заштити дечијег рада. Потом је, Законом о забрани дечијег рада из 1816. године, ограничена старосна доб за запослење на девет година, 1833. године уведена је радна седмица од 48 сати за децу у текстилној индустрији, 1847. године ограничено је радно време женама и млађим особама у фабрикама на 10 сати дневно, итд. По угледу на Велику Британију и друге земље доносе сличне прописе, пре свега Француска и Немачка.

3 То му је донело надимак „*раднички papa*“. Више о енцикликама папе Лава XIII може се наћи у: *The Great Encyclical Letters of Pope Leo XIII*, Forgotten Books, 2012; фототипско издање оригинала из 1903. године, издавача Benziger Brothers, New York, Cincinnati, Chicago.

## 2. Суштина заштитне функције законодавства о раду

Радном законодавству (и радном праву уопште) приписују се различите функције. Тако, као основни циљеви наводе се: социјално-радни мир; социјална равнотежа; регулисање конкуренције; еманципација (појединца и друштва); сигурност (запослења и социјална); морализовање радних односа. Од побројаних, успостављањем социјалне равнотеже остварује се заштита запослених, али и послодаваца (Лубарда, 2012: 41–42). Заштита права и интереса послодавца остварује се на два нивоа. На првом нивоу, законодавство о раду установљава основна права послодавца и обавезе запослених које кореспондирају са њима. На другом нивоу, права послодавца и обавезе запослених остварују се путем конкретних норми, које се тичу различитих аспеката власти послодавца: нормативне, диспозитивне и дисциплинске (Киселџић, Лушников, 2008: 112).

С друге стране, има аутора који сматрају да радно право има две основне функције: заштитну и економску (производну). Остваривањем тих функција путем законодавства о раду остварује се равнотежа између супротстављених интереса двеју страна у радном односу. Заштитна функција усмерена је ка интересима радника и службеника, а производна ка интересима послодавца (Мрџков, 2008: 44).

Заштитна функција законодавства о раду је, историјски гледано, његова најранија функција и она се остварује путем низа института, као што су радно време, одмори, одсуства, безбедни и здрави услови рада, ограничена материјална одговорност, посебна заштита појединих категорија запослених, правна заштита од незаконитог отказа, итд. (Мрџков, 2008: 45). Р. Живковић је још у својој студији из 1939. године уочио, на први поглед, парадоксалну чињеницу да је борба радништа за боље услове рада јачала са развојем заштитног законодавства. Разлог за то лежи, по његовом мишљењу, у васпитном дејству заштитног законодавства, које код радништва својом свакодневном применом буди свест о сопственој вредности и снази и на тај начин га подстрекава на борбу и удруживање. Другим речима, оног дана када је и сама држава била присиљена да устане у одбрану радничких интереса, услед све бољег самосталног организовања радништва, његова борба добија снажнији замах (Живковић, 1940: 114–115). Посредно, штитећи раднике, радноправне норме доприносе и социјалном миру, социјалној правди и друштвеној кохезији (Ковачевић, 2013: 57).



### 3. „Мерење“ заштитне функције законодавства о раду

Путем законске заштите запослења ограничава се слобода послодавца у прилагођавању степена запослености својим потребама. Постоје бројна истраживања чији је циљ да се открије степен утицаја заштите запослења на флексибилност тржишта рада, тј. колико сигурност радног односа утиче на степен незапослености (Лукић, 2004: 621). С обзиром на различита законска решења која уређују ову област, ОЕЦД (Организација за економску сарадњу и развој)<sup>4</sup> је у прошлости израдио методологију путем које се, проценом одређених параметара, процењује степен заштите запослења у свакој земљи понаособ. Ова методологија названа је *индекс законске заштите запослења*.<sup>5</sup> Почев од 1999. године, ова организација објављује годишњу студију (*Employment Outlook*) у којој анализира законодавства о раду у различитим државама и из различитих делова света. У суштини, индекс законске заштите запослења је покушај да се упореде, уз помоћ одређених принципа, решења из различитих законодавстава о раду и да се, на тај начин, добије један показатељ (индекс) који ће одговорити на питање колико је радно законодавство неке земље „ригидно“, тј. колику заштиту пружа запосленима (Обрадовић, Секулић, 2006: 307).<sup>6</sup> Методологија израчунавања индекса обухвата просек 22 посебна показатеља, који су сврстани у три групе: регулатива која се односи на појединачне отказе уговора о раду на неодређено време (12), регулатива која се односи на привремено запошљавање (6) и регулатива која се односи на колективне отказе (4). Примера ради, то су: висина отпремнине, максимално трајање уговора о раду на одређено време, временско раздобље које је потребно да би послодавац предузео законом предвиђене поступке при отказу и сл. Када се, по посебном поступку, одреди вредност сваког појединачног показатеља, одређује се њихов просек. Просек се одређује на скали од 0 до 6. Наравно, законска заштита запослења је увек негде између ових вредности.

У Србији је индекс законске заштите запослења израчунаван за Закон о раду из 2001. године<sup>7</sup>, и тада је износио 3,86 (Обрадовић, Секулић, 2004: 319). Примера ради, у Републици Хрватској је вредност индекса први пут

4 *Organisation for Economic Co-operation and Development-OECD.*

5 *Employment protection legislation index-EPL.*

6 Израз „ригидно“ законодавство о раду супротан је термину „флексибилно“ законодавство о раду. Оба су скована од стране присталица тзв. „флексибилизације“ радних односа, тј. заговорника смањења заштите која се законодавством о раду пружа запосленима, под изговором да ће то повећати запосленост и опште друштвено благостање. Због тога се законодавство о раду које пружа већу заштиту запосленима назива ригидним, не би ли се означило кочничарем развоја.

7 „Сл. гласник РС“, бр. 70/01 и 73/01.

израчуната 2002. године, и тада је износила 3,58. Након измена Закона о раду 2003, његова вредност је пала на 2,76, првенствено због увођења законске регулативе о агенцијама за привремено запошљавање. За Закон о раду из 2004. године прво је добијена вредност од 2,7. Применом нове ОЕЦД-ове методологије из 2008. године, добијена је вредност индекса законске заштите запослења у Републици Хрватској од 2,61 (Kunovac, 2014: 4).

#### **4. Заштитна функција законодавства о раду у савременим условима**

Промене које су се десиле у свету последњих двадесетак година неминовно су утицале и на законодавство о раду и његову заштитну функцију. Најзначајнији утицај на законодавство о раду у савременим условима остављају глобализација, растућа незапосленост, економске кризе, интернационализација пословања, смањење улоге индустријског и живог рада, тренд приватизације јавног сектора и сл. Све то довело је до појаве феномена „флексибилизације рада“ (Јашаревић, 2012: 26). У основи, заговорници флексибилизације радних односа сматрају да је заштитна функција законодавства о раду (у већини земаља), таква каква јесте, кочница економском расту и развоју. Превелика заштита запослених ствара за послодавце превелике трошкове, док процедуре приликом отпуштања успоравају послодавце да се прилагођавају променама на тржишту. Самим тим, тврде они, успорава се економски раст а незапосленост повећава. Дерегулацијом радних односа, тј. смањењем степена њиховог регулисања путем закона, капитал ће се брже прилагођавати тржишту, економски раст ће бити већи а незапосленост мања. Највећи заговорници оваквих промена управо су велике мултинационалне корпорације и водеће светске финансијске институције.

У таквим околностима, држава се налази пред дилемом да ли да буде заштитна или продуктивна држава (Kaufmann, 2007: 16). Изузетно снажни напади на законодавство о раду, повезани са све мањом потребом за људским радом, довели су чак и до појаве теорија о „крају рада“ (Rifkin, 2004: 3–15). Наравно, поставља се и питање добронамерности заговорника флексибилизације радних односа. Другим речима, да ли је опште благостање заиста циљ који се жели постићи смањењем заштите коју законодавство о раду пружа, или је посредни нешто друго. Као прикривени циљеви флексибилизације и дерегулације најчешће се наводи енормно повећање профита компанија на штру социјалног положаја запослених; слабљење синдиката; пребацивање терета социјалне сигурности са државе на појединца. То је био разлог да у многим земљама, после почетног одушевљења, дође до оспоравања флексибилизације и дерегулације радних односа (Јашаревић, 2012: 27).

## 5. Закључак

Од самог настанка законодавства о раду, заштита слабије стране у радном односу његова је најзначајнија функција и, у основи, разлог његовог постојања. Ширење заштитне функције законодавства о раду ишло је доста споро, и од самог почетка било је суочено са снажним противљењем послодаваца и њихових удружења. Држава је у таквим околностима увек била принуђена да прави равнотежу између послодаваца и запослених, а заштити коју је она гарантовала, у великој мери доприносили су и сами запослени путем својих организација и колективних акција. Највећи напредак постигнут је у неколико деценија после Другог светског рата, када је заштитна функција законодавства о раду (начелно говорећи) достигла свој врхунац. Ипак, последњих пар деценија долази до значајног слабења заштите запослених, услед бројних и крупних промена које се дешавају у свету. Све снажније мултинационалне корпорације и финансијске институције, с једне стране, и све слабије државе, с друге стране, доводе до убрзаног смањења права из радног односа и степена њихове гаранције. С обзиром на околности, верујемо да ће се тај тренд наставити и у догледној будућности.

## Литература

Бајич, С. (1937). *Основи радног права – општи део*. Издавачко и књижарско предузеће Геца Кон, А.Д., Београд

Дјурант, В., Дјурант, А. (2005). *Историја цивилизације – бНаполеоново доба*. Војноиздавачки завод, Народна књига. Београд

Живковић, Р. (1940). *Проблем правне природе уговора о раду у светлости историје и савременог друштвеног и привредног поретка*, докторска дисертација. Правни факултет у Београду. Београд

Јашаревић, С. (2012). *Перспективе флексибилизације рада у Србији*. Радно и социјално право, 2/2012. Београд

Kaufmann, C. (2007). *Globalization and Labour Rights*. Hart Publishing. Oxford and Portland. Oregon

Киселёв, И.Я., Лушников, А. М. (2008). *Трудовое право России и зарубежных стран*. Эксмо, Москва

Ковачевић, Љ. (2013). *Правна субординација у радном односу и њене границе*. Правни факултет у Београду. Београд

Kunovac, M. (2014). *Employment Protection Legislation i Croacia*. Financijska teorija i praksa, II/2014

- Lyon-Caen, J. Pélissier, A. Supiot. (1994). *Droit du travail*. Dalloz, Paris
- Лубарда, Б. (2012). *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*. Правни факултет Универзитета у Београду. Београд
- Лукић, П. (2008). *ОЕСД-ов индекс законске заштите запослења*. Радно и социјално право, 1–6, Београд
- Мрљчов, В. (2008). *Трудово право*. Сиби, Софија
- Обрадовић, Г., Секулић, В. (2004), *Индекс законске заштите запослења у Републици Србији*. Радно и социјално право, 1–6. Београд
- Ravnić, A. (2004). *Osnove radnog prava – domaće, usporednog i međunarodnog*. Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb
- Rifkin, J. (2004). *The End of Work*. Penguin, New York
- Tintiћ, N. (1969). *Radno i socijalno pravo, knjiga prva: radni odnosi (I)*, Narodne novine, Zagreb

**Goran Obradović, LL.D.**

*Associate Professor,*

*Faculty of Law, University of Niš,*

## **THE PROTECTIVE FUNCTION OF LABOUR LEGISLATION**

### **Summary**

*The protection of the weaker party in an employment relationship is the oldest and most important function of labour legislation. The purpose of its emergence and existence has not changed to the present day. By providing for the legal protection of employees, the State endeavours to establish a balance between the parties to employment relationship which, given the formally equal positions of the employer and the employee, has shifted to the benefit of the employer. The first part of the paper provides a brief overview of the genesis of labour legislation, with specific reference to the causes leading to its emergence. The second part focuses on the content of protective function of labour legislation. The third part examines the possibility of “measuring” the degree of protection provided by labour legislation through objective criteria, while the fourth part of the paper discusses the problem of preserving labour legislation and its protective function in contemporary circumstances. In the conclusion, the author briefly presents his observations on the subject matter under consideration.*

**Key words:** labour, labour law, labour legislation.

**Др Марина Димитријевић,**  
Ванредни професор Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 336.201.1/.3

Рад примљен: 30.06.2015.

Рад прихваћен: 03.12.2015.

## **ПРАВИЧНОСТ И АКТУЕЛНО МОДЕЛИРАЊЕ ПОРЕСКИХ СИСТЕМА У СВЕТУ**

**Апстракт:** Предмет анализе у овом раду јесу могућности остваривања начела правичности у савременим пореским системима. Аутор, најпре, даје теоријски осврт на значење правичности у опорезивању и разматра општи амбијент у коме се одвија процес моделирања пореских система у свету. У наставку рада су обрађене актуелне промене у домену опорезивања дохотка, потрошње и имовине. Настале као непосредни одраз глобализације, пореске хармонизације и пореске конкуренције, оне указују на постојање изражене конфликтности начела правичности и начела ефикасности у опорезивању. Бројним аргументима, којима се то потврђује, посебна пажња је посвећена у завршном делу рада. Правичност нема улогу „идеје водиле“ у конципирању савременог опорезивања већ је теоријски идеал чија је стварна реализација остављена за неки будући период.

**Кључне речи:** порези, порески систем, пореска политика, пореске реформе, глобализација, пореска хармонизација, пореска конкуренција, правичност опорезивања.

### **1. Увод**

Порески системи се, у земљама широм света, перманентно реформишу. Промене система опорезивања се одвијају у амбијенту протканом бројним противуречностима, као непосредним одразом актуелних друштвено-политичких, економских и социјалних кретања. Преображаји пореских

---

\* marina@grafak.ni.ac.rs

\*\* Рад је резултат истраживања на пројекту „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013–2018. године.

структура се, већ више од две деценије, остварују на начин који указује да се правац и приоритети пореске политике, сваке државе понаособ, битно мењају, као и да се бројна питања која се тичу пореза, као важан део процеса политичког одлучивања, са националног постепено премештају на наднационални ниво.

Системи опорезивања су резултат одређених компромиса у датим условима па потпуна реализација правичности у опорезивању, по правилу, изостаје. У савременим државама, које одликују нестабилна привредна кретања и незавидни економски положај већине популације пореских обвезника, питање правичности опорезивања се изнова актуелизује. Општи захтев да се моделирање пореских система остварује уз пуно уважавање теоријских поставки, које су претпоставка реализације пореске правичности и подстицајне улоге пореза у одвијању друштвеног и привредног живота, суочава се са много препрека и изазова. Да ли су они, по својој природи и снази, такви да суштински одређују „судбину“ правичности опорезивања? Да ли принцип правичности, имајући у виду околности у којима се моделирају савремени порески системи, може да однесе превагу над принципом ефикасности у опорезивању? Да ли је правичност савременог опорезивања могућа или је само реч о теоријском идеалу? Да ли је валидна тврдња да се модерно пореско право конципира на начин да буде у функцији заштите економски слабијих пореских обвезника? Наведена питања су, и у другој деценији 21. века, отворена а одговори на њих захтевају стално преиспитивање.

## 2. Теоријски осврт на правичност у опорезивању

Једна од кључних тема у сфери опорезивања тиче се начина на који треба обвезницима расподелити пореске обавезе како би се реализовала правичност. Правичност у опорезивању се може остварити на основу два начела: начела корисности (*eng. benefit principle*) и начела пореске (економске) снаге, тј. начела способности плаћања (*eng. ability to pay principle*) (Роровић, 2013: 39–41). Према начелу корисности, које се у теорији најпре заговарало, порези су својеврсна „цена“ за добра и услуге које обезбеђује држава. Начело пореске снаге као полазиште за утврђивање пореске обавезе узима способност пореског обвезника да доприноси финансирању јавне потрошње. Другим речима, пореска правичност је базирана на принципу да обвезници треба да сносе порески терет сходно својим економским могућностима. Остваривање пореске правичности се посматра преко два аспекта: хоризонталне и вертикалне правичности (Hillman, 2003: 472). Хоризонтална правичност, поред потребе да сви плаћају порезе (општост

пореске обавезе), указује и на принцип да порески обвезници с једнаким економским могућностима и истим особинама (породични статус, издржавани чланови породице и сл.) треба да буду подложни једнаким пореским обавезама. Вертикална правичност подразумева да порески обвезници са већом економском снагом треба да буду подложни већем пореском оптерећењу, што се остварује применом прогресивних пореских стопа. Заправо, потребно је одредити који обвезници би плаћали порез по вишим стопама, формулисати одговарајуће пореске прописе и, у сваком конкретном случају, утврдити износ средстава који, на име пореза, ти обвезници треба да плате. Вертикална правичност резултира одређеним социјалним учинцима а може се спровести непосредно путем опорезивања дохотка и имовине, као додатног показатеља пореске снаге, али и посредно преко опорезивања потрошње. У принципу, вертикална правичност се у пракси остварује установљавањем одговарајућих пореских облика. Неки порези, по својој природи, нису погодан инструмент за непосредно остваривање правичности. То важи за порез на додату вредност и акцизе, који су регресивни и процентуално више оптерећују обвезнике са мањом него обвезнике са већом економском снагом. Посредно, значајније захватање луксузних производа овим порезима могло би нешто више да оптерети богатије пореске обвезнике. Порези на потрошњу су због своје издашности, једноставности и погодности примене (тзв. режим „самоопорезивања“), као и задовољавајућег нивоа онемогућавања евазије, омиљени савременој пореској власти. На другој страни, преко пореза на добит корпорација (правних лица) се не могу постићи значајнији ефекти у домену пореске правичности будући да је његова првенствена улога остваривање економских ефеката. У принципу, највећи потенцијал за достизање правичности у опорезивању имају порез на доходак физичких лица (грађана) и порези на имовину. Пракса, међутим, показује да је, у многим земљама света, изузетно тешко адекватно конципирати опорезивање дохотка управо из разлога што право пореза на доходак не даје једнак третман разним облицима прихода. Најчешће су, у том сегменту правног регулисања овог пореза, присутна бројна непоштовања начела према коме би приходе требало третирати на исти начин без обзира на њихово порекло тј. чињеницу да ли приходи потичу од рада или од капитала. У томе се, пре свега, огледа и стално присутна конфликтност интереса глобализованог капитала и национално одређених пореских политика. Са економском кризом, присутном у већем делу света, актуелизује се питање значајнијег захватања имовине као запостављеног извора пореза. Порези на имовину нису толико популарни у пореској популацији, али могу бити погодан начин обезбеђивања прихода неопходних за финансирање нижих нивоа власти. Уз то, могу указивати на постојање правичнијег опорезивања

посебно уколико се њима адекватно опорезује велика имовина. Наравно, правично опорезивање имовине подразумева низ предуслова (нпр. тачна евиденција непокретности, реално утврђивање пореске основице, укључујући и адекватан обрачун амортизације и пореских кредита и сл.) који, најчешће, у већини земаља у транзицији нису испуњени.

У савременој теорији се, све више, истиче став да се вертикална правичност може остваривати и тзв. негативним порезима. Негативно опорезивање дохотка се односи на случајеве у којима је доходак пореског обвезника испод нивоа егзистенцијалног минимума. Држава, заправо, не врши опорезивање већ усмерава социјалне трансфере у корист оног дела пореске популације који карактерише слабија економска снага. Тиме се остварују одређени циљеви социјалне политике.

Хоризонтална правичност је широко прихваћена у стручним и друштвеним круговима, док је вертикална правичност, у највећој мери, резултат субјективних друштвених вредности. Општи став је да порески обвезници са већим пореским капацитетом треба да плаћају порез по вишим пореским стопама и тиме субвенционису сиромашније делове друштва и стимулишу друштвену кохезију. Умањивање друштвених разлика и спречавање социјалне напетости резултати су који се очекују. Они ће изостати и принцип плаћања пореза сходно економској снази ће увек бити нарушен уколико је пореска власт неспремна да се ухвати у коштац са великим утајивачима пореза (*free riders*). Уколико је порески систем, сам по себи, извор додатних напетости у друштву неће бити, у потребној мери, прихваћен од пореских обвезника.

### **3. Општи амбијент моделирања савремених пореских система**

Свет се налази у великим, брзим и пуним променама. Економско-регионално повезивање, трговинско-финансијска либерализација, отварање и слабљење улоге државних граница, релативизирање суверенитета држава, економски фактор као „срце“ међународних свеколиких односа, представљају битне компоненте амбијента у коме се одвија моделирање савремених пореских структура. Настаје нови свет доминантно везан за процес глобализације (Veselica, 2003: 25). Глобализација обликује нашу садашњицу а програмирана је и усмеравана од стране најразвијенијих држава, највећих мултинационалних корпорација и моћних светских финансијских центара, у циљу обезбеђивања пословног континуитета, ширења и извлачења што већих профита (Drašković, 2007: 272). Глобализација остварује велики утицај на пореску област а снажне међународне финансијске организације теже да поставе оквире и стандарде



актуелног опорезивања. Пореска хармонизација и пореска конкуренција погодују остваривању тог циља. Порези су одувек били важан садржај политичког одлучивања, али се, захваљујући поменутиим процесима, већ извесно време, пореска питања постепено подижу са националног на глобални ниво. Расподела пореског терета у међународним оквирима једна је од основних дилема опорезивања (Andjelković, 2004: 105–107).

Данас је немогуће изградити прихватљив порески систем земље независно од одвијања међународних економских односа. Процес глобализације и велики интереси, који иза овог процеса стоје, битно утичу на ниво пореског оптерећења у државама, дизајнирање појединих пореза и начине њихове примене. Прилично је тешко да државе одрже велике порезе ако се има у виду чињеница да власници капитала преусмеравају своје пословне активности ка подручјима са ниским или нултим пореским стопама и да се њима, у таквим подручјима, уобичајено нуди и низ других погодности, посредством врло лабаве легислативе. Пословање мултинационалних корпорација на светском тржишту, као важно обележје глобализације, праћено је често реалокацијом профита са једног на други крај света. То, неспорно, оставља последице на пореске приходе конкретне земље (због присутне евазије пореза), интегритет њеног пореског суверенитета, али и на реализацију правичности као базичног постулата опорезивања.

На суштинско моделирање пореских система релевантан уплив остварују и пореска хармонизација и пореска конкуренција. Пореска хармонизација (*eng. tax harmonization*) означава усклађивање пореских система, првенствено земаља чланица Европске уније (ЕУ), ради избегавања пореских мера које могу негативно утицати на функционисање заједничког европског тржишта. У принципу, реч је о прилагођавању пореског законодавства стандардима заједничким за све земље чланице Уније, утврђеним од стране супранационалних тела Уније. Пореска хармонизација је процес који се шири изван граница ЕУ. Наиме, један од предуслова приступања нових држава чланица Унији је усаглашавање њихових пореских система са пореским системима земаља чланица (Димитријевић, 2014: 755–756). Упоредо са пореском хармонизацијом одвија се и процес пореске конкуренције (*eng. tax competition*), која је битан аспект савременог опорезивања. Иако је устаљено мишљење да се ради о супротстављеним процесима, у суштини то није тако. Пореска конкуренција јесте инструмент привлачења мобилног капитала који „лута“ светом у потрази за бољом оплодњом уз што ниже фискалне трошкове. Истовремено, захваљујући „ефекту угледања“, пореска конкуренција као резултат производи и тзв. тиху хармонизацију пореских система. Ниједна земља не жели да, услед преференцијалног пореског режима друге

земље, омогући одливање сопствених пореских прихода, „еродирање“ националних пореских основица, нити жели да одбије улагање капитала на својој територији. Сходно томе, порески системи почињу да сличе један другом. Не може се, међутим, ставити по страни још једна чињеница. У ситуацији када је важан циљ пореског система привлачење финансијског и другог мобилног капитала, порески терет се нужно пребацује на немобилне основице опорезивања (потрошња, рад, имовина). Моделирање савремених пореских структура се и остварује, првенствено, преко постепеног јачања потрошно оријентисаних система опорезивања, што води опорезивању које није правично. Тиме се удовољава захтевима моћних финансијских субјеката као власницима капитала и, у знатној мери, подрива фискална основа државе благостања (*eng. welfare state*). Такође је сужена и могућност прогресивног опорезивања које омогућава остваривање редистрибутивне улоге пореза, тј. правично опорезивање.

Сумарно посматрано, глобализација, пореска конкуренција и пореска хармонизација су измениле фискалну улогу државе и ослабиле њену социјалну димензију. Пореско право није репрезентативна грана права која је у функцији заштите сиромашнијих (економски слабијих) обвезника. Наведено не охрабрује будући да је изградња савременог стабилног друштва неспојива са претеривањем у друштвеној неравнотежи.

#### **4. Актуелне промене у домену опорезивања дохотка, потрошње и имовине**

Кључни порески облик, који се може прилагодити личним приликама обвезника, јесте порез на доходак физичких лица (грађана). У модерним државама се срећу различита правна решења у погледу прихватања одређеног концепта опорезивања дохотка, чиме се одражава ниво уважавања захтева као што су: правичност опорезивања, подстицање економског раста, међународна конкурентност, издашност пореза и др. Другим речима, у концепту опорезивања дохотка физичких лица садржани су елементи, који су одраз прихваћених друштвених норми, економске теорије, економских прилика данашњице.

У теорији се срећу два концепта опорезивања дохотка – потрошни и доходовни концепт. Могуће је да у пракси „заживи“ и тзв. хибридни концепт опорезивања дохотка који је комбинација елемената потрошног и доходовног концепта. Потрошни концепт опорезивања дохотка значи да порез на доходак терети оне делове дохотка (приходе) који су намењени потрошњи (ти приходи потичу првенствено од рада), док су делови дохотка (приходи) који потичу од капитала – штедње или инвестирања изузети

од опорезивања. Овај концепт опорезивања је ефикаснији у подстицању штедње и инвестиција. На другој страни, доходни концепт опорезивања дохотка шире дефинише пореску основицу, односно укључује сав доходак, тј. све приходе који се могу користити за потрошњу (укључујући и приходе од капитала). Према тзв. SHS (Shanz, Haig, Simons) концепту, као доминантном, доходак се дефинише свеобухватно (*eng. comprehensive income*), односно доходак је износ који се може користити за потрошњу а да се не умањи имовина која је постојала на почетку временског периода у коме се доходак утврђује. На бази потрошног и доходног концепта опорезивања дохотка у пракси су се искристалисала три основна модела: синтетички, цедуларни и мешовити модел. Синтетички модел опорезивања дохотка физичких лица има своје темеље у доходном концепту, с обзиром на то да подразумева да се сви приходи (и од рада и од капитала) синтетизују у укупан доходак који се опорезује једним порезом. Тиме се удовољава начелу хоризонталне правичности јер порески обвезници са једнаким пореским капацитетом морају сносити једнак порески терет. Вертикална правичност се остварује увођењем прогресивних пореских стопа, али и неопорезивог дела дохотка (Šimović, 2012: 1–3). Аналитички (цедуларни) порез на доходак подразумева да се поједини облици прихода опорезују засебно уз примену различитих пропорционалних пореских стопа. Мешовити (комбиновани) модел опорезивања дохотка садржи елементе и синтетичког и цедуларног пореза на доходак. У основи овог модела се налази цедуларно опорезивање појединих прихода током године праћено допунским прогресивним порезом који се по истеку године примењује на укупне приходе (доходак).

У условима глобализоване економије, већ пар деценија, видљиво је увођење новина у моделирању пореза на доходак физичких лица. Наиме, од пропагирања чистог синтетичког пореза на доходак физичких лица се одустаје, јер изискује приличне административне трошкове. Синтетички порез на доходак у одређеном облику се, углавном, примењује у развијеним земљама Западне Европе и Северне Америке. Такође, треба указати да су смањене могућности да се, преко овог пореза, уберу знатни порески приходи. Грађани са већом економског снагом првенствено остварују приходе од капитала (не од рада) и користе бројне могућности да свој капитал региструју на подручју са повољним пореским режимом. Тиме они избегавају плаћање пореза и озбиљно угрожавају правичност као базично начело опорезивања (Isailović, 2010: 665).

У циљу свођења напред наведеног понашања пореских обвезника на што мању меру у актуелној пракси су почели да се примењују алтернативни

начини опорезивања дохотка физичких лица – дуални порез на доходак и пропорционални порез на доходак.

Дуални порез на доходак (*eng. dual income tax*), настао осамдесетих година прошлог века у скандинавским земљама, као „одговор“ на глобализацију тржишта капитала, различито третира приходе од капитала и приходе од рада. Савремена законодавства, најчешће, пружају привилеговани порески третман приходима од капитала у циљу стимулисања штедње и инвестиција. Приходи од капитала (камате, дивиденде, капитални добици, ренте) опорезују се пропорционалним стопама које су једнаке најнижој стопи из пореске прогресије код опорезивања прихода од рада или су једнаке стопама пореза на добит (доходак) правних лица. Приходи од рада (зараде) се опорезују прогресивним стопама које су, у принципу, више од стопе пореза на приход од капитала, али не толико да би подстакле појединце да приход од рада прикажу као приход од капитала. У супротном би настао проблем у теорији назван Ахиловом петом дуалног пореза на доходак (Sørensen, 2009: 9) који може значајно да смањи хоризонталну правичност (постоје појединци који могу изнаћи начине да им се део прихода од рада опорезује као приход од капитала, док други то не могу), ослаби стварне редистрибутивне ефекте виших пореза на приход од рада (вертикална правичност) и доведе до губитка пореских прихода и ефикасности (OECD, 2006: 79). Приликом одређивања основице дуалог пореза на доходак користи се нето принцип, тј. трошкови се одбијају при обрачуна пореске основице. На другој страни, код пропорционалног пореза на доходак (*eng. flat tax*) основицу чине приходи од рада, а не од капитала. Заправо се ради о примени, већ поменутог, потрошног концепта опорезивања дохотка јер се опорезује оно што се троши (*eng. flat consumption tax*). Стопа пореза је једнообразна и пропорционална (често једнака стопи пореза на доходак правних лица), чиме се стимулише најпродуктивнији рад и склоност ка предузетништву и ризику. Код овог начина опорезивања дохотка, који је једноставан за примену, заступљен је територијални принцип опорезивања дохотка (опорезује се само доходак остварен у земљи). Укључена је, не у знатнијој мери, и социјална компонента у опорезивању, тј. осим егзистенцијалног минимума најчешће су ретки други одбици и олакшице, што доприноси остваривању индиректне прогресије (Djurović-Todorović, Djordjević, 2012: 38–39; Kesner-Škreb, 2005: 249–250; Zee, 2005: 229; Genser, 2006: 276–277). Она се, у земљама које у пореском систему имају овај порез (земље Централне и Источне Европе), није показала као довољно снажна у сузбијању регресивних ефеката пореза на потрошњу.

Порез на доходак (добит) корпорација (правних лица) се обично сматра ефикасним средством остваривања пореске конкуренције. Мање пореско

оптерећење подразумева смањивање дисторзивних ефеката које порези изазивају у економији, осигурава већу покретљивост капитала и привлачи слободна финансијска средства на домаћу територију. У пракси се овакав ефекат, најчешће, остварује ниском стопом пореза на добит корпорација. Поред законске пореске стопе, у виду треба имати и ефективну пореску стопу, јер она, поред бројчаних показатеља фиктивног пореског оптерећења, садржи и све остале параметре из пореских закона који утичу на величину стварног пореског оптерећења (нпр. врсту, структуру, трајност свих ставки, које се додају или одбијају, приликом утврђивања основице, као и појединих пореских ослобођења и олакшица). На овај начин се смањује основица пореза на добит корпорација и порески приходи од овог пореза у циљу остваривања конкурентног пореског система. Изузетно је важно да наведене мере за резултат немају „трку до дна“ (*eng. „race to the bottom“*), тј. енормно снижавање прихода од пореза на добит корпорација. У таквим околностима, пошто је неопходно обезбедити одређени износ средстава за финансирање јавне потрошње, а имајући у виду актуелне трендове у домену моделирања пореза на доходак физичких лица, терет опорезивања се, најчешће, преноси на потрошњу, што додатно повећава неправичност опорезивања. Такође, у условима постојања агресивног пореског планирања не треба превише ни глорификовати значај ниских стопа пореза на добит корпорација, као инструмента за привлачење страног капитала. Већина компанија изабере страна подручја где ће пословати а, потом, даје инструкције својим пореским одељењима да минимизирају порезе (Markusen, 1995: 171). Способност мултинационалних компанија да минимизирају порезе и да профит разноврсним пословним трансакцијама пребацују из земље са вишим у земље са нижим порезима фундаментално одређује значај који порез на добит корпорација има у домену утицаја на инвестицијске активности компанија. Овај значај није пресудан и није високо на листи приоритета код избора локације за улагање, уколико постоје друге баријере уласку инвестиција. Много важнији су макроекономска стабилност и постојано политичко окружење.

Порези на потрошњу (порез на додату вредност, акцизе) имају примат у актуелном опорезивању у већини земаља на свету. Аргументација за веће ослањање државе на опорезивање потрошње заснива се на чињеници да ови порези подстицајно делују на штедњу што се позитивно одражава на повећање инвестиција и запослености. Незаобилазан је и фискални значај потрошних пореза јер држава, на релативно лагодан начин, долази до издашних прихода. Посредно, дуални и пропорционални порез на доходак, који изузимају штедњу и инвестиције од опорезивања, пребацују порески терет на потрошњу. Уз то, свако смањивање пореза на доходак (приходе)

од капитала у односу на приходе од рада јесте корак ка опорезивању потрошње (Zee, 2005: 237).

Јаче ослањање на порез на додату вредност (а и акцизе) посебно је доминантно у времену (актуелне) економске кризе. Структура опорезивања у индустријски развијеним земљама постепено се помера у правцу потрошно оријентисаних система опорезивања дохотка и јачања финансијске улоге пореза на додату вредност (Brus, 2011: 6). У ситуацији када треба постићи фискалну консолидацију, у домену пореза на додату вредност, државе посежу за повећањем пореских стопа и шире обухват опорезивања. То је и очекивано с обзиром на то да повећање пореза на доходак или капитал, у кризним временима, може негативно да се одрази на подстицање инвестирања и запослености. У великом броју земаља са високим и средњим дохотком уочена је чврста и позитивна веза између повећања пореза на додату вредност и економског раста. То је, наравно, подразумевало политички избор између вишег економског раста и веће једнакости (Acosta-Ormaechea, Yoo, 2012: 18). Првенство је, по свему судећи, дато економском расту у односу на једнакост, тј. правичност у опорезивању.

Пружање примата порезима на потрошњу и повећање њиховог удела у савременом опорезивању представља пренос пореског оптерећења са дохотка на потрошњу. Убрзана глобализација, интернационална мобилност капитала и радне снаге указали су на економске слабости високог опорезивања капитала и рада. Из тог разлога, са становишта конкурентности и продуктивности, опорезивање потрошње је постало пожељније. Глобализација је промовисала потрошно оријентисане пореске системе па отуда и приметно угрожавање пореске правичности.

Неопходно је указати да се у новијим економским истраживањима сугерише да је порез на додату вредност значајно мање регресиван (неправичан) него што се раније веровало. У контексту посматрања опорезивања у току целог животног века, ова истраживања сугеришу да је он чак и благо прогресиван. Остаје, међутим, нејасно колико су релевантни аргументи у корист коришћења животног века као оквира за опорезивање па смо, стога, мишљења да напред наведену тврдњу треба још научно проверавати.

Потребно је, такође, нагласити да свако повећање стопе пореза на додату вредност (акциза) не мора аутоматски да значи и повећање пореске неправичности. Наиме, неопходно је сагледати правичност фискалног система земље у целини (приходне и расходне стране), а не само једног пореског облика. Фискални систем у целини би требало да презентира задовољавајући ниво социјалне правичности и прерасподеле дохотка. Тако, примера ради, повећање регресивности пореског система би могло

да се избегне (или ублажени) ако би се убрани приходи од повећане стопе пореза на додатну вредност (акциза) искористили за неке социјалне потребе или додатно финансирање пензијског система. Политике јавних расхода, тј. различити програми социјалних трансфера могу бити ефикасније средство за редистрибуцију националног дохотка од пореске политике.

Усмеравање опорезивања ка имовини, као извору пореза, може да допринесе изградњи складнијих друштвених односа у једној земљи и правичнијем опорезивању. У принципу, намена и значај пореза на имовину се разликује од земље до земље. У земљама као што су Аустралија, Бразил, Чиле, Холандија, Израел, Канада, Нови Зеланд, Сједињене Америчке Државе и Шпанија опорезивање тржишне вредности имовине представља најзначајнији извор прихода локалних самоуправа и један од највећих јавних прихода. С друге стране, у земљама као што су Белгија, Француска, Немачка, Мексико, Тајланд и Велика Британија локалне власти убирају мало или нимало прихода од пореза на имовину, било због тога што је овај порез недовољно искоришћен и (или) зато што је у надлежности вишег нивоа власти. Порез на имовину (порез на непокретности) нарочито је недовољно искоришћен у транзиционим земљама и земљама у развоју. Проблеми као што су одређивање реалне тржишне вредности имовине, непопуларност пореза у популацији пореских обвезника (гласача на изборима) и, сходно томе, тешкоће да се на политичкој сцени нађу субјекти који ће се озбиљно позабавити њиме, квалитетно администрирање порезом на имовину, имали су кључни утицај на досадашње промене у домену опорезивања имовине (Levitas, Vasiljević, Vučić, 2006: 97–99).

Синтетички и субјектни порез на имовину (порез на нето имовину), којим се захвата нето имовина обвезника и који је погодан инструмент остваривања вертикалне пореске правичности, ретко је заступљен у савременој пореској пракси (на нивоу физичких лица постојао је, 2011. године, само у Француској, Швајцарској и Норвешкој). Приметно је и смањење значаја пореза на наслеђе и поклон (неке европске земље га укидају). Оно што се, у новије време, због недостатка пореских прихода и потребе фискалне консолидације у многим земљама актуелизује јесте порез на непокретности (IMF, 2013: 56–57). Уз то, све су снажнија залагања у погледу установљавања пореза на нето имовину, као најправеднијег пореза на имовину, са ограниченим временом трајања, а у циљу решавања проблема у јавним финансијама (Bach, Beznoska, Steiner, 2011: 2–20; IMF, 2013: 49). Имајући у виду управо чињеницу да се предлаже ограничено време примене овог пореза, његово евентуално установљавање и увођење у порески систем биће више одраз финансијске кризе, него стварне тежње да богатији порески обвезници плаћају веће порезе држави.

Залагање да се установе и уведу различити облици опорезивања финансијског сектора подржано је од мањег броја држава. Наиме, главна противљења порезу на финансијске трансакције произилазе из чињенице да би повећао трошкове задуживања и неповољно утицао на привредни раст. Наведено би се негативно одразило на санирање економске кризе и постизање фискалне консолидације као императива управљања јавним финансијама. Време које предстоји ће, такође, донети и нове изазове у области еколошког опорезивања и опорезивања електронске трговине, што ће се непосредно одразити на моделирање пореских система.

### **5. Превага правичности или ефикасности у савременом опорезивању?**

Правичност и ефикасност су базични порески постулати између којих постоји тешко помирљив *trade off*. Превага правичности или ефикасности у опорезивању има своју „цену“ која се испољава у низу жељених и нежељених ефеката предузетих пореско-политичких мера. Избор између правичности и ефикасности опорезивања је, заправо, избор између друштвено прихватљиве или развојно усмерене пореске политике. У ширем контексту, наведени избор се тиче патерналистичког или либертинистичког става државе према благостању њених грађана.

Вредносни ставови повезани са појмовима ефикасност и правичност су, током времена, и утицали на обликовање пореских система у свету. Хоризонтална и вертикална правичност, 1960-их и 1970-их година, била је основни параметар за обликовање пореског система док се, данас, већи значај придаје утицају пореза на економску ефикасност. То је одговор на јачање конкуренције на светском тржишту роба и капитала и последица вишедеценијског искуства према коме је тешко остварити пореску правичност (нарочито вертикалну правичност).

Стварање нове вредности је доминантни циљ у савременом друштву. Стога се и опорезивање потрошње, са становишта економске ефикасности, пропагира као погоднији вид опорезивања у односу на порезе на приход и добит (доходак) јер мање омета деловање економских чинилаца, сужава простор за евазију пореза и мање утиче на конкурентност привреде у регионалном (глобалном) окружењу.

У принципу, од стране државе, у другој декади 21. века, може се очекивати заштита само егзистенцијалног минимума грађана. Прогресија у опорезивању је сведена на подношљиву меру а приоритет је дат мерама које гарантују већу ефикасност и бржи економски развој. Пореским



инструментаријом се подстиче предузетништво, креативност и улагање капитала и рада. Претеже потреба очувања расподеле извршене деловањем тржишта да би се стимулисао напредак у привреди, док плаћање пореза према економској снази има секундарни значај. Принцип ефикасности има превагу над принципом правичности у опорезивању, тј. потпуно остваривање правичности у савременом опорезивању јесте теоријски идеал.

Конципирање модерног пореског права и изградња примеренијих односа у друштву биће и убудуће сучени са доста препрека. Општи цивилизацијски захтев је да се пореско право конципира на начин да буде у функцији заштите економски слабијих пореских обвезника. Да ли ће се то, у потребној мери, остварити – показаће време. Осмишљавање и спровођење пореских реформи, у свакој земљи понаособ, под непосредним је утицајем институционалног одређења, а присутни су и сложени изазови, бројна законодавна и административна питања. Битно је и питање политичке економије пореских реформи јер их доносиоци политичких одлука могу (зло)употребљавати на начин да порески систем погодује појединим интересним групама (Јелчић, Вејаковић, 2012: 329). Коришћење пореских реформи, на овакав начин, остварује утицај на правичност у опорезивању и, у савременим условима, није ретка појава.

## **6. Закључак**

Савремене земље одликује сложена друштвено-економска стварност. Важност која се придаје фундаменталним пореским принципима, укључујући и правичност опорезивања, под снажним је утицајем текућих збивања данашњег времена. Земље извознице капитала, ради заштите сопствених интереса, преко моћних међународних финансијских организација, остварују улогу модератора савремених пореских система и тиме одређују њихову будућност.

Процеси глобализације, пореске хармонизације и пореске конкуренције су, својим дејством, у савременим условима, оформили пореске системе потрошног типа показујући тиме сву оштрину „борбе“ за ресурсе и привлачење капитала. Постојање стимулативног пореског амбијента је приоритетни циљ док је социјалним аспектима пореске политике, који се огледају кроз правичност, нарочито вертикалну, дат секундарни значај.

У условима актуелне економске кризе и кризе јавних финансија, у великом броју држава, највећи део пореских прихода се остварује преко пореза на потрошњу, који су регресивни. Како је неопходно ојачати економију, порески инструментариј се користи доминантно у правцу остваривања

тог циља, тако да принцип ефикасности има превагу над принципом правичности у опорезивању. Изградња пореских структура, које ће одликовати складнији однос разних пореских облика и адекватно вођење рачуна о пореској правичности, „резервисана“ је за неко боље време које ће донети стабилност и неће имати обележја кризе.

### Литература

Andjelković, M. (2004). Globalizacija i oporezivanje – opšti osvrt. U M. Jovanović i M. Andjelković (Ured.), *Renessans finansija* (str. 105–112.). Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu

Acosta-Ormaechea S., Yoo J. (2012). Tax Composition and Growth: A Broad Cross-Country Perspective. *IMF Working Paper*. WP/12/257. 1–35

Bach, S., Beznoska, M., Steiner, V. (2011). A Wealth Tax on the Rich to Bring down Public Debt? Revenue and Distributional Effects of a Capital Levy. *SOEPpapers on Multidisciplinary Panel Data Research at DIW Berlin*. 397. 1–22

Brys, B. (2011). Making Fundamental Tax Reform Happen. *OECD Taxation Working Papers*. 3. 4–32

Veselica, V. (2003). Globalizacija i nova ekonomija. *Ekonomija/Economics*. 1(10). 23–61

Genser, B. (2006). The Dual Income Tax: Implementation and Experience in European Countries. *Ekonomski pregled*. 3–4(57), 271–288

Димитријевић, М. (2014). Процес европских интеграција и будућност националних пореских система. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 68(LIII). 753–772

Dražković, V. (2007). Manifestacije ekonomske globalizacije. *Ekonomija/Economics*. 1(14). 257–274

Djurović-Todorović, J., Djordjević, M. (2012). Povezanost progresivnosti i izdašnosti kod oporezivanja dohotka fizičkih lica. *Ekonomске теме*. 1(L). 33–46

Zee, H. H. (2005). Svjetski trendovi u poreznoj politici: ekonomska perspektiva. *Financijska teorija i praksa*. 2(29). 225–247

IMF – International Monetary Fund (2013). Fiscal monitor: Taxing times. *World economic and financial surveys*. Washington, D.C. 1–107

Isailović, Z. (2010). Dileme u izgradnji poreskog sistema Srbije. *Pravni život*. 11(LIX). 659–674

- Jelčić, B., Bejaković, P. (2012). Razvoj i perspektive oporezivanja u Hrvatskoj. Zagreb: Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti
- Kesner-Škreb, M. (2005). Proporcionalni porez. *Financijska teorija i praksa*. 2(29). 249–251
- Levitas, T., Vasiljević, D., Bučić, A. (2006). Porez na imovinu: analiza stanja i perspektive reformi. U M. Arsić (Ured.), *Poreska politika u Srbiji: pogled unapred* (str. 95–123.). Beograd: USAID i Fond za razvoj ekonomske nauke
- Markusen, J. R. (1995). The Boundaries of Multinational Enterprises and the Theory of International Trade. *Journal of Economic Perspectives*. 9 (2). 169–189
- OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development (2006). Fundamental Reform of Personal Income Tax. *OECD Tax Policy Studies*. 13. 1–144
- Popović, D. (2013). *Poresko pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Centar za izdavaštvo i informisanje
- Sørensen, P. B. (2009). Dual income taxes: a Nordic tax system. *Economic Policy Research Unit. University of Copenhagen*. 1–34
- Hillman, A. (2003). *Public finance and public policy*. New York: Cambridge University Press
- Šimović, H. (2012). Razvoj poreza na dohodak u Hrvatskoj: reforme i promašaji. *Revija socijalne politike*. 1(19). 1–12

**Marina Dimitrijević, LL.D.**

Associate Professor,

Faculty of law, University of Niš

## **FAIRNESS AND THE CURRENT PROCESS OF MODELING TAX SYSTEMS IN THE CONTEMPORARY WORLD**

### **Summary**

*As an integral part of the economic and political system, tax system is permanently subject to reforms. In the past few decades, the transformation of tax structures in many countries all over the world has significantly affected the direction of change in national tax policies. Bearing in mind that tax systems are frequently a result of a compromise reached in specific historical, political, economic and social circumstances, it is indisputable that there are no perfect tax systems. However, despite many limitations underlying the process of modeling contemporary tax structures, it is essential to aspire to establishing those forms of taxation (as elements of structure) which shall be the presumption of a fair taxation and serve as an incentive for regulating different aspects of social and economic life.*

*In the course of modeling a national tax system, the determination and decisions are essentially based on the choice between the socially acceptable and development-oriented tax policy. The choice between fairness and tax efficiency is particularly important in a country featuring substantial differences in the taxpayers' economic power considering that each of the options comes at a price which is apparent in favorable and unfavorable effects of the undertaken taxation and political measures.*

*The process of modeling the contemporary tax systems worldwide is heavily influenced by the on-going globalization, tax harmonization and tax competition processes. In this paper, the author discusses the effects of these processes on the changes in the field of income, consumption and property taxation as well as on the exercise of fairness as one of the earliest taxation principles.*

**Key words:** taxes, tax system, tax policy, tax reforms, globalization, tax harmonization, tax competition, tax fairness.

**Вануа Валкадинова, Л.Д.**

Асистент, Правно-историјски факултет,  
Југозападни Универзитет „Неофит Рилски“, Благоевград,  
Судија Управног суда у Благоевграду, Бугарска

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 342.726-056.26(497.2)

Рад примљен: 30.06.2015.

Рад прихваћен: 03.12.2015.

## **АДМИНИСТРАТИВНЫЕ АСПЕКТЫ ЗАЩИТЫ ОТ ДИСКРИМИНАЦИИ ЛЮДЕЙ С ОГРАНИЧЕННЫМИ ВОЗМОЖНОСТЯМИ В СООТВЕТСТВИИ С БОЛГАРСКИМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВОМ**

**Абстрактный:** Запрет на дискриминацию связывается с правом на равное обращение с людьми. Право на равенство перед законом и защита против дискриминации для всех лиц представляет всеобщее право, признанное рядом международных и региональных актов.

В современной правовой системе Р Болгарии установлена система правовых норм борьбы с дискриминацией в области гражданского, административного и наказательного права. Запрет на дискриминацию провозглашен конституционно в ст. 6 Конституции. Национальные механизмы борьбы против дискриминации включают специализированные органы и процедуры по контролю за соблюдением антидискриминационного законодательства и по защите жертв дискриминации.

Принятый в 2003 г., в силе с 01.01.2004 г., Закон о защите от дискриминации (ЗЗДискр.) защищает от дискриминации все лица, без учета признака, на основе которого осуществляется дискриминация. Закон о защите от дискриминации улаживает запрет на совершение дискриминации во всех сферах общественной жизни и средства для защиты против ее различных форм проявления в гражданских и административных правоотношениях. Для достижения этой цели закон предусматривает два механизма правовой защиты – административное производство перед Комиссией по защите от дискриминации (КЗК) и исковое производство перед районным судом. Наряду с ними существует возможность обжалования перед административным судом согласно Административно-процессуального кодекса (АПК) любого административного акта, выданного в нарушение ЗЗДискр. или других законов, улаживающих равенство в обращении, и присуждения возмещения ущерба, причиненного ими согласно Закона об ответственности государства и муниципалитетов за ущерб (ЗОГМУ).

## 1. Введение.

Запрет на дискриминацию связывается с правом на равное обращение с людьми независимо от их пола, расы, народности, этнической принадлежности, гражданства, религии или веры, происхождения, образования, убеждений, политической принадлежности, личного или общественного положения, инвалидности, возраста, сексуальной ориентации, семейного положения, имущественного состояния и пр. Право на равенство перед законом и защита против дискриминации для всех лиц представляет всеобщее право, признанное рядом международных и региональных актов – Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, International Covenant on Civil and Political Rights and International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Convention on the Rights of the Child, Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Convention on the Political Rights of Women, Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, European Social Charter, African Charter on Human and Peoples', American Convention on Human Rights и др.

В современной правовой системе Р Болгарии установлена система правовых норм борьбы с дискриминацией в области гражданского, административного и наказательного права. Запрет на дискриминацию провозглашен конституционно в ст. 6 Конституции. Конституционный принцип равенства перед законом проявляется в двух направлениях: запрет на произвольное неравенство и обязанность к равному обращению. Первое запрещает обращение в отклонении от установленных объективных критериев, а второе - не допускает ввод ограничений в права граждан, или же создание привилегий, основанных на исчерпывающе перечисленных в ст. 6, пар. 2, предложение 2 Конституции Республики Болгария признаках, включающих пол, расу, религию, личное и общественное положение и др.<sup>1</sup>

Национальные механизмы борьбы против дискриминации включают специализированные органы и процедуры по контролю за соблюдением антидискриминационного законодательства и по защите жертв дискриминации.<sup>2</sup>

---

1 Решение № 1 Конституционного суда (КС) от 27.01. 2005 г. по к. д. № 8/ 2004 г. (Обн. ГГ, № 13 от 8 февраля 2005 г.).

2 О международных механизмах см. United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal, ed. Philip Alston. Oxford: Clarendon Press, 1992.

## **2. Признак „ограниченные возможности“.**

Принятый в 2003 г., в силе с 01.01.2004 г., Закон о защите от дискриминации (ЗЗДискр.) защищает от дискриминации все лица, без учета признака, на основе которого осуществляется дискриминация. Дискриминационные признаки, на которые распространяется запрет закона, в т.ч. признак „ограниченные возможности“, указаны в ст. 4, пар. 1 ЗЗДискр.: пол, раса, народность, этническая принадлежность, человеческий геном, гражданство, происхождение, религия или вера, образование, убеждения, политическая принадлежность, личное или общественное положение, ограниченные возможности, возраст, сексуальная ориентация, семейное положение, имущественное состояние или любые другие признаки, установленные в законе или в международном договоре, по которым Республика Болгария является стороной.

Закон о защите от дискриминации не содержит легальной дефиниции понятия „ограниченные возможности“. Оно дано законодателем в Законе об интеграции людей с ограниченными возможностями (ЗИЛОВ). Согласно § 1, п. 1 от ДР ЗИЛОВ „ограниченной возможностью“ является любая потеря или нарушение в анатомической структуре, в физиологии или в психике данного индивида. Согласно § 1, т. 2 от ДР ЗИЛОВ „человек со стойким выраженным расстройством функций организма“ – это лицо, которое в результате анатомического, физиологического или психического расстройства функций организма имеет стойкие ограниченные возможности выполнять деятельность способом и в степени, возможные для здорового человека и о чем органы медицинской экспертизы установили степень ограниченной трудоспособности или определили вид и степень недуга 50% и свыше 50%.

Использованное ЗЗДискр. понятие „лицо с ограниченными возможностями“ имеет тоже смысловое содержание как и определенное в § 1, п. 3 Дополнительных распоряжений Закона о защите, реабилитации и социальной интеграции инвалидов (ЗЗРСИИ) понятие „инвалид“. Это любое лицо независимо от его возраста с физическим, сенсорным или умственным недугом, которое затрудняет его социальную интеграцию и участие в общественной жизни, его возможности для общения и обучения или его трудовую реализацию.

Эти легальные определения не перекрываются целиком и полностью с легальным определением понятия „люди с ограниченными возможностями“ по ст. 1 Конвенции ООН по правам инвалидов, согласно которой инвалидность - это стойкое физическое, душевное, интеллектуальное или сенсорное расстройство здоровья, которое при встрече человека

с различными жизненными ситуациями может нести угрозу его полноценной, эффективной и равной с остальными членами жизни в обществе. Таким же является и содержание признака „инвалидность“ в практике Суда Европейского союза. Суд ЕС определяет его в контексте занятости как ограничение, которое доводит до специфического физического, умственного или психологического расстройства здоровья, которое представляющее помеху участию инвалида в профессиональной жизни и ожидается, что оно продлится долго.<sup>3</sup>

Независимо от различий важно отметить, что оба определения - внутреннего и международного актов, не считают равнозначными инвалидность и болезнь. Инвалидность может быть вызвана болезнью, но сама по себе болезнь не значит инвалидность по смыслу ст. 4, пар. 1 ЗЗДискр. С другой стороны на общее понятие о инвалидности не влияет вывод о стойкости и продолжительности. Инвалидность, согласно Суда ЕС, различается от болезней, которые являются временным состоянием, даже если они и продолжительные. И не на последнем месте, инвалидность необходимо оценивать не как диагностицированный статут, а как объективную практическую функциональную недостаточность, так как из нее, а не из диагноза, квалификации врача или легитимации лечебного заведения зависит неравнопоставленность лица<sup>4</sup>.

### **3. Механизмы правовой защиты против дискриминации по признаку „ограниченные возможности“.**

Закон о защите от дискриминации улаживает запрет на совершение дискриминации во всех сферах общественной жизни и средства для защиты против ее различных форм проявления в гражданских и административных правоотношениях. ЗЗДискр. имеет целью установление и санкционирование любой попытки поставить граждан в неравное положение в основу признаков по ст. 4, пар. 1 закона или любых других признаков, установленных в законе или в международном договоре, по которым Республика Болгария является стороной. Для достижения этой цели закон предусматривает два механизма правовой защиты – административное производство перед Комиссией по защите

---

3 Case C-13/05 *Chacón Navas v Eurest Colectividades SA* (Case C-13/05) [2006] ECR I- 6467.

4 Решение № 144 от 29.06.2007 г. по гр. д. № 78/2007 г. Апелляционного суд – г. Пловдива. Цит. по Пушкаровой, И., П. Поповой. Защищенные признаки и дискриминация по ассоциации. – В: Антидискриминационное право – гражданско-правовые аспекты защиты от дискриминации. С., 2011, с. 211.



от дискриминации (КЗК) и исковое производство перед районным судом. Наряду с ними существует возможность обжалования перед административным судом согласно Административно-процессуального кодекса (АПК) любого административного акта, выданного в нарушение 33Дискр. или других законов, улаживающих равенство в обращении, и присуждения возмещения ущерба, причиненного ими согласно Закона об ответственности государства и муниципалитетов за ущерб (ЗОГМУ).

Выбор пути для защиты зависит только и единственно от воли жертвы дискриминации. Законодатель не ограничил предварительно ни доступа к соответствующей защите, ставя специальные требования по отношению пассивной легитимации, ни объема требуемой защиты. И в обоих правовых способах защиты потерпевшего от дискриминации можно установить нарушение - ст. 47, п. 1 и ст. 71, пар. 1, п. 1 33Дискр., потребовать его преустановления и восстановления первоначального состояния - ст. 47, п. 2 и ст. 71, пар. 1, п. 2 33Дискр., а также возмещени за причиненный ущерб. Различие связывается со случаями одновременного поиска трех форм проявления защиты - установление нарушения, его прекращения, возмещение вреда. В этих случаях применяется исковой порядок защиты. Если жертва дискриминации предпочтет, чтобы специализированный государственный орган – КЗД установил факт дискриминации, то после вынесения ею решения можно потребовать через суд возмещения за причиненный ущерб – ст. 74 33Дискр. И в зависимости от статуса нарушителя - частный субъект или орган власти, производство о возмещение ущерба пойдет по общему исковому порядку (пар. 1) или согласно Закона об ответственности государства и муниципалитетов за ущерб (пар. 2).<sup>5</sup>

### ***3.1. Защита против дискриминационных административных актов (административные акты, противоречащие 33Дискр. или другим законам, улаживающие равенство в обращении).***

Уважение, защита и использование прав основных свобод человека является обязанностью как частных правовых субъектов, так и публично-правовых - государственных институций и органов местного самоуправления. 33Дискр. запрещает дискриминацию через акт, действие и бездействие, что прямо или косвенно затрагивает права или законные интересы лица на основе одного, более или всех защищенных признаков. Не всегда, однако, неправильное применение правовой нормы или неприменение прав

---

<sup>5</sup> Определение № 5921 от 25.04.2012 г. Верховного административного суда (ВАС) по адм. д. № 3871/2012 г., VII о.

нормы административными органами может быть квалифицировано как дискриминирующий акт, действие или бездействие. В ряде случаев неправильное применение правовой нормы или неприменение правовой нормы административными органами является основанием для незаконосообразности выданных в противоречие с этими нормами административных актов, а раскрытие порядка правовой защиты различный. В этих случаях 33Дискр. отправляет нас к обжалованию административных актов согласно АПК.

Согласно ст. 73 33Дискр. любое лицо, чьи права ущемлены административным актом, выданным в нарушение этого или других законов, улаживающие равенство в обращении, может его обжаловать перед судом по смыслу АПК. Судебное производство по ст. 73 33Дискр. находится в предметном охвате административного правосудия. В наиболее широком смысле слова под административным правосудием понимается то правосудие, которое имеет предметом юридические споры, возникающие из действий администрации как публичной власти. А так как деятельность администрации проявляется чаще всего через административные акты, административные споры всегда сводятся к оценке их законосообразности – и тогда, когда спор направлен против самого административного акта, где требуют его отмены или изменения, и тогда, когда требуют отстранения последствий одного незаконосообразного административного акта путем присуждения возмещения ущерба или восстановления нарушенных прав. В любом случае административное правосудие является судебным контролем над действиями администрации, контролем, который имеет целью сохранить правовой порядок (Господинов, А, 1948:13).

Для оспаривания по смыслу АПК одого акта органа власти как нарушающий запрет на дискриминацию по 33Дискр., этот акт должен носить характеристики административного акта по смислу АПК.<sup>6</sup>

---

6 В этом смысле определение № 10471 от 30.10.2007г. Верховного административного суда (ВАС) по адм. д. № 10388/2007 г., III о., с которым суд принял, че распоряжение ст. 73 33Дискр., предусматривающее возможность судебной защиты по смыслу АПК, предполагает, что права ущемлены административным актом, а оспоренное как дискриминирующее решение № 528 от 14.06. 2007 г. Столичного муниципального совета, с которым утверждено число кандидатов в судебные заседатели, которые должны быть предложены на Общем собрании судей Софийским городским судом и Софийским апелляционным судом для назначения, представляет элемент сложного фактического состава выбора судебных заседателей, элемент процедуры выбора, а не является индивидуальным административным актом по смыслу ст. 21 АПК.

Понятие “административные акты” охватывает широкий круг актов органов исполнительной власти.<sup>7</sup> Между различными определениями административного акта в правовой науке намечается господствующее мнение, согласно которому административный акт является волеизъявлением органа публичной власти,<sup>8</sup> что создает правовые последствия для граждан и при необходимости может быть наложено принудительно (Стайнов, П. 1993:85.). То, что его отличает от юридических актов в области частного права, – что в его основе лежит использование публичной власти. Через эту власть государство намечает рамку общего интереса, в которой частноправовые субъекты могут развивать свою деятельность. Но административный акт не определяется только обстоятельством, что выдается административным органом,<sup>9</sup> а прежде всего своим внутренним содержанием обязательного одностороннего волеизъявления власти, выданное на основе и в исполнение закона (Лазаров, К, 2009:78).

### *3.1.1. Право оспаривание дискриминационного административного акта.*

Согласно ст. 3 ЗЗДискр. защитой этого закона пользуются все физические лица, юридические лица, а также и объединения физических лиц. Так и в силу ст. 73 ЗЗДискр. любое лицо, чьи права ущемлены административным актом, выданным в нарушение того или иного закона, улаживающих равенство в обращении,<sup>10,11</sup> может его обжаловать перед судом по смыслу АПК.

---

7 Большинство предполагает наличие решения со стороны административного органа, но не все акты являются решениями. Из-за этого административно-правовая теория и юриспруденция используют понятие “административный акт”.

8 Под понятием “орган публичной власти” необходимо понимать единоличный или коллегиальный орган или лицо, которые согласно закона и от имени государства могут выдавать обязательные волеизъявления в связи с организацией и функционированием государственного управления. См.: Стайнов, П. Административное правосудие. С., Фототипное издание БАН, 1993, с.75.

9 Согласно § 1, п. 1 ДР АПК “административный орган” - это орган, который принадлежит к системе исполнительной власти, а также и любой носитель административных правомочий, наделенный властью на основе закона.

10 Согласно Конституционного суда юридическое равенство представляет собой равнопоставленность всех граждан перед законом (позитивное право) и обязанность равного обращения с ними государственной властью. - Решение № 14/1992 г. Конституционного суда (КС) по к. д. № 14/1992 г. (Обн. ГГ № 93/1992 г.).

11 “С одними и теми же лицами, равными с правовой точки зрения действующего права, с учетом целей правового регулиравания, закон обращается одинаково». - Решение № 2 КС от 22.02.2007 г. по к. д. № 12/2006 г. (Обн. ГГ № 20 от 6 марта 2007 г.).

В начале жалоба на отмену административного акта, нарушающего распоряжения 33Дискр. или других законов, улаживающих равенство в обращении, не является особым видом жалобы в системе административного правосудия. Субъекты, имеющие право на жалобу, указаны в Конституции Республики Болгария в ст. 120, пар. 2 и в ст. 127, п. 3 – это граждане и юридические лица, которые административный акт затрагивает,<sup>12</sup> и прокуратура, которая “следит за соблюдением законности, предпринимая действия по отмене незаконнообразных актов”. С цитированными распоряжениями установлено правило, что право на оспаривание административного акта в интерес общества (т.е. претензия за нарушение объективного правового порядка без наличия ущемленных собственных прав) имеет только прокурор. Право граждан оспаривать административные акты существует только тогда, когда эти акты их затрагивают, т.е. в отношении граждан и юридических лиц исключено право жалобы в пользу третьего лица и право жалобы в интерес общества.<sup>13</sup>

Активную легитимацию по ст. 73 33Дискр. имеют все физические лица - болгарские граждане, иностранцы и лица без гражданства на болгарской территории, в случаях, когда административный акт прямо затрагивает права, законные интересы или создает обязанности для них на основе признака „ограниченные возможности“, где ущемление прав не следует понимать непременно как появление ущерба для правовых субъектов, а как одну возможность для ущемления. Но чтобы ущемленный мог обжаловать один административный акт, выданный в нарушении запрета на дискриминацию, не является достаточным, чтобы было налицо какое-либо ущемление. Акт должен ущемлять права на основе признака „ограниченные возможности“ объективно существующий, признанный и защищенный правом интерес или субъективное право. Не является достаточной субъективная оценка ущемленного, а объективное наличие субъективного права или защищенного правом интереса (Кындева, Е, 2006:314-315; Лазаров, К, 1973; Стайнов, П, 1993:557-558).

Активную процессуальную легитимацию по ст. 73 33Дискр. необходимо признать и для лиц, которые не являются носителями защищенного при-

---

12 Административный акт „затрагивает“ по смыслу ст. 120, пар. 2 Конституции граждан и юридические лица, когда нарушаются или ущемляются их права или законные интересы. – Решение № 21 Конституционного суда от 26.10.1995 г. по к. д. № 18 от 1995 г. (Обн. ГГ № 99 от 1995 г.).

13 Кындева, Ем. Правовой интерес в административном процессе. - Административное правосудие, 2008, № 5; Решение № 5 КС от 17.04.2007 г. по к. д. № 11/2006 г. (Обн. ГГ № 35 от 27 апреля 2007 г.).

знака „ограниченные возможности”, но связаны с такими. Согласно СЕО принцип равного обращения не ограничивается только людьми, которые лично имеют телесный недуг, а применяется и к лицам, с которыми обращаются неблагоприятно, так как связаны с лицами с ограниченными возможностями.<sup>14</sup> В подобных случаях неблагоприятного обращения с лицом, которое не имеют защищенного признака „ограниченные возможности“, но это обращение основывается на этом признаке, то такому лицу необходимо признать право на защиту через оспаривание административного акта как дискриминационный.

Распоряжение ст. 3, пар. 2 ЗЗДискр. расширяет круг лиц, имеющих право на защиту от дискриминационных актов, действия и бездействия, и признает его и для объединений физических лиц, а также и для юридических лиц, когда они дискриминированы на основе признаков по ст. 4, пар. 1, по отношении их членского состава или занятых в них лиц (Желев, Ж, 2011:211-216). Целью закона является обеспечение защиты общего интереса, а не личного интереса отдельных физических лиц. Закон не предусматривает защиту объединений физических лиц или юридического лица тогда, когда его члены или занятые в нем лица дискриминированы на основе признаков по ст. 4, пар. 1 ЗЗДискр. В судебном производстве по ст. 73 ЗЗДискр. не применимы распоряжения ст. 71, пар. 2 и пар. 3 ЗЗДискр., с которыми законодатель предоставил процессуальную легитимацию для предъявления иска синдикальными организациями и их филиалами, как и юридическими лицами с нехозяйственной целью для осуществления общественнополезной деятельности, от имени лиц, чьи права нарушены по их требованию или для предъявления самостоятельного иска, когда нарушены права множества лиц. В производстве по оспариванию индивидуальных административных актов эти организации не имеют признанной законом процессуальной легитимации подавать жалобу от имени лица, чьи права ущемлены этими актами или подавать самостоятельную жалобу, когда ущемлены права множества лиц. Они могут оспорить выданные в нарушение ЗЗДискр. и/или других законов, улаживающих равенство в обращении, общих или подзаконных нормативных актов в случаях, когда наряду с ними ущемляются или могут быть ущемлены общие права, свободы или законные интересы или рождаются обязанности для имеющих членство в объединении лиц. Правовой интерес сословных организаций и других юридических лиц с нехозяйственной целью в этих случаях проистекает от ущемления их прав или законных интересов, непосредственно

---

14 Case C-303/06, *Coleman v Attridge Law* [2008] ECR I-5603, 51.

вызванные предметом деятельности и целей их учреждения.<sup>15</sup> Когда правовой интерес не обоснован предметом деятельности и целями, для которых эти организации созданы, его надо доказать, где, эвентуально возможно, что он связан с имуществом, которым они владеют (Найденова, П, 2011:322). В этих случаях пострадавшее от акта дискриминации является само юридическое лицо, а не его персональный состав, но в основе действий неравного обращения находится признак „ограниченные возможности“ его членов или затронутых в нем лиц, которые обуславливают неравное обращение в сравнении с другими объединениями физических лиц или юридических лиц, для чьих членов этот признак не является наличным.

Специальный ЗЗДискр. признал, что процессуальная легитимация может обжаловать административные акты, вынесенные в нарушение ЗЗДискр. или других законов, улаживающих равенство в отношении и КЗК. Оспаривание таких актов может быть предпринято и прокурором в силу предусмотренной в АПК процессуальной возможности оспаривать все административные акты, независимо в нарушении какого закона они выданы. Согласно ст. 16, п. 1 АПК прокурор может предпринять действия по отмене незаконнообразных административных и судебных актов через внесения протеста в суд (Хрусанов, Д, 2009:68).

### *3.1.2. Противоречие с запретом на дискриминацию по признаку „ограниченные возможности“ как основание для оспаривания административного акта в суде.*

Административные акты, выданные административным органом на основании ЗЗ Дискр. или других законов, улаживающих равенство в обращении, могут быть обжалованы на всех основаниях по оспариванию административных актов, предусмотренных в ст. 146 АПК.<sup>16</sup> Административный акт, выданный на основании другого закона, с которым нарушены распоряжения ЗЗДискр. или распоряжения других законов, улаживающих равенство в обращении, может быть оспорено и из-за его противоречия с материальноправовыми распоряжениями ЗЗДискр. или других законов, улаживающих равенство в обращении, на основании ст. 146, п. 4 АПК.

---

15 Толковательное решение № 2 от 12.02.2010 г. Общего собрания коллегии в Верховном административном суде Р. Болгария по толковательному делу № 4/2009 г.

16 Основания для оспаривания административных актов по ст. 146 АПК следующие: 1. отсутствие компетентности; 2. несоблюдение установленной формы; 3. существенное нарушение административно-производственных правил; 4. противоречия с материальноправовыми распоряжениями; 5. несоответствие с целью закона.

Основание по п. 4 ст. 146 АПК, а именно нарушение материальноправовых распоряжений, синтезирует в действительности все основания для оспаривания (отмены) административных актов. Все они сводятся в сущности к одной незаконнообразности, одному нарушению закона в общем смысле слова.<sup>17</sup> Существенным при основании для оспаривания административного акта как противоречащий материальноправовым распоряжениям 33Дискр. или других законов, улаживающих равенство обращения, является то, что оно относится к несообразности акта с запретом на различное обращение на основе защищенных признаков согласно ст. 4, пар. 1 33Дискр., в т.ч. признака „ограниченные возможности“. В этих случаях тяжесть административного органа в том, чтобы доказать не только, что были соблюдены установленные требования регулярности (действительности или еще законосообразности) административного акта, перечисленные в распоряжении ст. 146 АПК как основания для оспаривания административных актов в суде, даже если и докажет существование объективных причин, которые объясняют различное отношение.<sup>18</sup> Это требование изтекает из правила ст. 9 33Дискр., в силу которого и в соответствии с распоряжениями ст. 8, пар. 1 Директивы 2000/43, ст. 19, § 1 Директивы 2006/54/ЕС (переработанная), ст. 9 Директивы 2004/113/ЕС и ст. 10 Директивы 2000/78/ЕС, административный орган должен доказать в производстве по защите от дискриминации, что принцип равного отношения не нарушен, после того как сторона, которая утверждает, что была дискриминирована, предоставит факты, на основании которых может сделать предположение, что налицо есть дискриминация. То есть, орган должен доказать, что причиной различного обращения не является защищенный признак „ограниченные возможности“, если на основе фактов по делу у суда может возникнуть предположение о дискриминации в связи с выдачей оспоренного административного акта – случаи, при которых с жалобоподателем обращаются более неблагоприятно или с другим лицом обращаются более благоприятно при схожих обстоятельствах на основанном на защищенном законом признаке „ограниченные возможности“.

---

17 В этом смысле см.: Стайнов, П. Административное правосудие. С., Фототипное издание БАН, 1993, с. 362; Ангелов, А. Некомпетентность или превышение власти как повод для отмены административных актов. - ГДВУФАН, т. III /1942-1943/.

18 Например если будет доказано, что разница в возрасте для выхода на пенсию мужчин и женщин является оправданной с учетом социальных и демографических процессов в стране, а не связана с различиями в поле. - ECHR, *Andrie v Czech Republic* (17 February 2011, appl no 6268/08).

При жалобе о прямой дискриминации по смыслу ст. 4, пар. 2 ЗЗДискр.<sup>19</sup> и § 1, п. 3 ЗР Закона о социальной интеграции людей с ограниченными возможностями,<sup>20</sup> административный орган должен доказать, что административный акт не является причиной различного отношения по признаку „ограниченные возможности“, а выданный на основе установленных в законе оснований для оспариваемого отношения или на основании некоторой из гипотез ст. 7 ЗЗДискр. о различном отношении, которые не являются дискриминацией. Прямая дискриминация абсолютно запрещена и закон не допускает в случаях прямой дискриминации анализ о законосообразности акта с учетом законной цели и ответственности средству, кроме как в исчерпательных гипотезах ст. 7 ЗЗДискр. Поэтому всегда, когда установит неравное отношение из-за „ограниченных возможностей“ вне распоряжений ст. 7 ЗЗДискр., суд должен отменить административный акт как дискриминационный на основании ст. 146, п. 4 АПК в связи со ст. 73 ЗЗДискр. И наоборот, при жалобе о косвенной дискриминации на основе признака „ограниченные возможности“ по смыслу ст. 4, пар. 3 ЗЗДискр.<sup>21</sup> и § 1, п. 4 ДР ЗИЛОВ,<sup>22,23</sup> административный орган должен доказать, что спорные критерии или практика преследуют легитимную цель и необ-

---

19 Прямая дискриминация – это любое более неблагоприятное отношение с лицами на основании признаков по пар. 1, чем отношение в настоящий момент, как относились или как бы относились к другому лицу при сравнимых схожих обстоятельствах.

20 „Прямая дискриминация“ – это поставка лица на основании признака „ограниченные возможности“ в более неблагоприятное положение в сравнении с другим лицом, которое находилось, находится или могло бы находиться в сравнимых схожих обстоятельствах.

21 „Косвенная дискриминация“ – это поставка лица на основании признаков по пар. 1 в более неблагоприятное положение в сравнении с другими лицами через кажущиеся нейтральными распоряжение, критерии или практики, если только это распоряжение, критерий или практика объективно оправданы с учетом цели закона и средства для достижения цели являются подходящими и необходимыми.

22 „Косвенная дискриминация“ – это поставка лица на основании признаков по пар. 1 в более неблагоприятное положение в сравнении с другими лицами через кажущиеся нейтральными распоряжение, критерии или практики если только это распоряжение, критерий или практика объективно оправданы с учетом цели закона, несвязана с признаком „ограниченные возможности“, и средства для достижение цели являются подходящими и не превышают необходимого для ее достижения.

23 Пушкарова, И. Косвенная дискриминация. – В: Антидискриминационное право – гражданско-правовые аспекты защиты от дискриминации. С., 2011, с. 106. – „Косвенная дискриминация не является различным (неблагоприятным) отношением, а является компрометирование (представление в неблагоприятном положении) через одинаковое отношение в различных ситуациях. Она устанавливается не столько через исследование содержания правила, а через сравнение последствий, которые оно порождает в правовых сферах различных, групп своих адресатов.



ходимы для ее достижения, где закон не предусматривает других, менее ущемляющих права средств для ее достижения, кроме как через выдачу оспоренного административного акта. Административный орган должен кумулятивно установить наличие трех предпосылок: законная цель, пропорциональное средство для ее достижения и отсутствие других более благоприятных для жалобоподателя способов для ее достижения. При отсутствии какой-либо из трех предпосылок административный акт должен быть отменен как форма проявления недопустимой косвенной дискриминации на основании ст. 146, п. 4 АПК в связи со ст. 73 ЗЗДискр.<sup>24</sup>

### ***3.2. Защита от дискриминационных действий и бездействий административных органов (действия и бездействия, противоречащие ЗЗДискр. или другим законам, улаживающим равенство в обращении).***

Защита от дискриминационных действий и бездействий административных органов осуществляется согласно ст. 250 и ст. 256, 257 АПК.

Каждый, кто имеет правовой интерес, может потребовать прекращения дискриминационных действий на основе признака „ограниченные

---

<sup>24</sup> Так с решением № 6633 от 4.11.2013 г. по адм. д. № 8029/2013 г. Административный суд – г. София отменил как проявление дискриминации приказ Мэра Столичного муниципалитета, с которым постановлен отказ для выдачи карты для преференциальной парковки транспортных средств, совершающие перевозки людей с ограниченными возможностями в зонах почасовой платной парковки на определенных и обозначенных для этих целей мест. Приказ был оспорен как дискриминационный из-за противоречия распоряжения ст. 51, пар. 6 Правил об организации движения на территории Столичного муниципалитета, на основе которых выдан приказ, со ст. 2 Закона об интеграции людей с ограниченными возможностями, который требует равнопоставленности людей с ограниченными возможностями. Суд постановил, что распоряжение ст. 51, пар. 6 цитированных правил только на первый взгляд направлена к отстранению фактической, объективной неравнопоставленности между людьми с ограниченными возможностями и лицами без анатомического, физиологического или психического недуга, где предусматривает преференцию за лиц с исключительно тяжелыми заболеваниями, у которых есть установленная необратимая проблема с передвижением, но не дает возможности лицам с более легкими ограниченными возможностями действительно, эффективно и реально интегрироваться социально в общество через него. Введенное ст. 51, пар. 6 Правил разрешение только для определенной категории лиц с ограниченными возможностями и то только для определенной категории этих лиц с „необратимыми“ недугами по смыслу § 1, п. 2 ДР на ЗИЛОВ, использовать свое законное право на доступную жизненную среду представляет в отношении остальных лиц с ограниченными возможностями нарушение ст. 2, п. 1 и 2, ст. 4, п. 4, ст. 32-38 ЗИЛОВ и является формой косвенной дискриминации по смыслу ст. 4, пар. 3 ЗЗДискр.

возможности“, совершаемые административным органом или должностным лицом, которые не основываются на административном акте или законе. Защита по ст. 250 АПК направлена против любых фактических действий, которые не являются административными актами. Право требовать прекращения действий предполагает, чтобы они были неосновательными, т.е. чтобы они не основывались на административном акте или законе, и нарушали или угрожали праву равного обращения того, кто желает его прекращения.

Бездействие административного органа выполнить свою обязанность, вытекающее прямо из нормативного акта, может быть оспорено бессрочно. Обязанности должны быть только для фактических действий, вытекающих прямо из правовой нормы при наступлении определенного юридического факта (Пенчев, К., Ив. Тодоров, Г. Ангелов, Б. Йорданов, 2006:446-447; Хрусанов, Д., Д. Костов, Ем. Кындева, К. Лазаров, 2007:332-335; Лазаров, К., Ем. Кындева, Ал. Еленков, 2007.328).

### ***3.3. Ответственность за вред от дискриминационных актов, действия и бездействия административных органов.***

При использовании своих правомочий административные органы должны руководствоваться законом. При нарушении этого требования, в причинно-следственной связи с которым наступил ущерб, ущерб должен быть возмещен. Согласно ст. 74, пар. 2 ЗЗДискр. любое лицо, которому нанесен ущерб в связи с нарушением прав по этому или другим законам, улаживающим равенство в обращении от незаконных актов, действия и бездействия государственных органов и должностных лиц, в т.ч. органов местного самоуправления, может предъявить иск о возмещении ущерба против лиц и/или органов, причинили ущерб согласно ЗОГМУ. Ущерб, однако, должен возникнуть прямо от действия отмененного дискриминационного административного акта.

Иски о возмещении ущерба, причиненного гражданам или юридическим лицам незаконнообразными актами, действиями и бездействиями административных органов и должностных лиц рассматриваются согласно главе XI раздела III АПК.

Распоряжения ст. 204, пар. 1 и пар. 2 АПК вводят как абсолютную процессуальную предпосылку для предъявления иска о возмещении ущерба, требуют, чтобы ущемляющий права административный акт был предварительно отменен надлежащим образом или иск о возмещении ущерба был объединен для общего рассмотрения с оспариванием административного акта на основании его противоречия с ЗЗДискр.

согласно Раздела I, II или III Главы X, Часть III АПК (оспаривание индивидуальных, общих или нормативных административных актов в суде). Отсутствие предварительного вынесения решения КЗК не является помехой для предъявления иска о возмещении по ст. 74, пар. 2 ЗЗДискр. в связи со ст. 1 ЗОДОВ.<sup>25</sup> Когда, однако с вступившим в силу решением КЗД установлено противоречие административного акта с ЗЗДискр., ее решение является связывающим для сторон и для суда относительно факта дискриминации, независимо что у КЗД нет полномочий отменять административные акты как дискриминационные.<sup>26</sup> В этих случаях суд по иску о возмещении ущерба должен признать в своих мотивах незаконнообразность административного акта на основе решения КЗД и определить размер должного возмещения. Когда административный акт не отменен предварительно как нарушающий запрет на дискриминацию из-за признака „ограниченные возможности“, иск по ст. 74, пар. 2 ЗЗДискр. о вреде от этого акта должен быть объединен с оспариванием этого же акта в суде на основании его противоречия с ЗЗДискр. В этой гипотезе суд по иску о возмещении ущерба должен установить с помощью своего решения противоречие административного акта с запретом на различное отношение из-за признака „ограниченные возможности“, отменяя его, и лишь только тогда вынести решение по иску о возмещении ущерба.

Иски о возмещении ущерба от дискриминационных действий или бездействий административных органов или должностных лиц, также подлежат рассмотрению согласно ст. 74, пар. 2 ЗЗДискр. в связи со ст. 1 ЗОГМУ в связи со ст. 203 и ст. 204, пар. 4 АПК. Их предъявление, рассмотрение и вынесение решения не является предварительно вынесенным решением КЗД с вступившим в силу решением. Незаконность действия или бездействия, из-за их противоречия с ЗЗДискр., устанавливается административным судом, которому предъявлен иск о возмещении ущерба (ст. 204, пар. 4 АПК).<sup>27</sup> Но в случаях, когда КЗД установила с вступившим

---

25 Определение № 56 от 19.07.2011 г. по д. № 42/2011 г., объединенного 5 чл. состава ВАС и ВКС. Подробнее по этому вопросу см.: Илиева, М. Практика Верховного административного суда и Административного суда, г. София по Закону о защите от дискриминации. С., 2009.

26 В этом смысле решение № 4540 от 08.04.2010 г. ВАС по адм. д. № 7517/2009 г.

27 Так решением № 9220 от 01.07.2010 г. по адм. д. № 2329/2010 г. Верховный административный суд определил бездействие муниципалитета выполнить свою обязанность в срок до 31 декабря 2006 г. обеспечить свободный доступ для лиц с ограниченными возможностями к общественным зданиям и сооружениям – собственности муниципалитета как дискриминационное на основе признака „ограниченные возможности“ и по смыслу ст. 4, пар. 5 ЗЗДискр., в силу которого считается дискриминацией сооружение и обслуживание архитектурной среды, которая

в силу решением, что данное действие или бездействие противоречат ЗЗДискр., суд по иску о возмещении ущерба не может пересмотреть вопрос о незаконности действия или бездействия из-за их противоречия с ЗЗДискр., а должен посчитаться с решением КЗД и определить размер возмещения ущерба.

#### **4. Заключение.**

Защита от дискриминации в национальном праве Болгарии после 01.01.2004 г. регулируется Законом о защите от дискриминации (обн. ГГ №86/2003 г.). Принятие этого распоряжения в ответ требованиям к Болгарии как страны-члена ЕС ввести нормы недискриминации и равенства возможностей общего европейского законодательства. Предметом правового регулирования закона является защита против всех форм дискриминации и способов ее предотвращения (ст. 1). Установление нарушений прав и свобод человека предоставлено специализированному государственному органу - Комиссии по защите от дискриминации, и суду. Таким образом болгарский законодатель придал особенную весомость защите своих граждан от любых форм дискриминации и нарушения общепринятых прав и свобод, которая необходима для каждого современного демократического и правового государства.

#### **Библиография**

Ангелов, А. Некомпетентность или превышение власти как повод для отмены административных актов. - ГДВУФАН, т. III /1942-1943/

Господинов, А. Административное правосудие. С., 1948

Желев, Ж. Защита от дискриминации юридического лица и объединений физических лиц. – В: Антидискриминационное право – гражданско-правовые аспекты защиты от дискриминации. С., 2011

Илиева, М. „Практика Верховного административного суда и Административного суда, г. София по Закону о защите от дискриминации. С., 2009

Кындева, Ем. Административное правосудие. С, Сиела, 2006

---

затрудняет доступ лицам с ограниченными возможностями к публичным местам. Суд вынес решение, что невыполнение вытекающей из ст. 32 ЗИЛОВ обязанности представляет бездействие и имеет результат ущемление достоинства людей с ограниченными возможностями, что должно быть возмещено присуждением денежных сумм для отстранения ущерба по справедливости.

Кындева, Ем. Правовой интерес в административном процессе. - Административное правосудие, 2008, № 5

Лазаров, К. Относительно понятия правового интереса о судебном обжаловании административных актов. - Социалистическое право, 1973, № 2

Лазаров, К. Административное право. С, Феня, 2009

Лазаров, К., Ем. Кындева, Ал. Еленков. Комментарий Административно-процессуального кодекса. С., ЦОА "Кръстьо Цончев", 2007

Найденова, П. Оспаривание дискриминационных административных актов согласно Административно-процессуального кодекса. - В: Антидискриминационное право - гражданско-правовые аспекты защиты от дискриминации. С., 2011

Пенчев, К., Ив. Тодоров, Г. Ангелов, Б. Йорданов. Административно-процессуальный кодекс. Комментарий. С., Сиела, 2006

Пушкарова, И. Косвенная дискриминация. - В: Антидискриминационное право - гражданско-правовые аспекты защиты от дискриминации. С., 2011

Пушкарова, И., П. Поповой. Защищенные признаки и дискриминация по ассоциации. - В: Антидискриминационное право - гражданско-правовые аспекты защиты от дискриминации. С., 2011

Стайнов, П. Административные акты в правовой системе НРБ. С., Наука и искусство, 1952

Стайнов, П. Административное правосудие. С., Фототипное издание БАН, 1993

Хрусанов, Д. Участие прокурора в административном процессе. - Общество и право, 2009, № 6

Хрусанов, Д., Д. Костов, Ем. Кындева, К. Лазаров. Новые моменты в Административном процессе согласно АПК. Тематический комментарий. С., Сиела, 2007

Handbook On European Non-Discrimination Law, European Union Agency for Fundamental Rights, European Court of Human Rights - Council of Europe, Luxembourg 2011

United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal, ed. Philip Alston. Oxford: Clarendon Press, 1992

Case C-13/05 Chacón Navas v Eurest Colectividades SA (Case C-13/05) [2006] ECR I- 6467.

Case C-303/06, Coleman v Attridge Law [2008] ECR I-5603, 51.

ECHR, Andrle v Czech Republic (17 February 2011, appl no 6268/08).

**Вануа Валкадинова, ЛЛ.Д.**

Асистент, Правно-историјски факултет,  
Југозападни универзитет „Неофит Рилски“, Благоевград,  
Судија Управног суда у Благоевграду, Бугарска

### **АДМИНИСТРАТИВНИ АСПЕКТИ ЗАШТИТЕ ОСОБА СА ИНВАЛИДИТЕТОМ У БУГАРСКОМ ЗАКОНОДАВСТВУ**

#### **Резиме**

Забрана дискриминације је повезана са правом на једнак третман. Право на једнакост пред законом и заштита од дискриминације свих особа је универзално право признато разним међународним и регионалним актима.

У модерном правном систему Републике Бугарске успостављен је систем правила за борбу против дискриминације у области грађанског, управног и кривичног права. Забрана дискриминације загарантована је чланом 6 Устава Републике Бугарске. Национални механизми за борбу против дискриминације обухватају специјализоване органе и процедуре за праћење усаглашености националног антидискриминационог законодавства и заштиту од дискриминације.

Закон о заштити од дискриминације, који је усвојен је 2003. године и ступио на снагу 1. 1. 2004. године, уређује заштиту свих особа од дискриминације, без обзира на основ дискриминације. Законом се регулише забрана дискриминације у свим сферама јавног живота и обезбеђују два механизма за правну заштиту од дискриминације на основу «инвалидитета»: управни поступак пред Комисијом за заштиту од дискриминације, и грађански поступак пред Окружним судом. Поред грађанскоправног захтева за судску заштиту, постоји могућност жалбе пред Управним судом против било ког управног акта који је издат у супротности са Законом о заштити од дискриминације или другим актима којима се уређује једнак третман и надокнада штете која је проузрокована повредом прописаних норми, у складу са Законом о одговорности за штету од стране државних и општинских органа власти.

**Кључне речи:** заштита од дискриминације, особе са инвалидитетом, бугарско законодавство.

**Марко Димитријевић\***  
Асистент Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 336.273

Рад примљен: 30.06.2015.

Рад прихваћен: 03.12.2015.

## **УПРАВЉАЊЕ ЈАВНИМ ЗАЈМОМ: ПРАВНО-ЕКОНОМСКЕ ПОСЛЕДИЦЕ ПО ПОЛОЖАЈ ДРЖАВЕ КАО ДУЖНИКА\*\***

**Апстракт:** Предмет анализе у овом раду јесте нормативно регулисање политике управљања јавним зајмом у савременом монетарном праву. У том смислу се у раду указује на разлоге због чега се политика управљања јавним зајмом мора обликовати посебно правном регулативом изван оне која постоји у домену фискалне и монетарно-кредитне политике у циљу заштите интереса државе на оптималан начин. Нарочити акценат у истраживању биће на оцени стратегије за управљање јавним зајмом којом се могу предупредити и умањити правно-економске последице неуспешног управљања јавним зајмом у виду урушавања ауторитета државне власти и финансијског мораторијума (банкротства). У даљем тексту се сагледавају искуства земаља чланица Европске уније у управљању јавним зајмом у циљу препознавања оптималног начина деловања и примене монетарног права у области јавног зајма и формулисања препорука *de lege ferenda* у домаћем праву.

**Кључне речи:** јавни зајам, јавни дуг, монетарно право, фискална одрживост, Европска унија.

### **1. Увод**

Политика управљања јавним зајмом се у пракси дуго третира као посебан сегмент фискалне и монетарно-кредитне политике. Овакво схватање полазило је од монетарних и фискалних функција јавног

---

\*markod1985@prafak.ni.ac.rs

\*\* Рад је резултат истраживања на пројекту „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013–2018. године.

зајма и постулата тзв. *теорије временске конзистентности (time consistency literature)* који полазе од чињенице да средства јавног зајам јесу специфичан облик капитала доступан јавности поред готовог новца и државних обвезница (Currie, Dethier, Togo, 2003 : 22–65). Због услова који постоје у финансијско-правној сфери привредног живота, данас се стало на становиште да политику управљања јавним зајмом треба посматрати као самосталан сегмент макроекономске политике и регулисати посебним нормама монетарног, економског и финансијског права. Овај тренд започео је крајем осамдесетих година прошлог века, на *Новом Зеланду*, када је влада увидела да без посебног нормативног регулисања управљања јавним зајмом неће моћи да се реализују циљеви предвиђени *законима о фискалној одговорности*. У *савременом монетраном праву* одговорност за последице политике управљања јавним дугом изузета је из надлежности централне банке, због елиминисања сваког сукоба интереса који би произашли из колизије монетарних задатака и рефинансирања дуга, а све у циљу заштите интереса државе (дужника) и повериоца (физичких и правних лица) на оптималан начин.

## 2. Развој политике управљања јавним зајмом

Јавни зајам представља дужничко-поверилачки однос између државе као дужника и физичких и правних лица која се налазе у улози повериоца (уписника) позајмљених новчаних средстава. У финансијској теорији се прави дистинкција између појмова *јавног зајма* и *јавног дуга*. Јавни дуг представља шири појам који обухвата свако задуживање државе не само по уговорном, већ и по другим основама попут законских, судских и деликтних (Анђелковић, 2012: 273–274).

Разлог за издвајање политике управљања јавним зајмом из домена фискалне политике делује крајње логичан. Наиме, када фискус жели да трошак сервисирања дуга одржи на ниском нивоу у циљу стварања слободног фискалног простора (посматрано у краћем временском периоду), то може повећати вероватноћу кршења уговорних обавеза (плаћања ануитета) или утицати на доношење одлуке о поштравању пореских стопа (Togo, 2010: 5–6). Из сличних разлога неопходно је одвојити политику управљања јавним зајмом из домена монетарно–кредитне политике, јер је главни задатак централне банке, између осталог, одржавање ниске (прихватљиве) стопе инфлације, што може бити осујећено уколико централна банка истовремено мора да се брине о ниској каматној стопи позајмљених средстава на име јавног зајма. *Ratio legis* политике управљања јавним зајмом јесте старање да потреба за оваквим финансирањем јавног сектора



(као и обавеза враћања позајмљених средстава) буде одређена на што nižем нивоу, посматрано у средњерочним временским оквирима и да је као таква конзистентна пруденцијалном степену ризика (World Bank and IMF, 2003). У таквим условима, главни циљ фискалне политике јесте вођење буџетске политике која има редуциране дисторзивне ефекте на стабилизацију висине друштвеног производа.

*Можемо приметити да без обзира на несумљиву самосталност концепта монетарно-кредитне, фискалне и политике управљања јавним зајмом, истовремено постоји потреба за њиховим функционалним усклађивањем, односно финим подешавањем (fine tuning), што није нимало лак задатак. У том смислу, неопходно је успоставити trade-off између међусобно супротстављених циљева. Повериоци јавног зајма суочавају се са одлуком о избору преузимања додатног ризика у циљу смањења трошкова отплате. Лоше конципирана политика управљања јавним зајмом може приморати фискал да промени утврђене фискалне циљеве, из разлога што непожељна структура зајма повећава трошкове сервисирања (услед чега влада доноси одлуку о смањењу јавних издатака да не би запала у дужничку доцњу). Другачије посматрано, лош концепт фискалне политике утиче на ефикасност политике управљања јавним зајмом, као што порези и јавни расходи условљавају ниво примарног буџетског дефицита (суфицита) у структури укупног износа дуга који треба исплатити повериоцу.*

У финансијској литератури се развој политике управљања јавним зајмом може сагледати у *четири етапе*: етапу нетржишног задуживања државе, етапу преласка на тржишно оријентисан систем задуживања државе, етапу управљања државном имовином и етапу пружања услуге трезора уз управљање државном имовином и обавезама (Storkye, 2006: 11–16). У *првој фази* држава се задуживала кредитима централне банке, кредитима комерцијалних банака или повлашћеним зајмовима, које је добијала од међународних финансијских установа. У *другој фази* управљања јавним зајмом, примарни начин финансирања постаје тржиште хартија од вредности чијом се емисијом долази до неопходних новчаних средстава за финансирање јавних расхода. Такође, у овој фази долази до оснивања посебних организацијских јединица за управљање јавним дугом тј. *канцеларија (public debt administration)*, као институционалног решења за све оперативне аспекте управљања (Шваљек, Бадурин, 2011: 5–7). У *трећој фази* управљања се примењује тзв. *приступ управљања свеукупном имовином и обавезама (asset and liability management)*. Карактеристично за ову етапу јесте управљање текућим јавним зајмом али и потенцијалним обавезама, које представљају извор финансијских ризика, а све у циљу добијања реалније слике о фискалној позицији државе. Главну ставку

државне имовине представљају будући буџетски приходи који нису изражени у домаћој валути и нису осетљиви на кретање краткорочних каматних стопа и инфлационих токова (Ibid, 11–32). У *четвртој етапи* управљања зајмом долази до ширења функција *канцеларије за управљање јавним дугом*. Нове функције обухватају вредновање државних кредита, саветовање државних тела у управљању готовином и ризицима, контролу везану за јавно-приватна партнерства, као и услуге позајмљивања средстава нижим јединицама власти. Такође, *канцеларије за управљање јавним дугом* добијају и ингеренцију руковођења посебним фондовима јавног сектора, а услугама примања депозита и одобравања зајмова нижим јединицама власти стварају се услови за државну уштеду јер овај механизам представља алтернативу коришћењу банкарских услуга (Wheeler, 2004: 1–10).

### 3. Одрживост јавног зајма (public debt sustainability)

У финансијској литератури не постоји јединствен став о границама оптималног задуживања фискаса. Тако се, у *генералном смислу*, сматра да оптимална граница задуживања није достигнута све док додатни јавни расходи који се финансирају задуживањем омогућавају ефикасније искоришћавање производног потенцијала и производних капацитета у економији и допуштају да се очекује даље приближавање жељеној расподели (Brumerhoff, 2003: 383). Другачије посматрано, одржив концепт фискалне политике постоји уколико се, посматрано у краткорочним временским оквирима, удео јавног дуга у домаћем бруто производу враћа на почетну пропорцију предвиђену фискалним правилом након одступања у периоду криза (Blanchard, 2000: 1–36). Иако се оптимална граница јавног зајма не може утврдити у *непосредном смислу*, у економској теорији се нуде одређени критеријуми путем који се то може учинити *посредно* преко дефинисања граница задуживања у кратким или дугим временским интервалима, одређивања главнице зајма у бруто или нето износима, критеријума укључивања или искључивања одговорности система социјалне сигурности и других категорија (Neck, Strum, 2008: 1–2).

Циљеви оптималне политике управљања јавним зајмом усмерени су на стварање услова за одрживост зајма која се може посматрати у *статичком* и *динамичком* контексту. У пракси се више користи концепт статичке одрживости који полази од ограничења утврђеним правилима фискалне и финансијске конвергенције, док се одрживост у динамичком смислу односи на резултате имплементације мера фискалне политике са постојећим економским окружењем (Collignon, 2003: 1–3). Постојање

фискалних правила јесте неопходан, али не и довољан услов за постизање одрживости јавног зајма услед чега креатори економске политике морају предузимати благовремене акције сходно променама макроекономских услова. Одрживост јавног зајма у динамичком смислу условљена је његовим интертемпоралним ефектима. Ови ефекти огледају се у чињеници да се терет финансирања јавног зајма расподељује на будућа поколења, односно будуће пореске обвезнике. Реперкусије које произилазе у вези са третманом раличитих генерација пореских обвезника посебно се анализирају у оквиру методе тзв. *генерацијских рачуна (generational accounting)*, где буџетски дефицити губе краткорочна обележја (Brumerhoff, 2003: 387–389).

#### **4. Принципи политике управљања јавним зајмом и проблем кредибилитета дужника**

Политика задуживања јавног сектора, као значајан сегмент економске политике, са собом доноси одређене политичке, правне и економске реперкусије, од којих је најзначајније питање *кредибилитета (веродостојности)* таквог финансирања јавних добара. Овај проблем се уочава приликом сервисирања позајмљених средства, јер држава често пролонгира доспеле обавезе на легитиман или нелегитиман начин, или уопште не извршава доспеле обавезе (што је у условима глобалне финансијске кризе учестала појава). Наравно, дужничка доцња (*mora debitoris*) не брине повериоце који разматрају финансирање у тзв. *бонд обвезнице* које издају државе чланице Организације за економску сарадњу и развој (ОЕЦД), док се то не може рећи за позајмљивање новца државама чији се привредни систем налази у процесу транзиције. У таквим околностима једини начин привлачења иностраног капитала остају *високе каматне стопе* на позајмљена средства, што свакако може бити на терет права пореских обвезника који у условима транзиције своју пореску способност „доказују“ до крајњих граница.

У савременом монетарном праву није могуће поставити темеље оптималне политике управљања јавним зајмом без обезбеђења кредибилитета дужника. Свакако, када инвеститори доносе одлуку о куповини обвезница јавног зајма, они разматрају постојећи кредитни углед и кредитну историју конкретних држава. Интереси повериоца су адекватније заштићени када уписију обвезнице високоразвијених земаља него у околностима када се рада о државама које су оптерећене економским и политичким нестабилностима чије обвезнице немају високу вероватноћу наплате (*junk bonds*). У разматрању кредибилитета дужника у обзир се узима утицај

постојећих уставних ограничења, природа односа владе као дужника и њених грађана и делегирање овлашћења посебним органима за стручно располагање и трошење позајмљених средстава (Stasavage, 2012: 1–2).

Положај повериоца јавног зајма биће боље заштићен уколико у парламентарном систему државе дужника постоји могућност стваљања вета на одлуку владе о задуживању, која ће се по природи ствари користити уколико не постоји веродостојна и правноваљана намера да се позајмљена средства врате у роковима доспећа. Иако може деловати да ће порески обвезници пружити отпор прикупљању средстава за отплату јавних зајмова, они на то (најчешће) пристају из разлога моралне или религозне природе као и пружања подршке економском опоравку земље и спољнотрговинској политици. Делегирање овлашћења за управљање средствима посебним органима је у складу са захтевом формирања посебних агенција које морају бити сачињене од стручњака из правноекономске струке независних од утицаја извршне власти (Ibid).

Правилно конципирана политика управљања јавним зајмом штити интересе како повериоца тако и дужника, омогућавајући владама да прикупе довољно прихода за финансирање доспелих новчаних потраживања. У околностима када владе не могу да приступе финансијским тржиштима по разумним условима, може доћи до појаве *кризе ликвидности*, која неретко добија и обележја кризе солвентности уколико високе премије на ризик утичу на повећање каматних стопа. Неоптимално задуживање јавног сектора је крајем прошлог века утицало и на појаву специфичних фискалних догађаја који се односе на повећање каматне стопе на глобалном нивоу и појаву тзв. ефекта истискивања инвестиција (*crowding out*), јер су позајмљена новчана средства могла да се пласирају у приватном сектору уместо у јавном сектору (Ford, Laxton, 1999: 77–79). Да би се избегле последице неиспуњавања доспелих обавеза јавног зајма, неопходно је придржавање одређених принципа. Основни принцип би био да капитал позајмљен у иностранству треба инвестирати у производне и извозно оријентисане пројекте (са вишом профитном стопом од камате узете на кредите) не би ли се тако осигурао дугорочни привредни раст и избегли губици од промена у висини девизних курсева. Употреба у непроизводне сврхе (финансирање буџетских дефицита) смањује раположиве приходе за отплату јавног дуга и води привреду у нову дужничку кризу (Марић, 2012: 32–34).

*Можемо приметити* да се поменути услов отежано респектује од стране влада земаља у развоју, јер се највећи део средстава позајмљеног капитала користи за финансирање јавних расхода, што само још више

намеће потребу за поштравање правила *фискалне дисциплине*, односно *одговорности* наредбодаваца и рачунопологача. Предуслов успешне политике управљања јавним зајмом јесте ефикасна примена концепта новог управљања јавним сектором који се односи на повећање ефикасности, децентрализовање буџетског процеса, увођење транспарентности и јасне одговорности субјеката за предузете радње. Стога је нужно предузети мере на усвајању нових и реформи постојећих финансијскоправних прописа тако да се они налазе у функцији унапређења финансијског управљања, ефикасног пружања услуга грађанима, јачања улоге представничких тела у односима са владом и конституисања независних надзорних агенција сходно принципу *de lege artis* (Lienert, 2005: 3–4).

### **5. Нова схватања о терету отплате јавног зајма и положају дужника (the new ortodoxy)**

Модерно монетарно право преиспитује класичне поставке о интертемпоралном терету јавног зајма. Тако, све већи број теоретичара сматра да коришћење јавног зајма не подразумева преваљивање стварног терета отплате на будуће генерације. У прилог таквим схватањима, амерички економиста *Бјукенен* (Buchanan) истиче да владе доношењем одлуке о задуживању деривирају куповну моћ од физичких и правних лица, односно домаћих или иностраних финансијских институција (Buchanan, 2005: 6–7). Такво извођење куповне моћи владе је повезано са одређеним опортунитетним трошковима, јер су повериоци зајма своја средства могли да алтернативно искористе за друге профитабилне делатности. Ипак, за разлику од задуживања јавног сектора додатним опорезивањем где тренутно долази до повећања стварног (укупног) пореског терета, код коришћења јавног зајма тај терет остаје привремене природе, односно највише га осећају генерације повериоца од кога су средства позајмљена (у иницијалном периоду). То имплицира да јавни зајам *per se* (за разлику од опорезивања) не ствара повећани порески терет, већ терет јесте последица владе о висини и структури планираних јавних расхода (Ibid).

Употреба јавног зајма оствља будућим генерацијама одређене обавезе, али се те обавезе не могу третирати као агрегатни реални терети из разлога што су међусобно искључиви (превасходно код домаћег јавног зајма). Наведено произилази из чињенице да, иако будуће генерације пореских обвезника враћају позајмљена средства плаћањем пореза, од истих пореских прихода средства им се враћају кроз исплату каматних стопа које поседују домаћи повериоци јавног зајма. Овакво поступање за крајњи резултат има последицу да се интертемпоралним теретом будућим

обвезницима намеће потреба да само врше међусобне трансфере, а тај трансфер не може бити компактибилан са „губљењем ресурса“ приликом иницијалног периода уписа зајма (Ibid).

Уговор о јавном зајму није добротини правни посао, и у том смислу је неопходно направити дистинкцију између *примарног* и *секундарног терета* јавног зајма. Примарни терет се не пребацује будућим генерацијама из разлога што је подразумева директно одрицање од средстава приликом доношења одлуке о упису зајма. Секундарни терет јавног зајма је условљен одређеним варијаблама, од којих је најзначајнија расподела инструмената зајма. Уколико између пореских обвезника и власника обвезница зајма не постоје разлике, неће доћи до суштинског трансфера средстава, али уколико то нису иста лица, стварне трошкове сносиће тзв. нето порески обвезници (*net taxpayers*), док ће стварне користи имати „нето држаоци обвезница“ (*net bond holders*). За разлику од примарног терета који се не може трансферисати будућим генерацијама, секундарни терет може бити пренет, због чега влада мора водити рачуна приликом доношења одлуке о употреби зајма (Ibid).

Држава као дужник мора водити рачуна о свим трошковима и користима употребе јавног зајма. Владе често сматрају да смањењем периода на који је закључен зајам могу се систематски смањити и просечни трошкови задуживања, јер у обзир узимају најмању вредност очекиваних користи за одређени степен ризика (Piga, 2001: 26). У структурирању јавног зајма мора се водити рачуна о томе да зајам има кратак рок доспећа и да обвезнице буду индексирани, односно деноминирани у иностраној валути (Dornbusch, Draghi, 2004: 5–6). Поред ризика који се јављају на финансијском тржишту, владе морају водити рачуна и о операционалним, кредитним и ризицима поравнања. У циљу избегавања последица финансијских и економских криза, савремена политика управљања јавним зајмом све више потенцира коришћење обвезница које су ценовно индексирани (на супрот обвезницама са фиксно утврђеним профитом) јер се у условима инфлације приходи од првопоменутих обвезница повећавају (Ibid, 27–28). Како се тржиште финансијских деривата у последњим деценијама интензивно развија, државе попут *Француске* и *Немачке* су преко својих агенција за управљање јавним зајмом посебну пажњу посветиле предностима и трошковима коришћења свопова у циљу смањења трошкова задуживања (Ibid, 29).

## 6. Стратегија управљања јавним зајмом

Стратегију управљања јавним зајмом утврђује влада (тј. канцеларија задужена за област јавног задуживања државе) у форми предлога који подноси *министру финансија*. Потом, министар финансија одобрава стратегију или је враћа на поновно усаглашавање, на основу мишљења које добија од *саветодавног одбора* за управљање јавним дугом. Саветодавни одбор настоји да у својој анализи предлога стратегије усагласи циљеве државне администрације и других регулаторних агенција, који су посредно условљени реглементираним правилима предлога стратегије. Коначну одлуку о структури стратегије доноси министар финансија (*Guidelines for Public Debt Management: 2004*).

У пракси, стратегија може имати *двојаки облик*. Може се јавити у форми *водича (guidelines for public debt management)* или *одредница (penepa)* портфеља дуга (*strategic benchmark*). Стратегија у форми водича упозорава повериоце јавног дуга на ризике скопчане са његовом отплатом (мислимо на ризик од промена у висини каматне стопе позајмљеног капитала, ризик од промена режима девизног курса и ризик рефинансирања). Стратегија мора задовољити и услов *јавности*, у смислу да као званични правни акт владе буде представљена јавности путем медија (на сајту канцеларије за управљање јавним дугом) или у годишњим извештајима регулаторног тела. Одредница портфеља јавног дуга као други модалитет стратегије односи се на постизање жељеног стања портфеља деоница јавног дуга, што се изражава одређеним квантитативним показатељима (Malecky, 2007: 3–6). Стратегија би требало да пружи и одговор на питање избора мера и инструмента које стоје на располагању држави ради смањења јавног дуга. Кључне мере које се предвиђају стратегијом, а које требају допринети смањењу удела домаћег бруто производа у јавном зајму (земаља у транзицији) односе се на продају државне имовине (предузећа) на тендерима, која не спадају у државне монополе (снадбевање водом, електричном енергијом, гасом и друго). Алтернативни начин смањења јавног дуга би била продаја неактивних државних ресурса (зграде, други грађевински објекти, пољопривредно земљиште). Новчана средства остварена поменутих мерама омогућиће исплату доспелих новчаних обавеза, чиме ће се директно смањити и оптерећења камата за наредне буџетске године.

У поступку реглементирања садржине стратегије важно је успоставити контролу при одобравању инвестиционих пројеката (у смислу да се мора водити рачуна о њиховом приоритету). Како у свакој држави постоји потреба за адекватним статистичким извештавањем јавности о

тренутном стању јавног дуга, неопходно је извршити и редифинисање и усаглашавање основних дефиниција јавног дуга предвиђених буџетским и другим законима. Код поменутих мера неопходно је успоставити строгу законску контролу у циљу спречавања арбитрарног поступања овлашћених лица задужених за њихову имплементацију због присутних облика сиве економије. На овом месту морамо истаћи чињеницу да је управљање државном имовином један од основних задатака тзв. *новог јавног менаџмента (new public management)*, под којим се подразумева увођење принципа тржишног понашања и мерења ефикасности у јавном сектору, у склопу његових административних и финансијских реформи. Конститутивисање националних регистара имовине, информационих система о њеном стању и употреби, уз централизацију надзора у погледу управљања – такође је задатак реформи јавног сектора (Roје, 2011: 238–245). У обликовању концепта политике управљања јавним зајмом морамо правити дистинкцију између појмова *управљања* и *власништва*. У законским прописима многих земаља истиче се да су власници државне имовине грађани којима влада подноси извештај о раду и политички је одговорна, али да имовином управља у њихово име и за њихов рачун (примери законских прописа *Новог Зеланда, Кине, Сингапура, Русије, Велике Британије*). Често организационо решење у систему управљања државном имовином јесте оснивање посебних *агенција за управљање имовином (asset management companies)*. Да би деловање ових државних органа било ефикасно, неопходно је да се придржавају принципа тржишне усмерености, транспарентности, професионалности и понашања *доброг домаћина*. У литератури се *Кина* често наводи као пример државе са успешним концептом управљања јавном имовином и увођења корпоративне културе у јавни сектор (Roје, 2011: 247).

У дефинисању оптималне стратегије за управљање јавним дугом морамо узети у обзир и проблем *пореске конкуренције*. Питање које желимо да поставимо је да ли пореска конкуренција појачава асиметрије исплате доспелих новчаних обавеза државе на име уписаног јавног зајма? Тачније, можемо се запитати како се терет враћања јавног зајма респодељује између пореза и јавне потрошње? С обзиром на то да пореска конкуренција доприноси снижавању пореских стопа (чиме се убира мање пореских прихода, под условом да не долази до проширења правно-економског чињеничног стања обухваћеног пореском нормом тј. пореске основице), битно се утиче на могућност државе (дужника) да о доспелости врати позајмљена средства. Искуства земаља чланица ЕУ нам показују да обавеза враћања јавног дуга смањује јавне инвестиције више него било који други сегмент јавне потрошње. Обавеза сервисирања јавног дуга утиче на повећање укупно убраних пореских прихода (изражених као проценат



ДБП-а) и оштрије опорезивање капитала (Barro, 1981). Парадоксално, покушај *фискалне консолидације* не доприноси конвергенцији циљева фискалне политике и политике јавног дуга, већ увећава постојећи обим задуживања јавног сектора (Krogstrup, 2004: 3–28)

У обликовању стратегије за управљање јавним зајмом морамо се осврнути и на праксу која постоји у монетарном праву Европске уније. Немогућност финансирања доспелих обавеза јавног дуга земаља чланица ЕУ у условима глобалне финансијске кризе захтевала је озбиљну реакцију зарад очувања стабилности унутар еврозоне. Значајан корак на том путу јесте потписивање *Споразума о европском стабилизационом механизму* (ЕСМ), којим је фактички установљен облик колективног јемства за јавни дуг.<sup>1</sup> Поступак аплицирања за пружање финансијске помоћи ЕСМ-у је строго формулисан и подразумева кумулативно испуњење услова који се тичу процене постојања ризика за финансијску стабилност еврозоне у целини или држава чланица, тј. процене одрживости јавног дуга и стварне или потенцијалне потребе финансирања конкретне државе (чл. 12). Уколико су ови услови испуњени, управни одбор ЕСМ налаже Комисији да започне преговоре са државом у циљу закључења *меморандума о сарадањи* (*memorandum of understanding*). Овим актом се детаљно утврђују сви недостаци у сфери јавних финансија који се требају решити финансијском подршком. Упоредо са овим преговорима, генерални директор ЕСМ настоји да стипулише *предлог уговора о финансијској подршци* у коме се експлицитно разрађују сви услови пружања помоћи и обавезе уговорних страна.

Поред поменутих облика финансијске подршке, ЕСМ је предвиђена и *клаузула колективне акције* (*collective action clauses*) на основу које све државе чланице морају од 1. јануара 2013. укључити ову клаузулу у новоemitоване хартије од вредности чији је рок доспелости дужи од једне године. Смисао ове клаузуле је да омогући повериоцима са највећим уделом да промене услове обвезница (у смилсу реструктурирања дуга), при чему ова клаузула обавезује и мањинске повериоце (Голубовић, 2012: 157). Ова клаузула је конзистентна клаузулама које постоје у англосаксонском и англоамеричком монетарном праву, превасходно *клаузули агрегације* (*aggregation clause*) која подразумева да се свим државним обвезницима посвећује подједнака пажња приликом закључивања споразума о јавном зајму. Ипак, клаузула агрегације се налази и у функцији заштите мањинских повериоца и захтева постојање квалификоване већине за промену услова отплате

---

1 Treaty establishing European Stability Mechanism, D/12/3, Brussels, 1 February 2012, OJL 91, 6.4.2011. Овом споразуму је претходило усвајање Споразума о европском механизму за финансијску стабилност и Споразума о конституисању Европске финансијске установе, која је 2013. године трансформисана у Европски стабилизациони механизам.

зајма у околностима када је дужник инсолвентан. Механизам клаузуле колективне акције је практично омогућио партиципацију приватног сектора у политици управљања јавним зајмом у околностима када држава доживи фискални мораторијум или се налази на прагу банкротства.

## 7. Управљање јавним зајмом у Републици Србији

Правни оквир управљања јавним дугом у Србији дефинисан је одредбама Закона о буџетском систему и Закона о јавном дугу, као и Стратегијом управљања јавним дугом (од 2013. до 2015. године) и Фискалном стратегијом (за 2013. годину са пројекцијом за 2014. годину и 2015. годину).<sup>2</sup> Према Закону о јавном дугу (Службени гласник РС, бр.61/05, 107/09, 78/11), као правном основу задуживања државе, јавни дуг јесте „дуг републике који настаје на основу уговора које закључи република; дуг републике на основу хартија од вредности; дуг републике по основу уговора, тј. репограмираним обавезама раније закључених уговора које је република преузела; дуг републике који настаје на основу гаранције или непосредног преузимања у својству дужника на основу дате гаранције или контрагаранције; као и дуг локалне власти и правних лица чији је оснивач република (и за које је дала гаранцију)“. Јавни дуг Србије се дели на директне и индиректне обавезе, тј. обавезе у име и за рачун Републике, које произилазе из гаранција и које су емитоване од стране Републике у корист других правних лица. Директне и индиректне обавезе се деле на унутрашњи и спољашњи дуг, зависно од тога да ли су настале задуживањем на домаћем или иностраном тржишту.<sup>3</sup> Зависно од текућег стања дуга и пројекције отплате, очекује се да у предстојећем периоду годишње доспе око 800 милиона евра, при чему су потребе за сервисирањем дуга једнако распоређене у периоду од 2011. до 2016. године, а најзначајнија појединачна обавеза јесте отплата старе девизне штедње (која доспева за наплату до 2016. године).

Процедура доношења стратегија у домаћем буџетском праву слична је методологији која постоји у упоредном законодавству. Министар финансија управља јавним дугом и припрема стратегију, која се доставља влади на усвајање једном годишње. Стратегија је била саставни део Меморандума о буџету и економској и фискалној политици (сада Фискалне стратегије) за посматрану буџетску годину и наредне две фискалне године (Стакић, Јездимировић, 2012: 205–258). Приликом израде средњерочне стратегије јавног дуга коришћене су анализе трошкова и ризика засноване на различитим пројекцијама. Основни сценарио (мисли

---

2 Закон о јавном дугу (Службени гласник РС, бр. 61/05, 107/09, 78/11).

3 Закон о Агенцији за осигурање депозита, Службени гласник РС, бр. 61/05, 116/08 и 91/10.

се на услове који диктирају враћање јавног дуга) односи се на праћење промена девизног курса и референтних каматних стопа на страном тржишту. Поред дефинисања основног сценарија, предвиђена су још четири *додатна* сценарија, прилагођена евентуалним макроекономским шоковима и шоковима у примарном буџету. *Допунски сценарио* се односе на: 1) *депресијацију динара у односу на амерички долар од 25 процената* (при чему би девизни курсеви требало остати непромењени – мада овај сценарио нема директног утицаја на домаћу економију, постоји посредан утицај), 2) *депресијацију динара у односу на све валуте од 25 процената* (при чему се претпоставља да су валутни курсеви стабилни у целом свету, а да би само динар депресирао), 3) *повећање каматних стопа на међународном тржишту* (у случају опоравка светске економије требало би доћи до повећања каматних стопа и смањене контроле централних банака) и 4) *повећање каматних стопа на домаћем тржишту за 5 процената* (што је сценарио предвиђен за случај високе инфлације и волатилности курса према еврју).

У сарадњи са експертима светске Банке, *Управа за јавни дуг* применила је тзв. *Модел средњерочне стратегије (Medium Term Debt Strategy Model-MTDS)* у циљу што ефикаснијег управљања јавним дугом. Том приликом су утврђене и *алтернативне стратегије финансирања* које се односе на финансирање јавног дуга путем емисије евробвезница (на различити временски рок) додатне емисије државних хартија од вредности у динарима. Политика управљања јавним дугом се доноси за дужи временски период, али не смемо заборавити да се одлука о финансирању буџетских издатака доноси на годишњем нивоу у оквиру буџетског закона. Чиниоци који отежавају имплементацију стратегије се односе на (не)стабилност макроекономске ситуације у земљи у смислу ефикасне наплате пореза, нивоа незапослености, инфлације, девизног курса, токова у светској економији, спољнотрговинских партнера и достигнутог степена фискалне децентрализације, тј. могућности задуживања локалних нивоа власти.<sup>4</sup>

## 8. Закључак

Политика управљања зајмом мора се посматрати као самосталан сегмент економске политике који располаже посебним законским мерама и инструментима, а не као саставни део фискалне и монетарно-кредитне политике, као што се то традиционално сматрало у финансијској

---

<sup>4</sup> *Стратегија управљања јавним дугом од 2013. до 2015. године*. Доступно на: <http://upravazajavnidug.rs>. Упореди са: *Закон о буџетском систему, Службени гласник РС, бр. 54/09, 73/10*.

литератури. У креирању оптималне политике управљања јавним зајмом посебна пажња се мора посветити усвајању неопходних монетарно-правних и финансијско-правних аката у циљу заштите интереса државе као дужника и повериоца јавног зајма (физичких и правних лица) на оптималан начин. *Мишљења смо* да је поред регламентирања ефикасних решења у домаћем закону о буџетском систему и закону о јавном дугу, неопходно створити услове за формирање и јачање позиција стручних и независних агенција за управљање јавним зајмом по угледу на сличне органе у државама које имају богату праксу у овој области. У заштити интереса државе, централно место у политици управљања јавним зајмом заузимају стратегије за управљање јавним зајмом које мора бити транспарентне, садржински добро конципирани и функционално усклађене са инструментима фискалне и монетарно-кредитне политике ради постизања жељених макроекономских циљева у погледу тржишне стабилности. *Према нашем мишљењу*, непоштовање фискалних правила и циљева утврђеним стратегијама за управљање јавним зајмом требало би за последицу да има строже правне санкције, као и јасно дефинисану фискалну одговорност надлежних органа за њихово непоштовање не би ли се тако избегле последице попут фискалног мораторијума или банкротства државе.

## Литература

- Анђелковић, М. (2012). *Јавне финансије и финансијско право*. Ниш: Центар за публикације Правног факултета. 272–274
- Barro, R. J. (1981). *Public Debt and Taxes*. U *Money, Expectations and Business Cycles, Essays in Macroeconomics*. The University of Rochester, New York and National Bureau of Economics Research. Cambridge-Massachusetts. 227–245
- Blanchard, O. (2000). *The Sustainability of Fiscal Policy: New Answers to an Old Question*. The OECD Economic Studies. No. 15. 1–36
- Brummerhoff, D. (2000). *Јавне финансије*. превод Перо Јурковић, Ђуро Њваро. МАТЕ. Загреб. 383–389
- Buchanan, J. M. (1999). *Public Principles of Public Debt*. U *The Collected Works of James M. Buchanan*. Volume 2. Liberty Fund. Indianapolis. 1–7
- Colignon, S. (2011). *Fiscal Policy and the Sustainability of Public Debt in Europe*. International Economic Review. Vol. 53. Issue 2. 539–560
- Currie, E., Dethier, J., Togo, E. (2003). *Institutional Arrangments for Public Debt Management*. World Bank Policy. Research Paper. No. 3021. 22–65

Dornbusch, R., Draghi, M. (2004). *Public Debt Management: Theory and History*. Cambridge: Cambridge University Press. 5–17

Ford, R., Laxton, D. (1999). *World Public Debt and Real Interest Rates*. Oxford Review of Economic Policy. Vol. 15. No. 2. 77–91

Голубовић, С. (2012). Фискална правила у Европској монетарној унији. Ниш: Центар за публикације Правног факултета. 155–157

*Guidelines for Public Debt Management: Accompanying Document and Selected Case Studies*. The International Monetary Fund and the World Bank. Washington D. C. 2004

Krogstrup, S. (2004). *Public Debt Asymmetries and Tax Competition*. EPRU Working Paper Series. Economic Policy Research Unit. University of Copenhagen. Denmark. 3–28

Malecky, M. (2007). *A Cross-Country Analysis of Public Debt Management Strategies*. Policy Research Working Paper, No. 4287. The World Bank, Banking and Debt Management Department. 3–6

Марић, Ж. (2012). *Јавни дуг и дужничка криза (примјер Босне и Херцеговине)*, *Oeconomica Jadretina*. Vol. 2. 32–34

Lienert, I. (2005). „*Are Laws Needed for Public management Reforms? An international Comparasion?*“. IMF Working Paper. No 05/32. 3–4

Neck, R., Strum, J.E. (2008). *Sustainability of Public Debt*. The MITT Press. London, Massachusetts, London

Piga, G. (2009). *Derivates and Public Debt Management*. ISMA in cooperation with the Council on Foreign Relations. Zurich and New York. 25–29

Роје, Г. (2011). *Кључне поставке и активности у систему управљања државном имовином*. У *Хрватски јавни дуг: Управљање и изазови развоја тржишта*. Загреб: Институт за јавне финансије. 238–245

Стакић, Б., Јездимировић, М. (2012). *Јавне финансије*. Универзитет Сингидунум. 205–258

Stasavage, D. (2003). *Public Debt ant the Birth of Democratic State: France and Great Britain, 1688-1789*. Cambridge: Cambridge University Press. 1–19

Storkey, I. (2006). *Sound Practise*. U Michael Williams and Paul Brione, *Government Debt: New Trends and Challenges*, London, Central Banking Publication, 2006

Treaty Establishing European Stability Mechanism. D/12/3. Brussels. 1 February 2012. OJ L 91. 6.4.2011

Шваљек, С., Андабака-Бадурина, А. (2011). *Управљање јавним дугом прије, тијekom и након кризе*. У Хрватски јавни дуг: Управљање и изазови развоја тржишта. Загреб: Институт за јавне финансије. 5–32

World Bank and IMF. *Guidelines for Public Debt Management*. Washington D.C. 2001

Wheeler, G. (2004). *Sound Practice in Government Debt Management*. Washington D. C. The World Bank

Закону о јавном дугу. Службени гласник РС. Бр. 61 (2005), 107 (2009) и 78 (2011)

Закон о Агенцији за осигурање депозита. Службени гласник РС. Бр. 61 (2005), 116 (2008) и 91 (2010)

Закон о буџетском систему. Службени гласник РС. Бр. 54 (2009), 73 (2010), 101 (2010), 101 (2011) и 93(2012)

Закону о јавном дугу. Службени гласник РС. Бр. 61 (2005), 107 (2009) и 78 (2011)

Стратегија управљања јавним дугом од 2013. до 2015. године

[www.upravazajavnidug.rs](http://www.upravazajavnidug.rs)

**Marko Dimitrijević, LL.B.**

Teaching Assistant,

Faculty of Law, University of Niš

**PUBLIC LOANS MANAGEMENT: LEGAL AND ECONOMIC CONSEQUENCES  
CONCERNING THE POSITION OF THE DEBTOR STATE**

**Summary**

*The subject matter of analysis in this paper is the normative regulation of public loans management in modern monetary law. In this regard, the author indicates the reasons why the public loan management policy must establish a special normative framework beyond the existing legislation in the area of fiscal or monetary-credit policy, in order to provide for the optimal protection of the interests of the state. The legal solutions in the public loans management policy must be consistent with the concept of fiscal sustainability, which is equally important for the country as a debtor and for international organizations as a loan creditor. Restrictions on the use of public loans as an instrument for financing public expenditures are defined in the legal provisions on the budget system, special provisions on public debt and provisions on the fiscal responsibility of the government. In this research, the author particularly focuses on assessing the public debt management strategy, which enables the harmonization of the basic definitions on public loans provided in the budget and other laws, prevents the arbitrary actions of the competent state bodies and contributes to reducing the total amount of public debt.*

*By applying the public debt management strategy, it is possible to prevent (reduce) the legal and economic consequences of unsuccessful public loan management in the form of collapsing authority of state governments and financial moratorium (bankruptcy). The author examines the experiences of EU Member States in the public loan management in order to identify the optimal mode of operation and application of monetary law in the field of public debts and, eventually, provide some recommendations de lege ferenda in domestic law.*

**Key words:** public loan, public debt, monetary law, fiscal sustainability, fiscal rules, the European Union.





**Др Штефан Пирнер,\***

Руководилац одељења при Немачкој фондацији  
за међународну правну сарадњу,  
(Deutsche Stiftung für internationale rechtliche  
Zusammenarbeit e.V. - IRZ), CP Немачка

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 343.13

Рад примљен: 30.06.2015.

Рад прихваћен: 03.12.2015.

## **ЗАШТИТА ОКРИВЉЕНИХ И ОПТУЖЕНИХ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ У СВЕТЛУ СПЕЦИФИЧНИХ УСЛОВА ПРАВНЕ ТРАНСФОРМАЦИЈЕ\*\***

**Апстракт:** Аутор испитује који од два система пружа бољу заштиту осумњиченом и оптуженом као слабијој страни у кривичном поступку – да ли је то континенталноевропски инквизиторски принцип или страначки принцип Common Law-а. Резултат ове анализе показује да континенталноевропски систем пружа значајно бољу заштиту. Осим тога страначки принцип не одговара посебним друштвеним условима у бившим социјалистичким државама у транзицији. Приликом анализе Common Law система, нарочито Plea bargaining-а (који данас представља правило окончања кривичног поступка у овим државама и тиме defacto замењује јавни кривични поступак), посебно се указује на многобројне америчке изворе. При томе се долази до закључка да и у америчкој литератури институт Plea bargaining бива оштро критикован. Аутор тако констатује да би пре прихватања правног института који систематски није у складу са начелима домаћег правног система требало спровести процену правних последица дејства таквог института (Regulatory Impact Analysis) у домаћем праву како би се спречило да се у сопствени правни поредак унесу правила чије се негативне последице дају предвидети. С тим у вези аутор запажа

\* puerner@irz.de

\*\* Овај прилог настао је у оквиру ауторовог рада за Немачку фондацију за међународну правну сарадњу (IRZ) у Југоисточној Европи, која се финансира средствима Министарства спољних послова из немачких доприноса Пакту за стабилност Југоисточне Европе. Овај рад одражава приватне ставове аутора. Аутор се захваљује проф. др Џону Х. Лангбајну (John H. Langbein), проф. др Џејмсу Р. Максeинеру (James R. Maxeiner) и др Регини Рауксло (Regina Rauхло) на драгоценим информацијама и упућивањима на одговарајућу литературу.

*да у реформи кривично процесног права у Србији изостаје дискусија о критичким ставовима америчке науке у погледу сопственог правног система.*

**Кључне речи:** споразум у кривичном поступку, историја споразума о кривичном поступку, правна реформа, кривични поступак САД, људска права и кривични поступак.

## 1. Увод

### 1.1. Окривљени или оптужени као слабија страна

Вероватно нема потребе да се посебно објашњава тврдња да окривљени или оптужени, као „циљ“ државног кривичног гоњења, спада у категорију „слабијих“. Он себе доживљава као појединца изложеног на милост и немилост далеко јачег државног апарата: тај апарат је у стању и да га лиши слободе без које ће он и остала основна права моћи да оствари тек ограничено или пак неће моћи да их оствари уопште. Осим тога, кривично гоњење од стране државе врло често је, кад је у питању лице које се кривично гони, праћено губитком друштвеног угледа, прекидом социјалних контаката и сличним негативним друштвеним последицама. У групу слабијих у оквиру кривичног поступка убрајају се и жртве. Оптужени и жртве најчешће имају супротстављене интересе. Велики изазов за законодавца представља довођење ових интереса у равнотежу. Било како било, законодавац би у сваком случају морао да избегава доношење регулативе која не би нудила заштиту ни оптуженом ни жртвама.

### 1.2. Специфични услови правне трансформације

#### 1.2.1. Држава мора да се бори за поверење грађана

Шта се, међутим, подразумева под специфичним условима правне трансформације? Правна трансформација је „преуређивање“ правног система од социјалистичког у демократски, који функционише на основама тржишне економије, а било би добро и у социјални, ако је усмерен на заштиту интереса свих слабијих у друштву. Овај процес обележен је, између осталог, и следећим: полазиште је социјалистички систем који огромна већина читалаца овог прилога вероватно познаје боље него што га познаје аутор. Из тог разлога рецимо само оволико: карактеристика социјалистичког кривичног процесног права је било то што оно у уобичајеним случајевима<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Изузетак су представљали процеси који су имали одређени политички значај. Њихова нарочита карактеристика је био и неформалан утицај трећих лица која заправо нису

није познавало неформалне споразуме (Raухloh, 2014: 179). Следеће обележје социјалистичких држава је било то што је (барем у теорији) велики значај придаван заштити појединца.

Трансформација значи промену. Она подразумева нарочито промену животних услова грађана. И то не само у позитивном смислу: заједно са трансформацијом јављају се и социјална несигурност и губитак дотадашњих друштвених позиција. У исто време појединац постаје сведок тога како други, и то не увек на морално узоран начин, профитирају од промене система. Као последица тога лако се ствара и шири утисак да демократски организована држава није у стању да заштити слабије групе, односно да у таквој држави доминирају економски јаче личности и групе. Схватање по којем се државом ни после заокрета од социјализма не руководи нужно у складу са демократским начелима и начелима праведности, представља, међутим, плодно тле за радикалне политичке струје најразличитије врсте. Овакве негативне појаве могу да се предупреду само уколико држава буде настојала да задобије поверење грађана. Она то не може да постигне само речима, већ то треба да учини делима, а нарочито обезбеђивањем егзистенције грађана. Држава мора својим грађанима да усади осећај да кршење права, па и оно које се десило у прошлости, па и оно које изврше лица која поседују богатство и утицај, неће остати некажњено. А држава која се налази у процесу трансформације је пре свега у обавези да осигура да се политички мотивисана кривична дела из прошлости расветле без остатка и да се одговорни за та кривична дела позову на одговорност.

### *1.2.2. Негативни ефекти које држава мора да избегне*

Таква држава која се бори за поверење својих грађана нарочито мора да заштити оне против којих се води кривични поступак. Ту се, наиме, ради, како је напред приказано, о најслабијима у друштву. Осим тога, кривични поступци (и начин на који се о њима извештава у медијима) од највећег су значаја за то како ће грађани да оцене правосуђе као једну од најважнијих функција државе. Нејасноће у трговинскоправним споровима наићи ће на одбијање само код оних на које се ти спорови непосредно односе. Неразумљивости у кривичном поступку, међутим, узнемириће јавност и протумачиће се као доказ за то да не само кривично правосуђе, већ и правосуђе уопште, и не само то већ и целокупна држава, не функционишу. Овај негативни ефекат изазивају првенствено следеће три групе случајева:

---

учествовала у поступку (такозвана „телефонска правда“, односно незаконит утицај на судије).

1) Као прво, ту је недостатак заштите слабијих страна у оквиру кривичног поступка, ситуација, дакле, у којој се беспомоћни појединац нађе изложен државним органима.

2) Као друго, ту је случај када су пред очима јавности „моћници“ изузети од кривичног гоњења или када им пође за руком да „издејствују“ умањење кривичноправних последица својих дела.

3) Трећа група случајева којима се умањује углед државе постоји онда када кривични судови не испуне очекивања грађана у смислу „извлачења на светло дана“ догађаја из прошлости који су од општег значаја. Ти догађаји могу да буду злочини из миљеа организованог криминала или из окружења одређених политичких групација, ратни злочини или нерасветљени процеси приватизације.

Ова три захтева која се у погледу реформе кривичног процесног права постављају пред државе које се налазе у процесу трансформације могу да се резимирају на следећи начин:

“The acceptance of the precept that there is an independent body of law, and no one is above the law, is essential to the establishment of a government of and by the people. Only when presidents, kings, queens, and other rulers are subject to a higher law, can communism, fascism, and other dictatorships be eliminated and democracy prosper”. (Diehm, 2001: 2) („Прихватање овог правила да постоји независан правни корпус, да нико није изнад права, од суштинског је значаја за успостављање владавине народа. Само када председници, краљеви, краљице и други владари подлежу вишем праву, могу се комунизам, фашизам и друге диктатуре елиминисати и моћи ће демократија да влада.“)

### *1.2.3. Трансформација не значи нужно и мењање закона*

Трансформацију права најчешће прати измена закона. Правна трансформација и измена закона нису, међутим, синоними. Ово је значајно нарочито због тога што трансформација у области права, према искуствима аутора, често доводи до тога да се веома обимне измене закона предузимају и тамо где би била довољна и мања прилагођавања (или пак само промишљање дотадашње примене постојећих прописа у пракси). Трансформација у области права често се погрешно тумачи као неопходност готово присилне и често недовољно промишљене измене дотадашњег писаног права. Међутим, трансформација права не мора нужно да значи да сви закони који су до тада важили морају да се одбаце. Задатак трансформације је само у томе да се отклоне заблуде социјализма, а не да се „измишља топла вода“. Често грешке социјализма могу да се уоче у неколико кључних чланова закона,

па тиме и да се отклоне брисањем или изменом само тих чланова. Често се, међутим, наслеђе социјализма крије у начину на који се разуме право и тумаче закони. У том случају ситуација је компликованија.

Управо у земљама бивше СФРЈ са њиховом и у време социјализма снажном оријентацијом ка континенталноевропским, а пре свега аустријским правним начелима, често би могло да се „минимално инвазивним захватима“ постигне више него „тоталном операцијом“.<sup>2</sup> Често мање измене права и закона значе више правне државе и више правне сигурности. У миру лежи снага. Неке промене права које се предузимају у оквиру трансформације су, штавише, и контрапродуктивне. То је управо случај у области кривичног поступка.

## **2. Како различити кривичнопроцесни системи штите слабије групе?**

### **2.1. Методе разматрања**

У тексту који следи испитаћемо на основу два случаја из праксе која концепција кривичног поступка на најбољи начин штити слабије групе, те која концепција је најбоља у погледу избегавања напред наведених последица. У вези с тим неопходно је да се, као прво, разјасни који облици кривичног поступка постоје. Премда „чисти“ облици кривичног поступке постоје, могло би се рећи да, све у свему, постоје два супротстављена система: адверзијални систем у којем је терет доказивања на странкама, те инквизиторски или истражни поступак. Неки аутори (Eser, 2014: 11), поред наведених система, у дискусију уводе и могућност да постоји и трећа засебна форма, наиме консензуални поступак. Док адверзијални систем карактерише то што битне иницијативе и радње покрећу и спроводе странке (а држава се држи у позадини), дотле је карактеристика инквизиторског модела кривичног поступка то што битне кораке у оквиру кривичног поступка предузима држава. Консензуални поступак се, према мишљењу оних који га сматрају засебном врстом поступка, одликује тиме што у њему преовладава окончање поступка споразумом. Аутор овог прилога, међутим, сматра да је овај појам погрешан, јер, уколико боље погледамо, не ради се о посебном поступку, већ споразумно окончање поступка представља

---

2 О томе да су земље бивше СФРЈ у ствари имале јако добре почетне позиције за трансформацију права које, међутим, нису увек на најбољи начин искористиле пошто су новији закони занемаривали дотадашњу континенталноевропску традицију, а да за то није било нужне потребе, аутор је већ говорио на прошлогодишњој конференцији у Нишу. Упор. (Pürner, 2014).

производ адверзијалног поступка<sup>3</sup>. Из тог разлога би и идеја постојања посебне врсте „консензуалног поступка“ била погрешна, због чега се она овде не обрађује као посебна процесна категорија.

## **2.2. Два случаја која се јављају готово свакодневно (и шта из њих може да се научи)**

### *2.2.1. Случајеви и питања која они намећу*

Због ограничености простора овде нећемо моћи да прикажемо сва обележја, као ни све предности и недостатке ова два система. Но, то и није неопходно, пошто мерило квалитета правних института нису толико учени теоријски аргументи, колико сама пракса. Због тога ћемо у наставку текста истражити као пример два случаја која ће се читаоцу сигурно учинити познатим.

Случај 1: Прво ћемо да замислимо уобичајени кривични поступак у некој земљи у процесу трансформације: обични грађанин, назовимо га Јадан Беспословац, не успева да се снађе у новонасталим околностима које прате процес трансформације. Док се остали богате, он остаје без посла и почиње да пије. У једном тренутку деси се оно што је неизбежно: на њега пада сумња да је опљачкао бензинску станицу, убио жену или учинио нешто од онога што свакодневно пуни „црне хронике“ у таблоидима. Беспословац нема никаквих искустава са правом и срећан је што је барем успео да ангажује младог и неискусног адвоката (или што му је тог адвоката обезбедила држава).

Случај 2: Промена сцене: И Богат Имапараколикохоћешвић, послодавац који је отерао у незапосленост сиротог малопре поменутог оптуженог (након што му месецима није исплаћивао зараду), запао је у проблеме кривичноправне природе. Ставља му се на терет да је био умешан у свакојак малверзације. Те малверзације сежу од сумњивих поступака приватизације, у којима је на не сасвим јасан начин веома повољно дошао до великог богатства, па преко утаје пореза, шверца цигарета, све до наводне умешаности у злочине деведесетих са политичком позадином. Овом оптуженом не представља никакав проблем да ангажује читав тим адвоката.

У оба ова случаја поставља се питање за који систем кривичног поступка би се оптужени определили: за адверзијално или инквизиторско начело?

---

<sup>3</sup> Осим тога, нарочито ставови из англоамеричке литературе у вези са реалношћу *plea bargaining*-а, а који су цитирани у наставку, побуђују значајне сумње у то да се у случају наведеног окончања поступка заиста ради о ситуацијама које заслужују назив „консензус“.

Имајући у виду углед правосуђа, требало би да се разјасни још једно питање: какав би утисак на грађане оставио ток поступка који у оба ова случаја може да се очекује у наставку?

### **2.3. Резултат разматрања са становишта континенталноевропског правника**

Још једно питање би требало да се постави: како ће свој поступак да доживи оптужени из земље у процесу трансформације у којој је страначко начело тек уведено у кривично право? Такав оптужени већ има иза себе процес социјализације у који спада и континенталноевропско схватање улоге судије и јавног тужиоца у оквиру кривичног поступка. Зато ће он доживети огромно разочарење када се поступак против њега буде водио у складу са новим начелима адверзијалног поступка. Већ је то довољно лоше. Још је, међутим, горе то што ће он она лица која учествују у поступку на страни државе доживљавати или искључиво као противнике у поступку (реч је о јавном тужиоцу) или као пасивне учеснике (реч је о судији). Они учесници у поступку који представљају државу не предузимају ништа да би заштитили његове интересе. То нарочито важи за судију који се једино стара о томе да се поштују правила игре. Окривљени је, дакле, препуштен способностима или неспособностима свог браниоца. Појам материјалне истине овде не игра никакву улогу. Ово доводи до огорчености у односу на државу. И то не само код самог оптуженог, већ и у његовом социјалном окружењу, као и код свих који процес прате путем медија.

У овој ситуацији лако се губи поверење у правичан исход поступка. То је нарочито случај онда када оптужени установи да млади и неискусни адвокат (једини чије је услуге могао да приушти) није у стању да се носи са тужилаштвом (које искључиво заступа оптужницу, али није било истраге и у интересу оптуженог).

И не само то. У чистом адверзијалном поступку не постоји право на увид у акта тужилаштва. Оптужени и његов бранилац немају, дакле, никакву могућност да сазнају шта смера тужилаштво. У таквој ситуацији ће оптужени, који није у стању да ангажује јак тим бранилаца, брзо исказати спремност да на сваки начин оконча своје муке. Њему ће бити најважније да се поступак брзо оконча и да се по могућству избегне још гори развој ситуације. Он ће, дакле, бити спреман да пристане на *pleabargaining*. Овај ће притисак бити још израженији ако се напред наведеном придружи и немогућност да се предвиди одлука пороте и бојазан од огромних трошкова за адвоката и од судских трошкова. Она, међутим, постоји и без тих додатних отежавајућих околности.

С друге стране, наш оптужени из случаја 2 ће ситуацију доживети на потпуно другачији начин: за њега неће представљати никакав проблем да приушти помоћ квалификованих адвоката. Тужилаштво ће, напротив, поготово имајући у виду ограничене услове у којима мора да ради у држави која се налази у процесу трансформације, бити у лошијем положају од добро плаћеног тима адвоката на страни богатог оптуженог. У адверзијалном поступку ће његова позиција, дакле, бити далеко повољнија. Овом оптуженом ће и *plea bargainig* као „економска трансакција“ представљати мањи проблем него оптуженом који финансијски лоше стоји. На крају крајева, „диллови“ су у његовом окружењу део свакодневнице. Вероватно ће он у таквом „дилу“ проћи много боље од сиромашног оптуженог<sup>4</sup>. А преко тог дила ће добити потврду да он за државу представља равноправног партнера за преговоре. Дакле, кривични поступак ће потврдити његов социјални статус у смислу да је он равноправан противник државних органа кривичног гоњења. И то не само у сопственим очима, већ и у очима јавности и медија који ће највероватније на сходан начин извештавати о процесу.

Другачије је у инквизиторском поступку. Овде бранилац, после окончања истражног поступка, добија могућност увида у акта. Материјал који поседује тужилаштво није никаква ни црна ни Пандорина кутија. Тужилаштво има обавезу да спроводи истрагу и у корист окривљеног, штавише, оно може и да улаже правна средства у његову корист<sup>5</sup>. Следећи инструмент корекције крије се у томе што је судија дужан да утврђује материјалну истину. Чињеница је да и у земљама са истражним принципом постоји могућност окончања поступка споразумом<sup>6</sup>. Међутим, код ових споразума судије имају могућност шире контроле него што је то случај код *plea bargaining*-а. Осим тога, у Немачкој је искључена могућност *guilty plea*-а, пошто тамо § 257 ц Закона о кривичном поступку одређује да предмет споразума може да

4 Наравно да учињена признања увек зависе и од јачине противника. Занимљива је у овом контексту и Штунцова констатација (Stuntz, 2011: 6), да у САД у преговорима око *plea bargaining*-а тужиоци на другачији начин користе своје дискреционо право у односу на оптужене из сиромашнијих средина него у односу на имућне оптужене.

5 Тако каже § 296 став 2 немачког Закона о кривичном поступку (StPO). Овај Закон је доступан у преводу на босанско-хрватско-српски на интернет страници IRZ-а под [http://irz.de/images/downloads/bosnisch-kroatisch-montenegrinisch-serbisch/uebersetzungen/stpo\\_bks\\_mit\\_einfuehrung.pdf](http://irz.de/images/downloads/bosnisch-kroatisch-montenegrinisch-serbisch/uebersetzungen/stpo_bks_mit_einfuehrung.pdf). На истом месту ([http://irz.de/images/downloads/bosnisch-kroatisch-montenegrinisch-serbisch/uebersetzungen/ristbv\\_bks\\_mit\\_einfuehrung.pdf](http://irz.de/images/downloads/bosnisch-kroatisch-montenegrinisch-serbisch/uebersetzungen/ristbv_bks_mit_einfuehrung.pdf)) преузето 15. 06. 2015.

налази се и превод Упутства за кривични поступак и поступак кажњавања новчаном казном (Richtlinienfürdas Strafverfahrenunddas Bußgeldverfahren (RiStBV). Овај пропис представља допуну Закону о кривичном поступку. Оба текста садрже уводно објашњење.

6 Упор. у вези са ситуацијом у Немачкој (Schaberg, 2009).



буде једино висина казне. Предмет споразума изричито не смеју да буду ни мере безбедности (§ 257 ц став 2 Закона о кривичном поступку). Коначно, (не сме да се прећути да) у Немачкој влада изразито критички став према оваквим споразумима. Савезни уставни суд их, додуше, сматра уставним<sup>7</sup>, али је истовремено јасно позвао на строго поштовање законских захтева, да би се избегло неконтролисано бујање оваквих решења.

Већ ова кратка скица показује да је оптужени као слабија страна боље заштићен у оквиру инквизиторског система него у оквиру адверзаторног. У инквизиторском систему, међутим, боље су заштићена и друга важна, али често слаба, лица и посебни интереси. То су, под број један, жртве у чијем је интересу да се кривична дела која су учињена над њима расветле у погледу чињеничног стања и да се казне. Као друго, ту је јавност у чијем је интересу да се кривичноправна чињенична стања од општег значаја утврде у оквиру поступка који подлеже ревизији. Ни једно ни друго се, међутим, неће догодити уколико поступак почива искључиво на начелима адверзијалности. Овај циљ ће у потпуности бити искључен уколико се закључи *plea bargaining*. У том случају, наиме, истина остаје „иза затворених врата“. А тиме се крши још један важан интерес везан за начело правне државе: углед суда. Суд се, наиме, у очима јавности претвара у орган који пасивно посматра како слаб и незаштићен оптужени у својој невољи признаје кривична дела која можда и није учинио, док имућни оптужени преговара са тужилаштвом на истој равни.

#### **2.4. Екскурс: однос према консензуалном окончању спорова као парадокс**

Многе земље у процесу трансформације су исхитрено преузеле *plea bargaining*. За многе је овај правни институт био симбол „модерног“ кривичног права. Појам „модерног“ у овим државама игра веома важну улогу у дискусијама везаним за реформу кривичног процесног права. Испада на крају као да се у кривичном процесном праву не ради о безвременим вредностима. Подсетимо овде и на то да је појам „модерног“ тесно повезан са појмом „моде“. Ако, међутим, процес трансформације посматрамо у његовој целокупности, суочићемо се са парадоксом: правна пракса у земљама у процесу трансформације која се односи на консензуално окончање судског поступка тамо је, наиме, контрадикторна: у грађанском праву судије најчешће оклевају да подрже поравнање као одговарајућу форму споразумног

---

<sup>7</sup> Пресуда од 19. марта 2013. године 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, сажетак на <http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2013/bvg13-017.html> Преузето 15. 06. 2015.

решења спора између странака, пошто се прибојавају да ће их сматрати пристраснима. За разлику од тога, у кривичном праву се *plea bargainig* однедавно посматра као пожељна форма окончања поступка. Због тога је кривични процес, у којем заправо већ из разлога постојања државног захтева за кажњавање нема баш много простора за „скраћење“, у пракси наклоњенији споразумима него што је то парнични поступак. Посматрано са строго догматског становишта, заправо би требало да буде обрнуто.

### **3. Англоамеричка критика адверзијалног принципа и *plea bargaining*-а**

#### **3.1. Англоамеричка критика адверзијалног принципа и *plea bargaining*-а у кратким цртама**

Вратимо се на закључак да инквизиторски кривични поступак боље штити права слабијих него што то чини адверзиторни. Овај резултат до којег смо напред дошли сигурно никога неће изненадити, пошто долази из пера правника који је стекао континенталноевропско правничко образовање. Оно што можда више изненађује јесте чињеница да и многи правници из англоамеричког простора долазе до сличних закључака. За разлику од оних странака који у земљама Југоисточне Европе у процесу трансформације заговарају преузимање адверзиторног принципа и *plea bargaining*-а и представљају њихове нимало малобројне, али често некритичке присталице, *plea bargaining* је у земљама свог порекла све више на удару критике. При томе нису само угледни научници (међу њима је и професор са Харварда, *William J. Stuntz*, његов колега *John H. Langbein* са Универзитета Јејл (Yale), као и харвардски апсолвент *Marcus D. Dubber*, који сада предаје у Торонту) ти који критикују. И најновије пресуде Supreme Court-а у САД (Врховног суда САД) у случајевима *Missouri vs. Frye* (Work, 2014: 57) и *Lafler vs. Cooper* (Alkon, 2014: 561) сведоче о недостацима који у првом реду показују да овај систем у пракси недовољно штити оптуженог. Није неопходно да се иде тако далеко као што то чини напред поменути *William J. Stuntz* (који је у свом постхумно објављеном делу *The Collapse of American Criminal Justice* жали на то да је амерички кривичноправни систем „воз који је испао из шина“ те да се „у последњој половини 20. века распао“ (Stuntz, 2011: 1), да би се дошло до претпоставке да овај систем са становишта заштите слабијих није такав да нужно може да послужи као узор. Недостатак простора нам не дозвољава да овде представимо све критичке гласове из англоамеричке литературе који се подижу против адверзијалног система (и *plea bargaining*-а који, ако ћемо право, представља инструмент корекције којег

је развила пракса да би редуковала недостатке адверзијалног система у кривичном поступку). Ипак ћемо покушати да створимо барем утисак о разноликости и широком дијапазону аргумената који се односе на напред наведено, као и о снажном фронту критичара. При томе ћемо покушати да отклонимо и неке неспоразуме. Да бисмо читаоцу омогућили да самостално продуби ову тему на основу британске, америчке и аустралијске литературе, указаћемо пре свега на оне изворе који су доступни на интернету или у облику електронских књига.

Већ из самих наслова многих од ових радова може да се види да су у земљама свог порекла адверзијални принцип у кривичном поступку, а нарочито *plea bargaining*, све само не неспорни.

Ево једног избора таквих наслова објављених у различитим деценијама:

- *Trials Without Truth: Why Our System of Criminal Trials Has Become an Expensive Failure and What We Need to Do to Rebuild It* (Pizzi, Samuel, 1999) (Суђења без истине: Зашто је наш систем кривичних поступака постао скуп неуспех и шта треба да урадимо да га реконструишемо),
- *Torture and Plea bargaining* (Langbein, 1978) (Мучење и *plea bargaining*)
- *Incompetent Plea bargaining and extrajudicial reforms* (Bibas, 2012) (Неспособни преговори о *plea bargaining*-у)
- *Barristers' selfish incentives in counselling defendants over the choice of plea* (Tague, 2007) (Себични подстицаји адвоката у саветовању оптужених о могућностима *plea bargaining*-а),
- *The mischief of plea bargaining and sentencing rewards* (Darbyshire, 2000) (Бесмисленост *plea bargaining*-а и „попуст“ на висини казне)
- *Bargain Justice or Justice Denied? Sentence Discounts and the Criminal Process* (Henham, 1999) (Правда на распродаји или недоступна правда? Попуст на казне и кривични поступак)
- *The Guilty Plea Discount: Rule of Law or Role of Chance?* (Robertshaw, Milne, 1992) (Попуст на казну због признања кривице: владавина права или улога прилике)
- *By-Passing the Jury – A Study of Changes of Plea and Directed Acquittals in Higher Courts* (McCabe, Purves, 1979) (Заобилажење пороте – Студија о променама *plea bargaining*-а и директних ослобађајућих пресуда увишим судовима)
- *Negotiated Justice – Pressured to plead guilty.* (McConville, Baldwin, 1979) (Испреговарана правда– присиљен на признање кривице)

### 3.2. Кратак резиме најважнијих тачака на које је усмерена критика

Критика изражена у наведеним и у многим другим публикацијама може да се сажме на следећи начин:

- Америчко кривично процесно право у САД је у односу на данашње друштво историјски превазиђено<sup>8</sup>
- *Plea bargaining*, посматран са историјског аспекта, није инструмент који се преферира у англоамеричком кривичном поступку (Langbein, 1978: 119)<sup>9</sup>
- *Plea bargaining* (којим се у САД окончава далеко више од 90 %) на више начина крши начело јавности (Stuntz, 2011: 302), (Langbein, 1978: 124, 302), (Bibas, 2012: 150)
- Огроман пораст *plea bargaining*-а објашњава се пре свега егоистичним мотивима правника који учествују у тим поступцима (Langbein, 1978: 123), (Tague, 2008: 246)
- У највећем броју случајева неповољан *plea bargaining* саветује се припадницима социјално слабијих група (Tague, 2008: 242)<sup>10</sup>
- Генерално се износи замерка да се оваквим системом припадници социјално слабијих група стављају у неповољнији положај. Тако је нпр. амерички бранилац кривичар F. Lee Bailey (који ће годинама после тога бранити O. J. Simpsona) још 1970. године констатовао да је амерички кривични поступак добар „само за криве и богате“.<sup>11</sup> Један од показатеља да кривични процесни систем уопште, али и *plea bargaining*,

8 Тако је још 1970. године амерички магазин „Лайф“ („Life“) дошао до следећег закључка: „Систем који је пре скоро два века створен са циљем да заштити четири милиона људи не може да вреди за 200 милиона“, цитирано према: USA/Strafprozess: Falsche Richtung (SAD/Krivični postupak: Pogrešan pravac), Der Spiegel од 24.08.1970, str. 80 и даље, доступно на <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-44904810.html>. Преузето 15. 06. 2015.

9 На немачком језику упор. у вези са развојем *plea bargaining*-а у САД нпр. (Kobor, 2008: 5), док (Standen, 1993: 1474) такође указује на то да су судије раније контролисале поступање тужилаца приликом *plea bargaining*-а.

10 Рад који садржи занимљиву анализу разлога због којих адвокати повремено саветују и против интереса својих клијената, доступно на : <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub7830>. Преузето 15. 06. 2015. За континенталноевропске правнике овај рад је, између осталог, занимљив и због тога што указује на то колико разлика има везано за *plea bargaining* у различитим државама англоамеричког правног круга.

11 „Life“, citirano prema: Der Spiegel 24. 08. 1970.

дискриминишу припаднике социјално слабијих група јесте и висок проценат затворених Афроамериканаца. (Stuntz, 2011: 8)<sup>12</sup>

- *Plea bargaining*-ом се тужиоцима, који се често руководе и егоистичним мотивима, даје превелика моћ. *Plea bargaining*-ом држава фактички преноси своје овлашћење да кажњава на тужиоца (Langbein, 1978: 124). Држава која је лишена своје казнене власти лишена је и суверенитета, есенције државности (Dubber, 2006: 1). *Plea bargaining*-ом држава, дакле, укида саму себе.
- Као последица тога бранилац постаје гарант права оптуженог, пошто се о тим правима више не старају ни судија ни тужилаштво. Сходно томе, и заштита оптуженог зависи само од браниоца, а ако оптужени има лошег браниоца онда је он у великој мери незаштићен. (Rauxloh, 2014: 59)
- Оптужени неретко пристају на *plea bargaining* искључиво под притиском (Langbein, 1992: 121), (Young, 2013: 256)<sup>13</sup>
- Постоји и опасност да се формирају механизми који ће довести до тога да оптужени који не пристају на *plea bargaining* буде осуђен на казну која је виша од примерене. (Langbein, 1992: 121)
- Генерално, *plea bargaining* би могао да има значајног удела у томе што у оквиру земаља западних демократија САД имају највећи проценат затвореника. (Тренутно је укупан број затвореника око 2,3 милиона, ово износи 506 затвореника на 100.000 становника. У Европи одговарајуће цифре износе за Холандију 78, за Немачку 74 и за Француску 72) (Stuntz, 2011:5)
- Притоме се опет ради о припадницима социјално слабијих структура, у САД су то Американци делимично афричког порекла<sup>14</sup> (Stuntz, 2011: 6)
- То води ка дискриминацији између различитих група оптужених према „perversecriteria“: (Stuntz, 2011: 58) они оптужени којима се на терет стављају најтежи злочини јесу они који „могу да продају најкорисније

---

12 Stuntz чак иде дотле да указује на то да је проценат „prison population“ међу Афроамериканцима у САД виши од удела затвореника у укупном броју становника у Совјетском Савезу под Стаљином.

13 Упор. у вези с тим и (Ransiek, 2008: 116, 118) који упућује на даљу америчку литературу.

14 Разлог томе није само квалитет одбране који расте сразмерно финансијским средствима који стоје на располагању за ту сврху, већ и то што тужиоци своје широке компетенције користе другачије у областима где живи сиромашно становништво, а другачије тамо где живе имућнији.

информације“: због тога се њима нуде повољнији „диллови“ него лицима којима се на терет стављају сразмерно лакша кривична дела

- Коначно, пристанак на закључење *plea bargaining*-а може да резултира тиме да се осуде невина лица (Dervan, Edkins, 2013: 1)
- Најзад, постоји и опасност да се услед закључења *plea bargaining*-а уопште ни не преиспитује да ли постоје основи за искључење кривице, па тако може да се деси да се не узму у обзир (Hay, 2011: 279)
- На основу околности које смо овде приказали Langbein долази до закључка да је највећи проблем *plea bargaining*-а његова нечасност (dishonesty) (Langbein, 1992: 125)

Напоменимо овде и то да постоје, наравно, и присталице *plea bargaining*-а. Међутим, они који покушавају да утврде добре стране *plea bargaining*-а остављају необично уздржан и резервисан утисак и само потврђују ставове критичара. Нека нам као пример послужи рад Young-а, насловљен веома суздржано са „*In Defense of Plea-Bargaining's Possible Morality*“ (Young, 2013) (У одбрани евентуалног морала *plea bargaining*-а). На крају крајева, већина заговорника мора да призна да у прилог *plea bargaining*-у говоре само економски разлози (Rauxloh, 2014: 58). Young, иначе, долази до следећег закључка: „*Nothing here argues, that plea-bargaining, as actually practiced, is necessarily just, or that it cannot go wrong or be corrupted*“. (Ништа што је овде наведено не тврди да је *plea bargaining*, онако како се стварно примењује у пракси, нужно правичан, непогрешив или да се не може поткупити).

### **3.3. Посебни осврти на *plea bargaining* у земљама у процесу трансформације**

У англоамеричкој литератури постоји чак и једно истраживање које разматра ефекте увођења *plea bargaining*-а у државама у трансформацији, а међу њима је и Босна и Херцеговина, земља са којом се Србија граничи. Резултат овог истраживања је да су последице увођења овог правног института у овим државама поражавајуће. Између осталог, тиме се поткопава углед правосуђа који је изузетно важан у периоду трансформације. Расправе о садржини пресуда често се у јавности доживљавају као „пијачне расправе“. У раду се тако дословно наводи: „*Plea bargaining can contribute to a public perception, that the legal system is corrupt and run by officials not bound by the law* (Alkon, 2010: 355)“ (*Plea bargaining* може допринети јавној перцепцији да је правни систем корумпиран и да њиме руководе званичници које не обавезује право). Да ово нису само теоретске бојазни једне америчке теоретичарке показује већ и сам поглед на наслове у дневној штампи у

државама бивше Југославије. Ево примера: у једном чланку у босанском Дневном авазу<sup>15</sup>, под насловом у којем се помиње „највеће посљератно суђење у БиХ“, извештава се о поступку у којем се, између осталог, претреса „организовани криминал, пет монструозних убистава, три покушаја убистава, међународна трговина дрогом, праће новца ...“. Дobar део извештаја састојао се у набрајању који су све оптужени којима се на терет стављају поменути злочини склопили споразуме са судом. („До сада су споразуме потписали оптужени С.Д., који је осуђен на пет година затвора, затим З.Ђ., који је добио ...“; затим у извештају се наставља набрајање). Даље, у овом чланку се наводи да је један од првооптужених, који то још увек није учинио, „затражио разговор с Тужилаштвом, што упућује да би и он могао склопити споразум.“ Какав утисак о кривичном поступку могу да стекну читаоци новина након оваквог чланка?<sup>16</sup>

#### 4. Зашто се у српској дискусији тако мало пажње поклања интерној англоамеричкој критици адверзијалног начела и *plea bargaining*-а?

Као што је напред приказано, адверзијални принцип и, нарочито, *plea bargaining* стручњаци у САД сматрају прилично проблематичним, при чему се нарочито критикује недовољна заштита оптужених и жртава као слабијих, односно „vulnerable groups“ у кривичном поступку. У Србији, напротив, у литератури наилазимо на ставове који остављају утисак да *plea bargaining* тамо наилази на неподељено одобравање. Бејатовић (Bejatović, 2012: 113) нпр. пише: (ауторов став је), „... да су питања везана за нормативну разраду споразуму (без обзира о којем његовом виду је реч) у новом ЗКП РС, начелено посматрано, у складу са већинским ставовима наше, и не само наше стручне јавности“. Ако занемаримо чињеницу да оваква паушална и генерализујућа констатација чуди, пошто у региону има и те како много гласова против *plea bargaining*-а<sup>17</sup> (Škulić, Ilić, 2012: 88), зачуђујуће је да критички ставови из САД, Велике Британије и Аустралије, које смо овде цитирали, у контексту актуелне реформе српског кривичног процесног права нису наишли на адекватан одјек у научној дискусији у Србији – какви год били разлози за то. Не можемо а да ово не схватимо као сигнал да

15 *Dnevni avaz*, „Crna hronika“ од 9. августа 2011. године: „Zijad Turković u centru najvećeg poslijeratnog suđenja u BiH“.

16 Једино позитивно у овом чланку је то што овим извештавањем нису угрожени међуетнички односи у БиХ, пошто се међу оптуженима из ове групе налазе и један Хајрудин, један Данијел, као и Фадил, Миленко, Муамер и Саша.

17 И аутор, који се због професије много креће по земљама региона и при томе се сусреће са многим правницима, закључио је да постоји много критичких гласова против *plea bargaining*-а, и то нарочито међу практичарима.

пре преузимања ових елемената који представљају одступање од правног система није спроведена њихова детаљна анализа. А таква анализа би у оквирима једног леге артис спроведеног законодавног поступка требало да буде извршена у оквиру процене регулаторног утицаја (*Regularly Impact Analysis*, кратко: RIA).

## 5. Закључак

### 5.1. Инквизиторски систем ефикасније штити слабије

Имајући у виду управо гледиште по којем је оптужени у односу на државу увек у слабијем положају, инквизиторски систем, који се рестриктивно односи према могућности окончања поступка споразумом и где се задржава судијска контрола над оваквим видом окончања поступка, далеко боље одговара на потребе ове групе лица, али и жртава. Осим тога, он боље кореспондира и са јавним интересом за расветљавање кривичноправно релевантних чињеничних стања од општег значаја. Коначно, оваквим поступком избегава се наношење штете угледу правосуђа самим тим што се избегава утисак „трговине правдом“. Требало би зато да се у Србији (и не само тамо, већ и у целом региону) обрати већа пажња на интензивну дискусију која се унутар англоамеричког правног система води о адверзијалном принципу и *plea bargaining*-у.

### 5.2. Држава не би смела да „одумре“ тамо где би требало да штити

Требало би на уму имати и следеће: одлука за или против једног од ова два система зависи и од тога какво се схватање улоге државе у оквиру друштва заступа. У адверзијалном систему држава је углавном пасивна, у инквизиторском систему је она активна преко тужилаштва (које има другачију улогу него у адверзијалном систему), као и преко судија (чија се улога такође разликује од улоге судије у адверзијалном систему). Чини се да неки заступају став да демократија и тржишна економија за собом повлаче иступање државе из свих могућих сфера<sup>18</sup>. Ту је изражено поверење у то да ће „тржиште све да уреди“. Улогу онога што је у средњем веку био божји суд као *deus ex machina*, који је државне судове ослобађао одговорности за изречену пресуду, преузело је према овом моделу тржиште. Уз мало претеривање то може да се опише једним цитатом Густава Радбруха (*Radbruch*): „Правна држава за Енглеза још увек представља оно што је представљала и за његове средњовековне претке: двобој на суду...“

---

18 Због чега се залажу и за то да се и јавне услуге, почев од одвоза смећа па до болница, приватизују.



(Saffering, 2014: 207) Овакав начин размишљања практично би довео до одумирања државе у области кривичног правосуђа. (Што је необично, јер је ово одумирање заправо био циљ социјалистичког друштвеног уређења).

Домети оваквог начина размишљања су, међутим, скромни. Тачно је да би држава у оквирима једне тржишно оријентисане демократије требало да одустане од тога да делује на неки начин који *ограничава* нека права тамо где то није неопходно. Међутим, и у демократској тржишној економији постоје суштинске области у којима је поступање државе *са циљем заштите права* безусловно потребно. То је пре свега случај тамо где се ради о правима слабијих. Овде је брига државе општа и неизоставна потреба. Ефикасни државни механизми заштите нарочито су нужни онда када сама држава угрожава или има могућност да угрожава ова права, као што је то случај у кривичном поступку и у поступку извршења кривичне санкције који се евентуално надовезује на поступак. Ко ово негира, тај државу у деликатној области кажњавања замењује тржиштем и конкуренцијом – а могло би да се каже и одмеравањем – снага. Право би се тиме претворило у право јачега. А ово право нема ни демократски ни социјални легитимитет. А – пре свега – оно није ни праведно.

### **5.3. Нове латинске сентенце које никоме нису потребне**

Аутору је познато да се у Србији и у другим земљама у региону сопствени правни ставови радо поткрепљују латинским правним цитатима. Због тога би аутор желео да се надовеже на ову традицију, али да одабере супротно полазиште и да на крају цитира латинске правне сентенце за које се нада да *неће* бити општеприхваћене:

*Non iustitiam sed celeratis est desinatum*<sup>19</sup>

*Pecunia sit maior quam iustitia*<sup>20</sup>

Ови цитати на најбољи могући начин формулишу суштинске аргументе у прилог *bar gaining*-у. Да ли је то оно што желимо? Или би можда било боље да и у кривичном праву важи оно што је министар за људска и мањинска права у Црној Гори, Суад Нумановић, рекао на конференцији поводом Међународног дана људских права, организованог у Бијелом Пољу, додуше у нешто другачијем контексту: „Са људским правима нема нагодбе“.<sup>21</sup>

---

19 Циљ није правда већ брзина.

20 Новац је јачи од правде.

21 <http://www.vesti.rs/Vesti/Numanovic-Sa-ljudskim-pravima-nema-nagodbe-video.html> Преузето 15. 06. 2015.

## Литература

*Alkon, Cynthia*, Plea Bargaining as a Legal Transplant: A Good Idea for Troubled Criminal Justice Systems?, *Transnational Law and Contemporary Problems*, Vol. 19, стр. 355, 2010, доступно на [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1660469](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1660469). Преузето 15. 06. 2015

*Alkon, Cynthia*, The U.S. Supreme Court's Failure to Fix Plea Bargaining: The Impact of Lafler and Frye, *Hastings Constitutional Law Quarterly*, Vol. 41, стр. 561, 2014, доступно на [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2423499](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2423499) Преузето 15. 06. 2015

*Bejatovic, Stanko*; Sporazum o priznanju krivice (novi ZKP Republike Srbije i regionalna komperativna analiza) у *Ana Petrovic/Ivan Jovanovic* (priređivači) Savremene tendencije krivičnog procesnog prava u Srbiji i regionalna krivično-procesna zakonodavstva (normativni i praktični aspekt, Beograd, 2012, стр. 113 и даље, као PDF на <http://www.osce.org/sr/serbia/102745?download=true> Преузето 15. 06. 2015

*Bibas, Stephanos*, Incompetent Plea bargaining and extrajudicial reforms, 126 *Harv. L. Rev.* V. 20. November 2012, S. 150ff, доступно на <http://harvardlawreview.org/2012/11/incompetent-plea-bargaining-and-extrajudicial-reforms/> Преузето 15. 06. 2015

*Darbyshire, Penny*, The mischief of plea bargaining and sentencing rewards, (2000) *Criminal Law Review* 895

*Dervan, Lucian E./Edkins Vanessa A.*, The Innocent Defendant's Dilemma: An Innovative Empirical Study of Plea Bargaining's Innocence Problem, *Journal of Criminal Law and Criminology*

Volume 103 (Winter 2013), стр. 1 и даље. Као PDF под [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2071397#](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2071397#) Преузето 15. 06. 2015

*Diehm, James W.*, The Introduction of Jury Trials and Adversarial Elements into the Former Soviet Union and Other Inquisitorial Countries, *Florida State Journal of Transnational Law & Policy* 11 (2001), доступно на [http://works.bepress.com/james\\_diehm/6](http://works.bepress.com/james_diehm/6) Преузето 15. 06. 2015

*Dubber, Markus D.*, Criminal Law in a Comparative Context, *Journal of Legal Education*, Volume 55, Number 3 (September 2006), стр. 1 и даље, као PDF на <http://www.law-lib.utoronto.ca/bclc/crimweb/bboard/crimcomp.pdf> Преузето 15. 06. 2015

*Eser, Albin*, Adversatorische und inquisitorische Verfahrensmodell. Ein kritischer Vergleich mit strukturalternativen у: *Friedrich-Christian Schroeder/Manuchehr-*

*Kudrativ* (Hrsg.) Die strafprozessuale Hauptverhandlung zwischen inquisitorischem und adversatorischem Model, Frankfurt am Main, 2014, стр. 11

*Hay, Peter*, US-amerikanischen Recht - Ein Studienbuch, 5. Auflage, München-Wien, 2011

*Henham, Ralph*, "Bargain Justice or Justice Denied? Sentence Discounts and the Criminal Process" (1999) 62: 4 *Modern Law Review* стр. 515

*Kobor, Susanne*, Bargaining in the Criminal Justice Systems of the United States and of Germany, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 2008

*Langbein, John H.* Torture and Plea bargaining, Crosskey Lectures No. 4, 1978, reprinted at 46 U. Chi. L. Rev. 3 (1978), str. 3ff, kao PDF под [http://www.judicialstudies.unr.edu/JS\\_Summer09/JSP\\_Week\\_4/JS710Wk4.LangbeinTorandPleaBargtxt.pdf](http://www.judicialstudies.unr.edu/JS_Summer09/JSP_Week_4/JS710Wk4.LangbeinTorandPleaBargtxt.pdf) Преузето 15. 06. 2015

*Langbein, John H.*: On the Myth of Written Constitutions: The Disappearance of Criminal Jury Trial, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 15, Issue 1 (Winter 1992), стр. 119 и даље, kao PDF под [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Faculty/Langbein\\_On\\_The\\_Myth\\_of\\_Written\\_Constitutions.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Faculty/Langbein_On_The_Myth_of_Written_Constitutions.pdf)

*McCabe, Sarah/ Purves, Robert*, By-Passing the Jury - A Study of Changes of Plea and Directed Acquittals in Higher Courts, Oxford, 1979

*McConville, Mike/Baldwin, John*, Negotiated Justice - Pressured to plead guilty, London, 1977

*Mike McConville/ John Baldwin*, *Law & Society Review* Vol. 13, No. 2, Special Issue on Plea Bargaining (Winter, 1979), стр. 655-660

*Pizzi, William/ Samuel David*, Trials Without Truth: Why Our System of Criminal Trials Has Become an Expensive Failure and What We Need to Do to Rebuild It, New York/London, 1999

Pürner, Stefan, Dug i krivudav put srpskog prava (nazad) u Evropu/ "The long and Winding Road" of Serbian Law (back) to Europe, <http://www.prafak.ni.ac.rs/files/zbornik/sadrzaj/zbornici/z68/33z68.pdf> Преузето 15. 06. 2015.

*Ransiek, Andreas*, Zur Urteilsabsprache im Strafprozess: ein amerikanischer Fall, *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik (ZiS)* 2008, стр. 116 и даље, доступно на [http://www.zis-online.com/dat/artikel/2008\\_3\\_218.pdf](http://www.zis-online.com/dat/artikel/2008_3_218.pdf) Преузето 15. 06. 2015

*Rauxloh, Regina*, Plea bargaining in National and International Law, Oxon, New York, 2014

*Tague, Peter W.*, Barristers' selfish incentives in counselling defendants over the choice of plea (2007) Criminal Law Review 3

*Robertshaw, Paul*, "'Cracked Trials' – What is happening?", (1992) Criminal Law Review 867

*Robertshaw, Paul/ Milne, Alan;The Guilty Plea Discount: Rule of Law or Role of Chance*,The Howard Journal of Criminal Justice, Volume 31, Issue 1, pages 53–75, February 1992

*Safferling, Christoph*, Die Fürsorgepflicht des Richters zwischen inquisitorischem und adversatorischem Modell y: Friedrich-Christian Schroeder/Manuchehr Kudrativ (priređivači) Die strafprozessuale Hauptverhandlung zwischen inquisitorischem und adversatorischem Model Frankfurt am Main, 2014, стр. 207

*Schaberg, Gerhard*, Absprache im Strafverfahren, Mitteilungen des Hamburgischen Richtervereins (MHR) Nr. 3/2009 od 15. септембра 2009, доступно на <http://www.richterverein.de/mhr/mhr093/m09308.htm>. Преузето 15.06.2015.

*Škulić, Milan*, Kritička analiza nekih odredbi novog ZKP-a Srbije iz 2011. god, y: Milan Škulić/Goran Ilić (priređивачи), Novi ZKP Srbije – Kako je propala reforma – Šta se radi?. Beograd 2012

*Spiegel. Der*, Falsche Richtung (Pogrešan pravac), Der Spiegel 24.08.1970, стр. 80 и даље, доступно на: <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-44904810.html>. Преузето 15. 06. 2015

*Standen, Jeffrey*, Plea Bargaining in the Shadow of the Guidelines , California Law Review Vol. 81, Issue 6, Dec. 1993, стр. 1472 и даље

<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1734&context=californialawreview> Преузето 15. 06. 2015

*Stuntz, William J* , The Collapse of American Criminal Justice, Cambridge, Massachusetts, London 2011

*Tague, Peter W.*, Guilty Plea or Trails: Which does the Barrister prefer?,Melbourne University Law Revue 2008, стр. 242 и даље

*Work, Mike* ,Creating Constitutional Procedure: Frye, Lafler, and Plea Bargaining Reform, Journal of Crimiminal Law and Criminology Vol. 10 (Spring 2014), стр. 57 и даље, доступно на <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7481&context=jclc> Преузето 15. 06. 2015

*Young, Michael* ,In Defense of Plea-Bargaining's Possible Morality, 2013

Ohio Northern University Law Review 251, za pretplatnike LexisNexis-a dostupno kao PDF pod [exisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=40+Ohio+N.U.L.+Rev.+251&srctype=smi&srcid=3B15&key=fb39d42f89fe454f66ee47d97ad7a544](https://exisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=40+Ohio+N.U.L.+Rev.+251&srctype=smi&srcid=3B15&key=fb39d42f89fe454f66ee47d97ad7a544). Прегледао 15. 06. 2015.

**Stefan Pürner, LL.D.**

German Attorney at Law (Rechtsanwalt),  
Head of Section at the German Foundation  
for International Legal Cooperation (IRZ),  
Bonn, Germany

**PROTECTION OF INDICTED AND ACCUSED PERSONS UNDER  
THE SPECIFIC CONDITIONS OF LEGAL TRANSFORMATION**

**Summary**

*This contribution is predicated upon two fundamental considerations. On the one hand, it shows that transition countries find themselves in a unique situation, for after changing the system they must first regain the confidence of their citizens without disappointing the hopes that the latter have placed in them. Among other things, it means that the citizens must not be abandoned by the state in difficult situations, but that the state must look after and care for those in disadvantaged positions (members of vulnerable groups as well as “weak” individuals).*

*On the other hand, these countries must fulfill the legitimate expectations of their citizen, by seeing to it that people are not convicted of crimes they did not commit and, the other way around, by ensuring that those who commit criminal offenses are brought to justice regardless of their position or wealth. As for the latter, there is hardly anyone who is in a weaker position than a citizen who is subject to state prosecution for the commission of a criminal offense. These individuals also constitute a “vulnerable group”.*

*If these two initial considerations are taken together, it becomes obvious that transition countries need rules of criminal procedure that protect precisely this class of citizens. The challenge facing transition countries is in fact to ensure that such individuals receive an effective legal defense. In view of the tendency of many transition countries to adopt elements of Anglo-American criminal procedure, the question as to the extent to which this satisfies the above requirements is examined.*

*Insofar as the adversarial system is concerned, it can be ascertained that this is not the case since the possibility of mounting a legal defense under this system is very much dependent upon the quality of legal counsel and therefore, realistically,*

*upon the financial resources of the defendant. As a result, this type of criminal procedure is, according to the opinion of an American (!) attorney "only good for the guilty and the rich".*

*In particular, the practice of plea bargaining is in crass conflict with the stipulated requirements. Analysis of this practice shows that it comes very close to the thinking found in Germanic law, under which punishment functions as a form of personal revenge for the wronged party. This is also what makes negotiation of an agreement regarding punishment possible. A state that tolerates such agreements ultimately declines to accept the fact that punishment of criminal acts is the responsibility of the state and, as a result, remains at a level that predates the legal achievements of the Roman law. In addition, plea bargaining leaves defendants with scant possibilities for defense, essentially without protection. Finally, it clearly shows its citizens that the state is powerless to properly implement the state's right to administer punishment. In view of the fact that such countries are for financial reasons already deficient in many regards that are important to citizens (in particular in the social area), this is a dramatic shortcoming.*

*Finally, plea bargaining could also be viewed as a reaction to specific U.S. problems in the area of criminal proceedings (unpredictability of jury decisions, the immense costs of judicial proceedings). Seen from that perspective, the introduction of plea bargaining into the European-continental legal systems could be likened to the administration of a medicine with dangerous side effects to patients who are not in any way afflicted with the disease that the medicine is intended to cure.*

*In an digression, the author points out that the emphasis on plea bargaining in transition states also reveals that the legal practice there is not based on a coherent dogmatic approach. Namely, judges in these states are very reluctant towards actively supporting parties in reaching an amicable settlement in civil procedure as they fear to be considered as biased. In contrast, in criminal proceedings, plea bargaining is considered as a desired way of solving cases. Therefore, in practice, criminal proceedings turn out to be more "settlement friendly" than civil proceedings. However, from a strict dogmatic point of view, it should be the other way round.*

*It is then shown that the prominent position of plea bargaining is not a traditional characteristic of Anglo-American criminal procedure. In fact, this legal institute has only become so important in practice in the course of the past few decades. This took place although considerable criticism of this legal institution was also voiced in the American debate. In particular, studies found in American literature also conclude that the adoption of plea bargaining by transition countries as a "legal implant" can even have a disastrous effect upon the perception of the legal system by citizens.*

*In addition, it would also seem advisable to examine the implications of legal institutes in actual practice before importing them from other countries. Yet, the record of American criminal procedure is however, in this regard more than questionable. Two circumstances suffice as examples: the U.S. has the world's largest "prison population" and it is only thanks to the tireless efforts of committed non-governmental organizations such as the Innocence Project that the lives of numerous individuals who were wrongfully condemned to death could be spared in recent years by having their cases reexamined again before their execution.*

*Under traditional continental European law, on the other hand, it is the state that is responsible for punishment. That also means that the fate of citizens may not be left to the vagaries of the interplay of forces between prosecuting authorities and the defense, and that understandings made in connection with criminal procedures must meet uniform standards. For those reasons, this system is by far the better for transition countries.*

**Key words:** *Plea bargaining, History of Plea Bargaining, Legal reform, US Criminal Procedure, Human Rights and Criminal Procedure.*





**Др Миодраг Н. Симовић\***, академик  
судија Уставног суда Босне и Херцеговине,  
Редовни професор Правног факултета,  
Универзитет у Бањој Луци

**Др Марина М. Симовић,\*\***  
Доцент Факултета правних наука,  
Универзитет „Апеирон“ у Бањој Луци

**Др Владимир М. Симовић,\*\***  
Доцент Факултета за безбједност и заштиту,  
Независни универзитет у Бањој Луци

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 343.13(497.6)

Рад примљен: 30.06.2015.

Рад прихваћен: 03.12.2015.

## **ПОСТУПАК ЗА ИЗДАВАЊЕ КАЗНЕНОГ НАЛОГА У КРИВИЧНОМ ПРОЦЕСНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ И ПРАКСИ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ**

**Апстракт:** Идеја о увођењу консензуалних форми у кривични поступак, од којих је једна од најзначајнијих казнени налог, постаје све привлачнија. Ове форме омогућавају значајну корист свим учесницима кривичног поступка и у многим државама су све присутније. Истовремено се шири леза њихових појавних облика.

У теорији кривичног процесног права наилазимо на бројне разлоге којима се оправдава поступак за издавање казненог налога. С друге стране, постоје и бројни приговори који истичу његове недостатке. Сигурно је, међутим, да он, као и остале консензуалне форме у кривичном поступку, има и добре и лоше стране. Од питања да ли је овај поступак добар или лош – много је важније да ли је он неопходан у савременом кривичном процесном законодавству.

Поступак за издавање казненог налога је у кривично процесно законодавство Босне и Херцеговине преузет из европских законодавстава. Он се заснива на адаптацији процесне идеје по којој само спорни пред-

---

\* [miodrag.simovic@ustavnisud.ba](mailto:miodrag.simovic@ustavnisud.ba)

\*\* [marina.m.simovic@apeiron-edu.eu](mailto:marina.m.simovic@apeiron-edu.eu)

\*\*\* [info@fbzbl.net](mailto:info@fbzbl.net)

*мети захтијевају „пуну процесну обраду”. Казненим налогом странке на специфичан начин “диспонирају” предметом кривичног поступка.*

*Поступак за издавање казног налога се на територији Босне и Херцеговине први пут појавио у Закону о кривичном поступку Брчко дистрикта БиХ који је Скупштина Брчко дистрикта БиХ усвојила на сједници одржаној 23. октобра 2000. године. Касније (2003. године) овај поступак је уведен и у законе о кривичном поступку Босне и Херцеговине, Федерације Босне и Херцеговине и Републике Српске. Иако се овај поступак у Босни и Херцеговини примјењује релативно кратко, превладава схватање да је његово увођење било оправдано и да је до сада дао добре резултате.*

*Поступак за издавање казног налога је очекивано изазвао велику пажњу научне и стручне јавности у Босни и Херцеговини. Она је проузрокована чињеницом да се ради о новом посебном кривичном поступку, као и његовом природом, ефикасношћу и dobrим практичним резултатима. Узрок томе су и бројне дилеме које су се јавиле у теорији и пракси.*

*У вријеме увођења овог поступка постојале су одређене разлике у његовом нормирању између закона који важе на територији БиХ, али оне нису биле суштинске природе. Тако је у Републици Српској постојала могућност да се у овом поступку оптуженом изрекне судска опомена. Такође, у Закону о кривичном поступку Брчко дистрикта БиХ било је предвиђено да о жалби тужиоца против рјешења којим се одбацује захтјев за издавање казног налога – одлучује Апелациони суд (као другостепени суд), а не ванпретресно вијеће. Данас сва четири кривичнопроцесна закона која важе у БиХ у суштини на идентичан начин регулишу овај поступак.*

**Кључне ријечи:** *казнени налог, кривични поступак, Босна и Херцеговина, кривичне санкције, тужилац, суд.*

## 1. Уводне напомене

У кривичнопроцесној теорији постоје различити термини за означавање поступака који одступају од редовног кривичног поступка (нпр. сумарни, убрзани, скраћени, поједностављени или упрошћени). За поступак за издавање казног налога се често употребљава термин мандатни поступак (Овај термин употребљавају нпр. Бејатовић, 2003: 33 и Кнежевић, 2013: 571), који потиче из држава њемачког говорног подручја (Strafbefehls).

Он се може дефинисати као судска, изузетно тужилачка одлука која није пресуда, а којом се у посебном кривичном поступку без главног претреса изричу само лакше кривичне санкције и мјере учиниоцима одређених лакших кривичних дјела (Слично: Бубаловић, 2013: 278). С друге стране, назив казни налог није потпуно адекватан и због тога што се њиме не изричу само казне, већ и друге кривичне санкције.

Закони о кривичном поступку који се примјењују у БиХ<sup>1</sup> недефинишу поступак за издавање казног налога. Њега не дефинишу ни кривично процесни закони других држава. Систематика кривично процесних закона упућује на његове основне карактеристике. Он се сврстава у посебне кривичне поступке у којима изостаје главни претрес до кога долази, у правилу, на основу писаног приједлога тужиоца, кога је одобрио суд са којим се сагласио оптужени и који се може водити само за тачно одређена лакша или средње тешка кривична дјела, у коме се оптуженом могу изрицати само одређене лакше кривичне санкције или мјере.

У поступку за издавање казног налога обавезно изостаје главни претрес. Суштина ове процесне форме се управо налази у изостанку ове централне фазе редовног кривичног поступка. Он руши постулат традиционалног мјешовитог типа кривичног поступка по коме нема пресуђења без главног претреса, без кога је доскора било незамисливо суђење у континенталном типу кривичног поступка (Ђурђић, Суботић, 2010: 69). Основ за ову процесну форму се налази у довољности доказне грађе која чини излишним вођење главног претреса.

Приједлог за издавање казног налога у правилу може да стави само тужилац. Оптужени и његов бранилац не могу иницирати овај поступак. И у оним законодавствима у којима се у улози тужиоца може јавити и оштећени, у правилу њему није дата могућност стављања приједлога за издавање казног налога.

Тужилац иницијативу за вођење овог кривичног поступка ставља у писаној форми, која је обавезна. До примјене овог поступка може доћи само ако се са приједлогом тужиоца за издавање казног налога сагласи суд. Приједлог тужиоца подлијеже оцијени суда који никада није обавезан да га прихвати.

---

1 То су: (1) Закон о кривичном поступку Босне и Херцеговине, *Сл. гласник Босне и Херцеговине*, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09, 93/09 и 72/13; (2) Закон о кривичном поступку Републике Српске, *Сл. гласник Републике Српске*, 53/12; (3) Закон о кривичном поступку Федерације Босне и Херцеговине, *Сл. новине Федерације Босне и Херцеговине*, 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09, 12/10, 8/13 и 59/14 и (4) Закон о кривичном поступку Брчко дистрикта Босне и Херцеговине – Пречишћени текст, *Сл. гласник Брчко дистрикта Босне и Херцеговине*, 33/13 и 27/14.

Прије него што одобри приједлог, суд испитује да ли су за њега испуњени сви законом предвиђени услови. Сагласност суда је најчешће двојака и односи се како на овај поступак, тако и на предложену кривичну санкцију или мјеру.

За вођење поступка за издавање казног налога је неопходна и сагласност оптуженог. Ова сагласност се не односи само на примјену овог поступка, већ и на кривичну санкцију или мјеру коју је предложио тужилац.

Поступак за издавање казног налога се искључиво примијењује у односу на лакша и средње тешка кривична дјела. Према изворној идеји, он је требало да захвати оне облике лакших кривичних дјела која се граниче са прекршајима. Подручје његове примјене се временом ширило. Данас је свеприсутна тенденција његовог проширења на средње тешка кривична дјела.

У овом поступку се оптуженом могу изрећи само изричито одређене лакше кривичне санкције или мјере. У свим законодавствима се у њему може изрећи новчана казна, било неограничено<sup>2</sup> или до одређеног максимума који је различит од оног који важи за редован кривични поступак као нпр. у Босни и Херцеговини.

Могућност изрицања само лакших кривичних санкција у овом поступку представља својеврсни уступак оптуженом – дат у замјену за сагласност за његову примјену. Ово је основни уступак оптуженом у овом поступку, али су могући и други, нпр. немогућност да се оптужени казним налогом обавезе на сношење трошкова кривичног поступка или да се њиме усвоји имовинскоправни захтјев оштећеног.

Приједлог тужиоца за издавање казног налога у свим законодавствима, осим оних у којима га издаје тужилац, прозводи правне посљедице тек када га суд прихвати и изда казнене налог. Он не прозводи правне посљедице непосредно, већ увијек посредно – преко одлуке којом се на основу тог приједлога издаје казнене налог.

У традиционалном облику овог поступка против издатог казног се може изјавити приговор. Приговор није правни лијек, већ правно средство којим се тражи заказивање главног претреса и вођење редовног кривичног поступка.

У случају неприхватања приједлога за издавање казног налога, у редовном кривичном поступку који након тога слиједи, суд није везан за предложену кривичну санкцију или мјеру. Он оптуженом може изрећи и тежу санкцију или мјеру. У редовном кривичном поступку се тада не примјењује забрана *reformatio in peius*.

---

2 Npr. član 407, stav 2 Strafprozeßordnung (StPo) SR Njemačke.

## **2. Услови за подношење захтјева за издавање казненог налога**

Захтјев за издавање казненог налога се може поднијети: (1) за кривична дјела за која је прописана казна затвора до пет година или новчана казна као главна казна; (2) ако је тужилац прикупио довољно доказа који пружају основ за тврдњу да је осумњичени учинио кривично дјело; (3) да су предложене само изричито одређене кривичне санкције или мјере, и то: новчана казна до 50.000 КМ, условна осуда, мјере безбједности забрана вршења одређених позива, дјелатности или дужности, забрана управљања моторним возилом и одузимање предмета или мјера одузимања имовинске користи прибављене кривичним дјелом.

Подношење захтјева за издавање казненог налога није обавезно ни када су за то испуњени сви законом предвиђени услови. Тужилац и тада процијењује да ли ће га поднијети. Постоји и схватање да је тужилац у том случају обавезан да поднесе захтјев (Врањеш, 2009: 4). Оно није исправно, а није прихваћено ни у тужилачкој пракси.

Обавеза да тужилац мора да прикупи довољно доказа који пружају основ за тврдњу да је осумњичени учинио кривично дјело – назива се материјалним условом (Симовић, 2006: 245 и Бубаловић, 2013: 279). Она тражи да постоји довољан квалитет и квантитет доказног материјала који указује да њиме утврђено чињенично стање не би било битно измијењено ни након одржаног главног претреса (Бубаловић, 2013: 279). У тим ситуацијама није неопходан главни претрес да би се правилно и потпуно утврдило чињенично стање.

Законодавци у БиХ нису одредили шта значи “довољно доказа који пружају основ за тврдњу да је осумњичени учинио кривично дјело”. О томе постоје два различита схватања. Према једном схватању, овај услов је идентичан услову који се тражи за подизање оптужнице. Основ за ово схватање се налази у чињеници да тужилац захтјев за издавање казненог налога поставља у оптужници (Сијерчић-Чолић, Хаџиомерагић, Јурчевић, Кауриновић, Симовић, 2005: 832 ; Говедарица, 2008: 195). Поједини заговорници овог схватања истичу да овај стандард судска пракса изједначава са стандардом који је потребан за потврђивање оптужнице (Задрић, 2007: 487) Према другом схватању, овај стандард представља већи степен увјерења (од основане сумње) да је учињено кривично дјело (Врањеш, 2009: 3). Потребно је да постоје такви докази на основу којих утврђено чињенично стање и по правним и по чињеничним питањима даје основ за тврдњу, тј. “за оцјену и закључак да је учинилац учинио кривично дјело, односно да постоји такво чињенично стање које фактички презентује извјесност да је то лице извршилац предметног кривичног дјела – у мјери

у којој је то неопходно за мериторну судску одлуку” (Враћеш, 2009: 3). Докази којима располаже тужилац у овом поступку морају бити такви да и без главног претреса упућују на недвојбен закључак да је оптужени извршио кривично дјело које му је стављено на терет (Радуловић, 2010: 419).

Сматрамо да је исправно друго схватање. На основу прихваћеног захтјева за издавање казненог налога, доноси се пресуда којом се издаје казни налог и оптужени оглашава кривим. За доношење било које осуђујуће пресуде, па и ове, није довољно да постоји само могућност, па макар она била и велика, да је одређено лице извршило одређено кривично дјело. За то не може бити довољно само да постоји “основана сумња” да је одређено лице извршило одређено кривично дјело, већ мора постојати већи степен извјесности. Извјесност да је одређено лице учинило одређено кривично дјело је услов за доношење сваке осуђујуће пресуде (Симоновић, 2012: 811 и 812).

Утврдити да постоји “довољно доказа који пружају основ за тврдњу да је осумњичени учинио кривично дјело”, као услов за прихватање захтјева за издавање казненог налога, значи и да је оптужени крив за кривично дјело које му је стављено на терет. Крив је учинилац који је урачунљив и који је кривично дјело учинио са умишљајем или из нехата када то закон изричито одређује, односно код кога постоји виност.

Прије него што одлучи да прихвати захтјев за издавање казненог налога, судија мора да провјери да ли евентуално постоје околности које искључују кривицу. Уколико суд нађе да постоји нека од тих околности, одбиће захтјев за издавање казненог налога.

Захтјевом за издавање казненог налога се не може тражити изрицање новчане казне која је већа од 50.000 КМ. Такво рјешење има своје оправдање. Налазимо га и у другим кривичнопроцесним законодавствима. Међутим, у поступку за издавање казненог налога није направљена разлика код максимума новчане казне када је кривично дјело извршено из користољубља, односно ако је правно лице другоме проузроковало имовинску штету или је прибавило протиправну имовинску корист.

Условна осуда је и у поступку за издавање казненог налога најчешће изрицана кривична санкција.<sup>3</sup> Захтјевом за издавање овог налога се не

---

3 У пракси Тужилаштва БиХ наилазимо на захтјеве за издавање казненог налога у којима су предлагане условне осуде са релативно одређеном казном затвора (нпр. да се казним налогом изрекне условна осуда у којој ће се утврдити казна затвора у трајању од осам до 10 мјесеци затвора). Исто то се односи и на вријеме провјеравања, па је нпр. предложано да оно буде од двије до три године.

може тражити изрицање казне дуготрајног затвора, која је апсолутно неспојива са овим поступком или казне затвора. Ово рјешење је логично јер је овај поступак искључиво предвиђен за релативно лакша кривична дјела. Оно је у правилу прихваћено и у другим кривичнопроцесним законодавствима.<sup>4</sup> Уз то, захтјевом за издавање казног налога се може тражити изрицање само три наведене мјере безбједности.

У захтјеву за издавање казног налога против правног лица се може тражити само изрицање новчане казне до 50.000 КМ, условне осуде у којој је утврђена новчана казна до 50.000 КМ и мјере безбједности одузимање предмета. Остале кривичне санкције које се изричу правном лицу у редовном кривичном поступку, у овом поступку не долазе у обзир.

Захтјевом за издавање казног налога се не може тражити изрицање полицијског упозорења, васпитних препорука и кривичних санкција које се изричу малољетницима. У овом захтјеву се не може тражити ни да се оптужени огласи кривим, а да се ослободи од казне. Суд може ослободити од казне учиниоца кривичног дјела само кад то закон изричито предвиђа. Ослобођење од казне је факултативно и када постоји законски основ.

Поставља се питање да ли се захтјев за издавање казног налога може поставити када се оптуженом на терет ставља више кривичних дјела извршених у стицају? Оно није изричито ријешено законским одредбама које регулишу овај поступак. Судови прихватају такве захтјеве и доносе пресуде којима се издаје казнени налог. Сматрамо да је исправно да се у захтјеву утврде казне за свако поједино кривично дјело, а да се затим предложи јединствена казна. У супротном би суд требао одбацити захтјев за издавање казног налога.

Могућност да се у захтјеву за издавање казног налога тражи изрицање ублажене казне произлази и из општих одредаба кривичних закона који се примјењују у БиХ.<sup>5</sup> То се у пракси судова у БиХ најчешће и чини. Ублажена казна, односно блажа кривична санкција се може предложити само у границама предвиђеним кривичним законом и ако постоје законски основи за ублажавање. У супротном, судија неће прихватити такав захтјев

---

4 Ријетки су примјери да се у овом поступку дозвољава изрицање казне затвора као нпр. у Швајцарској гдје се може изрећи казна затвора у трајању до шест мјесеци.

5 То су: (1) Кривични закон Босне и Херцеговине, *Сл. гласник Босне и Херцеговине*, 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 8/10, 47/14, 22/15 и 40/15; (2) Кривични закон Републике Српске, *Сл. гласник Републике Српске*, 49/03, 37/06, 70/06, 73/10, 1/12 и 67/13; (3) Кривични закон Федерације Босне и Херцеговине, *Сл. новине Федерације Босне и Херцеговине*, 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14 и 76/14 и (4) Кривични закон Брчко дистрикта Босне и Херцеговине – Пречишћени текст, *Сл. гласник Брчко дистрикта Босне и Херцеговине*, 33/13.

јер се према подацима из оптужнице тада може очекивати изрицање неке друге кривичне санкције или мјере, а не оне коју је затражио тужилац.

### **3. Форма захтјева и одустанак од захтјева за издавање казног налога**

У кривичном процесном законодавству БиХ се захтјев за издавање казног налога поставља у оптужници. Одатле слиједи: прво, захтјев за издавање казног налога није самосталан поднесак, он се обавезно поставља у оптужници и везан је за њу и друго, он се обавезно саставља у писаној форми. Писана форма захтјева и обавезно постављање у оптужници су конститутивни елементи овог захтјева. Уколико они нису остварени, судија такав захтјев неће ни узети у разматрање.

Иако је захтјев за издавање казног налога саставни дио оптужнице, он је истовремено и посебан и самосталан поднесак. Због тога он не мора да дијели судбину оптужнице. Судија може оптужницу потврдити, а да не прихвати захтјев за издавање казног налога. Исто тако, он може захтијевати да се исправи само оптужница или само захтјев за издавање казног налога због тога што само једно од њих може бити неразумљиво и не садржавати све што је потребно да би се о њима могло одлучити.

Начелно, тужилац може одустати од захтјева за издавање казног налога прије судијске одлуке о њему или после његовог прихватања. Није спорно да би у првој ситуацији требало допустити могућност тужиоцу да одустане од захтјева. Такво рјешење би полазило од тога да захтјев не производи никакво дејство док не буде прихваћен од стране судије. У том случају захтјев више не постоји. Након прихватања захтјева од стране судије, ситуација је другачија. Прихватљиво је становиште по коме тужилац може одустати од захтјева који је судија прихватио, али само док се о њему није изјаснио оптужени.

### **4. Функционална надлежност суда за вођење поступка за издавање казног налога**

Поступак за издавање казног налога је у надлежности једног „судије”. Он обавља радње које су у редовном кривичном поступку у надлежност судије за претходно саслушање.

Према једном схватању, поступак за издавање казног налога је у надлежности судије за претходно саслушање. Оно полази од тога да судија који води тај поступак потврђује и оптужницу, а да је потврђивање



оптужнице радња која је карактеристична за судију за претходно саслушање (Врањеш, 2009: 4). Ово схватање налазимо у пракси Суда БиХ, а у последње вријеме и у пракси већине других судова.

Према другом схватању, за које сматрамо да је исправно, овај поступак је у надлежности “судећег” судије. Оно полази од тога да одредбе које регулишу овај поступак говоре о “судији”, а не о “судији за претходно саслушање” (ово схватање заступа нпр. Задрић, 2007: 488). Ово схватање налазимо у ранијој пракси већине судова.

У пракси наилазимо и на нека мјешовита рјешења, по којима исти судија у поступку за издавање казног налога поступа и као судија за претходно саслушање и као “судећи” судија. Оваква пракса је у супротности са одредбом о изузећу по којој судија не може вршити судијску дужности ако је у истом предмету учествовао као судија за претходно саслушање.

## **5. Неприхватање захтјева за издавање казног налога**

Неприхватање захтјева за издавање казног налога представља негативан став суда у односу на такав захтјев. Он се мора разликовати од “негативног става” према поднесеној оптужници, јер не повлачи за собом одбацавање оптужнице. У том случају се “недостаци” налазе у захтјеву за издавање казног налога, а не у оптужници (Сијерчић-Чолић: 166). Оптужница и захтјев за издавање казног налога су два различита акта, иако су формалноправно садржани у једном акту – оптужници. Због тога је могуће потврдити оптужницу, а захтјев за издавање казног налога истовремено одбацити.

Кад суд одлучи да не прихвати захтјев за издавање казног налога, са оптужницом се поступа као да је поднесена на потврђивање. То важи за све случајеве у којима судија не прихвати захтјев за издавање казног налога. У тим случајевима су испуњени законски услови за потврђивање оптужнице, али нису испуњени услови за прихватање захтјева за издавање казног налога. Судија ће тада потврдити оптужницу, пошто су за то испуњени услови, а неће прихватити захтјев за издавање казног налога и предмет ће упутити у редован кривични поступак. Судија прво одлучује да ли ће потврдити оптужницу, а тек ако је потврди – одлучује да ли ће прихватити захтјев за издавање казног налога (Задрић, 2007: 489).

Судија ће одбацити захтјев за издавање казног налога ако установи да постоји основ за спајање поступка. Утврђујући да ли постоји основ за спајање поступка, као разлог за одбацавање захтјева за издавање казног налога, суд испитује формалну исправност захтјева (Симовић, 2006: 246).

Поставља се питање да ли ће судија који је одбацио захтјев за издавање казненог налога, због тога што постоји основ за спајање поступка, истовремено одлучити да се поступци споје? То би било логично. Он је овлашћен да такво рјешење донесе и по службеној дужности, а не само по приједлогу странака и браниоца.

Други разлог за одбацивање захтјева је када је захтјев постављен за кривично дјело за које се не може тражити издавање овог налога. Испитујући постојање овог услова, суд испитује формалну исправност захтјева.

Трећи разлог за одбацивање захтјева за издавање казненог налога је случај када је тужилац затражио изрицање кривичне санкције или мјере која се не може изрећи у овом поступку. И овдје суд испитује формалну исправност захтјева.

Захтјев за издавање казненог налога се одбацује рјешењем које мора бити израђено у писаној форми и образложено. Тужилац треба да зна због чега је његов захтјев одбачен. Против рјешења о одбацивању овог захтјева жалбу може поднијети тужилац, а о жалби одлучује ванпретресно вијеће.

Услов да ако сматра да подаци из оптужнице не пружају довољно основа за издавање казненог налога, поступа са оптужницом као да је поднесена на потврђивање – налаже судији да испита материјалну оправданост овог захтјева и процијени цјелисходност вођења упрошћеног поступка. Иако употребљена формулација није најадекватнија, може се прихватити схватање да формулација да „подаци у оптужници не пружају довољно основа за издавање казненог налога”, представља разлог за одбијање захтјева.

## **6. Прихватање захтјева за издавање казненог налога**

Ако се “сагласи” са захтјевом за издавање казненог налога, судија ће потврдити оптужницу и заказати саслушање оптуженог. Он ће се сагласити са овим захтјевом ако утврди да су испуњени сви законом предвиђени услови, и то: (1) да је оптужницом у којој је постављен захтјев за издавање казненог налога оптуженом на терет стављено једно или више кривичних дјела за које је прописана казна затвора до пет година или новчана казна као главна казна; (2) да је тужилац у захтјеву затражио изрицање оне кривичне санкције или мјере која се може изрећи у поступку за издавање овог налога; (3) ако не постоји основ за спајање поступка; (4) да је тужилац прикупио довољно доказа који пружају основ за тврдњу да је оптужени учинио кривично дјело, односно да подаци из оптужнице

пружају довољно основа за издавање казног налога и (5) ако се према подацима из оптужнице не може очекивати изрицање неке друге кривичне санкције или мјере.

У пракси је уобичајно да се у случају прихватања захтјева за издавање казног налога не доноси рјешење, па чак ни да се то констатује у спису предмета. Сматра се да само заказивање рочишта за саслушање оптуженог, поводом захтјева за издавање казног налога, представља знак да је захтјев прихваћен. Уколико се доноси рјешење, оно се не доставља странкама и браниоцу.

Када се сложи са захтјевом за издавање казног налога и потврди оптужницу, судија заказује саслушање оптуженог, и то без одлагања, а најкасније у року од осам дана од дана потврђивања оптужнице. Само саслушање се може обавити и по протеклу тог рока. Приликом саслушања оптуженог судија утврђује да ли је испоштовано његово право да га заступа бранилац, да ли је оптужени разумио оптужницу и захтјев тужиоца за изрицање кривичне санкције или мјере. Поред тога, судија позива тужиоца да упозна оптуженог са садржајем доказа које је прикупио, те оптуженог на давање изјаве о предоченим доказима, као и на изјашњење о кривици и предложеној кривичној санкцији или мјери.

На овом рочишту је “потребно” присуство тужиоца и браниоца. У случају недоласка тужиоца и браниоца, примјењују се одредбе које се односе на њихов недолазак на главни претрес у редовном поступку. Умјесто тужиоца, саслушању оптуженог може присуствовати стручни сарадник тужилаштва кога овласти главни тужилац. Без обзира што се то законом изричито не предвиђа, на рочиште треба позвати и оштећеног. Пошто пресуда којом се издаје казни налог садржи и одлуку о имовинскоправном захтјеву, оштећени треба да има прилику да се изјасни о постављању тог захтјева.

Пракса је прихватила да је ово рочиште јавно. Одредбе о општој јавности главног претреса и искључењу јавности са њега сходно се примјењују и на ово рочиште.

Иако није изричито предвиђено законом, да би било прихваћено, признање кривице оптуженог на рочишту у поступку за издавање казног налога – мора бити потпуно и недвосмислено. Признању кривице мора претходити упознавање оптуженог са његовим посљедицама. О предложеној кривичној санкцији или мјери оптужени се изјашњава само уколико се претходно изјаснио да је крив (Бајић, 2006: 63). Ако оптужени изјави да је крив и да прихвата кривичну санкцију или мјеру предложену захтјевом за издавање казног налога, судија ће прво утврдити кривицу, а након тога пресудом издати казни налог у складу са оптужницом.

Могуће је да оптужени који се изјаснио да је крив не прихвати предложену кривичну санкцију или мјеру, али и да на рочишту предложи да му се изрекне друга кривична санкција или мјера. Да ли у овој ситуацији тужилац може да измијени захтјев за издавање казненог налога и да предложи изрицање оне кривичне санкције или мјере са којом се слаже оптужени? Судска пракса прихвата ову могућност.

## **7. Прослијеђивање оптужнице**

До прослијеђивања оптужнице ради заказивања главног претреса у поступку за издавање казненог налога долази ако оптужени: (1) изјави да није крив и (2) поднесе приговор на оптужницу. Главни претрес тада водити други, “нови” судија, јер је ранији судија за претходно саслушање потврдио оптужницу. Ово рјешење је идентично оном када се оптужени код судије за претходно саслушање изјасни да није крив.

Када се оптужени на рочишту за саслушање, поводом захтјева тужиоца за издавање казненог налога, изјасни да није крив, више не постоји потреба потреба за изјашњењем о кривици, јер се оптужени о томе изјаснио (Симовић, 2006: 248). Поновно изјашњење о кривици би представљало непотребно дуплирање исте радње (Бајић, 2006: 63). У даљем поступку се не примјењују ни одредбе које регулишу поступање суда приликом одлучивања о оптужници и претходним приговорима, јер је оптуженом већ достављена оптужница на коју је имао право уложити претходне приговоре у року од 15 дана (Сијерчић-Чолић, 2005: 834).

## **8. Пресуда којом се издаје казнени налог**

У кривичном процесном законодавству БиХ се казнени налог изриче пресудом. Постоји схватање да пресуда којом се издаје казнени налог представља “подврсту” осуђујуће пресуде, односно пресуде којом се оптужени оглашава кривим, заједно са пресудама које се доносе на основу споразума о признању кривице и изјаве оптуженог о признању кривице (Милетић, 2007: 59). Пресуда којом се издаје казнени налог, али и пресуде којима се оптужени оглашава кривим на основу споразума о признању кривице и изјаве оптуженог о признању кривице се називају и “пресуде без суђења” (Кауриновић, 2003). Ова пресуда се доставља осуђеном, његовом браниоцу, тужиоцу и оштећеном.

Изрека пресуде којом се издаје казнени налог мора да садржи податке које садржи свака пресуда којом се оптужени оглашава кривим. У образложењу

пресуде укратко се наводе разлози који оправдавају изрицање пресуде којом се издаје овај налог.

Пресуда којом се издаје казнени налог треба да садржи и одлуку о трошковима кривичног поступка. Такав став је без изузетка прихваћен у судској пракси. Такво рјешење познаје већина кривичнопроцесних законодавстава.

Пошто није прописано да захтјев тужиоца за издавање казног налога може да садржи и приједлог да се усвоји имовинскоправни захтјев оштећеног, тужилац такав приједлог не може поставити. Међутим, могуће је да оштећени (мимо захтјева тужиоца за издавање казног налога) постави такав приједлог. У судској пракси постоји више случајева у којима је овај захтјев усвојен пресудом којом се издаје казнени налог. И у теорији наилазимо на схватање да суд пресудом којом издаје казнени налог може усвојити имовинскоправни захтјев оштећеног (ово схватање заступају нпр. Мујкановић, 2005: 282 и Бркић, 2011: 415).

## **9. Правни лијекови против пресуде којом се издаје казнени налог**

Против пресуде којом се издаје казнени налог је дозвољена жалба у року од осам дана од дана достављања пресуде. То представља одступање од општег правила по коме је рок за изјављивање жалбе у кривичном поступку против првостепене пресуде 15 дана од дана њеног достављања. Жалбу против пресуде могу изјавити странке, бранилац и оштећени.

Једна од специфичности жалбе против пресуде којом се издаје казнени налог јесте да се плаћање новчане казне прије истека рока за улагање жалбе – не сматра одрицањем од права на жалбу. Постоји и схватање по коме треба предвидјети да се плаћање новчане казне сматра одрицањем од права на жалбу против овакве пресуде, јер се њоме могу изрицати само блаже кривичне санкције, а такво рјешење би одговарало овој поједностављеној форми одлучивања у кривичном поступку (Икановић, 2012: 274).

Одредбе о подношењу жалбе и одбацивању неблаговремене и недозвољене жалбе од стране првостепеног суда у редовном поступку се у цијелости односе и на жалбу против пресуде којом се издаје казнени налог. Исто важи и за одговор на жалбу и на жалбу изјављену против пресуде којом се издаје казнени налог, с тим да се другостепеном суду не доставља записник са главног претреса, кога није ни било, већ записник са рочишта на коме је издат казнени налог. И одредбе о поступању судије извјестиоца по жалби

се односе у цијелости и на жалбу изјављену против пресуде којом се издаје казнени налог.

Другостепена пресуда никада не може бити пресуда којом се издаје казнени налог – зато није могућа жалба против другостепене пресуде којом се издаје казнени налог.

Правноснажна пресуда којом се издаје казнени налог не разликује се од других осуђујућих пресуда и може бити основ за неправу понављање поступка у случају испуњавања законских услова. Како се овом пресудом не може изрећи казна затвора, у пракси ће ријетко долазити до неправог понављања кривичног поступка правоснажно завршеног пресудом којом се издаје казнени налог.

Нису нам познати случајеви из судске праксе у којима је одлучивано о захтјеву за понављање поступка правоснажно окончаног пресудом којом се издаје казнени налог. У кривичнопроцесним законима у БиХ нема ниједне одредбе из које би се могао извући закључак да понављање поступка у том случају није дозвољено. Треба прихватити становиште да је у тој ситуацији у начелу овај ванредни правни лијек дозвољен. Ако се прихвати становиште да је у принципу дозвољено понављање кривичног поступка завршеног пресудом којом се издаје казнени налог, поставља се даље питање да ли је оно дозвољено по свим или само по неким законским основима? Анализом законских основа који до њега доводе, може се закључити да у начелу сви они могу довести до понављања кривичног поступка завршеног овом пресудом и да се ниједан од њих унапријед не може искључити.

Питање да ли се захтјев за заштиту законитости (постоји у БиХ само у Републици Српској) може поднијети и против пресуде којом је издан казнени налог, није разматрано у бх. теорији, а нису нам познати ни примјери из судске праксе у којима је он против ње поднесен. Начелно, треба дозволити и ову могућност. Одредбе које регулишу овај ванредни правни лијек су у цијелости примјенљиве и у случају његовог подношења против пресуде којом се издаје казнени налог.

## **10. Основне карактеристике примјене поступка за издавање казног налога у Босни и Херцеговини**

Поступак за издавање казног налога се често примјењује у БиХ, што може да представља и изненађење због тога што је казнени налог релативно нов кривичнопроцесни институт. Нови кривичнопроцесни институти се обично веома опрезно и ограничено примјењују. Могло се очекивати да се

казнени налог, бар у почетном периоду примјене у БиХ, користи у нешто мањем обиму.

Према доступним подацима, приближно у половини подигнутих оптужница се подноси захтјев за издавање казног налога.<sup>6</sup> Према неким подацима, издавањем казног налога се чак завршава више од половине кривичних поступака.<sup>7</sup> Они указују на масовну примјену овог посебног кривичног поступка. Уочено је и да поједини тужиоци различито поступају – док једни релативно ријетко подносе захтјев за издавање казног налога и када су за то испуњени сви законом предвиђени услови, други то чине аутоматски, у свим предметима у којима он долази у обзир.<sup>8</sup>

Подаци о поднесеним захтјевима за издавање казног налога у Окружном тужилаштву у Бањој Луци показују да је од укупног броја подигнутих оптужница у 2005. години (2.765), у 1.562 (56,5 одсто) стављен захтјев за издавање казног налога. Тај проценат је у 2006. години износио 60,8 одсто, односно у 2007. години 63,8 одсто.

Подаци о подношењу захтјева за издавање казног налога за сва тужилаштва у Републици Српској показују да је од укупног броја подигнутих оптужница у 2006. години (6.633), у 3.340 (50,35 одсто) постављен захтјев за издавање казног налога. Тај проценат је у 2007. години износио 55,22 одсто, 2008. године 54,85 одсто, 2009. године 53,32 одсто, 2010. године 43,91 одсто, 2011. године 46,81 одсто и 2012. години 45,42 одсто. Евидентно је да од 2010. године постоји тренд пада броја поднесених захтјева за издавање казног налога (у односу на број подигнутих оптужница). Сличну тенденцију уочавамо и код закључених споразума о признању кривице.<sup>9</sup>

Поступак за издавање казног налога је веома ефикасан. Велики број предмета у којима је поднесен захтјев за издавање овог налога, завршен је у року од мјесец дана од дана потврђивања оптужнице.<sup>10</sup>

---

6 Види: OSCE, 26, гдје се наводи да је од 310 посматраних предмета, у којима је због прописане казне било могуће поднијети захтјев за издавање казног налога, он поднесен у 168 предмета или 54 одсто.

7 Кауриновић. 2004: 8, наводи да је у Брчко дистрикту БиХ до 1. јуна 2004. године 56 одсто предмета окончано издавањем казног налога.

8 OSCE, 25 i 26.

9 Извјештаји Републичког тужилаштва Републике Српске о раду тужилаштва Републике Српске од 2006. до 2010. године.

10 Види: ОСЦЕ, 26, гдје се наводи да је 83 одсто оваквих предмета завршено у року од најкасније два мјесеца.

Судија није обавезан да прихвати захтјев тужиоца за издавање казненог налога, па је значајно утврдити колико често се у пракси то дешава. Не постоје о томе званични подаци, али нема дилеме да се то дешава изузетно ријетко и да је постотак неприхваћених захтјева за издавање казненог налога занемарљиво мали.

За примјену овог поступка је значајно и у ком обиму оптужени прихватају захтјев за издавање казненог налога. Иако не постоје поуздани подаци, оптужени најчешће одлучују да прихвате захтјев за издавање казненог налога (према неким подацима, у око 80 одсто случајева) (Кауриновић, 2004: 8).

Значајно је размотрити и у ком обиму у поступку за издавање казненог налога учествује бранилац оптуженог, односно сам оптужени (без браниоца). Иако недостају егзактни подаци, учешће браниоца у овом поступку је прави изузетак.

Анализа кривичних санкција и мјера у поступку за издавање казненог налога показује да је најчешће изрицана кривична санкција условна осуда. Чак се сматра да казним налогом тужиоци “фаворизују условну осуду у односу на новчану казну” (Симовић et al., 764). Када се ради о новчаним казнама, присутна је тенденција да се оне изричу у релативно малим износима, који представљају посебан минимум ове казне или тек нешто изнад њега.<sup>11</sup>

Анализа изречених кривичних санкција у поступку за издавање казненог налога треба да послужи за давање одговора на питање да ли овај поступак сам по себи доводи до изрицања блажих кривичних санкција него што је то случај у редовном кривичном поступку. Или, да ли су благе кривичне санкције у овом поступку резултат неодговарајуће казнене политике? Сматрамо да поступак за издавање казненог налога, као и друге консензуалне форме, у одређеној мјери, због своје природе, сам по себи, доводи до блаже казнене политике.

## 11. Закључак

Савремено друштво се суочава са појавом нових и веома сложених облика криминалитета. Кривични поступци постају све сложенији и скупљи. То захтијева и повећање броја судија, тужилаца, али и осталог особља. Као рјешење проблема се намеће и увођење консензуалних кривичнопроцесних

---

11 ОСЦЕ, 2004, 27, наводи да је просјечна новчана казна изречена казним налогом у предметима које су посматрали њихови посматрачи износила 900 КМ, те да је изрицана у износима од 200 до 2.000 КМ.



форми. Та идеја је у кривичнопроцесном законодавству БиХ реализована, између осталог, и увођењем поступка за издавање казненог налога.

У почетном периоду примјене овог посебног кривичног поступка у БиХ су се показале многе његове добре, али и лоше стране. Преовладавају предности. Он пружа свим учесницима кривичног поступка значајне користи и начелно није у супротности са правом на правично суђење. Овај поступак није у супротности ни са претпоставком невиности, под условом да у њему буду остварени сви стандарди прихваћени међународним документима и националним прописима.

## Литература

Бајић, М. (2006). *Скраћени кривични поступци – Модул ИВ*. Сарајево: Високи судски и тужилачки савјет

Бејатовић, С. (2003). *Поједностављени кривични поступци и тенденције државног реаговања на криминал*. У зборнику “Слободе и права човјека и грађанина у концепту новог законодавства Републике Србије” – Књига I, Правни факултет у Крагујевцу

Бејатовић, С. (2009). *Кривичнопроцесно законодавство Србије и поједностављене форме поступања у кривичним стварима*. Београд: Правна ријеч (19)

Бркић, С. (2004). *Рационализација кривичног поступка и упрошћене процесне форме*. Нови Сад: Правни факултет

Бркић, С. (2011). *Поводом деценије постојања мандатног кривичног поступка у Србији*. Нови Сад: Зборник радова Правног факултета у Новом Саду (2)

Бубаловић, Т. (2013). *Скраћени казнени поступци у хрватском казненом законодавству*. У зборнику „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима“. Београд: Мисија ОЕБС

Врањеш, Н. (2009). *Поступак за издавање казненог налога, предавање*, Бања Лука: Центар за едукацију судија и тужилаца Републике Српске

Говедарица, М. (2008). *Доношење пресуде без суђења у кривичном поступку Републике Српске*. Бања Лука: Правна ријеч, 15

Ђурђић, В. (2007). *Рационализација кривичног поступка Србије*. Бања Лука: Правна ријеч, (12)

Ђурђић, В. Суботић, Д. (2010). *Процесни положај јавног тужиоца и ефикасност кривичног поступка*. Београд: Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца

Задрић, М. (2007). *Казнени налог – могући правци измјена ЗКП-а*. Бања Лука: Правна ријеч, (12)

Ивичевић, Е. Новосел Д. (2004). *Врсте и мјере казне примјењиване у инструменту казног налога и њихов однос према изреченим казнама*. Загреб: Хрватски љетопис за казно право и праксу, (2)

Икановић, В. (2012). *Одговорност правних лица за кривична дјела*. Бања Лука: Међународно удружење научних радника – АИС

Јанковић, Р. (2012). *Споразум о признању кривице – pro et contra*. Бања Лука: Српска правна мисао, (45)

Калајџијев, Г. Лажетић-Бужаровска, Г. (2013). *Убрзање поступка као један од циљева реформе кривичног поступка у Републици Македонији*. У зборнику „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима“, Београд: Мисија ОЕБС

Кауриновић, Д. (2004). *Практична искуства у примјени нових кривично-процесних установа – признање кривице, споразум о признању и казни налог*. У зборнику „Актуелна питања примјене кривичног законодавства у Босни и Херцеговини“, Неум: Удружење судија Федерације БиХ

Кауриновић, Д. (2013). *Потврђивање оптужнице и изјашњење о кривици као облици поједностављеног кривичног поступка у Босни и Херцеговини*. У зборнику „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима“. Београд: Мисија ОЕБС

Кнежевић, С. (2013). *Међународноправни стандарди права на усмену расправу пред судом*. Бања Лука: Правна ријеч, (37)

Милетић, А. (2007). *Основна начела главног претреса и методологија израде првостепене пресуде у кривичном поступку – Модул ИВ*. Сарајево: Високи судски и тужилачки савјет

Мујкановић, З. (2005). *Оштећени као субјект кривичног поступка*. Сарајево: Право и правда, (1)

Николић, Д. (2009). *Страначки споразум о кривици*. Београд: Службени гласник

ОСЦЕ. (2004). *Извјештај о примјени закона о кривичном поступку у судовима у БиХ*. Сарајево

Радуловић, Д. (2010). *У сусрет почетку примјене новог Законика о кривичном поступку Црне Горе*. Бања Лука: Правна ријеч, (23)

Сијерчић-Чолић, Х. (2008). *Првих пет година Закона о кривичном поступку Босне и Херцеговине*. У зборнику „Decennium Moztanicense“, Ријека: Правни факултет у Ријеци

Сијерчић-Чолић, Х. (2013). *Поступак за издавање казненог налога: процесно законодавство у Босни и Херцеговини и регионални упоредноправни осврт*. У зборнику „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима“, Београд: Мисија ОЕБС

Сијерчић-Чолић, Х. Хациомерагић, М., Јурчевић, М., Кауриновић, Д., Симовић, М. (2005). *Коментари закона о кривичном/казненом поступку у Босни и Херцеговини*. Сарајево: Савјет Европе/ Европска комисија

Симовић, М. (2006). *Кривично процесно право – посебни дио*. Бања Лука: Цомесграфика

Симоновић, Б. (2012). *Истина, извјесност и Законик о кривичном поступку Србије из 2011. године*. Београд: Правни живот, (9)

Шкулић, М. (2013). *Однос истине и поједностављених форми кривичног поступка*. У зборнику „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима“, Београд: Мисија ОЕБС

**Miodrag N. Simović, LL.D., Academician**

*Vice-President of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina,  
Full Professor, Faculty of Law in Banja Luka*

**Marina M. Simović, LL.D.**

*Assistant Professor, Faculty of Law, University „Apeiron“, Banja Luka*

**Vladimir M. Simović, LL.D.**

*Assistant Professor, Faculty of Security and Protection,  
Independent University in Banja Luka*

## **THE PROCEEDING ON ISSUING A PENAL ORDER IN THE CRIMINAL PROCEDURE LAW AND PRACTICE IN BOSNIA AND HERZEGOVINA**

### **Summary**

*The idea on introducing consensual forms into the criminal proceedings, the most significant of which is a penal order, is appealing and increasingly present in many countries. These forms provide significant benefits to all participants in the criminal proceedings. At the same time, the array of their forms is constantly spreading.*

*In the criminal procedure theory, there are multiple reasons justifying the proceeding on issuing a penal order. On the other hand, there are numerous objections underlining its disadvantages. There is no dispute that it has advantages and disadvantages, just like any other consensual form in criminal proceedings. Yet, it is much important whether it is necessary in the contemporary criminal procedure law.*

*The proceeding issuing a penal order in criminal procedure law of Bosnia and Herzegovina has been taken from the European legislations. It is based on the adaptation of a procedural idea where only disputable cases are subject to "full proceedings". In some way, the penal order enables the parties to "dispose" of the subject matter of the criminal proceeding.*

*The proceeding on issuing a criminal order first appeared in Bosnia and Herzegovina in the Criminal Procedure Act of the Brčko District in B&H. The Assembly of the Brčko District adopted it in the session held on 23<sup>rd</sup> October 2000. Later (in 2003), this proceeding was introduced in the criminal procedure legislations of Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina and Republic of Srpska. Although this procedure has been applied in B&H for a relatively short period of time, there is a predominant standpoint that its introduction has proved to be justified and that it has given good results so far.*

*The proceeding on issuing a penal order has expectedly aroused considerable attention both among the scientific and professional public in Bosnia and Herzegovina. One reason is to be sought in the fact that it is a new special criminal proceeding, which has yielded good practical results due to its nature and efficiency. Another reason are numerous dilemmas that emerged in both theory and practice.*

*In the course of introducing this procedure, there were certain differences in terms of its standardisation between the applicable legislations in the territory of Bosnia and Herzegovina, but these differences were not substantial. Thus, in the Republic of Srpska, there was an option for the accused to be awarded a court warning in the course of this procedure. Also, the Criminal Procedure Act of the Brčko District of B&H specified that the Court of Appeal (second-instance court) had jurisdiction (rather than the extrajudicial panel to decide on the prosecutor's appeal against the judicial decision on rejecting the request for issuing a penal order. Today, this proceeding is basically regulated in the same manner in all four criminal procedure laws that are in force in Bosnia and Herzegovina.*

**Key words:** *penal order, criminal procedure, Bosnia and Herzegovina, criminal sanctions, prosecutor, court.*

**Др Војислав Ђурђић,**  
Редовни професор Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 343.211.3/.4(497.11)

Рад примљен: 30.06.2015.

Рад прихваћен: 03.12.2015.

## **ЗАКОНСКЕ ГАРАНЦИЈЕ ПРАВА НА ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ СРБИЈЕ**

**Апстракт:** Право на правично суђење је међународни правни стандард који садржи комплексна процесна правила којима се надомешта инфериоран положај окривљеног у односу на државне органе кривичне репресије. С циљем да се у том контексту сагледа процесни положај окривљеног и оштећеног, у раду се излаже о европским правним стандардима који творе право на правично суђење и њиховој имплементацији у српско кривичнопроцесно законодавство. Аутор најпре даје доктринарно схватање правних стандарда уопште и приказ европских правних стандарда које инволвира право на правично суђење, да би у тако постављеним границама критички анализирао законска решења процесног кодекса из 2011. године. Аутор сматра да се, због укидања супсидијарне тужбе у истрази, отвара питање остваривања права на приступ суду, посматрано са становишта заштите права оштећеног. Затим, да је ускраћивањем права окривљеном да затражи судску заштиту приликом покретања истраге, искључено право на делотворно правно средство и уставна гаранција да о основаности покретања кривичног поступка одлучује суд. У нескладу са европским правним стандардима је и нова законска регулатива права окривљеног да учествује у поступку који се води против њега јер је новим закоником предвиђено да се истрага, у закону експлицитно дефинисана као прва фаза кривичног поступка у ужем смислу, може водити и против непознатог учиниоца. Аутор такође сматра да наметање обавезе одбрани да мора поднети доказе у одређеном року, како би уопште били изведени на главном претресу, представља изнуђивање доказних радњи окривљеног, што је у дисхармонији са претпоставком невиности, а забрана да на главном претресу изведе ненајављене доказе представља грубо

---

\* vojadj@prafak.ni.ac.rs

*кршење права на одбрану. У раду се још указује да ограничења начела непосредности и начела контрадикторности омогућавају да се судска одлука заснива на доказима које јавни тужилац или полиција изведу у истрази, чак и без присуства окривљеног и његовог браниоца, и тако потиरे „једнакост оружја“, без које нема правичног поступка.*

**Кључне речи:** *правичан поступак, правни стандарди, право на приступ суду, „једнакост оружја“, претпоставка невиности, право на одбрану.*

## **1. Конститутивни елементи права на правично суђење**

Било која расправа о праву на правично суђење претпоставља дефинисање два полазишта – шта се има сматрати међународним (европским) правним стандардом и која јемства потпадају под право на правично суђење, те ће о њима најпре бити речи.

Право се састоји од правних норми у којима су најчешће садржана правила о типичном, уобичајеном или најчешћем понашању. Иако у себи носе одређену меру стандардности, правне норме нису еквивалентне са међународним правним стандардима нити су по значењу синоними. Правна норма има прецизну претпоставку диспозиције и саму диспозицију, па се или примењује у целости или не примењује. Насупрот правној норми, међународни правни стандард нема а приори егзактно одређену садржину, није по садржини прецизно дефинисано правило понашања, а не мора се остваривати у потпуности већ у извесној мери, у одређеном степену, најчешће до нивоа испод којег се не сме ићи да би стандард уопште постојао, по чему је сличан са (процесним) правним начелима. И поред тога, не би се могло рећи да је међународни правни стандард исто што и правно начело, схваћено као опште правно правило које настаје синтезом правних прописа унутрашњег или међународног права из којих извире и служи заштити неке постулиране друштвене вредности (Ђурђић, 2012: 449). Иако су такође интуитивно-интерпретативне водиле, међународни правни стандарди не морају бити везани за постојеће правне норме националног или међународног права, него чешће за општа начела која признају просвећени народи (Димитријевић et al. 1997: 68). Осим тога, врло често је у један међународни правни стандард инкорпорисан већи број начела и уз њих још нека јемства.

У процесноправној и уопште у правној литератури мали је број радова о теоријском поимању међународних правних стандарда (Радуловић, 2010: 223 и 224). За потребе овога рада под међународним (европским) правним стандардом сматраћемо оно „што припада праву *ex aequo et bono*; што се

у свом елементарном облику усталило, било као идеја, било као правна чињеница; што јесте или би могло представљати универзални минимум неког правног правила, независно од тога да ли је саставни део позитивног унутрашњег или међународног права“ (Бељански, 2010: 10).

На оваквом поимању међународних правних стандарда могућа је екпликација права на правично суђење, установљеног чланом 6 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту: „Европска конвенција“). Недовољна доктринарна посвећеност појму међународних правних стандарда одражава се и на гледиште о стандардима које инволвира право на правично суђење и њихову класификацију. По нашем мишљењу, конститутивни елементи права на правично суђење односе се на судску заштиту, фундаментална начела (судског) поступка и на атрибуте суда који у националним оквирима одлучује о људским правима и слободама. Отуда и три групе стандарда кроз које се остварује право на правично суђење: (1) право на приступ суду; (2) право на правичан поступак, саздано на начелу правичног поступка, начелу јавности и начелу суђења у разумном року; и (3) право на суд, које такође у себи садржи правно тројство – право на законит суд, право на независан суд и право на непристрасан суд (*Cf.* Узелац, 2010: 104). Иако се то може рећи и за остале конститутивне елементе, веома комплексну садржину има начело правичног поступка. Узимајући у обзир мишљења и праксу Европског суда за људска права (у даљем тексту: „Европски суд“), две су групе критеријума на основу којих се оцењује правичност поступка у кривичним стварима: а) *општи*, најширег обима примене, који важе за странке у сваком судском поступку, и б) *посебни* критеријуми, који се због принудног карактера поступка односе само на окривљеног у *кривичном поступку*. Општи конститутивни елементи појма правичног поступка у било ком судском поступку јесу: (1) право странака да присуствују радњама и да буду саслушане, (2) право на „једнакост оружја“, (3) забрана незаконитих доказа и (4) обавезно образложење судских одлука. У посебне елементе правичног поступка убрајају се: (1) претпоставка невиности и (2) посебне гаранције права на одбрану (право окривљеног да буде упознат са предметом и разлосима оптужбе, право да има довољно времена и могућности за припрему одбране, право да се брани сам или уз помоћ браниоца, право да неометано комуницира са својим браниоцем, право да разгледа и преписује списе предмета, право на бесплатног браниоца, право на бесплатну помоћ тумача, право на саслушање сведока одбране под истим условима као и сведока оптужбе, право на жалбу против кривичне пресуде, право на накнаду штете због неосноване осуде, као и забрана *ne bis in idem*) (Опширније: Ђурђић, 2006: 67–93).

У раду ће бити анализирана решења кривичнопроцесног законика из 2011. године, али само неке законске одредбе поводом којих се може поставити питање да ли обезбеђују правичност суђења сагласно европским правним стандардима.

## 2. Право (оштећеног) на приступ суду

Право на правну заштиту се у општој теорији права схвата као начин остваривања субјективних права (Вукадиновић, Степанов, 2001: 337), односно као једна врста правног овлашћења која улази у сам његов појам (Митровић, 2010: 634). То право се у англосаксонском правном систему означава као *право на приступ суду* (*Acces to Court*) и третира као самостално правно овлашћење. Суштински, право на приступ суду означава један изграђен концепт различитих формално-правних захтева (гаранција) да би се остварило само право, нпр. право на изузеће судије, право на судску одлуку у разумном року или право жалбе (Вукадиновић, Степанов, 2001: 338). Оно је уграђено у темеље правне државе, независно од могућности различитог одређивања права (Van Dijk, 1995: 345–379), и данас се с разлогом сврстава у основна људска права. Кроз право на приступ суду испољава се скоро читав цивилизација права и правосуђа, а уједно се одређује и положај суда у остваривању сврхе права (Pegović, 1995).

У Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода није експлиците предвиђено право на приступ суду, али га Европски суд за људска права узима као стандард инхерентан праву на правично суђење. Свој став Европски суд заснива на формулацији прве реченице става 1 чл. 6 ЕК, коју, по мишљењу овог суда, треба тумачити у контексту целине и у светлу циља и сврхе Европске конвенције, као међународног уговора који ствара право, и општих правних принципа. На тај начин тумачено, овај члан обухвата „право на суд“, а право на приступ суду, тј. право на покретање поступка пред судом (које се тиче грађанских питања) представља само један аспект тог права.

У вези с тим, поставља се питање има ли оштећени, као лице чије је какво лично или имовинско добро повређено или угрожено извршењем кривичног дела, право на приступ суду у кривичном поступку, схваћеном у најширем смислу. Конкретније, да ли се то право оштећеног распростире и на ситуације кад јавни тужилац не предузме кривично гоњење или од гоњења одустане, односно кад у кривичном поступку одустане од оптужбе, те да ли се његово право на покретање поступка пред судом у тим случајевима односи и на кривични суд. По питању да ли се права везана за кривични поступак односе и на оштећеног, наш Уставни суд је већ заузео



став, расправљајући о праву на суђење у разумном року, и закључио да то право припада и оштећеном у кривичном поступку.

У нашем праву, будући да је истрага традиционално судска, право на приступ (кривичном) суду оштећени је могао да оствари у току читавог кривичног поступка путем супсидијарне тужбе (којом је покретао или настављао кривични поступак) и подизањем имовинскоправног захтева (у адхезионом поступку). Након ступања на снагу новог процесног законика из 2011. године, питање остваривања права оштећеног на приступ суду приликом решавања кривичних ствари отвара се из два разлога. Најпре, зато што супсидијарна тужба није укинута у потпуности већ само у претходном поступку (у истрази па све до ступања оптужбе на правну снагу – до потврђивања оптужнице или заказивања главног претреса), а затим, зато што је погрешно законом одређен почетак кривичног поступка (чл. 7 ЗКП/20011), чиме се (заједно са другим с њима повезаним одредбама) погрешно законски дефинише сам појам кривичног поступка у ужем смислу. Кад се нова законска решења посматрају кроз призму права оштећеног на приступ суду, долази се до закључка да то његово право зависи од фазе поступка, а пре свега од органа у чијој је функционалној надлежности конкретна фаза поступка, што у крајњем може довести у питање једнакост грађана пред законом. У истом кривичном поступку (према слову новог процесног закона – у кривичном поступку у ужем смислу), ако јавни тужилац одустане од кривичног гоњења па обустави истрагу, оштећени неће имати право на супсидијарну тужбу (чл. 51 ЗКП/2011), па самим тим ни право на приступ (кривичном) суду, а ако одустане од оптужбе која је потврђена, другом оштећеном биће допуштена супсидијарна тужба (чл. 52 ЗКП/2011).

Да закључимо, укидање супсидијарне тужбе у кривичном процесном законодавству, само по себи, није у супротности с правом на приступ суду. И Европски суд тумачи да право на приступ суду не подразумева право жртве кривичног дела да сама предузме кривично гоњење,<sup>1</sup> тј. да сама покрене кривични поступак или захтева гоњење које ће предузети јавни тужилац (Van Dijk, Van Hoof, 2001: 395). Међутим, ако то право зависи од става органа надлежног за кривично гоњење и фазе кривичног поступка у којој одустаје од гоњења или оптужбе, онда се због могуће неравноправности пред законом може поставити питање колико је правичан такав поступак. Везивањем допуштености супсидијарне тужбе за одлуку суду да има места оптужби и прописивањем да је кривични поступак у ужем смислу само судски поступак, те зависности и могуће неравноправности пред законом не би било.

---

1 Случај *Helmerts v. Sweden*, пресуда од 29. октобра 1991, Серија А.212-А, став 29.

### 3. Право окривљеног на судску заштиту

У оквиру права на правично суђење, сваком лицу окривљеном за кривично дело Европска конвенција гарантује право на суд (чл. 6, ст. 1 ЕК). Као што је речено, према мишљењу Европског суда, један аспект тог права је и право на приступ суду, које се узима као правни стандард и за грађанска права и за решавање кривичних ствари. Право на приступ суду (Види: Симовић, 2009: 239–241) подразумева да лице „оптужено“ за кривично дело или дело са одређеним кривичним карактеристикама које чине применљивим члан 6 ЕК, има право да захтева да се његов предмет решава на суду. Међутим, то не значи да „оптужено“ лице може захтевати да се настави кривично гоњење или да се одржи главни претрес пред судом, него само кад се „утврђује оптужба“ да то обави суд (Van Dijk, Van Hoof, 2001: 395).

Кад се ради о правима гарантованим Европском конвенцијом, право приступа суду је у тесној вези са правом на делотворно правно средство (чл. 13 ЕК). Суштину овог права чини гаранција делотворног правног средства пред националним властима која се пружа свакоме ко сматра да су му повређена права и слободе предвиђене Европском конвенцијом.<sup>2</sup> Овом гаранцијом Конвенција непосредно намеће обавезу државама да пруже заштиту људских права превасходно унутар својих правних система.<sup>3</sup> Она садржи захтев да се обезбеди домаћи правни лек на основу кога би националне власти разматрале суштину жалбе везану за одговарајуће право из Европске конвенције и пружиле подесно задовољење (Lič, 2007: 343).

У вези са наведеним правом на приступ суду и правом на делотворно правно средство, поставља се питање да ли законско уређење покретања јавнотужилачке истраге одговара европским правним стандардима. Наиме, према новом процесном законнику, истрага се покреће наредбом јавног тужиоца, против које окривљени нема право жалбе суду нити право приговора вишем јавном тужиоцу (чл. 296 ЗКП/2011), па се отвара питање зашто лице против кога орган гоњења „утврђује оптужбу“ нема право на судску заштиту (тј. право на приступ суду) нити право на било какво правно средство, па консеквентно и питање да ли је ново законско решење о отварању истраге у хармонији са европским стандардима. У крајњем, поставља се питање има ли законодавац обавезу да пропише правно средство против незаконито или арбитражно покренуте истраге и тако осумњиченом (за кривично дело) осигура судску заштиту.

---

2 Случај *Klass and others v. Germany*, A28, одлука 28. 6. 1978, ст. 64.

3 Случај *Kudla v. Poland*, одлука од 26. 10. 2000, став 152 (Reports of Judgments and Decisions 2000-XI).

Поводом покретања и спровођења јавнотужилачке истраге, разнолика су решења у упоредном праву – неке земље не предвиђају судску контролу истражног поступка (нпр. Немачка), док друге прописују одређена правна средства правне заштите и у претходном поступку, тј. и приликом покретања и спровођења истраге (нпр. Аустрија) (*Amplius*: Ђурђевић, 2010: 10–15). У том погледу засад није створен европски правни стандард обавезујући за државе чланице, нити Европски суд захтева судску контролу преткривичног и истражног поступка. Међутим, иако Европски суд није директно успоставио право окривљеног на судску заштиту од незаконите одлуке о отварању истраге у оквиру националног правног поретка, он је у већем броју предмета испитивао претпоставке за почетак и оправданост истраге и њеног трајања чиме је успоставио наднационалну контролу претпоставки за покретање и вођење јавнотужилачке истраге (Ђурђевић, 2010: 10). Управо зато што је у различитим предметима и разним поводима Европски суд разматрао законитост покретања и вођења јавнотужилачке истраге, па је у више одлука испитивао постојање основане, тј. разумне сумње (*reasonable suspicion*), која је сада код нас снижена на основе сумње, установљавање правног лека против одлуке о покретању јавнотужилачке истраге и успостављање судске заштите, предупредило би у многим случајевима осуду наше државе пред тим судом.

Независно од постојања европских стандарда, законска регулатива покретања истраге мора бити у складу са уставним гаранцијама које се тичу кривичног поступка. Приликом разматрања уставности процесног законодавства не треба губити из вида да су, приликом доношења Устава из 2006, уставна начела и гаранције везане за кривични поступак утемељене на српској процесноправној традицији судског кривичног поступка, у коме је и фаза истраге судске природе. Поред тога, и читава уставна регулатива одише јемствима судске заштите, особито домен људских права и слобода. Стога се у духу судске заштите као темељног принципа који прожима читав текст Устава, имају интерпретирати и уставне норме којима се успостављају гаранције везане за кривични поступак. Ако се потенцира предмет расправе, треба такође узети у обзир поштовање законитости и забрану арбитрерности у поступању државних органа, као захтеве који извиру из владавине права и непосредно се изводе из начела уставности и законитости, а садржани су и у уставним јемствима правичног суђења и забране самовласног ограничења личне слободе, у обиму у коме се распростиру на претходни поступак. У њиховој жижи такође је судска заштита као уставно јемство без којег би ограничења гарантованих права и слобода у кривичном поступку могла угрозити и саму есенцију тих права и слобода.

Из ове начелне расправе следи да се принцип судске заштите као фундаментални принцип уставне заштите људских прва распростире и на претходни кривични поступак, па *eo ipso* и на одлуку о отварању истраге којим ова фаза започиње. Са тог становишта посматрано, позитивноправна регулатива отварања јавнотужилачке истраге која забрањује приступ суду (чл. 296 ЗКП/2011) била би у нескладу са општим уставним принципом судске заштите људских права и слобода. Међутим, за коначну оцену уставности законског уређења почетка истраге, потребно је анализирати и уставне одредбе о праву на правично суђење и праву на правно средство, које се директно односе на кривични поступак. У оквиру уставних гаранција права на правично суђење, експлиците је предвиђена судска заштита и самим тим право приступа суду поводом одлуке о покретању кривичног поступка. Свакоме је гарантовано „право да ... суд ... расправи и одлучи о ... *основаности сумње која је била разлог за покретање поступка*, као и о оптужбама против њега“ (чл. 32, ст. 1 Устава).

И законско уређење јавнотужилачке истраге, која је уистину установљена после доношења Устава, морало би бити у складу са цитираном уставном одредбом. Евентуално супротно тумачење да се уставна одредба односи на коначну првостепену одлуку суда у кривичном поступку зато што се користи израз „*расправи и одлучи*“, што може асоцирати на расправу, тј. главни претрес у првостепеном кривичном поступку, не би се могло прихватити јер нужно води ка закаснелом изрицању правде, чиме би се дерогирала есенција права на судску одлуку о основаности сумње приликом покретања поступка. Иако су уставописци приликом формулисања уставне гаранције вероватно били инспирисани тадашњим законским решењем да се истрага покреће кад постоји основана сумња о делу и учиниоцу, уставна норма нема објективно значење да суд одлучује о основаној сумњи као степену уверења испод којег нема судске контроле покретања кривичног поступка. Смисао је уставне одредбе да се осигура судска контрола законитости и правилности покретања кривичног поступка, чиме се установљава право приступа суду као гаранција од незаконитог и арбитрерног покретања јавнотужилачке истраге. Треба тумачити да се први део цитиране уставне одредбе којом је предвиђено право на судску одлуку о „*основаности сумње која је била разлог за покретање поступка*“, односи на сваку одлуку о покретању кривичног поступка, било да започиње фазом истраге или непосредном оптужбом, а да се други део одредбе којим се установљава право на судску одлуку о „*оптужбама*“, односи на првостепену судску одлуку којом се коначно одлучује о кривичној ствари. Ни смањење чињеничног супстрата за покретање истраге са „*основане сумње*“ на „*основе сумње*“, не може дерогирати цитирану уставну одредбу,

јер њом није предвиђено да суд одлучује једино у случају кад треба оценити да ли постоји основана сумња, а не и основи сумње,<sup>4</sup> него да суд цени „основаност“ сумње, тј. да ли има места сумњи, да ли има разлога за сумњу која се јавља као повод за покретање кривичног поступка.

Уобичајено се заштита људских права осигурава помоћу правних средстава, те је онда разумљиво установљавање уставне гаранције означене као право на правно средство: „Свако има право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се одлучује о његовом праву, обавези или на закону заснованом интересу“ (чл. 36, ст. 2 Устава). Иако се приликом покретања истраге не одлучује о неком појединачном праву или на закону заснованом интересу, формално покретање кривичног поступка директно погађа људско достојанство као неприкосновено човеково право и ограничава остваривање многих других права (право на рад, изборно право и многа друга права), те се постојање делотворног правног средства показује као преко потребно.

Из изложене интерпретације уставних норми може се извести закључак да је законодавац био обавезан да у нормативни систем покретања и вођења јавнотужилачке истраге, у закону дефинисане као прве фазе кривичног поступка, угради право приступа суду установљавањем одговарајућег поступка, што се, између осталог, могло постићи прописивањем правног средства против наредбе јавног тужиоца о покретању истраге. Установљавање права на приступ суду и делотворног правног средства било би ефикасан правни метод заштите од незаконитог и арбитрерног покретања истраге. Робовање идеји да се у истрагу суд не сме мешати, наметнуто из англоамеричког поимања кривичног поступка као парнице, уз истовремено давање доказне снаге свим истражним судским радњама као да су изведене у фер двобоју пред судом на главном претресу, у тој мери ставља осумњиченог у инфериоран положај у односу на другу процесну странку, да претходном поступку у целини одузима атрибуте правичног.

#### **4. Право окривљеног да присуствује сопственом суђењу**

Право окривљеног да присуствује сопственом суђењу предствала конститутивни елемент начела правичног поступка. С њим је тесно повезано право да буде саслушан пре доношења одлуке, а даља консеквенца овог права је да има могућност да се изјасни о свим захтевима, те чињеничним и правним наводима противне странке – *audiatur et altera*

---

<sup>4</sup> Да су то уставописци хтели, формулација уставне гаранције би гласила да свако има право на одлуку суда о „основаној сумњи која је била разлог за покретање поступка“ а не о „основаности сумње“, како сада гласи.

*pars*. Европски суд сматра да окривљени у кривичном поступку мора да присуствује суђењу.<sup>5</sup> Сврха и циљ члана 6, став 1 и члана 6, став 3, тачке од (ц) до (е) Европске конвенције претпостављају присуство окривљеног (Mole, Harby, 2006: 38).

Бројним правилима кривичног процесног законодавства јемчи се право странака да присуствују процесним радњама и да буду саслушане пре доношења судске одлуке. Таква јемства имају правила о достављању судских одлука и других писмена; правила о саслушању окривљеног пре отварања истраге, пре доношења судских одлука о примени појединих мера принуде и о његовом изјашњавању на главном претресу о наводима оптужбе; правила о присуству истражним радњама и обавештавању странака о рочишту за њихово предузимање; правила о позивању странака на главни претрес; правила о контрадикторном извођењу доказа на главном претресу, правила о одговору на жалбу итд.

И поред ових многобројних гаранција, ниједно процесно законодавство у упоредном праву не оставља остваривање назначених права без икаквих ограничења. Напротив, у сваком од њих статуирани су изузеци којим се та права, у већој или мањој мери ограничавају, зарад постизања различитих циљева. Допушта се, пре свега, у интересу обезбеђења доказа, предузимање појединих, тзв. хитних истражних радњи без присуства странака, и то пре отварања истраге, ако постоји опасност од одлагања или је учинилац непознат. Наш законодавац уводи ту могућност и за дела за која је надлежно јавно тужилаштво посебне надлежности у случају кад јавни тужилац процени да присуство осумњиченог и његовог браниоца „може утицати на сведока“ (чл. 300, ст. 2 ЗКП/2011). Одступања се такође прописују и карактеристична су за неке упрошћене форме кривичног поступка, установљене превасходно ради економичности, као што је, на пример, поступак за издавање казненог налога. Право присуства процесним радњама посве је искључено код предузимања радњи или мера којима се ограничава право приватности, јер то изискује њихова природа и сврха. Само по себи је бесмислено питање присуства странака специфичним радњама као што су тајни надзор и снимање осумњиченог, ангажовање прикривеног иследника, контролисана испорука и сл., те о овом праву не може ни бити речи.

Са аспекта права окривљеног да присуствује процесним радњама и да буде саслушан пре доношења одлуке, највеће одступање представља законска могућност суђења у одсуству окривљеног, коју предвиђају нека

---

<sup>5</sup> Случај *Ekbatani v. Sweden*, одлука од 26. маја 1988, став 25; случај *Colozza v. Italy*, одлука од 22. јануара 1985, став 27.

процесна законодавстава, али има и оних која то експлиците забрањују<sup>6</sup>. У земљама које то допуштају, сврха је суђења у одсуству окривљеног да се спречи наступање застарелости кривичног гоњења и изигравање правде од стране учиниоца кривичног дела (Cf. Cassese, 2003: 401).

У вези са правом окривљеног да присуствује сопственом суђењу, може се поставити питање да ли је новоустановљена законска могућност вођења истраге против непознатог учиниоца (чл. 295, ст. 1, тач. 2 ЗКП/2011) у складу са стандардима правичног поступка. Најпре треба рећи да је по самом закону истрага фаза кривичног поступка, па отуда питање може ли се и под којим условима водити кривични поступак а да лице против кога се води то уопште не зна. Разуме се да непознати осумњичени зато што уопште не зна да се против њега води кривични поступак из тог разлога не може користити права која му припадају приликом покретања и у току кривичног поступка, пре свега право на личну одбрану и право на браниоца, али и сва друга права која би му припадала у једном правичном поступку.

Будући да суђење у одсуству није експлиците забрањено Европском конвенцијом, према ставу Европског суда, поступци одржани у одсуству окривљеног у принципу нису инкомпатибилни с Конвенцијом,<sup>7</sup> те да суђење у одсуству окривљеног може бити допуштено у неким изузетним околностима: ако су судске власти поступале с потребном ревношћу а ипак нису успеле да обавесте лице о самом претресу,<sup>8</sup> ако је то у интересу правде у неким случајевима болести окривљеног,<sup>9</sup> ако се странка одрекла да присуствује суђењу под условом да је то одрицање неопозиво и ако „пропраћено минималним јемствима која су примерена његовој важности“.<sup>10</sup>

Да ли истрага против непознатог учиниоца може задовољити стандарде правичног суђења, зависи од тога да ли су у време њеног вођења, а нарочито после кад се поступак настави против познатог учиниоца, осигурана јемства да поступак у целини узев буде правичан.

Нова јавнотужилачка истрага је фаза формалног кривичног поступка у којој јавни тужилац предузима доказне радње чији резултати имају

---

6 Покретање поступка *in absentia* изричито је забрањено у Босни и Херцеговини (види члан 247 ЗКП БиХ, члан 254 ЗКП Републике Српске, члан 262 ЗКП Федерације БиХ, члан 247 ЗКП Брчко дистрикта).

7 Случај *Poitrimol v. France*, одлука од 23. новембра 1993, став 31.

8 Случај *Colozza v. Italy*, одлука од 22. јануара 1985.

9 Случај *Ensslin and Others v. the Federal Republic of Germany*, 14 DR64.

10 Случај *Poitrimol v. France*, одлука од 23. новембра 1993, став 31.

доказну снагу као да их је извео суд или као да су странке извеле те доказе на главном претресу пред судом надлежним да пресуди кривичну нствар. Искази сведока и вештака које је испитао јавни тужилац могу се директно користити на главном претресу (чл. 406 ЗКП/2011), па након упознавања суда и окривљеног са тим исказима бити чињенична основа пресуде (довољно је да се испитана лица „не могу пронаћи“ или да вештак или сведок „без законског разлога неће да дâ исказ на главном претресу“). Због такве природе истраге против непознатог учиниоца и процесних последица које у даљем поступку могу настати, бранилац постављен по службеној дужности за посебан случај био би адекватно јемство, аналагно кад се окривљени одрекао свог права да присуствује главном претресу: став је Европског суда да тада окривљени мора имати браниоца.<sup>11</sup> Насупрот томе, наш законодавац такву могућност не предвиђа иако предвиђа обавезну стручну одбрану кад се окривљеном суди у одсуству (чл. 74, ст. 1, тач. 4–6 и тач. 9 ЗКП/2011). Недостају јемства и после започете или спроведене истраге против непознатог учиниоца: не постоје гаранције да ће окривљени за кога се касније сазна имати могућност да испита сведоке или вештаке противне странке. Ако се испитана лица у тако спроведеној истрази не могу пронаћи или без законског разлога не желе да дају исказ на главном претресу, такви искази су законити и на њима се може заснивати пресуда, а окривљени нема законску могућност да их одстрани из поступка. Тиме је угрожено право окривљеног на „једнакост оружја“ и право да испита или постигне да се испитају сведоци, као неспорни правни стандарди права на правично суђење. Управо зато што не предвиђе јемства за време истраге против непознатог учиниоца ни у каснијем поступку против окривљеног који буде откривен, и зато што не забрањује да се на доказима из тако спроведене истраге заснива пресуда (за случај да се сведоци и вештаци не могу испитати на главном претресу), законски нису обезбеђене гаранције да кривични поступак у свим случајевима може бити правично спроведен, па је из тог разлога законска регулатива у дисхармонији са Европском конвенцијом и стандардима права на правично суђење које изграђује Европски суд за људска права.

Када домаћи закон дозвољава да се суђење одржи без обзира на одсутност лица “оптуженог за кривично дјело” које је у позицији г. Colozzae, то лице треба, једном кад сазна за поступак, да буде у могућности да добије, од суда који га саслуша, свјежу одлуку о меритуму оптужбе.

---

11 Случај *Pelladoah v. Netherlands*, одлука од 22. септембра 1994.



## 5. Изнуђивање доказа одбране и претпоставка невиности

Претпоставка невиности је процесна гаранција која штити окривљеног од предрасуда и предубеђења, у чијој бити је нормативни захтев за легитимним начином утврђивања правно релевантних чињеница у кривичном поступку. Она отклања могућност постојања тзв. дубитативних пресуда, уноси нужан ред у поступак доказивања и кондиционира судију да пре пресуђења не заузима дефинитивне ставове о кривици оптуженог (Крас, 1089: 159).

Претпоставка невиности инволвира три општа правила која детерминишу њено значење и обим важења: (1) поступање без предрасуда и предубеђења о кривици окривљеног, (2) терет доказивања не сме бити на окривљеном и (3) сумња у релевантне чињенице (тзв. ризик недоказаности) мора бити у корист окривљеног. Ове правне стандарде изградио је Европски суд и узима их као одлучујуће приликом оцењивања да ли су повређене одредбе Европске конвенције о претпоставци невиности, оцењујући их самостално или заједно с њима повезаним стандардима који творе нека друга гарантована права или слободе човека. Према мишљењу суда, одредба става 2, члана 6 Европске конвенције о претпоставци невиности захтева, између осталог, да приликом обављања својих дужности судије не смеју полазити од предубеђења да је окривљени учинио дело које му се ставља на терет, да терет доказивања лежи на тужиоцу и да свака сумња [у постојање чињеница] мора ићи у корист окривљеног.<sup>12</sup>

Општим правилом наведеним под (2) решава се питање терета пружања доказа у кривичном поступку. У вези с тим, изграђен је правни стандард да окривљени није дужан да доказује своју невиност, као иманентан елемент конструкције правичног поступка. Кад тога не би било, окривљени никад не би био сигуран кад ће отпасти све сумње у његову кривицу и да ће кривична ствар бити дефинитивно пресуђена по ауторитативним правним стандардима. Гледиште да нико не може бити стављен у положај да доказује своју невиност, Европски суд доследно спроводи, било да оцењује законску регулативу или фактичко поступање према окривљеном<sup>13</sup>, али допушта и извесне изузетке кад терет доказивања преваљује на окривљеног,

---

12 Случај *Barbera, Masegüe and Jabardo v. España*, пресуда од 6. децембра 1988, Серија А, бр. 146, став 91.

13 *Европски суд је, на пример, установио да је аустријски првостепени суд повредио претпоставку невиности, предвиђену у члану 6, став 2 Европске конвенције, зато што је на окривљеног, иначе власника и уобичајеног корисника аутомобила, пренео обавезу да идентификује возача у ситуацији кад је сам порицао да је управљао моторним возилом у време кад је саобраћајна незгода проузрокована (Случај *Telfner v. Austria*, пресуда од 20. марта 2001).*

по правилу кад се на окривљеног примењује законска или чињенична претпоставка. Те претпоставке морају бити у разумним границама које узимају у обзир последице које могу наступити за оптуженог и морају чувати права одбране (Lič, 2007: 271).

У погледу терета доказивања може се поставити питање да ли је посредно изнуђивање доказа у корист окривљеног инкопатибилно са овим општим правилом на коме се темељи претпоставка невиности. Наиме, новим процесним кодексом наметнута је обавеза странкама и браниоцу да на припремном рочишту предложи доказе под претњом санкције да се на главном претресу неће извести они докази који без оправданих разлога нису предложени на том рочишту (чл. 350 ЗКП/2011). Очигледно су законописци били мотивисани идејом повећања ефикасности поступка (Види: Бејатовић, 2010: 184–207), која им је замаглила поглед на јемства људских права у кривичном поступку. Из овакве регулативе могао би се извести закључак да ће за одбрану бити изнуђено предлагање доказа на припремном рочишту, уопштено посматрано, а особито у ситуацијама кад окривљени и његов бранилац нису намеравали да износе доказе у корист одбране, па то чине само зато што је законом забрањено да касније предложи и изведу своје доказе. За законом наметнуто изнуђивање доказа не може се ни у ком случају утврдити да је у хармонији са правом окривљеног да не доказује своју невиност, тј. са стандардом да је терет доказивања на тужиоцу. За окривљеног је установљена још једна доказна забрана: на главном претресу се изводе докази само у вези са делом оптужнице који оптужени оспори (чл. 349, ст. 4 ЗКП/2011). Јасно је да се овим доказним забранама ограничава право окривљеног на одбрану и право да изводи доказе у своју корист, као и да та ограничења нису предвиђена Европском конвенцијом нити су установљена у пракси Европског суда. Из ових разлога, питање правичности поступка постаје још израженије у случајевима кад окривљени нема браниоца, а таква ситуација може настати за сва дела са запрећеном казном мањом од осам година затвора, што у пракси представља највећи број кривичних дела о којима судови одлучују. Наиме, питање је да ли се уопште може говорити о правичности поступку кад су оптужени правни лаици, па не знају који део оптужбе и зашто треба оспорити, нити да им је обавеза да на припремном рочишту предложи доказе. Зато, све те доказне забране које се испољавају као ограничење права оптуженог да изводи доказе у своју корист и у одређеним случајевима га доводе у претерано инфериоран положај у односу на тужиоца, треба преиспитати са становишта правних стандарда обухваћених правом на правично суђење.

## 6. Номинална али не и стварна „једнакост оружја“

Право странке да у поступку предузима све радње које може предузети њезин противник, у теорији се означава као *једнакост оружја*, што у бити значи забрану да се поступак уреди и спроведе помоћу неоправдане дискриминације између странака. Европски суд за људска права тумачи да је појам „једнакости оружја“ инхерентан део ширег појма „правичног поступка“ и да то право, по мишљењу суда, значи да у кривичним стварима оптужба и одбрана морају имати могућност да сазнају за предлоге, захтеве и друге процесне радње својега противника и моћи им супротставити сопствене.<sup>14</sup>

Процесној равноправности окривљеног са противном странком доприноси и установљено јемство да он има право „да испитује сведоке против себе или да постигне да се они испитају“ предвиђено Европском конвенцијом (чл. 6, ст. 3д ЕК), што је такође и уставно јемство (чл. 33, ст. 5 Устава).

Ови европски стандарди и уставна јемства угрожени су прешироким а непотребним ограничавањем начела непосредности и контрадикторности на главном претресу (чл. 406 ЗКП/2011), путем изједначавања доказа из истраге са доказима које странке изведу пред судом на главном претресу. Без нарочитих законских препрека искази сведока и вештака могу на главном претресу постати доказно средство, па и они које је јавни тужилац прибавио њиховим испитивањем без присуства окривљеног и његовог браниоца (кад је истрага вођена против непознатог учиниоца или применом става 2 члана 300 ЗКП/2011), а одбрана тада нема могућности да унакрсно испита сведоке или вештаке, што је у директној супротности с напред цитираним јемством. Насупрот оваквом законском решењу, Европски суд стоји на становишту да сви докази по правилу морају да буду изнети на јавном главном претресу у присуству оптуженог, контрадикторним аргументовањем супротстављених страна.<sup>15</sup> Коришћење посредних доказа стога може да доведе до повреде члана 6 Европске конвенције, у зависности од целокупне правичности поступка (Lič, 2007: 277). Кад се јави потреба да се употребе искази дати током истраге (нпр. сведок одбија да јавно на претресу понови свој исказ), оптужени мора имати могућност да оспорава такве изјаве, било у време када се оне дају било касније.<sup>16</sup> Ако није

14 Случај *Brandstetter v. Austria*, пресуда од 28. августа 1991, Серија А бр. 211). За „једнакост оружја“ пред судовима правног лека види: случај *Ruiz-Mateos v. Spain*, пресуда од 23. јуна 1993; случај *Werner v. Austria*, пресуда од 24. новембра 1994.

15 Случај *Lüdi v. Switzerland*, пресуда од 15. 6. 1992, А236, став 47.

16 У случају *Craxi v. Italy*, подносилац представке, бивши премијер Италије, био је осуђен искључиво на основу исказа које су у претходном поступку дали саоптужени, а касније су одбили да понове своје изјаве пред судом, као и на основу исказа лица

постојала адекватна могућност и прописна прилика да окривљени испита сведока, његова осуда не може бити искључиво или углавном утемељена на исказу тог сведока.<sup>17</sup> Коришћење исказа које су у претходном поступку дала лица која, у складу с националним законом, одбију да дају исказ пред судом, само по себи је некомпатибилно са Европском конвенцијом, али може довести до осуде само ако постоје докази коју потврђују тај исказ.<sup>18</sup>

И факултативна стручна одбрана за велики обим кривичних дела (за која се уистину води сумарни кривични поступак), ставља окривљеног без браниоца у инфериоран положај у односу на јавног тужиоца, јер окривљени не може знати да ли и који део оптужбе треба оспорити, када и које доказе треба предложити, па му због незнања бива касније ускраћено право на извођење доказа у његову корист. Објективним условљавањем окривљеног тиме да мора познавати процесне прописе да би на главном претресу могао остваривати право да изводи доказе, без прописивања обавезне стручне одбране, а приори доводи до анулирања прокламоване „једнакости оружја“. Непознавање права од стране окривљеног који се сам брани, потиरे формалну равноправност процесних странака на главном претресу адверзијално уређеном.

Наведени стандарди изграђени у пракси Европског суда показују се као довољан сигнал да се преиспитају законске одредбе о посредним доказима којима се ограничава право окривљеног на унакрсно испитивање сведока и вештака и одредбе којима се прокламује формална „једнакост оружја“ на главном претресу али не осигурава стварна реализација права на одбрану и процесна равноправност странака. До те евентуалне ревизије, само рестриктивна примена законских ограничења јемстава која чине садржину права на правично суђење, може бити брана да спроведени кривични поступци не буду оцењени као неправични пред нашом уставном и стразбуршком судском инстанцом.

---

које је касније преминуло. Европски суд је закључио да постоји повреда члана 6 став 3 тачка (д) ЕК, у вези са ставом 1 истог члана, зато што подносилац представке и његов адвокат нису били у могућности да унакрсно испитују те сведоке и оспоре њихове изјаве које су биле правни и чињенични основ осуде. Види случај *Craxi v. Italy*, пресуда од 5. децембра 2002.

17 Случај *Kostovski v Netherlands*, пресуда од 20. 11. 1989, став 44.

18 Случај *Unterpertinger v. Austria*, пресуда од 24. 11. 1986, А110.

## Литература

- Бејатовић, С. (2010). *Ефикасност кривичног поступка и међународни правни стандарди*, у: Кривично законодавство Србије и стандарди Европске уније, Златибор
- Бељански, С. (2001). *Међународни правни стандарди у кривичном поступку*, Београд
- Ван Дијк, П. – Ван Хооф, Г.Ј.Х. (2001). *Теорија и пракса Европске конвенције о људским правима*, Сарајево
- Van Dijk, P. (1995). *Acces to Court the European System for the Protection of Human right*, Dordrecht-Boston-London
- Вукадиновић, Г. Степанов, Р. (2001). *Теорија права I*, Петроварадин
- Димитријевић, В. Пауновић, М. Ђерић, В. (1997). *Људска права*, Београд
- Ђурђевић, З. (2010). Судска контрола државноодвјетничког казненог прогона и истраге: поредбеноправни и уставни аспект, *Хрватски љетопис за казнено право и праксу*, вол. 17, број 1
- Ђурђић, В. (2012). Ревизија основних процесних начела на којима је уређен нови кривични поступак Србије, *Правна ријеч*
- Ђурђић, В. (2006). Начело правичног поступка, *Ревизија за криминологију и кривично право*, бр. 3
- Крапац, Д. (1989). Основна права човјека и грађанина и начела кривичног поступка, у *Зборнику „Права човека и савремена кретања у криминалној политици“*, Београд
- Лич, Ф. (2007). *Обраћање Европском суду за људска права, књига 1*
- Митровић, Д. (2010). *Увод у право*
- Mole, N. Harby, K. (2006). *Rigt to a fair trial, A guide to the implementation of Article 6 of the European Convention on Human Rights*, 2nd edition
- Перовић, С. (1995). *Природно право и суд*, Београд
- Радуловић, Д. (2010). Кривичнопроцесно законодавство Црне Горе и стандарди Европске уније, у: *Кривично законодавство Србије и стандарди Европске уније*, Златибор
- Симовић, М. Н. Симовић, М. (2009). *Мјесто и улога Уставног суда БиХ у заштити људских права*, Бања Лука
- Узелац, А. (2010). *Право на правично суђење у грађанским предметима: Нова пракса Еуропског суда за људска права и њен утицај на хрватско право и праксу*, Зборник Правног факултета у Загребу, вол. 60, бр. 1

**Vojislav Đurđić, LL.D.**

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

## **LEGAL GUARANTEES OF THE RIGHT TO A FAIR TRIAL IN SERBIAN CRIMINAL PROCEDURE**

### **Summary**

*The right to a fair trial is an international legal standard which contains complex procedural rules that alleviate the inferior legal position of the accused in comparison to that of the state criminal prosecution authorities. For the purpose of examining the procedural position of the accused and the injured party, the author discusses the European legal standards that constitute the right to a fair trial as well as their implementation in the Serbian criminal procedural legislation. The author first presents the doctrinal understanding of the legal standards in general as well as the European legal standards involved in the right to a fair trial. Subsequently, within the set framework, the author critically analyzes the legal provisions of the Serbian Criminal Procedure Code (2011). The author emphasizes that the abolishment of the subsidiary action in investigation opens the question of access to justice and protection of the rights of the injured party. By being deprived of the right to pursue judicial protection at the moment when the investigation is initiated, the accused is denied the right to an effective legal remedy; it also implies a breach of the constitutional guarantee that the court should decide on the legality of initiating the criminal proceedings. Furthermore, the new regulations pertaining to the right of the accused to participate in the legal proceedings instituted against him is inconsistent with the European standards because the new Criminal Code provides that investigation, which is explicitly defined as the first stage in criminal proceedings in the narrow sense, may be instituted against an unknown person. The author points out that the obligation of the defense to present evidence within a specified time limit, in order to be admissible in trial proceedings, constitutes an extortion of evidence from the accused, which is inconsistent with the presumption of innocence. On the other hand, the inadmissibility of the unannounced evidence in trial constitutes a gross violation of the right to defense. Moreover, given the limitations of the principle of directness and the principle of contradiction, the court decision may be grounded on evidence taken by the public prosecutor or the police in the investigation stage, even without the presence of the accused or his attorney. It is contrary to the "equality of arms" principle, which is a guarantee of justice and a fair trial in criminal proceedings.*

**Key words:** *fair trial, legal standards, access to justice, "equality of arms" principle, presumption of innocence, right to defense.*

**Др Драган Јовашевић,\***  
Редовни професор Правног факултета  
Универзитета у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 341.485

Рад примљен: 30.06.2015.  
Рад прихваћен: 03.12.2015.

## **ОДГОВОРНОСТ И КАЖЊИВОСТ ЗА ЗЛОЧИН ГЕНОЦИДА\*\***

**Апстракт:** Међународно кривично право као систем правних прописа садржаних у актима међународне заједнице, али и у националном (интерном) кривичном законодавству појединих држава, предвиђа кривичну одговорност и кажњивост за већи број међународних кривичних дела (међу којима се издваја злочин геноцида). То су дела којима се крше ратни закони и обичаји рата (међународно хуманитарно право) и којима се повређује или угрожава мир међу народима и безбедност човечанства. За ова кривична дела су у међународном, али и у националном кривичном праву, прописане најтеже врсте и мере казни које уопште познаје кривично законодавство данас. За учиниоце кривичних дела геноцида у одређеним случајевима је примарна надлежност међународних судских (наднационалних) органа као што је Међународни суд у Хагу. У овом раду се анализирају појам и карактеристике геноцида као међународног кривичног дела.

**Кључне речи:** међународно право, кривично дело, геноцид, слаба група, учинилац, одговорност, казна.

### **1. Уводна разматрања**

Почетком деведесетих година прошлог века у свету су беснела два сурова грађанска, међунационална, међуетничка или међуверска ратна сукоба – у бившој СФР Југославији (на подручју Хрватске од 1991. године и Босне и Херцеговине од 1992. године до 1995. године) и у Руанди (између племена Тутси и Хути у току 1994. године). Како би се међународна заједница суочила са учиниоцима најтежих кривичних дела која су извршена у време

\* jovas@prafak.ni.ac.rs

\*\* Овај рад представља резултат истраживања на пројекту: “Заштита људских и мањинских права у европском правном простору”, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

ових сукоба, основана су одлукама Савета безбедности ОУН два ad hoc трибунала.

Тако је, прво, Резолуцијом Савета безбедности ОУН број 827 од 25. маја 1993. године, основан Трибунал за гоњење лица одговорних за озбиљне повреде међународног хуманитарног права извршене на тлу бивше СФР Југославије почев од 1991. године, са седиштем у Хагу (познатији као Хашки трибунал). Сличан Међународни трибунал за Руанду са седиштем у Арушију је основан Резолуцијом Савета безбедности ОУН број 955 од 8. новембра 1994. године. Истовремено су усвојена и два статута ових трибунала (са системом међународних кривичних дела, основима кривичне одговорности њихових учинилаца и врстама казни за њихове учиниоце), као и правила поступка и доказивања. Поред утврђивања кривичне одговорности за најтежа међународна кривична дела, ови трибунали су први пут у историји људског рода изrekli пресуде за најтеже кривично дело данашњице – злочин над злочинима или геноцид.

Прва оптужница пред Хашким трибуналом је подигнута 7. новембра 1994. године против Драгана Николића (босанског Србина), команданта логора Сушица у источној Босни и Херцеговини, који је потом осуђен на казну затвора од двадесет година (коју је издржавао у Италији). Први претрес пред судским већем Хашког трибунала је одржан 8. новембра 1994. године босанском Србину Душку Тадићу (који је осуђен на казну затвора од двадесет година и коју је издржавао у Немачкој), док је прва пресуда овог трибунала изречена Дражену Ердемовићу крајем новембра 1996. године (који је осуђен на казну затвора од десет година). Овај трибунал је до сада донео више пресуда за учињена међународна кривична дела: а) злочин против човечности, б) ратне злочине, в) тешке повреде закона и обичаја ратовања и г) злочин геноцида.

Судско веће Хашког трибунала којим је председавао судија Алмиро Родригез је 19. априла 2004. године изрекло казну од 35 година затвора за најтеже међународно кривично дело геноцида – помагање и подржавање у геноциду, команданту Дринског корпуса Војске Републике Српске, генералу Радиславу Крстићу, за извршени злочин над муслиманским становништвом у Сребреници. Он је на издржавање казне у Великој Британији упућен 20. децембра 2004. године. Дакле, овде је утврђена кривична одговорност и изречена казна затвора за саучесништво у геноциду, али не и за само извршење овог кривичног дела. А 30. јануара 2015. године, жалбено веће Хашког трибунала под руководством судије Патрика Робинсона је први пут у историји ове судске инстанце (па и међународног кривичног права уопште) изрекло коначне пресуде на доживотне казне затвора за извршење



кривичног дела геноцида у оквиру заједничког злочиначког подухвата над муслиманима у Сребреници 1995. године, и то пуковнику Вујадину Поповићу (начелнику за безбедност Дринског корпуса Војске Републике Српске) и пуковнику Љубиши Беари (начелнику за безбедност Главног штаба Војске Републике Српске).

Некако у исто време, 3. фебруара 2015. године, и друга највиша судска инстанца у систему Организације уједињених нација – Међународни суд правде са седиштем у Хагу је у спору између Хрватске и Србије донео коначну судску одлуку којом је одбацио тужбу Хрватске против Србије за извршење геноцида у Крајини и Славонији, односно одбацио је противтужбу Србије против Хрватске за извршење геноцида за време војно-полицијских акција "Бљесак" и "Олуја" у току 1995. године. Пресуда сличне садржине је донета од стране истог суда и 2007. године, када је одбачена тужба Босне и Херцеговине против Србије за извршење геноцида за време ратних сукоба на подручју Босне и Херцеговине.

И Трибунал за Руанду (Petrović, Bisić, Perić, 2011: 311–319), који је основан ради утврђивања кривичне одговорности и кажњавања лица одговорних за извршена тешка кривична дела против човечности и међународног права за време грађанског рата у Руанди, такође је изрекао казне учиниоцима најтежег међународног кривичног дела – геноцида. Тако је судско веће Трибунала којим је председавао судија Вилијам Секуле крајем 2003. године бившем градоначелнику Мукинга – Јувеналу Кајелијелу, припаднику Хуту племена, изрекло казну доживотног затвора за кривично дело геноцида над Тутсима које је извршено у граду Рухенгерију.

Због значаја наведених судских одлука не само за правну историју, већ и за савремено, као и будуће међународно и национално кривично право, посебно када се ради о утврђивању постојања и правне квалификације кривичног дела геноцида, у наставку рада ћемо се бавити теоријским и практичним аспектима овог тешког међународног кривичног дела, за које није суђено чак ни на чувеном Нирнбершком процесу највишим политичким и војним руководиоцима нацистичке Немачке за извршене масовне злочине над поробљеним народима широм Европе, а посебно над Јеврејима, Словенима и Ромима.

## **2. Појам и карактеристике међународних кривичних дела**

Међународна кривична дела (Томић, 1999: 337–360), заправо, представљају делатности којим се крше међународни уговори, споразуми и конвенције (Јовашевић, 2011: 345) и нарушава или угрожава мир међу народима, безбедност човечанства, односно друге међународним правом заштићене

вредности, или којим се крше ратна правила о понашању зараћених страна према ратним заробљеницима, рањеницима, болесницима и цивилном становништву. Настанак ових кривичних дела везан је за постојање међународних правила којима се регулишу односи између држава у доба рата, тј. односи између зараћених страна у погледу започињања и вођења рата. Међународно ратно право настало је као последица суровог и нечовечног поступања у току дуге историје ратова и оружаних сукоба између народа и држава са циљем да хуманизује ово најнехуманије средство за решавање међудржавних и међународних спорова.

Са појавом међународног ратног права отпочео је процес постепеног ограничавања права зараћених страна и контролисања њихових поступака, не само према неборачком становништву, већ и у погледу започињања и вођења ратова. Право државе на апсолутну слободу у погледу започињања и вођења рата биће постепено ограничено тако што ће поједини поступци који представљају непотребна разарања, убијања и мучења бити забрањени. Кршењем ратних правила и обичаја настају ратна кривична дела. Прихватајући међународне обавезе на основу потписивања и ратификовања бројних међународних конвенција, у кривичном законодавству појединих држава је предвиђено више кривичних дела против човечности и других добара заштићених међународним правом. Ова кривична дела настају кршењем правила садржаних у међународним конвенцијама. Њихов је извор у постојању забрана у актима међународног права.

Објект заштите ових кривичних дела јесу човечност и друге универзалне, општецивилизацијске вредности заштићене међународним правом. Заштита човечности значи заштиту основних људских добара као што су: живот, телесни интегритет, част, углед и достојанство човека, основна људска права и слободе. Друге вредности физичких лица, појединих држава и целе међународне заједнице имају такође општи, универзални значај, па су заштићене и зајамчене међународним правом. Највећи број међународних кривичних дела може се учинити у законом одређено време: за време рата, оружаног сукоба или окупације. По правилу, ова кривична дела се чине организовано и с циљем спровођења одређене политике владајуће групе или партије. Будући да спадају у организовани, плански криминалитет, ова се дела најчешће чине по наређењу претпостављених војних или политичких руководилаца. Та чињеница захтева посебно утврђивање одговорности организатора, наредбодавца и учиниоца. Ова кривична дела могу бити учињена само с умишљајем. Поједина кривична дела из ове групе не застаревају у погледу кривичног гоњења или извршења изречених казни: геноцид, злочин против човечности, ратни злочини и

друга кривична дела за која по ратификованим међународним уговорима застарелост не може да наступи.

У теорији међународног кривичног права се разликује више врста међународних кривичних дела. Уобичајена је подела на (Petrović, Jovašević, 2005: 39–40): а) међународна кривична дела у ужем смислу (права или чиста међународна кривична дела) и б) међународна кривична дела у ширем смислу (неправа или мешовита међународна кривична дела). Иначе, ова је подела први пут усвојена на 14. Конгресу Међународног удружења за кривично право, који је одржан 1989. године у Бечу<sup>1</sup>. Критеријум за ово разликовање јесте надлежност међународних кривичних судова (судова који поступају само у случају извршених међународних кривичних дела у ужем смислу), односно историја кривичног правосуђа. Међународна кривична дела у ужем смислу чине прву врсту ових кривичних дела. Ту се ради о међународним кривичним делима којима се крше ратни закони и обичаји рата (дакле, норме међународног ратног и хуманитарног права). То су дела садржана у нирнбершкој и токијској пресуди. Она се још називају међународна кривична дела према општем међународном праву (или *crimina iuris gentium*). Ту спадају следећа међународна кривична дела: 1) злочин против мира, 2) ратни злочин, 3) геноцид и 4) злочин против човечности. У правној теорији има схватања да се ова кривична дела називају међународним злочинима *stricto sensu* иза којих стоје когентне норме међународног права, нпр. Хашке или Женевске конвенције (Simović, Vladojević, Simović, 2013: 353–355).

Као основне карактеристике међународних кривичних дела у ужем смислу – *core crimes* – гнусни злочини (Petrović, Jovašević, 2005: 156–163) у правној теорији се наводе следеће (Degan, Pavišić, 2005: 186–187): 1) ови међународни злочини имају двоструку природу. Њихово извршење повлачи: а) кривичну одговорност појединаца као њихових извршилаца или саучесника, односно надређених лица (по основу командне одговорности), с једне стране и б) међународноправну одговорност државе, с друге стране, 2) међународним злочинима се крше основна (темељна) људска права и они су стога забрањени као репресалије у случају вршења исто таквих злочина друге супротстављене стране, 3) међународни злочини у погледу кривичног гоњења и кажњавања не застаревају и 4) опште међународно право намеће обавезу државама да не крше основне норме које забрањују њихово вршење као обавезу *erga omnes*.

---

1 Поделу међународних кривичних дела ове врсте заступају бројни аутори: Bassiouni, Cassese, Than, Shorts и др.

### 3. Геноцид у кривичном праву Републике Србије

Кривично дело геноцида (као најтеже кривично дело данашњице) је предвиђено у члану 370 Кривичног законика. Дело се састоји у издавању наређења да се врше или у вршењу (Јовашевић, 2014: 231–233): убистава, тешке повреде тела или тешког нарушавања физичког или душевног здравља чланова групе људи или у стављању чланова групе у такве животне услове који доводе до њеног потпуног или делимичног истребљења или у примени мера којима се спречава рађање између припадника групе или у принудном пресељавању деце у другу групу, а у намери да се потпуно или делимично уништи национална, етничка, расна или верска група људи.

Реч “геноцид” је кованица састављена од грчке речи *genos*, што значи род или племе, и латинске речи *caedes*, што значи убиство, покољ (Cifrić, 1992: 143–158). Буквално преведена ова реч означава убијање рода, односно племена. Резолуцијом Генералне скупштине ОУН број 96/І од 11. децембра 1946. године геноцид је проглашен за “међународно кривично дело које је у супротности са духом и циљевима ОУН и које цивилизовани свет осуђује”. Иако се појавио као “подврста злочина против човечности” (Kaseze, 2005: 115), геноцид је убрзо добио аутономан статус и садржину као једно од најтежих кривичних дела данашњице. Он се данас назива “злочин над злочинима”.

Геноцид као међународно кривично дело одређују три елемента (Ра-вишић, Grozdanić, Veić, 2007: 419): а) објективни састојак – *actus reus*, б) субјективни састојак – *mens rea* и в) објект дела – скупина или група – жртва. Основ за ову инкриминацију се налази у Конвенцији о спречавању и кажњавању злочина геноцида<sup>2</sup> из 1948. године, која у члану 2 одређује појам и елементе овог међународног кривичног дела. У законодавству, теорији и пракси овај израз има шире тумачење. Наиме, под овим изразом се подразумева не само убијање, већ уништење на било који начин одређене групе која чини једну повезану целину на националној, етничкој, расној или верској основи. Објект заштите су човечност и међународно право. Објект напада је национална, етничка, расна или верска група<sup>3</sup>. Иако се

2 „Службени весник Президијума Народне скупштине ФНРЈ”, број 2/50 и „Службени лист ФНРЈ”, број 56/50.

3 Националну групу чини скупина људи који осећају да деле правну везу заједничког држављанства пропраћену реципрочним правима и обавезама. Етничку групу чине чланови које веже заједнички језик и култура, расна група је пак група заснована на наследним физичким обележјима која се често идентификује са одређеном географском облашћу без обзира на језичке, културне, националне или верске факторе, док верску групу чине чланови који имају исто верско убеђење, назив вере или начин вршења верских обреда. Заправо, појмови националне, етничке, расне или верске групе веома

дело<sup>4</sup> чини уништавањем појединаца, његов циљ није да се ти појединци ликвидирају као одређене личности, већ као припадници групе. Циљ овог дела је, дакле, уништење групе у целости или делимично, при чему је ликвидација појединаца само начин остваривања овог циља. Величина групе је без значаја за постојање кривичног дела. Битно је да група постоји као целина са специфичним карактеристикама и да се као таква жели уништити. Циљ инкриминације је да се осигура право на живот, тј. на постојање и развој свакој групи која има посебно национално, етничко, расно или верско својство, при чему се не захтева просторно заједништво припадника групе.

Радња извршења кривичног дела геноцида се састоји из низа различитих делатности које се могу сврстати у неколико група. То су следеће делатности: 1) убијање, наношење тешких повреда тела или тешко нарушавање физичког или душевног здравља припадницима одређене националне, етничке, расне и верске групе, 2) стављање групе људи у такве животне услове који доводе до њеног потпуног или делимичног истребљења, 3) примена мера којима се спречава рађање између припадника групе људи (тзв. биолошки геноцид) и 4) принудно пресељавање деце у другу групу људи с циљем губљења идентитета своје групе.

Све ове радње воде ка физичком и биолошком остваривању геноцида. За постојање овог дела довољно је да је учињена било која од законом таксативно наведених радњи у намери потпуног или делимичног истребљења (уништавања) групе као друштвене целине. Геноцид је типичан пример кривичног дела које почива на "деперсонализацији жртве", што значи да жртва не представља циљ због њених индивидуалних квалитета или обележја, него само зато што је припадник одређене групе. Радња извршења се може остварити на два начина (Petrović, Jovašević, 2005: 40–42): 1) издавањем наређења и 2) непосредним предузимањем делатности. Издавање наређења да се врше напред наведене делатности

---

се широко изучавају и за сада не постоје опште и међународно прихваћене прецизне дефиниције. Сваки од тих појмова се зато мора процењивати у светлости конкретног политичког, социјалног и културног миљеа.

4 Геноцид према конкретном објекту може бити национални или етнички геноцид или етноцид ако је тај објект национална или етничка скупина. О расном геноциду ради се ако је радња усмерена на одређену расну групу или на више таквих група. Верски геноцид је усмерен на припаднике одређене верске групе или више таквих група. Скупина (група) се не одређује према објективном, статичком критеријуму, већ је за појмовно одређене групе и према схватањима *ad hoc* трибунала одлучујуће како њене припаднике субјективно доживљава учинилац дела. У правној теорији се истиче недостатак оваквих дефиниција геноцида по којима он не обухвата културни геноцид у смислу уништавања језика и културе одређене групе.

представља посебну и самосталну радњу извршења геноцида. Наређивање је, иначе, један облик подстрекавања, али оно овде нема карактер саучесништва, већ посебног начина извршења овог дела. Кривично дело геноцида се углавном чини организовано и по унапред утврђеном плану, где наређење претпостављеног има посебну снагу дејства, па је стога и његова одговорност самосталне природе. Наиме, наредбодавац ће бити одговоран за само издавање наређења да се изврши геноцид, чак и онда када потчињени одбије или на други начин избегне извршење таквог наређења.

Последица дела је угрожавање опстанка одређене националне, етничке, расне или верске групе (Lazarević, Vučković, Vučković, 2004: 1021). Она се остварује проузроковањем мањег или већег броја појединачних последица повреде (живота, телесног интегритета, плода) и угрожавања (стављањем у неподношљиве услове живота). Број проузроковања није одлучујући за постојање дела. То значи да ће постојати једно дело геноцида, како онда када је учињено једно, тако и онда када је остварено више проузроковања. Већи број проузроковања од разноврсних појединачних последица је од значаја код одмеравања казне (Вашић, 1986: 316). То указује да је суштина кривичног дела геноцида у планском и систематском уништењу људских група.

Учиниолац дела може бити свако лице, а у погледу кривице потребан је директни умишљај (*dolus coloratus*) који карактерише "геноцидна намера". За постојање намере неопходна је искуствена оцена, а не примена теорије о намери<sup>5</sup>. За ово дело прописана је казна затвора најмање пет година или казна затвора од тридесет до четрдесет година. Закоником је изричито предвиђено да за ово дело кривично гоњење и кажњавање не застаревају.

#### **4. Геноцид и „нирнбершко“ право**

Статут Међународног војног суда усвојен на основу Лондонског споразума савезничких сила 8. августа 1945. године (Нирнбершка пресуда, 1948: 13–19) у члану 6 одређује међународна кривична дела чији ће учиниоци као појединци или као чланови организације бити суђени од стране овог суда. То су: а) злочини против мира, б) ратни злочини и в) злочини против човечности (Прљета, 1992: 35–46). Поред непосредних извршилаца ових међународних кривичних дела (злочина), кривично су одговорна и лица која се јављају у својству вође, организатора, подстрекача или другог саучесника, а која су учествовала у састављању или извршењу

---

<sup>5</sup> Пресуда Међународног кривичног трибунала за бившу СФР Југославију у случају Сикирица ИЦТУ– 95-8.

неког заједничког плана или завере ради извршења неког од напред наведених злочина. Овде се, заправо, ради о одговорности и кажњавању саучесника за извршена дела по принципу субјективне акцесорне кривичне одговорности. Учиниоцу ових кривичних дела у смислу одредбе чл. 27 и 28 Статута, могу се изрећи следеће врсте казни: а) смртна казна, б) друга врста казне (затвора) коју суд нађе за праведну и в) конфискација (одузимање сваке украдене) имовине (Јовашевић, 2010: 213–215).

Злочин против човечности<sup>6</sup> из члана 6, став 2, тачка ц је први пут дефинисан управо Статутом Међународног војног суда. Ту спадају следећи акти: 1) убиства, 2) истребљење, 3) поробљавање, 4) депортација и 5) остала нечовечна дела. За постојање злочина против човечности битно је испуњење још два елемента. То су: а) да је радња извршена против било ког цивилног становништва и б) да се радња предузима у одређено време – пре или за време трајања рата. При томе се као злочин против човечности сматра и свако прогањање на политичкој, расној или верској основи у извршењу или у вези било којег злочина у надлежности овог суда, без обзира да ли се тиме врше или не врше повреде закона оне земље у којој су злочини извршени (Марковић, 1973: 176–180). Овим се кривичним делом практично целим људским групама (припадницима политичке, расне или верске групе) онемогућава или отежава живљење, и то како за време рата, тако и пре рата. Иако, то овај Статут не каже, ово дело заправо представља злочин геноцида. Ово је било једино међународно кривично дело из надлежности Међународног војног суда које се могло извршити независно од рата или оружаног сукоба (Petrović, Jovašević, 2010: 178–182).

Иста међународна кривична дела познаје и Закон број 10 Контролног савета за кажњавање лица одговорних за ратне злочине, злочине против мира и злочине против човечности у члану 2, с тим што поред наведене три врсте злочина познаје и посебно дело које се састоји у самом чланству у злочиначкој групи или организацији које су од стране Међународног војног суда проглашене злочиначким (Прљета, 1992: 47–53). У ставу 2 овог члана Закон је изричито одредио да се за ове злочине могу казнити следећа лица: 1) свако лице без обзира на држављанство или својство у коме је делало ако је било главни учинилац или саучесник, 2) лице које

---

6 Почетак инкриминације злочина против човечности датира из времена Првог светског рата као реакција савезничких сила на злочине које су извршиле турске власти у току 1915. године над Јерменима. Велика Британија и царска Русија су у заједничкој ноти оптужиле Порту за „злочине против човечности и цивилизације“. На Версајској мировној конференцији је 1919. године најављено установљење међународног кривичног суда који би, између осталог, био надлежан и за „кршење закона човечности“. Тај предлог је спречен од стране САД, са образложењем да још увек нема утврђених и универзалних стандарда човечности.

је наредило или подстицало или се сагласило са извршењем неког од ових кривичних дела, 3) лице које је било повезано са плановима или радњама које су довеле до извршења неког дела, 4) лице које је било члан организације или групе за вршење ових кривичних дела, 5) лице које је имало високи политички, грађански или војни положај у Немачкој или у некој земљи која је била њен савезник или заједно са њом ратовала или је била њен сателит и 6) лице које је имало висок положај у финансијском, индустријском или привредном животу било које од тих земаља.

Учиниоцу неког од ових кривичних дела се према одредби става 3 овог члана могу изрећи следеће казне: 1) смртна казна, 2) доживотни затвор или затвор на одређени број година са принудним радом или без принудног рада, 3) новчана казна и затвор са или без принудног рада у случају неплаћања новчане казне, 4) конфискација имовине, 5) повраћај неправилно стечене имовине и 6) одузимање појединих или свих грађанских права.

На принципима Нирнбершке пресуде, 9. децембра 1948. године Генерална скупштина ОУН је донела Конвенцију о спречавању и кажњавању злочина геноцида, која је ступила на снагу 12. јануара 1951. године (Petrović, Bisić, Perić, 2011: 284–286). Ова Конвенција у члану 2 дефинише злочин геноцида као дело извршено са намером да се потпуно или делимично уништи једна национална, етничка, расна или верска група: 1) убиством чланова групе, 2) наношењем тешких телесних и душевних повреда члановима групе, 3) намерним подвргавањем чланова групе таквим условима живота који би требало да доведу до њеног потпуног или делимичног уништења, 4) наметањем таквих мера којима се жели спречити рађање у оквиру групе и 5) присилним премештањем деце из своје групе у другу групу. У члану 3 Конвенција даље предвиђа као кажњиво не само дело геноцида, већ и: а) заверу да се изврши геноцид, б) непосредно и јавно подстицање да се изврши геноцид, в) покушај да се изврши геноцид и г) саучесништво у геноциду.

## 5. Геноцид према Статуту Хашког трибунала

Резолуцијом Савета безбедности Организације уједињених нација број 827 од 25. маја 1993. године усвојен је Статут Међународног трибунала за гоњење лица одговорних за озбиљне повреде међународног хуманитарног права извршене на територији бивше СФР Југославије почев од 1991. године. Овај статут, познат као Статут Хашког трибунала, (Јовашевић, 2011: 256–258) познаје четири врсте међународних кривичних дела. То су: а) тешке повреде Женевских конвенција од 1949. године, б) кршење



закона и обичаја ратовања, в) геноцид и г) злочини против човечности (Јовашевић, 2002: 14). Учиниоцу ових кривичних дела од стране Трибунала се може, према члану 24, изрећи само једна врста казне и то казна затвора у трајању према општој пракси судова у Југославији, при чему је судско веће обавезно да узме у обзир тежину извршеног кривичног дела (објективне околности) и лична својства оптуженог (субјективне околности). Уз казну се учиниоцу међународног кривичног дела могу изрећи и следеће санкције: а) повраћај имовине њиховим правим власницима (реституција) и б) одузимање добити која је прибављена криминалном делатношћу (Džouns, Pauls, 2005: 131–147).

Најтеже кривично дело данашњице "злочин над злочинима" – геноцид (Lukšić, 2001: 283–291) је предвиђено у члану 4 Статута Хашког трибунала. Ово дело се састоји у намерном<sup>7</sup> уништењу у целини или делимично националне, етничке, расне или религиозне групе. Практика Хашког трибунала није прихватила екстензивно тумачење појма геноцида које би укључивало намеру уништења националног, језичког, верског, културног или неког другог идентитета групе, а без њеног физичког уништења (Иванишевић, Илић, Вишњић, Јањић, 2007: 65).

Битно је за постојање овог међународног кривичног дела да је у напред наведеној намери<sup>8</sup> предузета једна од следећих више алтернативно предвиђених радњи (Džouns, Pauls, 2005: 143–147): 1) убијање чланова одређене групе, 2) проузроковање физичких или менталних повреда члановима групе, 3) намерно смештање чланова групе у такве услове живота смишљене да доведу до њеног физичког, делимичног или потпуног уништења<sup>9</sup>, 4) спровођење мера са намером да се спречи рађање унутар групе и 5) намерно премештање деце једне групе у другу групу.

---

7 Пресуда у случају Примена Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида у предмету Босна и Херцеговина против Србије и Црне Горе од 26. фебруара 2007. године.

8 Постојање геноцидне намере у досадашњој пракси Хашког трибунала је утврђивано путем следећих критеријума: а) општи контекст који обухвата следеће елементе: 1) ширина и распрострањеност извршених дела, 2) шира политичка доктрина из које су дела произилазила, 3) обим остварених или покушаних дела, 4) методичност у планирању убијања, 5) систематичност убијања и уклањања лешева, б) дискриминаторски карактер дела и 7) дискриминаторска намера оптуженог, б) извршење других кривичних дела систематски усмерених против исте групе, в) број почињених злочина, г) систематско усмеравање на цивиле због њихове припадности одређеној групи и д) понављање деструктивних и дискриминаторских дела.

9 У пракси Хашког трибунала овај облик геноцида је извршаван следећим делатностима: а) држањем затвореника у загушљивим и пренатрпаним просторијама, б) спавањем затвореника на поду и без ћебади, в) ускраћивањем затвореницима хране и воде, г) давањем затвореницима нечисте воде која би проузроковала њихово

Геноцидна намера је најзначајнија карактеристика кривичног дела геноцида. Она се мора односити на уништење значајног дела групе. Тај значајан део је довољно "значајан" да утиче на групу у целини. Овај квантитативни критеријум је допуњен и могућностима које су извршиоцу овог кривичног дела стајале на располагању, па се тако ова намера доказује и када је она испољена само у односу на групу у оквиру ограниченог географског подручја. И коначно, геноцидна намера узима у обзир и квалитативне одлике нападнутог дела групе, дозвољавајући могућност да се као суштински део укупне групе квалификује онај део који представља њен симбол или је битан за њен опстанак.

Поред непосредног предузимања наведених радњи (непосредни извршилац), као радње извршења геноцида сматрају се и следеће: а) учешће у завери ради вршења геноцида, б) директно и јавно подстицање на вршење геноцида (подстрекавање), в) покушај вршења геноцида, као и г) саучесништво у било ком облику у вршењу геноцида.

## **6. Геноцид према Статуту Трибунала за Руанду**

Иста међународна кривична дела, као и Статут Хашког трибунала, са идентичним обележјима и карактеристикама познаје и Статут Међународног кривичног трибунала за Руанду. Резолуцијом Савета безбедности Организације уједињених нација број 955, од 8. новембра 1994. године, усвојен је Статут Међународног кривичног трибунала за Руанду. Овај трибунал је надлежан за кажњавање лица која су одговорна за геноцид и друга тешка кршења међународног хуманитарног права која су извршена на подручју Руанде, као и њених грађана који су извршили таква дела на подручју суседних држава у току 1994. године. С обзиром да се према правној квалификацији Савета безбедности ОУН овде није радило о међународном оружаном сукобу, то овај трибунал и није надлежан за кривично дело које се састоји у "тешком кршењу Женевских конвенција из 1949. године", као ни за "кршење закона и обичаја рата".

Наиме, овај статут (познат и као Статут Трибунала за Руанду) познаје три врсте међународних кривичних дела. То су: 1) геноцид (члан 2), 2) злочин против човечности (члан 3) и 3) злочин који се састоји у тешком кршењу члана 3 Женевских конвенција и Другог допунског протокола из 1977. године (члан 4). Учиниоцу ових кривичних дела од стране Трибунала се може изрећи само једна врста кривичне санкције, и то казна затвора која се може јавити у два облика, и то као: 1) казна доживотног затвора и 2) казна

---

оболевање, д) ускраћивањем лекова затвореницима, њ) неуказивањем лекарске помоћи затвореницима и е) излагањем затвореника напорном раду.

затвора у временски одређеном трајању. При одмеравању казне учиниоцу међународног кривичног дела судско веће Трибунала за Руанду је обавезно да узме у обзир тежину извршеног кривичног дела (објективне околности) и лична својства оптуженог (субјективне околности). Уз казну се учиниоцу дела могу изрећи и две мере и то: а) повраћај имовине њиховим правим власницима (реституција) и б) одузимање добити која је прибављена криминалном делатношћу.

Најтеже кривично дело данашњице – геноцид је предвиђено у члану 2 Статута Трибунала за Руанду. Оно се састоји у намерном уништењу<sup>10</sup> у целини или делимично националне, етничке, расне или религиозне групе. Битно је за постојање овог међународног кривичног дела да је у напред наведеној намери предузета једна од следећих више алтернативно предвиђених радњи: 1) убијање чланова одређене групе, 2) проузроковање физичких или менталних повреда члановима групе, 3) намерно смештање чланова групе у такве услове живота смишљене да доведу до њеног физичког, делимичног или потпуног уништења, 4) спровођење мера са намером да се спречи рађање унутар групе и 5) намерно премештање деце једне групе у другу групу (Fabijanić Gagro, Škorić, 2008: 1387–1419). Поред непосредног предузимања наведених радњи (непосредни извршилац), као радње извршења геноцида<sup>11</sup> сматрају се и следеће (Degan, 2008: 77–95): 1) учешће у завери ради вршења геноцида, 2) директно и јавно подстицање на вршење геноцида (подстрекавање), 3) покушај вршења геноцида, као и 4) саучесништво у било ком облику у вршењу геноцида.

## 7. Геноцид према Римском статуту

Римски статут сталног Међународног кривичног суда, усвојен на Дипломатској конференцији ОУН у Риму 17. јула 1998. године, прописује да ће се пред овим судом водити кривични поступак, утврђивати кривична одговорност и изрицати кривична санкција лицима која су учинила

---

10 Уништење групе значи физичку деструкцију, а не деструкцију њеног културног бића.

11 Инкриминација геноцида не тражи у објективном смислу уништење неке етничке, односно народне групе, већ само намеру да се она у потпуности или делимично уништи. Дело мора бити усмерено против једног или више лица у својству припадника те скупине. Остало је при томе нерешено могу ли се таквим тумачењем инкриминације заштитити и политичке групе које имају стабилитет и континуитет. Намера се може доказивати коришћењем различитих индиција, тако нпр. оних које следе из општег контекста и склопа околности под којима је злочин учињен, те његове природе и мере (пресуда Међународног трибунала за Руанду у предмету ИЦТР-96-4Т од 2. септембра 1998. године).

најозбиљније злочине признате од стране међународне заједнице као целине. У члану 5 овог Статута проглашена је надлежност суда за следећа међународна кривична дела: 1) злочин геноцида, 2) злочин против човечности, 3) ратне злочине и 4) злочин агресије. Према члану 77, учиниоцу неког од ових међународних кривичних дела суд може изрећи следеће казне: 1) затвор у одређеном трајању које не може да пређе максимум од 30 година, 2) доживотни затвор када је та казна оправдана екстремном тежином злочина и индивидуалним околностима везаним за учиниоца дела, 3) новчану казну према критеријуму који је одређен у Правилима доказивања и процедуре и 4) конфискацију прихода, власништва и добара који су директно или индиректно прибављени извршеним злочином.

Злочин геноцида<sup>12</sup> је предвиђен у одредби члана 6 овог статута (Novoseles, 2004: 498–499). Ово кривично дело<sup>13</sup> се чини у намери да се уништи у целини или делимично национална, етничка или верска заједница<sup>14</sup> на један од следећих начина: 1) убијањем чланова групе<sup>15</sup>, 2) проузроковањем тешких физичких или менталних патњи чланова групе, 3) намерним подвргавањем групе животним условима који треба да доведу до њеног потпуног или делимичног уништења, 4) предузимањем мера уперених ка спречавању рађања у оквиру групе и 5) принудним премештањем деце из једне у другу групу. Дакле, овде се ради о преузимању одредби Конвенције ОУН о спречавању и кажњавању злочина геноцида из 1948. године у погледу одређивања бића овог најтежег међународног кривичног дела упереног против "човечанства".

---

12 У делу правне теорије се сматра да геноцид не представља самостално кривично дело, већ да је то само врста злочина против човечности.

13 Геноцид се одређује као "злочин над злочинима". Забрана вршења или пропагирања овог кривичног дела представља *ius cogens*, тако да противправност геноцидних активности, па и сам криминални карактер ових радњи је општеприхваћен и неспоран у међународној заједници.

14 Овом инкриминацијом су заштићене само стабилне групе, које карактерише сталност и чијим се чланом постаје на основу рођења, док су искључене несталне скупине чијим се чланом постаје на основу индивидуалне одлуке. На том становишту стоји и Међународни кривични трибунал за Руанду у случају Акајесе.

15 За постојање геноцида није потребан и већи број жртава. Наиме, сматра се да је довољно да учинилац убије једно или више лица. Исто тако геноцид може учинити и изоловани појединац ако поступа са геноцидном намером и ако се његово понашање поклапа са другим сличним понашањима, а такве је природе да може довести до уништења целе скупине.

## 8. Закључак

Међународно кривично право, као систем правних прописа садржаних у актима међународне заједнице и кривичном законодавству појединих држава, предвиђа кривичну одговорност и кажњивост за међународна кривична дела. То су дела којима се крше ратни закони и обичаји рата (међународно хуманитарно право), којима се повређује или угрожава мир међу народима и безбедност човечанства. За ова дела прописане су најтеже врсте и мере казни које уопште познаје кривично законодавство данас. За учиниоце ових дела у одређеним случајевима примарна је надлежност међународних судских (наднационалних) органа, као што су нпр. Токијски и Нирнбершки суд, Хашки трибунал, Трибунал за Руанду, Римски суд итд.

Међу међународним кривичним делима се по свом значају, природи и карактеру издваја злочин над злочинима. То је злочин геноцида. Дело геноцида се састоји у издавању наређења да се врше или у вршењу: убистава, тешке повреде тела или тешког нарушавања физичког или душевног здравља чланова групе људи, или у стављању чланова групе у такве животне услове који доводе до њеног потпуног или делимичног истребљења, или у примени мера којима се спречава рађање између припадника групе, или у принудном пресељавању деце у другу групу, а у намери да се потпуно или делимично уништи национална, етничка, расна или верска група људи. Ово дело означава убијање рода, односно племена. Резолуцијом Генералне скупштине ОУН број 96/1 од 11. децембра 1946. године геноцид је проглашен за "међународно кривично дело које је у супротности са духом и циљевима ОУН и које цивилизовани свет осуђује". Иако се појавио као "подврста злочина против човечности", геноцид је убрзо добио аутономан статус и садржину као једно од најтежих кривичних дела данашњице.

Геноцид као међународно кривично дело одређују три елемента: а) објективни састојак – *actus reus*, б) субјективни састојак – *mens rea* и в) објект дела – скупина или група – жртва. Основ за ову инкриминацију се налази у Конвенцији о спречавању и кажњавању злочина геноцида из 1948. године, која у члану 2 одређује појам и елементе овог међународног кривичног дела. У законодавству, теорији и пракси овај израз има шире тумачење. Наиме, под овим изразом се подразумева не само убијање, већ уништење на било који начин одређене групе која чини једну повезану целину на националној, етничкој, расној или верској основи.

## Литература

- Vačić, F. (1986). *Krivično pravo*. Zagreb: Pravni fakultet
- Degan, V.Đ., Pavišić, B. (2005). *Međunarodno kazneno pravo*. Rijeka: Pravni fakultet
- Degan, V.Đ. (2008). Zločin genocida pred međunarodnim krivičnim sudištimama. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*. Zagreb. 1–2. 77–95
- Džouns, Dž., Pauls, S. (2005). *Međunarodna krivična praksa*. Sarajevo: Magistrat
- Ђурђић, В., Јовашевић, Д. (2003). *Међународно кривично право*. Београд: Номос
- Иванишевић, Б., Илић, Г., Вишњић, Т., Јањић, В. (2007). *Водич кроз Хашки трибунал*. Београд: Савет Европе
- Јовашевић, Д. (2002). *Коментар Кривичног закона СР Југославије*. Београд: Службени гласник
- Јовашевић, Д. (2010). *Међународна кривична дела – одговорност и кажњивост*. Ниш: Правни факултет
- Јовашевић, Д. (2011). *Међународно кривично право*. Ниш: Правни факултет
- Јовашевић, Д. (2014). *Кривично право. Посебни део*. Београд: Досије
- Kaseze, A. (2005). *Međunarodno krivično pravo*. Beograd: Beogradski centar za ljudska prava
- Lazarević, Lj., Vučković, B., Vučković, V. (2004). *Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore*. Cetinje: Obod
- Lukšić, B. (2001). Genocide and command responsibility. *Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu*. Split. 4. 283–291
- Марковић, М. (1973). Нирнбершко суђење – примена нових начела у међународном кривичном праву. *Зборник Института за криминологију и социологију истраживања*. Београд. 2. 176–180
- Нирнбершка пресуда. Београд: *Архив за правне и друштвене науке*. (1948)
- Novoselec, P. (2004). *Opći dio kaznenog prava*. Zagreb: Pravni fakultet
- Pavišić, B., Grozdanić, V., Veić, P. (2007). *Komentar Kaznenog zakona*. Zagreb: Narodne novine
- Petrović, B., Jovašević, D. (2005). *Krivično (kazneno) pravo. Posebni dio*. Sarajevo: Pravni fakultet

Petrović, B., Jovašević, D. (2010). *Međunarodno krivično pravo*. Sarajevo: Pravni fakultet

Petrović, B., Bisić, M., Perić, V. (2011). *Međunarodno kazneno sudovanje*. Sarajevo: Privredna štampa

Прљета, Љ. (1992). *Злочин против човечности и међународног права*. Београд: Службени лист

Simović, M., Blagojević, M., Simović, V. (2013). *Međunarodno krivično pravo*. Istočno Sarajevo: Pravni fakultet

„Службени весник Президијума Народне скупштине ФНРЈ“, бр. 2. 1950

„Службени лист ФНРЈ“, бр. 56. 1950

Tomić, Z. (1999). Osvrt na nastanak i razvoj međunarodnog krivičnog prava. *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*. Sarajevo. 337–360

Fabijanić Gagro, S., Škorić, M. (2008). Zločin genocida u praksi međunarodnih ad hoc tribunala. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*. Zagreb. 6. 1387–1419

Cifrić, I. (1992). Rat i oikocid. *Socijalna ekologija*. Zagreb. 2. 143–158

***Dragan Jovašević, LL.D.,***

*Full Professor,*

*Faculty of Law, University of Niš*

## **CRIMINAL LIABILITY AND PUNISHMENT FOR THE CRIME OF GENOCIDE**

### **Summary**

*International criminal law, as a system of legal regulations embodied in the acts of international community and criminal legislations of individual states, envisages criminal liability and punishment for international crimes committed in violation of international law. These acts constitute breaches of the laws and customs of war (international humanitarian law) that violate or threaten peace among nations and the security of mankind. The penalties prescribed for these criminal offences are the most severe penalties in the contemporary criminal legislation. The perpetrators of these criminal offences are subject to the primary jurisdiction of the competent supranational judicial institutions, such as the Nurnberg Tribunal, the Tokyo Tribunal, the Hague Tribunal, the International Criminal Court, etc. In this paper, the author analyzes the concept and characteristics of genocide as an international crime.*

*Given its significance, nature and character, the crime of genocide stands out as a crime above all crimes in international law. The crime of genocide may be committed either by ordering the commission of specific acts or by being directly involved in the commission of these acts, which include: killing or causing serious bodily or mental harm to members of a specific national, ethnic, racial or religious group, or deliberately imposing living conditions calculated to cause the extinction of the group in whole or in part, or imposing measures intended to prevent childbirth in the group, or forcibly transferring children from one group to another group with the intent to fully or partially destroy the specific national, ethnic, racial or religious group.*

*The criminal act of genocide is defined as the killing of a nation or a tribe. In the UN General Assembly Resolution 96/I of 11<sup>th</sup> December 1946, genocide was proclaimed to be “a crime under international law, which is in contradiction with the spirit and the aims of the OUN and condemned by the entire civilized world”. Although it emerged as a “subspecies of crime against humanity”, genocide rapidly obtained an autonomous status and contents as one of the most serious crimes in the modern world.*

*As a crime against international law, genocide is established on the basis of three elements: a) the objective component - actus reus; b) the subjective component - mens rea; c) the object of the act - the group (the victim). The origin of this incrimination is to be found in the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide which, in Article 2, defines the concept and the elements of this crime against international law. In legislation, theory and practice, this term can be interpreted in a broader sense. Namely, this concept includes not only killing but also destruction or extermination (committed in any other way) of a particular group that constitutes a consistent entity on the national, ethnical, racial or religious grounds.*

**Key words:** *international law, crime, genocide, vulnerable group, perpetrator, criminal liability, punishment.*



**Др Миомира Костић,\***  
Редовни професор Правног факултета,  
Универзитет у Нишу  
**Др Филип Мирић,\***  
Стручни сарадник за наставу Правног факултета  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 343.97:364.672.2

Рад примљен: 30.06.2015.

Рад прихваћен: 03.12.2015.

## **ДВОСТРУКИ ОДРАЗ НЕПИСМЕНОСТИ – ВИКТИМОГЕНА ПРЕДИСПОЗИЦИЈА И/ИЛИ КРИМИНОГЕНИ ФАКТОР**

**Апстракт:** У криминолошкој уџбеничкој књижевности често је цитирана мисао В. Игоа: „Отварање једне школе води затварању једног затвора“. Заступање ставова ове оптимистичке струје, у идеалном смислу, указује на то да се повећањем образовања смањује ниво криминалитета, а с друге стране, статистички подаци показују да се обим криминалитета није смањило са смањењем броја неписмених. По песимистичкој струји, која своје упориште налази у томе да се висока писменост, стицана одговарајућим образовањем, везује за вршење неких посебно софистицираних типова криминалитета, попут компјутерског, или криминалитета белог оковратника, образовање нема непосредни утицај на опадање криминалитета.

Према подацима Унеска, постигнут је велики напредак у подизању нивоа писмености код становништва у свету, али ипак и данас постоји 781 милион одраслих особа и 126 милиона младих који не могу да прочитају или напишу једноставну реченицу – међу њима је 2/3 жена. Ови показатељи имају своје импликације у односу на глобалне напоре за смањење сиромаштва.

Посматрајући ову стварну и у будућности претпостављену условљеност писмености/неписмености становништва и степена сиромаштва, могуће је начинити компарацију између ових фактора (ендогене и егзогене природе), с једне стране, и учесталости делинквентних активности код таквог становништва, с друге стране. Но, ни степен виктимизације код њих није занемарљив. Напротив,

\* kosticm@prafak.ni.ac.rs

\*\* filip@prafak.ni.ac.rs

*повезаност с неким другим криминогеним факторима (сиромаштво, необразованост, лоше суседство, социјално-патолошке појаве и сл.), чини погодно тло за развој виктимогене предиспонираности, посебно код жена и младих.*

**Кључне речи:** писменост, неписменост, сиромаштво, жене, млади, делинквенција, виктимогенеза.

## 1. Увод

Бити писмен – означава особину оне особе која уме да чита и пише, која је описмењена. Писменост обухвата и познавање система писања и читања, као и коректну граматичко-стилску оспособљеност писања (Матица српска, 2007: 930). Стога, на први поглед, писменост треба да представља реч коју сви добро разумеју. Али, истовремено, писменост је, концептуално посматрано, термин који у себи носи сложеност и динамичност, и који се стално објашњава и одређује на многобројне начине. Схватања, распрострањена у јавности, о томе шта представљају појмови *писменост* или *неписменост* су под утицајем: академских истраживања; програма рада различитих институција; националног одређења; културних вредности; као и личних искустава.

У академској заједници, теорије о писмености су се развијале, почев од оних које су у центру интересовања имале промене у човеку појединцу, ка онима које заступају много сложенији поглед и којима је обухваћен много шири социјални контекст, као „описмењено окружење“, или „описмењено друштво“. Тиме се, ипак, утиче на подржавање и омогућавање поступака описмењавања становништва. Као резултати у развоју ових схватања и напредака у односу према писмености, као и разумевања међународне политичке заједнице, дошло се до неких видљивих помака. Најпре, од схватања писмености као једноставног процеса за постизање основних когнитивних вештина, до употребе тих вештина на начине који доприносе социоекономском развоју, па све ка проширивању капацитета друштвене свести и критичког одраза као основа за личну и друштвену промену.

Оно што је доступно на интернету, као отвореној библиотеци, свакако се може сублимирати кроз следећа одређења писмености: квалитет или ниво нечије писмености, квалитет читања или писања; или, поседовање образовања: „да се испита нечија образованост“; или, знање о неком одређеном предмету или пољу науке: „побољшање вашег познавања финансија“.<sup>1</sup>

---

1 Наведено према: *Dictionary.com*, Retrieved 11, March 2015 from <http://dictionary.reference.com/browse/literacy>.

Наизглед једноставна, ова одређења могу бити приказана и у својој сложености. Отуда, писменост је способност коришћења расположивих система симбола, који су у основи учења и подучавања, у циљу схватања и састављања, или у циљу сачињавања комуникацијске смислености и знања. Писменост је шири појам од штампане речи, која се чита или пише. Она је обликована контекстом, учесницима, и примењеним технологијама. Данашњи контекст обухвата развој технологија, заједно с визуелним, аудио, гестовним, просторним, или мултимедијалним дискурсом.<sup>2</sup>

Бити описмењен је срце учења у било којој предметној области. У ствари, бити писмен је предуслов за учење. На начин како студенти напредују током свог школовања и залазе у поједине области све детаљније, концепт писмености постаје све изазовнији. Студенти користе различите изворе знања, уз све сложенију употребу језика и структура, уз посебно софистициране графичке и нумеричке презентације. Они уче стратегије писања и читања, користе различите евиденције и погодне изворе података у свакој области.

Осим тога, писменост је одувек обухватала колекцију културне и комуникацијске праксе која се дели међу члановима одређене групе. Како се мења једно друштво и технологија, тако се мења и писменост. Човек 21. века мора да поседује широк спектар способности и вештина, многобројне облике писмености. Ова писменост, као читање штампе on-line, или учешће у виртуелним учионицама, представља мултипликовану, динамичку, савитљиву вештину. Слично као и у прошлости, облици писмености су неразднојно повезани уз историјске околности, животне могућности и друштвене путеве појединаца и група.

На крају, писменост подразумева континуитет учења, којим се омогућава да појединац достигне своје циљеве, да развије своје потенцијале и своје знање, и да учествује у пуној мери у својој заједници и ширем друштвеном окружењу.<sup>3</sup>

## **2. Историјски осврт на писменост и описмењавање**

Неки научници, који се више деценија баве феноменом писмености, попут Графа, на пример (Graff, 1994: 38), тврде да је у вези с писменошћу увек постојао неки кризни тренутак историјски посматрано. Школе и

---

2 Наведено према: *Reflections about the Meaning of Literacy*, April 27, 2012, Retrieved 11 March 2015, from <http://www.literacyinlearningexchange.org/defining-literacy>.

3 Наведено према: *Reflections about the Meaning of Literacy*, April 27, 2012, Retrieved 11 March 2015, from <http://www.literacyinlearningexchange.org/defining-literacy>.

универзитети стално су представљали лако привлачне мете, с утврђеном одговорношћу и кривицом у тешким, смутним временима, као и питање писмености становништва. Уз постојеће контрадикције, нивои писмености становништва спонтано служе као симболи и симптоми, узроци и последице. Они, сами по себи, представљају погодна, једноставна обележја за масовну критику, која се не упућује суштинским изворима, или чак, у крајњем, успешној трансформацији тог питања. Зато овај аутор цитира речи историчара Мајкла Каца (Michael Katz), да се скоро сто педесет година уназад образовање предлаже за решавање сваког крупног друштвеног проблема (Graff, 1994: 38).

Граф чак издваја неколико кључних тачака које се односе на историјат писмености. Наиме, овај аутор истиче да писменост, исто као и школовање и учење, има своје историјске основе и темеље. Исто тако, ови процеси су снажно отпорни на промене (Graff, 1994: 43). Њихове су основе „фундаментално комплексне“, практично и теоријски. Писменост се поставља у хијерархијски однос моћи и богатства, као супротност егалитарној демократији. Затим, као њен допринос развоју економије, политике, друштва. Чак и елементарна писменост, као и учење и праксовање, представљају психичку, неуролошку и когнитивну радњу. Стицање писмености представља сложен задатак (Graff, 1994: 44). Стога, различите друштвене околности, значај медија, технологије, педагогије, институционалних поставки не подразумевају мотивацију појединца саму по себи – уочавање потреба, некада одбрамбених, или испуњених страхом, некада уз велико задовољство и сатисфакцију, несумњиво је већи подстрек него што су то биолошка старост и социјални статус (Graff, 1994: 49).

Велики сан реформатора био је у томе да се створе формалне, обавезне, масовне јавне школе, „попут очекиване стране за виртуелну универзалну трансмисију минималног нивоа писмености, реципрочно распрострањеног с основним догмама секуларног морала“ (Graff, 1994: 50).

Писменост је део елементарног образовања. Међутим, као главна потешкоћа јавља се распрострањеност евидентирања неједнаких могућности и школских почетака, од радикално различитих основа за децу из неједнаких друштвених класа, раса, и етичких група, и професорских очекивања у вези с посебностима различитих младих особа. Родни приступ такође је значајан. Мотивација међу младима умногоме се разликује у различитим социјалним линијама, али и између деце и младих истог порекла.

Слично томе како појединци прате другачије путеве ка описмењавању и учењу, историјски посматрано, и људска друштва заузимала су различите стазе у достизању виших нивоа популарног описмењавања (Graff, 1994: 51–52).

У САД, на пример, постоји дуга традиција у напорима државе за описмењавање становништва, чак дужа од две стотине година. Од најранијих дана оснивања федералне државе, владе су увек обезбеђивале фондове да утемеље, охрабре и прошире програме ради пружања помоћи одраслим особама да превазиђу образовне потешкоће које онемогућавају успешно и одговорно учешће у животу и напретку једног народа. Стога, САД су, на нивоу савезне власти, организовале вечерње школе за одрасле, образовање путем курсева, као и школовање за натурализоване Американце. Записи у државним архивама садрже доказе о организованом образовању за одрасле који датирају још из 18. века. До раних шездесетих година 20. века, сиромаштво и описмењавање одраслих постали су поновни предмет пажње у САД. Године 1964. донет је Economic Opportunity Act, који у глави другој прописује нормативни темељ основног едукативног програма за одрасле као посебне буџетске линије. Те прве године након усвајања закона, САД су издвојиле 18.6 милиона долара за различите програме образовања одраслих.<sup>4</sup>

У Европи, министри образовања ЕУ су поставили заједнички циљ да се стопа петнаестогодишњака који нису савладали основе читања смањи са садашњих 20% на 15% до 2020. године. Према извештају Програма процене ученичких постигнућа (ПИСА) Организације за економску сарадњу и развој (ОЕЦД), у 2009. години 41% ученика у Бугарској није достигао одговарајући ниво функционалне писмености, а у Румунији 40,4%. Број функционално неписмених се ипак смањио у односу на 2006. годину за 10,1 процентни поен у Бугарској и 13,1 процентни поен у Румунији. Најмање функционално неписмених ученика у ЕУ је у 2009. години забележено у Финској – 8,1%.

Према извештају ПИСА за 2009. годину, проценат ученика у Србији који нису достигли ниво функционалне писмености смањен је са 52% у 2006. години на 33% у 2009. години. По читалачкој писмености ученика, Србија је била испред: Бугарске, Румуније, Црне Горе и Албаније, а заостајала је за Словенијом и Хрватском. Извештај је показао да у ЕУ постоји значајан јаз међу половима, пошто је стопа дечака (26,6%) који нису довољно писмени знатно већа од стопе девојчица (13,3%). Јаз међу половима је најмање изражен у Холандији, у којој према подацима из 2009. године 10,8% девојчица и 17,9% дечака није савладало у довољној мери читање и писање. Следе Данска (11,5% девојчица и 19% дечака) и Белгија (13,8% девојчица и 21,5% дечака). Тај јаз је највише изражен на Малти, у којој 48,4% дечака није савладало у довољној мери писање и читање, девојчица

---

4 Наведено према: *History of the Adult Education Act*, Retrieved 18 March, 2015 from <http://www.naepdc.org/issues/AEAHistort.htm>.

24,4%, затим Бугарској (52% дечака и 29,2% девојчица) и Литванији (35,5% дечака и 13% девојчица).<sup>5</sup>

У земљама у којима је неписменост искорењена питање о писмености се не обухвата пописом. Код нас се оно редовно прати у свим досадашњим пописима, а поставља се свим лицима старијим од десет година. По попису из 2002. године, у Србији је било 232.925 неписмених лица, што је било 3,5% од укупног становништва старијег од десет година. Од броја неписмених, 81,1% је било у централној Србији, или 188.835 лица, а у Војводини 44.090, или 18,9%. Истовремено, удео неписмених у укупном становништву старијем од десет година био је 3,8% у централној Србији и 2,4% у Војводини (Демографски преглед, 2003: 1).<sup>6</sup> Резултати пописа из 2012. показали су да је број неписмених људи у Србији преполовљен у односу на попис из 2002. године, и сада их има око 165.000, од којих више од 80% чине жене. Непотпуну основну школу има око 677.000 становника Србије, или 11%, а 2002. године било их је више од милион. С високим образовањем у Србији је нешто више од 650.000 становника, што је скоро 11%, за разлику од 2002. године када је било 6,52%. Компјутерски је неписмено више од 50% становништва Србије.<sup>7</sup>

### 3. Области разумевања писмености

Од средине 20. века научници су почели да посвећују посебну пажњу дефинисању писмености, а њихов рад имао је непосредне последице у приступима праксе и политике појединих земаља. Научници широког спектра интересовања, из области психологије, економије, лингвистике, социологије, антропологије, филозофије и историје, почели су да учествују у дебати разноликог контекста о томе шта је писменост и како је она повезана у ширем смислу с образовањем и сазнањем. Узимајући у обзир традицију, критицизам и приступе у односу на писменост, у документима Унескоа издвојене су четири области разумевања писмености: То су: писменост као самостални скуп вештина; писменост као нешто што се примењује, практикује и утврђено је стање; писменост као процес учења; писменост као текст, садржина од речи (Understandings of literacy, 2006: 148).

---

5 Наведено према: *Недовољна писменост проблем у ЕУ и Србији*, 7. 9. 2012, Retrieved 24 March 2015 from <http://www.euractiv.rs/srbija-i-eu/4670-nedovoljna-pismenost-problem-i-u-eu-i-srbiji>.

6 Такође доступно и на: *Слика неписмености у Србији*, Retrieved 24 March 2015 from <http://www.minrzs.gov.rs/files/doc/porodica/Demografski%20pregled/2003/16%20Slika%20nepismenosti%20u%20Srbiji.pdf>.

7 Наведено према: *У Србији 165.000 неписмених*, Retrieved 24 March 2015, from <http://www.dnevnik.rs/drustvo/u-srbiji-165000-nepismenih>.

Писменост као самостални скуп вештина обухвата умеће читања, писања и говора. Најубичајеније разумевање писмености је управо у томе да је то скуп процењивих вештина, посебно когнитивних вештина читања и писања, које су независне од контекста у коме су стечене и од прошлог живота те особе. Ово схватање писмености обухвата и умећа рачунања, као и способност приступа знању и информацијама.

Следећа област разумевања писмености односи се на то како се писменост примењује, практикује и утврђеном је стању, па више представља начин скретања пажње на писменост као вештину примењену на прави начин. Шездесетих и седамдесетих година 20. века, оваквим схватањем иницијално се истицао значај писмености на социоекономски развој.

Писменост као процес учења подразумева да када неко учи, тај постаје описмењен. То је један од андрагошких принципа, или теорије образовања одраслих, по којој је ученик у центру едукативног процеса, уз критичку рефлексију тог центра.

Писменост као текст, садржина састављена од речи, јесте четврти начин разумевања писмености, као предметног одређења у коме је природа тог текста састављена и коришћена од стране писменог појединца. Текстови се разликују у зависности од предмета и жанра. Овај начин подразумева анализу садржаја, слично социолингвистичком дискурсу (*Understandings of literacy*, 2006: 149–152).

Објашњења писмености неминовно воде објашњењу супротне појаве – неписмености. Један од прегалаца филозофске мисли 20. века А. Н. Вајтхед (*Alfred North Whitehead*) је рекао: „Не незнање, већ незнање незнања је смрт знања“. У науци се наводе различити изрази, као неписменост, полунеписменост, функционална неписменост, праћени фрустрацијама, узнемиреношћу и разочарењем особе код које је уочена мањкава писменост. Осим тога, спомиње се и прикривена неписменост, која означава игнорисање, односно незнање сопственог незнања. Неписмене особе скривају своју неписменост од себе, и често не схватају у потпуности информације и идеје које примају из спољног света. И пошто неписменост никада као таква није била идентификована од стране саме неписмене особе, она је скривена и од других.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Наведено према *Applied Scholastics*, Retrieved 10 March 2015 from <http://www.appliedscholastics.org/education-issues/hidden-illiteracy-the-ignorance-of-ignorance.html>.

#### 4. Последице неписмености

Неписменост може да погађа како индивидуу, тако и друштво у целини. То се односи на следеће аспекте живљења: ограничење способности да се приме и разумеју суштаствене информације; незапосленост (стопа незапослености је 2-4 пута већа код оних с нижим степеном образовања него код оних с вишим образовањем); нижа зарада; обављање једноставнијих послова; ограничење могућности целоживотног учења и професионалног развоја; неизван финансијски положај; придавање малог значаја читању и образовању у породици, што често води ка интергенерацијској трансмисији неписмености; низак ниво самопоштовања који може довести до изолације; утицаји на здравље (неписмене особе доживљавају повреде на послу, потребан им је дужи опоравак и код њих су чешће злоупотребе медикамената услед незнања о томе како да заштите своје здравље и зато што имају тешкоће код читања и разумевања релевантних информација, као што су упозорења, дозирање, контраиндикације).

Неписменост има и своје последице по друштво. Пошто је писменост суштинско средство за појединца и друштво да буду конкурентни у условима нове глобалне економије, многе позиције остају непопуњене услед помањкања личне способности да се оне досегну. Тешкоће око разумевања социјалних извора умањују ниво укључивања у заједницу и учешћа у грађанском друштву.<sup>9</sup>

У криминолошкој литератури не постоје јединствена схватања о томе како образовање може да утиче на испољавање делинквентних активности (песимистичка и оптимистичка струја),<sup>10</sup> мада статистички подаци показују да се међу делинквентима налази велики број оних са ниским образовањем и нижим степеном културе (Милутиновић, 1988: 323–324). Међу многим факторима везаним за утицај школе на криминалитет, посебно се истичу: неуспех у школи, напуштање школе и низак ниво образовања. Слаб успех у учењу, понављање разреда, слабо напредовање у савлађивању школског градива утичу на немогућност стицања потребног знања и образовања, недостатак радних навика, као и на појаву одређених сметњи у понашању, као што су: бежање од школе, скитња, алкохолизам, наркоманија, проституција, вршење кривичних дела (Константиновић-Вилић, Николић-Ристановић, 1998: 315).

---

<sup>9</sup> Наведено према: *Consequences of illiteracy*, Retrieved 10 March 2015 from <https://www.fondationalphabetisation.org/en/foundation/causes-of-illiteracy/consequences-of-illiteracy/>

<sup>10</sup> Ломброзо је истицао да деца која већ у основној школи показују стигмат рођеног криминалца треба да буду издвојена и подвргнута специјалном третману, планираном тако да јача инхибиторне факторе и угуши криминалне нагоне (Mannheim, 1970: 224).



Фактор напуштања школе сматра се основним узроком делинквенције и појаве наркоманије међу децом. Резултати истраживања су понекад контрадикторни, нарочито када се установи да су многа девијантна понашања учињена од стране оних који похађају школу, али је, опет, једноставније открити или ухапсити оне који су напустили школу. Исто тако, вероватније је да ће делинквентно понашање, поготову оно учињено с групом вршњака, олакшати доношење одлуке да се напусти школа. Клиnard наводи разврставање начина напуштања даљег школовања, и то као: нехотично напуштање, напуштање због менталне заосталости и напуштање школе од стране интелектуално способне деце (Clinard, 1968: 715). Школска средина, као и потешкоће око уклапања у новоформиране односе захтевају способност прилагођавања, која има скоро одлучујући допринос за дететов даљи однос према школи и образовању и за евентуалну појаву девијантног и делинквентног понашања, чак више него што је допринос интелектуалних способности.

Међутим, процеси образовања и школовања, иако садрже низ недостатака техничке и садржајне природе, не могу имати дејство непосредног криминогеног фактора. Када дете потиче из деградиране породице, школа тешко може да утиче на дете у супротном смеру од онога у породици који је примаран, зато што нова средина, с посебним захтевима и специфичним ауторитативним односом, само додатно оптерећује и збуњује већ виктимизирано дете. Сами родитељи ће постати обесхрабрени у условима социјалне изолације, сиромаштва, брачног раздвајања или недостатка друштвене потпоре, а као последица њихове деморалисаности, они ће бити мање способни да успоставе контакт с децом нижих интелектуалних могућности и да им пруже подршку у развијању емоционалне контроле, спремности за учење и у другим друштвеним вештинама. Сви ови недостаци утичу да дете буде лоше припремљено за друштвене и образовне захтеве које поставља школа. Такође, дете које крене у школу с развијеним способностима да испољава агресивност и осећа неиспуњеност је лоше припремљено да савлада читање, што представља најзначајнији образовни задатак првих година у школи.

Осим тога, још једна особина, у многобројним високо ризичним факторима јављања насиља и антисоцијалног понашања код деце, јесте недостатак породичне подршке за остварење доброг владања у школи и залагања да се савлада школско градиво. Деца из таквих породица се зближавају с децом сличних особина и понашања, што ствара велике тешкоће наставницима који несвесно постају недоследни у свом односу према ђацима, вербално их злостављају и стварају принудни однос са децом. Због тога, неки социолози истичу да “иронијом животног искуства” насилни обрасци

понашања наставника оживљавају породично искуство високо ризичне деце и појачавају њихово проблемско понашање. Тако се између агресивне, одбојне деце и наставника ствара јаз који онемогућава пружање подршке проблематичној деци. То се нарочито може да одрази у контактима између родитеља и наставника, у којима родитељ осећа понижење и бол због дететовог понашања (Coie,1996: 7–9).

Она деца која испољавају рано и непрекидно антисоцијално понашање су више склона томе да покажу неуспех у учењу, још у основној школи, и мањак привржености школи. Рано испољавање непрекидног антисоцијалног понашања у првим годинама основне школе предсказује да ће се касније јавити криминално и насилничко понашање. Деца која током периода основношколског узраста показују антисоцијално понашање, као што су агесија, негативистичко расположење и изливи беса, имају већу вероватноћу да се упусте у злочин и насиље као адолесценти и одрасле особе него деца која не испољавају антисоцијално понашање. Неуспех у учењу је фактор ризика насиља и делинквенције који се испољава као показатељ у каснијим годинама основношколског образовања, док недостатак привржености школи доводи до веће склоности ка делинквенцији него код младих који прихватају свој положај и улогу ћака као нешто што је жељено и води оспособљавању за живот.

Неписменост жена је директна последица стереотипа и предрасуда у друштву. Живећи у „свету мушкараца“, многим женама је образовање недоступно. Неписмене, ван система образовања, ове жене су подложне и виктимизацији, јер им остају недоступне информације о бројним начинима како да се од ње заштите. О томе сликовито говори и исповест Хадије Б. из Босне и Херцеговине: „Гдје год да одем, у шта год да погледам, свугдје нешто пише, а ја не знам шта. Слијепа сам поред очију“, каже са сузама у очима седамдесетогодишња Хадија Б. и спушта поглед у крило. „Такав је обичај код нас био, такво вријеме. Женска дјеца нису ишла у школу, морала су радит по кући, чуват стоку. Једино што су ме као дијете научили јесу бројеви. Да ме неко не превари на тржници. Не знам шта пише на лијековима, како се употребљавају. Не знам шта пише у продавницама, гдје шта стоји, за шта је шта, стално запиткујем, понешто памтим, стидим се. Дјеца су ме тјерала да научим, али нисам имала времена, увијек је посао био пречи“.<sup>11</sup>

Неписменост и недовољно образовање утичу на готово све сфере живота. Отежан је улазак у свет рада, здравствена заштита, превенција

---

11 *Неписмене жене одржавају моћна мушка царства*, Retrieved 9 May 2015, from <http://balkans.aljazeera.net/vijesti/nepismene-zene-odrzavaju-mocna-muska-carstva>.

криминалитета итд. Суштина криминалне политике је управо у примарној превенцији, које нема и не може бити без обавештених грађана о механизмима заштите од криминалитета. У овом процесу, писменост схваћена у најширем смислу има кључну улогу. Сасвим је јасно да описмењавање становништва има много шири значај од развоја индивидуе. Сузбијање неписмености обезбеђује перманентни развој друштва, које једино тако може постати заједница самосвесних мислећих појединаца. На остваривању овог цивилизацијског задатка, заједница у којој живимо треба да усмери све своје снаге и потенцијале.

## 5. Неколико закључних разматрања

Комуникација међу члановима групе не представља посебну специфичност људског рода, већ и чланови других виших и нижих животињских врста имају своју особену комуникацију. Међутим, проналазак писма ипак представља неупоредиво важније средство за комуникацију него било које друго „материјално помагало путем којих поруке стижу од својега извора (даваоца) до оних којима су намењене (прималаца)“ (Звонаревић, 1976: 379). Како Звонаревић опажа, проналазак писма омогућио је да поруке међу људима бивају одашиљане и примане независно од онога ко их је упутио или створио. Јер, домет поруке више није зависио од јачине човековог гласа или звука удараца бубњева.

Начин, средства и циљеви који се остварују разменом порука међу људима условљени су многобројним егзогеним и ендогеним карактеристикама, а посебно крајњим невидљивим, или ближим, видљивим циљевима који се желе остварити. Нити је свако дејство одашиљане поруке прихватљиво за друштво у датом тренутку, нити увек неприхватљиво. Крај 20. и почетак 21. века донели су нови, убрзани вид комуникације преко посебног техничког средства, компјутера, и виртуелног света, интернета. Техничка описмењеност покренула је многе од светских револуција на прагу 21. века, с једне стране, док су и многе индивидуалне аспирације, тежње, догађаји у појединачним људским животима донели неслућене изазове.

Питање писмености и описмењавања становништва није индивидуални, ничим регулисани процес који треба да зависи од воље појединаца. То је државно питање, приоритетно, с циљем остваривања националног интереса народа, па стога мора функционисати уз одређене буџетске стандарде, предвиђене не само за постизање крајњег циља – основног описмењавања становништва, већ за стварање високо софистициране мреже стручњака и институција који би се овим питањем бавили. Искорекивање неписмености код нас мора бити приоритетни задатак

свих учених људи. Потреба за школом и стицањем сазнања треба да нас врати у време Доситеја Обрадовића, чији „Живот и прикљученија“ и даље приповедају о насушној потреби људи за знањем.

## Литература

*Applied Scholastics*. Retrieved 10 March 2015 from <http://www.appliedscholastics.org/education-issues/hidden-illiteracy-the-ignorance-of-ignorance.html>

*Disorders, Substance Abuse and Delinquency*. (Ed. Ray DeV Peters, Robert J. McMahon), SAGE Publications, Thousand Oaks, London, New Delhi

*Dictionary.com*, Retrieved 11, March 2015 from <http://dictionary.reference.com/browse/literacy>

Звонаревић, М. (1976). *Социјална психологија*. Загреб: Школска књига

Константиновић-Вилић, С. Николић-Ристановић, В. (1998). *Криминологија*. Ниш: Студентски културни центар

Mannheim, H. (1970). *Comparative Criminology*. London: Routledge and Kegan Paul, Vol. 1

*Reflections about the Meaning of Literacy*, April 27, 2012, Retrieved 11 March 2015, from <http://www.literacyinlearningexchange.org/defining-literacy>

Милутиновић, М. (1988). *Криминологија*. Београд: Савремена администрација

*Недовољна писменост проблем и у ЕУ и Србији*, 7. 9. 2012, Retrieved 24 March 2015 from <http://www.euractiv.rs/srbija-i-eu/4670-nedovoljna-pismenost-problem-i-u-eu-i-srbiji>

*Неписмене жене одржавају моћна мушка царства*, Retrieved 9 May 2015, from <http://balkans.aljazeera.net/vijesti/nepismene-zene-odrzavaju-mocnamuska-carstva>

*Речник српскога језика*. (2007). Нови Сад: Матица српска

Слика неписмености у Србији. (2013). *Демографски преглед*. Retrieved 24 March 2015 from <http://www.minrzs.gov.rs/files/doc/podrocna/Demografski%20pregled/2003/16%20Slika%20nepismenosti%20u%20Srbiji.pdf>

*Understandings of literacy*. (2006). Education for all Global Monitoring Report, Retrieved 10 March 2015 from [http://www.unesco.org/education/GMR2006/full/chapt6\\_eng.pdf](http://www.unesco.org/education/GMR2006/full/chapt6_eng.pdf)

*У Србији 165.000 неписмених*, Retrieved 24 March 2015, from <http://www.dnevnik.rs/drustvo/u-srbiji-165000-nepismenih>

Harvey J. Graff. (1994). Literacy, myths, and legacies: lessons from the history of literacy. In: *Functional Literacy: theoretical issues and educational implications*. (Ed. by Ludo Verhoeven). Netherlands: John Benjamins Publishing. Retrieved 11 March 2015 from [https://books.google.rs/books?hl=sr&lr=&id=z7nbgVnZyYMC&oi=fnd&pg=PA37&dq=history+of+literacy&ots=KMw46lcL6&sig=laSLEIovvw36eMUh3FgVhprYw\\_s&redir\\_esc=y#v=onepage&q=history%20of%20literacy&f=false](https://books.google.rs/books?hl=sr&lr=&id=z7nbgVnZyYMC&oi=fnd&pg=PA37&dq=history+of+literacy&ots=KMw46lcL6&sig=laSLEIovvw36eMUh3FgVhprYw_s&redir_esc=y#v=onepage&q=history%20of%20literacy&f=false)

*History of the Adult Education Act*, Retrieved 18 March, 2015 from <http://www.naepdc.org/issues/AEAHistort.htm>

Clinard, B. M. (1968). *Sociology of deviant behavior*. New York, Holt, Rinehart and Winston, Inc

*Consequences of illiteracy*, Retrieved 10 March 2015 from <https://www.foundationalphabetisation.org/en/foundation/causes-of-illiteracy/consequences-of-illiteracy/>

Coie, J. (1996). Prevention of Violence and Antisocial Behavior, In: *Preventing Childhood*

**Prof. Miomira Kostić, LL.D.**  
Full Professor,  
Faculty of Law, University of Niš

**Filip Mirić, LL.D.**  
Associate for Post-graduate Studies,  
Faculty of Law, University of Niš

## **THE DUAL NATURE OF ILLITERACY: A VICTIMOGENIC PREDISPOSITION AND/OR A CRIMINOGENIC FACTOR**

### **Summary**

*Criminology textbooks frequently feature a quote written by Victor Hugo: “He who opens a school door, closes a prison.” The proponents of this optimistic standpoint indicate that the higher the level of education, the lower the crime rate; on the other hand, statistical data show that the lower illiteracy rate does not necessarily result in a lower crime rate. The pessimistic standpoint is embodied in the idea that high level of literacy attained through relevant education is closely associated with the commission of some highly sophisticated types of crime, such as cybercrime or white-collar crime. The proponents of this viewpoint assert that education has no direct impact on the decline of crime rate.*

*The data provided by the UNESCO show substantial progress and increase in the literacy rate worldwide. Yet, today, there is still a total number of 781 million adults and 126 million young people worldwide who cannot read or write a simple sentence; two-thirds of them are women. These indicators have significant implications on the global efforts to reduce poverty.*

*Considering the current and the presumed future correlation between the literacy/illiteracy of the world population and the poverty rate, we can examine these endogenous and exogenous factors and evaluate them in relation to the incidence of delinquent behavior in this population. The victimization rate in this population is by no means negligible and inconsequential. Quite the reverse, in correlation with some other criminogenic factors (such as: poverty, lack of education, bad neighborhoods, socio-pathological phenomena, etc.), it yields fertile grounds for the development of a victimogenic predisposition, particularly among women and youth.*

**Key words:** literacy, illiteracy, poverty, women, youth, delinquency, victimogenesis.

**Др Дарко Димовски,\***  
Доцент Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 343.85:343.55

Рад примљен: 30.06.2015.  
Рад прихваћен: 03.12.2015.

## **РЕСТОРАТИВНА ПРАВДА У ФУНКЦИЈИ ЗАШТИТЕ ОД НАСИЉА У ПОРОДИЦИ**

**Апстракт:** Аутор на почетку рада истиче велику распрострањеност насиља у породици, при чему наглашава да класичне мере државне реакције у виду вођења кривичног поступка против извршиоца насиља у породици не дају адекватне резултате, јер се стопа насиља у породици не смањује како у свету, тако и у Републици Србији. Полазећи од тога да класична реакција државе на случајеве насиља у породици не даје добре резултате, аутор истиче ресторативну правду као алтернативни начин реакције на случајеве насиља у породици. Стога аутор истиче потребу примене ресторативне правде на случајеве насиља у породици, наводећи примере добре праксе у Канади и Сједињеним Америчким Државама. Надаље аутор анализира примену начела опортунитета на основу чл. 283 Законика о кривичном поступку Републике Србије за случајеве насиља у породици. Подвргавање психосоцијалном третману ради отклањања узрока насилничког понашања, као обавеза осумњиченог за насиље у породици, спроводи се у просторијама центара за социјални рад. Аутор на крају рада даје одређене предлоге с циљем побољшања постојећег програма у центрима за социјални рад у Републици Србији.

**Кључне речи:** насиље у породици, насилници, третман, превенција.

### **1. Увод**

Насиље у породици, као мање или више видљива манифестација интерперсоналних односа међу члановима породице, представља појаву иманентну људском роду још од стварања првих људских група. Ипак, тек

---

\* darko@prafak.ni.ac.rs

\*\* Рад је реализован у оквиру пројекта бр. 179046 Министарства за просвету, науку и технолошки развој Републике Србије.

се друга половина 20. века сматра „златним веком“ не само детета, већ и других вулнерабилних чланова породице, попут жена/мајки/партнерки и остарелих чланова породичног домаћинства, услед политичког ангажовања феминистичких и других невладиних организација на нивоу развијенијих држава света. Активном улогом група за заштиту људских права, насиље у породици престаје да представља приватну ствар чланова породице, постаје друштвено видљиво, с јасном тенденцијом уплива државе у приватну сферу живота.

Овај облик криминалитета насиља може се одредити као примена физичке и психичке силе међу члановима породице, при чему долази до тога да се сигурност чланова породице и њихов однос поверења угрози и/или повреди, уз испољавање контроле и моћи међу члановима породице, без обзира да ли је домаће законодавство инкриминисало ово друштвено неприхватљиво понашање као кривично дело, и да ли је извршилац насиља пријављен органима гоњења (Константиновић Вилић, Николић Ристановић, Костић, 2012: 115–116).

Изложеност чланова породице, а посебно жена као лица с највећим ризиком виктимизације, свакодневно је велика, без обзира што су државе широм света изградиле одговарајући легислативни оквир за борбу против овог облика криминалитета насиља, уз јасну казнену политику ретрибутивног процеса. Другим речима, казнена политика у борби против насиља у породици није дала одговарајуће резултате, те је стога неопходно приступити изградњи другачијег начина реакције на овај облик криминалитета насиља, са јасним циљем да се избегне вршење истог кривичног дела у будућности. Наиме, другачији начин друштвене реакције на насиље у породици се отелотворује у примени ресторативне правде у којој се подједнако штите интереси жртве, учиниоца насиља у породици, као и локалне заједнице. Стога ће аутор у наредном делу рада изложити распрострањеност насиља у породици у свету и код нас, да би на крају изложио основе примене ресторативне правде на случајеве насиља у породици у свету, са посебним освртом на ресторативну правду код овог облика криминалитета насиља у Републици Србији.

## **2. Распрострањеност насиља у породици**

Податке о распрострањености насиља у породици тешко је утврдити, јер код овог облика криминалитета постоји велика тамна бројка. Ипак, резултати криминалошких истраживања указују да је насиље у породици веома распрострањено. Наиме, према извештају Агенције Уједињених нација за родну равноправност и оснаживање жена (United Nations Entity



for Gender Equality and the Empoverment of Women), 35% жена широм света су жртве насиља у породици.<sup>1</sup> Насиље над женама у породичним односима има највећи обим у Африци, источном Медитерану и југоисточној Азији, у којима се 37% жена суочава с насиљем, док је најмање заступљано у државама високог економског благостања, као што су државе Европе и западног Пацифика, где је 25% жена, у неком тренутку свог живота, било жртва насиља у породици.<sup>2</sup>

Истраживања у појединачним државама показују различите резултате. Тако, на пример, у Сједињеним Америчким Државама, према подацима Министарства правде из 2013. године, 25% жена су биле жртве породичног насиља, док се годишње деси око 960.000 случајева насиља у породици. Жене су жртве насиља у породици у око 85% случајева, док су мушкарци виктимизирани у 15% случајева. Највећи виктимогени ризик имају жене старости од 20 до 24 године. Број убистава међу члановима породице је такав да се просечно дневно изврше 3 убистава жене и 1 убиство мушкарца, што доводи до тога да чак 11% убистава у Сједињеним Америчким Државама буде резултат постојања насиља у породици током 1998. године. Пружање здравствених услуга жртвама породичног насиља годишње кошта пореске обвезнике око 5,8 милијарди америчких долара. Насиље у породици је повезано и са другим облицима насиља, попут криминалитета прогањања. Њихову повезаност најбоље илуструје податак да је преко 503.000 жена прогањано од стране својих интимних партнера. Подаци о распрострањености насиља у интимним односима међу средњошколцима су још алармантнији. Наиме, 32% средњошколаца је у таквој емотивној вези која подразумева постојање насиља. Средњошколке у 40% случајева знају особу женског пола њихових година која је била жртва насиља од стране својих интимних партнера.<sup>3</sup>

Према резултатима истраживања Националног института правде и Центра за контролу болести и превенцију у САД, за које многи истраживачи насиља у породици сматрају да је најпоузданије, процењено је, на основу испитаног узорка од 16.000 особа, да је 1,5 милиона особа женског пола жртва насиља у породици, док се број мушкараца креће око 830.000. Ово истраживање је, уједно, показало да је међу испитаницима, једна четвртина тврдила да је била жртва напада или силовања током свог живота (Roberts, 2002: 25).

---

1 Facts and Figures: Ending Violence against Women, Retrieved 31, March 2014 from <http://www.unwomen.org/en/what-we-do/ending-violence-against-women/facts-and-figures>.

2 Global and regional estimates of violence againts women, Retrieved 31, March 2014 from [http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/85239/1/9789241564625\\_eng.pdf](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/85239/1/9789241564625_eng.pdf).

3 Domestic Violence / Abuse Statistics, Retrieved 30, March 2014 from <http://www.statisticbrain.com/domestic-violence-abuse-stats/>.

Република Србија не „заостаје“ за насиљем у породици у односу на друге државе. Прво квантитативно истраживање о распрострањености насиља у породици у Републици Србији је спроведено 2001. године, од стране Виктимолошког друштва Србије, када није ни постојала инкриминација насиља у породици као кривичног дела. На узорку од 700 пунолетних жена, дошло се до резултата да је свака трећа жена доживела физички напад, док је свака друга жена била жртва психичког напада (Димовски, 2014: 159–160). Услед процеса криминализације, када је 2002. године насиље у породици инкриминисано као кривично дело, дошло је до тога да се број кривичних дела из главе XIX, под називом кривична дела против брака и породице, повећа у наредним годинама за три пута. Тако је 2004. године било пријављено 1.009 пунолетних лица за кривично дело насиља у породици, док је 2012. године број пријављених пунолетних лица нарастао на 3.624.<sup>4</sup> Такође, треба нагласити да држава није могла да пружи адекватну заштиту жртвама насиља у породици, а пре свега женама као групи која има највећи ризик да постану жртве овог облика криминалитета, због тога што поједини облици насиља у породици, попут сексуалног насиља над женама у браку, нису могли да се подведу ни под једно кривично дело. Уколико је дошло до физичког насиља, насилници су процесуирани према одредбама о лаким и тешким телесним повредама, док се психичко насиље подводило под кривично дело увреда или клевета (Константиновић Вилић et al. 2012: 119). Одговарајућом изменом Кривичног законика, физичко и психичко насиље подводило се под кривично дело насиља у породици из члана 194 КЗ, а сексуално насиље међу брачним партнерима под одредбе кривичног дела силовања.

Обим насиља у породици на територији коју покривају тужилачки и судски органи Града Ниша је константан за период 2010–2013. година. Наиме, током 2010. године Полицијској управи у Нишу поднето је 215 кривичних пријава, а 2011. године 199 кривичних пријава. У наредној години је дошло до благог повећања пријављених случајева насиља у породици – 217, док је у последњој години посматраног периода поднето 222 кривичних пријава за насиље у породици. Основно јавно тужилаштво је током 2010. године примило 256 кривичних пријава, док је одбацило 55. Наредне године је било најмање примљених кривичних пријава, свега 87, док је одбачено 34. Године 2012. долази до наглог скока броја примљених кривичних пријава од стране Основног јавног тужилаштва. Наиме, тада

---

4 Републички завод за статистику, Retrieved 31 March 2014, from <http://webrzs.stat.gov.rs/WebSite/Public/ReportResultView.aspx?rptKey=indId%3d140202IND01%2635%3d6%2657%3d0%2c01%2c02%2c03%2c04%2c2%262%3d%23all%23%266%3d1%2c2%26sAreaId%3d140202%26dType%3dName%26lType%3dSerbianCyrillic>.

је примљено 312 кривичних пријава, а одбачено је 57. У последњој години посматраног временског периода примљена је 241 кривична пријава, при чему је одбачено њих 64.

### **3. Примена ресторативне правде на случајеве насиља у породици у свету**

Упоредо са прихватањем чињенице да класичан ретрибутивни концепт кривичног права не даје адекватне резултате у борби против насиља у породици, развијала се идеја о примени ресторативне правде на случајеве насиља у породици, којом би се радило на оснаживању положаја жртве и локалне заједнице с циљем задовољена њихових потреба (Morris, Kingi, Gelsthorpe, Hayden, 2014: 212). Ипак, многи криминолози, задојени феминистичком идеологијом, а priori су одбацили могућност примене ресторативне правде на случајеве насиља у породици. За разлику од других кривичних дела, код којих је избор жртве често случајан и код којих је не постоји могућност ревиктимизације, код насиља у породици ствари стоје управо супротно. Наиме, код случајева насиља у породици, због постојања тзв. циклуса насиља (cycle of violence), односно ревиктимизације, као и због чињенице да се жртва не постаје стицајем случајних околности, већ намерним одабиром, на основу чињенице да је жртва у партнерским односима са насилником, (не) може се применити ресторативна правда. Бројни криминолози, попут Странга (Strang) и Бретвајта (Braithwaite), поставили су питање ефикасности ресторативне правде на случајеве насиља у породици. Они су поставили питање ефикасности извињења насилника. Уједно, као проблем се јавио сусрет насилника и жртве за време ресторативне правде, када постоји могућност ревиктимизације и секундарне виктимизације. Укљученост локалне заједнице, као незаобилазног чиниоца поступка ресторативне правде, такође се јавила као проблем (Fernandez, 2006: 13). Међутим, поред свих проблема, који се јављају при самој помисли на примену ресторативне правде на случајеве насиља у породици, бројни криминолози су заступали тезу да ју је могуће применити на овај облик криминалитета насиља.

Временом, дошло је до примене ресторативне правде на случајеве насиља у породици у бројним земљама. Државе које су највише одмакле у њеној примени су Канада, Сједињене Америчке Државе, Аустралија, Нови Зеланд.

Канада се сматра земљом порекла примене ресторативне правде на случајеве насиља у породици. Наиме, седамдесетих година прошлога века, у заједници хришћана по имену Меноноте дошло је до организованог сусрета извршиоца и жртве насиља у породици (Fernandez, 2006: 11).

Стога је на примеру Канаде могуће објаснити (не)успешност примене овог концепта на случајеве насиља у породици. Наиме, у граду Едмонтон примењује се ресторативна правда на случајеве насиља у породици од 1998. године, у виду посредовања између насилника и жртве – victim-offender mediation (VOM). Да би дошло до спровођења ресторативне правде неопходно је испуњење одређених услова. Тако је, на пример, потребно да је жртва добро информисана о самом поступку ресторативне правде, као и да је њено учешће добровољно. Уједно, неопходно је постојање жеље и осећање личне безбедности код жртве, јер се само на тај начин стварају услови да жртва изрази своја осећања и потребе у вези насиља у породици. Неопходно је постојање безбедности за жртву и ван просторија у којима се спроводи ресторативна правда. На крају, да би поступак ресторативне правде дао добре резултате, потребно је да учинилац овог облика криминалитета насиља прихвати пуну одговорност за своје понашање, изрази кајање, спремност да у истим или сличним ситуацијама поступи драстично другачије, као и да буде отворен за расправу о томе каква су искуства жртве у вези насиља у породици и како је његово понашање имало утицаја на свакодневни живот жртве. Само спровођење поступка ресторативне правде захтева пажљиво планирање, које некад траје и месецима. Остваривање циљева ресторативне правде тражи вишеструко одржавање сесија (Stubbs, 2004: 9).

Овај облик ресторативне правде, односно VOM-а, захтева дуготрајно посматрање случајева, као и припремни рад који се отелотворује у низу сеанси, што треба да резултира успостављањем медијације између насилника и жртве. Такође, самој медијацији треба више времена, при чему се примењују различите ресторативне технике како би дала адекватне резултате. Једна од мана VOM програма је немогућност предвиђања у којим случајевима насиља у породици који су резултирали успешном медијацијом ће насиље да се понови, те је стога неопходно наставити праћење свих случајева медијације насиља у породици (Константиновић Вилић, 2006: 120).

Бројне савезне државе у Сједињеним Америчким Државама примењују ресторативну правду на случајеве насиља у породици. Савезна држава Северна Каролина је највише одмакла у примени алтернативног начина реакција на случајеве насиља у породици. Овај програм ресторативне правде познат је под именом North Carolina Family Group Conferencing Project. Примењује се у 13 округа ове савезне државе. Пројектом се жели остварити безбедно окружење не само за одрасле чланове породице – жене, већ и за децу. То се постиже интензивним радом са члановима шире породице, пријатељима, локалним организацијама и државним

агенцијама. Другим речима, ресторативна правда се одржава на тај начин што на тзв. форуму (сесији) присуствују чланови породице, који су непосредно укључени у случај насиља, заједно са својим рођацима, како би створили „породичну групу“ (family group), с циљем израде плана регулисања конкретног случаја насиља у породици. Наиме, као циљ овог пројекта постављено је охрабривање свих укључених у „породичну групу“ да преузму одговорност за благостање чланова породице и стварање иницијативе чланова породице у решавању последица насиља (Sullivan, Tifft, 2006: 290).

#### **4. Примена ресторативне правда на насиље у породици у Републици Србији**

Полазећи од чињенице да је насиље у породици, нарочито према женама, изразито заступљено, јавни тужиоци у Републици Србији су, поред покретања кривичног поступка према насилницима, при чему постоји могућност изрицања казне затвора за случајеве насиља у породици, почели да примењују, на основу члана 283 Законика о кривичном поступку,<sup>5</sup> начело опортунитета према извршиоцима насиља у породици. Наиме, према поменутом члану закона, јавни тужилац може одложити кривично гоњење за кривична дела за која је предвиђена новчана казна или казна затвора, ако осумњичени прихвати једну или више обавеза. У случајевима насиља у породици обавеза се састоји у подвргавању психосоцијалном третману ради отклањања узрока насилничког понашања. Наредбом о одлагању кривичног гоњења, јавни тужилац одређује рок у којем осумњичени мора да изврши преузету обавезу, при чему рок не може бити дужи од годину дана. Испуњавањем поменуте обавезе од стране осумњиченог, јавни тужилац ће решењем одбацити кривичну пријаву, и о томе обавестити оштећеног. Анализом бића кривичног дела насиља у породици, јасно је да се начело опортунитета може применити на први, други и пети облик кривичног дела насиља у породици.

Желећи да пружи одговарајући психосоцијални третман починиоцима насиља у породици, Република Србија је током 2012. године, у сарадњи са Програмом Уједињених нација за развој, покренула пројекат под називом „Борба против сексуалног и родно заснованог насиља“, којим се пружао одговарајући третман мушкарцима починиоцима насиља у партнерским односима. На овај начин Република Србија испуњава препоруку из Конвенције о елиминацији свих облика дискриминације жена (The Con-

---

<sup>5</sup> Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 121/2012, 32/2013 и 45/2013.

vention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, CE-DAW). Пројекат пружања третмана мушкарцима починиоцима насиља у партнерским односима покренут је истовремено у центрима за социјални рад у Београду, Нишу и Крагујевцу. Као општи циљ пројекта одређено је заустављање и спречавање насиља у партнерским односима у породици и заштита жртава од насиља у породици. Стицање увида у природу насилног понашања, преузимање одговорности за насиље, промена уверења која доприносе насиљу и развијање нових просоцијалних образаца понашања одређени су као посебни циљеви пројекта (Секулић, Малешевић, 2012: 25).

Само мушкарци који су насилни према својим садашњим или бившим брачним или ванбрачним партнеркама могу бити укључени у овај третман који се састоји из две целине. Наиме, у првом делу (индивидуални третман) се врши процена индикација и контраиндикација за групни рад извршиоца партнерског насиља, при чему се обавља сусрет са жртвом партнерског насиља, уз информисање насилника. Друга целина се огледа у спровођењу групног терапијског рада у трајању од 24 сесансе.

На основу различитих индикација и контраиндикација врши се процена да ли одређени насилник може бити укључен у индивидуални и групни третман. Као индикације, тј. критеријуми за укључивање у индивидуални третман наводе се: 1) починилац је био насилан само према члановима породице – партнерки и/или осталим члановима породице; 2) постоји безбедност жртве насиља у породици (насиље је заустављено), те је насилник спреман да потпише тзв. уговор о ненасиљу; 3) неопходно је да се не ради о насиљу са озбиљним последицама; 4) насилник признаје кривично дело и прихвата одговорност за њега; 5) добровољност код прихватања психосоцијалног третмана код насилника и 6) постојање сагласности код насилника да терапеут ступи и одржава контакт са жртвом, с циљем утврђивања да ли се насиље не понавља. Контраиндикације за индивидуални третман се односе на чињенице које одузимају одређеном лицу могућност да буде укључено у психосоцијални третман. Наиме, контраиндикације се отелотворују у следећим чињеницама: 1) учинилац прети убиством члана породице или самоубиством, односно код њега постоји фантазија о њима; 2) постојање опседнутости партнерком; 3) присутност менталног обољења, што онемогућава пуну укљученост у психосоцијални третман; 4) поседовање оружја од стране насилника; 5) зависност насилника од психоактивних супстанци или алкохола; 6) постојање индиција о сексуалном злостављању детета и 7) одбијање насилника да призна кривично дело и након одржаних припремних састанака.

Индивидуални третман се обавља у просторији мањој од оних у којима се врши групни третман. На почетку је неопходно да се терапеут представи насилнику, при чему је, такође, потребно представити установу у којој се спроводи третман. Једна од одлика индивидуалног третмана јесте поверљивост. Међутим, од ове одлике индивидуалног третмана постоји изузетак који су огледа у дужности терапеута да пријави оно насиље које није откривено. Након овога, насилника треба упознати са сврхом и структуром третмана, уз постављање питања да ли он прихвата третман. Прихватање индивидуалног третмана нужно подразумева заустављање насиља, преузимање сопствене одговорности за насиље према партнерки, престанак употребе алкохола и психоактивних супстанци, редовно долажење, као и знања да ће терапеут обавити разговор са жртвом, који се води искључиво ради проверавања да ли је насиље престало. Наиме, телефонски разговор терапеута и жртве обавља се након првог разговора са насилником. У Приручнику је наглашено да третман није могућ уколико се насилник противи контакту терапеута и жртве. Циљ третмана је заустављање насиља, те је неопходан контакт терапеута са жртвом, при чему је жртва слободна да прихвати сарадњу са терапеутом. Задатак успостављања контакта није преношење информација жртве насилнику и обратно, при чему терапеут не треба да подстиче обнављање њихове везе, односно брака. Терапеут има обавезу да, након представљања, обезбеди основне информације жртви о самом психосоцијалном третману, уз истицање да је безбедност жртве на првом месту. Током разговора је неопходно проверити да ли је насиље заустављено, спремност жртве да пријави евентуално нове случајеве насиља у породици, представити шта се очекује од жртве, утврдити њена очекивања у смислу повремених телефонских разговора и разговора у саветовалишту, као и указати јој на систем подршке жртвама насиља у локалној заједници. Уједно, након првог разговора треба проверити шта је насилник рекао жртви у вези њеног разговора са терапеутом, ако и даље живе у истом домаћинству или су у контакту. Иако је у Приручнику наглашено да терапеут није медијатор између насилника и жртве, треба нагласити да терапеут фактички врши улогу медијатора, јер доприноси заустављању насиља и, у крајњем случају, успостављању нормалних односа између партнера. Другим речима, у оваквом раду терапеута са насилником и жртвом могуће је препознати основне контуре ресторативне правде. Ипак, достизање пуног обима ресторативне правде захтева промену рада код психосоцијалног третмана. Наиме, неопходно је омогућити директан контакт насилника и жртве након одређених припрема, како би они у непосредном разговору истакли своја искуства у вези извршеног насиља, све с циљем „поправљања“ онога што је уништено извршеним кривичним делом.

Опис последњег насилног догађаја је есенцијални део индивидуалног третмана. Како би насилник био отворенији за примену одговарајућег третмана према њему неопходно је, након описа последњег насилног догађаја, да га терапеут упозна са типовима насиља. На тај начин насилник треба да развије способност да препозна све случајеве насиља које је примењивао према својој партнерки. Поред испитивања очекивања насилника од спровођења индивидуалног третмана према њему, потребно је надаље упознати насилника са техникама за заустављање насиља као што је *time out*.<sup>6</sup> На крају прве сеансе индивидуалног третмана, са насилником се договарају термини спровођења наредних сеанси, при чему је потребно водити рачуна о томе да су многи насилници у радном односу, те је неопходно уважити њихове обавезе. Могуће је спровести четири сеансе индивидуалног третмана, након чега бива одлучено да ли је конкретан насилник способан за укључивање у наредну фазу третмана – групни рад (Секулић et al. 2012: 25–33).

Након завршетка индивидуалног третмана терапеути процењују да ли се насилник може укључити у групни третман. Предуслов за укључивање насилника у групни рад је постојање жеље код насилника да на овај начин настави са третманом. Као контраиндикације за укључивање насилника у групни третман, како је то наведено у Приручнику за обуку професионалаца и професионалки за третман починилаца насиља у партнерским односима, су: 1) постојање језичке баријере – другим речима неопходност функционалне употребе српског језика; 2) сексуално, жестоко физичко или психичко насиље према деци; 3) тешка животна ситуација насилника у смислу немања посла, места становања или је у току поступак за доделу старатељства над дететом; 4) насилник се налази у притвору или издржава казну затвора; 5) ниједан насилник не сме да буде у таквом положају који га чини „усамљеним“ у односу на друге насилнике из групе; 6) суицидалне мисли или акутна тешка депресија код насилника; 7) постојање изразитих тешкоћа у друштвеним контактима, као што су претерана стидљивост, страх од групе и тако даље, што резултира немогућношћу функционисања у оквиру групе; 8) заузимање изразито контролишућег става према групном третману и терапеуту од стране насилника и 9) кршење правила групе.

6 *Time out* је техника за заустављање насиља. Полазећи од тога да се насиље међу члановима породице дешава у тренуцима када се испољи различито мишљење или када неко од чланова породице сматра да је угрожен или осећа неправду, *time out* техника се састоји у томе да долази до престанка свађе међу члановима породице, без обзира на тренутна осећања. Пожељно је да мушкарац напусти просторију и, ако је то могуће, прошета или трчи како би смањιο напетост. Не препоручује се возња аутомобила. Женама се препоручује да оду у собу која има спољна врата (Cooper, Vetere, 2005: 22).



Поједини услови за укључивање насилника у групни третман су дискутабилни. Наиме, пођимо од тога да је, како стоји у Приручнику, потребно да насилник зна српски макар на функционалном нивоу. Са разлогом се поставља питање да ли такав услов треба поставити и за индивидуални третман, јер се и код индивидуалног третмана одржавају одређене сесансе, што подразумева употребу језика. Такође, као питање се поставља опортуност овог захтева, јер је могуће да припадник мањинске заједнице у Србији, који притом не зна српски, изврши кривично дело насиља у породици. Другим речима, постојање овог услова доводи до немогућности укључивања припадника мањинских заједница који не знају српски језик у психосоцијални третман у оквиру центара за социјални рад. Стога је неопходно размишљати о укључивању преводиоца у психосоцијални третман, с циљем да и овакви насилници имају могућност да коригују своје понашање и избегну кривичну одговорност.

Лоше постављена контраиндикација се отелотворује и код сексуалног, жестоког физичког или психичког насиља према деци. Ова контраиндикација код групног третмана се наводи као контраиндикација и код индивидуалног третмана, с тим што је она много шире одређена код групног третмана. Другим речима, само постојање индикација о сексуалном злостављању детета је основ за неспровођење индивидуалног третмана, док жестоко физичко и психичко насиље то није. Уколико је интенција била да се насиље према деци одреди као основ за неспровођење психосоцијалног третмана према насилнику, било би много боље да су основи неспровођења индивидуалног, односно групног третмана одређени на истоветан начин. Уједно, било би много боље да је направљена јединствена листа контраиндикација за целокупни психосоцијални третман, чиме би се олакшала примена психосоцијалног третмана.

Оправдано се поставља питање да ли је целисходно предвидети као контраиндикацију да се насилник налази у притвору или затвору. Наше мишљење се заснива на тези да би непредвиђање ове чињенице као контраиндикације побољшало положај и ових лица, јер би они у крајњем случају успешним завршетком психосоцијалног третмана избегли кривичну одговорност за насиље у породици. Уједно, ово би подразумевало да надлежна служба у оквиру пенитенцијарне установе доводи насилника на психосоцијални третман, односно групни третман. Таква могућност није предвиђена у Законику о кривичном поступку, стога је потребно прописати овакву могућност. Такође, Приручником нигде није разрађена контраиндикација да ниједан насилник не сме да буде у таквом положају који га чини „усамљеним“ у односу на друге насилнике из групе. Овако постављена контраиндикација може довести до дискриминације, јер је

могуће да терапеути неправилно препознају „усамљеност“ одређеног појединца, те према њему не примене групни третман.

Групни рад се састоји од осам тематских целина, при чему је свака од тематских целина предмет поступања на три сеансе: 1) шта је насиље, 2) психолошко насиље, 3) блискост, секс и љубав, 4) алтернатива насиљу, 5) одговорност, 6) отац и дете, 7) узроци испољавања насиља и 8) последице насиља. Сама сеанса обухвата евалуацију претходног сусрета, вентилирање и индивидуално време. Евалуација претходног сусрета се спроводи с циљем проверавања разумевања, увиђања колико су поједини чланови усвојили ненасилне методе понашања, као и установљавања напретка појединих насилника. Процењивање количине беса од стране самог насилника чини суштину вентилирања, којом се тежи да се учесник групних сеанси реши насиља, односно да подели сопствена искуства у вези насиља и конфликтних ситуација које су се догодиле од претходног сусрета. У фази индивидуалног времена, сваки појединац добија повратну информацију о сопственом искуству од стране осталих чланова групе и терапеута. Током групних сеанси обрађују су следеће теме: шта је насиље, психолошко насиље, сексуалност, алтернативе насиљу, одговорност, отац и дете, узроци насиља, последице насиља.

На завршној сеанси централни део односи се на евалуацију постигнутих резултата код сваког члана групе појединачно. Наиме, од сваког члана се очекује да препозна промене код самог себе у погледу свог понашања према партнерки. Другим речима, члан групе треба искрено да каже који су ставови, схватања и поступци промењени, а који су остали исти. На основу тога, терапеут даје оцену о напретку сваког члана групе, уз постављање питања: „Да ли бисте нас позвали да се насиље понови?“ Последња сеанса завршава се попуњавањем евалуационог листа.

Програм којим се пружао одговарајући третман мушкарцима починиоцима насиља у партнерским односима у Центру за социјални рад „Свети Сава“ почео је да се спроводи од 1. марта 2012. године. До сада је психосоцијалним третманом био обухваћен 61 насилник, при чему су од тог броја четири особе биле женског пола. Оне нису биле обухваћене третманом због непостојања адекватне обуке терапеута за рад са њима, као и због тога што је било немогуће оформити групе за третман услед њиховог малог броја. Уједно, је програм намењен искључиво особама мушког пола. Са четворицом насилника се радило индивидуално, јер нису испуњавали одређене критеријуме за рад у групи, док је 31 насилник био укључен у групни третман. Двадесет два починица насиља у породици нису укључени ни у индивидуални ни у групни третман, јер су код њих постојале

контраиндикације. Сви са којима је поступано били су осумњичени за први облик насиља у породици, при чему су четворица осумњичена за психичко насиље, а сви остали, њих 31, су послати на подвргавање психосоцијалном третману због физичког насиља. Од 31 насилника који су били укључени у групни третман, двојица су искључени из програма, због недоласка на сесије. Сви насилници који су подвргнути групном третману завршили су третман, од чега су њих петорица успешно завршили, а њих 24 делимично успешно, што не спречава јавног тужиоца да одбаца кривичну пријаву. Такође, четворица су били укључени у индивидуални третман који су завршили успешно, због тога што, на пример, нису могли да долазе на сесије групног третмана јер раде ван Ниша.

## 5. Закључак

Република Србија је скоро увела, у оквиру центара за социјални рад, третман са мушкарцима извршиоцима насиља у породици. Центар за социјални рад у Нишу „Свети Сава“ представља пионира у раду са извршиоцима насиља у породици. Иако је програм рада са насилницима у виду пружања психосоцијалног третмана дао одличне резултате, има доста простора за његово унапређење. Наиме, неопходно је што пре донети правилник којим би се регулисала сва отворена питања, као што је, на пример, питање изузећа терапеута у одређеном предмету због околности које доводе у питање његову објективност. Уједно, потребно је предвидети могућност рада и са насилницама, јер немогућност примене психосоцијалног третмана према њима неминовно доводи до тога да се оне даље процесуирају за извршено кривично дело насиља у породици, чиме се стављају у неравноправни положај у односу на мушкарце насилнике.

Проблем недовољне обучености терапеута за рад са насилницама може се брзо превазићи организовањем додатне обуке терапеута, док се проблем недовољног броја насилница за формирање група може надоместити индивидуалним радом са насилницама. Наиме, остаје нејасно зашто насилнице нису биле укључене у индивидуални рад, када већ таква могућност постоји за насилнике. Такође, у наредном периоду је потребно радити на стандардизацији критеријума за процену успешности третмана, јер су се досадашње процене заснивале више на субјективном утиску терапеута. Такође, поставља се питање да ли је целисходно да јавни тужиоци одбацују кривичне пријаве за осумњичена лица у вези насиља у породици, ако су они само делимично испунили услове предвиђене психосоцијалним третманом. Иако у раду са насилницима терапеути пуштају одређене филмове о насиљу у породици, треба размислити о целисходности непосредног

сусрета насилника и жртве, чиме би се створила основа за спровођење ресторативне правде, или пуштања снимка сведочења жена, као најадекватније форме сведочења која би заменила непосредни сусрет жртве и насилника у ситуацији када је немогуће организовати један такав сусрет због противљења жртве. Прихватањем поменутих предлога, програм превенције насиља у породици путем рада са насилницима био би додатно побољшан, с циљем смањење стопе вршења насиља у породици.

## Литература

Global and regional estimates of violence against women, Retrieved 31, March 2014 from [http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/85239/1/9789241564625\\_eng.pdf](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/85239/1/9789241564625_eng.pdf)

Димовски, Д. (2014). *Заштита жена у кривичном праву, Мобилна правна клиника у акцији – од институције ка жртви*. Ниш: Центар за Публикације Правног факултета

Domestic Violence/Abuse Statistics, Retrieved 30, March 2014 from <http://www.statisticbrain.com/domestic-violence-abuse-stats/>

Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, Бр. 72/2011, 121/2012, 32/2013 и 45/2013

Константиновић Вилић, С. (2006). *Различита схватања о односу ресторативне правде и насиља у породици*, бр. 4. Београд: Социјална мисао

Константиновић Вилић, С., Николић Ристановић, В., Костић, М. (2012). *Криминологија*, Ниш: Центар за публикације Правног факултета у Нишу

Morris, A., Kingi, V., Gelsthorpe, L., Hayden, A. (2014). *A Restorative Approach to Family Violence: Changing Tack*. England: Ashgate Publishig Limited

Републички завод за статистику, Retrieved 31 March 2014, from <http://webzrs.stat.gov.rs/WebSite/Public/ReportResultView.aspx?rptKey=indId%3d140202IND01%2635%3d6%2657%3d0%2c01%2c02%2c03%2c04%2c2%262%3d%23all%23%266%3d1%2c2%26sAreaId%3d140202%26dType%3dName%26lType%3dSerbianCyrillic>

Roberts, A., (2002). *Handbook of Domestic Violence Intervention Strategies: Policies, Programs and Legal Remedies*. New York: Oxford University Press

Stubbs, J. (2004). *Restorative Justice, Domestic Violence and Family Violence, Australian Domestic & Family Violence*. Sidney: Clearinghouse

Sullivan, D., Tift, L. (2006). *Handbook of Restorative Justice: A Global Perspective*. New York: Routledge

Ур. Секулић, Ј., Малешевић, Д. (2012). *Приручник за обуку професионалаца и професионалки за третман починилаца насиља у партнерским односима*, Београд: Управа за родну равноправност и Министарство рада, запошљавања о социјалне политике

Facts and Figures: Ending Violence against Women, Retrieved 31, March 2014 from <http://www.unwomen.org/en/what-we-do/ending-violence-against-women/facts-and-figures>

Fernandez, M. (2006). *Restorative Justice for Domestic Violence Victims: An Integrated Approach to Their Hunger for Healing*. Maryland: Lexington Books

Cooper, J., Vetere, A. (2005). *Domestic Violence and Family Safety: A systemic approach to working with violence in family*. London: Whurr Publishers

**Darko T. Dimovski, LL.D.**

*Assistant Professor,*

*Faculty of Law, University of Niš*

## **THE ROLE OF RESTORATIVE JUSTICE IN THE PROTECTION AGAINST DOMESTIC VIOLENCE**

### **Summary**

*In the first part of this article, the author draws attention to the high incidence of domestic violence and emphasizes that the classical measures of state intervention in the form of criminal proceedings against the perpetrators of domestic violence do not yield adequate results given the fact that domestic violence rate is not significantly reduced either in the world or in the Republic of Serbia. Given that the traditional forms of state reaction to domestic violence do not produce relevant results, the author points out to restorative justice as an alternative response to domestic violence cases. Therefore, highlighting the need to apply the mechanisms of restorative justice in domestic violence cases, the author provides examples of good practice in Canada and the United States. Further on, the author analyzes the application of the principle of opportunity, envisaged in Article 283 of the Criminal Procedure Code of the Republic of Serbia, to domestic violence cases. The person suspected of committing domestic violence is subjected to psychosocial treatment, which is carried out on the premises of social welfare centers for the purpose of eliminating the causes of violent behavior. In the final part of the paper, the author gives some suggestions aimed at improving the existing program in social welfare centers in the Republic of Serbia.*

**Key words:** *domestic violence, bullies, treatment, prevention.*



## ЗАШТИТА МАЊИНСКИХ ГРУПА ОД ГОВОРА МРЖЊЕ - Преиспитивање капацитета кривичног законодавства Србије -\*\*

**Апстракт:** Поштовање различитости и пуно уважавање права припадника мањинских група представљају значајне цивилизацијске тековине, уткане у темеље савремених демократских друштава, о чему сведоче многобројни међународни документи, одредбе устава и закона у различитим областима. Из ове констатације, међутим, не следи закључак да у пракси уопште нема нарушавања гарантованих права мањинских група, такве појаве су и даље присутне, што отвара потребу да се, поред осталих начина реаговања, оваква понашања инкриминишу, на корист самих мањинских група, али и на корист заједнице као целине, јер доприносе очувању и учвршћивању њене стабилности. У том смислу, централни предмет проучавања овог рада представља преиспитивање капацитета кривичног законодавства Србије да се избори са тзв. говором мржње усмереним према припадницима различитих мањинских група.

**Кључне речи:** говор мржње, мањинске групе, Кривични законик Републике Србије.

### 1. Уводне напомене

Говор мржње (*hate speech*), данас већ одомаћен термин у нашем и многим другим језицима, потиче из Сједињених Америчких Држава, али не из тамошњег законодавства или криминолошке теорије, како би се могло помислити, него из интерних аката доношених на многим универзитетима 80-их и 90-их година прошлог века (тзв. *Speech Codes*). Универзитетске

\* [dusica@prafak.ni.ac.rs](mailto:dusica@prafak.ni.ac.rs)

\*\* Чланак представља резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ (евиденциони број 179046), који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

власти су, на овакав начин, покушале да уреде јавни говор, забрањујући различите облике увредљивог изражавања и исказивања предрасуда према припадницима других раса, етничких заједница, супротног пола и слично, да би се, у крајњем, спречили учестали конфликти у кампусима (детаљније о историјату у Ристивојевић, 2010: 212 и надаље, Ћирић, 2008: 149 и надаље). Хетерогеност поменутих забрана резултирала је тиме да ни у земљи свог порекла говор мржње нема јединствено појмовно одређење, а најприхватљивије су оне дефиниције по којима представља јавно изражавање, заговарање, охрабривање или подстицање мржње према групи људи које карактерише нека заједничка особина (Ристивојевић, 2008: 217). Ово донекле подсећа на тзв. злочине мржње, као општи назив за било које кривично дело мотивисано мржњом, када је жртва, објекат или циљ напада изабран због стварне или препостављене везе, контакта, укључености, подршке или чланства у групи, формираној по основу расне, националне или етничке припадности, језика, боје коже, религије, пола, година, психичких или физичких недостатака, сексуалне оријентације или других сличних одредница.<sup>1</sup> Пажљивије упоређивање ових појмова, међутим, указује на то да није исправно посматрати говор мржње као једну од могућих манифестација или појавних облика злочина мржње. Наиме, по својој структури сваки злочин мржње има објективну и субјективну компоненту, пошто подразумева вршење било ког кривичног дела и постојање поменутог негативног мотива (ODIHR, 2009: 16). Радње говора мржње усмерене су ка стварању или продубљивању постојеће мржње, а иза тога може да стоји различит психички супстрат, дакле, и неки други етички неприхватљив мотив, попут освете, стицања јефтине популарности или рејтинга, посебно када су политичари актери и слично. Поред тога, говору мржње некада недостаје и објективни елемент, тј. основно кривично дело (ODIHR, 2009: 25), мада то не мора увек бити случај. Уочене разлике, опет, не значе да посматране појаве нису међусобно повезане; управо супротно, говор мржње, због свог „запаљивог“ капацитета може да представља претходницу или увод у вршење злочина мржње, из чега проистиче и опасност ове појаве.

Обично се при помену говора мржње најпре асоцира на припаднике мањинских група и читаве мањинске групе као могуће жртве, мада, истини за вољу, уопште није искључено ни супротно, као ни појава излива нетолеранције на релацији једна мањинска група – друга мањинска група, где

---

1 Ова дефиниција је потекла од Канцеларије за демократске институције и људска права (ODIHR), која ради у оквиру Организације за европску безбедност и сарадњу (OSCE). Видети у ODIHR: 2006. На мање-више сличан начин злочин мржње је одређен и у домаћој теорији (Игњатовић, 2005: 5–6, Ковачевић, 2011: 55, Трипковић, 2011: 39 и др.).



не постоји упечатљив дисбаланс у бројности, као у осталим случајевима. Па ипак, у расправама о овом проблему неопходно је посветити пажњу заштити мањина што је, управо због њихове природе, потпуно разумљиво, посебно што међу њима има и оних које су „слабо видљиве“, јер нису у стању да уобличи свој заједнички интерес и утичу на законодавни процес (Ристивојевић, 2008: 237). У свом основном, етимолошком значењу, мањина представља било коју бројчано мању групу, посматрано у односу на друштво као целину, чије чланове одликују одређене заједничке особине. Анализа различитих теоријских приступа, као и међународних докумената, међутим, указује да би појмовно одређење могло да обухвати много више елемената: да се ради о групи домаћих држављана, која је довољно бројна мада представља бројчану мањину (претпоставка мање од 50%), која поседује одређене расне, етничке, националне, језичке, верске или сличне особености, и показује, макар и експлицитно, међусобну солидарност и вољу да те посебности очува, а налази се у недоминантном положају (Пауновић, Кривокапић, Крстић, 2010: 314, о проблему дефинисања мањина видети и у Јелић, 2004: 25–33, Радивојевић, Раичевић, 2005: 48–51, Јончић, 2012: 54–57 и др.). Постоје и много шире дефиниције, које релативизују значај чак и основног нумеричког критеријума. Међународна група за мањинска права мањином сматра групу људи која обично, али не и нужно, бројчано представља мањину, различиту од доминантне групе или група, и то у погледу етничког порекла, језика, вероисповести, културе, статуса и слично, а која је угрожена, јер трпи последице предрасуда, дискриминације и искључења из живота заједнице (Alfredson, Ferer, Ramsay, 2004: 4).

Очигледно је да се мањинске групе формирају према одређеним идентитетским маркерима, а већина дефиниција упућује на расне, етничке, националне, језичке, верске или сличне особености, услед чега се и издвајају и истоимене мањине, које се могу назвати традиционалним (више о томе у Јелић, 2004: 33–35, Радивојевић, Раичевић, 2005: 48–49).<sup>2</sup> Међутим, чини се оправданим да се у контексту говора мржње појам мањинске групе узима екстензивније како би, поред тзв. класичних, обухватио и друге групе, попут жена, болесних, инвалида, људи другачије сексуалне оријентације, родног идентитета и слично. Штавише, потпунија заштита од ове појаве искључује свако таксативно набрајање својстава по којима се мањинске групе формирају.

---

<sup>2</sup> Ово није једина подела мањина, оне се некада разликују и према настанку на аутохтоне, алохтоне и нове аутохтоне мањине (Јончић, 2012: 58–59).

## 2. Говор мржње у међународним документима

Посматрано у ширем смислу, простор за инкриминисање говора мржње остављају они међународни документи који, гарантујући право на слободу говора и изражавања мишљења допуштају и извесна ограничења. Тако Међународни пакт о грађанским и политичким правима<sup>3</sup> оквирно дозвољава ограничења која су „одређена правом и нужна“ (чл. 19, ст. 3), као што истовремено експлицитно забрањује пропагирање рата и позивање на националну, расну или верску мржњу, дискриминацију или насиље (чл. 20). И Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода<sup>4</sup> има сличан приступ, јер допушта изузетке „у интересу националне безбедности, територијалног интегритета или јавне безбедности, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, заштите угледа или права других, спречавања откривања обавештења добијених у поверењу или ради очувања ауторитета и непристрасности судства“ (чл. 10, ст. 2). Како их треба тумачити показао је својом јуриспруденцијом Европски суд за људска права, који је временом, када је у питању говор мржње, мењао свој став и то у правцу ширења овог појма, тј. сужавања слободе говора. Анализа случајева *Zana v. Turkey*, *Sürek v. Turkey*, *Féret v. Belgique* и *Vejdeland and others v. Sweden* показала је да је Суд у старијим предметима процењујући спорни говор покушавао да га посматра у друштвеном контексту, испитујући проузроковане штетне последице, да би се у каснијим задржао на изолованом испитивању садржине самих речи, ублажавајући тиме услове за кажњавање због говора мржње (детаљније у Маринковић, 2012: 313–330).

Са друге стране, постоје међународни документи који садрже јасну обавезу да се говор мржње предвиди као кривично дело. Такав пример представља Међународна конвенција УН о укидању свих облика расне дискриминације из 1965. године,<sup>5</sup> која садржи ширење идеја заснованих на супериорности или расној мржњи, подстицање на расну дискриминацију, позивање на насиље према свим расама или свакој групи друге боје или другог етничког порекла (чл. 4). Поред тога, Конвенцијом је наложена и забрана организација и активности организоване пропаганде, као и сваке друге врсте пропагандне активности, којима се подстиче или помаже расна дискриминација, а забрањеним је проглашено и само учешће у овим организацијама или њиховим активностима. Последњи део је и прилично споран; посебно је проблематично инкриминисање саме припадности,

3 Закон о ратификацији, Службени лист СФРЈ, бр. 7/71.

4 Закон о ратификацији, Службени лист СЦГ – Међународни уговори, бр. 9/03, 5/05, 7/05-испр., и Службени гласник РС – Међународни уговори, бр. 12/10.

5 Службени лист СФРЈ – Међународни уговори, бр. 6/67.

јер се може поставити питање да ли је то у складу са једним од основних принципа кривичног права, са принципом кривице. Уосталом, ово је можда био један од разлога за остављање резерви (видети чл. 20). Општа карактеристика свих набројаних дела лежи у томе да се, упркос називу Конвенције, она не односе само на расу као биолошку одредницу, него и на групе формиране по другим, мада не тако бројним својствима (боја коже и етничко порекло).

Од докумената донетих у оквиру Савета Европе требало би поменути Оквирну одлуку о борби против извесних облика изражавања расизма и ксенофобије мерама кривичног права,<sup>6</sup> која кажњивим проглашава свако јавно позивање на насиље или мржњу против лица или групе на основу расе, боје коже, вере, наследног, националног или етничког порекла, укључујући и растурање или дистрибуирање памфлета, слика или сличног материјала (чл. 1.1.а и 1.1.б). Поред тога, Оквирна одлука изричито под говор мржње подводи и јавно одобравање, негирање или грубо умањивање значаја геноцида, злочина против човечности и ратних злочина, на начин који би могао да подстакне на насиље или мржњу према самој групи или члану групе, формиране на основу расе, боје коже, религије, националног или етничког порекла (чл. 1.1.ц и 1.1.д). Државама је остављено да описана дела сврстају или у групу против јавног реда, или да их третирају као облике претње, злоупотребе права или увреде (чл. 1.2), али уз прописивање делотворних, пропорционалних и одвраћајућих казни (чл. 3). Оно што је, такође, значајно јесте и став изражен у преамбули да се у национална законодавства, поред изричито наведених, могу унети и нека друга својства у опис дела (тач. 9 и 10), као и да би ова дела требало гонити по службеној дужности, како су жртве по правилу рањиве и често нису вољне да покрећу кривични поступак (тач. 11). Корпус релевантних правила заокружују и она о одговорности правних лица (чл. 5 и 6).

Смернице за национална законодавства у овој области, такође, садрже и многобројни необавезујући међународни документи, при чему су за потребе овог рада посебно издвојене препоруке Европске комисије против расизма и нетолеранције (*European Commission against Racism and Intolerance – ECRI*), основане у оквиру Савета Европе, са циљем да државама чланицама пружи помоћ у формулисању националних правних оквира, осмишљавању различитих програма, али и са задатком да прикупља податке о злочинима мржње. Комисија је, до сада, сачинила четрнаест препорука о могућим путевима сузбијања различитих облика нетолеранције, уз напомену да

---

<sup>6</sup> *Council Framework Decision (2008/913/JHA)*, од 28. 11. 2008. године. Одлука је доступна на <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:328:0055:0058:en:PDF>, приступ 12. 03. 2015. године.

се све не односе на кривично право.<sup>7</sup> У првој препоруци<sup>8</sup> наводи се да би требало, у складу са обавезама које је држава преузела на основу Европске конвенције о људским правима, све усмене, писане, аудио-визуелне поруке или друге облике изражавања, укључујући електронске медије, којима се подстиче на мржњу, дискриминацију или насиље над расним, етничким, националним или верским групама или њиховим члановима, одредити као кривично дело, које би морало да обухвати и производњу, дистрибуцију и складиштење таквог материјала ради дистрибуције (А Зд). Препорука бр. 7<sup>9</sup> садржи ширу листу дела која треба инкриминисати: јавно подстицање на насиље, мржњу и дискриминацију (18а); јавна увреда и клевета (18б); претња (18ц); јавно изражавање идеологије која заговара надмоћ или ниподаштава друго лице или групу на основу расе, боје, језика, религије, националности, националног и етничког порекла (18 д); јавно негирање, умањивање, оправдање или опраштање, са расистичком намером геноцида, злочина против човечности и ратних злочина (18 е); јавно ширење и дистрибуирање, прављење и складиштење ради ширења и дистрибуирања материјала (18ф); стварање и руковођење групом која промовише расизам, као и учествовање у њеним активностима (18г); и расна дискриминација од стране службеног лица (18х). Остале препоруке не наводе нове облике дела, већ само издвајају специфичне начине извршења говора мржње, рецимо, путем интернета<sup>10</sup> или у области спорта,<sup>11</sup> односно посебно апо-строфирају потребу заштите појединих рањивих група.<sup>12</sup>

---

7 Препоруке су настале у периоду од 1996. до 2012. године, а њихови текстови се могу наћи на [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/library/publications\\_en.asp#P977\\_11093](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/library/publications_en.asp#P977_11093).

8 *ECRI General Policy Recommendation no. 1 on Combating Racism, Xenophobia, Antisemitism And Intolerance, Adopted by ECRI on 4 October 1996.*

9 *ECRI General Policy Recommendation no. 7 on National Legislation to Combat Racism and Racial Discrimination, Adopted on 13 December 2002.*

10 *ECRI General Policy Recommendation no. 6 on Combating the Dissemination of Racist, Xenophobic and Antisemitic Material via the Internet, Adopted on 15 December 2000.*

11 *ECRI General Policy Recommendation no. 12 on Combating Racism and Racial Discrimination in the Field of Sport, Adopted on 19 March 2009.*

12 *ECRI General Policy Recommendation no. 9 on the Fight against Antisemitism, Adopted on 25 June 2004; ECRI General Policy Recommendation no. 13 on Combating Anti-gypsyism and Discrimination against Roma, Adopted on 24 June 2011.*

### 3. Говор мржње у праву Србије

#### 3.1. Кратак осврт на историјски развој инкриминисања говора мржње

Историјски посматрано, Србија има прилично дугу традицију инкриминисања говора мржње. При томе, обично се помисли на период после Другог светског рата, када је донет чак и посебан закон о овом питању, Закон о забрани изазивања националне, расне и верске мржње и раздора.<sup>13</sup> Занимљиво је, међутим, да је и раније у Кривичном законнику за Краљевину Југославију постојало дело које одговара овом одређењу, што се може видети из следеће формулације: „Ко јавно на зборовима или на јавним местима дражи један део народа против другог или један друштвени ред против другог, и тиме изазива верски или племенски радзор, или раздор између друштвених редова, казниће се ...“ (§ 165).<sup>14</sup> Дело је систематизовано у групу против јавног мира и поретка, и по тежини је спадало у преступе, пошто је био прописан затвор (од седам дана до пет година, § 39) или новчана казна (најмање двадесет пет динара, § 42). Поменути послератним законом као кривично дело била је одређена свака агитација, пропаганда, писање, издавање, штампање и растурање списа, усмерена на то да изазове или распали националну или расну мржњу или раздор (чл. 2). Дело је добијало тежи вид уколико има карактер масовних нереда, ако су изазване теже последице, ако је извршено под особито отежавајућим околностима, ако има за циљ поткопавање и слабљење основних националних тековина НОБ-а, ако је учињено у поврату или од стране јавног службеника у званичној дужности, и најтежи, ако се позива на извршење убиства. Изазивање и раширивање верске мржње било је посебно издвојено и дефинисано као напад припадника једне вероисповести на неку другу вероисповест или изазивање непријатељског супротстављања припадника једне према припадницима друге вероисповести на верској основи (чл. 5, ст. 2). Уз то, изричито је било наглашено да се научна критика религије уопште, као и критика неисправног рада верских представника и црквених службеника, неће сматрати овим кривичним делом (чл. 5, ст. 3). Занимљиво је и да су биле прописане и обавезне отежавајуће околности, ако изазивање и раширивање верске мржње врше црквени представници (чл. 5, ст. 4).

Кривични законик из 1951. године<sup>15</sup> уноси више измена – изазивање и распаљивање верске мржње више није самостално, већ представља облик јединственог дела, опис начина извршења је скраћен и сведен на „про-

13 Службени лист ДФЈ, бр. 36/45.

14 Службене новине, бр. 33 – XVI, од 9. фебруара 1929. године.

15 Службени лист ФНРЈ, бр. 13/51, 19/51, 30/59, 15/65, 15/67, 20/69, 6/73 и 11/73.

паганда и други начин“, а изричито је наведено да се ради о народима и народностима које живе у нашој земљи, мада се то и у преходном закону подразумевало, с обзиром на текст дат у преамбули. Интервенисано је и у домену квалификаторних околности, у које су увршћени: систематски начин извршења, вршење дела искоришћавањем положаја или звања, проузроковање нереда, насиља и других тешких последица. За разлику од ранијег, ово дело има и лакши облик, који се састоји у изазивању нетрпељивости, вређањем или на други начин.

Једина новина коју уводи Кривични закон из 1976,<sup>16</sup> поред ублажавања казнене политике, везана је за тежи облик, пошто је додато вршење дела у групи. Такође, ратификовање Конвенције УН о укидању свих облика расне дискриминације створило је обавезу увођења новог дела – расне и друге дискриминације (чл. 154), које је смештено у групу против човечности и међународног права. Оно садржи и један облик говора мржње, и то у виду ширења идеје о супериорности једне расе над другом, пропагирања расне мржње или подстицања на расну дискриминацију.

Новелом КЗ-а из 1990. године у потпуности је из описа дела избрисан начин извршења, а изазивање нетрпељивости је из лакшег пренето у основни облик дела. Квалификовани облик постаје много разгранатији; он настаје ако је основно дело извршено принудом, злостављењем, угрожавањем сигурности, излагањем порузи националних, етничких или верских симбола, оштећењем туђих ствари, скрнављењем споменика, спомен-обележја или гробова. Најтежи облик постоји ако су основни и тежи облик кривичног дела извршени злоупотребом положаја или овлашћења, ако је дошло до нереда, насиља или других тешких последица за заједнички живот народа и народности које живе у СФРЈ.

### **3.2. Говор мржње у позитивном праву Србије**

Кривични законик<sup>17</sup> садржи већи број дела која се могу подвести под криминолошку одредницу говора мржње. Овде најпре спада изазивање националне, расне и верске мржње и нетрпељивости (чл. 317) из групе кривичних дела против уставног уређења и безбедности. Основни облик овог дела састоји се у изазивању или распиривању националне, расне или верске мржње или нетрпељивости међу народима или етничким заједни-

---

16 Службени лист СФРЈ, бр. 44/76, 46/77, 34/84, 37/84, 74/87, 57/89, 3/90, 38/90, 45/90, 49/90, Службени лист СРЈ, бр. 35/92, 16/93, 31/93, 37/93, 24/94, 61/96, Службени гласник РС, бр. 39/03 и 67/03.

17 Службени гласник РС, бр. 85/05, 88/05-испр., 107/05-испр., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13 и 108/14.

цама које живе у Републици Србији (ст. 1). Језичко тумачење упућује да се радња може остварити двојачко – стварањем до тада непостојеће мржње или нетрпељивости (изазивање), односно учвршћивањем, развијањем, ширењем или интензивирањем већ постојеће мржње или нетрпељивости (распиривање). Практично, у оба случаја најчешће ће се радити о вербалним, пропагандним активностима, које се не морају нужно вршити према више лица, довољно је да буду усмерене ка појединцу, уз допунски услов да имају капацитет да изазову или распире поменути негативна осећања према одређеним групама у целини, што је потврђено у домаћој судској пракси (Стојановић, 2012: 920). Поред вербалних радњи, тј. изговорених или написаних речи, у обзир долазе и друге могућности, различити сликовни прикази, карикатуре, графити, конклюдентне радње и слично. Некада се и посебно кривично дело, као на пример повреда угледа због расне, верске, националне или друге припадности<sup>18</sup> може појавити као начин за изазивање или распиривање мржње и нетрпељивости, када ће се, по правилима привидног идеалног стицаја, узети да постоји само теже дело изазивања мржње. Такође, не може остати непримећено да је радња означена имперфективним глаголима, што упућује на закључак да ово дело спада у деликте са тзв. дуративном структуром. Логична последица изабране формулације лежи у томе што се сматра да је дело учињено када је радња предузета једном или више пута, како је и прописано одредбама аутентичног тумачења (чл. 112, ст. 30).

Домаћа теорија истиче да последицу односног кривичног дела чини настало или продубљено осећање мржње или нетрпељивости. Мржња се одређује као *„непријатељско осећање према некоме које представља основ за стварање конфликтних ситуација и предузимање одређених акција, услед чега могу настати тешки поремећаји у односима“* (Лазаревић, 2008: 782), односно *„јачо негативно осећање које представља погодна тле за предузимање разних ексцесних понашања, па и кривичних дела“* (Стојановић, 2012: 920). Нетрпељивост је слабија по интензитету и она је оличена у осећању неповрећа, одбојности и нетолерантности (*idem*). Поменути негативна осећања морају да се односе на народе и етничке заједнице које живе у Србији, што је и утицало да се ово дело нађе у групи против уставног уређења и безбедности.<sup>19</sup> Ово ограничење је раније било „болна“ тачка кривичноправне заштите од говора мржње, све до редефинисања расне

---

18 Ко јавно изложи порузи лице или групу због припадности одређеној раси, вери, боји коже, националности, етничког порекла или другог личног својства, казниће се новчаном казном или затвором до годину дана (чл. 174).

19 За разлику од нашег, у упоредном праву говор мржње се уобичајно посматра као нарушавање јавног реда и мира. Видети преглед европских законодавстава у Ристивојевић, 2010: 219–229.

и друге дискриминације 2009. године, и то из два разлога – прво, јер се није могао санкционисати говор мржње усмерен ка народима и етничким заједницама које не живе у нашој држави, и друго, пошто је ван криминалне зоне остајао говор мржње према друштвеним групама које испуњавају територијални критеријум, али су формиране по неком другом параметру.

У субјективном смислу, за постојање дела потребан је умишљај, који обухвата свест о значају и дејству саме радње, тј. да се њоме изазива или распирује мржња или нетрпељивост према лицима на основу њихове националне, расне или верске припадности.

Поред основног, дело има и више тежих облика, који уопштено речено обухватају различите нападе на физички интегритет, групни идентитет или имовину. Први је одређен посебним начином извршења, који се састоји у принуди, злостављању, угрожавању сигурности, излагању порузи националних, етничких или верских симбола, оштећењу туђе ствари и скрнављењу споменика, спомен-обележја или гроба (ст. 2). Сви поменути начини извршења тумаче се уобичајно, те је принуда – употреба силе или озбиљне претње; злостављање представља наносење телесне или психичке патње, које немају значај телесне повреде; угрожавање сигурности означава изазивање осећаја опасности за живот и телесни интегритет; а излагање порузи је вређање или ниподаштавање. Када је у питању оштећење туђе ствари, јасно је да се мора радити о таквим стварима чије оштећење може да доведе до изазивања или распиривања мржње или нетрпељивости. У домаћој теорији је прихваћен став да упркос термину „оштећење“, који се одређује као делимично уништење ствари којим се умањује њена вредност или употребна вредност, ово дело постоји и у случају уништења, као потпуног разарања њене супстанције, али и чињења ствари неупотребљивом, када се различитим поступцима она доводи у такво стање да не може користити првобитној намени (Стојановић, 2012: 922, Лазаревић, 2008: 783 и др.). Скрнављење споменика, спомен-обележја и гроба може се остварити многобројним активностима, на пример, њиховим рушењем или оштећењем, али и механичким или хемијским деловањем на натписе, како би се учинили нечитљивим, а у обзир долазе и писање или урезивање речи или цртежа непристојне, увредљиве и провоцирајуће садржине.

Својство учиниоца, начин извршења и остварене последице представљају квалификаторне околности следећег тежег облика (ст. 3). Тако он, најпре, настаје када се основно или претходно наведено теже дело врше од стране лица које злоупотребљава свој службени положај или овлашћење у смислу изазивања или распиривања мржње и нетрпељивости. За разлику од



тога, за остале видове неопходно је наступање нереда, насиља или других тешких последица за заједнички живот народа, националних мањина или етничких група које живе на територији Србије. Нереди подразумевају теже угрожавање јавног реда и мира, угрожавање јавног саобраћаја, ометање рада јавних служби и слично, док се насиље може огледати у тучама, рушењима, паљевинама и слично (Стојановић, 2012: 922, Лазаревић, 2008: 784).

Посебан тежи облик постоји када је дело извршено за време непосредне ратне опасности, ратног стања, оружаног сукоба или ванредног стања (чл. 321, ст. 3). Наведени појмови представљају уставне категорије, те их у том смислу и треба тумачити.<sup>20</sup> Ратно стање траје од тренутка проглашења до тренутка укидања од стране надлежног органа, и оно по правилу претходи рату, мада може да траје и по његовом завршетку, тј. по окончању оружаных дејстава зараћених страна. Непосредна ратна опасност настаје пре самог ратног стања и означава реалну опасност од почетка рата, док се ванредно стање везује за ситуације када је услед неке јавне опасности угрожен опстанак грађана или државе, а једна од његових карактеристика јесте и могуће прописивање мера којима се ограничавају људска и мањинска права. Под термином оружани сукоб подразумевају се оружани конфликти у оквиру саме државе. Како овај облик изазивања мржње и нетрпељивости, по својој природи, представља дело квалификовано нарочитим околностима, поменуте околности морају бити обухваћене умишљајем учиниоца.

Законска казнена политика за изазивање националне, расне и верске мржње и нетрпељивости је прилично строга, пошто је за основни облик запрећена казна затвора од шест месеци до пет година, за теже облике од једне до осам година, односно од две до десет година, док су за најтежи облик алтернативно постављени затвор од најмање десет година и затвор од тридесет до четрдесет година.

Поред анализираног дела, говор мржње се може препознати и у поједним облицима расне и друге дискриминације (чл. 387), из групе против човечности и других добара заштићених међународним правом. Први од њих се састоји у ширењу идеја о супериорности једне расе над другом, пропацирању расне мржње или подстицању на расну дискриминацију (ст. 3). Све три алтернативно постављене радње представљају видове недозвољене пропаганде, тј. преношења потцењивачких ставова о тобожњој мањој вредности друге расе, ставова усмерених на стварање мржње, као и на

---

<sup>20</sup> Видети чл. 99, ст. 5, чл. 200 и чл. 201 Устава Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/06.

довођење у неравноправан положај. Фактички, под поменути опис могу се супсумирати веома различите делатности: давање изјава, производња и дистрибуирање писаног, аудио или аудио-визуелног материјала и слично. Дело је формално довршено самим чином предузимања поменутих радњи, тако да није потребно наступање последице у виду расне мржње и дискриминације. Опредељењем за делатносно, а не за последично кривично дело, законодавац је, очигледно, омогућио потпунију заштиту од говора мржње померајући је, сликовито речено „корак унапред“, што је у складу са савременим тенденцијама у овој области, о чему је раније већ било речи.

За разлику од претходног, остали облици говора мржње нису представљали део иницијалног законског текста, већ су уведени новелама из 2009. године. Први се састоји у ширењу или на други начин чињењу јавно доступним текстова, слика или сваког другог представљања идеја или теорија које заговарају или подстрекавају мржњу, дискриминацију или насиље против било којег лица или групе лица, засноване на раси, боји коже, верској припадности, националности, етничком пореклу или неком личном својству (ст. 4). Приметно је ширење појма говора мржње, и то не само експлицитним навођењем својстава која се раније нису помињала, већ и остављањем могућности да се заштита пружи и лицу или групи оформљеној по неком другом критеријуму. Флексибилност формулације „друго лично својство“ треба похвалити, како у обзир долази било које, без икаквог ограничења. Примера ради, то може бити имовно стање, здравствено стање, инвалидитет, социјално порекло, (не)образовање, сексуална оријентација, родни идентитет, брачни и породични статус, осуђиваност, старосно доба, изглед, чланство у политичким, синдикалним и другим организацијама итд. Отворена листа, у поређењу са затвореним, које се *per se* могу сматрати дискриминишућим, дефинитивно много боље „погађа“ суштину. Поред тога, начином формулисања се избегава још један проблем, регистрован у земљама чија законодавства поред одређеног круга субјеката штите и „друге сличне групе“, што значи да се оне неименоване којима треба пружити заштиту морају тражити применом аналогije, тј. по сличности са оним именованим, чиме се искључују све остале несличне (конкретне примере из компаративног права видети у Ристивојевић, 2010: 226).

Други облик постоји када се јавно прети да ће се против лица или групе због припадности одређеној раси, боји коже, вери, националности, етничком пореклу, или због неког другог личног својства извршити кривично дело за које је запређена казна већа од четири године затвора (ст. 5). Извршилац овог, као и свих поменутих облика расне и друге дискриминације може бити било које лице, а што се кривице тиче потребан је умишљај.

У домену казнене политике, законодавац је изједначио сва три облика, прописујући исту казну – затвор од три месеца до три године.

Учесталост насиља на спортским догађајима довела је до инкриминасања насилничког понашања на спортској приредби или јавном скупу (чл. 344а), у оквиру кривичних дела против јавног реда и мира. У питању је комплексно дело, са већим бројем алтернативно постављених радњи, а у овом контексту треба издвојити облик који подразумева и изазивање националне, верске, расне или друге мржње или нетрпељивости, засноване на неком дискриминаторском основу, остварено понашањем или паролама, под условом да је услед тога дошло од насиља или физичког обрачуна са учесницима (ст. 1). Изазивање мржње и нетрпељивости су раније објашњени, те о њима овде неће поново бити речи. Оно што је карактеристично за ову инкриминацију јесте да је за њено постојање неопходно наступање последице, у виду насиља или физичког обрачуна. И насиље и физички обрачун се могу дешавати на више релација – међу лицима која чине гледаоце (публику) спортског догађаја, односно јавног скупа, међу самим учесницима, или између једних и других. Док се физички обрачун манифестује кроз различите облике туче, те је нужно да се одвија између људи, насиље може бити уперено и према стварима (рушење, паљење седишта и трибина и слично, Стојановић, 2012: 101). Појам спортске приредбе треба узети екстензивно, да би обухватио хетерогена такмичарска дешавања, а јавни скуп као скуп већег броја индивидуално неодређених грађана доступан јавности. У том смислу, под овај појам се не би могли подвести скупови којима могу присуствовати само одређена лица, чак ни када су веома бројни, те под ово одређење не потпадају, рецимо, седнице скупштина, конвенције политичких организација и слично.

Насилничко понашање на спортској приредби или јавном скупу има два квалификована облика. Први постоји ако је дело извршено од стране групе (ст. 2), коју, у складу са аутентичним тумачењем, чине најмање три лица повезана ради трајног или повремениг вршења кривичних дела, при чему она не мора да има дефинисане улоге својих чланова, континуитет чланства или развијену структуру (чл. 112, ст. 22). Дакле, није потребно да се ради о тзв. организованој криминалној групи, тј. групи од три или више лица, која постоји одређено време и делује споразумно у циљу вршења једног или више кривичних дела за која је прописана казна затвора од четири године или тежа казна, или ради непосредног или посредног стицања финансијске или друге користи (чл. 112, ст. 35), мада би се вршење дела од стране овакавог колективитета морало узети у обзир код одмеравања казне. Казна за овај облик дела зависи од улоге учиниоца у групи, те је за обичног учесника предвиђен затвор од једне до осам година, а за коловођу

(тј. лице које усмерава деловање групе у смислу насилничког понашања) од три до дванаест година (ст. 2 и 3).

Други тежи облик везан је за настајање нереда у којима је неком лицу нанета тешка телесна повреда или је оштећена имовина веће вредности, за који је запрећена казна од две до десет година (ст. 4). Нереди представљају лакше акте насиља међу лицима или према имовини, затим бацање предмета, упућивање претњи итд. Појам тешке телесне повреде треба узети у уобичајном значењу, које има код истоименог кривичног дела, и ту нема спорних момената, за разлику од друге квалификаторне околности – оштећења имовине веће вредности. Пошто је вредност дата само описно, поставља се питање како је прецизније дефинисати. У домаћој теорији постоји схватање да већа вредност означава новчани износ који прелази милион и петсто хиљада динара, и да је законодавац начинио пропуст тиме што је није јасно нумерички одредио, као што је то учинио код многих других кривичних дела (Стојановић, 2012: 101). Казнена политика за насилничко понашање на спортској приредби или јавном скупу је већ делимично поменута, мада би требало додати да је специфичност овог дела утицала и на то да законодавац, поред казни, пропише обавезу изрицања мере безбедности забране присуствовања спортским приредбама (ст. 6).

#### **4. Закључна разматрања**

Када се наше право упореди са међународним оквиром, приметан је изостанак самосталног дела које се састоји у јавном одобравању, негирању или грубом умањивању значаја геноцида, злочина против човечности и ратних злочина на начин који би могао да подстакне на насиље или мржњу према групи или члану групе формиране по одређеном својству. То, међутим, не значи да је кривично законодавство Србије у потпуности остало без одговора на поменуте негативне појаве, јер се оне успешно могу квалификовати као неко од постојећих дела, чије радње својом апстрактношћу и ширином тако нешто допуштају. Поред тога, у компаративном праву су прилично ретка законодавства која садрже посебну инкриминацију овог типа, попут Немачке, Аустрије, Швајцарске или Белгије (Ристивојевић, 2010: 237), тако да се већина ипак определила за то да ове радње не издваја, већ да их инкорпорира у неко опште дело изазивања мржње. То је донекле слично нашем приступу, мада су радње јасно видљиве у законском опису, што код нас није случај, уз поновну назнаку да то не представља сметњу санкционисању понашања у виду одобравања, негирања, или умањивања значаја поменутих злочина, супсумирањем под радњу неког од постојећих дела.

Укупно посматрано, наш институционални оквир нема значајне недостатке, те остаје питање како се примењује у пракси. Не може остати непримећено да је заступљеност изазивања националне, расне и верске мрже и нетрпељивости у структури осуђених веома мала, у посматраном петогодишњем периоду мања од једног процента.<sup>21</sup> Друго, у судској казненој политици преовлађује изрицање казни затвора, са изузетком 2012. године, када су се судови превасходно опредељивали за условну осуду. Треће, како статистички подаци из осталих година нису тако детаљни, није било могуће анализирати искоришћеност прописаног распона, осим за 2013. годину. Тако се од укупно петнаест осуда за ово дело у шест случајева суд одлучио за затвор у трајању од једне до две године, у шест случајева од шест до дванаест месеци, у два случаја од три до шест месеци, а у једном случају од два до три месеца (Републички завод за статистику, 2014: 62–63). То значи да се и на примеру овог дела потврђује констатација да домаћи судови користе углавном доњу половину законског оквира.<sup>22</sup> Занимљиви су и подаци прикупљени о учиниоцима; међу њима нема ниједне жене, значајан проценат је раније осуђиван, неки од њих и за исто дело, а ниједан се у генералијама није изјаснио о националној припадности (видети одговарајуће табеле у: Републички завод за статистику, 2014: 62–78).

Статистички подаци за расну и другу дискриминацију и насилничко понашање на спортској приредби не могу бити подлога за било каква релевантна запажања о говору мржње. Методологија прикупљања статистичких података је таква да су они дати скупно за свако кривично дело, те из њих није могуће сазнати да ли је оно и у којој мери остварено у виду оних облика који представљају говор мржње. Једино што привлачи пажњу јесте веома мала заступљеност осуда за расну и другу дискриминацију, јер је у посматраном периоду само у 2010. и 2012. години регистрована по једна осуђујућа пресуда (Републички завод за статистику, 2011: 11 и Републички завод за статистику, 2013: 11).

Мали број осуда за говор мржње може навести на закључак да се овде појављује висока тамна бројка. Томе у прилог говоре и резултати појединих истраживања. Једно од њих, спроведено 2013. године у оквиру пројекта

---

21 Прецизније, заступљеност изгледа овако: у 2013. години 20 случајева или 0,06%; у 2012. години 44 случаја или 0,14%; у 2011. години 6 случајева или 0,02%; у 2010. години 9 или 0,04%, у 2009. години 28 случајева или 0,07%. Израчунато на основу података из: Републички завод за статистику, 2014: 62–63, Републички завод за статистику, 2013: 10, Републички завод за статистику, 2012: 10, Републички завод за статистику, 2011: 10, Републички завод за статистику, 2010: 9.

22 Више о резултатима различитих истраживања казнене политике судова у Миладиновић-Стефановић, 2014: 571–573.

„Подршка поверенику за заштиту равноправности за ефикасну примену антидискриминационог законодавства у Србији“, је, чини се довољно илустративно, будући да је открило забрињавајућ податак да чак трећина представника законодавне и извршне власти не зна да ли је говор мржње законом забрањен или пак мисли да није, а исто толики проценат њих не препознаје говор мржње према припадницима ЛГБТ популације (Редован годишњи извештај Повереника за заштиту равноправности, 2014: 31). Нека друга, опет, показују да је говор мржње буквално око нас на уличним графитима или у медијима, мада га недовољно примећујемо или уопште не примећујемо (Мршевић, 2012: 12 и надаље, Повереник за заштиту равноправности, 2012: 27), док трећа сведоче о укореењености стереотипа и предрасуда који представљају погодно тле за настанак говора мржње и уопште злочина мотивисаних мржњом (Гавриловић, Петрушић, 2011: 421, Радоман, 2011). Сумирајући наведено, да се закључити да је, поред адекватног правног оквира, неопходно предузети различите мере у циљу унапређења институционалних капацитета за откривање и спречавање говора мржње, као и мере усмерене на развијање културе јавног говора, како би се избегло стварање друштвене атмосфере у којој се појединци осећају нелагодно и угрожено само због тога што припадају одређеној групи.

## Литература

Alfredsson, G., Ferrer, E., Ramsay, K. (2004). *Minority rights: A guide to United Nations Procedures and Institutions*. Minority Rights Group International, Raoul Wallenberg Institute of Human Rights and Humanitarian Law

Гавриловић, Д., Петрушић, Н. (2011). Међунационални односи и заштита мањинских права у Србији. *Миграцијске и етничке теме*. 27 (3). 419–439.

ECRI General Policy Recommendation no. 1 on Combating Racism, Xenophobia, Antisemitism And Intolerance, Adopted by ECRI on 4 October 1996.

ECRI General Policy Recommendation no. 6 on Combating the Dissemination of Racist, Xenophobic and Antisemitic Material via the Internet, Adopted on 15 December 2000.

ECRI General Policy Recommendation no. 7 on National Legislation to Combat Racism and Racial Discrimination, Adopted on 13 December 2002.

*ECRI General Policy Recommendation no. 9 on the Fight against Antisemitism, Adopted on 25 June 2004.*

*ECRI General Policy Recommendation no. 12 on Combating Racism and Racial Discrimination in the Field of Sport, Adopted on 19 March 2009.*

*ECRI General Policy Recommendation no. 13 on Combating Anti-gypsyism and Discrimination against Roma, Adopted on 24 June 2011.*

Игњатовић, Ђ. (2005). Злочини мржње. *Правни живот*. 9. 3–21.

Јелић, И. (2004). Права мањина – савремена међународноправна заштита мањина, са посебним освртом на југоисточну Европу. Подгорица: ЦИД

Јончић, М. (2012). Положај и заштита мањина у међународном праву. *Међународна политика*. 1147 јул-септембар. 53–72.

Ковачевић, М. (2011). Злочини мржње и нормативно регулисање. *Темид*. 4. 55–65.

Кривични законик Краљевине СХС. *Службене новине Краљевине СХС*. Бр. 33 (XVI)

Кривични законик ФНРЈ. *Службени лист ФНРЈ*. Бр. 13 (51), 19 (51), 30 (59), 15 (65), 15 (67), 20 (69), 6 (73) и 11 (73)

Кривични закон СФРЈ. *Службени лист СФРЈ*. Бр. 44 (76), 46 (77), 34 (84), 37 (84), 74 (87), 57 (89), 3 (90), 38 (90), 45 (90) и 49 (90). *Службени лист СРЈ*. Бр. 35 (92), 16 (93), 31 (93), 37 (93), 24 (94) и 61 (96). *Службени гласник РС*. Бр. 39(03) и 67 (03)

Кривични законик РС. *Службени гласник РС*. Бр. 85 (05), 88 (05-испр.), 107 (05-испр.), 72 (09), 111 (09), 121 (12), 104 (13) и 108 (14)

Лазаревић, Љ. (2008). *Коментар Кривичног законика Републике Србије*. Београд: Савремена администрација

Маринковић, Т. (2012). Говор мржње као основ ограничења слободе изражавања. *Зборник радова Правног факултета у Нишу, Тематски број „Медији и људска права“*. 313–330.

*Медији у Србији: од дискриминације до равноправности: приручник за новинаре и новинарке*. (2012). Београд: Повереник за заштиту равноправности

Миладиновић-Стефановић, Д. (2014). Одмеравање казне и прописани казни распони у Кривичном законик у Србије. *У Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитет (ур. С. Бејатовић), стр. 557–574*. Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу и Intermex

Mršević, Z. (2012). Street graffiti–Between amnesty of Our Children and Moral panicking. *Безбедност*. 54 (2): 7–22.

ODIHR. (2006). *Challenges and Responses to Hate-Motivated Incidents in the OSCE Region*. преузето са <http://www.osce.org/odihhr/21629>.

Пауновић, М., Кривокапић, Б., Крстић, И. (2010). *Међународна људска права*. Београд: Правни факултет

Радивојевић, З., Раичевић, Н., (2005). Заштита мањина у међународном праву. У *Права мањина, (ур. Д. Жунић), стр. 47–78*. Ниш: Одбор за грађанску иницијативу

Радоман, М. (2011). *Ставови и вредносне оријентације средњошколаца у Србији*. Београд: Хелсиншки одбор за људска права

Редован годишњи извештај Повереника за заштиту равноправности за 2013. годину. (2014). Београд: Повереник за заштиту равноправности и Службени гласник

Редован годишњи извештај Повереника за заштиту равноправности за 2014. годину. (2015). Београд: Повереник за заштиту равноправности и Службени гласник

Републички завод за статистику. (2010). Саопштење, бр. 194, год LX, од 01.07.2010. Статистика правосуђа, преузето са <http://webzrs.stat.gov.rs/WebSite/Public/PageView.aspx?pKey=146>, приступ 03.05.2015.

Републички завод за статистику. (2011). Саопштење, бр. 201, год LXI, од 15.07.2011. Статистика правосуђа, преузето са <http://webzrs.stat.gov.rs/WebSite/Public/PageView.aspx?pKey=146>, приступ 03.05.2015.

Републички завод за статистику. (2012). Саопштење, бр. 203, год LXII, од 19.07.2012. Статистика правосуђа, преузето са <http://webzrs.stat.gov.rs/WebSite/Public/PageView.aspx?pKey=146>, приступ 03.05.2015.

Републички завод за статистику. (2013). Саопштење, бр. 199, год LXIII, од 15.07.2013. Статистика правосуђа, преузето са <http://webzrs.stat.gov.rs/WebSite/Public/PageView.aspx?pKey=146>, приступ 03.05.2015.

Ристивојевић, Б. (2010). Говор мржње у европским кривичним правима. *Нова српска политичка мисао*. 3–4. 211–241.

Ристивојевић, Б. (2008). Граница између слободе говора и достојанства друштвених скупина у одабраним европским кривичним правима – говор мржње. *Зборник радова*. 42 (3). 211–246.

Стојановић, З. (2012). *Коментар Кривичног законика*. Београд: Савремена администарција

Трипковић, М. (2011). Експанзија мржње: основна обележја масовних злочина мржње. *Темда*. 4. 37–53.

Ђирић, Ј. (2008). Слобода говора и говор мржње – кривичноправна регулатива. У *Усаглашавање кривичног законодавства са Уставом Србије (ур. Ђ. Лазин)*, стр. 145–158. Београд – Копаоник: Удружење за кривично право Србије

Устав Републике Србије. *Службени гласник РС*. Бр. 98 (06)



*Council Framework Decision (2008/913/JHA)*. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:328:0055:0058:en:PDF>, приступ 12.03.2015. године

Закон о ратификацији Међународног пакта о грађанским и политичким правима. *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*. Бр. 7 (71)

Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*. Бр. 9 (03), 5 (05), 7 (05-испр.) и *Службени гласник РС – Међународни уговори*. Бр. 12 (10)

Закон о ратификацији Међународне конвенције УН о укидању свих облика расне дискриминације. *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*. Бр. 6 (67)

Закон о забрани изазивања националне, расне и верске мржње и раздора. *Службени лист ДФЈ*. Бр. 36 (45)

***Doc. Dušica Miladinović-Stefanović, LL.D.***

*Assistant Professor,*

*Faculty of Law, University of Niš*

### ***PROTECTION OF MINORITY GROUPS FROM HATE SPEECH: RE-ASSESSING THE CAPACITIES OF THE SERBIAN CRIMINAL LEGISLATION***

#### ***Summary***

*The recognition of diversity and full observance of the rights guaranteed to the members of minority groups are significant attainments of the human civilization. They have been intricately woven into the foundations of the contemporary democratic societies and embodied in numerous international documents, constitutional provisions and legal acts enacted in different areas of law. Yet, we certainly cannot jump to conclusion that the practical application of the enacted legislation is void of infringements related to the guaranteed rights of minority groups. Considering the on-going incidence of these violations, there is a need to incriminate such behavior and envisage other forms of social reaction to protect these minority groups and the community as a whole, which would ultimately contribute to preserving and reinforcing the social stability. In that context, the subject matter of this paper is the re-assessment of the capacities of the Serbian constitutional legislation to deal with various forms of hate speech, which the members of different minority groups are frequently exposed to.*

***Key words:*** *hate speech, minority groups, Criminal Code of the Republic of Serbia.*



**Nadezhda Krusteva, PhD**  
Chief Assistant Professor,  
Faculty of Law and History,  
South-West University "Neofit Rilski",  
Blagoevgrad, Bulgaria

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 343.91-053.6

Рад примљен: 30.06.2015.  
Рад прихваћен: 03.12.2015.

## **DEVIANT CHILD BEHAVIOR: A CHILD AS A VICTIM OR AN OFFENDER**

**Abstract:** *The subject of this legal research is the child displaying deviant behaviour and the special need to provide for his legal protection and care. The paper points to the need to take adequate measures to overcome deviant forms of behaviour in adolescents. The report advocates the view that the effectiveness of these measures depends mostly on how the child displaying deviant behavior is perceived and defined in today's complex reality: as a victim who violates the accepted standards of behaviour, or as an offender who does not respect and abide by the established principles in society.*

**Key words:** *child, protection, deviant behavior, victim, offender.*

### **1. Introduction**

Deviant behavior<sup>1</sup> is an adverse phenomenon affecting any and all areas of life in the contemporary society. The sustainably large number of antisocial activities of minors and adolescents is a certain signal to the state and society that the young generation needs increased attention and special care. The occurrence of such unacceptable behaviour is triggered by different factors and causes. What is common to all of them is that antisocial activities of children are a specific form of self-expression. Due to the lack of life experience and knowledge, they respond to the problems in their immediate environment the only way they know. Thus, in order to show their dissatisfaction with their way of life, to

\* nkrusteva@law.swu.bg

1 The word *deviant* has a Latin root (*deviare*) meaning "to turn out of the way." In psychology, deviant behaviour is described as behaviour of the individual based on motives and orientations which do not correspond to the accepted standards and values of society, as defined by the relevant regulations, customs or traditions of the respective social environment.

feel important rather than rejected and lonely, they deviate from the generally accepted rules of conduct; they respond to the aggression and violence in their lives with aggression and violence; they respond to the unknown and alien with mistrust and reluctance to change. Accordingly, the purpose of this legal research is to analyze the dual nature of minor's deviant behaviour: whether the children displaying deviant forms of behaviour are *victims* or *delinquents*. The thesis implied in this context is that children displaying deviant behaviour are, in the first place, victims of today's complex reality due to violation of the universal norms of behaviour.

## 2. Factors and Measures for Deviant Behaviour of a Child

In legal theory and practice, the normal development of children and the protection of their rights and legitimate interests is allegedly a top priority of any government policy worldwide. It is generally accepted that when or if teenagers violate the universal norms of behaviour they should be approached with due care and understanding, carefully and individually, in order to reduce eventual recurrences as much as possible. Experience proves that prevention is the most effective way to counteract not only minors' antisocial activities but also delinquency.

The antisocial activities of minors and adolescents are a serious issue in the Republic of Bulgaria. There is an almost stable negative trend observed in the country. Data provided by the National Statistical Institute for the last few years show that the average number of individuals sent to the Juvenile Delinquency Prevention Centres for having committed antisocial activities is approximately 6,600 per year, predominantly including running away from home, consumption of narcotics and vagrancy (see Table 1).

**Table 1**

*Number of minors and adolescents sent to the Juvenile Delinquency Prevention Centres for commonly committed antisocial activities*

<b>Antisocial Activity</b>	<b>2010</b>	<b>2011</b>	<b>2012</b>	<b>2013</b>	<b>2014</b>
Running away from home	1494	1665	1745	1744	1550
Consumption of narcotics	326	446	437	517	532
Vagrancy	390	407	378	387	239
Prostitution	119	137	78	62	59
Begging	281	223	236	215	115

The major social factors that contribute to such deviant behaviour include the following:

- Family problems,
- Lack of education,
- Unsuitable friendships,
- Negative effect of media,
- Inappropriate leisure time activities,
- Poor medical care,
- Poverty, etc.

The family, as the basic unit of society, is burdened with the primary responsibility and concern for the proper development and upbringing of children. Besides, the family has a crucial role in the early prevention of antisocial activities of minors and adolescents. Children develop their personalities and shape their patterns of behaviour by communicating with adults. The family, however, does not always manage to perform its socializing and educational function with regard to adolescents. The lack of adequate attention, care and control is an important prerequisite for the manifestation of deviant behaviour in children.

Here we should note another disturbing fact related to the child-parent relationship. Unfortunately, statistics show that domestic violence is present in every third family in Bulgaria, as the most frequent abusers of children are their own parents.<sup>2</sup> It should also be noted that, due to the special character of this type of violence, many of the victims do not find place in police reports. The ultimate result is a vicious circle: a child who recognizes violence as the only form of family relations can hardly behave differently in relations with others.

In order to address deviations in the behaviour of children living in dysfunctional families, there is an urgent need to institute adequate measures and case-specific actions (such as: working with families at risk of criminalization, family counselling, implementing programs for the prevention of domestic violence, implementing programs for child abuse prevention, implementing programs for responsible parenthood, supporting large families in order to provide the necessary parental care and prevent children from falling into criminogenic risk, etc.).<sup>3</sup>

---

2 News feed BTV from <http://btvnovinite.bg/article/bulgaria/vsyako-treto-semeistvo-strada-ot-domashno-nasilie.html>.

3 Strategy for Crime Prevention in the Republic of Bulgaria (2012-2020).

The lack of education or poor quality education has also been underscored as a major reason for the occurrence of deviant behaviour in children. Failure to attend school, leading to a lack of education or getting inadequate education, may be due to different economic, social, educational or other reasons, such as the poor economic situation of the family, adherence to certain cultural stereotypes, and lack of any interest in learning. In this sense, the Republic of Bulgaria has taken relevant steps aimed at: carrying out preventive work with children not attending school, implementing programs for prevention of violence in schools, familiarizing children with patterns of safe behaviour to protect them from victimization, etc.<sup>4</sup>

In this context, it should be noted that school environment contributes to a great extent to the formation of different types of behaviour. A relatively new social phenomenon has started spreading recently, i.e. violence in school, which takes second place in incidence after violence in the family. It turns out that in most schools children do not receive the needed support and understanding, which in turn leads to increased incidence of violence and aggression in educational institutions. This gives rise to the necessity of providing additional special training for teachers, school counsellors and school psychologists how to deal with this issue, as well as envisaging more preventive rather than repressive measures to control it. An appropriate measure in this area would be, for example, the introduction of mediation in schools.

The economic crises and the related poverty and unemployment also contribute to the occurrence of deviant behaviour among children. Therefore, those at risk are mainly children from large families, children with a single parent, children living in families where no one is employed or where only one parent is employed. Moreover, the consequence of poverty in children is the fact that it results in restriction or deprivation of minors and adolescents of a number of rights and opportunities for future development. For example, this often leads to situations where adults use or force children, or involve them in various illegal acts, such as stealing, begging, etc. By behaving in this way, adults give an example of a negative feedback to adolescents, facilitate the manifestation and perception of deviant behaviour as something natural and normal. By failing to fulfil their obligation to take care of their children and to provide the necessary living conditions for their development, adults violate the right to a standard of living corresponding to the needs of the child's physical, mental, spiritual, moral and social development<sup>5</sup>. This right is also implied in the conception of child poverty used by the UNICEF Innocenti Research Centre: "*child poverty is a*

---

4 Strategy for Crime Prevention in the Republic of Bulgaria (2012-2020).

5 Article 27, Convention on the Rights of the Child.

*situation where the child's standard of living does not contribute to their physical, mental, spiritual, moral and social development.” (Social Monitor, 2004: 4).*

Naturally, in order to overcome this serious problem, especially in terms of ensuring an adequate living standard to children, the State and adults need to exert joint efforts to support and assist the families at risk. This would help reduce the number of children who have their families but who have been placed in specialized social institutions due to various difficulties (mainly economic ones) encountered by parents in the course of their upbringing.<sup>6</sup> Yet, we should not forget that poverty is a multifaceted social phenomenon which includes a number of factors other than the lack of income.

### **3. Systems for Protection of a Child displaying Deviant Behavior**

In the above context, it can be concluded that the reasons for the occurrence of deviant behaviour in children are strongly interlocked. As previously noted, children are at risk in all areas of social life and, therefore, they must be provided relevant protection by the law. The state is obliged to protect and guarantee the fundamental rights of children, to serve their interests, to support their need for attention, regardless of age, health, social status, mode of expression, form of behaviour, etc. By implementing this basic obligation, the Republic of Bulgaria has adopted two effective legislative acts: the Child Protection Act and the Act on Combating Juvenile Delinquency.

The Child Protection Act provides that the protection of children is to be ensured by using different protection measures, such as: placing a child with family relatives, placing the child with a foster family, police protection, raising awareness on the rights and obligations of children and parents, ensuring preventive measures for protection and security, etc.<sup>7</sup>

The Act on Combating Juvenile Delinquency regulates the activities pertaining to the prevention and control over antisocial behaviour of adolescents, as well as activities aimed at ensuring the proper development and education of juvenile perpetrators by means of: imposing special educational measures (such as: warnings); imposing an obligation to apologize to the victim; imposing an obligation to participate in consultations, training and programs aimed at overcoming deviations in behaviour; placement under educational supervision by

---

6 A national survey of the State Agency for Child Protection in the Republic of Bulgaria shows that, in 2006, more than 80% of children placed in specialized institutions had a family but were placed social institutions due to the parents' inability to raise them in a family or family-like environment.

7 Article 4, Child Protection Act, State Gazette, SG. 48/2000.

a social educator; prohibiting minors to leave their current address; placement in boarding schools, etc.<sup>8</sup>

The law provides that both systems are to act quite independently or simultaneously. Meanwhile, practice has shown that they are oriented towards almost the same target groups, since “children at risk”<sup>9</sup> who are subject to protection may often be delinquents. Therefore, children with deviant behaviour require a comprehensive legal protection. There is no doubt that they should be imposed with measures of primarily educational and corrective impact. However, those measures should also have a warning effect. Children should not be left with a sense of impunity, simply because they are children. The measures should help them understand, depending on their age and psychological abilities, that their acts were wrong and that the adverse consequences they suffer were caused by their deviant behaviour. In the Republic of Bulgaria, this important task is performed by imposing educational measures. Those special measures are imposed for the purpose of managing the deviant behaviour, combating the delinquent conduct, preventing future violations, and reintegrating the juvenile offenders into the society. Therefore, they act as both corrective and preventive measures for managing juvenile delinquency.

In most cases, along with the above educational measures, the competent authorities have to exert even greater efforts to impose the (so-called) protection measures. In that case, it is of significant importance to examine the cause of the manifested behaviour, to work closely with the child’s family, to explore their school and friends environment. This also complies with one of the measures set out in the National Child Protection Strategy of the Republic of Bulgaria (2008-2018), specifying that “antisocial actions of children under 14 years of age shall be a reason for implementing the provisions of the Act on Combating Juvenile Delinquency and designating them as children at risk, and accordingly, for applying the measures under the Child Protection Act.” The antisocial behaviour of adolescents aged between 14 and 18 years is assessed on the merits of each individual case.

---

8 Article 13, Act on Combating Anti-social Behaviour of Juveniles (Juvenile Delinquency Act), State Gazette, 13/58.

9 “Child at risk” is a child: a) whose parents are deceased, unknown, deprived of parental rights or whose parental rights have been restricted, or the child who has been deprived of parental care; b) who is a victim of abuse, violence, exploitation or any other inhuman or degrading treatment or punishment either inside or outside the family; c) who is exposed to danger or risk of harm to the child’s physical, mental, moral, intellectual and social development; d) who is afflicted with mental or physical disabilities and refractory diseases identified by the specialist; e) who is at risk of dropping out of school or who has dropped out of school (§ 1, item 11, Additional Provisions, Child Protection Act, 2000).



#### **4. Conclusion**

Ensuring child welfare is a priority of each country. Naturally, children displaying socially unacceptable deviant behaviour need special attention and care to overcome the deviations in their behaviour. The legal analysis confirms the findings of other authors that children displaying deviant behaviour are a particularly vulnerable social group, highly susceptible to external influences and prone to committing antisocial juvenile delinquency acts. Furthermore, the research has supported the selected thesis that children displaying deviant behaviour are primarily victims of different social circumstances in today's complex reality who become offenders by violating the generally accepted norms of behaviour. Active participation of the state, social institutions, family and juveniles is necessary for breaking this vicious circle. Only a combination of educational, corrective, preventive and protective measures may have a positive effect on these children's conduct.

#### **References**

- Vuchkova, S. (2011). *Disciplinary Measures for Juvenile Offenders*. Sofia: Sibi.
- Ivanov, P. (2010). *Applied Social Psychology*. Sofia: Ahat
- Innocenti Social Monitor. (2004). *Economic Growth and Child Poverty in the CEE/CIS and the Baltic states*
- Children Protection Act, State Gazette, No. 48 (2000)
- Act on Combating Anti-social Behaviour of Juveniles (Juvenile Delinquency Act), State Gazette, No. 13 (1958)
- National Child Protection Strategy of the Republic of Bulgaria (2008-2018), State Gazette, No. 14 (2008)
- Stankov, B. (2012). *Minor, Juvenile, Juvenile Delinquency, Crime, Responsibility*. Varna
- Strategy for Crime Prevention in the Republic of Bulgaria (2012-2020)
- Convention on Children's Rights, UN (1989)

**Др Надежда Крустева, Доцент,**  
Правно-историјски факултет,  
Југозападни Универзитет „Неофит Рилски“,  
Благоевград, Бугарска

## **ДЕВИЈАНТНО ПОНАШАЊЕ ДЕЦЕ: ДЕТЕ КАО ЖРТВА ИЛИ ПОЧИНИЛАЦ**

### **Резиме**

*Идеја о потреби постојања јединствених стандарда који би посебно регулисали права деце широм света настала је крајем Другог светског рата. По први пут у историји људских права, Уједињене нације су 1959. године усвојиле Декларацију о правима детета, чиме је званично препознато право деце на посебну заштиту. Од тада, државе почињу да спроводе политику чији је циљ признавање, обезбеђење и заштита права и интереса детета.*

*Предмет овор рада је правна заштита једне посебно осетљиве групе: деце која показују разне облике девијантног понашања. Основно обележје девијантног понашања је да се прелазе границе уобичајеног социјалног понашања, што је неприхватљиво и подлеже друштвеној критици.*

*У разним фазама свог раста и развоја, деца су веома подложна спољним утицајима, преосетљива и изузетно рањива у свим сферама јавног живота. С обзиром на то, она лако могу бити укључена у извршење разних антисоцијалних активности, и испољити опасне и асоцијалне видове понашања који се одређују као девијантно понашање. Тиме се ствара зачарани круг: дете које је жртва различитих друштвених околности крши правила друштвеног понашања и постаје починилац кривичног дела. Да би се овај зачарани круг прекинуо потребно је активно учешће државе, друштва у целини и сваког појединца. Ради остваривања тог циља, потребно је предузети посебне правно-васпитне мере које ће представљати адекватан одговор друштва на девијантно понашање деце, као и одговарајуће превентивне мере које ће елиминисати или бар ограничити узроке таквог понашања. Само комбинација ових мера може имати позитиван утицај на понашање деце.*

**Кључне речи:** дете, правна заштита, девијантно понашање, жртва, починилац кривичног дела.

## **ПРИМЕНА ПРИНЦИПА *IN DUBIO PRO* РЕО У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ\*\***

**Апстракт:** Након формирања чињеничне и правне основице у кривичном поступку, делатношћу странака и суда, приступа се доношењу судске одлуке. У случају да је чињенично стање таквог квалитета да недвосмислено указује на постојање или непостојање кривице учиниоца, биће донета осуђујућа или ослобађајућа пресуда. Међутим, у случају да након доказног поступка остане сумња у постојање одлучних чињеница, на суду је тежи задатак какву одлуку донети. У инквизиционом поступку се ова дилема решавала доношењем пресуде којом се окривљени отпушта испод суђења (*absolutio ab instantia*). Са продором савремених схватања о неопходности заштите основних права окривљеног, у савременом кривичном поступку се у случају сумње у постојање одлучних чињеница примењује стара максима, позната још из старог Рима, под називом – *in dubio pro reo* (у сумњи у корист окривљеног). Суштина овог принципа је у обавези суда да у случају сумње у постојање неке одлучне чињенице донесе одлуку која иде у корист окривљеном. Аутор се у раду бави појмом, конститутивним елементима и теоријском основом принципа *in dubio pro reo*, затим легислативним изразом, обимом примене и дејством. Осим тога, анализирана је пракса националних судова, као и Европског суда за људска права. Аутор, у закључним разматрањима, анализира примену принципа *in dubio pro reo* у јудикатури, испитујући узроке за постојање одређених уочених мањкавости у примени и тражећи начине да се постојеће недоумице отклоне.

**Кључне речи:** чињенично стање, докази, *in dubio pro reo*, претпоставка невиности, кривична пресуда.

\* ivan@prafak.ni.ac.rs

\*\* Рад је резултат истраживања на пројекту: „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу, у периоду 2013–2018. године.

## 1. Уводне напомене

Током кривичног поступка, делатношћу странака и суда, врши се постепено чињенично и правно формирање основе судске одлуке. Извођењем доказа утврђује се постојање, пре свега, правно релевантних чињеница, али и чињеница индиција и помоћних чињеница. Чињенице које улазе у фондус судске одлуке морају бити утврђене са степеном извесности. То значи да у њихово постојање на страни суда не сме остати било каква сумња. У стварности, међутим, није увек могуће доћи до највишег степена извесности о важним чињеницама, те остане сумња у њихово постојање или непостојање. Правило *in dubio pro reo* управо служи као руководни принцип у случају останка сумње у постојање чињеница у кривичном поступку. Са становишта положаја окривљеног коме прети *ius puniendi*, не би било у складу са принципом правичности да се судска одлука заснива на недоказаним или полудоказаним чињеницама. Стога је, са еволуцијом кривичног поступка, уведен принцип према коме сумња у постојање чињеница иде у корист окривљеног. На тај начин се окривљеном, на изврстан начин, даје преимућство у односу на супротну странку на којој је терет доказивања.

## 2. Појам, значење и историјат принципа *in dubio pro reo*

Стара латинска сентенца *in dubio pro reo* најчешће се преводи „у сумњи, (одлучити) у корист окривљеног“. О пореклу ове максиме у теорији не постоји потпуна сагласност. Најчешће се истиче да води порекло из римског права (Кнежевић, С., 2012: 117). Има, међутим, основа за тврђење да је ово правило настало још у античкој митологији. На суђењу Оресту за убиство мајке, суд Аеропага остао је подељен по питању његове кривице, те је богиња правде Атина пресудила у његову корист. Касније је на основу тог мита Есхил написао драму Орестија (Богићевић, Ч., 2010: 18–19). Принцип *in dubio pro reo* има и своје библијско утемељење. На основу тумачења Старог Завета, често је цитирана сентенца „боље ослободити хиљаду криваца, него једног невиног осудити“ (Epps, D., 2015: 1077). Касније, у време важења инквизиционог кривичног поступка, принцип *in dubio pro reo* није примењиван. Напротив, у случају сумње у постојање кривице окривљеног, могао је бити осуђен на блажу казну од прописане (*poena extraordinaria*), или се доносила пресуда *absolutio ab instantia*. Том пресудом којом се окривљени „отпушта испод суђења“, заправо је привремено обустављан кривични поступак. С обзиром да ова судска одлука није стицала својство правноснажности, поступак против окривљеног је могао бити настављен у случају откривања нових доказа (Ђурђић, В.,

2014: 25). Залагања за афирмацију правила *in dubio pro reo* почела су се јављати почетком 19. века, као реакција на правну несигурност коју је окривљени имао, коју је имао у инквизиционом поступку. Овај принцип заузео је место у савременом кривичном поступку континенталног типа. У англосаксонском кривичном поступку правило *in dubio pro reo* формално не постоји. Сумња у постојање кривице окривљеног решава се постојањем стандарда доказаности „изван разумне сумње“. Стога је порота у случају постојања „разумне сумње“ дужна да донесе одлуку повољнију по окривљеног – „није крив“. Примена наведеног доказног правила фактички кореспондира са применом принципа *in dubio pro reo* (Бркић, С., 2014: 311–312). У англосаксонској доктрини кривичног права добро је позната Блекстонова формулација (*Blackstone's formulation or ratio*) која гласи: „боље десет криваца да побегне, него да један невини пати“ (Blackstone, W., 1893: 352). Она суштински афирмише примену принципа *in dubio pro reo*.

У савременом кривичном поступку који се, између осталог, карактерише заштитом основних људских права, пре свега окривљеног, садржано је низ процесних механизма који омогућавају извесно преимућство одбране (*favor defensionis*). Једна од тих предности које су настале као реакција на положај окривљеног у инквизиционом поступку садржана је у принципу *in dubio pro reo*. Овај принцип се односи на неотклоњену сумњу у постојање или непостојање чињеница у кривичном поступку. Чињенице које суд није могао утврдити са сигурношћу приписују се у корист окривљеног. Другим речима, сумња у постојање чињенице која иде у прилог окривљеном решава се тако што се сматра да је утврђена, тј. да постоји. Супротно, ако суд остане у сумњи у постојање чињенице која иде на штету окривљеног, онда се сматра да таква чињеница не постоји. Реч је о некој врсти правила доказивања којим се заправо ствара фикција постојања или непостојања одређених чињеница у кривичном поступку, с циљем заштите окривљеног од потенцијално неосноване осуде. Према томе, чињенице које иду на штету окривљеног морају бити утврђене са извесношћу. У супротном, сматра се да не постоје. На другој страни, чињенице које иду у корист окривљеног сматраће се утврђеним и ако остане сумња у њихово постојање, односно ако постоји вероватноћа да оне постоје (Павловић, Ш., 2009: 550–551).

У немачкој теорији процесног права сматра се да правило *in dubio pro reo* првенствено припада кривичном материјалном праву и уставном праву. Овај принцип произлази из самог начела законитости („*nullum crimen, nulla poena sine lege*“). Према протагонистима овог схватања, суд ће изрећи осуђујућу пресуду ако су испуњени услови постојања елемената кривичног дела, противправности и кривице окривљеног, утврђени извођењем доказа на главном претресу. Услови за доношење осуђујуће пресуде нису

испуњени ако у погледу неког од ових елемената остане основана сумња. У том случају се доноси ослобађајућа пресуда применом правила у сумњи у корист окривљеног (Krey, V., 2009: 4).

### **3. Опсег важења принципа *in dubio pro reo* и повезаност са другим процесним институтима**

У погледу обима важења принципа *in dubio pro reo* у теорији постоји несагласност. Најпре се поставља питање да ли се примена овог принципа односи само на чињенична питања, и у ком опсегу, или су њиме обухваћена и правна питања. У том смислу се може пратити постепена еволуција. Најпре су применом принципа *in dubio pro reo* биле обухваћене чињенице које иду на штету окривљеног (Васиљевић, Т., 1981: 315), а касније је примена проширена на чињенице које иду у корист окривљеног. Овде се, пре свега, мисли на материјалне правно релевантне чињенице. Осим тога, ово правило се примењује на процесне правно релевантне чињенице. С обзиром на то да чињенице индиције и контролне чињенице служе као инструменти за утврђивање одлучних чињеница, примена овог начела је тим пре неопходна ако остане сумња у њихово постојање. Примера ради, у немачком праву ово правило се примењује на чињенична питања, док се не примењује на правна питања, нити на питања о правичности пресуде (Hassemer, W., 2011: 192).

Екстензивни приступ пледира да се принцип *in dubio pro reo* примењује приликом тумачења права, оцене изведених доказа и одмеравања казне (Васиљевић, Т., 1964: 36–37). Међутим, исти аутор касније напушта наведено схватање, те износи став да са увођењем слободне оцене доказа овај принцип потпуно губи смисао. Сумњу у истинитост чињеница судија ће разрешити у двојаким смислу; или да постоји или да не постоји. Да ли ће на крају оцене доказа тас на ваги претегнути у корист или на штету окривљеног, то зависи од околности конкретног случаја. Чак и када судија одабере решење које је повољније по окривљеног, ту није реч о примени каквог правила, већ о личном опредељењу (Васиљевић, Т., 1977: 386). Са наведеним схватањем се само делимично можемо сагласити. Примена принципа *in dubio pro reo* приликом тумачења права може доћи у обзир ако недоумица у значење конкретне правне норме остане и након примене свих расположивих метода тумачења. У том случају би било нелогично, али и неправично, немоћ адресата примене права пребацивати на терет окривљеног. Оцена изведених доказа врши се применом правила логике и искуства. И ту свакако постоји могућност примене овог принципа, будући да је реч о доношењу закључака о чињеничним питањима.

Приликом одмеравања казне одлучује се о правним питањима, тако да нема места примени принципа *in dubio pro reo*, с обзиром да тој делатности претходи правилно и потпуно утврђивање чињеничног стања. Примена овог правила је, међутим, могућа приликом одлучивања о врсти пресуде. Ослобађајућа пресуда ће бити донета не само када нема доказа да је окривљени извршио кривично дело, већ и у случају недостатка довољно доказа о томе (Кнежевић, С., 2012: 128).

Начело *in dubio pro reo* се у неким случајевима не примењује. Насупрот чињеничним питањима, ово правило се не примењује приликом решавања правних питања (Крапац, Д., 2010: 118). Једно од најспорнијих питања у теорији кривичног поступка јесте разликовање чињеничних и правних питања. Прављење дистинкције између чињеничног и правног је, доиста, веома тешко. Неки појмови који означавају чињенице из свакодневног говора инкорпорирани су у текст закона (сила, претња, обмана...). Са друге стране, неки правни појмови су истовремено чињенице у стварности (чињеница да неко поседује имовину, или да је неко присвојио туђу ствар). У кривичном поступку се утврђује постојање појаве из стварности која је описана у чињеничном опису оптужног акта овлашћеног тужиоца. О постојању чињеница важних за доношење одлуке о кривичној ствари се закључује на основу доказа. На тако утврђено чињенично стање се примењује правна норма (Грубиша, М., 1959: 404). Закључак о постојању чињеница се врши на основу слободног судијског уверења. У случају да судија није сигуран у постојање неке чињенице, он ће то решити применом правила *in dubio pro reo*. Закључак о правним питањима, дакле о примени правне норме на утврђено чињенично стање, врши се применом правила логике. Суд утврђене чињенице супсумира под одговарајућу правну норму. У случају постојања дилеме у погледу решавања правног питања, то се решава применом правила тумачења правне норме. Приликом тумачења правне норме, примени правила *in dubio pro reo* нема места.

Гледано кроз поступак чињеничног и правног формирања чињеничне основе пресуде, најпре долази до утврђивања радње окривљеног која му се оптужбом ставља на терет. Та фаза представља утврђивање чињеница. Након тога се испитује да ли делатност окривљеног представља радњу извршења кривичног дела. Ако се дође до потврдног одговора, онда се одлучује о примени кривичне санкције према окривљеном. Обе фазе представљају решавање правних питања (Грубиша, М., 1960: 34). Другим речима, утврђивање околности из стварности представља чињенично питање, а оцена да ли та околност одговара правној норми је правно питање (Ђуричић, С., 2005: 267).

Принцип *in dubio pro reo* се такође не примењује у случајевима када се одступа од правила да је терет доказивања на тужиоцу. У кривичним законодавствима у којима и даље постоји кривично дело клевете, терет доказивања истинитости онога што је износио или проносио пада на окривљеног. Осим пресумпције честитости, терет доказивања пада на окривљеног приликом обарања претпоставке урачунљивости. Такође, у поступку одузимања имовинске користи стечене извршењем кривичног дела, на окривљеном је терет доказивања законитог порекла имовине.

У теорији постоји сличан став према којем је принцип *in dubio pro reo* противан начелима истине и слободне оцене доказа. Чињенице у кривичном поступку могу бити доказане или недоказане. Применом овог принципа суд пренебрегава дужност да утврди све важне чињенице, без обзира да ли иду у корист или на штету окривљеног (Петрић, Б., 1982: 7–8). Наведено гледиште не можемо прихватити стога што полази од погрешне премисе. Принцип *in dubio pro reo* компатибилан је са начелом истине. Након извођења свих доказа, односно тежње да се утврде све чињенице о конкретној кривичној ствари, ово правило представља коректив у случају да и тада остане сумња у истинитост чињеница. Тај коректив представља повластицу окривљеном ако резултат доказног поступка не буде несумњиво утврђено стање ствари.

Овај принцип не може бити супротан ни начелу слободне оцене доказа. Напротив, *in dubio pro reo* са њим има континуитет. Након утврђивања чињеница извођењем доказа, судија врши оцену доказа по слободном судијском уверењу. Најпре се врши оцена сваког доказа појединачно, а затим у склопу са осталим изведеним доказима. Правило *in dubio pro reo* се примењује након оцене доказа ако судија утврди да постоји сумња у извесност одлучних чињеница. Према томе, *in dubio pro reo* не ремети слободну оцену доказа, нити обавезује судију у примени правила логике и закључивања.

Следеће је потребно разграничити степен сумње који је неопходан за примену овог правила. Законодавац се најчешће опредељује за термин „сумња“. Према одредби из члана 16, став 5 Законика о кривичном поступку,<sup>1</sup> „сумњу у погледу чињеница...“, суд ће решити у корист окривљеног“. Наведени термин не кореспондира ниједном степену извесности који мора да постоји за покретање предистражног поступка, истраге, подизање оптужног акта, односно доношење пресуде. Законодавац је пропустио да дефинише овај термин у члану 1, за разлику од термина основи сумње, основана сумња, оправдана сумња и извесност. У теорији постоји схватање

---

1 “Сл. гласник РС”, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014.



да је за примену принципа *in dubio pro reo* потребна основана сумња у истинитост чињеница, тј. да су разлози за и против истинитости неке чињенице једнаки (Лазин, Ђ., 1985: 28–29, Кнежевић, С., 2012: 120). Неки су на становишту да је за примену овог правила потребно да постоје основе сумње које произлазе из мисаоног процеса оцене доказа. Према наведеном схватању та сумња представља сазнање да не постоји довољно основа да би нека чињеница била утврђена са степеном извесности (Маркићевић, А., 1984: 2–3). Трећи приступ је да је примена овог принципа могућа код постојања било какве сумње (Грубиша, М., 1966: 330). С обзиром на то да се чињенице у кривичном поступку утврђују искључиво на главном претресу, сматрамо да је неопходан степен извесности вероватноћа, односно оправдана сумња, с обзиром на чињеничну утемељеност оптужног акта на основу кога се води главни претрес. Примена принципа *in dubio pro reo* могућа је ако степен извесности у погледу постојања или непостојања неке чињенице буде између оправдане сумње и извесности.

У теорији се најчешће истиче повезаност претпоставке невиности и начела *in dubio pro reo*. Према заступницима тог схватања, принцип *in dubio pro reo* представља последицу важења претпоставке невиности (Бајер, В., 1980: 40). Суштина претпоставке невиности, као једне од значајнијих тековина правне државе и демократског друштва, најчешће се изражава правилом да се свако сматра невиним, и да га нико не може сматрати кривим док се правноснажном судском одлуком од стране надлежног суда не утврди његова кривица (Крапац, Д., 2010: 388). Садржину претпоставке невиности одредио је Европски суд за људска права у сопственој јуриспруденцији. Према ставу Суда, она инволвира следеће: поступање без предрасуда и предубеђења о кривици окривљеног, правило да терет доказивања лежи на тужиоцу и да ризик недоказаности (сумња у постојање одлучних чињеница) мора ићи у корист окривљеног (*in dubio contra auctoritatem*).<sup>2</sup> Треће правно правило инволвирано у претпоставку невиности представља расподелу ризика недоказаности чињеница о кривичној ствари. Кривични суд мора донети ослобађајућу пресуду не само када није доказано да је окривљени крив, већ и када остане сумња у његову кривицу (Илић, И., 2012: 575). Начело *in dubio pro reo* се у делу који се односи на одлучне чињенице којима се доказује постојање кривице, поклапа са претпоставком невиности. Међутим, примена овог правила је шира, јер су њиме обухваћене све друге материјалне и процесне правно релевантне чињенице (Ђурђић, В., 2014: 195–196).

Принцип *in dubio pro reo* није прописан у процесном закону Немачке. Тамошња теорија га сматра делом уставног права, прецизније елементом

---

2 Barbera, Massequé and Jabardo v. España, пресуда од 6. 12. 1988., Сер. А, бр. 146.

начела владавине права. Такође се сматра да припада материјалном кривичном праву садржаном у начелу законитости (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Закључак о примени начела у сумњи у корист окривљеног искључиво на материјалне правно релевантне чињенице изводи се из саме правне природе повреде права као жалбеног основа (Krey, V., 2009: 4).

За разлику од Немачке, принцип *in dubio pro reo* представља једно од законских начела кривичног процесног права у Швајцарској. У члану 10, став 3 федералног Законика о кривичном поступку Швајцарске из 2011. године, предвиђено је да окривљени може бити осуђен само ако је суд утврдио постојање довољно доказа за његову кривицу. Из тога се закључује да се ослобађајућа пресуда доноси и у случају непостојања довољно доказа за кривицу окривљеног, што је примена принципа у сумњи у корист окривљеног (Gwladys, G., 2014: 30). У Закону о кривичном поступку Руске Федерације из 2001. године, новелираном 2012. године, у делу под називом „Опште одредбе“, стипулирана је претпоставка невиности. У истом члану 14, став 3 законски израз добило је правило да сумња у кривицу оптуженог која не може бити отклоњена применом одредаба закона мора се тумачити у корист оптуженог. Пресуда не сме бити заснована на претпоставкама (члан 14, став 4). Према члану 4 мађарског ЗКП-а, свака чињеница која није доказана са степеном извесности изнад разумне сумње не може се приписати на штету окривљеном. Ова одредба есенцијално изражава примену правила *in dubio pro reo*.

Процесни закони Босне и Херцеговине садрже начело *in dubio pro reo*. Сумња у погледу постојања неког елемента бића кривичног дела, или у погледу неке одредбе кривичног законодавства, решава се у пресуди на начин који је повољнији по окривљеног (члан 3, став 1 ЗКП БиХ, чл. 3, ст. 1 ЗКП ФБиХ, чл. 3, ст. 1 ЗКП РС, чл. 3, ст. 1 ЗКП БДБиХ). Процесни кодекс Црне Горе законски израз начела у сумњи у корист окривљеног садржи у истом члану у којем је прописана и претпоставка невиности. Ако након прибављања и извођења свих доказа остане сумња у неко битно обележје кривичног дела или у погледу чињенице која доводи до примене неке одредбе Кривичног законика или Закона о кривичном поступку, суд ће донети одлуку у корист окривљеног (члан 3, став 3 ЗКП ЦГ). Ужи опсег важења принципа *in dubio pro reo* предвиђен је у процесном закону Македоније. У случају сумње у постојање чињеница које представљају елементе кривичног дела, или од којих зависи примена неке одредбе Кривичног закона, суд ће одлучити у корист окривљеног (члан 4 ЗКП МК). Готово истоветна је формулација у члану 3, став 2 Закона о казненом поступку Хрватске. Из наведених одредаба процесних закона држава бивше Југославије (са

изузетком Словеније), може се закључити да се правило *in dubio pro reo* сврстава у општа начела кривичног поступка. Негде се регулише заједно са претпоставком невиности, услед схватања да се консеквентно изводи из ње, а негде се сматра посебним начелом (Македонија). Разлике се могу уочити у погледу обима важења. Најшири опсег примене предвиђен је у Босни и Херцеговини, где се предвиђа примена на све одредбе кривичног законодавства. У Црној Гори је домен важења начела *in dubio pro reo* ограничен на материјалне и процесне правно релевантне чињенице, док је у Македонији и Хрватској<sup>3</sup> предвиђена примена искључиво на материјалне правно релевантне чињенице.

#### 4. Принцип *in dubio pro reo* у српском кривичном поступку

Процесна максима да се у сумњи одлучује у корист окривљеног уграђена је у текст важећег Законика о кривичном поступку. У члану 16, став 5 прописано је да се сумња у погледу чињеница од којих зависи постојање неког елемента бића кривичног дела, примена неке друге одредбе кривичног закона, као и вођење кривичног поступка решава пресудом или решењем које одговара пресуди у корист окривљеног. Овом одредбом је проширен опсег важења принципа *in dubio pro reo* у односу на раније важећи закон. У члану 18, став 3 Законика о кривичном поступку из 2001. године,<sup>4</sup> била је предвиђена примена овог начела у случају постојања сумње у одлучне чињенице које чине елементе кривичног дела, или од којих зависи примена неке одредбе Кривичног законика.

Разлика између две одредбе се, најпре, огледа у врсти чињеница. У важећем закону је употребљен термин „чињенице“, а у раније важећем – „одлучне чињенице“. Иако је реч о чињеницама од којих зависи постојање елемената кривичног дела, не треба губити из вида да се постојање тих чињеница неретко утврђује на посредан начин, индицијама и контролним чињеницама (Илић, И., 2014: 329–337). Стога сматрамо исправнијим приступ позитивноправне одредбе, која покрива све материјалне правно важне чињенице. Друга разлика се огледа у обиму важења принципа *in dubio pro reo*. Насупрот раније важећем ЗКП-у, у новом процесном закону су осим материјалних правно релевантних чињеница обухваћене и процесне

---

3 У теорији постоји схватање да се обим примене принципа *in dubio pro reo* протеже и на процесне правно релевантне чињенице (Крапац, Д., 2010: 117). Такво гледиште поткрепљено је одредбом члана 452 ЗКП ХР, из које се не може извући закључак о могућности примене овог начела.

4 “Сл. лист СРЈ”, бр. 70/2001 и 68/2002 и «Сл. гласник РС», бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 – др. закон, 49/2007, 20/2009 – др. закон, 72/2009 и 76/2010).

правно релевантне чињенице. То су чињенице од којих зависи вођење кривичног поступка. Тако ће се у случају сумње у наступање застарелости, постојања амнестије, помиловања, или да је кривична ствар *res iudicata*, донети одлука у корист окривљеног, односно пресуда којом се оптужба одбија. Имајући у виду да се постојање трајних сметњи за кривично гоњење најчешће доказује правним актом, тешко ће доћи до ситуације да у погледу наведених правних чињеница остане сумња у поступку. Хипотетички, до тога може доћи једино у погледу наступања застарелости ако је дубиозно од ког момента се рачуна рок. Из тог разлога је прихватљиво проширено дејство принципа *in dubio pro reo* за које се одлучио законодавац.

Најзад, разлика између раније и сада важећег процесног кодекса постоји и у погледу примене овог правила на друге одредбе материјалног кривичног права које не спадају у елементе кривичног дела. Док се у ранијем ЗКП-у користи израз „Кривични законик“, у важећем је употребљен термин „кривични закон“. Циљним и историјским тумачењем долазимо до закључка да је у новом ЗКП-у реч о кривичном законодавству у целини, за разлику од ранијег који се односио искључиво на Кривични законик. И ову интервенцију сматрамо оправданом будући да је у кривичном законодавству још прописа<sup>5</sup> који имају примену приликом доношења судске одлуке у кривичном поступку.

Имајући у виду стилизацију одредбе из члана 16 ЗКП-а, поставља се питање да ли је могућа примена принципа *in dubio pro reo* приликом доношења решења о одбацивању оптужнице. Непостојање чињеница од којих зависи вођење кривичног поступка заправо је постојање процесних сметњи. Оне могу бити неотклоњиве (трајне) и отклоњиве (привремене). Привремене сметње за вођење кривичног поступка су стварна ненадлежност, непостојање захтева овлашћеног тужиоца, предлога оштећеног за гоњење или одобрења за гоњење, као и душевна болест окривљеног у време вођења поступка. Утврђено постојање привремених сметњи за кривично гоњење на главном претресу доводи до доношења решења о одбацивању оптужнице. Ипак, аргумент који говори против примене начела *in dubio pro reo* приликом доношења ове врсте одлуке налази се у делу члана 16, став 6 ЗКП-а, у коме је изричито предвиђено „...суд ће у пресуди, или решењу које одговара пресуди решити у корист окривљеног“. Из текста ове законске одредбе може се препознати интенција законодавца да обухвати ослобађајућу, осуђујућу и процесну пресуду, као и решења којима се изричу кривичне санкције. Решење о одбацивању оптужнице не одговара пресуди,

---

<sup>5</sup> Примера ради: Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, Закон о програму заштите учесника у кривичном поступку и други.

јер не представља мериторну судску одлуку, већ процесну одлуку којом се кривични поступак прекида до отклањања привремених процесних сметњи.

Имајући у виду да је *dominus litis* предистражног и претходног кривичног поступка јавни тужилац, поставља се питање да ли може применити начело *in dubio pro reo*. Иако према законској одредби овлашћење за примену овог принципа има искључиво суд, сматрамо да има места ширем тумачењу. Према ставу 4 члана 6 Јавни тужилац (и полиција) су дужни да са једнаком пажњом испитују постојање чињеница које окривљеном иду на штету и у корист. Јавни тужилац, између осталог, доноси решење о одбацивању кривичне пријаве ако не постоје основи сумње да је извршено кривично дело за које се гони по службеној дужности (члан 284, став 1, тачка 3 ЗКП). Дакле, ако након прибављања обавештења, предузимања одређених мера и радњи с циљем откривања кривичног дела и, евентуално учиниоца, јавни тужилац закључи да не постоје основи сумње, али и ако нађе да постоји сумња, али не на нивоу основа сумње, донеће решење о одбацивању кривичне пријаве. Према томе, иако је реч о најнижем степену сумње, јавни тужилац у том случају поступа применом начела *in dubio pro reo*. Јавни тужилац, такође, може одустати од спровођења истраге ако нема довољно доказа за оптужење (члан 308, став 1, тачка 3 ЗКП). У овом случају је такође реч о примени правила у сумњи у корист окривљеног. Томе у прилог говори да је могуће да постоје неки докази о извршњу кривичног дела, али недовољни да би се јавни тужилац одлучио да подигне оптужницу. Јавни тужилац има могућност да одустане од подигнуте оптужнице све до завршетка главног претреса. У том случају ће суд донети пресуду којом се оптужба одбија. Одустајак јавног тужиоца од оптужнице представља манифестацију начела *in dubio pro reo*, с обзиром да ће до такве одлуке доћи услед спознаје да не постоји оправдана сумња да је окривљени извршио кривично дело које му се оптужбом ставља на терет. Према томе, у случају доношења процесне пресуде услед одустајка јавног тужиоца од оптужбе, принцип *in dubio pro reo* примењем је од тужиоца а не од суда<sup>6</sup>.

Важење начела *in dubio pro reo* произлази и из одредбе из члана 423, став 1, тачка 2. Ослобађајућа пресуда се доноси ако није доказано да је окривљени

---

6 Вредно спомена је овлашћење већа позивних судија да донесе одлуку о обустави поступка приликом вршења судске контроле оптужбе у случају непостојања оправдане сумње. Према члану члану 338, став 1, тачка 3 ЗКП, ванрасправно веће ће донети одлуку да нема места оптужби, те обуставити поступак ако нема довољно доказа за оправдану сумњу да је окривљени извршио кривично дело које му се ставља на терет. И у овом случају до те одлуке може доћи применом начела *in dubio pro reo* ако постоји сумња да ли прикупљени докази оправдавају извођење окривљеног на главни претрес.

извршио кривично дело за које је оптужен. Ова одредба се тумачи тако да се либераторна пресуда доноси ако нема доказа да је окривљени учинио кривично дело које му се оптужбом ставља на терет. Ова врста пресуде ће бити доната и у случају да постоје неки докази да је окривљени учинио кривично дело, али недовољни да би суд био потпуно уверен у то. Ако, дакле, суд остане у сумњи у квалитет доказа који говоре у прилог извршењу кривичног дела од стране окривљеног, донеће ослобађајућу пресуду применом принципа *in dubio pro reo*.

У теорији се као потпора важења овог начела често наводи правило о гласању приликом одлучивања о кривичној ствари на нејавној седници (Кнежевић, С., 2012: 128). У случају да се приликом доношења одлуке гласови чланова судећег већа поделе тако да ниједно мишљење нема већину, гласови чланова већа који су најнеповољнији по окривљеног се прибарају повољнијим гласовима док се не постигне већина (члан 272, став 2 ЗКП). Реч је о примени правила *in dubio pro reo* приликом пресуђења кривичне ствари. Иако техничка правила о гласању иду у корист окривљеном, сматрамо да се не може говорити о примени овог начела. Груписањем гласова не одлучује се о постојању чињеница које иду у прилог или на штету окривљеног. О томе су претходно чланови судећег већа донели одлуку, те сходно томе и гласали. Примена начела *in dubio pro reo*, према томе, долази у обзир само приликом оцене доказа од стране чланова већа.

Услед изостанка примене принципа *in dubio pro reo* пресуда је неправилна, јер је заснована на доказима у чију извесност суд није уверен. У том случају суд је повредио дужност савесне оцене доказа, што доводи до тога да је изрека пресуде противречна наведеним разлозима или су разлози наведени у образложењу пресуде у знатној мери противречни, што представља битну повреду одредаба кривичног поступка (члан 438, став 2, тачка 2 ЗКП). Реч је о релативној повреди одредаба кривичног поступка коју суд правног лека испитује само ако се на њу позове у жалби.

### **5. *In dubio pro reo* у судској пракси**

У старијој судској пракси је до неправилне примене принципа *in dubio pro reo* долазило најчешће услед пребацавања терета доказивања на окривљеног. Одбрана је била дужна да докаже постојање основа који искључују противправност и кривицу. Ако нису били доказани, судови су узимали да не постоје и доносили осуђујућу пресуду. На тај начин није примењено правило у сумњи у корист окривљеног, већ супротно – у сумњи на штету окривљеног.

Према ставу израженом у немачкој судској пракси, правило *in dubio pro reo* није повређено када је, по мишљењу одбране, суд требало да има сумњу у погледу кривице оптуженог (Chantal, J., 2005: 61). У искључивој власти суда је да цени извесност постојања одлучних чињеница, те став одбране по том питању не може имати утицаја. Судска пракса је на становишту да до повреде принципа *in dubio pro reo* не долази ако суд нема сумњу у постојање чињеница, већ ако у случају сумње одлучи на штету окривљеног. Најчешће је реч о недостацима у образложењу пресуде о постојању елемената кривичног дела или процесних сметњи.<sup>7</sup> У случају немогућности суда да за окривљеног прибави извод из казнене евиденције, има се узети да је неосуђиван, применом начела *in dubio pro reo*.<sup>8</sup> Ако се не може утврдити тачно време извршења кривичног дела, узима се да је извршено у оном тренутку који је најповољнији по окривљеног у погледу застарелости кривичног гоњења.<sup>9</sup> До примене принципа *in dubio pro reo* такође долази у случају када о извршеном кривичном делу постоје искључиво индиције. У судској пракси је заузет став да се осуђујућа пресуда искључиво на основу индиција може донети само изузетно, ако стварају чињенични ланац који искључује било коју другу могућност приликом оцене доказа.<sup>10</sup> У случају постојања две верзије о извршењу кривичног дела, након завршетка доказног поступка, претежно на основу налаза и мишљења вештака, суд је дужан да оценом изведених доказа донесе одлуку о извесности једне од две верзије (Мирков, Ж., 2014: 30). Примена начела *in dubio pro reo* у овом случају могућа је једино ако постоји неотклоњива сумња.<sup>11</sup>

## 6. Закључак

Закључак о постојању или непостојању чињеница у кривичном поступку није увек могуће извести са сигурношћу. Често се дешава да остане сумња у извесност неких чињеница које чине елементе кривичног дела, или од којих зависи вођење кривичног поступка. У том случају је потребно применити процесно начело чији је смисао да се у сумњи доноси одлука која је повољнија по окривљеног. Примена принципа *in dubio pro reo* могућа је код постојања сумње у извесност свих чињеница које се утврђују у кривичном поступку приликом оцене изведених доказа, изузетно и

7 Одлука Уставног суда Хрватске У-III-1371/2009 од 30. 06. 2010. године.

8 Пресуда Врховног суда Србије, Кж. I. бр. 388/03 од 01. 04. 2003. године и пресуда Окружног суда у Београду, К. бр. 743/02 од 26. 12. 2002. године.

9 Пресуда Врховног касационог суда Кзз бр. 87/2011 од 21. 12. 2011. године.

10 Решење Врховног суда Србије, Кж. бр. 706/03 од 13. 11. 2003. године.

11 Пресуда Општинског суда у Суботици, К бр. 106/04 од 27. 2. 2008. године и Решење окружног суда у Суботици, бр. Кж бр. 370/08 од 14. 8. 2008. године.

приликом тумачења права. На другој страни, примена овог начела изостаје код правних питања и у ситуацијама када је терет доказивања пребачен на окривљеног. Ову процесну максиму овлашћен је да примени суд приликом доношења мериторне судске одлуке и процесне пресуде. Осим тога, до примене овог принципа фактички долази и приликом одлуке јавног тужиоца да не започне кривично гоњење услед непостојања основа сумње, као и приликом одустанка јавног тужиоца од кривичног гоњења, такође услед сумње у постојање довољног степена извесности о извршеном кривичном делу (и учиниоцу). Одређивање значења и опсега примене начела *in dubio pro reo* у теорији омогућава уједначавање судске праксе. У том смислу је од посебног значаја настојање процесне науке да разграничи чињенична од правних питања у кривичном поступку, као и да протумачи одредбе процесног закона о терету доказивања.

### Литература

Blackstone, W. (1893). Commentaries on the Law in England in four books, Philadelphia

Chantal, J. (2005). Judicial Control of Foreign Evidence in Comparative Perspective, Amsterdam

Epps, D. (2015). The Consequences of Error in Criminal Justice, Harvard Law Review, бр. 4/2015, стр. 1067–1151

Gwladys, G. (2014). Public Prosecutors in the United States and Europe, Zürich

Hassemer, W. (2011). Human Dignity in Criminal Process: The Example of Truth-Finding, Israel Law Review, бр. 1-2/2011, стр. 185–198

Krey, V. (2009). German Criminal Procedure Law, Stuttgart

Бајер, В. (1980). Југославенско кривично процесно право, књига друга, Загреб

Богићевић, Ч. (2010). Одступање од начела истине у кривичном поступку, Билтен Врховног суда Црне Горе, стр. 13–20

Бркић, С. (2014). Кривично процесно право I, Нови Сад

Васиљевић, Т. (1964). Систем кривичног процесног права СФРЈ, Београд

Васиљевић, Т. (1977). Коментар закона о кривичном поступку, Београд

Васиљевић, Т. (1981). Кривично процесно право СФРЈ, Београд



Грубиша, М. (1959). Чињенично и правно питање, Наша законитост, бр. 9/1959

Грубиша, М. (1960). Рјешавање проблема разликовања и разграничења чињеничних од правних питања, Наша законитост, бр. 1–2/1960

Грубиша, М. (1966). *Princip in dubio pro reo* u teoriji i praksi, ЈРКК, бр. 3/1966

Ђурђић, В. (2014). Кривично процесно право, општи део, Ниш

Ђуричић, С. (2005). Разликовање чињеничних и правних питања, Гласник АКВ, бр. 5/2005, стр. 262–271

Илић, И. (2012). Претпоставка невиности окривљеног и право на јавно информисање, Зборник радова Правног факултета у Нишу, тематски број. Медији и људска права, бр. 61, стр. 571–586

Илић, И., Значај индиција за откривање и доказивање кривичних дела, Дани Арчибалда Рајса, зборник радова са међународног научног скупа, том I, Београд, 2014. стр. 329–337

Кнежевић, С. (2012). Основна начела кривичног процесног права, Ниш

Крапац, Д. (2010). Казнено процесно право, прва књига – Институције, Загреб

Лазин, Ђ. (1985). *In dubio pro reo* у кривичном поступку, Београд

Маркићевић, А. (1984). Принцип *in dubio pro reo*: скица за једну расправу, Гласник АКВ бр. 12/1984, стр. 1–13

Мирков, Ж. (2014). Начело *in dubio pro reo* као обележје правичног поступка, Гласник АКВ бр. 1/2014, стр. 24–35

Павловић, Ш. (2009). Познавање и примјенљивост конвенцијских и уставних начела о правичном поступку као *conditio sine qua non* добре обране, Хрватски љетопис за казнено право и праксу, бр. 2/2009, стр. 543–571

Петрић, Б. (1982). Коментар Закона о кривичном поступку, Шид

**Ivan Ilić, LL.B.**

Teaching Assistant,

Faculty of Law, University of Niš

## **APPLICATION OF THE IN DUBIO PRO REO PRINCIPLE IN CRIMINAL PROCEDURE**

### **Summary**

*After establishing the factual and legal grounds in criminal proceedings based on the evidence submitted by the disputing parties and the court, the court embarks on the process of delivering the sentence (judgment). Depending on the quality of factual grounds, which clearly indicate the presence or absence of the offender's culpability, the offender will be either convicted or acquitted (respectively). However, there are cases when the process of proving evidence gives rise to a suspicion about the actual existence of relevant facts and evidence which are essential for conviction. In that case, the court encounters a much harder task in the process of sentencing and reaching a relevant judicial decision. In the inquisitorial procedure, such a dilemma used to be solved by delivering a judgment where the defendant was absolved (absolutio ab instantia) but his sentence could be revised if there was new evidence.*

*In the contemporary criminal procedure, given the introduction of modern conceptions on the need to protect the defendant's fundamental rights, the problem is solved by applying a well-known principle dating back from the Ancient Rome. Thus, in case there is a reasonable doubt concerning the existence of relevant facts, the applicable principle is in dubio pro reo (in doubt in favour of the accused). This principle essentially implies the obligation of the court to bring a decision which is in favour of the accused, given that there is a reasonable doubt in the existence of decisive facts.*

*In this paper, the author deals with the concept, constituent elements and theoretical basis of the in dubio pro reo principle, including the legislative provisions including this principle, the scope of its application and effects. In addition, the author analyses the judicial practice of national courts and the case law of the European Court of Human Rights. In the final part of the paper, the author analyses the application of the in dubio pro reo principle in the judiciary, discussing the causes of some deficiencies observed in its application and examining some options for eliminating the existing dilemmas.*

**Key words:** *factual grounds, evidence, in dubio pro reo principle, presumption of innocence, judgment.*

**Dr Dragan Bolanča,\***  
Redoviti profesor Pravnog fakulteta,  
Sveučilište u Splitu, Hrvatska

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 347.793-057.2(497.5)

Раđ примљен: 30.06.2015.

Раđ прихваћен: 03.12.2015.

## **PRAVNI POLOŽAJ ČLANA POSADE BRODA**

**Apstrakt:** U Republici Hrvatskoj razlikuju se dvije vrste plovidbe: pomorska i unutarnja. Prvu popisuje Pomorski zakonik («Narodne novine», br. 181/04, 76/07, 146/08, 61/11. i 56/13), dok onu drugu uređuje Zakon o plovidbi i lukama unutarnjih voda («Narodne novine», br. 109/07, 132/07, 51A/13. i 151/14). Pomorska plovidba je plovidba koja se obavlja na moru i rijekama hrvatskoga jadranskog slijeva do granice do koje su one plovne s morske strane, dok je unutarnja plovidba ona plovidba koja se obavlja na unutarnjim vodama (a to su rijeke, kanali i jezera, osim rijeka jadranskog slijeva u dijelu toka kojim se obavlja pomorska plovidba). Shodno tome, postoje pomorski plovni objekti (brod, ratni brod, jahta i brodica) i plovila unutarnje plovidbe (brod, čamac, skela i plutajuće postrojenje). Bez obzira na vrstu plovidbe, najvažniji plovni objekt jest brod, a za svaku sigurnu plovidbu brod mora imati odgovarajući minimalni broj članova posade. Posadu broda čine zapovjednik i druge osobe ukrcane za obavljanje poslova na brodu i upisane u popis posade. U ovom se radu analiziraju i uspoređuju relevantne zakonske odredbe u pogledu pojma člana posade, predviđenih uvjeta koje oni moraju ispunjavati za obavljanje poslova, uvjeta za ukrcavanje, povrijeđenih prava vezanih za životne i radne uvjete na brodu, repatrijacije (povratnog putovanja), zaštite prava i interesa iz radnog odnosa, odgovornosti za štetu zbog tjelesne ozljede ili smrti člana posade, kao i nadležnosti (međunarodne) za suđenje u tim sporovima za naknadu štete. Autor zaključuje da su navedena pitanja puno bolje riješena za članove posade pomorskog broda, odnosno da su članovi posade plovila unutarnje plovidbe u bitno nepovoljnijem pravnom položaju.

**Ključne riječi:** član posade broda, pomorska plovidba, plovidba unutarnjim vodama.

---

\* dbolanca@pravst.hr

## 1. Uvod

U Republici Hrvatskoj razlikuju se dvije vrste plovidbe: pomorska i unutarnja. Prvu propisuje *Pomorski zakonik* (dalje – PZ)<sup>1</sup> dok onu drugu uređuje *Zakon o plovidbi i lukama unutarnjih voda* (dalje – ZPLUV).<sup>2</sup> Pomorska plovidba je plovidba koja se obavlja na moru i rijekama hrvatskoga jadranskog slijeva do granice do koje su one plovne s morske strane (čl. 5, toč. 1 PZ-a), dok je unutarnja plovidba ona plovidba koja se obavlja na unutarnjim vodama, a to su rijeke, kanali i jezera, osim rijeka jadranskog slijeva u dijelu toka kojim se obavlja pomorska plovidba (čl. 4, toč. 1 i 2 ZPLUV-a). Shodno tome, razlikujemo i dvije vrste broda. U pomorskoj plovidbi, brod jest plovni objekt namijenjen za plovidbu morem, čija je duljina veća od 12 metara, a bruto tonaža veća od 15, ili je ovlašten prevoziti više od 12 putnika. Brod može biti putnički, teretni, tehnički plovni objekt, ribarski, javni ili znanstvenoistraživački (čl. 5, toč. 4 PZ-a). U unutarnjoj plovidbi, brod je plovilo namijenjeno isključivo ili pretežno za plovidbu unutarnjim plovnim putovima, duljine (L) 20 metara ili više; plovilo čiji je umnožak duljine (L), širine (B) i gaza (T) zapremina od 100 m<sup>3</sup> ili više; plovilo namijenjeno za prijevoz više od 12 putnika; tegljač; potiskivač; plovilo namijenjeno za pokretanje bočnog sastava koji se ne sastoji isključivo od čamaca bez obzira na njihovu duljinu, širinu i zapreminu (čl. 4, toč. 6 ZPLUV-a).

## 2. Član posade broda

### 2.1. Pojam člana posade

U pomorskoj plovidbi posadu broda čine zapovjednik i druge osobe ukrcane za obavljanje poslova na brodu i upisane u popis posade (čl. 125, st. 1 PZ-a). Za zapovjednika i člana posade na brodu može se ukrcati samo osoba koja ima pomorsku knjižicu ili odobrenje za ukrcavanje (čl. 137, st. 1 PZ-a) (Bolanča, Naprta, 2013: 263, Rukavina, 2005: 235).<sup>3</sup> Za obavljanje poslova kojima se osigurava plovidba brod mora imati propisani broj članova posade s odgovarajućim val-

---

1 Vidi «Narodne novine Republike Hrvatske», br. 181/04, 76/07, 146/08, 61/11. i 56/13, dalje – «NNRH».

2 Vidi «NNRH» br. 109/07, 132/07, 51A/13. i 151/14.

3 Pomorska knjižica jest isprava kojom se dokazuje zdravstvena sposobnost, svojstvo u kojemu je član posade ukrcan na brod te trajanje plovidbene službe (čl. 137, st. 2 PZ-a). Pomorska knjižica i odobrenje za ukrcavanje jesu osobne isprave osobe kojoj su izdane. (čl. 137, st. 3 PZ-a). Prema *Pravilniku o pomorskim knjižicama i odobrenjima za ukrcanje, te postupcima i načinu prijave i objave pomoraca na obvezno mirovinsko i obvezno zdravstveno osiguranje* («NNRH» br. 54/13.) *pomorac* je osoba koja ima valjanu pomorsku knjižicu odnosno odobrenje za ukrcavanje izdanu sukladno odredbama Pravilnika (čl. 2, toč. 1), dok je *član posade* zapovjednik i druga osoba ukrcana za obavljanje poslova na brodu i upisana u popis posade (čl. 2, toč. 2).

janim svjedodžbama o osposobljenosti (čl. 130, st. 1 PZ-a) (Bolanča et all., 2013: 281).<sup>4</sup> Član posade broda hrvatske trgovačke mornarice koji obavlja poslove kojima se osigurava plovidba može biti osoba koja ima odgovarajuću životnu dob, koja je stekla odgovarajuće zvanje i koja za obavljanje poslova tog zvanja na brodu ima odgovarajuću svjedodžbu o osposobljenosti, te vježbenik palube ili stroja (čl. 131, st. 1 PZ-a).<sup>5</sup> Svjedodžba o osposobljenosti za obavljanje poslova na brodu može se izdati samo osobi koja je tjelesno i duševno sposobna obavljati poslove na brodu, te nije ovisna o opojnim drogama i alkoholu, što se utvrđuje liječničkim pregledom i provjerava periodičnim liječničkim pregledom (čl. 131, st. 5 PZ-a) (Bolanča et all., 2013: 322).<sup>6</sup> Člana posade pomorskog broda uobičajeno se naziva pomorac (Bolanča et all., 2013: 349),<sup>7</sup> iako to nisu sinonimi.<sup>8</sup> Pomorac je član posade broda, premda je u suštini prvi pojam širi

4 *Pravilnik o najmanjem broju članova posade za sigurnu plovidbu koji moraju imati pomorski brodovi, plutajući objekti i nepomični odobalni objekti* («NNRH» br. 63/07, 76/11. i 46/13) propisuje najmanji broj članova posade pomorskog broda, a to predstavlja posadu koja brodu jamči sigurnu plovidbu u odnosu na kategoriju plovidbe i morsko područje plovidbe, veličinu i namjenu broda, snagu porivnog uređaja, stupanj (oznaku) i automatizaciju pogona (čl. 2, st. 1).

5 *Pravilnik o zvanjima i svjedodžbama o osposobljenosti pomoraca* («NNRH» br. 50/07, 62/09, 73/09, 15/10, 42/10, 64/11. i 145/11) propisuje zvanja, stručnu spremu, uvjete i načine stjecanja svjedodžbi o osposobljenosti zapovjednika broda, upravitelja stroja, časnika i drugih članova posade broda (u nastavku – *pomorci*) – čl. 1. Vidi: (Bolanča et all., 2013: 11).

6 *Pravilnikom o utvrđivanju uvjeta zdravstvene sposobnosti članova posade pomorskih brodova, brodice i jahti* («NNRH» br. 93/07) propisuju se uvjeti i način obavljanja liječničkih pregleda radi utvrđivanja zdravstvene sposobnosti članova posade pomorskih brodova, brodice i jahti (u nastavku – *članovi posade*) – čl. 1.

7 Sam PZ upotrebljava oba pojma, pri čemu se pomorac spominje samo nekoliko puta (čl. 125, st. 4, čl. 125.a, čl. 129, st. 5, čl. 132). Šarolikost se uočava i kod podzakonskih akata (vidi *supra* bilj. br. 3, 4, 5 i 6). *Pravilnik o uvjetima i načinu održavanja straže, te obavljanju drugih poslova na brodu kojima se osigurava sigurna plovidba i zaštita mora od onečišćenja* («NNRH» br. 125/05, 126/08. i 34/11) *pomorcem* označava osobu koja je zaposlena, ukrcana ili radi u bilo kojem svojstvu na brodu (čl. 2, toč. 6). Ovaj pravilnik daje pojam „pomorca“ koji upotrebljava samo u dodacima -obrascima, jer inače koristi pojam „član posade broda“ – (Bolanča et all., 2013: 247), vidi: (Luttenberger, 2005: 155) i (Milošević Pujo, 2006: 157). *Pravilnik o posredovanju pri zapošljavanju pomoraca* («NNRH» br. 120/07) *pomorcem* smatra svaku osobu koja ispunjava uvjete da bude ukrcana za obavljanje poslova na brodu i upisana u popis posade broda (čl. 2., toč. 2.).

8 Pomorac je opći naziv za osobu kvalificiranu za obavljanje dužnosti člana posade trgovačkog mornaričkog broda (Pomorski leksikon, Jugoslavenski leksikografski zavod «Miroslav Krleža», Zagreb, 1990. str. 613). Pomorac ili mornar označava bilo koju osobu na brodu, bez obzira na pomorsko zvanje (Pravni leksikon, Leksikografski zavod «Miroslav Krleža», Zagreb, 1990. str. 754 i 1114). Pomorcem se smatra osoba koja je zaposlena na pomorskom brodu i koja se ubraja u brodsku posadu, odnosno svaka osoba koja je uvedena (upisana) u popis posade, bez obzira na to vrši li na brodu neku službu, koja se eventualno izravno ne odnosi na plovidbu i koja bi takve poslove mogla vršiti i na kopnu (Tintić, 1983: 586). Sinonim za pomorca

od drugoga, jer je član posade broda samo onda kada plovi, nakon što je upisan u popis posade i ukrcao na pomorski brod, a pomorac može biti i nezaposlena osoba s tim zvanjem (Lovrić, 1990: 89, Grabovac, 1991: 158, Učur, 1995: 56, Bolanča, 1999: 64, Šimac, 1999: 615).

U unutarnjoj plovidbi posadu plovila<sup>9</sup> čine osobe ukrcane za obavljanje poslova na plovilu i obvezno se upisuju u popis posade (čl. 46, st. 1 ZPLUV-a). Kao član posade na plovilo se može ukrcao samo osoba koja ima brodersku knjižicu (čl. 54, st. 1 ZPLUV-a).<sup>10</sup> Za sigurnu plovidbu plovilo mora imati odgovarajući minimalni broj članova posade s određenom stručnom osposobljenošću (čl. 46, st. 2 ZPLUV-a).<sup>11</sup> Stručna osposobljenost članova posade broda stječe se položenim odgovarajućim stručnim ispitom, a dokazuje svjedodžbom o stručnoj osposobljenosti (čl. 47, st. 1 ZPLUV-a).<sup>12</sup> Član posade plovila može biti osoba koja je tjelesno i duševno sposobna obavljati posao na plovilu, što se utvrđuje i provjerava liječničkim pregledom (čl. 50, st. 1 ZPLUV-a).<sup>13</sup> Član posade broda unutarnje plovidbe uobičajeno se naziva brodarac.<sup>14</sup>

---

jest pojam «mornar» koji se koristio sve do 1936. godine u konvencijama i preporukama Međunarodne organizacije rada (Perlain, 1988: 84, Učur, 1995: 56).

9 Plovilo je svaki objekt unutarnje plovidbe namijenjen za plovidbu, uključujući brodove, čamce, skele i plutajuća postrojenja (čl. 4, toč. 5 ZPLUV-a).

10 *Pravilnik o broderskim knjižicama i dozvolama za ukrcaj* («NNRH» br. 56/00. i 36/05) propisuje da se broderska knjižica (dozvola za ukrcaj) može izdati osobi koja je navršila 15 godina života i koja je tjelesno i duševno zdrava i sposobna za obavljanje određenih poslova na brodu (čl. 3, st. 1).

11 *Pravilnik o najmanjem broju članova posade za sigurnu plovidbu plovila unutarnje plovidbe* («NNRH» br. 38/08. i 20/10.) navodi da član posade plovila može biti samo osoba ukrcana na plovilo koja ima odgovarajuće zvanje i koja za obavljanje poslova u okviru zvanja na plovilu ima odgovarajuću svjedodžbu o stručnoj osposobljenosti, obavlja poslove u svezi plovila i plovidbe i obavezno je upisana u Popis posade (čl. 3).

12 *Pravilnik o zvanjima i stručnoj osposobljenosti brodaraca* («NNRH» br. 45/11, 68/13. i 117/14) uvodi pojam *brodarac* pod kojim smatra osobu koja ima brodersku knjižicu/dozvolu za ukrcaj (čl. 2, toč. 1).

13 *Pravilnik o utvrđivanju uvjeta zdravstvene sposobnosti članova posade pomorskih brodova i brodova unutarnje plovidbe* («NNRH» br. 111/02) utvrđuje uvjete zdravstvene sposobnosti članova posade brodova unutarnje plovidbe, te određuje sadržaj i način obavljanja prethodnih i redovnih zdravstvenih pregleda (čl. 1). Napominjemo da se ovaj pravilnik više ne primjenjuje na članove posade pomorskih brodova (vidi *supra* bilj. br. 5).

14 Vidi *supra* bilj. br. 12. Brodarac je opći naziv za osobu kvalificiranu za obavljanje dužnosti člana posade broda unutarnje plovidbe, a mora imati brodersku knjižicu (Pomorski leksikon, Jugoslavenski leksikografski zavod «Miroslav Krleža», Zagreb, 1990. str. 97).

## 2.2. *Zaštita prava iz radnog odnosa člana posade broda*

Član posade pomorskog broda (pomorac) mora obavljati poslove na brodu u skladu sa svojim dužnostima propisanim PZ-om, drugim propisima i pravilima navigacije, te drugim propisima donesenim na temelju PZ-a iz područja sigurnosti plovidbe, zaštite ljudskih života na moru i zaštite morskog okoliša (čl. 133 PZ-a). Članovi posade broda koji smatraju da su povrijeđena njihova prava vezana za životne i radne uvjete na brodu imaju pravo podnositi *usmene i pisane prigovore* nadređenom časniku, zapovjedniku broda, vlasniku broda,<sup>15</sup> brodaru,<sup>16</sup> odnosno kompaniji<sup>17</sup> i Ministarstvu pomorstva (čl. 133.a, st. 1).<sup>18</sup> Vlasnik broda, brodar i kompanija dužni su osigurati da je svakom članu posade broda pri ukrcaju na brod dana preslika postupaka koji se primjenjuju na tom brodu po prigovoru, uključujući informacije o nadležnim tijelima države čiju državnu pripadnost ima brod, te imena članova posade broda koji će im u postupcima po prigovoru pružiti odgovarajuću pomoć (čl. 133.a, st. 3). Ovom je odredbom u PZ unesen dio *Direktive Vijeća 2009/13/EC od 16. veljače 2009. kojom se primjenjuje Sporazum zaključen između udruženja brodovlasnika Europske zajednice i Europske federacije transportnih radnika o Konvenciji o radu pomoraca 2006. izmjenjujući Direktivu 1999/63/EC*.<sup>19</sup> Kao što je vidljivo iz naslova Direktive, njen je prvenstveni cilj primjena u praksi novih rješenja *Konvencije o radu pomoraca* (engl. *Maritime Labour Convention*) donesene 2006. god. u Ženevi.<sup>20</sup> U inozemnim lukama član posade broda koji je državljanin Republike Hrvatske može se, radi zaštite svojih

---

15 Vlasnik broda je osoba upisana u u list B uložka glavne knjige upisnika broda (čl. 200, st. 1 PZ-a).

16 Brodar jest fizička ili pravna osoba koja je kao posjednik broda nositelj plovidbenog pozhvata, s tim što se pretpostavlja, dok se ne dokaže protivno, da je brodar osoba koja je u upisnik brodova upisana kao vlasnik broda (čl. 5, toč. 32 PZ-a).

17 Kompanija jest fizička ili pravna osoba koja je preuzela odgovornost za upravljanje brodom od vlasnika broda i koja je preuzimanjem takve odgovornosti preuzela ovlasti i odgovornosti sukladno Međunarodnom pravilniku o upravljanju sigurnošću (ISM Pravilnik) - (čl. 5, toč. 34 PZ-a).

18 Ako se prigovor iz stavka 1. ovoga članka podnosi na brodu, prigovor se unosi u brodski dnevnik a podnošenju prigovora mora biti prisutan najmanje još jedan član posade broda kao svjedok (čl. 133.a, st. 2).

19 Council Directive 2009/13/EC of 16 February 2009 implementing the Agreement concluded by the European Community Shipowners' Associations (ECSA) and the European Transport Workers' Federation (ETF) on the Maritime Labour Convention, 2006, and amending Directive 1999/63/EC (Official Journal L 124 20. 05. 2009, p. 30-50). Vidi spomenutu Direktivu Propis 5.1.5 – postupci po prigovoru na brodu.

20 Još nije stupila na snagu, ali ju je Republike Hrvatska ratificirala *Zakonom o potvrđivanju Konvencije o radu pomoraca iz 2006. godine* («NNRH – Međunarodni ugovori», br. 11/09.). O konvenciji vidi: (Luttenberger, Rukavina, 2013: 85), (Učur, 2010: 1603). Jedna od značajnih novosti koje donosi ova konvencija jest široka definicija pojma pomorac. Ta definicija sada

prava i interesa iz radnog odnosa, obraćati diplomatskim ili konzularnim predstavništvima Republike Hrvatske (čl. 142 PZ-a).<sup>21</sup>

Član posade broda unutarnje plovidbe (brodarac) mora obavljati poslove na plovilu u skladu sa svojim dužnostima propisanim zakonom i drugim propisima koji se odnose na plovidbu na način da ne dovede u opasnost sigurnost plovidbe, oštetiti plovilo ili stvari na njemu, ugrozi sigurnost putnika na plovilu, ostale članove posade ili onečisti okoliš opasnim i štetnim tvarima (uljem, otpacima tekućih goriva i njihovim smjesama, otpadnim vodama i drugim otpadnim tvarima te radioaktivnim i sličnim otpacima) s plovila (čl. 52 ZPLUV-a). Posebno, brodarac mora primjenjivati propisana pravila plovidbe iz ZPLUV-a i propisa donesenih na temelju ZPLUV-a kojima se uređuje sigurna plovidba (čl. 53 ZPLUV-a). Za razliku od pomoraca, ZPLUV kao *lex specialis* ne predviđa nikakva zakonska rješenja u vezi povrede prava brodaraca vezanih za životne i radne uvjete na brodu. To znači da se u ovom slučaju, kao i u svim drugim slučajevima povrede njihovih prava i interesa iz radnog odnosa, trebaju primjeniti relevantne odredbe *Zakona o radu* (dalje – ZOR)<sup>22</sup> kao *lex generalisa*.<sup>23</sup>

### 2.3. Povratno putovanje (repatrijacija) člana posade broda

Ako pomorac kao član posade broda za trajanja, odnosno nakon prestanka službe na brodu bude iskrčan s broda izvan njegove luke ukrcavanja, brodar mu je dužan osigurati povratak u mjesto njegova prebivališta; ako to brodar ne učini, povratno putovanje u njegovo prebivalište dužno je osigurati diplomatsko, odnosno konzularno predstavništvo Republike Hrvatske na teret brodarca broda s kojeg je takav član posade iskrčan (čl. 138, st. 1 PZ-a).<sup>24</sup> Troškove povratnog putovanja *brodar ne smije naplatiti* od člana posade broda u obliku predujma na početku zaposlenja ili iz plaća koje je dužan isplatiti članu posade broda, *osim* u slučaju težih povreda obveza iz ugovora o radu od strane člana posade broda

---

uključuje svaku osobu koja je zaposlena, uzeta u službu ili koja radi u bilo kojem svojstvu na brodu na koji se primjenjuje konvencija (čl. 11, st. 1f).

21 Dakle, ne smije se obraćati stranim sudovima ili tijelima – vidi: (Luttenberger, 2005: 184).

22 Vidi «NNRH» br. 93/14.

23 To su odredbe o zaštiti života, zdravlja i privatnosti radnika (čl. 28 – čl. 29 ZOR-a) i odredbe o ostvarivanju prava i obveza iz radnog odnosa (čl. 131. – čl. 139. ZOR-a) – opširnije vidi: (Gović, Marinković Drača, Milković, 2010: 99–106, 419–474), te: (Zlatović, Malenica, 2013: 148–152, 366–392).

24 Ta je obveza preuzeta za brodarca iz *Konvencije Međunarodne organizacije rada br. 23 o repatriranju mornara* (engl. *Repatriation of Seamen Convention*) iz 1926. god. (tekst konvencije vidi u Perlain, 1988: 83). Republika Hrvatska je stranka te konvencije na temelju notifikacije o sukcesiji («NNRH – Međunarodni ugovori» br. 2/94). Vidi također: (Buklijaš, Bilić, 2006: 509) (Vokić Žužul, 1995: 241).



(čl. 138, st. 2 PZ-a). Ako brodar ne izvrši povrat iznosa plaćenog za troškove povratnog putovanja člana posade iz stavka 1. ovoga članka, uzimajući u obzir važeće međunarodne standarde, *može se odrediti mjera zadržavanja brodova tog broдача* (čl. 138, st. 3 PZ-a).<sup>25</sup> Troškovi povratnog putovanja obuhvaćaju troškove za smještaj, hranu kao i prijevoz, plaću i dodatke na plaću od trenutka kada je član posade iskrcao s broда do njegova povratka u mjesto prebivališta, te potrebno liječenje dok član posade broда nije zdravstveno sposoban za povratno putovanje (čl. 139, st. 3 PZ-a).<sup>26</sup> Navedene troškove snosi broдар (čl. 139, st. 1 PZ-a), a on ima pravo regresa za naplatu svih troškova povratnog putovanja od pomorca koji se bez odobrenja iskrcao s broда i time svojom krivnjom doveo do prestanka zaposlenja ili koji se iskrcao s broда zbog ozljede ili oboljenja koje je sebi prouzročio namjerno ili grubom nepažnjom (čl. 139, st. 2 PZ-a).<sup>27</sup> Broдар mora *održavati na snazi osiguranje ili drugo financijsko jamstvo* radi pokrića troškova povratnog putovanja članova posade broда (čl. 139.a, st. 1 PZ-a),<sup>28</sup> a također mora osigurati da članovima posade na svim brodovima budu dostupne odgovarajuće odredbe važećih propisa koje se odnose na prava člana posade vezano za povratno putovanje (čl. 139.a, st. 2 PZ-a).<sup>29</sup> Povratno putovanje smatra se osiguranim i ako je članu posade osiguran odgovarajući posao na broду koji plovi u luku njegova ukrcavanja (čl. 140, st. 1 PZ-a), a u tom slučaju pomorcu pripada naknada za poslove koje je obavljao na broду (čl. 140, st. 2 PZ-a). Zakonske odredbe o repatrijaciji (čl. 138 – čl. 140 PZ-a) primjenjuju se i na strance koji su članovi posade hrvatskog broда (čl. 141 PZ-a).

I u unutarnjoj plovidbi broдар je dužan članu posade (broдарcu) osigurati povratno putovanje i nadoknaditi troškove povratnog putovanja u mjesto njegovog

25 Pod pojmom «zadržavanje» misli se na zaustavljanje broда, a u važeće međunarodne standarde spada *Međunarodna konvencija o zadržavanju (zaustavljanju) brodova* (engl. *International Convention on Arrest of Ships*) iz 1999. god. (tekst konvenciji vidi u Marin, 2002: 44. Konvencija još nije stupila na snagu, niti ju je Republika Hrvatska ratificirala.

26 Odredbe čl. 138, st. 2 i st. 3, te čl. 139, st. 1 posljedica su unošenja u zakonski tekst već spomenute Direktive (vidi *supra* bilj. br. 20) i to Propisa 2.5 –Repatrijacija.

27 PZ u ovom članku kao *lex specialis* predviđa dva posebna slučaja kada pomorac može uzrokovati štetu na radu ili u vezi s radom, a u oba slučaja pomorac odgovara na temelju dokazane kvalificirane krivnje (Bolanča, 1999: 86), što je u skladu sa čl. 107, st. 1 ZOR-a koji predviđa da je radnik dužan nadoknaditi štetu koju na radu ili u vezi s radom namjerno ili iz krajnje nepažnje uzrokuje poslodavcu (Gović et al., 2010: 295).

28 Izmjenama PZ-a iz 2011. god. uvedena je ova nova vrsta obveznog osiguranja (Bolanča, 2011: 120). Inače, PZ poznaje 5 slučajeva pomorskih obveznih osiguranja, vidi detaljnije: (Primorac, 2011: 123 – 321).

29 Odredbe tih važećih propisa moraju biti dostupne na radnom jeziku broда te na engleskom jeziku (st. 3.). Vidi pobliže: (Primorac, Šarić, 2012: 127, Rukavina, 2007: 169).

prebivališta ili boravišta (čl. 55, st. 1 ZPLUV-a).<sup>30</sup> Troškovi povratnog putovanja obuhvaćaju troškove smještaja, prehrane i prijevoza od trenutka iskrcaja do trenutka povratka brodarca u mjesto njegovog prebivališta ili boravišta (čl. 55, st. 2 ZPLUV-a). Ako brodar ne ispuni svoju zakonsku obvezu, a plovilo je u stranoj zemlji, onda povratno putovanje osigurava diplomatsko, odnosno konzularno predstavništvo Republike Hrvatske na teret brodarca (čl. 55, st. 3 ZPLUV-a). Navedene odredbe primjenjuju se i na strance koji su članovi posade hrvatskog plovila (čl. 55, st. 4 ZPLUV-a). Brodar ima pravo povrata svih troškova povratnog putovanja brodarca koji se bez odobrenja iskrcao s plovila,<sup>31</sup> ili je iskrcan zbog nesavjesnog obavljanja dužnosti, ili se iskrcao s plovila zbog ozljede ili oboljenja koje je sebi prouzročio namjerno ili grubom nepažnjom (čl. 56 ZPLUV-a).

## **2.4. Odgovornost brodarca za štetu nanесenu članu posade broda**

### *2.4.1. Naknada štete za propale stvari na brodu*

Brodar<sup>32</sup> je dužan pomorcу nadoknaditi štetu prouzročenu stvarima namijenjenim za njegovu osobnu uporabu na brodu koje su mu uništene ili oštećene pri brodolomu ili drugoj nesreći broda (čl. 144, st. 1 PZ-a). Identičnu odredbu nalazimo i u unutarnjoj plovidbi, jer je brodar<sup>33</sup> obavezan brodarcu nadoknaditi štetu na stvarima namijenjenim za njegovu osobnu uporabu koje su mu uništene ili oštećene pri brodolomu ili drugoj havariji<sup>34</sup> broda (čl. 58 ZPLUV-a). Naime, brod je stalno radno mjesto i mjesto boravka članova posade, pa stoga oni osim svoje nužne odjeće, nose sa sobom i druge stvari koje su im potrebne (npr. knjige, fotoaparate, radioprijemnike i sl.). Brodar se obvezuje kao štetnik jedino u slučaju da je uzrok propasti osobnih stvari brodolom, ili druga nesreća (havarija) broda (npr. požar, nasukanje ili sl.), a ne bilo koji štetni uzrok. Pošto se ne navodi

30 Za članove posade u unutarnjoj plovidbi ne postoji analogni međunarodni instrument kao za pomorce (vidi *supra* bilj. br. 24), jer se smatra da uvjeti pod kojima se ta plovidba obavlja ne zahtijevaju međunarodnopravnu reglamentaciju, tako: (Jakaša, 1983: 138).

31 Za razliku od pomorca, ovdje se ne traži da je neodobreno iskrcavanje dovelo do prestanka zaposlenja brodarca njegovom krivnjom (namjerom ili grubom nepažnjom). – vidi *supra* bilj. br. 28.

32 Vidi *supra* bilj. br. 17.

33 Brodar je svaka osoba koja je kao posjednik plovila nositelj plovidbenog pothvata, s tim da se pretpostavlja, dok se ne dokaže protivno, da je brodar osoba koja je u odgovarajući upisnik upisana kao vlasnik plovila (čl. 4, toč. 33 ZPLUV-a).

34 Izrazi nesreća broda i havarija broda predstavljaju sinonime, jer se pod tim pojmovima podrazumijevaju događaji koji uzrokuju gubitak ili oštećenje broda, tereta ili druge imovine na moru – tako: (Pavić, 2000: 14).

temelj odgovornosti, supsidijarno će se primijeniti odredbe *Zakona o obveznim odnosima* (dalje – ZOO)<sup>35</sup> o subjektivnoj<sup>36</sup> ili objektivnoj odgovornosti.<sup>37</sup>

#### 2.4.2. Naknada štete u slučaju nezaposlenosti zbog brodoloma

U slučaju brodoloma, pomorac koji je zaposlen kod broдача ima pravo na naknadu za svaki dan stvarnog trajanja nezaposlenosti, u visini plaće koju mu je trebalo isplatiti prema ugovoru, s time da ukupni iznos naknade koja mu se ima isplatiti ne može premašiti iznos dvomjesečne plaće (čl. 144, st. 2 PZ-a). Osim toga, pomorac ima pravo i na povratno putovanje (čl. 144, st. 3 PZ-a). I ovdje se temelj odgovornosti broдача uređuje općim propisima obveznog prava (vidi *supra* 2.4.1.).<sup>38</sup> ZPLUV ne sadrži sličnu odredbu, pa broдарac nema pravo na naknadu štete u slučaju nezaposlenosti zbog broдолoma.

#### 2.4.3. Naknada štete zbog tjelesne ozljede ili smrti ili narušenja zdravlja

Za štetu nastalu zbog tjelesne ozljede ili smrti člana posade ili zbog narušenja zdravlja koju pomorac pretrpi na radu ili u vezi s radom na broду, odgovara broдар ako ne dokaže da je šteta nastala bez njegove krivnje (čl. 145, st. 1 PZ-a). Pošto broдар mora dokazati da nije kriv za nabrojane vrste šteta, to znači da on odgovara prema osnovi pretpostavljene krivnje.<sup>39</sup> Međutim, ako je ta šteta iz st. 1 (tjelesna ozljeda, smrt ili narušenje zdravlja) nastala od opasne stvari ili opasne

---

35 Vidi «NNRH» br. 35/05. i 41/08.

36 Tko drugome prouzroči štetu, dužan je naknaditi je ako ne dokaže da je šteta nastala bez njegove krivnje (čl. 1045, st. 1 ZOO-a). Predmnijeva se obična nepažnja (čl. 1045, st. 2 ZOO-a), a krivnja postoji kad je štetnik prouzročio štetu namjerno ili nepažnjom (čl. 1049 ZOO-a) – vidi: (Crnić, 2006: 702).

37 Za štetu od stvari ili djelatnosti od kojih potječe povećana opasnost štete za okolinu odgovara se bez obzira na krivnju (čl. 1045, st. 3 ZOO-a). Za štetu od opasne stvari odgovara njezin vlasnik, a za štetu od opasne djelatnosti odgovara osoba koja se njome bavi (čl. 1064 ZOO-a) – vidi: (Crnić, 2006: 762).

38 Ovim se zakonskim rješenjem slijedi *Konvencija Međunarodne organizacije rada br. 8 o naknadi za nezaposlenost u slučaju gubitka zaposlenja zbog broдолoma* (engl. *Convention concerning Unemployment Indemnity in Case of Loss or Foundering of the Ship*) iz 1920. god. (tekst konvencije vidi u Perlain, 1988: 87 i Buklijaš et al., 2006: 496). Republika Hrvatska je stranka te konvencije na temelju notifikacije o sukcesiji («NNRH – Međunarodni ugovori» br. 2/94).

39 Ističemo da tu štetu u smislu odgovornosti broдача ne determinira, ni radno vrijeme, ni mjesto na kojem je došlo do štetnog događaja, nego funkcionalna povezanost obavljanja poslova. Stoga šteta ne mora nastati «na radu» ili «u vezi s radom», jer pomorcima brod nije samo radno mjesto, već i prostor na kojemu stalno borave. Nadalje, kao preduvjet ne mora biti ispunjena ni činjenica da se štetni događaj zbio na broду, jer će broдар odgovarati za štetu pomorcu i kada je šteta nastala izvan broда, pod uvjetom da je pomorac napustio brod

djelatnosti, onda brodar odgovara prema općim propisima o odgovornosti za štetu od opasne stvari ili opasne djelatnosti (čl. 145, st. 2 PZ-a).<sup>40</sup> Isti je princip odgovornosti predviđen i za takvu štetu koju pomorac pretrpi na radu ili u vezi s radom na brodu zbog nepostojanja uvjeta za siguran rad (čl. 145, st. 2 PZ-a).<sup>41</sup> Dakle, u ova dva slučaja brodar odgovara na temelju objektivne odgovornosti.<sup>42</sup> Međutim, krug pasivno legitimiranih osoba odgovornih za štetu dosta je širok, jer osim brodarica solidarno odgovaraju još poslovođa,<sup>43</sup> kompanija<sup>44</sup> i poslodavac<sup>45</sup> (čl. 145, st. 3 PZ-a).

Što se tiče brodarca, za štetu nastalu zbog njegove tjelesne ozljede ili smrti, brodar odgovara ako je ta šteta nastala njegovom krivnjom ili krivnjom osoba za koje brodar odgovara (čl. 59, st. 1 ZPLUV-a). Međutim, krivnja brodarca se pretpostavlja, dok se ne dokaže suprotno, ako je smrt ili tjelesna ozljeda brodarca nastupila izravno ili neizravno kao posljedica brodoloma, sudara, nasukavanja, eksplozije, požara ili mana plovila (čl. 59, st. 2 ZPLUV-a). Kao što vidimo, u unutarnjoj plovidbi prihvaćeno je načelo dokazane krivnje kao osnovno načelo odgovornosti brodarca za povredu tjelesnog integriteta brodarca, dok se načelo pretpostavljene krivnje brodarca navodi samo u iznimnim slučajevima (Činčurak Erceg, 2012: 105).

## 2.5. Sudska zaštita člana posade broda

Prema PZ-u za suđenje u svim sporovima između člana posade broda (pomorca), odnosno zapovjednika i brodarca, ili poslovođe ili kompanije, nadležni su

s odobrenjem zapovjednika u okviru obveza iz ugovora o radu, a zbog izvršenja zadatka u vezi s brodom i putovanjem – vidi: (Vio, 2012: 102), (Šimac, 2005: 42).

40 U čemu je *raison d'etre* ove odredbe iz PZ-a kada se do istog zaključka dolazi i supsidijarnom primjenom ZOO-a? *Ratio* te kogentne zakonske odredbe jest u tome što iz nje izravno proizlazi da se u hrvatskom pravu brod kao cjelina sam po sebi ne smatra opasnom stvari, odnosno da se plovidba ne može svrstati u kategoriju opasne djelatnosti – tako: (Bolanča, 1999: 91), (Šimac, 2005: 10), (Vio, 2012: 106).

41 U ovom slučaju moraju se ispuniti neki preduvjeti. Prvo, ozljeda pomorca mora nastati «na radu» ili «u vezi s radom», a to znači *quaestionem facti*. Drugo, obvezno je da ta šteta nastane «na brodu». Konačno, i treći najvažniji uvjet jest da je šteta rezultat «nepostojanja uvjeta za siguran rad» (npr. neosposobljenost broda za plovidbu, nepravilno učvršćen teret i sl.).

42 Vidi *supra* bilj. br. 37. Brodar se može osloboditi od odgovornosti u slučaju više sile (*vis maior*), radnje oštećenika i radnje treće osobe (čl. 1067, st. 1 i st. 2 ZOO-a) – vidi: (Crnić, 2006: 767).

43 Poslovođa broda jest fizička ili pravna osoba koja upravlja poslovanjem i/ili tehničkim održavanjem broda i/ili popunjavanjem broda posadom (čl. 5, toč. 33 PZ-a).

44 Vidi *supra* bilj. br. 18.

45 Poslodavac je osoba koja je s pomorcem zaključila/sklopila ugovor o radu u svoje ime (čl. 5, toč. 35 PZ-a).

trgovački sudovi nadležni za pomorske sporove (čl. 164). Nasuprot tome, ZPLUV izričito navodi da se rješavanje međusobnih sporova između člana posade plovila i broдача, kao i sporova između zapovjednika plovila i broдача provodi prema posebnom zakonu (čl. 59, st. 3 ZPLUV-a). Taj posebni zakon jest *Zakon o parničnom postupku* (dalje – ZPP).<sup>46</sup> Prema ZPP-u, rješavanje sporova zbog povrede prava iz radnog odnosa člana posade broда (vidi *supra* 2.2.) spada pod stvarnu nadležnost općinskih sudova,<sup>47</sup> dok su za sporove za naknadu štete koju član posade pretrpi na radu ili u vezi s radom (vidi *supra* 2.4.) stvarno nadležni trgovački sudovi.<sup>48</sup> Navedena zakonska sintagma «*u svim međusobnim sporovima*» iz PZ-a tumači se na način da svi sporovi (radni i pomorski) između broдача i pomorca, spadaju u djelokrug rada trgovačkih sudova. To je dovelo do apsurdnog rješenja da trgovački sudovi kao specijalizirani sudovi odlučuju o pravima pomorca u sporovima koji nemaju izravne veze s brodom i u kojima se ne primjenjuju pomorski propisi, već radna pravila, inače potpuno nespojiva s prirodom trgovačkih sudova (Šimac, 1999: 10). S druge strane, time je olakšana pravna pozicija pomorca, jer je on upućen samo na jedan sud, dok broдарac svoje sporove riješava na više različitih sudova. Međutim, PZ sadrži jednu drugu formulaciju po kojoj je za suđenje u sporovima za naknadu štete nastale zbog tjelesne ozljede ili smrti člana posade ili zbog narušenja zdravlja koju pomorac pretrpi na radu ili u vezi s radom na brodu, *međunarodno* nadležan hrvatski sud ako tužitelj ima prebivalište na području Republike Hrvatske (čl. 988.a PZ-a). Dakle, u ovom je odnosu s međunarodnim obilježjem za pomorce predviđena isključiva nadležnost hrvatskih sudova. Što se tiče broдарaca, njihova je situacija potpuno drugačija, jer se primjenjuje *Zakon o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima* (dalje – ZRSZ).<sup>49</sup> Prema tom zakonu, u sporovima izvanugovorne odgovornosti za štetu postoji međunarodna nadležnost hrvatskih sudova kada je šteta nastala na teritoriju Republike Hrvatske (čl. 53, st. 1 ZRSZ-a). Stoga, ako je štetni događaj koji je uzrokovao štetu nastupio u inozemstvu, u pravilu na brodu strane zastave koji se u trenutku nezgode nalazio u stranim unutarnjim vodama, onda hrvatski sud nije nadležan. Naime, mjesto nastanka štete je mjesto u kojem je došlo do ozljede ili smrti (inozemstvo), a ne i mjesto

46 Vidi «NNRH» br. 53/91, 91/92, 112/99, 117/03, 84/08, 123/08, 57/11, 1489/11. (pročišćeni tekst) i 25/13.

47 Općinski sudovi u parničnom postupku uvijek sude u prvom stupnju... u sporovima iz radnih odnosa (čl. 34, st. 1, toč. 10 ZPP-a) – (Grbin, 2005: 29).

48 Trgovački sudovi u parničnom postupku u prvom stupnju sude... u sporovima koji se odnose na brodove i plovidbu na moru i unutarnjim vodama te u sporovima na koje se primjenjuje plovidbeno pravo (plovidbeni sporovi), osim sporova o prijevozu putnika (čl. 34.b, st. 1, toč. 6 ZPP-a) – (Grbin, 2005: 36).

49 Vidi «NNRH» br. 53/91. i 88/01.

u kojem su se očitovale daljnje imovinskopравne posljedice nanесene ozljede ili смрти (Republika Hrvatska gdje broдарac као оштећеник живи) (Grbin, 2005: 484).

### 3. Zaključak

Usporedbom правног положаја члана посаде u поморској пловидби (поморца) i члана посаде u унутарњој пловидби (broдарца) dolazimo do mnogobrojnih zaključaka. Član посаде broда u obje vrste пловидбе мора имати потребна званја i стручну спрему, што се доказује релевантним јавним исправама (svjedodžba o osposobljenosti, поморска односно broдарска књижица). Zakonska rješenja kod повреде права vezаних за животне i радне uvjete на broду, као i u свим другим случајевима повреде његових права i интереса из радног односа, за поморца су боље предвиђена PZ-om као посебним propisom, за разлику од broдарца на којег се примјенjuje ZOR као *lex generalis*. Institut повратног путовања (repatriјације) много је повољнији за поморца u односу на broдарца, jer он *inter alia* има право на трошкове повратног путовања u vidu плаће i dodataka на плаћу, те трошкова liječenja. Osim toga, broдар мора одржавати на снази осигурање или друго финансијско jamstvo ради покрића тих трошкова, а ако broдар не изврши поврат износа плаћеног за трошкове повратног путовања, може се одредити мјера задржавања broдова tog broдара. Broдарac нема као поморac право на накнаду штете u случају nezaposlenosti zbog broдолома. Nadalje, zakonska rješenja o одговорности broдара као послодавца за смрт, тјелесне озлједице i нарушење здравља поморца темеље се на претпостављеној кривњи (као опћем начелу), или на објективној одговорности (u посебним случајевима), при чему је круг особа solidarno одговорних за штету veoma širok, што је несумњиво *in favorem* поморца. S друге стране, u сличној ситуацији broдарцу као штетник може одговарати само broдар i то на temelju доказане кривње, dok је начело претпостављене кривње предвиђено само u изnimnim случајевима (при чему nije предвиђена штета u vidu нарушења здравља). To се несумњиво не може сматрати napредним rješenjem. Dok поморac све своје спорове riješava само на трговачком суду као стварно надлежном суду, broдар је приморан u istim животним ситуацијама tražiti судску заштиту на опćинском i трговачком суду. Konačno, ако поморac pretrpi штету u vidu повреде тјелесног интегритета, а ради се о односу s међународним обilježjem, onda је за њега надлежан hrvatski суд, ако он као оштећеник има пребивалиште на подручју Republike Hrvatske. Takvo повољно rješenje nije предвиђено за broдарца. Iz анализе споменутих питања vidljivo је да су она puno боље riješena за чланове посаде поморског broда, односно да су чланови посаде пловилa унутарње пловидбе u bitно nepovoljnijem правном положају.

## Literatura

- Bolanča, D., Naprta, R. (2013). More naše plavo: Članovi posade broda (pomorci) – Zbirka popisa. Zagreb – Split: Biblioteka Nading
- Bolanča, D. (1999). Pomorsko pravo (odabrane teme). Split: Pravni fakultet
- Bolanča, D. (2011). Sigurnost plovidbe u Zakonu o izmjenama i dopunama Pomorskog zakonika Republike Hrvatske iz 2011. godine. Zbornik radova sa Znanstveno-stručnog skupa “*In memoriam* prof. dr.sc. Vjekoslav Šmid – Aktualnosti pomorskog prava i prava mora 2010–2012”. Split: Grad Rab – Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu
- Buklijaš, B., Bilić, A. (2006). Međunarodno radno pravo (uz poseban osvrt na Međunarodnu organizaciju rada). Split. Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu
- Crnić, I. (2006). Zakon o obveznim odnosima (napomene, komentari, sudska praksa i prilozi). Zagreb: Organizator
- Činčurak Erceg, B. (2012). Deliktни statut u hrvatskom pravu plovidbe unutar-njim vodama - *de lege lata i de lege ferenda*. Pravni vjesnik. 28 (3-4). 91–118.
- Gović, I., Marinković Drača, D., Milković, D. (2010). Zakon o radu. Zagreb: TEB – Poslovno savjetovanje d.o.o.
- Grabovac, I. (1991). Enciklopedija pojmova pomorskog prava. Split: Književni krug
- Jakaša, B. (1983). Udžbenik plovidbenog prava. Zagreb: Narodne novine
- Jugoslavenski leksikografski zavod «Miroslav Krleža», *Pomorski leksikon*, (1990)
- Leksikografski zavod «Miroslav Krleža», *Pravni leksikon*, (2007)
- Lovrić, J. (1990). Pomorac, što to danas znači? Naše more. 37 (3-4). 89–94.
- Luttenberger, A. (2005). Pomorsko upravno pravo. Rijeka. Pomorski fakultet
- Luttenberger, A., Rukavina, B. (2013). Oživotvorenje Konvencije o radu pomoraca (2006). Zbornik radova sa Četvrtog znanstveno-stručnog skupa “*In memoriam* prof. dr.sc. Vjekoslav Šmid – Aktualnosti građanskog prava, prava u turizmu, pomorskog prava, prava mora i upravnog prava”. Rab: Grad Rab – Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu 85–100.
- Marin, J. (2002). Međunarodna konvencija o zaustavljanju brodova (prijevod). poredbeno pomorsko pravo. 41 (146). 44–63.
- Milošević Pujo, B. (2006). Pomorsko pravo (odabrane teme po STCW konvenciji). Dubrovnik: Sveučilište u Dubrovniku

Pavić, D. (2000). Pomorsko pravo (Knjiga treća – Pomorske nezgode i pomorsko osiguranje). Split: Visoka pomorska škola

Perlain, J. (1988). Međunarodna organizacija rada (MOR) i njene konvencije, s posebnim osvrtom na konvencije koje reguliraju status pomoraca. Split. Pravni fakultet

Primorac, Ž., (2011). Pomorska obvezna osiguranja (doktorska disertacija). Split: Pravni fakultet

Primorac, Ž., Šarić, M. (2012). Repatrijacija pomoraca prema odredbama Zakona o izmjenama i dopunama Pomorskog zakonika iz 2011. godine. Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu. 49 (1) 123–137.

Rukavina, B. (2005). Prilagodba hrvatskih propisa o identifikacijskoj ispravi pomoraca međunarodnim izvorima prava. Pomorstvo. 19 (1) 229–240.

Rukavina, B., (2007). Repatrijacija ili povratno putovanje u međunarodnim konvencijama i nacionalnom zakonodavstvu Republike Hrvatske. Pomorstvo. 15 (1) 165–175.

Šimac, S. (1999). Stvarna nadležnost suda iz članka 161. stavka 4. Pomorskog zakonika, te o pojmovima pomorac i član posade broda. Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu. 36 (3-4) 607–618.

Šimac, S. (2005). Odgovornost za štetu nastalu zbog tjelesne ozljede, smrti ili narušenja zdravlja člana posade broda prema novom Pomorskom zakoniku, Zbornik radova «Pomorski zakonik Republike Hrvatske i druge novine iz područja pomorskog i prometnog prava». Rijeka: Hrvatsko društvo za pomorsko pravo 37–56

Tintić, N. (1983). Radni odnos pomoraca. *Pomorska enciklopedija* (Vol. 6, str. 586)

Učur, M. (1995). Kolektivni ugovor za pomorce. Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci. 16 (1).53–79.

Učur, M. (2010). Konvencija MOR-a o radu pomoraca (2006). Pravo u gospodarstvu. 49 (6). 1603–1632.

Vio, I. (2012). Građanska odgovornost za štetu zbog smrti, tjelesne ozljede ili narušenja zdravlja člana posade broda (doktorska disertacija). Split: Pravni fakultet

Vokić Žužul, M. (1995). Konvencije Međunarodne organizacije rada o uvjetima rada na moru koje obvezuju Republiku Hrvatsku. Uporedno pomorsko pravo. 37 (1–4). 237–246.

Zlatović, D., Malenica, I. (2013). Novo hrvatsko radno pravo. Rijeka: Libertin naklada



**Dragan Bolanča, LL.D.**

Full Professor,

Faculty of Law, University of Split

## **LEGAL POSITION OF SHIP CREW MEMBERS**

### **Summary**

*The legislation of the Republic of Croatia recognizes two kinds of navigation: maritime navigation and inland navigation. The former is regulated by the Maritime Code ("Official Gazette", no. 181/04, 76/07, 146/08, 61/11, and 56/13); the latter is regulated by the Navigation and Inland Ports Act ("Official Gazette", no. 109/07, 132/07, 51A / 13, and 151/14). Maritime navigation is defined as the navigation that takes place at sea and on the coastal rivers of the Adriatic river basin in Croatia, to the boundaries of waters navigable from the seaward side. Inland navigation is defined as navigation that takes place on inland waterways (such as rivers, canals and lakes, except for the rivers within the Adriatic basin covered by the maritime navigation). Accordingly, there are naval waterborne crafts (ships, warships, yachts and boats) and inland waterborne vessels (ships, boats, rafts, and floating facilities). Regardless of the type of navigation, the most significant vessel is a ship. In order to provide for safe navigation, a ship must have a relevant minimal number of crew members. The crew includes the Captain and other personnel who are entered in the crew list to perform different duties on board.*

*In this paper, the author analyzes and compares the relevant statutory provisions pertaining to the concept of crew members, the envisaged requirements they must meet in order to performing their duties, the boarding requirements, the violated rights related to the living and working conditions on board, repatriation (return trip), the protection of employment rights and interests arising from labor relations, the liability for damage caused by bodily injury or death of a crew member, and the (international) jurisdiction in adjudicating disputes arising from compensation claims. The author concludes that these issues are much better solved in the legislation governing maritime navigation, which entails that the crew members in inland navigation are in a considerably less favorable legal position than the crew members in maritime navigation.*

**Key words:** *ship crew members, maritime and inland navigation, Croatian legislation.*



**Dušan Nikolić, LL.D.**

Full Professor

Faculty of Law, University of Novi Sad

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 347.1

Раџ примљен: 30.06.2015.

Раџ прихваћен: 03.12.2015.

## **LEGAL PROTECTION OF THE WEAKER SIDE IN PRIVATE LAW OF THE REPUBLIC OF SERBIA**

**Abstract:** *Serbia belongs to the group of countries which have had a long and rich tradition of the weaker side protection, which has been influenced by different circumstances. Serbs, like many other Slavic peoples, had lived for a long time in large family communities, characterized by developed collective spirit, sense of unity and a high degree of mutual solidarity. Due to historical circumstances, such a model of social organization had been preserved until enactment of the Serbian Civil Code in 1844. After that, under the influence of economic liberalism, individualistic conception of law was strengthened for decades.*

*In the second half of the 20th century, a special legal system was shaped during the period of the Socialist Federative Republic of Yugoslavia, whose creators strived to find a balance between individualism and collectivism in private law and, at the same time, between the (liberal) market model of economy and state interventionism in that sphere. From the Yugoslav Federation, Serbia has inherited a modern legislation, which is even today more advanced in some segments than the normative solutions in many more developed European countries. That is particularly true for the Obligations Act of 1978. Its provisions enabled the court to recognize and take*

---

\* d.nikolic@pf.uns.ac.rs

\*\* This work is partially based on a research conducted as part of a joint project between the Faculty of Law, University of Novi Sad (Serbia) and the Faculty of Law, University of Szeged (Hungary), titled *Harmonization of Serbian and Hungarian Law with the European Union Law*. It was presented at the International scientific conference *Legal Protection of Vulnerable Groups*, organized by the Center for Legal and Social Research, held on May 18, 2015 at the Faculty of Law, University of Niš. Certain segments were also presented at the International scientific conference *Weaker party protection in Private Law*, held in Slovak Academy of Sciences Congress Center in Smolenice (Slovakia) in 2013.

*into account specific position of the weaker side and to protect its interests in an adequate manner, sometimes stepping away from the general legal regime established by law (correctrix legis).*

*There is a common opinion that debtors were overprotected under the previous system, while today's legal regulation favors creditors, especially business banks. New methods of securing claims, such as registered pledge, have been introduced and the existing legal institutes in that area have been substantially transformed. That is particularly true for mortgage. In this context, the paper provides an overview of legal provisions related to the protection of the weaker side, including those which are envisaged in the Constitution and in a number of different legislative acts. Special attention is given to the current trends in the region and to the global perspective in that field.*

**Key words:** private law; neoliberalism; weaker side protection; loans indexed in Swiss Franks.

## 1. Introduction

There is no dispute that the protection of the weaker party in the area of private law is increasingly becoming a topical issue, which is evident not only in terms of the current developments in the modern society but also considering some historical experiences that the humanity has gone through in the course of previous decades and centuries.

Private law has always been in strong interaction with economy. Changes in one area have necessarily given rise to changes in another other area, and vice versa, which ultimately means that private law and economy have most frequently been subject to the same course of development and oscillations. Generally speaking, there are two courses of economic development, which have been interchangeable throughout history. There are periods characterized by economic liberalism, which implies limiting the influence of the state, a propensity towards deregulation, a prominent party autonomy, and a broad freedom of contract. These periods are, as a rule, followed by another period characterized by strengthening the influence of the state and state intervention in the sphere of economy, narrowing the party autonomy and limiting the freedom of contract. The changes in the course of economic development occur when the current model becomes dysfunctional or when (as a result of its application) tensions inside a particular society reach a critical spot. Humanity is currently at such a turning point. The pendulum of economic and legal history has apparently

reached the farthest limits of the neoliberal model. The great depression, economic crisis, and the growing state interventionism (etatization) point to the fact that great changes may be expected. In such circumstances, the stability of many societies will be challenged. Tensions will be lesser in societies which have more equitable and better balanced legislations, corrective regulatory mechanisms and relevant rules governing the protection of the weaker party.

In that respect, Serbia falls into the group of states which have a long-standing and abundant legal tradition, which has been influenced by different circumstances. The Serbs, like many other Slavic peoples, had lived in large family communities for a long time, which developed their collective spirit, a sense of unity and a high degree of mutual solidarity. Due to historical circumstances, such model of social organization was preserved until the enactment of the Serbian Civil Code of 1844. After that, under the influence of economic liberalism, the individualistic conception of law was strengthening for decades. In the second half of the 20<sup>th</sup> century, a special legal system was shaped in the period of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, whose creators strived to find a balance between individualism and collectivism in private law and, at the same time, between the market (liberal) model of economy and the state interventionism in that sphere.

From the Yugoslav Federation, Serbia has inherited a modern statutory regulation which is, even today, more advanced in some segments than the existing normative solutions in many more developed countries of Western Europe. That is particularly true for the Obligations Act of 1978, which was based on the visionary work of Mihailo Konstantinović, professor at the Faculty of Law in Belgrade, who was the original author of a number of legal provisions back in the 1960s. These provisions enabled the court to recognize and take into account the specific position of the weaker party, and subsequently to undertake relevant measures to protect the party's interests in an adequate manner, sometimes stepping away from the general legal regime established by law (*correctrix legis*). That spirit of humanization and moralization can be observed not only in some provisions of this Act concerning contractual obligations but also in the provisions concerning the compensation for damage. The same spirit has been applied in drafting the legislative acts in the field of property law, succession law, consumer protection law and others. For that reason, the author of this article discusses the *weaker side protection* as a more comprehensive approach to this issue rather than *the protection of the weaker contracting party*. The effects of that protective mechanism largely depend on the developments in the region as well as on the global scale.

## 2. Constitutional Framework

The Constitution of the Republic of Serbia<sup>1</sup> prescribes: *All are equal before the Constitution and the law. Everyone shall have the right to equal legal protection, without discrimination. All direct or indirect discrimination based on any grounds, particularly on race, sex, national origin, social origin, birth, religion, political or other opinion, property status, culture, language, age, mental or physical disability shall be prohibited.* (Article 21). However, the legislator has recognized that a special legal regime or particular legal protection needs to be adopted for some social categories, which are not in the same position as other citizens. Hence, the Constitution states: *Special measures which the Republic of Serbia may introduce to achieve full equality of individuals or group of individuals in a substantially unequal position compared to other citizens shall not be deemed discrimination.* This implies the concept of so-called “positive discrimination”. The Constitution states that: *Families, mothers, single parents and any child in the Republic of Serbia shall enjoy special protection in the Republic of Serbia in accordance with the law.* Mothers shall be given special support and protection before and after childbirth. Special protection shall be provided for children without parental care and mentally or physically handicapped children. Children under 15 years of age may not be employed, nor may children under 18 years of age be performing jobs detrimental to their health or morals (Article 66). Extramarital community shall be equal with marriage, in accordance with the law (Article 62). A child shall enjoy human rights suitable to their age and mental maturity. Every child shall have the right to personal name, entry in the birth registry, the right to learn about its ancestry, and the right to preserve his/her own identity. A child shall be protected from psychological, physical, economic and any other form of exploitation or abuse. A child born out of wedlock shall have the same rights as a child born in wedlock (Article 64). Health care for children, pregnant women, mothers on maternity leave, single parents with children under seven years of age and elderly persons shall be provided from public revenues unless it is provided in some other manner in accordance with the law (Article 68). Citizens and families that require welfare for the purpose of overcoming social and existential difficulties and creating conditions to provide subsistence shall have the right to social protection, the provision of which is based on social justice, humanity and respect of human dignity (Article 69). Everyone shall have equal legal status on the market. Acts, which are contrary to the Law and restrict free competition by creating or abusing monopolistic or dominant status, shall be strictly prohibited. Foreigners shall be equal on the market with the nationals (Article 84). Private, cooperative and public assets shall be guaranteed. Public assets shall become state assets, assets of the autonomous province and assets of

---

1 “Official Gazette of the Republic of Serbia”, N° 98/2006.

local self-government units. All types of assets shall have equal legal protection (Article 86). The Republic of Serbia shall protect consumers. Activities directed against health, security and privacy of consumers, as well as all other dishonest activities on the market, shall be strictly prohibited (Article 99).

Constitutional provisions represent only a general regulatory framework. More specifically, this matter is regulated in much more detail by legal provisions envisaged in different areas of private law.

### **3. The Protection of the Weaker Party in Contract Law**

#### ***3.1. General provisions of the Obligations Act***

*The Obligations Act* of 1978<sup>2</sup> prescribes: Parties to the obligation relations shall be free, within the limits of compulsory legislation, public policy and good faith, to arrange their relations as they please (Article 10). Parties to obligation relations shall be equal in terms of law (Article 11). In establishing obligation relations and realizing rights and duties out of these relations, the parties shall adhere to the principles of good faith and honesty (Article 12). The exercise of a right arising from obligation relations contrary to the purpose established or recognized by law regarding such right shall be prohibited (Article 13). In establishing obligation relations the parties shall not create rights and duties by which a monopoly position is created or used in the market place (Article 14). In establishing bilateral (consensual) contracts parties shall rely on the principle of equality of mutual consideration. Cases shall be determined by law where violation of this principle invokes legal consequence (Article 15). Parties to obligation relations shall be bound to proceed in engaging in legal transactions in accordance with fair trade custom and usage. Trade practices shall be applicable to obligation relations after the parties to the obligation relations have stipulated such application, or after relevant circumstances imply such intent (Article 21). Should a contract be concluded in conformity with a form printed in advance, or prepared and proposed in some other way by one of the contracting parties, unclear provisions shall be interpreted so as to benefit the other party (Article 100). Unclear provisions in a contract without consideration should be interpreted in the way less strict for the debtor, while in case of an onerous contract – in the way which establishes an equitable relationship between mutual commitments (Article 101). After a contract is nullified due to limited business capacity of one contracting party, the contracting partner of such person may request only the restitution of that part of the honored commitment

---

2 “Official Gazette of Socialist Federal Republic of Yugoslavia”, № 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, and “Official Gazette of Socialist Republic of Yugoslavia”, № 31/93, 22/99, 23/99, 35/99, 44/99.

which forms the property of the person with limited business capacity, or which was used to his benefit, as well as the restitution of that what was intentionally destroyed or transferred to another (Article 114). Should after concluding the contract circumstances emerge which hinder the performance of the obligation of one party, or if due to these circumstances the purpose of the contract cannot be realized, while in both cases this is expressed to such a degree that it becomes evident that the contract meets no more the expectations of contracting parties and that, generally speaking, it would be unjust to maintain its validity as it stands – the party having difficulties in performing the obligation, namely the party being unable, due to changed circumstances, to realize the purpose of contract, may request its repudiation. Repudiation of contract may not be requested if the party claiming the changed circumstances had a duty, at the time of entering into contract, to take into account such circumstances, or if he could have avoided or surmounted them. A party requesting repudiation of contract may not claim changed circumstances emerging after the expiration of time limit determined for the performance of his obligation. A contract shall not be repudiated should the other party offer or accept that the relevant terms of contract be altered in an equitable way. After pronouncing repudiation of contract, the court shall, at the request of the other party, impose a duty against the party requesting it, to compensate to the other party an equitable part of the loss sustained due to repudiation (Article 133). A party authorized due to changed circumstances to request repudiation of contract shall have a duty to notify the other party on his intention to request repudiation immediately after becoming aware of the emergence of such circumstances, and in case of not acting accordingly, the first party shall be liable for loss sustained by the other party because of failure to be notified about the request on time (Article 134). While deciding on repudiation of contract or on its alteration, the court shall be directed by principles of fair dealing, while especially taking into consideration the purpose of the contract, the normal risk involved with such contracts, general interest, as well as the interests of both parties (Article 135). The parties may disclaim in advance in their contract the right to claim changed circumstances, unless that is contrary to the principles of good faith and fair dealing (Article 136). Should performance of obligation by one party in a bilateral contract become impossible due to an event not attributable to either party, the other party's obligation shall be terminated too, while a party performing part of his obligation may request restitution according to the rules of restitution in case of unjust acquisitions. Should partial impossibility of performance be due to events not attributable to either party, one party may repudiate the contract should partial performance fail to meet his needs; otherwise the contract shall remain valid, while the other party shall be entitled to request proportionate reduction of his obligation (Article 137). A contract shall be null and void by which some-



one, while taking advantage of another being in need or in poor material situation, or by using his insufficient experience, recklessness or dependence, stipulates for himself, or in favor of a third person, the benefit which is in obvious disproportion to that what has been given or done to another in return, or what he has promised to give or do. Provisions of the present Act on consequences of nullity and partial nullity of contract shall apply accordingly to the usury contract. Should a person sustaining damage request that his obligation be reduced to a just amount, the court shall meet such request favorably should this be possible, and in such a case the contract with the corresponding alteration shall remain valid. A person sustaining damage may submit a request for reducing the obligation to a just amount within five years from entering into contract (Article 141). At the debtor's request, the court shall reduce the amount of liquidated damages if it finds that they are excessively high compared to the value and significance of the subject of obligation (Article 274). The period of unenforceability due to statute of limitations shall not run: (i) between spouses; (ii) between parents and children during the validity of parental right; (iii) between a ward and his guardian, and/or a guardianship organization in the course of the guardianship relationship, and until relevant accounts are settled; (iv) between two cohabitantes during the course of such cohabitation (Article 381). The limitation period shall also run against a minor and other person without business capacity, regardless of whether they have a legal representative. However, time barred claims of minors having no representative and other unrepresented persons without business capacity, shall not take place until the expiration of a two year period from their regaining business capacity or obtaining a representative. Should a period of time shorter than two years for the expiration of a claim be specified, while the creditor is a minor without a representative or other person without business capacity and without a representative, the limitation period relating to such claims shall begin to run after the creditor has gained capacity to engage in business, or after obtaining a representative (Article 385). Unenforceability due to statute of limitations of a claim against a person serving his military term, or being on maneuvers, shall not take place until the expiration of a three month period after completing the military term or after the end of maneuvers (Article 386). Negotiating parties may limit or entirely exclude the seller's responsibility for substantive defects of the object. A contractual clause limiting or excluding responsibility for defects in goods shall be null and void if a defect was known to the seller, if he failed to notify the buyer thereof, or if the seller imposed such clause by using his particular monopoly position. A buyer forfeiting his right to repudiate the contract due to a defect in the goods shall keep the remaining rights on the ground of such defect (Article 486).

### **3.2. *The Consumer Protection Act***

According to the *Consumer Protection Act* of 2014<sup>3</sup>, a consumer may not waive his rights conferred upon him by the provisions of this Act. A contract provision which directly or indirectly deprives a consumer of or limits his rights stipulated in this Act shall be regarded as null and void. Nullity of a contract provision will not necessarily render the contract void in its entirety, if it can produce legal effects without such provision. A consumer's proposal for a contract conclusion made to a trader does not oblige a consumer to adhere to such a proposal. The Act shall also apply to the contracts aiming at or resulting in a circumvention of provisions of this Act (Article 3). Unfair commercial practices shall be prohibited. Connected therewith, the burden of proof shall rest with a trader who ought to prove that he had not been involved in such practices (Article 17). Commercial practice shall be regarded as unfair: if it is contrary to the requirements of professional diligence; if it substantially distorts or is likely to substantially distort the economic behavior, in respect of a certain product, of the average consumer to whom such practice applies, or to which he is exposed, or behavior of an average member of a group, when a commercial practice pertains to a group of consumers (Article 18). A commercial practice shall be regarded as aggressive if, considering all circumstances of a specific case, a trader by way of harassment, coercion, including the physical force, or prohibited influence, impairs, or is likely to impair freedom of choice, or a conduct of an average consumer in respect of a certain product, thereby inducing, or threatening to induce a consumer to take an economic decision which he would not have otherwise taken. A prohibited influence shall be regarded as an abuse of a position of power aiming at exerting pressure on a consumer in manner which substantially limits his ability to obtain information required for a decision making, regardless of whether a physical force is being employed, or it is made likely to be employed (Article 22). Furthermore, the Act provides a special protection of minors in that it prohibits sales or serving of alcohol drinks, as well as giving such drinks as a present, including bear, tobacco products and pyrotechnic devices to persons below the age of 18. If a doubt arises in connection to one's age, a trader is neither obliged to sell nor to serve the abovementioned products, unless a consumer presents a valid ID, a passport, or a driving license (Article 24). The Act also enshrines a whole array of provisions which indirectly ensure a protection of the weaker side.

### **3.3. *Act on the Protection of Financial Services Consumers***

The *Act on the Protection of Financial Services Consumers* of 2011, as amended in 2014<sup>4</sup>, regulates the rights of consumers of financial services provided by banks,

---

3 "Official Gazette of the Republic of Serbia", N° 62/2014.

4 "Official Gazette of the Republic of Serbia", N° 36/2011, 139/2014.

financial leasing providers and traders, as well as conditions and a manner of exercising and protecting these rights. According to this Act, the fundamental principles of consumer protection are: the right to enjoy equal position as the financial service provider; the right to protection against discrimination; the right to be informed; the right to defined or definable contractual obligation and, the right to protection of rights and interests (Article 5). A financial service contract shall be drawn up in writing or on another durable medium. Each contracting party shall receive a contract copy. The contract shall not contain provisions by virtue of which the consumer waives of his rights guaranteed by the Act (Article 7). For the purpose of this Act, terms applicable to consumers, terms for establishing the relationship between a consumer and a financial service provider and the procedure for their mutual communication, as well as terms of transactions between a consumer and a provider of a service concerned, shall be regarded as general business terms and conditions of financial services providers. Through general business terms and conditions, a financial service provider shall ensure the application of good business customs, good business practices and a fair treatment of consumers, as well as a compliance of these terms with regulations (Article 9). The Act also enshrines a whole array of provisions which indirectly ensure a protection of the weaker side.

#### **4. Weaker side protection in Tort Law**

According to the general provisions of the Contracts and Torts Act of 1978<sup>5</sup>: Should loss or injury be caused by a person otherwise not liable for it, and recovery cannot be obtained from the person having a duty to supervise him, the court may – should equity so require and particularly due to material situation of the tortfeasor and the person suffering damage – order the tortfeasor to pay damages, entirely or partially. Should loss or injury be caused by a mentally competent minor unable to redress it, the court may – should equity so require and more particularly due to material situation of parents and the person suffering loss or injury – oblige the parents to pay damages, entirely or partially, although not being at fault (Article 169). (1) The court may, while taking into account the material situation of the person sustaining loss, order the person liable to pay an indemnity which is lower than the amount of damages if it was not caused either willfully or by gross negligence, and if the liable person is in poor material situation, so that payment of full indemnity would bring him into poverty. If the tortfeasor has caused damage while doing something for the benefit of the person sustaining loss, the court may order a lower indemnity, while taking into account the degree of care the tortfeasor was otherwise applying to his own

---

5 “Official Gazette of Socialist Federal Republic of Yugoslavia”, № 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, and “Official Gazette of Socialist Republic of Yugoslavia”, № 31/93, 22/99, 23/99, 35/99, 44/99.

affairs (Article 191). In case of violation of an individual right, the court may order that, at the expense of the tortfeasor, the sentence (or the correction) be made public, or it may order that the tortfeasor take back the statement causing the violation, or order something else which would reach the purpose, otherwise apt to be achieved by indemnity (Article 199). A person being induced to unlawful intercourse or lewd act by deceit, force or misuse of a relationship of subordination or dependence, as well as a person being a victim of some other criminal offence in violation of personal dignity and morale shall be entitled to equitable damages for mental anguish suffered (Article 202). (See: Nikolić, 2007: 80 etc.).

### **5. Weaker side protection in Property Law**

*The Registered Pledge Act of 2003*<sup>6</sup> states: If the pledgor is a physical entity, the Contract on Pledge cannot predict that the ownership of the object deposited as pledge is transferred to the pledgee, if the claims are not settled by the due date. In that case, the Contract on Pledge cannot envisage that the pledgee can, if the claims are not settled by the due date, either sell the item deposited as the pledge, or keep the item for himself (Article 9).

### **6. Weaker side protection in Inheritance Law**

*The Inheritance Act of 1995*<sup>7</sup> states: Inheritance based on law or will, or any benefit of a will cannot be given to unworthy person: the one who has willingly murdered the testator, or tried to do so; the one who has, by means of coercion, threat or fraud, compelled the testator to make or revoke a will, or its provision, or has prevented him in doing so; the one who has, in intention to prevent the testator's last will, destroyed or hid the will, or falsified it; the one who has greatly disobeyed the legal duty of supporting the testator, or has not provided him necessary help. The court examines the worthiness *ex officio* (Article 4). If, after signing the contract on support, circumstances change to such extent that its fulfillment becomes drastically more difficult, the court can, upon request of either contracting party, regulate their relations again, or abolish them. (Article 202).

---

6 "Official Gazette of the Republic of Serbia", № 57/2003, 61/2005, 64/2006, 99/2011.

7 "Official Gazette of the Republic of Serbia", № 46/95, 101/2003, 6/2015.

## 7. Weaker side protection in Enforcement Act

Under the *Act on Enforcement and Securing Claims* of 2011,<sup>8</sup> the following items cannot be subject of enforcement: 1) clothes, footwear and other objects of personal use, bedcloths, dishes, furniture that is necessary for the enforcement debtor and members of his household, such as: a stove, refrigerator and heating appliances; 2) food and coal/fuel/wood for heating, which the enforcement debtor and members of his household need for a period of three months; 3) cash money of the enforcement debtor who has regular monthly income, providing that it does not exceed the legally prescribed amount of monthly income which is, under the law, exempt from enforcement until the debtor receives the next monthly income; 4) decorations, medals, war memorabilia and other signs of decoration and award, personal letters, manuscripts and similar private scripts of the enforcement debtor, including family pictures; 5) devices essential for daily life and operation of persons with physical or other disabilities; 6) postal packages or postal money transfer sent to the enforcement debtor, prior to delivery (Article 70).

## 8. Trends

Like other transition countries, Serbia has enacted a large number of regulations harmonized with the European legal standards. Some areas have been subject to substantial changes as compared to the legislation which was in force in the former Yugoslavian Federation. There is a common opinion that debtors were overprotected under the previous system, while today's legal regulation favors creditors, especially business banks. New methods of securing claims, such as a registered pledge, have been introduced and the existing legal institutes in that area have been substantially transformed. That is particularly true for mortgage. The process of claim enforcement has become much simpler and more efficient. The list of items which are excluded from enforcement has been significantly reduced. The substantial changes in the sphere of law have been accompanied by substantial changes in the sphere of economics. Rapid impoverishment of citizens and social stratisfaction ensued. The number of unemployed people is permanently growing. Economy and citizens are burdened by loans with extremely high interest rates. More and more people are unable to pay their debts. Such developments threaten to trigger a crisis of the banking sector, as well as an array of other social problems. The seriousness of the situation may be illustrated by a rather unusual event whose main actors are the Central Bank of Serbia, business banks and overindebted citizens.

---

<sup>8</sup> "Official Gazette of the Republic of Serbia", № 31/2011, 99/2011, 109/2013, 55/2014, 139/2014.

According to the assessments of competent institutions of the Republic of Serbia, during the first decade of the 21st century and prior to the beginning of the great economic crisis, around 30,000 citizens accepted loans in domestic currency, which were indexed in Swiss Franks. In the meantime, due to the exchange rate differences, an enormous increase of debts occurred. Among the users of such loans was the former president of the Competition Protection Commission, who took a loan indexed in Swiss Franks in 2007; at the time, the loan was worth 85,000 Euros. After four years of payment, she owed 92,000 Euros. The first installment was 58,000 RSD (dinars), while the last paid installment was 105,000. A huge number of citizens were in a similar situation.

The Central Bank of Serbia made an official statement addressing the problem. The statement read: "The National Bank of Serbia, as the institution responsible for the stability of the financial system and protection of the users of financial services, has conducted a detailed analysis of the data on these loans, especially compared to the loans indexed in Euros. On that occasion, all the relevant social and financial components of the situation of the loan users have been taken into account. The results of the analysis confirm that the unfavorable changes of the currency relations between the Swiss Frank and Euro have brought a certain number of citizens of the Republic of Serbia to a state when they are no longer able to settle their installments on time, or they do it with serious difficulties. (...) Banks should, in accordance with this recommendation, enable the users of the housing loans indexed in Swiss Franks to pay their loans in such a way that the loan installments are calculated on the basis of the exchange rates which were valid on the day of accepting the loan, corrected with the increase of value of Swiss Frank in comparison to Euro, by no more than 8%. (...) Due date for payment of every prolonged claim could not be shorter than three years from the due date of single annuity, except in case of loan being due earlier. In order to ease the hard situation of the users of these loans, in accordance with this recommendation, banks should not calculate and take interest from claims for which deadlines have been prolonged. (...) Having in mind the unambiguous attitudes, expressed in court judgements, upon lawsuits filed by loan users, which are moving towards declaring nullity of the stated bank margins, due to disrespect of the relevant provisions of the Obligations Act, the National Bank of Serbia recommended the banks to regulate relations with the loan users, in an appropriate manner, because of the extra money which was claimed, based on the increase of the variable, indefinable elements of the interest rate, i.e. to calculate the extra money as payment of the debt in advance."

Realizing the complexity of the entire situation, as well as the need to secure their long-term business interests by avoiding the debt crisis, business banks have accepted the kind advice of the Governor of the National Bank of Serbia,

and expressed their readiness to change the loan contracts and even to return to the users their unreasonably claimed margins.

Meanwhile, a few claims were filed against business banks. So far, four court decisions have been rendered by way of which the contracts in question were declared null and void in the part pertaining to the determination of interest rates. Nevertheless, the essential problem of the indexation of a principal claim in Swiss Franks has thereby not been resolved. In recent months, the situation has become even more complex given the drastic devaluation of the Euro. The indebtedness of indexed credit users in Serbia, as well as in other countries of the region, has considerably risen. It has predominately been a result of occurrences at the international level, which were beyond the influence of either the state or the contracting parties. At the same time, it has become obvious that the national legislation has to provide much more effective mechanisms for the protection of the weaker side. The deficiency at the national level shall be overcome not only for the sake of resolving the present problems but also because of the risks inherent to the new challenges faced by the contemporary civilization.

## 9. The Global Perspective

The last few decades have been marked by neoliberalism. In the spirit of *laissez faire*, one of the basic premises was that things should be let go with the flow, and that state's influence should be reduced to a necessary minimum. In such circumstances, state structure was permanently weakening. The bodies of state power lost their economic strength because most of the state-owned property was privatized. In transitioning countries, due to hasty and uncontrolled privatization, more serious consequences arose. A significant part of social capital served for unjustified enrichment of individuals or flowed over the state borders. In impoverished societies, social tensions started growing, while state funds were left empty. Under the influence of neoliberalism, deregulation of social relations took place. In some countries, there was a significant decrease in the number of laws. The idea was to de-etatize the regulation and to regulate as many social relations by means of so-called self-regulation, within the civil society. *Summa summarum*, state was deprived of much of its property and of many legal instruments; thereby, it was deprived of the capacity to efficiently act in many spheres of social life (Nikolić, 2009: 1-25). The radical turn came in 2008, at the beginning of a great economic crisis. Contrary to the principles of neoliberalism, many countries started to interfere in financial and economic flows. However, the current events show that it was already too late for some of them.

Countries were unable to recover and consolidate, as much as it was needed. In the meantime, a structure efficient enough to take certain functions of state

bodies has not been developed at the supranational level (both regional and global). Currently, we have weak disorganized countries, undeveloped civil society and weak international community.

Economic growth rate has become the basic measure of social development. Most of humanity lives in everyday fear of deceleration and stagnation. It is thought that constant economic growth is a precondition for stability and development of every individual society, and of humanity as a whole. However, some facts defy this thesis. It is a well-known fact that the gap between the poor and the rich is widening in a vast majority of countries; concurrently, the gap between the developed and the developing countries is widening as well. It is obvious that something is not right. If some societies and the humanity as a whole are achieving constant economic growth, everyone should prosper. However, we have an opposite trend. The number of poor people is rapidly growing, and it is necessarily accompanied by social stratification. The poor are getting poorer, while the rich are getting richer.

Consumer society has faced the fact that there are limitations to economic growth. That problem could have been expected as the direction of change was fairly obvious. In previous decades, the industrial production has been significantly modernized. The need for live work force has been reduced owing to extensive robotization and use of modern technology. That means that the number of those who work and receive income is proportionally smaller nowadays. At the same time, the number of people who are solvent and can buy goods produced in modern factories has dropped as well. Although it has been expected that the number of people employed in the sector of services will proportionally grow, it has not happened. So, there is the question: is it possible to secure constant economic growth in such conditions; and what if we, as a civilization, have reached the end of the road, laid down by consumer society?

Consumer society apparently has many internal contradictions which are becoming ever more obvious. The financial, economic, and social crisis which the humanity has encountered proves that this model is unsustainable in its current form. That means that a different form of social organization should be developed. The question is: in which direction and on what basis? (Nikolić, 2012: 781-789).



## References

Nikolić, D., (2007). Tort Law – Serbia and Montenegro. International Encyclopedia of Laws, Kluwer Law International, The Hague

Николић, Д., (2009). Нове тенденције у развоју европског приватног права [New tendencies in the development of the European Private Law]. *Право Републике Србије и право Европске уније – стање и перспективе [The Law of the Republic of Serbia and the EU Law – Current state of affairs and perspectives]*. Ниш. 1-25

Николић, Д., (2012). Правна заштита животне средине и одрживи развој – цивилизација на погрешном путу? [Legal protection of environment and sustainable development – Civilization on the wrong road?]. *Гласник адвокатске коморе Војводине*. 12/2012. 781-789

Nikolić, D., (2013). Neo-liberalism and Contractual Freedom. *Libertatea contractual - Limite legale și garanții procesuale*, (editors: Irina Sferdian, Florin Mangu), Bukurest, Universul Juridic. 2013. 11-14

**Др Душан Николић,**  
Редовни професор Правног факултета,  
Универзитет у Новом Саду

## **ПРАВНА ЗАШТИТА СЛАБИЈЕ СТРАНЕ У ПРИВАТНОМ ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ**

### **Резиме**

*Нема сумње да ће питање правне заштите слабије стране у области приватног права бити све актуелније. На то упућују прилике у којима се налази савремено друштво, али и нека историјска искуства која је човечанство стицало претходних деценија и векова.*

*Приватно право је одувек било у снажној интеракцији са економијом. Промене у једној сфери су условљавале промене у другој, и обратно. То значи да су приватно право и економија најчешће имали исти развојни пут и исте осцилације. У основи, могло би се говорити о два развојна правца која се циклично смењују током историје. Постоје периоди које карактеришу економски либерализам, ограничавање утицаја државе, тежња за дерегулацијом, наглашена аутономија воље и широка слобода уговарања, а након тога, по правилу, следи период који је карактеристичан по јачању утицаја државе, државном интервенционизму у сфери економије, сужавању аутономије воље и ограничавању слободе уговарања. До промене правца развоја долази када актуелни модел постане нефункционалан или када услед његове примене тензије унутар одређеног друштва достигну критичну тачку. Човечанство се тренутно налази на једној таквој прекретници. Клатно економске и правне историје је, изгледа, досегло крајње тачке неолибералног модела. Велика рецесија (депресија), економска криза и растући државни интервенционизам, указују на то да се могу очекивати значајне промене. У таквим околностима, стабилност многих друштвених заједница ће бити доведена у питање. Тензије ће бити мање у друштвима које имају правичније и избалансирано право, корективне регулативне механизме и, у том контексту, правила о заштити слабије стране.*

*Србија спада у ред земаља које, у том погледу, имају дугу и богату традицију. На то су утицале различите околности. Срби су као и многи други словенски народи, дуго живели у великим породичним заједницама у којима је био развијен колективни дух, осећај за заједништво и висок степен узајамне солидарности. Захваљујући историјским приликама, такав модел друштвене организације је очуван све до доношења Српског грађанског законика 1844. године. Након тога, под утицајем економског либерализма, деценијама је*

јачала индивидуалистичка концепција права. У другој половини XX века, у периоду Социјалистичке Југославије, обликован је специфичан правни систем, чији су креатори настојали да нађу равнотежу између индивидуализма и колективизма у приватном праву и, истовремено, између тржишног (либералног) модела економије и државног интервенционизма у тој сфери.

Од бивше југословенске федерације Србија је наследила савремену правну регулативу која је и данас, у појединим сегментима, напреднија од нормативних решења која постоје у многим развијеним западноевропским земљама. То посебно важи за Закон о облигационим односима из 1978. године. Његов аутор, Михаило Константиновић, професор Правног факултета у Београду, визионарски је, још шездесетих година XX века, формулисао низ одредаба које омогућују да суд препозна и уважи специфичну позицију слабије стране и да, потом, на адекватан начин заштити њене интересе, одступајући понекад, од општег правног режима уставног закона (correctrix legis). Тај дух хуманизације и морализације се може уочити не само у одељцима Закона који су посвећени уговорним односима, већ и онима којима се говори о накнади штете. Под тим утицајем писани су и закони из домена стварног и наследног права, прописи о заштити потрошача и сл. Због тога овде говоримо о заштити слабије стране (weaker side protection), а не о заштити слабије уговорне стране (weaker party protection). Дакле, реч је о обухватнијем приступу.

У овом контексту је изложен само сумарни преглед одредаба које се односе на заштиту слабије стране, почев од оних које су садржане у уставу, до оних које се налазе у различитим законима. Ефекти тог заштитног механизма ће у великој мери зависити од укупних кретања у региону као и од глобалних процеса.

**Кључне речи:** правна заштита, слабија страна, приватно право, Република Србија.



**Rodna Živkowska, LL.D.\***

Full Professor,

Faculty of Law "Iustinianus Primus",

University "Ss. Cyril and Methodius",

Skopje, Macedonia

**Tina Pržeska, LL.D.\*\***

Assistant Professor,

Faculty of Law "Iustinianus Primus",

University "Ss. Cyril and Methodius"

Skopje, Macedonia.

**Dragi Raškovski, LL.D.\*\*\***

Assistant Professor,

Faculty of Law "Iustinianus Primus",

University "Ss. Cyril and Methodius"

Skopje, Macedonia.

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 347.233(497.7)

Рад примљен: 30.06.2015.

Рад прихваћен: 03.12.2015.

## **THE LEGAL STATUS OF THE OWNER OF THE EXPROPRIATED PROPERTY IN THE REPUBLIC OF MACEDONIA**

**Abstract:** *The text analyses the legal status of the owner of the expropriated real estate as the weaker party in expropriation proceedings. Expropriation is a forceful loss of the right of ownership aimed at exercising the public interest of the state or local administration. The expropriation creates a situation where the owner of the expropriated real estate becomes a "victim" of a set of interests. The legal system of the Republic of Macedonia protects the rights of the owner of the expropriated real estate by the constitutional proclamation of the right of just compensation and by the special Expropriation Act. The detailed analysis of the Expropriation Act shows that there is an adequate level of protection of the weaker party but the fact remains that there are provisions that may put this party in unfavorable position.*

**Keywords:** *property, acquisition, expropriation, public interest, forced loss of ownership, construction, activities in public interest.*

---

\* r.zivkowska@yahoo.com

\*\* comunicationperpetua@yahoo.com

\*\*\* d\_raskovski@yahoo.com

## 1. Introduction

In the civil doctrine, expropriation is determined as a forced loss of ownership or limitation of the ownership right on real estate in public interest as determined by law.<sup>1</sup>

In conditions where social ownership was a dominant form of ownership in the Socialistic Republic of Macedonia (member of the Socialistic Federal Republic of Yugoslavia), expropriation in the full sense of the word meant “*expropriation of private ownership*”,<sup>2</sup> such as ownership of natural persons, civil associations and other legal entities (according to the provisions of Article 8 of the Basic Property Relations Act).<sup>3</sup> In those times, expropriation implied a loss of the rights to hold, use, and dispose with ones private property,<sup>4</sup> and the real estate became societal ownership, i.e. part of the social resources. In such conditions, the civil doctrine defined full expropriation as a forced loss of the right of ownership (*ex proprius – expropriare*) by the government. By doing so, the government deprived natural persons and civil associations of the right to enjoy their private property in favor of increasing the social property on real estate. According to the 1974 Constitution and the Basic Property Relations Act, societal property was a form of property with no exclusivity in its enjoyment (it belongs to everyone and to no one at the same time).

Analyzing the views of scholars regarding the definition of expropriation, the authors show that the institute is based on several points.

First, the legal institute of expropriation is defined as a loss and acquisition of ownership, or transfer of ownership from one subject to another.<sup>5</sup> Second, expropriation is a forced way of loss of ownership determined by law. Third, the loss or limitation of ownership in expropriation proceedings is in favor of the public

---

1 R. Kovačević – Kuštrimović, M. Lazić. 2004:153; A. Gams, LJ. Gurović, 1990: 597; D. Stojanović.1987:170; М.Орлић, О.Станковић, 2009:121; Р. Живковска, 2010: 350.

2 R.Kovačević – Kuštrimović, M. Lazić, 2004:160; А. Групче, 1980:60.

3 *Official Gazette of SFRJ*, no. 6/80 and 36/90.

4 N. Gavella, et. al.,1992:26-27. Ph. Simler, 1996:10.

5 In Macedonian legal system, full expropriation means loss of private or municipal ownership, and acquisition of the right of ownership of the state (art. 9, Expropriation Act). According to the law of Bosnia and Herzegovina, full expropriation is loss of private ownership in favor of the expropriation beneficiary, except in cases where the expropriated real estate is a thing of public interest (art. 7, Expropriation Act). According to Serbian law, expropriation leads to a change of ownership of the expropriated real estate (art. 4, Expropriation Act, *Official Gazette of Republic of Serbia*, no.53/95). According to Croatian law, the expropriation beneficiary becomes the owner of the expropriated real estate (art. 3, De-possession Act, *Official Gazette of Republic of Croatia*, no. 9/94).

interest determined by law,<sup>6</sup> which is realized by construction or performance of other activities on the expropriated real estate. Forth, the loss or limitation of ownership must be subject to just compensation, a right guaranteed by the Constitution.<sup>7</sup>

As scholars, we must agree that in expropriation proceedings the owner of the expropriated real estate, because of the forced loss of ownership, is a “*special victim*” of the public interest.<sup>8</sup> Therefore, giving compensation for the expropriated real estate is intended to provide balance between the two parties. Relying on the principle of equality, as one of the basic principles in civil law, it may be concluded that the owner of the expropriated real estate should not be put in a worse material position after the expropriation of his/her real estate. Under the principle of equality, the compensation for expropriated real estate should not lead to enrichment of the former owner.<sup>9</sup>

Providing for financial balance in expropriation proceedings is based on the guarantee of just compensation in the amount of the market value of the real estate. It is also important that the expropriation proceedings are just even if the government is authorized to perform expropriation in favor of the public interest.

In reference to the thematic scope of this international conference, the authors of this paper start from the standpoint that owners of the expropriated real estate are the weaker party in the expropriation proceedings since the loss of ownership in such cases is forced by the state. In order to provide an answer to the question how Macedonian civil law, more precisely the Expropriation Act, should provide legal protection of the weaker party, we will consider the constitutional proclamation and legal provisions on expropriation (1), the types of expropriation according to the Expropriation Act (2), and the protection of

---

6 In Macedonian law, public interest is exercised by construction on real estate or performance of other activities in the public interest of the State or local administration (art. 6 and 7 of the Expropriation Act). According to Croatian law, construction or performance of other activities is of public interest of the Republic of Croatia (art. 1, De-possession Act). In the law of Bosnia and Herzegovina, there is but one public interest exercised by construction of buildings in public interest (art. 1 and art. 3 par. 2, Expropriation Act). In Serbian Law, the public interest is exercised by construction of objects determined by law (art. 20, Expropriation Act).

7 In Macedonian law, compensation for expropriated property is usually given in money and it cannot exceed the market value of the real estate. According to the law of Croatia, real estate is usually given as compensation that is of the same value as the expropriated real estate (art. 32, De-possession Act). In the law of Bosnia and Herzegovina, real estate is offered as compensation in the expropriation proceedings (art. 45, par. 1, Expropriation Act). Serbian law prescribes that compensation for expropriated real estate is paid in money unless the Expropriation Act states otherwise (art. 11, Expropriation Act).

8 R.Kovačević - Kuštrimović, M. Lazić, 2004:156.

9 Ibid, 157.

the weaker party in the expropriation proceedings (3). The main objective is to determine whether and to what extent the how Macedonian civil law protects the owner of the expropriated property.

## 2. Constitutional and Legal Proclamation of Expropriation

The right of ownership is guaranteed in the Constitution of the Republic of Macedonia (Article 30 para.1),<sup>10</sup> stating that “*The right of ownership and the right of inheritance is guaranteed*”. Although the right of ownership is guaranteed alongside the right of inheritance (as a right primarily afforded to natural persons), the Constitutional Court of the Republic of Macedonia has interpreted the formulation “*right of ownership*” (ever since the Constitution came into force in 1991) as referring to all types of ownership (private ownership, ownership of the state, etc.).

Article 2 of the general Act on Ownership and Other Real Rights of 2001<sup>11</sup> determines the pluralism of ownership and also introduces a third type of ownership called “municipal ownership”. The introduction of property system where three types of ownership coexist started to undermine the base on which the 1995 Expropriation Act was enforced.<sup>12</sup>

The proclamation of pluralism of ownership determined by Article 2 of the Act on Ownership and Other Real Rights also means that all types of ownership are equal, even in the field of expropriation. In case of expropriation this means that the private owners and the state or municipality should have an equal position. This equality should not be only formal but essential so that it can provide equal opportunity for enjoyment of property for the appropriator as well as for the previous owners in sense of Article 8 of the Act on Ownership and Other Real Rights.<sup>13</sup> Also, in conditions where three equal types of ownership exist, it should not be disregarded that full expropriation may lead to loss of private ownership and loss of municipal ownership.<sup>14</sup>

Introducing the municipal ownership and two types of public interest (public interest of the State, and local public interest) creates two different situations in expropriation proceedings. In the first situation, when the public interest of the state is in question, expropriation leads to loss of private or municipal

---

10 *Official Gazette of Republic of Macedonia, no. 52/91.*

11 *Official Gazette of Republic of Macedonia, no. 18/01.*

12 *Official Gazette of Republic of Macedonia, no. 33/95.*

13 “*The owner has the right to hold, use and fully enjoy the object of ownership in accordance with his or her will, if it is not contrary to law or rights of others*”.

14 De-possession in cases of expropriation never involves the ownership of the State.



ownership, and state ownership is acquired.<sup>15</sup> This also applies to situations when local interest involves the construction of things in public use (roads, bridges, etc.) since such things can only be owned by the state according to Article 16 of the Act on Ownership and Other Real Rights. In cases where local interest is in question, full expropriation leads to loss of private ownership and the right of municipal ownership is acquired.<sup>16</sup>

In the legal system of Republic of Macedonia, the proclamation on protection of the owner of the expropriated property in expropriation proceedings is contained in Article 30 (para.3) of the Constitution: *“In case of loss or limitation of right of ownership, just compensation is guaranteed that may not be less than the market value”*.

A similar provision is also envisaged in Article 10 of the Act on Ownership and Other Real Rights: *“The right of ownership may be limited or lost in cases of public interest determined by law”*.

The Expropriation Act embodies a similar provision in Article 18 paragraph 1. In addition, paragraph 2 of the same article specifies that *“the market value of the real estate is determined under conditions and manner determined by law, and in accordance to methodology, rules and standards prescribed by the Assessment Act”*.<sup>17</sup> Considering the fact that the statute of limitation does not apply to the right of ownership,<sup>18</sup> paragraph 3 of Article 18 of the Expropriation Act clearly states that *“the right to demand compensation for expropriated real estate does not fall under the statute of limitation”*.

As previously noted, the expropriation of real estate is only exercised when public interest is concerned.

According to Article 1 of the Expropriation Act, public interest may be exercised by: 1) construction, or 2) performance of other activities. Construction is regulated by the Construction Act.<sup>19</sup> The Expropriation Act determines which types of construction may be reason for expropriation.<sup>20</sup> The *“performance of other activities”*, which implies activities not necessarily linked to construction, is also considered to be in public interest and thus reason for expropriation. It actually involves expropriation of the existing infrastructure for distribution of electri-

---

15 Art. 9, par. 1, Expropriation Act.

16 Art. 9, par. 2, Expropriation Act.

17 Assessment Act, *Official Gazette of Republic of Macedonia*, no. 115/10.

18 Art. 156, Act on Ownership and Other Real Rights.

19 *Official Gazette of Republic of Macedonia*, no. 130/09.

20 See: art. 6 and 7, Expropriation Act

city, gas, central heating, etc.<sup>21</sup> The provisions of the Expropriation Act regarding the expropriation of infrastructure are in accordance to the provisions of the Energy Act<sup>22</sup> where it is stated that providing continuity in public services is in public interest<sup>23</sup>; they are also in compliance with the Water Management Act,<sup>24</sup> which specifies that water resources management is an activity of public interest, and non-performance of such services by the holder of the water management rights is against public interest.<sup>25</sup> In these cases, the expropriated infrastructure becomes ownership of the State, and such infrastructure is then given under concession according to special laws (Energy Act, Water Management Act, etc.).

### 3. Types of Expropriation according to the Expropriation Act

Before we address the issue regarding the types of expropriation in the legal system of Republic of Macedonia, it should be pointed out that expropriation involves not only the loss but also limitation of ownership and other rights in public interest. Article 1 of the Expropriation Act contains the formulation “*limitation of other rights on real estate*”. The limitation of other rights on real estate refers to other real rights (servitudes, mortgage, long-term lease), as well as the right to use construction grounds owned by the state (reminiscences of the social system, viewed by scholars as a right “*sui generis*”) and the right of long-term lease regulated by the Act on Privatization and Lease of Construction Grounds Owned by the State (also viewed as a right “*sui generis*”).<sup>26</sup> Since these two “*sui generis*” rights were terminated, we may conclude that today expropriation refers to the right of ownership and to other real rights such as the right of long-term lease (the right to build).<sup>27</sup> However, there are no precise provisions referring to expropriation of other real rights.

If the expropriation proceedings are exercised in public interest and the right of ownership is terminated, that is considered to be full expropriation.<sup>28</sup> In civil doctrine, full expropriation is also defined as forced transfer of ownership from

---

21 The legal provisions that expropriation is also permitted for undertaking other activities in public interest is in accordance to the opinion of the Supreme Court of Republic of Macedonia expressed in Decision no.201/2008-0-0 of 13.05.2009.

22 *Official Gazette of Republic of Macedonia*, no. 16/11.

23 See: art. 3, par. 1, art. 58, Energy Act.

24 *Official Gazette of Republic of Macedonia*, no. 87/08.

25 See: art. 26 and 44, Water Management Act

26 Act on Privatization and Lease of Construction Grounds owned by the State, *Official Gazette of Republic of Macedonia*, no. 4/05.

27 Art. 4, Law on Ownership and Other Real Rights.

28 Art. 9, Law on Expropriation.

one subject (a natural person or legal entity or municipality) to another subject (the State or municipality). The subject acquiring the right of ownership in case of expropriation does it so regardless of the will of the previous owner; therefore, this type of transfer of ownership is called by scholars an “*original way of acquiring ownership*”,<sup>29</sup> on the bases of decision of an authorized government body.<sup>30</sup>

In cases of full expropriation of real estate, the Expropriation Act does not contain provisions regarding the future of other real rights on the expropriated real estate. Regarding the future of other real rights on the expropriated real estate, Professor Zoran Rašović considers that, at the moment of enforcement of the expropriation decision, rights such as personal and real servitudes should be terminated, with exception of real servitudes that may be exercised even after the expropriation. Regarding the mortgage on the expropriated real estate, we must agree that the mortgage may be transferred to other real estate given as compensation or on other real estate of the mortgage debtor. In theory, the mortgage should be transferred or the secured claim be paid in full from the compensation (if the compensation is given in money). The authors of this paper consider that this issue should be regulated by the Expropriation Act because, if otherwise, the State or the municipality will acquire mortgaged real estate which contradicts to the nature of expropriation proceedings. Considering the fact that construction grounds owned by the state may not be mortgaged,<sup>31</sup> it is clear that the issue of securing the claim of the mortgage debtor should be addressed in the expropriation proceedings.

In Macedonian law, partial expropriation is defined as a limitation of ownership and other rights on real estate owned by natural persons or legal entities and land owned by municipalities by instating servitudes or other limitation of the right of ownership.<sup>32</sup> In these cases, there is partial expropriation because private or municipal ownership (as types of ownership) are not terminated but only limited for the purpose of exercising a public interest. The owner of the real estate subject to expropriation as the weaker party in the expropriation proceedings will be forced to exercise the right of ownership within the scope of such limitations temporarily or permanently. The partial expropriation also refers to the limitation of the right of long-term lease. Although there are no precise provisions, the authors of this paper consider that it is possible for such right to be limited with servitudes instated in expropriation proceedings.

---

29 Z.Rašović, 2009:182.

30 For more on loss of property, see: Р. Живковска, 2013:44-45.

31 Art. 45, Law on Construction, *Official Gazette of Republic of Macedonia*, no. 17/2011.

32 Art. 10, Law on Expropriation.

The Expropriation Act also recognizes partial expropriation when activities are undertaken for the exercise of public interest. It refers to cases when land is occupied for performance of activities such as geological surveys, research of minerals, and temporary occupation of adjoining real estate.<sup>33</sup>

#### **4. Protection of the Rights of the Owner of the Expropriated Real Estate**

In this central part of the paper, the Expropriation Act provisions will be analyzed in light of the level of protection that the weaker party enjoys in expropriation proceedings and the additional protection provided by the courts.<sup>34</sup>

The expropriation proceedings are initiated by proposal of the authorized subject. In the Republic of Macedonia, the State or municipalities are authorized to file an expropriation proposal.<sup>35</sup> When the public interest involves construction of infrastructure, the proposal is filed by the infrastructure project holder.<sup>36</sup> The proposal for expropriation is filed in front of the authorized administrative body – Public Administration Office for property-related matters. In cases of full expropriation for the public interest of the state, the proposal is filed by the State Attorney. When full expropriation is executed for local public interest, the proposal is filed by the municipalities. In exceptional cases, the proposal for expropriation may be filed following an initiative for expropriation. This is done in cases when the public interest involves construction or performance of services in the area of energy, minerals and telecommunications. The proposal is filed by the State Attorney, but only after an initiative was given by the subject realizing the public interest.

The authors of this text do not intend to analyze the entire expropriation proceedings. The goal is to shed light on the legal status of the owner of the expropriated property as the weaker party in the expropriation proceedings, and to examine the possibilities how the law may provide a higher level of protection in this type of legal relations. Related to the matter, the following questions need to be answered: a) Is the compensation for the expropriated property just; b) Is there a justification for the provisions in the Expropriation Act that empowers the beneficiary of the expropriation to take possession of the expropriated real estate before the decision on expropriation becomes final; c) Is there justification for the right afforded to the owners of the expropriated property to demand expropriation of the entire real estate in cases when the proposal for expro-

---

33 Art. 14, Law on Expropriation

34 Art. 241-250.

35 Art. 21, par.1, Law on Expropriation

36 Art. 11, par. 3, Law on Expropriation

priation is filed only for a part of the real estate; d) Should revision be allowed in the court proceedings for compensation for expropriated real estate; e) Does the claim for compensation for partial expropriation fall under the statute of limitation; and f) Is the possibility of paying the compensation for expropriated real estate in several yearly payments justified.

a) Regarding the question if the compensation for expropriated real estate is just, the authors of the paper have researched the prices paid out to owners in expropriation proceedings in time of writing this paper. The research involved the expropriation proceedings initiated to obtain land for the construction of the new highway Kičevo – Ohrid. During these expropriation proceedings, the owners have been offered a price of 40 dinar (0,58 Euros) per square meter, even though the market value of the land in those areas is estimated to be somewhere around 1.800 dinar (30 Euros) per square meter.<sup>37</sup> The amount of the compensation offered to the owners of the expropriated land truly shows that they are being unjustly treated during the expropriation proceedings by not being offered the market value for their land. For this reason, most of the owners have initiated court proceedings in order to gain higher compensation. The court may provide additional protection to the owners of the expropriated property by determining the amount of compensation. In such cases, courts usually determine compensation that is maximum 20 or 30 % higher than the price offered in the expropriation proceedings. There is one exception known in Macedonian legal system: the case when land was expropriated for construction of the Airport “St. Paul” in Ohrid. In those expropriation proceedings, the Public Administration Office for property matters offered price of 1.000 dinars (around 16 Euros) per square meter. In the same cases when court proceedings were initiated to determine the compensation, courts ruled compensation to be paid in the amount of 3.000 dinars (around 48 Euros) per square meter.

The rights of the owner of the expropriated real estate are also infringed when another real estate is given as compensation. In such cases, it is the practice of the Public Administration Office for property matters to appraise the real estate given as compensation by assigning it a higher value than the expropriated real estate even in cases where the real estates in question are of the same quality and located in the same area!?

b) According to Article 33 of the Expropriation Act, the subject filing the proposal for expropriation may take possession of the real estate in 8 days from the day a settlement was reached in the expropriation proceedings (unless the contracting parties have agreed differently). In cases when no settlement was reached,

---

<sup>37</sup> Decision on Expropriation, no. 26-959/2014 of 9.5.2014. The owners of the expropriated property have been offered 200 dinars (3,3 Euros) per square meter.

possession is afforded after the expropriation decision becomes final. This legal solution is justified because when the decision for expropriation becomes final the owner loses the right of ownership over the expropriated real estate and, concurrently, the State or the municipalities acquire right of ownership over the same real estate. After the decision becomes final, the right of ownership is registered in public records – the Real Estate Cadastre.<sup>38</sup> However, in Macedonian law, there is an exception from this rule. The Expropriation Act states that, upon receiving a proposal of the subject authorized to initiate the expropriation proceedings and upon establishing that there is a “*need for urgency in construction or performance of other activities for preventing significant damages or removing danger to the health of people or the environment*”, the Government of Republic of Macedonia may decide to allow the subject to take possession over the expropriated property before the decision on expropriation becomes final.<sup>39</sup> Similar provisions on taking possession of the expropriated real estate before the decision on expropriation becomes final are envisaged in the laws of other states; for example: the Expropriation Act of Montenegro,<sup>40</sup> the Expropriation Act of Bosnia and Herzegovina,<sup>41</sup> the Expropriation Act of Serbia<sup>42</sup> and the Deposition Act of Croatia.<sup>43</sup> The problem with such a provision in Macedonian law is the way it is misused on many occasions. It is notable that, in most expropriation proceedings, the initiators of these proceedings take possession of the expropriated real estate before the decision on expropriation becomes final. This is usually the case when construction of infrastructure is undertaken, and it is considered to be in the public interest of the State. In such cases, the initiators of the expropriation proceedings take possession of the expropriated real estate and start construction even before obtaining the building permit. The reason why they do not have the building permit is because they are not registered as owners of the real estate in the Real Estate Cadastre; therefore, they are not able to acquire the building permit according to the provisions of the Construction Act.<sup>44</sup> The Macedonian Expropriation Act (just like the relevant laws in Serbia, Montenegro and Croatia) prescribes that, if the proposal for expropriation is

---

38 Art. 143, Law on Real Estate Cadastre, *Official Gazette of Republic of Macedonia*, no. 55/2013.

39 Art. 33, par. 3, Law on Expropriation

40 See: art. 29, Law on Expropriation

41 See: art. 31, Law on Expropriation.

42 See: art. 35, Law on Expropriation.

43 See: art. 29, Law on Expropriation.

44 According to the Construction Act, a building permit may be issued to natural or juridical person if that person owns land, has long-term lease on construction ground, concession, servitude or has acquired the right to built from the owner or the leaseholder, or that right was afforded in foreclosure proceedings. Art. 13, Law on Construction.

rejected in the expropriation proceedings, the real estate will be returned to the owners and damages will be compensated. However, the authors of this paper consider that the provisions for early possession of the real estate should be enforced only in exceptional situations and under more precise legal terms, which will limit the Government's discretion in rendering these types of decisions.<sup>45</sup>

c) According to Article 20 of the Expropriation Act, if only a portion of the real estate is expropriated, resulting in the depreciation of value of the remaining real estate so that the real estate owner has no economic interest to use the remaining real estate, he or she may request expropriation of the entire real estate. The Expropriation Act provisions guarantee such right to the owner, but he is compelled to explain the reason for expropriation of the remaining real estate. The authors of this paper consider that these provisions of the Expropriation Act should be more precise and specific in terms of designating the situations when the administrative body executing the expropriation proceedings will be obligated to accept the owner's request. The current wording of the Expropriation Act provision gives the administrative body full discretion to accept or deny the owner's request for expropriation of the entire real estate. Such discretion may lead to infringement of the rights of the owner as the weaker party.

d) In Macedonian law, the proceedings for determining of the compensation for expropriation may be initiated before the courts, when settlement was not reached during the expropriation proceedings, and when the owner is not satisfied with the compensation offered by the Public Administration Office for property-related matters. In regard of court proceedings, it is debatable whether the revision of the court decision should be permitted. Regarding this issue, the Supreme Court of the Republic of Macedonia ruled that revision should not be allowed.<sup>46</sup> In spite of this decision, the judges of all Appellate Courts, after organizing several consultations in April 2015, decided that revision should be allowed for this type of court decisions, but only in cases when the value of the dispute is estimated to be over one million denars, which is accordance with the Civil Procedure Act. The authors of this paper consider that revisions of such court decision may be instrumental in improving the legal status of the owners of the expropriated real estate.

e) The Expropriation Act (Article 18, paragraph 3) prescribes that "*The right to demand compensation for the expropriated real estate is not subject to the statute*

---

45 In case of road construction, the State begins construction without a building permit. This is against the principle of equality regarding other subjects in civil law relations, such as natural and juridical persons and municipalities, who are obligated to obtain a building permit before they start construction works.

46 Supreme Court decision, Rev.2, no. 664/2012 of 06.11.2013.

*of limitation*". In legal practice, the formulation "*expropriated property*" is interpreted as "*loss of ownership on real estate*", which implies full expropriation but not partial expropriation. Considering the official interpretation in the legal practice, the judges render decision refusing compensation for partial expropriation on agricultural land if the claim was filed five years after the expropriation proceedings, applying the five-year statute of limitation to all claims<sup>47</sup>. The authors of this paper consider that the constitutional guarantee provided in Article 30 paragraph 3 of the Constitution refers not only to full but also to partial expropriation. Therefore, courts should accept claims for compensation even in cases of partial expropriation, and they should not consider the statute of limitation in such cases.

f) The amendments of the Expropriation Act instituted in 2013<sup>47</sup> introduced a new article 44-a in the Expropriation Act. This Article states that in case of expropriation of one or several real estates of a single owner in one or more related expropriation proceedings where compensation due exceeds the amount of five million Euros, the compensation will be paid out in several yearly payments in the course of five years; if the amount exceeds twenty five million Euros, the amount will be paid out in form of yearly payments in the course of eight years. In these cases, the owner of the expropriated real estate has the right to receive interest equal to the interest rate of three months' government bonds obtained in the last six months of being issued in the home market by the Ministry of Finance of Republic of Macedonia. The interest rate is calculated from the date when the expropriation decision became final or the settlement was reached. The interest rates are calculated on the amount that is due.

Regardless of the fact that the owner receives interest rate for the amount of compensation that is due, the fact remains that he/she is not only deprived of the right of ownership in the expropriation proceedings but also denied the right to receive the full amount of compensation at once. The authors of this text consider that there is no justification for such provisions in the Expropriation Act as they lead to grave infringement of the rights of the owner of the expropriated real estate, which are guaranteed by the Constitution and the laws of the Republic of Macedonia.

## 5. Summary

The paper points out that the civil doctrine today defines expropriation as a forced loss of ownership or limitation of the right of ownership on real estate in public interest as determined by law. Analyzing the views of scholars regarding the definition of expropriation, the authors show that the institute is

---

<sup>47</sup> *Official Gazette of Republic of Macedonia, no. 24/2013.*



based on several points. First, expropriation is defined as loss and acquisition of ownership, or transfer of ownership from one subject to another. Second, expropriation is a forced loss of ownership determined by law. Third, the loss or limitation of ownership in expropriation proceedings is in favor of public interest determined by law. Fourth, the loss or limitation of ownership must be subject of just compensation.

The paper emphasizes that the Constitution of the Republic of Macedonia guarantees the right of ownership in Article 30 paragraph 1. Similar proclamations are found in Article 10 of the general Act on Ownership and Other Real Rights, and Article 18 paragraph 1 of the Expropriation Act. Just compensation is guaranteed for expropriated real estate in the amount of its market value.

As further underlined in the text, there are two types of expropriation: full and partial expropriation. If the expropriation proceedings lead to loss of ownership, that is considered to be full expropriation. Partial expropriation is defined as a limitation of ownership and other rights on real estate owned by natural or juridical persons and land owned by municipalities by instating servitudes or other limitation of the right of ownership (cases when land is occupied for performance of activities such as geological surveys, research of minerals, and temporary occupation of adjoining real estate).

Analyzing the status of the owner of the expropriated property as the weaker party in the expropriation proceedings, the text points out to several questions that need to be answered: a) Is the compensation for the expropriated property just; b) Is there a justification for the provisions in the Expropriation Act that empowers the beneficiary of the expropriation to take possession of the expropriated real estate before the decision on expropriation becomes final.; c) Is there justification for the right afforded to the owners of the expropriated property to demand expropriation of the entire real estate in cases when the proposal for expropriation is filed only for a portion of the real estate; d) Should revision be allowed in court proceedings for compensation for the expropriated real estate; e) Does the claim for compensation for partial expropriation fall under the statute of limitation; and f) Is the possibility of paying the compensation for expropriated real estate in several yearly payments justified.

Concerning the issue of just compensation of real estate owners in expropriation proceedings, it is concluded that this constitutionally guaranteed right has been infringed in many cases because the owners are offered a price lower than the market value of the estate; in cases where another real estate is given as compensation, it is the practice of the Administration Office for property matters to appraise the real estate given as compensation with a higher value than the

expropriated real estate, even when the real estates in question are of the same quality and located in the same area.

The text also shows that there are many situations where the right of the initiator of the expropriation proceedings to take early possession of the expropriated real estate is being abused. On this issue, the authors point out that the provisions for early possession of the real estate should be enforced only in exceptional situations, and under more precise legal terms which will limit the Government's discretion in rendering such decisions.

It is noted that the right of real estate owners to demand expropriation of the entire real estate when the subject of expropriation is only a portion of the real estate is completely justified, taking into consideration the owner's economic interest. But, the authors also note that the Expropriation Act gives the administrative body full discretion to accept or deny the owner's request for expropriation, which may lead to infringement of the rights of the owner as the weaker party.

Regarding the question if the court decisions on compensation should be subject to revision, the authors point out that revision of such court decisions may be instrumental in improving the legal status of the owners of the expropriated real estate.

The text also addresses the practice of judges to deny the compensation of claims for partial expropriation when the five-year statute of limitation has passed. The authors point out that the Constitution guarantees just compensation for partial as well as for full expropriation; therefore, the statute of limitation does not apply to either situation.

The text also looks at the amendments of the Expropriation Act (the new Article 44-a) stating that, in case of expropriation of one or several real estates of a single owner in one or more related expropriation proceedings where compensation due exceeds the amount of five million Euros, the compensation will be paid out in several yearly payments in the course of five years; if the amount exceed twenty five million Euros, the amount will be paid out in form of yearly payments in the course of eight years. The authors point out that, regardless of the fact that the owner has received an interest rate for the amount of compensation that is due, the fact remains that he/she is not only deprived of the right of ownership in the expropriation proceedings but also denied the right to receive the full amount of compensation at once. The authors also underscore that there is no justification for such provisions in the Expropriation Act as they lead to grave infringement of the rights of the owner of the expropriated real estate, which are guaranteed by the Constitution and the laws of the Republic of Macedonia.

## References

Constitution of the Republic of Macedonia. *Official Gazette of Republic of Macedonia*, no.52/91

Court decision. Rev.2. no. 664/2012 of 06.11.2013

Decision on Expropriation, no. 26-959/2014 of 9.5.2014

Law on Expropriation. *Official Gazette of Republic of Macedonia*, no. 33/95, 20/98, 40/99, 31/2003, 46/2005, 10/2008, 106/2008, 156/10, 13/12

Law on Expropriation. *Official Gazette of Republic of Macedonia*, no. 95/12, 131/12, 24/13, 27/14, 104/15

Gams A. Gurović LJ. (1990). *Uvod u građansko pravo*. Beograd

Gavella N. Gliha I. Josipović T. Stipković Z. (1992). *Odrbane teme iz stvarnog prava*. Pravni fakultet u Zagrebu. Zagreb

Kovačević – Kuštrimović R.. Lazić M. (2004). *Stvarno pravo*. Zograf. Niš

Law on Appraisalment. *Official Gazette of Republic of Macedonia*, no. 115/10, 158/11, 185/11, 64/12, 188/14, 104/15

Law on Basic Property Relations. *Official Gazette of SFRJ* , no. 6/80 and 36/90

Law on Construction. *Official Gazette of Republic of Macedonia*, no. 130/09, 124/10, 18/11, 36/11, 54/11, 13/12, 144/12, 25/13, 79/13, 137/13, 163/13, 27/14, 28/14, 42/14, 115/14, 149/14, 187/14, 44/15

Law on De-possession. *Official Gazette of Republic of Croatia*, no. 9/94

Law on Energy. *Official Gazette of Republic of Macedonia*, no. 16/11

Law on Expropriation. *Official Gazette of Republic of Serbia*, no. 53/95

Law of Privatization and Lease of State-owned Construction Ground, *Official Gazette of Republic of Macedonia*, no. 4/05, 13/2007, 165/2008, 146/2009, 18/11, 51/11, 27/14, 144/14, 104/15

Law on Waters. *Official Gazette of Republic of Macedonia*, no. 87/08 6/2009,161/2009, 83/10, 51/11, 44/12, 23/13, 163/13, 180/14

Law on Ownership and Other Real Rights of 2001. *Official Gazette of Republic of Macedonia*. no. 18/01, 92/2008, 139/2009, 35/10

Rašović Z. (2009). *Stvarno pravo*. drugo izdanje. Službeni List SCG. Pravni fakultet. Podgorica

Simler Ph. (1996). *Les biens*. Presses universitaires de Grenoble

Stojanović D. (2987). *Stvarno pravo*. sedmo izdanje Beograd

Групче А. (1980). *Стварно право*

Живковска Р. (2010). *Збирка на прописи од стварното право*. Европа 92. Скопје

Живковска Р. Пржеска Т. Димова С. Петрушевска Н. *Коментар на Законот за експропријација*. Европа 92. Скопје. 2013

Орлић М. Станковић О. (2009). *Стварно право*. Девето издање. Номос. Београд

**Др Родна Живковска**, редовни професор,  
Правни факултет "Јустинијан Први",  
Универзитет "Свети Кирило и Методије", Скопље,  
Република Македонија

**Др Тина Пржеска**, доцент,  
Правни факултет "Јустинијан Први",  
Универзитет "Свети Кирило и Методије", Скопље,  
Република Македонија

**Др Драги Рашковски**, доцент,  
Правни факултет "Јустинијан Први",  
Универзитет "Свети Кирило и Методије", Скопље,  
Република Македонија

## **ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ВЛАСНИКА ЕКСПРОПРИЈИСАНОГ ЗЕМЉИШТА У РЕПУБЛИЦИ МАКЕДОНИЈИ**

### **Резиме**

У правном систему Републике Македоније, право својине загарантовано је Уставом из 1991. Према члану 30. Став 3 Устава, право својине може бити ограничено само у јавном интересу који је утврђен законом. Уставу 4. истог члана наводи се да у случају експропријације приватне имовине власник има право на правичну накнаду у износу који није мањи од тржишне вредности имовине одузете у јавном интересу. Одређење јавног интереса као и поступак експропријације регулисани су посебним Законом о експропријацији из 2012. Упркос датим уставним гаранцијама, Закон о експропријацији садржи одређене одредбе које могу представљати повреду права власника одузете имовине, која су предвиђена Уставом.

*У овом раду аутори истичу да је подређени положај власника одузете приватне имовине резултат ниског износа накнаде за извршену експропријацију земљишта или неких других ограничења права власника на својину, што је случај када се имовина одузима ради изградње јавних путева. Осим тога, било је много расправе око законских одредби које прописују да се, уместо исплате целог износа у тренутку извршења експропријације, новчана накнада може исплаћивати у ратама преко целе године.*

*Аутори наглашавају да је неповољан положај власника експропријисаног земљишта такође резултат законских одредби садржаних у Закону о експропријацији, које не прописују обавезу државног органа да понуди замену за имовину одузету у јавном интересу. Власник је такође у неповољном положају због законских одредби које омогућавају кориснику експропријације (држави или општини) да стекну државину над експропријисаним земљиштем пре окончања поступка експропријације. Додуше, остваривање ове врсте права корисника експропријације би требало да је ограничено на ванредне ситуације; међутим, у пракси је то веома честа појава.*

**Кључне речи:** имовинско право, право својине, приватна имовина, Закон о експропријацији, правична накнада, Република Македонија.



**Др Зоран Поњавић\***  
Редовни професор Правног факултета  
Универзитет у Крагујевцу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 347.63-055.53

Рад примљен: 30.06.2015.  
Рад прихваћен: 03.12.2015.

## **ПОРОДИЧНА ПРАВА ДЕДЕ И БАБЕ ПРЕМА УНУЦИМА\*\***

**Апстракт:** *Говорити данас о правима деде и бабе у контексту заштите људских права, нарочито у ситуацији када се све окреће око права детета, изгледа на први поглед анахроно. Чињенице, међутим, говоре да их је у популацији све више, а улога све значајнија. Све ово није нашло одраза у законским нормама којима се регулишу породични односи. У раду се анализира њихов правни положај у различитим породичним ситуацијама, али се акценат ставља на питање одржавања личних односа са унуцима будући да у вези овога и има највише спорова у пракси судова. Указује се на неделотворност решења из Породичног закона Републике Србије који ово питање третира искључиво као право детета. Чињеница да у пракси нема захтева детета за заштиту права на одржавање личних односа са дедом и бабом, или било којим другим сродником, говори да управо најчешће један од родитеља као законски заступник спречава њихово одржавање, што указује да су деде и бабе слабија страна којој треба пружити заштиту.*

**Кључне речи:** *Деда и баба, унуци, породични односи, право на личне односе, најбољи интерес детета.*

### **1. Увод**

Предмет овога рада је само на први поглед врло амбициозан будући да се бави питањима положаја деде и бабе у породичном праву генерално. Међутим, задатак је ипак скромнији, јер ће највећи део рада бити посвећен

---

\* zponjavic@jura.kg.ac.rs

\*\* Рад је резултат истраживачког рада у оквиру пројекта бр. 179046 "Заштита људских и мањинских права у европском правном простору" Правног факултета у Нишу, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

само личним односима деде и бабе са унуцима, што је, без сумње, и најважнија димензија њиховог присуства у породичном праву (Goubau, 1991: 559). Питање је како у комплексним породичним односима успоставити равнотежу права детета, родитеља и бабе и деде. Питање је тим теже будући да Породични закон нема одредбе којима се регулишу права деде и бабе у односу на унуке. У сваком случају, својеврсни је цинизам и парадокс да деде и бабе у наследном праву играју значајну улогу, а да се у породичном праву и не помињу. Тим пре што се обе ове правне дисциплине баве породичним односима само са различитих аспеката. Ово квазиодсуство деда и баба из законског текста није случајно. Означавање са “дедом” и “бабом” је фамилијарно. Оно смешта једну особу у породичну групу, унутар породичног круга, чију основу чини сродство, које није никада изолован однос само између два лица. Сродство се састоји од низа сродника који чине један ланац. Сваки од сродника твори свој сопствени ланац када заснива један нови родитељскоправни однос, не прекидајући притом везу са другим сродницима из ланца на чијем почетку су деде и бабе, заједно са свим другим даљим асцедентима. С обзиром на ово било би значајно, а не само правно егзотично, размотрити њихов породичноправни положај, пре свега у домену личних односа.

У народној свести деде и бабе су некад имале једну врсту ореола.<sup>1</sup> Некада су деде и бабе били баштиници породичних вредности, морала и обичаја са важном социјализаторском улогом. Данас, углавном, немају ту улогу будући да деца више уче од телевизије, окренута новим технологијама, углавном непознатим дедама и бабама, што у очима деце умањује њихов ауторитет и улогу.

Одсуство деде и бабе из Породичног закона Републике Србије никако не одражава њихову улогу у српском друштву у коме постоји готово митска везаност деце за њихове претке. У чињеници да Породични закон Србије углавном регулише односе између чланова нуклеарне породице треба тражити објашњење за ово, што свакако не одражава пејзаж савремене породице у Србији. Деде и бабе су све присутнији и све потребнији у породичном животу, што се може објаснити многим факторима. Најпре због продужавања животног века они су присутнији него некада, јер у једном дужем временском периоду имају личне односе са унуцима. Економска

---

1 Сетимо се само како је о свом деди приповедао Бранко Ћопић. “Мој дједа Раде био је необичан човјек. Његов зачарани свијет сав саткан од бајки и маштарења, мјесечине и прозрачне свиле, био је својеврсни свијет октобра, али оног нашег, крајишког, смиреног, златног октобра у рану јесен, о Михаљдану, када су нам у кућу долазили драги гости, кад је све било пуно прича и обиља, кад је и мачка била сита и мирољубива, а миш дебео и безбрижан...”



и друштвена криза на извешан начин их враћа у епицентар породице. Нарочито на плану породичне солидарности, будући да су они неретко једини чланови породице са стабилним приходима. Чињеницу да се породица смањила на нуклеарну нико не оповргава, али и шира породица очигледно и даље егзистира.<sup>2</sup> Класична шема интергенерацијских односа је модификована, али истраживања показују да ових породица и даље има, упркос еволуцији. Она представља први круг помоћи коме се обраћа појединац у случају тешкоћа (Поњавић, 1998: 261–271). Штавише, економске недаће које су задесиле српско друштво последњих година одразиле су се и на успостављање једне нове породичне структуре. Овоме нарочито доприноси недостатак стамбеног простора, што приморава децу да после заснивања сопствених породица и даље остану са својим родитељима. То је нова, шира породица, која се више не заснива на патријархалном моралу и старим обичајима. Ова нова, проширена породица свакако заслужује своју социолошку обраду, али би морала добити и свој израз на нормативном плану (Garé, 1987: 25).

И на крају, са повећањем броја разведених бракова и настајањем нових форми савремених нуклеарних породица, деде и бабе добијају могућност да играју све значајнију улогу у животу својих унука, помажући им материјално и морално. Тамо где су партнери растављени, нови видови солидарности играју све значајнију улогу (Goubau, 1991: 567). Овако значајна улога намеће као врло актуелно питање њихових права. Да ли они у односу на своје унукe имају каква субјективна права, а нарочито да одржавају личне односе са њима?

У овом контексту је важно стога размотрити и однос деде и бабе према својим унуцима. Њихов правни положај у погледу личности унука може се посматрати у контексту права на успостављање родитељског односа, признања или оспоравања порекла детета и код адопције. Али највећа пажња ће бити посвећена праву на личне односе.

---

2 У социолошком зборнику “Друштво ризика” (2008) се наводи да је велика сродничка породица постала препознатљива у Србији и да је карактеристична за све регионе. Шта више, највише је заступљена у Београду 15,4%. Супротно нама у свету се више овакве породице готово и не помињу. Наведено према листу “Време” од 21. маја 2009. године. Истовремено социолог Весна Милетић-Степановић, у књизи “Друштво у превирању” Института за социолошка истраживања из Београда, констатује према спроведеном истраживању, да је у Србији више од 25 % породица у којима живи више генерација, што је резултат великог сиромаштва и незапослености. Та експлозија проширених породица у Србији има “амбивалентан карактер”, с једне стране је “ресурс опстанка у друштву Србије”, а са друге - “велики развојни ризик”.

## 2. Успостављање родитељскоправног односа

Долазак на свет сваког детета увећава улогу деде и бабе. Нарочито бабе. Њена улога је додуше знатно модификована у односу на некадашње стање. Она више не учествује у порођају, већ то чини лекар. Њена је улога, међутим, незаменљива у данима који долазе после порођаја.

Данас се одлука о рађању тиче искључиво родитељског пара, премда о овом, у крајњем случају, одлучује жена. Према томе, зачеће и рођење детета је акт искључиво лични, па разматрање питања односа између успостављања родитељског односа и деде и бабе има сасвим маргинални значај.

Друга је ствар код успостављања правне везе између детета и његових родитеља. Код успостављања ове везе деде и бабе располажу овлашћенима која се не могу занемарити.

За успостављање сродничке везе (очинства) у случају ванбрачног рођења највише је заинтересовано дете. Поред њега и родитељи, а потом деде и бабе. Они би то као родитељи мајке могли чинити, истина ретко, само у случају ако врше дужност стараоца према детету, ако мајка детета из било ког разлога не врши родитељско право. Па и тада би тужбу за утврђивање ванбрачног родитељског односа у име и за рачун детета могли поднети само ако се са тим сагласи орган старатељства.<sup>3</sup>

Уколико је у питању ванбрачни родитељски однос успостављен признањем, ствари стоје мало другачије. Признајући дете за своје мушкарац је установио правну везу према детету, али и детета према трећим лицима, па и деди и баби. Будући да се том приликом не испитује истинитост признања, односно биолошко порекло детета, оно може бити и биолошки странац у односу на онога ко признаје. Та му чињеница може и бити позната, али његово признање може бити мотивисано различитим разлозима, који не морају бити прихватљиви његовим родитељима. Они су стављени у позицију деде и бабе, са правима и обавезама према унуку. Једино правно средство са којим располажу деда и баба у овом случају ако желе довести у питање очинство свога "унука" је поништење изјаве о признању очинства у случају њене ништавости. У нашем Породичном закону, према чл. 253, ову тужбу, поред осталих, могу поднети и лица која имају правни интерес да изјава буде поништена, па то могу бити и деде и бабе.

Историјски посматрано деда је могао усвојити унука. То је у римском праву било могуће у ситуацији када није имао мушких потомака па је на тај начин могао одржати култ породичног огњишта. У каснијем, па и

---

3 Чл. 254, ст. 3 Породичног закона, Сл. гласник, 18/05.

савременом праву, ова могућност је готово сасвим ишчезла. Улога деде и бабе се код усвојења, данас, може посматрати двојако. У ситуацији када се као усвојилац јавља њихово дете (1), и када треће лице усваја њиховог унука (2).

(1). Када једна особа одлучи да усвоји туђе малолетно дете, њени родитељи при томе немају никакву правом предвиђену улогу. Без сумње, усвојење (потпуно) производи одређена правна дејства на њих, пошто усвојеник у потпуности заузима место природног потомка, али они немају никакву улогу у поступку његовог настанка. Овакво решење почива на личном, готово уговорном карактеру адопције. Сагласност родитеља усвојиоца, будућих деда и баба, не тражи се, и они немају никакво правно средство да се успротиве одлуци њиховог детета којом се у породицу уводи један нови члан. У овом погледу је њихов положај идентичан као и у случају природне прокреације: и она се искључиво тиче једног пара а не шире породице.

(2). Сагласност на усвојење је једна “правна моћ” која припада њиховим родитељима у ситуацији када врше родитељско право. Они се саглашавају да њихово дете буде усвојено од стране познатих или непознатих (“бланко усвојење”) трећих лица. Деде и бабе неће никада бити позвани да дају сагласност и не могу се супроставити сагласности коју су већ дали родитељи детета. Решење прилично зачуђујуће. На овај начин дете излази из крвне породице, и у случају потпуног усвојења прекида било какву везу са њом. Оваква ситуација може бити трагична за dedu и бабу који желе задржати унука. Нарочито ако је то дете потомак њиховог умрлог детета.

### 3. Право на личне односе

Доктрина и судска пракса користе израз “право на личне односе” означавајући тако различите форме контаката: посете, изласци, боравак, годишњи одмор, конверзација телефоном, итд. У нашој старијој законодавној пракси овај израз се користио само за означавање права родитеља коме деца нису била поверена по разводу брака.<sup>4</sup> Данас се тиме означава једно од права детета и укључује личне односе детета не само са родитељима већ и са другим лицима.

Питање права деде и бабе на одржавање личних односа са својим унуцима некада се није постављало и није било предмет правног регулисања. Породице су биле традиционалне, где је више генерација живело под истим кровом, па улогу деде и бабе нико није доводио у питање.<sup>5</sup> Стога су

---

4 Чл 125, ст. 3 Закона о браку и породичним односима, Сл. гласник, 22/80.

5 Српски грађански закон их не помиње, или то чини спорадично и сасвим скромно. Тако се у чл. 17 Закона о старатељству, који укида параграфе 156–181 СГЗ-а, говори

и конфликтне ситуације између родитеља и баба и деда у вези одржавања личних односа биле врло ретке.<sup>6</sup> Тек појавом нуклеарне породице, а нарочито прекомпоноване породице, настале фактичким или правним распадом претходних породица од чланова који су остали, долази до конфликтних ситуација. Излазак деде и бабе на правну сцену десио се са појавом оспоравања права деде и бабе на личне односе са унуцима (Hanusser, 2012: 5). Све чешће један од родитеља, најчешће онај који живи са дететом после развода брака или смрти другог родитеља, оспорава право деде и бабе на личне односе, па су овакве ситуације добиле судски епилог. Као што је речено, ова чињеница никако не сме бити довољан разлог да искључи ове односе. Суд који решава ове спорове акценат мора да стави било на њихова узајамне осећања, било на важност међугенерацкијих веза, нарочито у случају смрти једног од родитеља детета при чему се одржавање односа са родитељима овог лица сматра важним за формирање идентитета детета (Lianos, 2013: 655). С друге стране, овај проблем је у правној доктрини завредио мало пажње.<sup>7</sup> Ситуација почиње да се мења тек доношењем Породичног закона, односно регулисањем овог питања у оквиру члана 61.<sup>8</sup> Предвиђено решење искрсава не као резултат настојања да се евентуално ограничи права родитеља или афирмишу права деде и бабе, већ као последица афирмације права детета. Конкретно у овом случају, као право детета да одржава личне односе, поред осталог, са сродницима.

Термин “баба и деда” се не помиње у Породичном закону, већ су обухваћени појмом сродника, заједно са другим, што свакако не одговара фактичком стању. Овакав њихов положај им не обезбеђује било какво првенство у односу на друге сроднике, примера ради стричеве и тетке. Међутим, чињенице потврђују појачано присуство деде и бабе и њихова улога у

---

о обавези деде (не и бабе) да се прихвати дужности стараоца. Или у пар. 119 када се говори о обавези деде и бабе да издржавају унуке после смрти оца и мајке. Прво деде и бабе по оцу, па потом по мајци.

6 Ових спорова у нашој старијој судској пракси није било. Француска судска пракса бележи први овакав спор још 1857. године. Том одлуком признато је право деди и баби да виђају своје унуке. Основ за признање овог права нађен је у злоупотреби родитељске власти. Наведено према: F. Boulanger, *Autorité parentale et intérêt de l'enfant*, Paris, 2008, стр. 223 (ф. н. 640).

7 У овом погледу један од првих је рад З. Поњавић, *Правна заштита шире породице, Србија и европско право*, књ. II, Крагујевац, 1998.

8 У француској правној теорији овом питању је поклоњена значајна пажња. Тако је још 1989. објављена монографија *Les grands-parents dans le droit de la famille* (T. Garé), Paris, 1989, као и један зборник радова *Les droit des grands-parents, une autre dependance?*, Dalloz, (M. Bourassin, C. Coutant-Lapalus), Paris, 2012.

васпитању и подизању унука је незаменљива, нарочито када оба родитеља раде. Неки други закони, као што је Закон о наслеђивању, у члану 16 помиње ове изразе, дајући деди и баби важно место, после њихове смрти.<sup>9</sup>

Правно посматрано, деде и бабе се дефинишу у односу на родитеље детета. (“Нема бабе и деде без родитеља”). Овим је истовремено одређен и њихов амбивалентан правни положај. Он, у неким случајевима, у највећој мери зависи од воље родитеља да управљају односима детета са свим лицима изван најужег породичног круга. Ово је концепција која доминира у англоамеричком праву, под јаким утицајем америчке судске праксе (Voullanger, 2008: 226). Насупрот ове концепције у већини европских земаља, међутим, одржавање личних односа се посматра у контексту заштите “најбољег интереса детета” и у случају спора одлуку ће донети надлежни државни орган.

### **3.1. Упоредно право**

У упоредном праву постоје различити ставови у погледу одржавања личних односа деде и бабе са унуцима. Наиме, у неким законодавствима се ово третира као право детета, у другим и као право деде и бабе, док се један број држава не изјашњава о овом већ само предвиђа правну процедуру која омогућава деди и баби да захтевају судским путем право да остану у контакту и да докажу да је то у најбољем интересу детета. Једине две европске државе које врло рестриктивно регулишу ово право су Данска и Финска. У Данској је право деде и бабе на контакт са унуцима ограничено на ситуације када су оба или један родитељ умрли, а у Финској суд има надлежност да одлучује о личним односима само између детета и родитеља (Comité d’experts, 2009: 27). Право на личне односе са дедом и бабом искључиво као право детета предвиђено је у праву Француске и Русије. Тако према француском Грађанском законнику (чл. 371–4), “Дете има право да одржава личне односе са прецима. Једино у случају заштите најбољих интереса детета ови односи могу бити искључени”. Руски Породични кодекс (чл. 55) изричито предвиђа право детета на одржавање односа са родитељима, али и са дедом и бабом, братом и сестром као другим сродницима.

У ову групу земаља које право на личне односе нормирају као право деде и бабе спадају Белгија, Немачка и Аустрија. У белгијском Грађанском законнику из 1995, чл. 375 bis, једном врло широком формулацијом се регулише “право на одржавање личних односа” које припада деди и баби, као и “свим лицима која докажу постојање блиских односа са дететом”. Према томе,

---

9 Закон о наслеђивању, *Сл. гласник РС*, 46/95, 101/2003.

у корист првих постоји претпоставка, док друга лица морају доказати постојање блискости са дететом.<sup>10</sup> Слична претпоставка у корист деде и бабе постоји и у немачком праву. У параграфу 1685 (1) немачког Грађанског законика говори се о “праву деде и бабе, брата и сестре на одржавање личних односа са дететом, ако је то у интересу детета”. Такво решење је предвиђено и у параграфу 148 (3) аустријског Грађанског законика. Ово право деде и бабе се може ограничити или искључити уколико то доводи до несугласица у породичном животу родитеља или у њиховом односу са децом.<sup>11</sup> Слично право признато је прецима и у чл. 148 италијанског Грађанског законика.

И најзад, у неким државама законодавац се не изјашњава изричито о праву деде и бабе на личне односе, али им омогућава да судским путем захтевају одржавање личних односа са унуцима. То је случај са Енглеском, Бугарском, Мађарском, Норвешком, Шведском и Федерацијом Босне и Херцеговине (Comité d'experts, 2009: 27).

Тако енглеско право у овом погледу не садржи ниједну специфичну одредбу која би се тицала бабе и деде као трећих лица. Одлучујућа улога се даје вољи родитеља у чему се огледа несумњиви утицај америчке судске праксе. Према чл. 148 Породичног закона Федерације БиХ, суд ће у ванпарничном поступку на предлог бабе (нене) и деда одредити начин одржавања личних односа и непосредних контаката између њих, осим ако то није у интересу детета (Bubić, Traljić, 2007: 184–186).

У САД и Канади правила у погледу ових односа се формирају кроз судску праксу. Тако је Врховни суд САД још 2000. године, у случају Troxel с. Granville, пошао од тога да Устав гарантује родитељима право одлучивања у погледу одржавања односа између њихове деце са бабом и дедом, па је донео одлуку да се држава не може у ово мешати ако се родитељи на задовољавајући начин старају о деци. Слично је у марту 2001. године поступио и Апелациони суд Онтарија (Канада), када је донео одлуку у случају Charman с. Charman. Одлука се тицала захтева бабе да виђа унуче при чему је суд потврдио нужност поштовања права родитеља да доносе одлуке које се тичу детета, уколико не постоји доказ њихове неспособности да се старају о заштити најбољег интереса детета (Goldberg, 2003: 2–8).

---

10 Ово правило је у белгијски Грађански законик уведено Законом 1995-04-13.

11 Законом из 2001. године овоме је додато и правило ст. 4 овог члана према коме суд може на захтев детета, родитеља или представника Уреда за омладину или по службеној дужности одлучити о контактима детета и трећих лица уколико је угрожена добробит детета. Према томе, трећа лица немају “властито право”, већ се оно може само извести из права детета. Наведено према: С. Бубић, Н. Тралић, Родитељско и старатељско право, Сарајево, 2007, стр 186.

Увиђајући значај ових веза, и међународна документа, пре свега Конвенција о правима детета, признају детету право на сазнање порекла или право да зна своје родитеље, као нужну претпоставку одржања односа са њима.<sup>12</sup> Такође, чланом 5 ове Конвенције налаже се државама уговорницама да поштују права родитеља, или “где је такав случај, чланова шире породице или заједнице, како је предвиђено локалним обичајима”. Према томе, поштујући природне везе, Конвенција очигледно не заборавља и сроднике.

Када је у питању пракса Суда за људска права из Стразбура мора се приметити да она није имала праволинијски ток. Најпре је у чувеној одлуци *Marckx c. Belgique*<sup>13</sup> Суд навео да “породични живот” у смислу чл. 8 Конвенције не обухвата само односе родитеља и деце, већ и “везе између блиских сродника који играју важну улогу у породичном животу, као што су, примера ради, између деде и бабе са унуцима”. Том приликом подвлачи позитивну обавезу држава да осигурају нормално одвијање ових односа. Већ након ове одлуке Суд оклева у признању деди и баби права на личне односе са унуцима, често их ограничавајући или искључујући. О овом сведоче и пресуде донете по тужби деде и бабе у случајевима *Terence Lawlor c/Royaume-Uni* (1988) и *Francisco Carrera Faustino и Ragazzini Mc Carrero c/ Italie* (Boulanger, 2008: 224–225).

Суд у Стразбуру у сваком случају даје приоритет одржању односа детета и његових родитеља. Тај однос је сам по себи конститутиван за породични живот, без потребе доказивања било ког другог услова. Иако Суд заступа једну ширу концепцију појма породичног живота, што се може закључити из наведене одлуке *Marckx c. Belgique*, односу детета и његових родитеља даје апсолутни приоритет у односу на трећа лица, специјално у односу на деду и бабу, брата и сестру. У једној одлуци од 18 октобра 2011. Суд је одлучио да је смештање детета код деде и бабе опортуно само ако постоје посебне околности, и да та мера може бити само привремена будући да је најбољи интерес детета да држава личне односе најпре са својим родитељима.<sup>14</sup> Дете мора бити најпре интегрисано у окружење својих родитеља, а тек након тога супсидијарно окружење деде и бабе.

---

12 Члан 7, ст.1 Конвенције о правима детета

13 Представка 6833/74 *Marckx c. Belgique* (1979).

14 Пресуда Суда у Стразбуру *Lyubenova c. Bulgarie* (2012), представка 13786/04, тачка 74. У овом случају деда и баба су спречавали мајку да виђа своје дете које је једно време било смештено код њих док мајка не среди своје стамбене прилике. Суд је закључио да држава не поштује своју позитивну обавезу предузимања потребних мера у циљу заштите породичног живота који постоји између мајке и њеног сина.

Чак и у случају када деда и баба могу уницима пружити одличне услове за образовање, то не оправдава да се родитељи не старају о детету.<sup>15</sup>

Најновија одлука овог суда у случају *Manuello et Nevi c. Italie* на извештајан начин означава повратак на ставове од пре више од тридесет година. Наиме, Суд је прогласио одговорном Италију за повреду права на поштовање права на приватни и породични живот, подвлачећи важност личних односа деде и бабе са унуком. Повреда права на породични живот је првобитно настала неизвршавањем судске одлуке којом је признато право деде и бабе да одржавају личне односе са њиховом унуком, а касније и суспензијом ове одлуке од стране суда.<sup>16</sup> Према схватању Суда, државни органи Италије нису уложили довољно напора да заштите породичне односе између деде и бабе и њихове унуке коју нису видели око дванаест година.

### ***3.2. Решење Породичног закона Републике Србије***

Породични закон Републике Србије у погледу уређења питања одржавања личних односа између деде и бабе и унука спада у оне државе које га третирају као права детета. Иако је однос између детета и његових предака узајаман и реципрочан и без обзира на социолошки и симболички врло значајну улогу деде и бабе, законски текст их третира као један пасивни објект права детета (*Etienney de Sainte Marie*, 2012: 110). Према члану 61 Породичног закона право је детета да одржава “личне односе и са сродницима и другим лицима са којима га везује посебна блискост ако ово право није ограничено судском одлуком”. Ова одредба савршено илуструје педоцентризам савременог законодавства у коме најбољи интерес детета постаје “свето правило”. Дете постаје субјект и није више објект права и у ситуацији када се ради о деди и баби. Ово право се мора поштовати упркос његових година, чак и када се родитељи детета томе противе. На први поглед стога изгледа да је дете поверилац овог права, а дужник неко друго лице, деда и баба. Међутим, чињеница је да дете нема ниједно средство којим би наметнуло ово право било свом родитељу било неком другом. Штавише, такво наметање, односно одржавање ових односа противно вољи ових трећих лица, па и родитеља са којим дете не живи, није у његовом најбољем интересу.

---

15 Као што се наводи у пресуди у случају *Amanalachioai c. Roumanie* (2009), представка бр. 4023/04, тачка 86.

16 Што су италијански судови оправдавали психолошким чињеницама према којима деда и баба асоцирају дете на њеног оца који је био ослобођен оптужбе за наводни сексуални деликт према детету.



Према наведеном правилу постоји претпоставка да је у најбољем интересу детета одржавање односа са сродницима. Основа овог права детета се налази у њиховом сродничком односу, који подразумева и постојање осећања узајамне блискости. Ови односи учествују у психолошком формирању детета, пружајући му осећај социјалне сигурности.<sup>17</sup> Сходно одредбама Породичног закона, родитељима детета припада право да подижу дете старајући се о његовом животу и здрављу, па према томе, одлучују да ли је одржање личних односа детета са дедом и бабом у складу са његовим интересима. У случају неслагања између њих свој став о томе даће суд.

Без обзира што Породични закон не даје изричито право деди и баби на одржавање личних односа са унуцима, у судској пракси су се искристалисала два правна пута за остваривање овог права. Први се остварује позивом на право на поштовање породичног живота из чл. 8 Конвенције за заштиту људских права и основних слобода, односно чл. 2 Породичног закона (право на поштовање породичног живота), а други преко чл. 61 Породичног закона.

У првом случају поступак остваривања овог права подразумева два корака или фазе (Влашковић, 2014, 354). Потребно је да суд установи у конкретном случају да односи између деде и бабе са унуцима спадају под појам породичног живота, а након тога и да ти односи имају посебан квалитет. У овом смислу потребно је да суд установи претходно постојање блиских односа између њих.<sup>18</sup> Међутим, све ово није гаранција да ће доћи до успостављања личних односа. Ако би одржавање личних односа довело до конфликта што није у “најбољем интересу детета”, суд може и тада захтев одбити.

---

17 Ово се често наглашава и у судским одлукама које се баве овим питањем. Тако се у једној одлуци Апелационог суда у Н. Саду, Гж 2.187/12, од 20. марта 2012. године, каже да су за формирање емотивно и социјално зреле личности детета важни “контакти и квалитет емоционалне размене и са примарним породицама њених родитеља”. Даље се у образложењу одлуке још једном наглашава да је “Млт. С. на раном узрасту када је за растући доживљај детета као одвојене и по себи вредне особе веома важан квалитет емоционалне размене како са оба родитеља, тако и са другим сроднички блиским особама, у које свакако спадају и тужиоци, баба и деда по оцу. Одржавање редовних контаката млт. С. Х. са тужиоцима, пожељно је за развој детета, јер се очекује да стимулативно делује на њен даљи емоционални развој, одн. да неће угрозити нити компромитовати утврђене емоционалне релације детета”.

18 “Осим постојања крвног сродства, од значаја су и други чиниоци, као што је психолошка и емотивна везаност ових лица, односно стварно постојање блиских личних веза, што је у сваком случају чињенично питање”; Из одлуке Врховног касационог суда Рев 2401/10, од 28. 04. 2010. године.

Очигледно да је овај пут, иако правно коректан, за деде и бабе врло неизвестан, па се стога у пракси судова прибегава и другом начину остваривања овог права деде и бабе, на основу члана 61 Породичног закона. Основ овог права деде и бабе на личне односе је врло дискутабилан. Најчешће се проналази у најбољем интересу детета. Претпоставља се да је интерес детета да одржава ове односе све дотле док то не постане штетно по дете, када морају интервенисати родитељи. Према томе, најбољи интерес детета у овом случају представља нормативну референцу на коју се суд ослања приликом интерпретације овог права. У пракси судова овај појам игра различиту улогу приликом одлучивања о праву на личне односе: у неким случајевима додаје му се арбитрерна улога између више захтева, док је у другим случајевима то разлог за искључење или ограничење овог права.

### ***3.3. Неделотворност решења Породичног закона***

Из неоспорне чињенице да се на право поштовања приватног и породичног живота могу позвати деда и баба јасно произлази узајамност права на личне односе, у заједничком интересу детета и деде и бабе (Etienney de Sainte Marie, 2012: 112). Из овога, даље, следи потреба да се право детета из чл. 61 Породичног закона не тумачи само са чисто индивидуалистичког становишта. Интереси друштва и интерес очувања породичног јединства налажу да се дâ једно шире тумачење са становишта интереса детета и деде и бабе. Иако у овом случају интерес друштва представља само додатни разлог, овим се смањује бојазан да ће очување међугенерациских односа бити искључиво право детета (Etienney de Sainte Marie, 2012: 113). Ако се ово питање посматра само са становишта права детета, то односе у породици, схваћеној у једном ширем смислу, чини једносмерним, што је противно њиховој природи. Одржање јединства породице у којој су испреплетани узајамни односи њених чланова, сродника, овим лако може бити угрожено. Проширивање основа ових односа нужно мора водити рачуна и о интересима других сродника, деде и бабе, онда када су они у сагласју са интересима детета (унука).

Такође, ако се одржање личних односа посматра само са становишта права детета, то може бити нарочито опасно и по дете у ситуацијама када је његов најбољи интерес само “пресвучени” интерес једног од родитеља који жели из детињег живота искључити целу једну линију сродника везаних за другог родитеља. Зна се да је интерес детета ретко када виђен од самог детета, већ се он чешће сагледава од стране одраслих, судова, чланова породице. Ово право детета стога тада постоји само ако је у складу са правима одраслих.

Упркос чињеници да је дете титулар овог права, објављене, али и друге одлуке наших судова потврђују да у пракси само деде и бабе захтевају одржавање личних односа, најчешће у ситуацијама када их један од родитеља детета спречава у томе. Дали у овом случају они само иступају као лица која штите права детета, као што се то у једној одлуци суда назире? У њој суд најпре констатује да деде и бабе нису активно легитимисани према чл. 263 Породичног закона за подношење тужбе за заштиту права детета. Упркос томе, он им, истина без довољно аргументације, не оспорава право подношења тужбе за заштиту права детета на личне односе, заснивајући свој став на заштити у најбољем интересу детета.<sup>19</sup>

Законски заступник детета је његов родитељ, и он је тај који се у име њега треба појавити са захтевом за заштиту права детета на одржавање личних односа. У чињеници да управо они спречавају одржавање тих односа треба видети и разлог изостанка захтева детета за заштиту овог права. Могли би се можда у овоме наћи и елементи занемаривања права детета од стране родитеља, што може послужити и као разлог за лишење родитељског права.<sup>20</sup> Ситуација није по дете боља и када има довољно година и способност непосредног изражавања свог мишљења, као и могућност да само покрене поступак за заштиту овог права. Ако се нашло у вртлогу породичних сукоба, и ако можда због тога и није имало прилику да упозна бабу и деду, тешко да ће и пожелети да одржава личне односе са њима. Чињеница да би дете у случају постојања сукоба интереса у односу на родитеље могло захтевати постављање колизијског старатеља је само једна теоријска могућност.

С друге стране, поставља се питање у којој ситуацији би се дете и могло појавити са захтевом за одржавање личних односа са дедом и бабом. Сигурно не када се ти односи одржавају спонтано и без проблема, већ само ако они избегавају успостављање ових односа. Тешко да би ови захтеви били прихваћени од стране суда будући да је одржавање односа у овом случају противно најбољем интересу детета да ове односе одржава под претњом судског извршења.

Наравно, сходно праву детета на партиципацију, и оно ће учествовати у доношењу одлуке о одржавању личних односа са дедом и бабом. Према чл. 65 Породичног закона, дете има право да у складу са својом зрелашћу и годинама живота учествује у доношењу одлука којима се одлучује

---

19 Решење Апелационог суда у Крагујевцу, ГЖ2-225/11.

20 Ово би се могло подвести под "друге начине" грубог занемаривања родитељског права из чл. 81, ст. 3, т. 5 Породичног закона који регулише узроке за лишење родитељског права.

о његовим правима или које се њега тичу. Међутим, познато је да ни родитељи ни суд нису везани мишљењем детета већ су само дужни да његовом мишљењу посвете дужну пажњу. Све зависи од процене суда да ли је одржавање ових односа у интересу детета. У процени мишљења детета свакако не треба занемарити ни утицај родитеља који живи са дететом и чињеницу да код детета постоји конфликт лојалности. У овом погледу чини се да судови у Републици Србији немају увек исти став. У једном случају Врховни касациони суд недовољно вреднује утицај мајке на дете констатујући и сам да: "Негативан став према родитељима њеног покојног мужа пројектован је у оквиру примарне породице с мајке на дете, у смислу потпуног негирања постојања бабе и деде по оцу у животу детета". Упркос става нижестепених судова да је захтев тужиље (бабе по умрлом оцу детета) основан и да је у његовом интересу и да је крајњи рок да коначно упозна бабу и деду по оцу, "те да са њима успостави и одржава контакте јер би на тај начин сазнао за своје порекло и очувао свој идентитет", Врховни касациони суд је одбио захтев.<sup>21</sup> У једној другој одлуци суд налази да је обавеза нижестепеног суда у случају противљења родитеља (мајке) да њено тринаестогодишње дете одржава односе са родитељима оца детета била да мишљење детета утврди на прави начин. Будући да тако није поступио, то ни његов најбољи интерес није утврђен. Управо све указује на постојање супротних интереса детета и његове мајке, па је стога детету требало постави колизијског старатеља.<sup>22</sup>

Све ово очигледно чини неделотворним право детета на одржавање односа са сродницима, односно дедом и бабом, будући да захтев неће бити поднет од стране титулара овог права нити од његовог законског заступника. Захтеви деде и бабе за одржавање личних односа потврђују да између њих и родитеља детета постоји у вези овог сукоб, односно различито виђење интереса детета. Овај интерес је ретко када интерес оцењен од самог детета. Чак и очекивања да ће дете са 15 година само одлучивати о овом питању нису реална. Тај интерес процењују одрасли, судови, центри за социјални рад, родитељи, трећа лица. Стога би пре требало говорити о конфликту интереса а не сукобу субјективних права. О различитим визијама интереса детета који могу бити брањени и од стране деде и бабе (Bose-Platiere, 2012: 140). Упркос чињеници да Породични закон одржавање личних односа деде и бабе са унуцима третира као право детета, а не право деде и бабе, ово управо због неделотворности овог права треба прихватити

---

21 Пресуда Врховног касационог суда, Рев. 2401/2010.

22 Цитирано Решење Апелационог суда у Крагујевцу, ГЖ2-225/11.

са резервом.<sup>23</sup> Имајући у виду да дете ово право не може остваривати ако се деде и бабе томе супротстављају, треба прихватити реалност да се ради и о праву у корист деде и бабе.

Дакле, очигледно да решавање питања одржавања личних односа између детета и деде и бабе у великој мери зависи од родитеља детета. Уосталом, у крајњем случају само ако је очинство и материнство детета установљено може се говорити о одржавању односа детета са њиховим родитељима. Управо су у највећем броју случајева родитељи детета ти који омогућавају или спречавају одржавање ових односа. У случају да се ови односи омогуће путем судске одлуке упркос противљењу родитеља, таква ситуација на први поглед представља ограничење родитељског права (Lenne, 2003). На крају крајева, афирмација права детета генерално, може се рећи, доводи до слабљења родитељских овлашћења. Начин редиговања одредбе чл. 61 Породичног закона не даје међутим много основа за овакво закључивање. Ово право је лично право детета “сачувано од контроле родитеља”. Премда, на први поглед, изгледа да је право родитеља на чување и подизање из чл. 68 ПЗ-а ограничено у случају када су деде и бабе судским путем изборили право на личне контакте. Несумњиво је да је један од разлога супротстављања родитеља контактима са дедом и бабом утицај који они врше на васпитање и образовање детета. Међутим, познато је да највећи утицај у овом погледу остварују свакодневно школске установе, што утицај деде и бабе чини мање значајним, и стога мање вероватним разлогом за супротстављање родитеља овим контактима. Поред овога, право на личне контакте се ретко када судском одлуком реализује у присуству родитеља детета, због сукоба који постоји између њих и деде и бабе. Родитељи се стога најчешће супротстављају боравку детета код деде и бабе не због њиховог утицаја који је много мањи него утицај школе, већ због сукоба и анимозитета који постоји у односу на деде и бабе. Стога очигледно корене супротстављања родитеља одржавању личних односа са дедом и бабом треба првенствено тражити не у заштити најбољег интереса детета, већ у непријатељским односима између родитеља детета и бабе и деде.

Као што је речено, интерес детета на одржавање личних односа са сродницима се претпоставља и на родитељима је да ту претпоставку оповргну. При томе је потребно да докажу да би одржање тих односа управо било противно интересима детета. То се може релативно лако постићи у ситуацији када постоји један тежак породични конфликт,

---

23 Преднацрт Грађанског законика РС предвиђа право сродника, према томе и деде и бабе, на одржавање личних односа. Према чл.76, ст. 6, “Сродници, као и друга лица која су са дететом развила односе посебне блискости, имају право да одржавају личне контакте са дететом, ако је то у његовом најбољем интересу”.

што код детета може изазвати конфликт лојалности што није у његовом најбољем интересу.<sup>24</sup>

У случају постојања тешких конфликтних породичних односа, када су супротстављени интереси деде и бабе са интересима родитеља, суд мора направити избор дајући предност једном од њих. Како произилази из наше судске праксе права родитеља имају првенство.<sup>25</sup> Захтеви деде и бабе биће у већини случајева одбијени ако је безбедност детета угрожена и ако постоји озбиљна опасност угрожавања породичног мира. Чини се да ће ови разлози постојати тим пре што су односи родитеља детета и деде и бабе веома затегнути, па се као логичан закључак изводи коме је у интересу да ти односи баш буду такви.

#### 4. Закључак

Породични закон РС не регулише посебно породична права деде и бабе без обзира на чињеницу да их је у укупној популацији све више а њихова улога све значајнија. Тако се и питање одржавања личних односа између сродника, деде и бабе, са унуцима регулише као право детета. Чињеница да се у пракси деде и бабе, а не унуци, јављају са захтевом за одржање личних односа када их један од родитеља детета спречава у томе, указује да управо њима, као слабијој страни, треба пружити правну заштиту. Субјективна права детета не смеју истиснути права одраслих, чак и у случају када се конфликт око одржавања личних односа мора решити у корист детета. У сваком случају, треба рећи да постојање сукоба родитеља и деде и бабе детета не треба да буде довољан разлог за спречавање ових односа, нити учествовања у њихом подизању и образовању.

#### Литература

Bose-Platiere, H. (2012). Le droit des grands-parents en l'absence de parents, In. M. Bourassin, C. Coutant-Lapalus, (dir.) *Les droit des grands-parents, une autre dependance?*, (135–151), Paris, Dalloz

Boulanger, F. (2008). *Autorité parentale et intérêt de l'enfant, Histoire, problematique, panorama comparatif et international*, Paris

Bubić, S. Traljić, N. (2007). *Roditeljsko i starateljsko pravo*, Sarajevo

---

24 Што се донекле назире из одлуке Врховног касационог суда Републике Србије, Рев 2401/10.

25 Исто.

Влашковић, В. (2014). *Начело најбољег интереса детета у породичном праву*, докторска дисертација (необјављено), Крагујевац

Garé, T. (1987). *Les grands-parents dans le droit de la famille*, Ed. CNRS, Lyon

Goldberg, D. (2003). Le droit de visite des grands-parents auprès de leurs petits-enfants: analyse juridique, Disponible sur: [http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/lf-fl/famil/2003\\_15/2003\\_15.pdf](http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/lf-fl/famil/2003_15/2003_15.pdf), Consulté le 20 fevrier 2015)

Goubau, D. (1991). *Le droit des grands-parents aux relations personnelles avec leurs petits-enfants : une étude comparative des systèmes québécois, français et belge*, Les Cahiers de droit, 32 (3), Disponible sur: <http://www.erudit.org/revue/cd/1991/v32/n3/043095ar.pdf>, (Consulté le 29 mars 2015)

Etiennay de Sainte Marie, A.(2012). Le droit de l' enfant d' entretenir des relations personnelles avec ses ascendants, In. M.Bourassin , C. Coutant-Lapalus, (dir.) *Les droit des grands-parents, une autre dependance?*, (107–122), Paris, Dalloz

Lenne, M. (2003). La situation juridique des grands-parents, (entre les parents et les petits-enfants), Disponible sur : <http://eddoctorale74.univ-lille2.fr>, (Consulté le 10 mars 2015)

Lianos, F. (2013). La “ Grand-parentalité “ aujourd’hui en France, Droit et société, 3 (85), Disponible sur: <http://www.cairn.info/revue-droit-et-societe-2013-3-page-655.htm> (Consulté le 29 mars 2015)

Милетић-Степановић, В. (2006). Друштво у превирању, наведено према <http://old.kontra.punkt.info/print.php?sid=54645>

Поњавић, З. (1988). Правна заштита шире породице, *Србија и европско право*, књ.II, Крагујевац, 261–271

Hausser, J. (2012). Les grands-parents, subsidiaires, autonomes ou independants?, In. M.Bourassin , C. Coutant-Lapalus, (dir.) *Les droit des grands-parents, une autre dependance?*, (3–13), Paris, Dalloz

Comité d'experts sur le droit de la famille (N. Lowe), Conseil de l'Europe, *Une étude sur les droits et le statut juridique des enfants qui sont élevés dans différentes formes maritales et non maritales de partenariat et de cohabitation*, Strasbourg, 25 septembre 2009, Disponible sur: ([http://www.coe.int/t/dghl/standard-setting/family/CJ-FA%20\\_2008\\_%205%20F%20Nigel%20Loweupdated25-09-2009updated.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standard-setting/family/CJ-FA%20_2008_%205%20F%20Nigel%20Loweupdated25-09-2009updated.pdf)) (Consulté le 29 janvier 2015)

Преднацрт Грађанског законика РС, књига III, доступно на: <http://arhiva.mpravde.gov.rs/lt/articles/zakonodavna-aktivnost/gradjanski-zakonik/>

Породични закон, Службени гласник РС. 18 (2005)

Закон о браку и породичним односима, Службени гласник РС, 22 (1980)

Закон о наслеђивању, Службени гласник РС, 46/95, 101/2003

Одлуке Суда за људска права:

Manuello et Nevi c. Italie (2015), Requête no 107/10, CEDH

Lyubenova c. Bulgarie (2012), Requête no 13786/04 CEDH

Nistor c. Roumanie (2010), Requête no 14565/05, CEDH

Amanalachioai c. Roumanie (2009), Requête no 4023/04 CEDH

Bronda c. Italie (1998), Requête no 40/97, CEDH.

Marckx c. Belgique (1979), Requête no 6833/74) CEDH.

Решење Апелационог суда у Крагујевцу, ГЖ2-225/11, од 23. 05. 2011, доступно на: <http://www.kg.ap.sud.rs/gz2-225.11-odrzavanje-licnih-odnosa.html>

Пресуда Врховног касационог суда, Рев.2401/2010, од 28. 04. 2010. године, доступно на: <http://www.vk.sud.rs/sr-lat/rev-240110-porodi%20pravo-odr%20licnih-odnosa-sa-mal-detetom>



**Zoran Ponjavić, LL.D.**

Full Professor,

Faculty of Law, University in Kragujevac

## **GRANDPARENTS' FAMILY RIGHTS REGARDING GRANDCHILDREN**

### **Summary**

*There are powerful almost mythical emotions binding grandparents and grandchildren, which are quite difficult to put in legal perspective. Prima facie, the scope of this paper may seem rather ambitious as it discusses the general position of grandparents in family law. However, the author has narrowed down the task by focusing on the grandparents-grandchildren personal relations, which are indisputably the most important aspect of the grandparents' role in family law. The main issue is how to establish a balance of children's, parents' and grandparents' rights within complex family relationships. What makes this question even more complicated is the fact that the Family Law of the Republic of Serbia contains no special legal provisions regulating the grandparents' personal or property rights. In family law, grandparents are nothing but next of kin, in the same legal position as other relatives, which certainly does not reflect the reality.*

*Regardless of the superior position of the parental right over the grandparent's rights, the position of the latter has considerably evolved in the past decades due to a variety of factors. Grandparents are increasingly present and needed in the family life, especially in times of crisis and when the parental right is, for any reason, exercised by a single parent. In such cases, new forms of solidarity play an increasingly important role. The grandparents' rights invariably serve the purpose of protecting the best interest of the child. The child's best interest is the basic standard for exercising these rights, which are legally grounded in kinship. Hence, the author points out that this interest may not serve as a justification for a parent, who has priority to autonomously exercise the parental right, to deny the grandparents' rights to personal relations with the grandchildren.*

**Key words:** *grandparents, grandchildren, family relations, the right to maintain personal relations, the best interests of the child.*



## **ЗАШТИТА ХИПОТЕКАРНОГ ДУЖНИКА ОД НЕПРАВИЧНИХ КЛАУЗУЛА\*\***

**Апстракт:** У условима капиталистичког привређивања хипотекарни кредит је један од основних извора средстава за задовољење савремених потреба човека (потреба за станом, пословним простором, производњом итд.) и основна "полуга" покретање привредног развоја друштва. У кредитном односу поверилац (зајмодавац, кредитор) привремено уступа куповну снагу слободних новчаних средстава дужнику (примаоцу кредита) који се обавезује да ће током одређеног времена вратити примљени новац и исплатити уговорену камату. Давалац кредита је у моменту закључења уговора о кредиту у економски и правно доминантној позицији и често намеће дужнику уговорне клаузуле које нису правичне. Зато законодавац мора да заштити хипотекарног дужника од неправичних клаузула које непотребно отежавају положај дужника. Такође, и судска пракса мора да реагује и поништи одређене клаузуле које су неправичне, иако нема изричите противзаконитости.

Тема нашег рада је анализа забрањених клаузула код уговора о хипотеци којима се штити положај економски и правно зависне уговорне стране – хипотекарног дужника. Такве клаузуле су: забрана уговарања да ће поверилац стећи својину без обзира на вредност ствари и износ дуга ако му дужник не плати дуг о доспелости (*lex commissoria*); да ће стећи својину по унапред одређеној цени на заложеној ствари (*pauper Marciano*); да не може други пут да заложити предмет хипотеке до престанка прве по рангу залог; да не може да отуђи предмет хипотеке док траје залог; да не може да задржи ранг хипотеке након отплате дуга; да може да прода ствар мимо законом одређеног начина и друге.

**Кључне речи:** уговор о кредиту, хипотека, забрањене клаузуле.

\* lazic@prafak.ni.ac.rs

\*\* Рад је резултат истраживања на пројекту: „Усклађивање права Србије са правом ЕУ“ Правног факултета Универзитета у Нишу.

## 1. Увод

У тржишним условима капиталистичког привређивања које намеће сталну „глад за новцем“ кредит постаје један од основних извора средстава за задовољење разноврсних савремених потреба човека (од потреба за станом,<sup>1</sup> аутомобилом ... до инвестиционих кредита за покретање привредног развоја друштва). Кредит је институција којом поверилац (зајмодавац, кредитор) привремено уступа куповну снагу слободних новчаних средстава (изузетно робе или услуга) дужнику (примаоцу кредита) који се обавезује да ће након одређеног времена (краткорочни – до 5 или дугорочни – до 30 година) вратити примљени новац (односно робу или платити вредност услуге) и исплатити уговорену камату.

Кредит помера границе економског закона, омогућавајући да се може трошити не само оно што је зарађено, већ и очекивана зарада унапред добијена путем института зајма који је у основи кредита (Марковић: Хипотекарно право, 1911: 172). Кредит кроз облигациони однос омогућава симбиозу интереса лица које има вишак новца (зајмодавац, поверилац) и лица коме недостаје новац (зајмопримац, дужник). Даваоци кредита (зајмодавци), поред имовине дужника коју „чине“ и очекивани (што значи и неизвесни) приходи, захтевају додатне гаранције за враћање новца пласираног путем зајма и кредита.

Допунска средства обезбеђења потраживања се, уобичајено, деле на лична (уговорна казна, јемство и одустаница) и реална (капара, кауција, ручна залога и хипотека) (Ковачевић Куштримовић, Р. Лазић, М. Увод у грађанско право (2008: 391). У правној доктрини постоји и схватање о разликовању средстава обезбеђења потраживања чија је функција посебна или додатна могућност намирења повериоца и умањење ризика инсолвентности дужника, од средства учвршћења која служе да би се странке „навелеле да тачно изврше своју обавезу“, као што је уговорна казна или капара (Гамс, Увод у грађанско право, 2007: 208; Хибер-Живковић, Обезбеђење и учвршћење потраживања 2015: 18).

Сви облици залогe су акцесорна права, непосредно повезана са потраживањем које обезбеђују. Зато се фактички положај повериоца у кредитном односу – његова предност и зависност дужника манифестују

---

1 Логичан одговор на дилему “зашто живети као подстанар и плаћати ренту, када за исту, или незнатно вишу, суму можете плаћати рату кредита за свој стан”, чини хипотекарни стамбени кредит најпривлачнијим правним институтом. Међутим, Сциле и Харибде код хипотекарног кредита могу довести до вишегодишње уплате рата кредита која се завршава трагично по дужника – продајом стана ради отплате преосталог дуга.

и на уговарање како услова кредитирања, тако и услова заложног обезбеђења. Повериоци своју предност, често прекомерно, користе да уговоре неке услове кредита и заложног права који су неправични и погоршавају положај дужника. Зато право, чија је функција, поред осталог, да води рачуна и о равнотежи интереса, треба да онемогући уговарање неправичних клаузула, било да су елементи уговора о хипотеци или уговора о кредиту, а најчешће су садржани у формално јединственом уговору о кредиту са хипотеком.

Хипотека осигурава правни положај повериоца са што мање фактичког терета по положај дужника, јер се заснива без лишавања власника државине заложене ствари, права коришћења и располагања хипотекованом ствари.<sup>2</sup> Хипотека због ове и других предности постаје најчешће уговорно средство обезбеђења дугорочног кредита.<sup>3</sup> У савременом праву хипотека је постала један од најважнијих и најсложенијих правних института, чији су улога и значај посебно велики у државама са развијеним тржишним условима привређивања, приватном својином и разгранатим системом кредитирања. Развој хипотекарног права је пропорционално условљен развојем економских и кредитних односа у једном друштву.

Иако је правни положај повериоца и дужника у уговорном односу формално једнак пре закључења уговора, правна једнакост је сразмерно мања фактичкој неједнакости дужника који тражи кредит у односу на повериоца који даје кредит. Штавише, поверилац је више „ограничен“ конкурентном понудом других поверилаца у тржишним условима, него правима дужника (конкуренција понуде банкарских производа). Међутим, ова конкуренција уме и да буде прилично неефикасна у трци за профитом, што је наше банкарско тржиште показало. Зато је неопходно предвидети што више правних правила која штите положај дужника још у фази заснивања поверилачко-дужничког и заложног правног односа. Чини се да је тада дужнику потребнија заштита, док је повериоцу потребнија у фази реализације права продаје предмета хипотеке и наплате потраживања.

Непосредна повезаност субјеката у главном облигационом и акцесорном хипотекарном односу указује на потребу да се заштита дужника од неправичних клаузула врши не само у хипотекарном правном односу,

---

2 Хипотека оптерећује само својинско овлашћење располагања, али га, као и код ручне залогне, не искључује. Ручна залога апсорбује и право на државину и употребу ствари.

3 То је условило да се „формула“ хипотеке, развијана још од старогрчког права као бездржавинско заложно право на непокретним стварима, стално усавршавала и да се у савременом праву примењује и на залагање покретних ствари. Тако су настали и облици – хипотеке на броду и ваздухоплову, регистарска залога, али и идеја еурохипотеке као заједничка залога ЕУ која је у настајању.

већ и у облигационом кредитном односу повериоца и дужника. Због ограничености рада, тема нашег рада је, преваходно, заштита хипотекарног дужника од недозвољених клаузула у хипотекарном (заложном) односу. Ради разумевања суштине положаја хипотекарног дужника, најпре ћемо указати на основне карактеристике и положај субјеката хипотекарног односа; затим на реформу српског хипотекарног права и забрањене уговорне клаузуле.

## **2. Појам хипотеке и положај субјеката хипотекарног односа**

Хипотека је стварно право на туђој непокретној ствари које овлашћује хипотекарног повериоца да ради наплате доспелог новчаног потраживања прода хипотековану непокретност, без обзира у чијој се својини и државини ствар налази, и из добијене новчане вредности наплати своје потраживање (трошкови, камата и главница), пре обичних поверилаца и пре хипотекарних поверилаца са каснијим рангом. Сврха хипотеке је да додатно осигура принудну реализацију потраживања које дужник није испунио по доспелости, односно запао је у доцњу.

Хипотека (хипотекарни однос) је акцесорног карактера (споредно и несамостално право) које је у функцији обезбеђења тражбине (облигациони однос) као главног и самосталног права. Основна функција залог је обезбеђење потраживања (обезбеђујућа функција). У правно-економској теорији се говори и о другим функцијама заложног права, попут: функције прибављања кредита, функције растерећења професионалних поверилаца (даваоца кредита) и функције олакшавања рефинансирања кроз секундарно тржиште које важи посебно за хипотеку (Хибер/Живковић, 2015: 28).

Обезбеђење хипотеком гарантује додатну и сигурнију могућност наплате од имовинске одговорности дужника која паралелно постоји у корист повериоца. Хипотекарни кредит омогућава обезбеђивање средстава за грађане и привреднике тако што се својина на зградама и земљишту као „замрзнута ликвидност” активира ради добијања кредита. Хипотекарни кредит врши улогу „мобилизатора” вредности имовине и покретачка је „полуга” развоја друштва, како на макроекономском (привредни развој, инвестиције, запосленост...), тако и на микроекономском плану (стамбена изградња).

Хипотекарно-правни однос је грађанско-правни однос између хипотекарног повериоца и хипотекарног дужника, односно однос између повериоца тражбине који стиче условно право располагања својином на хипотекованој ствари и власника заложене ствари. Потраживање које се обезбеђује

залогом може настати из одобреног кредита, преузетог пословодства без налога, накнаде штете и сл. (Stanković, Orlić, Стварно право, 1989: 87. Закључак са саветовања грађанских и грађанскопривредних одељења ВСС, новембар, 1993). Хипотекарни поверилац и хипотекарни дужник могу бити сва физичка и правна лица. Хипотекарни поверилац је уједно и поверилац потраживања чије се извршење обезбеђује хипотеком, тако да је увек субјекат оба правна односа (облигационоправног и стварноправног). Хипотекарни дужник је власник хипотековане непокретности и најчешће је и дужник потраживања. Међутим, у случају када је власник предмета хипотеке треће лице, онда је он реални дужник, а дужник из облигационог односа је лични дужник. Лични дужник гарантује заложном повериоцу за исплату дуга својом имовином. Реални дужник је обавезан да трпи намирење потраживања само из вредности предмета хипотеке. Само власник или овлашћено лице могу оптеретити право својине, односно заложити ствар<sup>4</sup>. За залагање ствари хипотекарни дужник мора бити пословно способно лице, као и за пренос својине (потпуна пословна способност).<sup>5</sup>

Основно право заложног повериоца код свих облика залог је право намирења потраживања путем продаје предмета залог ради уновчења и наплате потраживања.<sup>6</sup> Право намирења потраживања из вредности предмета хипотеке не искључује имовинску одговорност дужника (Bauer, 1970: 28; Demeelius, 1897: 167; Soergel, Siebert, 1968: 668 (komentar uz § 1147 BGB); Marković, 1911: 172). Заложни поверилац може користити оба захтева, облигационоправни – који је уперен према имовини дужника, и стварноправни – који је усмерен према заложеној ствари. При томе се ова два начина намирења тражбине не искључују међусобно, нису алтернативни, нити је утврђен редослед њихове примене.

---

4 Сувласник може оптеретити хипотеком свој идеални део на непокретности, али целокупни објект сусвојине могу оптеретити само сви сувласници сагласно.

5 Француско право предвиђа “да сваки субјекат који није пословно способан да добро отуђи непосредно, не може то учинити ни посредним путем – залагањем”, а што је последица чињенице да је залагање један “корак ка отуђењу” (čl. 2124 CC). Немачко право допушта, изузетно, оптерећење туђег права својине на непокретности у оквиру прописа о савесном стицању (§ 891, 892 NGZ).

6 У првој, “статичној” фази, хипотека само мотивише дужника да испуни обавезу из облигационог односа да би избегао продају заложене ствари. Тек уколико “психолошки” притисак хипотеке остане без ефекта, хипотекарни поверилац може, у *другој*, “динамичној” фази, намирити потраживање продајом хипотековане непокретности. У фази реализације хипотеке дужник осећа сву њену моћ и бива развлашћен. Крилатица: *in cauda venenum* – у репу отров, највише одговара дејству хипотеке.

Право намирења је појачано *правом следовања и правом првенства*. Право следовања омогућава хипотекарном повериоцу да наплати потраживање продајом предмета хипотеке без обзира у чијој се својини и државини ствар налази у моменту реализације хипотеке<sup>7</sup>. Хипотекарни поверилац има право првенствене наплате пре обичних поверилаца, осим у погледу тзв. привилегованих потраживања и пре хипотекарних поверилаца са каснијим рангом.

### 3. Реформа хипотеке у Србији

Афирмација хипотеке у праву Србије одвијала се паралелно са процесом друштвених реформи усмерених ка напуштању социјалистичког уређења и орјентацији ка развоју тржишне привреде, приватизацији ради доминације приватне својине и развоју финансијског тржишта и система кредитирања. Интересовање страних финансијских институција за реформом финансијског тржишта и хипотекарног права је побуђено чињеницом да је у Србији, још у социјалистичком периоду, постојао велики број грађана са својином на непокретностима. Тај велики кредитни потенцијал требало је искористити за пласирање слободних новчаних средстава страних финансијских инвеститора ради остваривања профита, уз задовољавање потражње за кредитима наших грађана. Стране банке као повериоци су желели ефикасно средство обезбеђења потраживања у погледу извесне, брзе и једноставне наплате. Зато се приступило реформи хипотекарног права запостављеног у социјалистичком систему и стварању инструмената за функционисање финансијског тржишта.

Доношењем Закона о хипотеци<sup>8</sup> (у даљем тексту: ЗХ), Република Србија је извршила прву потпуну регулативу хипотекарног права (65 чланова). Најзначајне новине у Закону о хипотеци су:

– Хипотека настаје укњижбом хипотеке у јединствену евиденцију непокретности – катастар<sup>9</sup> (у прелазном периоду и уписом у земљишне

---

7 Хипотекарни поверилац има право првенствене наплате и у случају стечаја дужника, а хипотека следи хипотековану ствар све до престанка хипотеке или пропасти ствари. То хипотеку чини једним од најсигурнијих средстава обезбеђења.

8 "Сл. гласник РС", бр. 115/2005 и 60/2015. Закон о хипотеци је ступио на снагу 4. 1. 2006. године, а примењује се од 25. фебруара 2006. године, на хипотеке засноване по овом закону, осим ако се уговорне стране споразумеју да се примењује и на раније засноване хипотеке (чл. 64).

9 Законом о државном премеру и катастру и уписима права на непокретностима, "Сл. гласник РС", бр. 83/92, 53/93, 67/93, 48/94, 12/96, 15/96 – испр., 34/2001 – др. закон, 25/2002 и 101/2005.



књиге). Поред тога, установљен је још један електронски регистар – Централне евиденције хипотека, као јединствена и јавна електронска база података у коју се уносе хипотеке уписане у надлежни регистар непокретности. Овом евиденцијом је уведен додатни и јединствени начин публикувања свих хипотека, поред уписа у катастар и земљишне књиге, што је требало да појача правну сигурност до успостављања јединствене и ажурне катастарске евиденције. Републички геодетски завод који је водио ову евиденцију није био одговоран за тачност и потпуност уписаних података. Према моменту уписа хипотеке у катастар се утврђује ранг хипотеке, остварује се њен публицитет и обезбеђује правна сигурност хипотекарног повериоца и трећих лица. Упис у Централни регистар има декларативни значај и њиме се омогућавало стварање јединствене евиденције свих хипотекарних права на нивоу Србије. Како је превазиђена потреба за додатном Централном евиденцијом, најновијим изменама ЗХ из 2015. г. укинута је Централна евиденција хипотека брисањем чл. 57–62<sup>10</sup>.

– Проширен је и прецизиран предмет хипотеке. Начелно, предмет хипотеке могу бити непокретне ствари које се налазе у правном промету (које се могу уновчити) и о којима се воде јавни регистри. Предмет хипотеке не могу бити права на непокретностима која се не могу уновчити, као личне службености (непреносиво право), стварне службености (акцесоријум повласног добра), или право прече куповине (неотуђива правна моћ без реалне вредности). По Закону о хипотеци, предмет хипотеке или заједничке хипотеке, може да буде: 1) непокретна ствар (земљиште и грађевински објекат); 2) део непокретне ствари који је одлуком или споразумом о деоби утврђен као својина одређеног лица; 3) удео сувласника на непокретној ствари (за установљавање хипотеке на сусвојини није потребна сагласност осталих сувласника, јер се удео налази у правном промету); 4) посебан део зграде на коме постоји право својине (стан, пословна просторија, гаража, гаражно место и др.); 5) право на земљишту које садржи овлашћење правног располагања (право грађења, право прече градње, право располагања непокретностима у државној, односно друштвеној својини); 6) објекат у изградњи (нпр. започета кућа), као и посебан део објекта у изградњи (стан, пословна просторија или гаража у започетој згради), под условом да је издато правоснажно одобрење за градњу.

Новина је омогућавање залагања неизграђених објеката и права располагања на земљишту. Објекат у изградњи, правно посматрано, не постоји, а зграда постаје ствар и објекат права својине тек када се за њу добије употребна дозвола, па не може бити раније ни објект хипотеке.

---

<sup>10</sup> Чл. 28 Закона о изменама и допунама Закона о хипотеци који се примењује од 16. јула 2015. г.

Објекат у изградњи је саставни део земљишта на коме се гради и само земљиште може бити објект хипотеке. У нашем праву, земљиште и зграда најчешће нису објект јединственог права који припада истом власнику већ, најчешће, постоји режим државне својине на градском грађевинском земљишту на коме власник зграде има право коришћења. Законодавац је покушао да привремено реши овај проблем омогућавањем залагања објекта у изградњи. Практично, предмет залагања је дозвола за градњу и започети објект. У урбаној градњи, дозвола има значајну вредност, што зависи и од локације, плана, рока важења, али је највише везана за земљиште на коме се стиче право грађења и својинског облика на земљишту. Ова могућност није дала очекиване резултате и сматрамо да је треба укинути, а свакако ће након конверзије права коришћења на градском грађевинском земљишту у право својине бити сувишна.

– Права у случају смањења вредности непокретности су прецизно регулисана, тако да хипотекарни поверилац има право да захтева забрану одређеног понашања, право приступа непокретности, укључујући и улазак у непокретност без обзира ко се у њој налази (власник, закупац, плодуживалац и др.) ради контроле одржавања, ако је то уговорено или је заснована по чл. 15 ЗХ; пружање додатног обезбеђења, а под одређеним условима и наплату целокупног потраживања пре доспелости (чл. 18 ЗХ) и др.

– Уведено је право хипотекарног дужника да задржи ранг хипотеке након отплате дуга, односно могућност да се спречи клизање ранга у корист каснијег хипотекарног повериоца (Лазих, М., Ранг стварних права, 2002: 230). Клизећи ранг је неправичан за дужника јер побољшава положај каснијег хипотекарног повериоца без одговарајуће накнаде. Ова новина је значајна за дужника, али даје ефекат тек на развијеном хипотекарном тржишту. У нашем праву повериоци углавном захтевају конституисање хипотеке са првим рангом, а вишеструко залагање је реткост.

– Повериоци желе ефикасно средство обезбеђења потраживања не само у погледу сигурности наплате, већ и у погледу брзе и једноставне наплате (Лазих, М., Предности и недостаци хипотеке као средства обезбеђења потраживања, 1995: 131). Зато је новим Законом о хипотеци поједностављен поступак продаје непокретности и наплате потраживања, а посебно увођењем вансудске продаје. Вансудска продаја смањује формализам и зато се протежира у пракси, а била је и предмет најнових измена ЗХ.

– Најзад, у овом раду се бавимо забраном неправичних клаузула, од којих су неке постојале и у ранијем законодавству, али су у ЗХ прецизније регулисане и биће предмет разматрања у наставку рада.

#### **4. Забрањене клаузуле у хипотекарном односу**

Хипотека је субјективно право које свом титулару условно даје овлашћење располагања својином на туђој ствари ради наплате потраживања, а истовремено не искључује непосредну правну власт власника, већ је само сужава – пренос својине је могућ само са теретом залог. Уговорна хипотека је најчешћи облик хипотеке у правној пракси. То је последица чињенице да хипотека служи обезбеђењу потраживања углавном насталог из уговора о зајму, односно кредиту. У хипотекарном праву карактеристична је забрана клаузула којима се ремети равнотежа интереса субјеката у моменту настанка заложног односа. Слобода уговарања је допуштена тек након доспелости потраживања, на основу накнадног писменог споразума о реализацији залог.

Уговорна слобода је фактички подложна наметању услова економски јаче стране, а то је поверилац код кредитног односа. Неправичне уговорне одредбе могу бити наметнуте како у облигационом односу код уговарања кредита (валутне клаузуле, променљива камата итд.), тако и у стварноправном односу код уговарања обезбеђења хипотеком на одређеној непокретности. Ова два уговора и односа, по правилу, настају истовремено и међусобно су условљена. Облигациони однос као главни је *ratio* настанка заложног односа као акцесорног.

Тема нашег рада су забрањене клаузуле које се односе на заложноправни однос. Законом је забрањено уговарање одређених клаузула у заложном односу, али је правна пракса показала да побројане забране нису довољне, па је судска пракса, реагујући по захтеву дужника, прогласила незаконитим још неке уговорне одредбе. Најпре ћемо анализирати законом забрањене клаузуле, а затим и остале које се појављују у правној пракси заложног права, а посебно хипотекарног права.

##### **4.1. Законом забрањене клаузуле код уговора о хипотеци**

Законске забране се односе на флагрантне повреде уговорне слободе којим се дужнику приликом узимања кредита, као економски зависној страни, од повериоца намећу по њега неповољне уговорне одредбе.

*Законом о хипотеци предвиђено је да су ништаве одредбе у уговору о хипотеци на основу које, ако дуг не буде исплаћен о доспелости<sup>11</sup>:*

„1) поверилац може да прода непокретност супротно одредбама овог закона;

---

11 Видети чл. 13 Закона о хипотеци.

*2) непокретност по неодређеној или унапред одређеној цени прелази у својину повериоца или трећег лица.*

*Ништава је одредба уговора о хипотеци на основу које поверилац има право да употребљава предмет хипотеке, односно да прибира плодове које даје предмет хипотеке.*

*Ништава је одредба уговора о хипотеци на основу које власник не може да отуђи предмет хипотеке или да га оптерети хипотеком у корист доцнијег повериоца“.*

Анализом наведене одредбе чл. 13 ЗХ, долазимо до следећих забрањених клаузула:

### **а) Уговарање продаје на начин који није регулисан Законом о хипотеци**

Традиционално прихваћено начело официјелности захтева да се хипотека реализује на законом предвиђен начин, што је некада значило једино судску продају у извршном поступку. Тај начин продаје непокретности и данас постоји по закону<sup>12</sup>, али је у пракси постао повериоцима скуп и спор, тако да се тежило проналажењу ефикаснијег начина продаје хипотековане непокретности која је најнеизвеснија фаза у реализацији права намирења. Зато, Закон о хипотеци знатно поједностављује поступак продаје ствари предвиђањем, поред судске продаје, могућности уговарања и вансудске продаје непокретности. Тиме се „клатно“ (не)равнотеже помера од дужника ка повериоцу, што је својствено капиталистичком финансијском тржишту које је код нас успостављено током протеклих петнаестак година.

Иако сада мање треба очекивати покушај повериоца да наметне другачију продају, ова забрана је и даље корисна. Она штити дужника од несавесног повериоца који може да покуша да уговори продају непосредном погодбом или на други поједностављени начин који би довео до угрожавања интереса хипотекарног дужника, односно омогућио продају заложене ствари испод тржишне вредности.

Начело официјелности и регулатива поступка извршења управо служи да води рачуна о равнотежи интереса колико је то могуће у фази реализације принудне продаје као најопаснијем „репу залогѐ“. Функција је да се онемогући продаја непокретности испод утврђене вредности.

---

12 Закон о извршењу и обезбеђењу, “Сл. гласник РС”, бр. 31/2011 и 99/2011 – др. закон.

### **б) Пренос својине на хипотекованој ствари повериоцу без накнаде вредности власнику ствари**

Оваквом одредбом се предвиђа да у случају неисплате дуга обезбеђеног залогом, предмет залогe прелази у својину заложног повериоца, без обзира на вредност ствари и висину неисплаћеног дуга. Ради се о познатој комисорној клаузули (*lex commissoria*) која води губитку својине на заложеној ствари, без обавезе утврђивања и исплате разлике у цени досадашњем власнику.

Уговарање комисорне клаузуле, традиционално<sup>13</sup>, није допуштено из следећих разлога:

- Код обезбеђења хипотеком, вредност предмета хипотеке је уобичајено виша од износа потраживања чијем обезбеђењу служи још у фази настанка (25% до 50%)<sup>14</sup>. Поред тога, када дужник западне у доцњу, део дуга је најчешће већ отплаћен тако да се ова разлика повећава. Теоријски, примена ове клаузуле би била могућа и само због једне неисплаћене рате несолвентног дужника. Комисорна клаузула би омогућила стицање несразмерне користи и оштећење интереса хипотекарног дужника;
- Уговарање комисорне клаузуле користило би хипотекарном повериоцу са првенственим рангом. Остали хипотекарни повериоци не би могли да реализују хипотеку;
- Допуштање комисорне клаузуле би, практично, искључило могућност вишеструког залагања исте ствари;

Забрана уговарања комисорне клаузуле је општеприхваћена у савременом праву.<sup>15</sup> Уговарање комисорне клаузуле је забрањено само до момента доспелости потраживања обезбеђеног залогом. Након доспелости потраживања може се слободно уговорити пренос својине уместо испуњења ако то није на штету трећих лица, јер више нема потребе за заштитом дужника од ове одредбе. Ако је ствар заложена за више потраживања код

---

<sup>13</sup> У римском праву је ова клаузула, првобитно допуштена, касније забрањена због "свирепости последица које је производила према заложном дужнику" (*imp. Constantis A.ad. populum, god. 326 – С. 8, 343*). *Lex commissoria* је била забрањена § 843. Српског грађанског законика и чл. 214, ст. 2 и чл. 190 ОИЗ за Црну Гору.

<sup>14</sup> Управо су несигурни *sub-prime* кредити у америчком праву занемарили ова пословна правила што је касније, уз несигурност солвентности дужника, довело до немогућности отплате дуга и дужничке кризе.

<sup>15</sup> Чл. 2083 СС и чл. 93 ал. 4 Трговачког законика Француске; Чл. 816, ст. 2 и 894 ZGB; § 1229 BGB и чл. 1239 Грчког грађанског законика; Чл. 1963 италијанског СС.

различитих поверилаца, за пуноважно уговарање комисорне клаузуле након доспелости потраживања у корист једног повериоца потребна је сагласност осталих хипотекарних поверилаца.

### **в) Пренос својине повериоцу по унапред одређеној цени**

Оваква одредба предвиђа да у случају да дужник западне у доцњу са отплатом кредита, поверилац стиче право својине на хипотековану ствар по унапред утврђеној цени. Позната је и као *patto Marciano*, тј. марцијански пакт (Рашовић, 1991: 37). Овде се, практично, ради о условној продаји предмета залоге заложном повериоцу по унапред одређеној цени. Код марцијанског пакта је губитак за заложног дужника наизглед “пропорционалан гарантованом дугу” (Bianca, 1957: 712; Messineo, 1959; преузето од Рашовић, 1991: 249), а хипотекарни поверилац као купац има обавезу само на исплату вишка вредности ствари у односу на износ потраживања.<sup>16</sup> С тог гледишта она делује знатно правичније од комисорне клаузуле.

Међутим, познато је да приликом одређивања вредности хипотековане ствари у моменту залагања важи налаз вештака кога ангажује поверилац – банкарски стручњак, па то може довести у питање праву процену вредности. Као што је могуће незнатно повећање вредности непокретности ако је то у интересу даваоца кредита (пример из америчке праксе пре настанка финансијске кризе), тим пре је могуће и смањење вредности како би се појачала сигурност залоге, али и стекла несразмерна корист ако дође до фазе реализације. Дужник се због економског интереса и зависности не може успротивити процени вредности, већ једино одбити кредит по принципу „узми или остави“. Поред тога, чак и када је процена реална, изиграва се основна сврха кредита и залоге – да дужник стекне и задржи својину на непокретности, а не да изгуби. Поред тога, поверилац би, чак и када има другу могућност намирења, могао користити ову клаузулу.

Закон о хипотеци је овакву могућност допустио након доспелости потраживања, на основу накнадног писменог уговора хипотекарног повериоца и хипотекарног дужника.

### **г) Уговарање права коришћења хипотековане ствари**

Овом клаузулом се уговара право хипотекарног повериоца да користи хипотековану ствар до отплате дуга. Право коришћења може бити

---

<sup>16</sup> У нашем праву, ова забрана је била предвиђена још § 843 СГЗ. Општи имовински законик за Црну Гору није је изричито регулисао, али она произлази из општих одредби (чл. 180, 181, 214). По ЗОСПО била је забрањена одредбом чл. 69.

непосредно – употребом ствари и/или прибирањем плодова. Али, може се радити и о посредном коришћењу, нпр. издавањем ствари у закуп трећем лицу. Како ће се приходи од ствари рачунати повериоцу (као поклон, отплата камате или отплата главнице) је ствар „договора“ чије би услове наметао поверилац. Зато је њена забрана оправдана.

Такође, допуштање коришћења хипотековане ствари је неспојиво са суштином хипотеке, да она омогућава да власник предмета хипотеке задржава право на државину, коришћење и располагање хипотекованом ствари, поред осталог и ради лакше отплате дуга. Штетна је и јер би лишила дужника искључиве државине и срушила концепт хипотеке као бездржавинске залог.

Позната је и као забрана антихретичне клаузуле (*pactum antichretium*) и традиционално је забрањена у заложном праву. Антихретична клаузула подразумева право хипотекарног повериоца да употребљава и прибира плодове са заложене ствари ради наплате потраживања. Уговарање антихретичке клаузуле је, изузетно, допуштено код уговора о залози на броду.

Такође, у правној пракси постоје случајеви изигравања ове клаузуле. Тако, хипотекарни дужник може хипотековану ствар дати у закуп хипотекарном повериоцу уз цесију закупнине у корист закупопримца и њено пребијање са потраживањем или конституисати плодуживање повериоцу на хипотекованој ствари до исплате потраживања. Али, овде се већ ради о изигравању императивне норме, па се такав уговор може поништити.

#### **д) Забрана отуђења и/или оптерећења предмета хипотеке**

Одредба да хипотекарни дужник не може да отуђи предмет хипотеке док траје залога је недопуштена. Концепт бездржавинске залог је своју предност засновао на могућности дужника да своју ствар користи ради лакше отплате дуга, али и могућност да је отуђи. Сигурност повериоца је обезбеђена уписом у јавни регистар и правом следовања предмета хипотеке. Отуђење ствари ни на који начин не спречава могућност реализације хипотеке продајом ствари и наплатом потраживања.

Такође, забрана дужнику да предмет хипотеке оптерети, закупом, плодуживањем, новом залогом и сл., нема правно дејство према првенственом хипотекарном повериоцу, па је не треба допустити.

#### **4.2. Забрањене клаузуле из правне праксе**

Законска забрана одређених клаузула није довољна. Показало се да даваоци кредита уговарају и одређене одредбе које нису изричито забрањене, али су противне добрим обичајима и суштини заложног права произашлој из функције обезбеђења и дејства права следовања и права првенства.

У нашој правној пракси као недопуштене, установљене су и следеће клаузуле:

*а) Клаузула о забрани хипотекарном дужнику да задржи ранг хипотеке након отплате потраживања.*

У Закону о хипотеци су предвиђене три могућности дужника за задржавање постојећег ранга и преноса на новог повериоца (чл 53, 55 и 56 ЗХ). У чл. 54 ЗХ је предвиђено да „одрицање власника од права на располагање неисписаном хипотеком не производи правно дејство, осим ако се:

- власник уговором обавезе према трећем лицу, а нарочито према хипотекарном повериоцу са доцнијим редом првенства, да ће у његову корист захтевати испис одређене хипотеке;
- и у регистар непокретности упише забележба такве обавезе код те хипотеке“.

Оваква могућност се унапред уговара и подразумева одређене погодности за хипотекарног дужника. Међутим, питање је да ли дужник може да се „избори“ за те погодности код повериоца који одређује услове кредита.

Такође, чл. 54 ЗХ предвиђа да хипотекарни повериоци са доцнијим редом првенства хипотека:

- не могу да се противе упису новог хипотекарног повериоца на упражњено место неисписане хипотеке;
- не могу да задржавају место на коме се њихове хипотеке налазе.

Наизглед, хипотекарни поверилац са првенственим рангом и нема интерес за уговарањем ове клаузуле. Ипак, оно је могуће због рачунања на касније кредитирање и установљавања нове хипотеке са каснијим рангом. Хипотекарни повериоци са каснијим рангом уговарају ову клаузулу како би након отплате ранијег дуга са првенственом хипотеком обезбедили стицање повољнијег ранга и побољшали положај без накнаде. Оваква клаузула је противна Закону о хипотеци.



*б) Уговорна одредба да хипотекарни дужник не може други пут да заложити предмет хипотеке до престанка прве по рангу залогe.*

Ова одредба је варијација забране располагања хипотекарног дужника предметом хипотеке која изричито није допуштена, јер је и залагање облик располагања. Клаузула је неправична јер први по рангу хипотекарни поверилац има право првенства у наплати потраживања.

*в) Непримерени разлози превременог стицања права на намирење, односно превремене доспелости потраживања.*

Тако, посебну пажњу скреће недавно објављена информација о покушају банке да уговори одредбу да ће „непримерено понашање хипотекарног дужника као клијента у просторијама банке, ометање службеника у раду и ремећење пословног процеса и сл., представљати разлог за једностранни раскид уговора о кредиту уз право на активирање продаје предмета хипотеке“<sup>17</sup>.

Јавни бележник је исправно одбио да изврши оверу заложне изјаве са оваквом одредбом. Оваква нејасна одредба може различито да се тумачи и свакако не треба да буде разлог за раскид уговора. Непримерено понашање може бити предмет других санкција, али не треба да буде разлог за раскид уговора о кредиту и превремену наплату дуга.

*г) У нашој пракси постоји наметање непотребних клаузула и од стране државе, иако је као поверилац довољно осигурана.*

Тако, Влада РС, Програмом за стамбену изградњу, наметала је обавезу банци да у сваки појединачан уговор о кредиту унесе и одредбе о забрани издавања у закуп до отплате кредита и забрану отуђења некретнине у првих пет година отплате кредита, за непокретности чија се куповина кредитира из средстава банке и буџета РС и забрану додатног оптерећења или умањења вредности заложене непокретности до коначне отплате кредита и док је хипотека првог реда установљена у корист банке и РС.<sup>18</sup>

Иако се овим желела спречити злоупотреба код коришћења средстава из овог фонда, сматрамо да је то требало учинити без ових клаузула. Штавише, сматрамо је ништавом клаузулом, јер се подзаконским актом не може мењати законом установљена садржина залогe.

---

17 В., <http://www.bgnekretnine.net/blog/neverovatna-klauzula-podviknes-u-banci-i-ode-stan-na-dobos>

18 Вид. Програм Владе РС од 23. јула 2007, [http://srbija.bazanekretnina.com/Nacionalna\\_korporacija\\_za\\_osiguranje\\_stambenih\\_kredita\\_1/Program\\_Vlade\\_Republike\\_Srbije.html](http://srbija.bazanekretnina.com/Nacionalna_korporacija_za_osiguranje_stambenih_kredita_1/Program_Vlade_Republike_Srbije.html)

За очекивати је да се у правној пракси појаве и друге клаузуле које су противне суштини хипотекарног права, па је неопходно да судови пруже адекватну заштиту дужницима применом одредби 300 о делимичној ништавости. Приликом одлучивања треба водити рачуна о суштини заложног права и његовој основној функцији.

## 5. Закључак

Тек са развојем привреде, стабилности економских токова и повећања стандарда грађана, с једне, односно дејством конкуренције на тржишту кредита и прописа о банкарском пословању којима ће се по угледу на европске државе штитити клијенти, са друге стране, може се успоставити основна функција “хипотекарних” кредита – развој привредног пословања и омогућавање квалитетнијег живота грађана.

У фази изградње тржишне привреде и финансијског тржишта, државне институције и законодавац треба да пруже одговарајућу заштиту грађанима и привредним субјектима као дужницима од неправичних уговорних одредби.

У раду смо указали на законом забрањене клаузуле и на клаузуле чију је недопуштеност установила судска пракса, било да су варијација законске забране или су противне суштини и функцијама залогe.

## Литература

- Bianca, M. (1957). *Patto commissorio, Novissimo Digesto Italiano*, Milano
- Demeelius, E. (1897). *Das Pfandrecht and beweglichen Sached nach osterreichischen bürgerlichen Recht*, Wien
- Гамс, А. (1997). *Увод у грађанско право*, Београд
- Хибер, Д. Живковић, М. (2015). *Обезбеђење и учвршћење потраживања*, Београд, Правни факултет Универзитета у Београду
- Ковачевић Куштримовић, Р. Лазић, М. (2008). *Увод у грађанско право*, Ниш, Пунта
- Ковачевић Куштримовић, Р. Лазић, М. (2009). *Стварно право*, Ниш, Пунта
- Messineo, F. (1959). *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano
- Рашовић, З. П. (1991). *Заложно право на покретним стварима*, д. дисертација, Правни факултет у Београду, Београд

Bauer, F. (1970). Lehrbuch des Sachenrechts, MÜSoergel, B. – Siebert, W. (1968), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, IV, (komentar uz § 1147 BGB)

Марковић, Л., (1911). Хипотекарно право, Београд

Лазић, М. (1994). Садржина хипотеке, маг. рад, Ниш, Правни факултет Универзитета у Нишу

Лазић, М. (1995/5-6). Предности и недостаци хипотеке као средства обезбеђења потраживања, Правни живот, Београд

Лазић, М. (2009). Права реалног обезбеђења, Ниш, „Пунта“

Лазић, М. (2002/10). Ранг стварних права, Правни живот, Београд

Станковић, О, Орлић, М., (1989). Стварно право, Службени лист СРЈ, Београд

Закључци са саветовања грађанских и грађанскопривредних одељења ВСС, новембар, 1993

**Miroslav Lazić, LL.D.**

*Full Professor,*

*Faculty of Law, University of Niš*

## **PROTECTION OF THE MORTGAGE DEBTOR FROM UNFAIR CLAUSES**

### **Summary**

*In the circumstances governing the capitalist economy, a mortgage loan is one of the basic financial instruments for satisfying man's needs (housing, business premises, production, etc) and the basic incentive for economic development of the society at large. In creditary relations, the creditor (mortgagee) temporarily cedes the purchasing power of available funds to the debtor (mortgagor), who is obliged to return the received funds by due date and pay the agreed interest rate. At the time of contracting the loan agreement, the creditor has a dominant economic and legal position, which enables him to impose some unfair contractual clauses onto the debtor. For this reason, the legislator must protect the mortgage debtor from the unfair clauses unnecessarily aggravating the debtor's position. The courts are also obliged to react and repeal the unfair contractual clauses even though they may not be explicitly illegal.*

*In this paper, the author analyses the contractual clauses which are prohibited in mortgage agreements; their prohibition is aimed at protecting the mortgage creditor as a legally and economically dependant contracting party. These clauses are: the clause prohibiting the creditor to acquire ownership of the mortgaged property irrespective of its actual value and the debt amount in case of debtor's default (*lex commissorio*); the clause prohibiting the creditor to acquire ownership of the mortgaged property on the grounds of the formerly determined price (*pactum Marciano*); the clause prohibiting the debtor to mortgage the property again before the first ranking mortgage is deleted from the mortgage register; the clause prohibiting the debtor to sell the mortgaged property as long as it is encumbered by a mortgage; the clause prohibiting the debtor to retain the mortgage rank after the debt has been paid; the clause prohibiting the creditor to sell the mortgaged property in a manner which is inconsistent with the prescribed legislation, and others.*

**Key words:** *mortgage loan, mortgage, prohibited clauses.*

**Др Драгор Хибер,\***  
Ванредни професор Правног факултета,  
Универзитет у Београду  
**Др Милош Живковић,\*\***  
Доцент Правног факултета,  
Универзитет у Београду

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 347.44:336.781

Рад примљен: 30.06.2015.

Рад прихваћен: 03.12.2015.

## **ЗАШТИТА КОРИСНИКА КРЕДИТА ОД ЈЕДНОСТРАНЕ ИЗМЕНЕ ВИСИНЕ УГОВОРЕНЕ КАМАТЕ**

**Апстракт:** У кредитној пракси пословних банака у Републици Србији, до доношења Закона о заштити корисника финансијских услуга 2011. године, било је уобичајено уговарање каматне стопе на начин да један део уговорене каматне стопе зависи од тзв. референтне каматне стопе даваоца кредита (или каматне стопе која се одређује „у складу с пословном политиком банке“), која је зависила од различитих параметара, некад субјективних а некад објективних. Закон о заштити корисника финансијских услуга детаљно је уредио питање дозвољености уговарања варијабилних каматних стопа у уговорима на које се примењује, али његово дејство се не протеже на период пре његовог ступања на снагу, тако да је остало отворено питање пуноважности уговарања варијабилних каматних стопа у ранијем периоду. У раду се анализира дозвољеност клаузула о изменама каматне стопе у периоду пре доношења Закона о заштити корисника финансијских услуга, као и режим који је успостављен овим законом. Као додатни предмет анализе, у случају кад се изведе закључак да је уговорна одредба о изменама каматне стопе била ништава, анализирана је судбина исплата извршених у складу с непуноважно уговореном каматном стопом.

**Кључне речи:** камата, варијабилна каматна стопа, заштита корисника финансијских услуга.

---

\* hiber@ius.bg.ac.rs

\*\* mdz@ius.bg.ac.rs

## 1. Начин уговарања камате у нашој банкарској пракси

Пракса банака приликом уговарања кредита код нас, у последњих неколико година, била је предмет пажње опште, али и правничке јавности. Још увек трају полемике око кредита индексираних вредношћу швајцарског франка. Ако се по страни ставе социјални и економски чиниоци и последице, лаки одговори на тешка питања који се као правнички нуде у штампи пре збуњују него што доприносе решењу проблема.

Једно од питања које је изазвало пажњу јавности и које још увек није решено правоснажним одлукама тако да би било могуће говорити о јединственој судској пракси је питање променљиве каматне стопе. Известан ред, мера правне сигурности, односно извесности за обе странке у ову област унет је доношењем Закона о заштити корисника финансијских услуга.<sup>1</sup> Овај закон је (додатно) уредио параметре за утврђивање висине променљиве каматне стопе<sup>2</sup>, утврђујући услов који мора да испуњава променљив елемент да би био сагласан закону. Прелазном одредбом настојано је при томе и да се законом посебно уреди судбина одредби о променљивој каматној стопи из уговора који су закључени пре његовог ступања на снагу. Спорне правне ситуације настале су, међутим, и у примени тих транзиционих норми. За њихово правно разумевање и разрешење треба имати у виду решења више закона и других правних прописа,<sup>3</sup> али и опште правне принципе уговорног права.

---

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

2 Вид. чл. 8 и 26 Закона. Вид. за став да закон није донео ништа посебно ново већ да се ради о кодификовању дотадашње (добре) пословне праксе банака Мира Ерић Јовић, вицегубернер Народне банке Србије, поводом једне првостепене пресуде којом је одредба да банка може променити маржу на основу своје једностране изјаве, тј. "пословне политике" оглашена ништавом [http://www.b92.net/biz/vesti/srbija.php?uuu=2012&mm=03&dd=26&nav\\_id=594450](http://www.b92.net/biz/vesti/srbija.php?uuu=2012&mm=03&dd=26&nav_id=594450).

3 Вид. поред Закона о заштити корисника финансијских услуга, нарочито: Закон о облигационим односима, Службени лист СФРЈ 29/1978, последње измене у 31/1993 (даље: ЗОО), Закон о заштити потрошача, Службени гласник РС бр. 62/2014, али и за период који претходи овом закону Закон о заштити потрошача, Службени гласник РС бр. 73/2010; Одлуке о јединственом начину обрачуна и објављивања ефективне каматне стопе на депозите и кредите, Службени гласник РС бр. 57/2006 (даље: Одлука из 2006), као и одлуке које су је доцније замениле, Одлука о начину и поступку спровођења општих услова пословања које банка примењује у односу с клијентима физичким лицима, Службени гласник РС бр. 74/2009 (даље: Одлука из 2009) и Одлуке о условима и начину обрачуна ефективне каматне стопе и изгледу и садржини образаца који се уручују кориснику, Службени гласник РС бр. 65/2011 (даље: Одлука из 2011). Вид. и одговоре НБС на питања банака у вези са применом Закона о заштити корисника финансијских услуга, објављене на интернет страници НБС, [www.nbs.rs](http://www.nbs.rs).

Уопштено говорећи, у пракси банака су се за дугорочне кредите уобичајиле три врсте уговора према начину уговарања камате. То су, *прво*, уговори с фиксном каматном стопом, који су релативно повољни за примаоца кредита јер су износи анuitета унапред познати за цео период кредита, али су и потенцијално неповољни за банку која сноси ризик промена на финансијском тржишту у будућности, због чега је фиксна каматна стопа по правилу виша него по економском ефекту варијабилна, јер у себе укључује и будуће ризике (изузетно, као што је то тренутно случај, раније уговорена фиксна камата може бити неповољна за примаоца кредита, када након закључења уговора са фиксном каматом, каматне стопе падну). *Друго* су уговори с мешовитом каматном стопом, која се састоји из фиксног елемента, тзв. марже (маргине), и варијабилног елемента, који је обично везан за неку од референтних међубанкарских каматних стопа за валуту кредита (LIBOR, EURIBOR). *Трећу* врсту чине уговори с варијабилном (променљивом) каматном стопом, која је обично везана за неке објективно провериве критеријуме за које је важно да банка на њих не може самостално да утиче (критеријум је садржан у директиви ЕУ о продаји на даљину, која је уграђена у “потрошачку директиву”<sup>4</sup> и отуд је ушла и у српски Закон о заштити потрошача.<sup>5</sup>

У кредитној пракси пословних банака у Републици Србији, до доношења Закона о заштити корисника финансијских услуга 2011. године, било је уобичајено уговарање *променљиве* каматне стопе на начин да један део уговорене каматне стопе зависи од тзв. референтне каматне стопе даваоца кредита (или каматне стопе која се одређује „у складу с пословном политиком банке“), која је зависила од различитих параметара, некад субјективних а некад објективних. При томе врло често је уговорана варијабилна каматна стопа тако да је предвиђано да њена висина буде у складу с “пословном политиком банке“, односно банке су уговором предвиђале право да промене висину каматне стопе сопственом једностраном изјавом, без позивања на било какве објективне критеријуме. Неке банке су уговарајући променљиву камату ипак предвиђале критеријуме, односно параметре за њено утврђивање. Као пример, који је више модел од ког се није много одступало у пракси различитих банака,

---

4 Вид. *The Directive on distance selling* која је престала да важи усвајањем *The Directive on Consumer Rights* (2011/83/EC), која је преузела њена правила.

5 Принцип је био прихваћен у чл. 39, ст. 2, т. 1 ранијег Закона о заштити потрошача (Службени гласник РС бр. 73/2009), садржан је у чл. 37, ст. 2, т. 1 важећег Закона. Принцип је постављен као промена уговорних одредби које не дају потрошачу право на раскид уговора (када се ради о финансијским услугама чија цена зависи од промена на финансијском тржишту које трговац не може да контролише).

може да послужи следећа одредба типског уговора једне пословне банке (назваћемо је П банка) о стамбеном кредиту:

*„Основна каматна стопа Банке из тачке 3 члана 1 је референтна каматна стопа П банке а.д. Београд која се формира на основу трошкова извора финансирања које сноси Банка и тржишних услова пословања, а која се утврђује Одлуком Банке и обављаје на сајту Банке“.*

Пред судове, али и оне који су били задужени за правно обликовање каматне политике, после усвајања Закона о заштити корисника финансијских услуга отворило се неколико питања, на која ћемо покушати да одговоримо у овом тексту.

1) Да ли уговарање променљиве каматне стопе с позивањем на промену трошкова финансирања и тржишних услова пословања представља ништаве уговорне клаузуле у смислу 300 (тј. у периоду пре ступања на снагу Закона о заштити корисника финансијских услуга)?

2) Хипотетички посматрано, уколико би напред описане одредбе уговора о стамбеном кредиту од стране суда биле оцењене као неприменљиве из било ког разлога, које би биле последице неприменљивости? Ако уговором предвиђени параметри (како су у примени протумачени) не испуњавају услове за пуноважност, како остварити вољу уговорних страна која је неспорно била да се уговори променљива каматна стопа која ће бити прилагођавана тржишним условима? Која је судбина раније наплаћене камате, да ли је могуће износити наплаћене од стране банке по основу повећања каматне стопе до ког је у међувремену дошло, одбранити аргументима да је у међувремену дошло до повећања трошкова пословања, раста цена средстава на међубанкарском тржишту, значајног раста индекса потрошачких цена (то су експлицитно дозвољени критеријуми по члану 8 Закона о заштити корисника финансијских услуга), независно од формулације из уговора, уколико би постојање таквих чињеница потврдило вештачење од стране вештака финансијске струке? Дакле, да ли се неспорно уговорена могућност повећања камате може оправдати другим тржишним параметрима, осим уговорених, јер по нашем мишљењу тако нешто одговара намери и вољи уговорних страна приликом закључења уговора, или ће уговор о кредиту важити као делимично ништав, без одредбе о (променљивој) камати, или ће санкција ништавости погодити уговор у целини?



## **2. Пуноважност одредбе о променљивој камати по општим правилима уговорног права и посебним подзаконским прописима Народне банке**

Уговарање променљиве каматне стопе начелно је дозвољено у нашем праву. Истина, Закон о облигационим односима, који у Глави 35 уређује на општи начин уговор о кредиту, није се изричито изјаснио о могућности да камата буде варијабилна, али свакако то није забранио.

Камата, дакле и висина каматне стопе, објективно је битан елемент уговора о кредиту, у складу с чланом 1065 300.<sup>6</sup> Уговор је закључен када су се странке сагласиле о битним елементима тог уговора (чланови 26 и 32 300). Камата је део предмета овог уговора, а предмет мора бити допуштен, могућ и одредив (члан 46 300); уговорити променљиву камату *може бити* пример за одредив предмет. При томе, Закон о облигационим односима, који се као општи пропис има применити на обавезе доспеле пре доношења специјалног (Закон о заштити корисника финансијских услуга) у члану 50, ст. 1 предвиђа да је предмет одредив ако уговор садржи податке на основу којих се може одредити (објективан критеријум одредивости) или ако су стране оставиле трећем да га одреди (субјективна одредивост). То, према преовлађујућем схватању у нашој доктрини и пракси значи да није дозвољено да странке препусте једној од њих да предмет одреди.<sup>7</sup> Ово, дакле, није само изричита одредба Закона о заштити корисника

---

6 Камата је битан елемент уговора о зајму уколико се ради о теретном зајму, зајму са каматом, самим тим и уговора о кредиту. Вид. тако Слободан Перовић, *Облигационо право*, 7. изд., Београд 1990, 636. Звучи таутолошки, али ако су странке определиле да закључе уговор о зајму са каматом или уговор о кредиту, "висина камате улази у ред оних питања о којима странке морају постићи сагласност". Швајцарско право садржи, међутим, допунско-диспозитивну норму када је о висини камате реч: то је камата уобичајена за зајмове исте врсте у време и у месту у коме је примљен зајам. Вид. чл. 314 Швајцарског законика о облигацијама. Вид. и Pierre Tercier, Pascal G. Favre, *Les contrats spéciaux*, 4. éd., Genève-Zurich-Bâle 2009, 442-444. Уговор ће дакле бити пуноважно склопљен и ако се странке изричито не споразумеју о висини камате. По 300, ако странке уговоре камату а не одреде њену висину, примениће се стопе које зависе од тога да ли су странке физичка лица (када треба применити имагинарну камату која се на штедне улоге по виђењу плаћа у месту испуњења) или правна лица (тад се примењује банкарска камата на рок од годину дана). Вид. чл. 399, ст. 3 300. Упор. *Преднацрт Грађанског законика Републике Србије*, друга књига, *Облигациони односи*, Београд, 2009, у коме је као алтернатива предвиђено да тада важи стопа законске затезне камате (члан 445).

7 Детаљније о ставовима у континенталноевропским земљама у погледу ове могућности, као и о ставовима домаће облигационоправне доктрине која и у овом питању преваходно следи француски узор, М. Живковић, *Обим сагласности неопходан за закључење уговора*, Београд 2006, 43, 56-57, 177, 183-184. У доктрини заснованој

финансијских услуга,<sup>8</sup> која се на обавезе пре његовог ступања на снагу не примењује, већ произлази из Закона о облигационим односима, важећег у моменту закључења уговора.

Последица неодредивости неког од елемената предмета уговора, с чим се изједначава одредба којом је дискрецији једне стране препуштено одређење тог елемента, јесте изричито ништавост (члан 47 300).

У принципу, таква су била и решења подзаконске регулативе код нас, пре доношења закона. Тако, тачка 8 Одлуке из 2006. године каже: “Ако се ефективна каматна стопа промени због промене елемената на основу којих се обрачунава, банка о тој промени, и пре почетка примене промењене ефективне каматне стопе, писмено обавештава клијента.” Из ове одредбе несумњиво произлази да је уговарање варијабилне каматне стопе дозвољено, додуше уз позивање на измену елемената на основу којих се она обрачунава, а не на основу једностране изјаве банке, уз прописивање обавезе претходног писменог обавештавања клијента, како би му се пружила прилика да се о промени изјасни и евентуално приговори банци или Народној банци Србије. Тачка 5 Одлуке из 2009. године у ставу 8 каже да општи услови пословања банке морају да садрже, између осталог, “ближе одређење критеријума за промену уговорене променљиве каматне стопе, и то: – кад се промена односи на укупну номиналну каматну стопу – банка је дужна да ближе одреди њене елементе, периоде у којима ће је мењати, начин измене и разлоге за измену; – кад је промена номиналне каматне стопе условљена променом референтне каматне стопе – банка је дужна да ближе одреди а) врсту референтне каматне стопе и њену висину у време утврђивања општих услова пословања, као и периоде у којима ће је мењати, и б) износ марже коју додаје референтној каматној стопи или одузима од ње”. Напоследку, члан 5 Одлуке из 2011. године, која је и данас на снази, предвиђа да “Код кредита/депозита/лизинга код којих су елементи на основу којих се обрачунава ефективна каматна стопа уговорени као променљиви – за потребе обрачуна ове стопе узима се

---

на 300, једино став љубљанског професора Цигоја ишао је у правцу допуштености одредбе која одређивање предмета препушта једној од уговорних страна – в. С. Цигој у Б. Благојевић, В. Круљ (редактори), *Коментар Закона о облигационим односима*, књига прва, Савремена администрација, Београд 1980, 159 (друго издање Београд 1983, 177). Упор. другачије чл. 315 немачког Грађанског законика (BGB), по коме ако је одређење предмета поверено једној страни, она то мора учинити поштујући правичност. Ако друга страна оспори правичност, одређење је препуштено суду. Упор и чл. 1129, ст. 2 француског Грађанског законика (CC). Види за промене у француској пракси које иду за рестриктивним тумачењем одредивости Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Philippe Stoffel-Munck, *Droit civil, Les Obligations*, 4. éd., Paris 2009, 303.

8 Вид. чл. 26, ст. 2 Закона о заштити корисника финансијских услуга.

вредност тих елемената на дан овог обрачуна“, што такође недвосмислено говори у прилог дозвољености уговарања променљиве каматне стопе када се промена везује за неки објективно проверив елемент. Видљиво је да је на ову регулативу утицао критеријум из Директиве ЕУ о продаји на даљину, доцније уграђен у “потрошачку директиву“ који је одатле ушао и у српски Закон о заштити потрошача (члан 39).

Закон о заштити корисника финансијских услуга, додатно уређујући ову материју, члановима 8 и 26 прецизира параметре за утврђивање висине променљиве каматне стопе, утврђујући услов који мора да испуњава променљив елемент да би се задовољио критеријум одредивости (званично објављивање променљивог елемента), и дајући два примера, које наводи *exempli causa* (референтна каматна стопа, индекс потрошачких цена). Поред тога, захтева се да елементи од којих зависи промена каматне стопе буду такви да на њих не може да утиче једнострана изјава воље неке од уговорних страна, те да није дозвољено упућивање на пословну политику кад су посредни елементи одређивања каматне стопе који су по закону обавезни.

По нашем мишљењу, не ради се само о кодификацији већ постојећег доброг пословног обичаја, него и о његовом додатном прецизирању, што је разумљиво: писано право је по природи прецизније од обичаја, који су више начелни и флуиднији су. Такође, сматрамо да се овде не ради о императивној одредби у ужем смислу, тј. о одредби која се може применити непосредно и ретроактивно. Управо због тога је овај закон у завршним одредбама (члан 54) посебно уредио судбину одредби о променљивој каматној стопи из уговора који су закључени раније, предвидевши, **прво**, да ће се чланови 8 и 26 тог закона применити на оне обавезе (рате) које доспевају након ступања закона на снагу (5. децембра 2011), те, **друго**, да се сви раније закључени уговори морају до дана ступања на снагу тог закона ускладити с члановима 8 и 26, и то тако да висина променљиве а неодредиве каматне стопе, односно променљивог дела каматне стопе, не може бити већа од оне која је постојала у тренутку закључења уговора (иницијална каматна стопа). Овим се, на дозвољен начин, прелазном одредбом, донекле одступа од забране ретроактивности, тако што је у прелазним и завршним одредбама направљена разлика између *одредивог* и *неодредивог* променљивог елемента, па се за случај неодредивих променљивих елемената налаже измена уговора, тако што ће се усагласити са члановима 8 и 26, а уједно и утврђује максимална висина каматне стопе (односно њеног неодредивог променљивог дела) на ону која је постојала у моменту закључења уговора.

Законодавац не каже изричито да ли ће се тако измењен уговор примењивати *ex tunc* или само за будуће. Прво решење оставило би евентуална плаћања камате преко предвиђене максималне стопе без основа, и настала би обавеза на повраћај. Друго би значило само примену на будуће рате. Прво решење ослања се на став да је уговорна одредба по којој каматна стопа неодредива заправо ништава. Изменом уговора се на основу декларације о ништавости овај елемент уговора супституише стопом која је била у моменту закључења. Све камате плаћене по ништавој (неодредивој) стопи примљене су без основа и имају се вратити. Сматрамо да овај став има јаче упориште у важећем праву.

С друге стране, и на основу ове прелазне одредбе Закона о заштити корисника финансијских услуга произлази да клаузула у уговору закљученом пре ступања на снагу закона, којом је предвиђена променљива каматна стопа на начин који се не подудара у потпуности са условима предвиђеним овим законом (чланови 8 и 26) није *само због тога* ништава. Њена пуноважност, односно дејство мора се проверити применом општих правила облигационог права, истовремено и критеријумом из члана 54 овог закона, тј. потребно је ставити под лупу њену одредивост. А та провера треба да одговори на питање да ли је ништав уговор у целини или само одредба о камати, у потоњем случају и на питање чиме ће ништава одредба о камати бити замењена.

Са овим питањем сусрела се судска пракса. Имајући у виду да је проблем ескалирао наступањем светске економске кризе пре неколико година, а да криза у суштини и даље траје, не само код нас, не чуди чињеница да домаћи судови још увек нису заузели коначан став у вези с постављеним питањем.

Индикативна је једна неправоснажна првостепена судска одлука којом је банка, назовимо је банка К., обавезана да врати износе увећања камата уз образложење да је одредба којом је предвиђена промена каматне стопе била неодређена и отуд непуноважна, те да је њеним поступањем повређен низ општих начела облигационог права, попут савесности и поштења, равноправности странака у облигационом односу и добрих пословних обичаја.<sup>9</sup>

Овај случај, наиме, показује да одговор на постављено питање у великој мери зависи од детаља у погледу формулација уговора којима је предвиђена варијабилна камата.

---

<sup>9</sup> О случају видети релативно опширан медијски извештај на интернет страници [http://www.b92.net/biz/vesti/srbija.php?yyyy=2012&mm=03&dd=26&nav\\_id=594450](http://www.b92.net/biz/vesti/srbija.php?yyyy=2012&mm=03&dd=26&nav_id=594450).

У случају против банке К. радило се о мешовитој каматној стопи, која се састојала од шестомесечног LIBOR-а за швајцарски франак и фиксне марже, а не о целокупној променљивој каматној стопи као у случају формулације коју је употребила банка поменута на почетку текста. Банка К. је једнострано, позивом на измењене тржишне околности и пословну политику банке, променила фиксни део одређења каматне стопе, односно маржу, коју је подигла за више од три пута; такво понашање суд је окарактерисао као недозвољено, обавезавши банку да клијенту врати разлику у наплаћеној камати између увећане камате и оне која би била плаћена без тог увећања. Треба имати у виду да сам текст уговора у том случају није изричито предвиђао никакве критеријуме за промену марже, па се радило о измени на основу једностране одлуке банке. Такође, клијенти који су тужили банку К. приговорили су на ово повећање како тој банци тако и, у наредној инстанци, Народној банци Србије, па се не може рећи да су испуњењем обавезе прихватили повећање, што би се евентуално могло рећи за оне клијенте који су повећану камату платили без приговора.

Без намере да се прерано уопштава, чини се да је суд на становишту да санкција ништавости погађа само незакониту уговорну клаузулу о висини, односно одређивању каматне стопе, а да уговор у целини опстаје.<sup>10</sup>

Прави став судске праксе биће познат код се устали пракса највиших судова.<sup>11</sup> У односу на ту праксу треба водити рачуна и о различитом

---

10 Интересантно је овакав став довести у везу са правилима о делимичној ништавости. Прво је питање да ли уговор може опстати без ништаве одредбе (чл. 105, ст. 1 300). Одговор би зависио од става о идентитету уговора. Ако је је уговор о кредиту или уговор о зајму са каматом посебна *врста* уговора, онда без одредбе о каматној стопи не би могао опстати, изузев ако не дође до замене неважеће одредбе другом, као што је то описано у фусноти 6. Може се поставити питање и да ли је одредба о променљивој каматној стопи за банку-уговорника одлучујућа побуда (чл. 105, ст. 1 300 *in fine*), када би уговор био ништав у целини, или би пак био примењен чл. 105, ст. 2 300 и уговор био „ослобођен“ незаконите клаузуле. Чини се да два параметра треба истовремено вредновати: било би неоправдано банци која је овако уговорила наметнути кредит без камате, или пак дужнику, поништењем уговора, наметнути обавезу на реституцију коју не може да испуни, што ће активирати стварна или лична обезбеђења која су дата за обезбеђење потраживања из кредита. Вид. Драгор Хибер, Милош Живковић, *Обезбеђење и учвршћење потраживања*, Београд, 2015, стр. 91 – 92 (за заложно право), стр. 356–357 (за јемство).

11 Вид. за праксу Врховног суда Хрватске <http://www.index.hr/vijesti/clanak/vrhovni-sud-odlucio-kamate-na-kredite-u-svicarcima-su-nezakonite/819777.aspx>, а за праксу мађарског Врховног суда <http://www.lb.hu/hu/print/joghat/22014-szamu-pje-hatarozat>, уз коментар на <http://udrugafanak.hr/priopcenje-udruge-franak-u-vezi-s-aktualnim-dogadanjima-u-madarskoj-vezanima-za-kredite-s-valutnom-klauzulom/>.

уговарању променљиве камате у банкарској пракси. Корективна одредба члана 54 Закона о заштити корисника финансијских услуга, максимизирање на висину каматне стопе у тренутку закључења уговора, може бити примењена када је то нужно, али није априорно решење за свако уговарање променљиве камате.

### **3. Правни режим уговорене и наплаћење променљиве камате (уместо закључка)**

Хипотеза је, дакле, да је и пре него што је на снагу ступио Закон о заштити корисника финансијских услуга уговарање променљиве каматне стопе било дозвољено ако је камата била *одредива* у смислу ЗОУ, и да се према прелазним одредбама Закона о заштити корисника финансијских услуга таква *одредива* камата има применити како је уговорена под условом да није препушена вољи само једног уговорника. Ако тест, односно провера уговорених и примењених критеријума за утврђивање висине променљиве каматне стопе да позитиван резултат, ако критеријум(и) није(нису) супротни овим императивним одредбама, одредба о променљивој каматној стопи је дозвољена, потраживања на основу ње настала пре ступања на снагу закона су пуноважно настала и наплаћена и не може бити говора о обавези повраћаја. У супротном, одредба је ништава, и банка дугује повраћај раније наплаћење камате.

Пример за критеријуме предвиђене за утврђивање променљиве каматне стопе, често садржане у формуларним уговорима, су они цитирани на почетку, као формулација банке П: (а) трошкови извора финансирања које плаћа банка, и (б) тржишни услови пословања. Ови критеријуми су, у конкретном примеру, примењивани тако што је на основу њих утврђивана основна (референтна) каматна стопа, одлуком банке и објављивана на сајту банке. Додатни критеријум била је одредба којом је банка задржала право измене уговорене каматне стопе у зависности од промене основне каматне стопе и пословне политике банке.

Овај потоњи критеријум је на граници дозвољености. Формулу је нужно проверити праксом и утврђивати да ли се, у односу на конкретне кредитне партије, заиста радило о измени основне каматне стопе, на основу објективних критеријума, а не о коришћењу “задржаног права” на једнострану измену каматне стопе.

Основни критеријуми овде предвиђени, трошкови извора финансирања које плаћа банка и тржишни услови пословања, по нашем мишљењу могу бити квалификовани као критеријуми одредивости који не зависе

од воље једног уговорника, у *формалном погледу*. Чињеница да је банка утврђивала и објављивала основну каматну стопу, израчунату на основу ових критеријума, не значи да су они зависни од њене воље. Утврђивање је само операција примене показатеља из којих се ти критеријуми састоје, обрачунавање, дакле, има декларативну природу констатације спољних околности, а не конститутивну. Природно је да је та операција, као сложена и стручна, поверена банци. Објављивање је нужно за примену уговора.

Замислимо је међутим да банка злоупотреби овлашћење и дужност да утврди тржишна кретања која су суштина варијабле променљивости, али дужник је по природи ствари такав обрачун, односно утврђену каматну стопу могао да оспори. То би значило да банка своју уговорну обавезу претварања одредиве у одређену стопу није ваљано испунила. *Не би се радило, дакле, о неважности него о непоштовању критеријума одредивости*. Наравно, све ово ако објективна одредивост постоји (пошто одређивање висине каматне стопе у конкретном случају није било поверено трећем, субјективна одредивост је ван анализе).

Трошкови извора финансирања, као параметар од ког по уговору зависи висина (променљиве) основне каматне стопе, одређени су тржиштем финансијских средстава, па банка може показати њихово кретање. Мера утицаја банке на ову варијаблу која би била релевантна за анализирано питање била би могућа само у случају монополисаног тржишта капитала (што није случај). Дакле, и овај параметар задовољава и критеријум одредивости и не зависи од воље банке.

Трошкови извора финансирања које плаћа банка су, такође, део тржишних услова пословања банке. Ако је могућ критеријум део, претпоставка је да је могућа и целина. Начелно, сматрамо да је могуће као параметар за промене камате одредити тржишне услове пословања, а да то задовољава услове из члана 50, ст. 1 Закона о облигационим односима. Овако стипулисан механизам (критеријум) усаглашавања није једноставан, али се и поред сложености може сматрати случајем објективног критеријума одредивости или да то може бити. Ради се о *стандарду* који је применљив у банкарском пословању и обухвата један број показатеља којима се мере тржишна кретања. Уместо да поброји такве параметре, банка се (у складу са тадашњом праксом) определила да их синтетички искаже. Претпоставка је да банка може да покаже критеријуме којима је примењивала овај стандард, од раста цена на мало, преко степена наплативости пласмана, ризика државе, до кретања понуде и тражње банкарског производа, на пример – није нам познато на које критеријуме су се банке у пословној пракси ослањале.

На евентуални приговор да клијенти нису унапред знали како ће се кретати ова два параметра, може се рећи да то и није претпоставка за њихову дозвољеност, односно квалификацију одредивости. Да су они прецизно унапред (квантитативно) исказани, макар у једначини, а не резултату те једначине, не би се радило о одредивом него одређеном критеријуму.

Битно је, дакле, да се у тумачењу, односно примени овог правног стандарда, банка држала објективних критеријума којима се мере услови пословања, и да је резултанту објављивала у складу са уговором. Незадовољни клијенти који сматрају да стандард није правилно примењен могли су да оспоре његову примену, а не постојање. Оспоравања, колико нам је познато, није било, ради се о извршеним обавезама у односу на које се појављује правно питање, или правна претензија, да накнадним оспоравањем самог критеријума, у суштини ретроактивном применом Закона о заштити корисника финансијских услуга, и то техничког решења које је он усвојио а не суштине (којом се променљива камата дозвољава) оспоре. Ако је дакле спорно како је банка утврђивала кретања тржишних услова, није спорна одредивост него њена примена.

Ако би суд заузео супротно становиште и нашао да је одредба о променљивости каматне стопе без дејства услед неодређености, сматрамо да би се морала применити одредба члана 54 Закона о заштити корисника финансијских услуга за случај *неодредивих* критеријума за измену каматне стопе, и то тако што би се применила каматна стопа постојећа у тренутку закључења уговора као максимална. Држимо да банка не би могла да се позива на изражену намеру уговорника да каматну стопу учини променљивом, јер је то могла да учини на тај начин што би предвидела одредив начин за измене каматне стопе (у том правцу говори и правило тумачења *in dubio contra stipulatorem* из члана 100 ЗОУ, а у овом случају банка је састављач нацрта уговора), те би у том случају позивање на тржишне параметре, макар и оне који су сада експлицитно наведени као дозвољени, услед изричите одредбе члана 54 Закона о заштити корисника финансијских услуга било без дејства, јер се као максимална мора применити стопа која је важила у време закључења уговора. Једино позивање на прећутно саглашавање са изменом каматне стопе, у случајевима у којима су клијенти наставили да плаћају увећану камату без примедби и приговора, могло би да се употреби у одбрану износа наплаћеног по основу увећаних камата, мада одредбе члана 67 ЗОУ о законској форми отежавају извођење оваквог доказа, пошто се о измени каматне стопе није закључивао писмени анекс уговора (усмене допуне могуће су у погледу споредних тачака, што висина камате код кредита



није, или ако се ради о смањењу или олакшавању обавеза једне или обе стране, кад форма постоји у њиховом интересу, што овде опет није случај).

У сваком случају, имајући у виду општу тему скупа за који је овај текст писан, *Право у функцији заштите слабијег*, треба на крају констатовати, прво, да уговори о кредиту представљају одличан пример у коме је лако установити ко је слабија странка; друго, да је променама и развојем банкарског сектора, развојем тржишта банкарских услуга, формирана каматна политика која је латентно стварала услове за неправедне клаузуле на штету тог слабијег; треће, да је држава реаговала на исправан начин када је променљива камата у питању, уводећи параматре који су иначе прихваћени и познати и у упоредном праву. За заштиту слабијег често, па и у овом случају, може бити најзначајније решење транзиционог питања. У основи, и овде је наша регулатива добра. У њеној примени, у тумачењу прописа с једне, и општих услова банкарског пословања с друге стране, пракса мора настојати да избегне прелазак из крајности у крајност. Тако је код нас код хипотеке и начина намирења повериоца, из система строгог начела официјалности и безусловне и претеране заштите дужника (која је неминовно водила поскупљењу и опадању кредита) правни оквир прешао у систем вансудског намирења у коме је положај дужника сасвим упитан. Вероватно ће тек решења која долазе остварити потребну равнотежу. Слично, код променљивих камата, уговорање камата које су *de facto*, када је о променљивој стопи реч, биле у рукама банака – поверилаца не треба, нарочито не тумачењем, претворити у систем који ће ослобађати дужника од, у суштини, фер прихваћених услова. Решење мора бити пажљиво одмерено и разумно.

## Литература

(2009) *Преднацрт Грађанског законика Републике Србије*. Београд: Влада Републике Србије, друга књига, Облигациони односи

Живковић М. (2006). *Обим сагласности неопходан за закључење уговора*. Београд: Службени гласник

Закон о заштити корисника финансијских услуга. *Службени гласник РС*. Бр. 36 (2011) и 139 (2014)

Закон о облигационим односима. *Службени лист СФРЈ*. Бр 29 (1978)

Закон о заштити потрошача. *Службени гласник РС*. Бр. 62 (2014)

Хибер Д. Живковић М. (2015) *Обезбеђење и учвршћење потраживања*. Београд: Правни факултет Университета у Београду

Malaurie P., Aynès L., Stoffel-Munck P. (2009). *Droitcivil, LesObligations*. Paris: LGDJ, Lextenso editions

Перовић С. (1980). *Облигационо право*. Београд: Привредна штампа

Tercier P., Favre P. (2009). *Lescontratsspéciaux*. 4. éd.Genève–Zurich–Bâle

[http://www.b92.net/biz/vesti/srbija.php?yyyy=2012&mm=03&dd=26&nav\\_id=594450](http://www.b92.net/biz/vesti/srbija.php?yyyy=2012&mm=03&dd=26&nav_id=594450)

***Dragor Hiber, LL.D.***

*Associate Professor,*

*Faculty of Law, University of Belgrade*

***Miloš Živković, LL.D.***

*Assistant Professor,*

*Faculty of Law, University of Belgrade*

## ***PROTECTION OF CREDIT USERS FROM UNILATERAL CHANGES IN THE CONTRACTED INTEREST RATE***

### ***Summary***

*Until the adoption of the Act on the Protection of Users of Financial Services in 2011, the banks' lending practices in the Republic of Serbia were commonly based on contracting an interest rate. This common practice implied that one part of the contracted interest rate depended on the so-called referential interest rate of the credit provider (determined "in line with the bank's business policy"), which was based on different parameters of both subjective and objective character. The Act on the Protection of Users of Financial Services (2011) thoroughly regulated the issue of admissibility of contracting variable interest rates in contracts where it applies, whereby its effect does not extend to the period before its entry into force; consequently, there was a remaining issue concerning the validity of contracting variable interest rates in the earlier period. In this paper, the authors analyze the admissibility of clauses regulating the unilateral changes of the contracted interest rate in the period before adopting the Act on the Protection of Users of Financial Services, and elaborate on the legal regime established thereby. In the event of establishing that the nullity of the contractual clause regulating the change of the interest rate, the authors analyze what happens with those payments which have been effected under such an invalid (unlawfully contracted) interest rate.*

***Key words:*** *interest rate, variable interest rate, protection of users of financial services.*

**Др Ђорђе Л. Николић,\***  
Ванредни професор Правног факултета,  
Универзитет у Нишу  
**Др Михајло Цветковић,\***  
Асистент Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 347.44(497.11)

Рад примљен: 30.06.2015.  
Рад прихваћен: 03.12.2015.

## **ПОЈАМ ПРЕДУГОВОРА У ПРЕДНАЦРТУ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ\*\***

**Апстракт:** У раду се разматра појам предуговора који се обично дефинише као уговор који обавезује на закључење неког другог – главног уговора. Овако одређен појам предуговора је веома широк, јер у свом минималном значењу обухвата именоване уговорника и упућивање на врсту будућег главног уговора. Насупрот томе, већи број грађанских законика, али и претежнији део правне теорије, појам предуговора дефинише уже, јер инсистира на захтеву да предуговор мора да садржи како битне састојке главног уговора (*essentialia negotii*), тако и рок за његово закључење.

После свеобухватне анализе ширег и ужег појма предуговора, у раду се предлаже једно средње решење. Наиме, с обзиром да главни уговор, као предмет предуговора, треба да је одређен или бар одредив, аутор сматра да је главни уговор одредив и одређивањем врсте (типа) главног уговора, као и појединих (не свих) његових битних елемената који су особени за тај уговор. Такав предуговор обавезује, а страна која одбија да закључи главни уговор излаже се уговорној одговорности. Њиме се не угрожавају интереси уговорника и правна сигурност, јер је главни уговор индивидуализован његовом одредивошћу.

**Кључне речи:** Предуговор (*pacta praeparatoria*), главни (коначни) уговор, преговори, реални уговори, делимични споразуми, предмет уговора, битни елементи уговора.

\* djonik@prafak.ni.ac.rs

\* mihajloc@prafak.ni.ac.rs

\*\* Овај рад је резултат истраживања на пројекту: „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, бр. 179046, који подржава Министарство просвете и науке.

## 1. Уводне напомене

Поједине велике кодификације грађанског права, као што је то случај са француском и немачком кодификацијом, уопште не регулишу предуговор. Насупрот њима, аустријски Општи грађански законик (у даљем тексту: аустријски ОГЗ) је један од првих грађанских законика који садржи правила о предуговору.<sup>1</sup> Предуговор је посебно уређен и у швајцарском и пољском праву.<sup>2</sup> Раније руске грађанске кодификације, вероватно због тога што су биле под утицајем немачке грађанске кодификације, нису познавале предуговор, али је он доста детаљно уређен у актуелном Грађанском законнику Руске Федерације (у даљем тексту: ГЗ Руске Федерације).<sup>3</sup>

Интересантно је да српски Грађански законик (у даљем тексту: српски ГЗ) није следио свој изворник, тако да не садржи правила о предуговору. Али, предуговор је био предвиђен у Предоснови Грађанског законика за Краљевину Југославију (у даљем тексту: Предоснова ГЗКЈ).<sup>4</sup> Правила о предуговору садржи и Скица за законик о облигацијама и уговорима професора Константиновића (у даљем тексту: Скица проф. Константиновића).<sup>5</sup> Из Скице проф. Константиновића су, уз значајнију измену, правила о предуговору преузета и у југословенски Закон о облигационим односима (у даљем тексту 300).<sup>6</sup>

У области предуговора одувек се водила дискусија у којој је било, а има још и данас, много нејасноћа, колебања и неслагања. Раније се постављало чак и питање да ли је појам предуговора уопште могућ, јер је, по наводу проф. Орлића, постојало мишљење да је тај појам излишан и да смета логици и чистоти правничког размишљања (Орлић, 1986: 144). Негативан став о предуговору имали су и поједини наши и швајцарски истакнути цивили-

1 § 936. аустријског ОГЗ, превод: Драгољуб Аранђеловић, Аустријски грађански законик, друго издање, ИКП Геца Кон А.Д., Београд, 1921.

2 Чл. 22 швајцарског Законика о облигацијама (у даљем тексту: швајцарски 30), превод: Марија Тороман и Светислав Аранђеловић, Савремена администрација, Београд, 1976; Чл. 389-390 Грађанског законика НР Пољске од 1964. године (у даљем тексту: пољски ГЗ), превод: Фрањо Кних, Институт за упоредно право, Београд, 1966.

3 Чл. 429 Грађанског законика РФ, Гражданский кодекс Российской Федерации, Части I, II и III, „ТД Елит-2000“, Москва, 2002.

4 § 923. Предоснове ГЗКЈ, Предоснова Грађанског законика за Краљевину Југославију, Државна штампарија Краљевине Југославије, Београд, 1934.

5 Чл. 29. Скице проф. Константиновића, Михаило Константиновић, Облигације и уговори, Скица за законик о облигацијама и уговорима, (НИУ „Службени лист СРЈ“, Београд, 1996).

6 Чл. 45 300 („Службени лист СФРЈ“, бр. 29, 39/85, 45/89, 59/89; „Службени лист СРЈ“, бр. 31/93).

сти (Гамс, 1972: 244); (v.Thur, 1924: 235–236).<sup>7</sup> Ипак, полазећи од принципа аутономије воље, старији српски правници нису искључивали могућност постојања предуговора, иако овај институт није био предвиђен у СГЗ (Благојевић, 1939: 106, 120, 202); (Аранђеловић, 1936: 66).<sup>8</sup> Исти је случај и са појединим истакнутим немачким правницима (Larenc, 1976: 77).<sup>9</sup>

У савременом праву појам предуговора је опште прихваћен. Чак се и у правној теорији земаља чије га раније грађанске кодификације нису познавале, сматра да у тржишним условима предуговор има веома широку примену (Садиков, 2001: 331). Али, многа питања остала су, ипак, још увек отворена. Сва та питања су и у бившем југословенском праву дошла до изражаја нарочито приликом доношења ЗОО, али је, по свему судећи, југословенски законодавац пропустио прилику да у тај закон унесе решења која су могла представљати модел и за упоредно право (Орлић, 1968: 146). Одступајући од решења из Скице проф. Константиновића, југословенски законодавац је показао да није имао потпуно јасан став о неким значајним питањима поводом предуговора. Због тога и данас, више од тридесет седам година од доношења ЗОО, многе дилеме нису ишчезле. Напротив, остала су спорна питања поводом појма предуговора, а нарочито питање његовог дејства. Ову констатацију потврђује и публиковани Преднацрт Грађанског законика Републике Србије (у даљем тексту: Преднацрт), у којем се одсуство јасног и чврстог става исказује алтернативним решењима, при чему су, по свему судећи, традиционална решења из аустријског ОГЗ опет добила превагу.

Све то упућује на закључак да заиста постоји потреба да се, у току припрема за израду Преднацрта, још једном преиспита појам предуговора.

## 2. О појму предуговора уопште

Закључењу уговора, које претпоставља понуду и њен прихват, може претходити и тзв. предуговорни стадијум (Радишић, 2008: 129). У њему лица заинтересована за закључење уговора предузимају различите активности.

7 Проф. Гамс у прилог таквом ставу наводи поједине правне системе (српско, француско и немачко право) који предуговор уопште и не предвиђају, као и немогућност да се стране натерају да изјаве вољу која је неопходна за коначно закључење уговора. И у каснијем издању његовог уџбеника (Гамс, Ђуровић, 1981: 225), које је уследило после доношења ЗОО, стоји његова опаска да се предуговором, онако како је уређен ЗОО, удвостручује закључење уговора.

8 Аранђеловић истиче: „У нашем грађ. законнику не говори се изречно о овим предуговорима, али су они и по нашем грађ. зак. (§ 531) могућни“.

9 Larenc наводи да закон не садржи одредбе о предуговорима, али да је на основу слободе уговарања несумњиво да су такви уговори пуноважни и да производе правно дејство.

Неке од њих не рађају конкретније обавезе и називају се „трактатима“ или „преговорима“, док друге попримају облик сагласности воља која твори одређена права и обавезе. У те посебне и неопозиве споразуме из предуговорног стадијума, који су у општем пандектном праву названи *pacta praeparatoria*, убраја се и *pactum de contrahendo*, односно предуговор (Радишић, 2008: 129). Такве сагласности једни аутори подводе под појам уговора, иако нису крајњи циљ уговорника (Радишић, 2008: 129). Други аутори такве сагласности схватају као споразуме, јер стварају права и обавезе опште природе, док као уговоре квалификују само оне које стварају конкретна права и обавезе и код којих се степен вероватноће да ће доћи до закључења уговора ближи извесности (Георгијевић, 2004: 586); (Орлић, 1993: 398).<sup>10</sup> Предуговор се, према овим другим ауторима, квалификује као уговор из предуговорног стадијума (Георгијевић, 2004: 586). У ствари, ако се процес закључења уговора посматра у целини, почев од првих преговора па до коначног закључења уговора, онда је предуговор негде на средини (Перовић, 1980: 235); (Убавић, 2000: 14); (Косовац, 2000: 63). Он је у сваком случају корак више од преговора (Перовић, 1980: 235); (Лоза, 2000: 117); (Косовац, 2000: 63), једна етапа у процесу закључења (Јелчић, 1988: 157), а веома често и онај последњи корак (Тамаш, 2004: 226) до закључења главног уговора. При томе, за разлику од преговора и осталих припремних споразума који не обавезују,<sup>11</sup> бар не у смислу уговора (Перовић, 1980: 235); (Лоза, 2000: 117); (Косовац, 2000: 63), дотле предуговор управо ствара обавезу за једну или обе стране уговорнице да закључе одређени уговор.

Појам предуговора је, у једном општијем смислу неспоран, јер се дефинише као уговор или споразум који обавезује на закључење неког другог уговора (Вуковић, 1964: 318); (Larenc, 1976: 77); (Радишић, 2008: 129); (Лоза, 2000: 117); (Салма, 2001: 308); (Садиков, 2001: 331); (Орлић, 1986: 148); (Салма 1986: 25); (Субић, 1993: 14); (Plavšak, Juhart, Vrenčur, 2009: 293). Тај други уговор назива се главним (коначним) уговором.<sup>12</sup> Предуговор обавезује

10 Проф. Орлић, указујући на знатну разлику између споразума и уговора, наводи: „Уговор означава сагласност воља двеју (или више) страна у циљу постизања одређених правних дејстава међу којима се најважније правно дејство огледа у настанку облигационог односа. Насупрот томе, споразум означава сваку сагласност воља из које не морају настати прецизно дефинисана облигационоправна дејства као што је то случај код уговора“.

11 Проф. Орлић не доводи у питање правна дејства осталих припремних споразума (споразуми о преговарању и делимични споразуми), с тим што прецизира да они могу производити правна дејства „у оном обиму и са оним домаћајем који им даје сагласност изјављених воља (Орлић, 1993: 415).

12 Терминологија је веома неуједначена. Најчешће се употребљава израз предуговор (*avantcontrat*, *Vorvertrag*), али се каже и претходни уговор (предварительный договор,

обе стране уговорнице или само једну од њих на закључење главног уговора (Lagenc, 1976: 77); (Перовић, 1980: 235); (Радишић, 2008: 129); (Орлић, 1986: 148); (Визнер, 1978: 209); (Драшкић, 1995: 107); (Садиков, 2001: 331); (Георгијевић, 2004: 590),<sup>13</sup> а главни уговор се закључује између самих уговорника, с тим што је могуће и да се једна страна уговорница предуговором обавезе да, уместо са другом страном, главни уговор закључи са трећим лицем (Радишић, 2008: 129); (Орлић, 1986: 148); (Георгијевић, 2004: 590). У сваком случају, предуговор увек претпоставља постојање два уговора. Они се закључују један за другим, при чему предуговор представља само први корак, припрему за закључење главног уговора којим се, иначе, остварују крајњи циљеви уговорника. С обзиром на то да је његов непосредни циљ закључење главног уговора, предуговором се заснива само привремени правни однос (Вуковић, 1964: 319); (Перовић, 1980: 235); (Радишић, 2008: 129); (Орлић, 1986: 148); (Јелчић, 1988: 158); (Убавић, 2000: 14). Тај однос престаје закључењем главног уговора, што је, иначе, испуњење предуговора. Због тога ова два уговора уопште не могу да постоје и производе правна дејства у исто време (Перовић, 1980: 235); (Радишић, 2008: 129); (Визнер, 1978: 209); (Орлић, 1986: 148); (Јелчић, 1988: 158); (Георгијевић, 2004: 588).

Овако одређен појам предуговора је веома широк, јер обухвата један минимум елемената, који у свом минималном значењу именује будуће уговорне стране и упућује на врсту будућег главног, односно коначног уговора између њих (Салма, 1986: 22). Они би се могли означити као „заједнички елементи предуговора уопште“ (Салма, 1986: 23). Сматра се да је ова шира концепција предуговора усвојена у швајцарском ЗО, који прописује: „Уговором се може преузети обавеза за закључење будућег уговора.“<sup>14</sup>

Насупрот изложеном, већи број грађанских законика, али и претежнији део правне теорије (Аранђеловић, 1936: 66, 67); (Перовић, 1980: 234); (Ђорђевић, Станковић, 1980: 153); (Визнер, 1978: 207) појам предуговора дефинише знатно уже, јер инсистира на захтеву да предуговор мора да са-

---

contratpreliminaire) или управо прелиминарни уговор и прелиминар, затим припремни уговор, препараторни уговор, а врло ретко обећање продаје (promesse de ventre). Други уговор, чије закључење представља испуњење предуговора назива се или главни уговор (contratprincipal), или основни уговор (основной договор) или коначни уговор (contratdefinitif).

13 Предуговор којим се обавезује само једна страна уговорница назива се једнострано обавезним, а онај којим се обавезују обе стране уговорнице назива се двострано обавезним предуговором. Код првог се само један уговорник обавезује да закључи коначан уговор, док други такву обавезу нема, већ има само право да захтева од сауговорника да приступи закључењу главног уговора. Код другог се обе стране узајамно обавезују.

14 Чл. 22, ст. 1 швајцарског ЗО.

држи како битне састојке главног уговора, тако и рок за његово закључење. Тако конципиран предуговор први пут је био „озакоњен“ у аустријском ОГЗ. У њему се, између осталог, прописује да предуговор обавезује само ако су одређени „како време закључења, тако и битни делови уговора“.<sup>15</sup> И пољски ГЗ следио је решење из аустријског ОГЗ.<sup>16</sup> Исту концепцију усваја и актуелни ГЗ Руске Федерације прописујући да се претходним уговором „стране обавезују да у будућности закључе уговор о преносу имовине, испуњењу посла или пружању услуга (главни уговор) под условима предвиђеним претходним уговором“, с тим што „претходни уговор мора да садржи одредбе које омогућују да се одреди предмет, а такође и други битни услови уговора“.<sup>17</sup>

При одређивању појма предуговора југословенска правна теорија је, најпре, следила решења из аустријског ОГЗ. Она су била усвојена и у Предоснови ГЗКЈ,<sup>18</sup> да би, потом, у Скици проф. Константиновића било предложено једно компромисно решење. Међутим, југословенски законодавац није у 300 унео целовито решење из Скице проф. Константиновића, већ се определио за његову измену, што је довело у питање не само прецизан појам предуговора, већ и његово дејство. И алтернативан предлог у Преднацрту не дотиче се појма предуговора, већ само отвара нове дилеме.

Извесне недоумице изазива и карактер рока за закључење главног уговора. Једни аутори сматрају да је тај рок битан елемент предуговора, тако да предуговор пуноважно настаје само ако су стране одредиле и рок за његово закључење (Марковић, 1997: 195); (Јакшић, 1962: 121); (Ђорђевић, Станковић, 1980: 153); (Визнер, 1978: 207); (Косовац, 2000: 61), што поједини законици и изричито прописују.<sup>19</sup> Други аутори, ослањајући се на одредбе 300, закључују да рок за закључење главног уговора није битан елемент предуговора (Перовић, 1980: 236); (Радишић, 2008: 130); (Драшкић, 1995: 108); (Јелчић, 1988: 160); (Субић, 1993: 912); (Убавић, 2000: 15), тако да предуговор пуноважно настаје и без сагласности уговорника о року за закључење главног уговора. У прилог таквом ставу иде, пре свега, околност да се дејство предуговора законским прописима редовно временски ограничава,<sup>20</sup> што је сасвим логично, пошто се закључење главног уго-

15 § 936 аустријског ОГЗ.

16 Чл. 389 пољског ГЗ.

17 Чл. 429, ст. 1 и 3 ГЗ Руске Федерације.

18 В. § 923 Предоснове ГЗКЈ.

19 В. § 936. аустријског ОГЗ, као и чл. 389 пољског ГЗ.

20 Извршење предуговора може се тражити најдаље за годину од дана када је главни уговор требало да се закључи (§ 936 аустријског ОГЗ, као и чл. 390, § 3 пољског ГЗ),



вора не може неограничено одлагати (Перовић, 1980: 237) (Јакшић, 1962: 121).<sup>21</sup> Тај законом одређени рок, било да се квалификује као рок трајања предуговора,<sup>22</sup> или као преклузивни рок (Јакшић, 1962: 121); (Лоза, 2000: 118); (Драшкић, 1995: 109); (Субић, 1993: 912); (Убавић, 2000: 16), или као рок застарелости (Визнер, Капор, Царић, 1971: 51),<sup>23</sup> тече од истека рока предвиђеног за закључење главног уговора, а ако тај рок није предвиђен, предуговор опет пуноважно настаје, јер се прописује да рок за закључење главног уговора почиње да тече „од дана кад је према природи посла и околностима уговор требало да буде закључен“.<sup>2425</sup>

### 3. Појам предуговора у Скици проф. Константиновића

По угледу на појам предуговора из швајцарског ЗО, предуговор се у Скици проф. Константиновића дефинише као уговор којим се стране уговорнице, или једна од њих, обавезују да доцније закључе други, главни уговор,<sup>26</sup> што је шири појам предуговора. Поред тога, чини се да је то и основни облик

---

до истека рока који је предвиђен за закључење претходног уговора, а ако такав рок у претходном уговору није одређен, у року од једне године од тренутка закључења претходног уговора (чл. 429, ст. 4 ГЗ Руске Федерације), односно у року од шест месеци од истека рока предвиђеног за закључење главног уговора, а ако тај рок није предвиђен, онда од дана када је према природи посла и околностима уговор требало да буде закључен (чл. 45, ст. 5 ЗО).

21 Јакшић, у том смислу, сматра да ограничење дејства предуговора на кратак рок „има циљ да привремени однос створен предуговором не би предуго трајао, а тиме и неизвесност контрахената предуговора.“

22 Лазар Марковић сматра да се предуговор „гаси, тј. губи правну вредност и обе странке су слободне“, ако се у одређеном року не захтева ни закључење главног уговора ни накнада штете (Марковић, 1997: 196).

23 Чл. 390, § 3. пољског ГЗ.

24 Чл. 45, ст. 5. ЗО.

25 То одређивање рока за закључење главног уговора према природи посла и осталим околностима је не само сложено (Тамаш, 2004: 226), већ и веома неизвесно (Јелчић, 1988: 157), јер ће на опредељење суда утицати веома различите околности, а нарочито значај и сложеност главног уговора, вредност предмета уговора, променљивост цене предмета уговора, његова лака по кварљивост (Драшкић, 1995: 109); (Тамаш, 2004: 226--227), али и разлози због којих је одложено закључење главног уговора (Тамаш, 2004: 227). Због тога се чини да је решење из Скице проф. Константиновића (чл. 29, ст. 3 предвиђа да наведени рок тече од закључења предуговора) много једноставније и сигурније. Такву оцену потврђују и редактори ГЗ Руске Федерације, јер су решење из Скице проф. Константиновића унели у своју кодификацију (чл. 429, ст. 4).

26 Чл. 29, ст. 1 Скице проф. Константиновића: „Уговором се стране уговорнице, или једна од њих, могу обавезати да доцније закључе други, главни уговор (предуговор).“

предуговора од којег се, као његов посебан облик, разликује ужи појам предуговора који садржи све битне састојке главног уговора.<sup>27</sup>

У расправама које су претходиле доношењу ЗОО, као и у свим каснијим расправама, појам предуговора из Скице проф. Константиновића није наишао на разумевање и подршку правне теорије, што је оцена која се, пре свега, односи на шири појам предуговора. Он се оспорава тврдњом да је предуговор, сагласно решењу из аустријског ОГЗ, као и претежном ставу немачке правне теорије и судске праксе,<sup>28</sup> „само оно што садржи битне услове за закључење главног уговора“, односно да је „предуговор без битних услова преговор а не предуговор“ (Ведриш, 1970: 18).<sup>29</sup> У том смислу изражава се и сумња у оправданост схватања о могућности постојања „две врсте једне исте правне појаве“ (Орлић, 1993: 417), због чега се и залаже за њихово „појмовно и терминолошко раздвајање“ (Орлић, 1993: 417). Наиме, сматра се да је одредбама о предуговору у ширем смислу проф. Константиновић предложио правила о делимичном споразуму, а да предуговор може постојати само у свом ужем облику (Орлић, 1993: 417). Сагласност воља о закључењу будућег уговора, којом нису обухваћени сви његови битни елементи, сматра се, дакле, „делимичним споразумом“ (Орлић, 1993: 417). Он обавезује његове учеснике само на наставак преговора у циљу закључења одређеног уговора и разликује се у свим битним обележјима од предуговора.<sup>30</sup>

Исто тако, полазећи од става да предуговор, као и сваки други уговор, мора да има свој предмет, који је одређен или бар одредив,<sup>31</sup> и проф. Радишић оспорава шири појам предуговора. Наиме, пошто је предмет предуговора

27 Чл. 29, ст. 5 Скице проф. Константиновића: „Али ако су у предуговору одређени битни услови за закључење главног уговора, суд ће на захтев заинтересоване стране осудити другу страну која одбија да приступи закључењу главног уговора да то уради у року који ће јој одредити, после чијег истека ће се пресуда сматрати као закључење главног уговора.“

28 Lagens наводи (1976: 78) да немачка судска пракса, у случају кад су поједине тачке уговора остале још увек отворене, захтева да садржај главног уговора може бити одређен путем тумачења предуговора на један судски проверљив начин, с тим што је немачки РГ закључио да то није било могуће у случају кад је у предуговору уговора о куповини земљишне парцеле цена остала неодређена (РГЗ 124, 81).

29 Lagens сматра (1976: 78) да је такав предуговор, пошто се не може остварити, неважећи.

30 „Само прва врста заслужује да се о њој и даље говори као о предуговору. Друга врста се од ње разликује у свим битним обележјима као што су: обим сагласности у погледу садржине, правна дејства и санкције“ (Орлић, 1993: 417).

31 Чл. 46, ст. 2 ЗОО; чл. 389 пољског ГЗ прописује да се код предуговора „једна или обе уговорне стране обавезују да закључе одређени уговор“.

закључење другог, главног уговора, тај други уговор се може сматрати одређеним или одредивим само ако је одређен или одредив његов предмет (Радишић, 2008: 129). У том смислу прецизира се да уговорници треба у предуговору „да утврде битне састојке коначног уговора на чије се закључење обавезују“ (Радишић, 2008: 129).<sup>32</sup> Такав став је подржао и проф. Орлић наводећи да се, „због циљне повезаности предуговора и главног уговора, захтев у погледу одређености предмета преноси са коначног уговора и на претходни“ (Орлић, 1986: 153).

Нама се, ипак, чини да је тешко претпоставити да је проф. Константиновић помешао појмове, односно да је истим изразом означио два различита појма. Пре се може претпоставити да се он определио за једно компромисно решење, тј. за шири појам предуговора, као његов основни облик, и за ужи појам предуговора као израз компромиса са традиционалним решењима из аустријског ОГЗ. При томе, с обзиром да би ужи појам предуговора поред ширег био излишан, јер би га шири појам предуговора у потпуности обухватао, проф. Константиновић је том ужем појму предуговора приписао и посебно дејство. Оно се огледа у овлашћењу суда да неверну страну осуди да закључи главни уговору одређеном року, после чијег истека ће се пресуда сматрати као његово закључење.<sup>33</sup> С обзиром да се наведено дејство односи само на предуговор који садржи све битне елементе главног уговора, оно потврђује да постоји и предуговор који не садржи све те елементе.

#### **4. Појам предуговора у југословенском 300 и Преднацрту ГЗ Републике Србије**

Југословенски 300 није у потпуности следио решења из Скице проф. Константиновића, тако да његове одредбе о појму предуговора изазивају озбиљне недоумице. Наиме, у њему се, најпре, по угледу на решење из Скице проф. Константиновића, предуговор дефинише као „уговор којим се преузима обавеза да се доцније закључи други, главни уговор“,<sup>34</sup> што је шири појам предуговора. Међутим, прописујући посебном одредбом да „предуговор обавезује ако садржи битне састојке главног уговора,<sup>35</sup> ју-

---

32 „Да би предуговор био ваљано закључен, мора бити у њему тачно одређена садржина дугованих чинидби које се стране једна другој обавезују да испуне“ (Plavšak, Juhart, Vrenčur, 2009: 293).

33 Чл. 29, ст. 5 Скице проф. Константиновића.

34 Чл. 45, ст. 1 300.

35 Чл. 45, ст. 3 300.

гословенски ЗОО фаворизује решење из аустријског ОГЗ,<sup>36</sup> које претходни шири појам предуговора потпуно искључује. Такво уређење учинило је сувишним и посебан ужи појам предуговора из ст. 5 чл. 29 Скице проф. Константиновића, тако да он није ни унет у југословенски ЗОО.<sup>37</sup>

Чини се да ни редактори Преднацрта у вези са појмом предуговора нису имали неке новије идеје, већ су, начелно, остали привржени ужем појму предуговора, односно ставу да предуговор обавезује ако садржи битне елементе главног уговора.<sup>38</sup> Ипак, они су, у виду алтернативе, предложили и поједина решења из Скице проф. Константиновића, која нису била прихваћена у ЗОО. Њима се појам предуговора веома замагљује, јер две од три предложене алтернативе претпостављају и постојање предуговора у ширем смислу,<sup>39</sup> какав познаје Скица проф. Константиновића, али који није могућ, односно не обавезује ни по ЗОО, ни по Преднацрту ГЗ Републике Србије.

## 5. Опредељење за ужи или шири појам предуговора

Наша правна теорија је код опредељења за ужи или шири појам предуговора била и остала под јаким утицајем решења из аустријског ОГЗ, тако да се није могло афирмисати ни компромисно решење из Скице проф. Константиновића. Такво њено опредељење се у време доношења ЗОО може разумети као некакво фаворизовање решења из аустријског ОГЗ. Али, оно се не може успешно бранити у Преднацрту, јер његови редактори нису имали слуха и за афирмацију предуговора у ширем смислу.

Опште је познато да сам израз „предуговор“, али и остали изрази којима се он означава (припремни, препаративни, претходни, прелиминарни), упућује на закључак да се њиме само припрема и олакшава закључење

---

36 Проф. Орлић такође закључује да редактори ЗОО нису прихватили особено решење проф. Константиновића „и вратили су се класичним узорима аустријског права“ (Орлић, 1986: 154).

37 Интересантно је да су одредбе о појму предуговора из југословенског ЗОО (чл. 45) следиле и редактори ГЗ Руске Федерације (чл. 429), јер се прве три одредбе које се односе на претходни уговор садржински подударују.

38 Чл. 40, ст. 3 Преднацрта ГЗ Републике Србије.

39 Алтернативна одредба из ст. 5 чл. 40 Нацрта ГЗ Републике Србије („Неизвршење обавезе да се закључи главни уговор даје право саговорнику да захтева накнаду штете коју због тог неизвршења трпи.“) односи се у Скици проф. Константиновића на дејство предуговора у ширем смислу. Исто тако, и алтернативна одредба из ст. 6 чл. 40 Нацрта ГЗ Републике Србије („Али, ако су у предуговору одређени битни услови за закључење главног уговора, ...“) претпоставља постојање и предуговора у ширем смислу.

главног (коначног) уговора (Перовић, 1980: 235); (Орлић, 1993: 395); (Драшкић, 1995: 107); (Косовац, 2000: 61); (Убавић, 2000: 14). Такав уговор би, по логици ствари, најчешће представљао непотпуну или делимичну сагласност, која још увек не значи закључење коначног уговора, него само припрему за његово закључење (Орлић, 1993: 396–397); (Драшкић, 1995: 107).<sup>40</sup> С обзиром на то, ако би предуговор морао да садржи све битне састојке главног уговора, онда би се готово у потпуности негирала његова припремна улога.<sup>41</sup> У одсуству те његове особене припремне улоге, поједини аутори не виде неку другу улогу предуговора, због чега закључују да је такав предуговор непотребан, јер би се њиме само удвостручивало закључење једног истог уговора (Гамс, Ђуровић, 1981: 225); (Радишић, 2008: 131); (Георгијевић, 2004: 591, 593). И, заиста, ако су уговорници после постигнуте сагласности воља о свим битним елементима уговора, уместо главног, закључили предуговор, онда то значи да се они, бар на први поглед, непотребно излажу не само новим напорима и трошковима око закључења главног уговора, већ и неизвесности да ли ће такав уговор касније бити закључен. У том смислу и проф. Орлић оправдано запажа да, у случају кад је сагласност остварена о битним тачкама уговора, не постоји много разлога да се закључује предуговор, јер је „повољније за уговорне стране да одмах закључе коначни уговор, а не предуговор“ (Орлић, 1986: 157). Па ипак, данас се, углавном, скоро уопште не доводи у питање предуговор у ужем смислу. Он се закључује када стране, из веома различитих разлога, који могу бити практичне или психолошке природе (Радишић, 2008: 131), неће или тренутно не могу да закључе главни уговор (Јакшић, 1962: 120); (Перовић, 1980: 235); (Лоза, 2000: 117); (Косовац, 2000: 61); (Убавић, 2000: 14); (Тамаш, 2004: 219). То може бити потреба да се одложи закључење главног уговора због тога што једна или обе стране треба да изврше неке припреме за закључење или извршење главног уговора, али и жеља уговорника да још мало размисле о закључењу главног уговора (Георгијевић, 2004: 593), да провере неке чињенице, да сачекају развој околности (Драшкић, 1995: 107), да изврше додатне консултације или да прибаве сагласност трећег лица (Plavšak, Juhart, Vrenčur, 2009: 293). Али, чак и у случају кад је предуговор у ужем смислу непотребан, јер остварује само незнатну припремну улогу, он због тога није недопуштен, јер слобода уговарања дозвољава да се закључују и непотребни уговори (Радишић, 2008: 131).

---

40 У том смислу, наводи се да постоји сагласност око тога да је функција предуговора у припремању главног уговора, као и да је предуговор био и остао припремни уговор за главни уговор (Салма, 1986: 22, 27).

41 Припремна функција предуговора се „у значајној мери губи, када се странке обавезују на одређивање свих битних елеменета“ (Салма, 1986: 27).

У случају кад предуговор садржи све битне састојке главног уговора, може бити спорно да ли је закључен само предуговор или се већ ради о коначном уговору (Lagenc, 1976: 77); (Орлић, 1986: 151); (Георгијевић, 2004: 593). Одговор на то питање може се добити само *in concreto*, узимајући у обзир праву намеру странака и околности конкретног случаја (Георгијевић, 2004: 593), с тим што, у случају кад постоји сагласност о битним елементима уговора, треба полазити од законске претпоставке да је главни уговор закључен.<sup>42</sup> Кад постоји сумња да ли је у питању једно или друго, треба поћи од претпоставке да су стране уговорнице закључиле коначни уговор, а не предуговор (Орлић, 1986: 131).<sup>43</sup> Ова претпоставка се може оборити само недвосмислено израженом намером уговорних страна да закључују предуговор (Георгијевић, 2004: 592). Ипак, у случају погрешног означавања садржине онога што је била заједничка намера уговорника, суд не сме да се поводи за њиховим тумачењем, већ сам треба да утврди праву суштину уговора који је између њих закључен (Орлић, 1986: 151); (Георгијевић, 2004: 592).

Аутори који сматрају да је могућ само предуговор у ужем смислу полазе од става да предуговор мора да има одређен или одредив предмет (Радишић, 2008: 129). Пошто је његов предмет закључење главног уговора, тај главни уговор мора да буде одређен или макар одредив (Радишић, 2008: 129); (Орлић, 1986: 153), што се постиже одређивањем или одредивошћу његовог предмета (Радишић, 2008: 129). С обзиром на то да се предмет предуговора одређује посредно, тј. одређивањем предмета главног уговора (Радишић, 2008: 129); (Орлић, 1986: 153); (Plavšak, Juhart, Vrenčur, 2009: 293), закључује се да предуговор треба да садржи све битне елементе главног уговора (Радишић, 2008: 129); (Plavšak, Juhart, Vrenčur, 2009: 293). Таквим одређивањем предмета предуговора, минимизира се његова припремна улога, али се повећава извесност или чини скоро потпуно извесним закључење главног уговора.

С друге стране, питање је да ли се предмет предуговора и главног уговора, због њихове циљне повезаности, морају у потпуности подударати. Нама се чини да та подударност не мора да буде потпуна, тако да се одредивост главног уговора, као предмета предуговора, може и треба да схвати у једном ширем смислу. Она се остварује и одређивањем врсте главног уговора, као и појединих (не свих) његових битних елемената који су особени за тај уговор (шири појам предуговора). Тако, на пример, предуговор о закључу-

42 Чл. 26 300: „Уговор је закључен кад су се уговорне стране сагласиле о битним састојцима уговора.“

43 У том смислу наводи се да је „коначан уговор правило а предуговор изузетак“ (Радишић, 2008: 131).

чењу уговора о продаји одређеног или одредивог стана, по цени која би се у наставку преговора споразумно одредила, имао би за предмет закључење одредивог уговора о продаји. Јер, суштину уговора о продаји чини предмет продавачеве обавезе, чијим одређивањем се тај уговор индивидуализује, док се за цену може узети да је, у једном ширем смислу, одредива већ самим одређивањем предмета продавачеве обавезе. Исто важи и за предуговор уговора о грађењу одређене грађевине, као и за предуговор уговора о закупу одређеног стана. Таквим ширим појмом предуговора преузима се обавеза да се закључи главни уговор, пошто се претходно постигне сагласност и о преосталим његовим битним елементима.

Све то упућује на закључак да је могућ и предуговор у ширем смислу. Он би, као некакав минимум, претпостављао одређивање врсте главног уговора, као и индивидуализовање тог уговора одређивањем бар неких од његових битних састојака који су, иначе, за тај уговор особени. Управо у том смислу се и у једном делу правне теорије наводи да предуговор, између осталог, „садржи све или само поједине битне елементе намераваног уговора“ (Георгијевић, 2004: 590). Тако схваћеним предуговором не угрожавају се интереси уговорних страна, нити се доводи у питање правна сигурност, јер се главни уговор, одређивањем његовог типа и неких од особених битних елемената, чини одредивим.

За закључење предуговора у ширем смислу стране су заинтересоване, пре свега, у случају кад су преговори за закључење главног уговора већ далеко одмакли, тако да постоји интерес преговарача да се, и пре закључења главног уговора, сагласност о појединим његовим елементима учврсти, као и да се они обавезу на наставак преговора и закључење главног уговора (Орлић, 1993: 397). Таквим предуговором повећава се извесност да ће главни уговор бити закључен (Георгијевић, 2004: 586), а истовремено он добија и једну веома запажену привредну функцију, јер у неизвесним тржишним условима ствара подлогу за чврсте пословне односе између привредника који су, према предмету делатности, условима пословања и из других разлога, упућени на узајамну сарадњу (Салма, 1986: 28). У савременим привредним односима овакав предуговор има значајну улогу и у планирању привредних активности (Салма, 1986: 26). У свим тим случајевима предуговор у ширем смислу није само корак од преговора, већ корак до закључења главног уговора. Такав предуговор се квалитативно разликује од преговора, јер обавезује на наставак преговора и закључење главног уговора, док преговори не обавезују на закључење главног уговора и могу се прекинути (Перовић, 1980: 234–235); (Убавић, 2000: 14); (Тамаш,

2004: 226). У односу на предуговор у ужем смислу,<sup>44</sup> оваквим предуговором се и у далеко већој мери остварује његова припремна улога. Због свега тога је и у правној теорији недвосмислено исказан став да је оправдан и предуговор у ширем смислу, тј. предуговор који садржи само поједине битне елементе коначног уговора (Георгијевић, 2004: 596).

Поједини аутори сматрају да је могућ и предуговор у једном најширем смислу речи, којим се само именују будуће уговорне стране и упућује на врсту будућег главног уговора (Салма, 1986: 28), односно предуговор који не садржи битне елементе главног уговора (Јелчић, 1988: 159), с тим што се позивају на решење из швајцарског права (Салма, 1986: 25). Чини се, ипак, да такав предуговор не би имао никакав смисао, јер се именовањем уговорника и одређивањем само врсте главног уговора тај уговор, као предмет предуговора, не може сматрати ни одређеним, ни одредивим,<sup>45</sup> а предуговор са предметом који није ни одредив је ништав.<sup>46</sup> И швајцарски ЗО прописује да се предмет уговора слободно утврђује у границама закона,<sup>47</sup> али не прописује санкцију ништавости за уговор чији предмет уопште није утврђен, јер се претпоставља да у том случају право повериоца није ни замишљено као једно озбиљно право, због чега се вољи самог дужника препушта да неутврђену обавезу испуни или да је не испуни (Марковић, 1997: 57). С обзиром на то, сасвим основано се може претпоставити да су и швајцарски законодавац, и проф. Константиновић, предвиђајући предуговор у ширем смислу, тј. предуговор који не садржи све битне елементе главног уговора,<sup>48</sup> сигурно имали у виду главни уговор који је макар одредив.

## 6. Закључак

Иако је предуговор, као правни институт, у упоредном праву скоро опште прихваћен, многе дилеме у вези са тим институтом још увек нису ишчезле. Напротив, остало је спорно и тако значајно питање као што је појам предуговора. Овај закључак потврђује и публиковани Преднацрт ГЗ Републике Србије, у којем се одсуство јасног и чврстог става у вези са појмом предуговора исказује алтернативним решењима, при чему је, по свему судећи, ужи појам предуговора из аустријског права, опет добио превагу.

---

44 Припремна (препараторна) улога предуговора у ужем смислу је скоро занемарљива, јер је код таквог предуговора скоро све унапред одређено.

45 Чл. 46, ст. 2 ЗО.

46 Чл. 47 ЗО.

47 Чл. 19, ст. 1 швајцарског ЗО.

48 У правној теорији се сматра да „како одредбе из Скице проф. Константиновића, тако и одредбе швајцарског ЗО потврђују постојање и ове врсте предуговора“ (Георгијевић, 2004: 597).



Очигледно је да редактори Преднацрта нису имали слуха за афирмацију предуговора у ширем смислу, којим би се, у сложеним и променљивим друштвеним односима, потпуније остваривала његова припремна улога. Због тога се залажемо за шири појам предуговора који би, као некакав минимум, претпостављао одређивање врсте главног уговора, као и индивидуализовање тог уговора одређивањем појединих (не свих) његових битних састојака који су, иначе, за тај уговор особени. Таквим предуговором обавезивали би се уговорници да наставе преговоре ради постизања сагласности о преосталим елементима главног уговора, као и да закључе главни уговор. Он би се квалитативно разликовао од преговора, јер би обавезивао на наставак преговора и закључење главног уговора, док преговори не обавезују на закључење главног уговора и могу се прекинути.

Тако схваћеним предуговором не угрожавају се интереси уговорних страна, нити се доводи у питање правна сигурност, јер се главни уговор, одређивањем његовог типа и неких од особених битних елемената, чини одређивим.

Једину препреку на путу за афирмацију предуговора у изложеном ширем смислу, за шта се, иначе, и залажемо, представља законска одредба која прописује да предуговор обавезује ако садржи битне састојке главног уговора.

## Литература

Larenc, K. (1976). *Lehrbuch des Schuldrechts, I. Band: Allgemeiner Teil, 11. Auflage.* Munchen

Plavšak, N. Juhart, M. Vrenčur, R. (2009). *Obligacijskopраво, splpšnidel.* Ljubljana: GV Založba

Садиков, О. Н. (2001). Глава 31, у: О.Н. Садиков (Ответственный редактор) *Гражданское право России, Общая часть: Курс лекций.* Москва: Юристъ

VonThur, A. (1924). *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationen rechts, I Hallbband.* Tubingen

Аранђеловић, Д. (1936). *Основи облигационог права с нарочитим обзиром на Грађански законик Краљевине Србије.* Београд: ИК Геце Кона

Благојевић, Б. (1939). *Посебни део облигационог права, Уговори, једнострани правни послови, грађанскоправни деликти.* Београд: ИКП Геца Кон А.Д

Ведриш, М. (1970), *Записник са 2. седнице Поткомисије за облигационе односе одржане 31. марта и 1. априла 1970. године*

Визнер, Б. (1978). *Коментар Закона о обвезним (облигационим) односима,* Књига 1. Загреб

- Вуковић, М. (1964). *Обвезно право*, Књига II. Загреб: Школска књига
- Гамс, А. (1972). *Увод у грађанско право, Општи део*, Београд: Научна књига
- Георгијевић, Г. (2004). Предуговор – Основна обележја, оправданост и значај. *Правни живот*. 10. 585–605
- Драшкић, М. (1995). Коментар чл. 45. ЗОО. у: Слободан Перовић (гл. уред.). *Коментар Закона о облигационим односима*, I књига. Београд: Савремена администрација
- Ђорђевић, Ж. Станковић, В. (1980). *Облигационо право, Општи део*. Београд: Савремена администрација
- Јакшић, С. (1962). *Облигационо право, Општи део*. Сарајево: ИП „Веселин Маслеша“
- Јелчић, О. (1988). Однос између предуговора и уговора о опцији, *Закон о облигационим односима, 1978–1988, Књига о десетогодишњици*. Том I. Београд: Савез удружења правника Србије
- Косовац, М. (2000). Предуговори за склапање уговора у привреди. *Правни информатор*. 4. 61–64
- Лоза, Б. (2000). *Облигационо право, Општи део*. Београд: Службени гласник
- Марковић, Л. (1997). *Облигационо право*. Београд: НИУ Службени лист СРЈ
- Орлић, М. (1986). Предуговор у југословенском праву (У трагању за изгубљеном приликом). Посебан отисак из *“Годишњака” Правног факултета у Сарајеву*. XXXIV. 143–164
- Орлић, М. (1993). *Закључење уговора*. Београд: Институт за упоредно право
- Перовић, С. (1980). *Облигационо право*, Књига прва. Београд: Привредна штампа
- Радишић, Ј. (2008). *Облигационо право, Општи део*. Београд: Номос
- Салма, Ј. (1986). Предуговор (Тезе за расправу). *Гласник Адвокатске коморе Војводине*. 6 (LVIII (XXXV)). 22–29
- Салма, Ј. (2001). *Облигационо право*. Нови Сад: „Право“ ДОО
- Субић, М. (1993). Предуговор у судској пракси. *Правни живот*. 9–10. 909–916
- Тамаш, В. (2004-1). Извршење предуговора о промету непокретности. *Гласник Адвокатске коморе Војводине*. 6 (вол. 76). 226–235
- Тамаш, В. (2004-2). Предуговор о промету непокретности и право на накнаду штете због његове повреде, у: Здравко Петровић (ур.). *Актуелни проблеми накнаде штете и осигурања*. Будва/Београд: Интермекс. 219–227
- Убавић, М. (2000). Предуговор. *Избор судске праксе*. 4. 14–17

**Ђорђе Л. Николић, LL.D.**

*Full Professor*

*Faculty of Law, University of Niš*

**Михајло Цветковић, LL.D.**

*Teaching Assistant,*

*Faculty of Law, University of Niš*

## **THE CONCEPT OF PRELIMINARY AGREEMENT IN THE PRELIMINARY DRAFT OF THE SERBIAN CIVIL CODE**

### **Summary**

*In this paper, the authors discuss the concept of a preliminary agreement which is commonly defined as a contract that implies the parties' obligation to conclude another (final) contract. Generally speaking, the concept is fully indisputable but the definition of the concept is too broad as it includes a minimum of elements (of highly restrictive meaning), which designate the contracting parties and generally refer to the type of the future final contract. On the other hand, in the vast majority of civil codes as well as in legal theory, the concept of a preliminary agreement is defined in much narrower terms. Thus, there is emphasis on the the requirement that the preliminary agreement has to include the essential components of the final contract (essentialia negotii) as well as a stipulated time limit for concluding the final contract.*

*After providing a comprehensive analysis of the broadest and the narrowest concept of a preliminary agreement, the authors propose a middle solution. Namely, considering the fact that the subject matter of the preliminary agreement is the final contract (which has to be specific or at least affixed to a specific subject matter), the authors think that the main contract may be deemed to be specific by including a designation on the type of the final contract and stipulating some of its essential elements which make that specific type of contract distinctive. Such a preliminary agreement is legally binding, and the party who refuses to sign the final contract may be subject to real contractual liability. It does not jeopardize the interests of the contracting parties, nor is it prejudicial to the legal certainty because the specifications included in the preliminary agreement actually constitute the distinctive features of the prospective final contract.*

**Key words:** *preliminary agreement, final contract, Draft of the Serbian Civil Code.*



**Др Марија Игњатовић,**  
Ванредни професор Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 342.726-053.2(37)

Рад примљен: 30.06.2015.

Рад прихваћен: 03.12.2015.

## **ОСВРТ НА ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ДЕТЕТА У РИМСКОМ ПРАВУ**

**Апстракт:** Циљ овог рада је да се укаже да је правна заштита детета одувек будила интересовање шире научне јавности, почев од римског права па до савременог где је ово питање посебно актуелно, јер се ради о посебној категорији лица (деци) и њиховој правној заштити. Ово отуда што је реч о лицима која због своје незрелости (малолетства), нису у стању да самостално руководе сопственом личношћу, да доносе важне одлуке у вези са својим положајем у друштву, да управљају и располажу својом имовином, односно, да се самостално брину о заштити и остваривању својих права и интереса. О овим лицима, њиховим правима и интересима у првом реду брину њихови родитељи, а потом и старатељи. Они су дужни да предузму све неопходне мере зарад заштите личних и имовинских права и интереса своје малолетне деце. Ова потреба да се пружи заштита најмлађој категорији лица била је позната и у старом Риму. Међутим, правни положај детета није увек био исти у свим периодима у развоју римског права. Статус детета разликовао се у предкласичном, класичном и посткласичном праву и у многоме је био узрочно-последично везан са статусом жене (мајке). Као што је жена правно гледано, постојала само преко мушкарца који би је признавао за ћерку, супругу, мајку, тако је и дете фактички и правно постојало тек по признању од стране оца породице (*pater familias*). То је даље значило да правни положај детета није био нужно одређен рођењем, већ је на њега утицало низ фактора, у првом реду да ли се дете могло прогласити наследником на темељу пола или не.

**Кључне речи:** правни положај детета, римско предкласично, класично, посткласично право, признање детета.

---

\* marija@prafak.ni.ac.rs

## 1. Увод

Историјски посматрано, о заштити детета први пут почиње да се говори још у првобитној људској заједници. То је био период матријалног родовског уређења у коме су постојали групни бракови. С обзиром на то да се није знало, и да није било важно ко је отац детета, целокупну бригу око подизања деце преузимала је мајка, а у случају њене смрти њена најстарија сестра или најстарији брат. Уколико пак дете није имало сродника, о њему је водила рачуна цела заједница (генс). Првобитна заштита детета састојала се у обезбеђивању најосновнијих услова за живот, односно у настојању да се дете оспособи за вођење самосталног живота (Игњатовић, 2005: 7).

Са развојем римске државе, друштва и права, питање правне заштите детета, односно лица *alieni iuris* постало је јако сложено, јер је било изложено различитим утицајима, почев од историјских, социолошких, културних, обичајних и других, који су играли веома важну улогу у формирању овог вида правне заштите. У том смислу, оно је било различито третирано у периоду патријалне породичне заједнице, за коју је Гај (Игњатовић, 2005: 7) често користио назив *ercto non cito* или *societas frateli*, а различито у индивидуалној заједници која се развила преласком са колективне на приватну својину и јачањем улоге *pater familias*. Потом, правни положај детета није увек био исти у свим периодима у развоју римског права. Статус детета разликовао се у предкласичном, класичном и посткласичном праву и умногоме је био узрочно-последично везан са статусом жене (мајке).

## 2. Правни положај детета

На регулисање правног положаја детета у великој мери утицао је и сам статус коме је дете припадало, а што је било условљено самим робовласничким карактером римске државе. Дакле, није било свеједно да ли се је дете родило као слободни грађанин или роб, да ли је било Латин или перегрин, као и да ли је рођено у законитом браку или конкубинату и, на крају, за живота оца или по његовој смрти, па самим тим да ли је било лице *sui iuris* или лице *alieni iuris*. Тако се у Улпинијановим Институцијама у књизи 1, истицало: „Глава домаћинства је оно лице које живи по својој власти *potestas*, без обзира на то да ли је достигло узраст пунолетства или не“ (Borkowski, du Plessis, 2005: 113). Иако са аспекта савременог права, ово правило делује апсурдно, оно је и те како било примењивано у римском праву и било је логична последица друштвених односа, где је дете постајало лице *sui iuris* након смрти оца, ако је отац био *pater familias*, независно од тога ког је узраста било дете, односно да ли је било пунолетно или не.

У случају да није било пунолетно, до стицања пунолетства овом детету је именован тотор или касније старатељ (Игњатовић, 2007: 16).

Према једном од фундаменталних концепта римске породице, свака породица имала је свога *pater familias*. Као што је жена правно гледано, постојала само преко мушкарца који би је признавао за ћерку, супругу, мајку, тако је и дете фактички и правно постојало тек по признању од стране оца породице (*pater familias*). То је даље значило да правни положај детета није био нужно одређен рођењем, већ је на њега утицао низ фактора, у првом реду да ли се дете могло прогласити наследником на темељу пола или не.

Да би дете било правом признато, и да би могло да ужива правну заштиту, као претходно питање наметало се да ли га је отац породице признао или не, што је пак подразумевало да је реч о детету рођеном у законитом браку. Тако Гај у првој књизи Институција наводи: „Такође, под нашом су влашћу и наша деца, рођена у законитом браку. Ово је право карактеристично за римске грађане; тешко да постоје људи који имају толику власт над својом децом какву ми имамо“ (Станојевић, 2009: 45). То је даље значило да овај принцип није важио за дете рођено у ванбрачној заједници. Уколико је дете било рођено у конкубинату, примало је статус мајке и једино је њу могло да наследи. До промене овог правила дошло је у време Константина, када је уведена установа позаконјења која је пружила могућност изједначавања брачне са ванбрачном децом, накнадним признањем од стране оца (Игњатовић, Китановић, 2013: 657–667). У Јустинијановом праву, позаконјење се могло извршити и царским рескриптом, и то у оним случајевима када брак са конкубином није био омогућен из одређених разлога или када је био непожељан због њене „недостојности“. У том случају отац детета је могао да захтева од императора, било петицијом или тестаментом, да дете буде озакоњено уколико отац није имао никаквих законских проблема.

Дакле, правни положај детета у првом реду зависио је од тога да ли је отац признао дете за своје или не. У том смислу најранија моћ коју је отац могао да испољи над *filius familias* било је изопштење детета. При рођењу, при врло симболичном обичају, новорођенчад, мушка и женска – су полагана пред ноге оца. Он би – без објашњења или оправдања – признао дете као своје, тиме што би га подигао, или одбацио, остављајући га где јесте. Прихваћено дете би постајало члан *familia*; непризнато дете је бивало бацано у реку да умре од глади. Већина одбачене деце биле су девојчице, али нека су била и болесни и здравствено слаби дечаци. На Охурhynchus Papiri, писму мужа жени, садржане су биле инструкције, да ако је беба мушко, да га задржи, а ако је женско да је одбаци. Међутим, у пракси се, најчешће, догађало да је новорођенче остављано на место где би случајни пролазник

могао да га нађе и присвоји. Такво дете обично је било третирано као роб, иако је имало статус слободног грађанина.<sup>1</sup> Ово правило било је на снази све до 374. године када је, највероватније под утицајем хришћанске вере и учења, одбацивање деце било строго забрањено. Тако су императори Велентијан Валенс и Грацијан Пробус истицали у свом кодексу: „Свако треба да брине и одгледа своје потомке. Ако неко размишља о одбацивању подлеже казни за то“ (Borkowski et al. 2005: 114).

У случају признавања детета од стране оца породице, над дететом се уводила власт *ius vitae ac necis*, слична оној коју је имао господар над својим робом (Yaron, 1962: 243). Дионисије Хликарински описује неприкосновену власт оца породице, установљену још за време владавине Ромула, која је била дефинисана као апсолутна и у *Lex duodecim tabularum*. Тако, „оцу је било допуштено да прода сина, исто тако оцу је било допуштено да стекне имовину преко сина, све до треће продаје, док се овај, коначно, не ослободи очинске власти“ (Lex tab. IV, 3) (Николић, Ђорђевић, 2002: 77).<sup>2</sup> Овако широко постављена власт шефа породице давала је за право, дакле, да се деца кажњавају, батинају, па чак и убију. Тако, на пример, *Lex Iulia de adulteteris* предвиђала је право оцу да убије чак и удату ћерку, ако би је затекао у прељуби у његовој кући или кући њеног супруга (Borkowski et al. 2005: 115).

Међутим, иако су постојали разни правни основи дефинисани чак и у законским текстовима, за овако широко постављено право живота и смрти пракса говори да су случајеви у којима се ово право примењивало дословно били јако ретки. Разлози за то, вероватно, леже у осуди од стране шире заједнице и у личном страху од казне богова, самог шефа породице. Тако је временом, власт над животом и смрти била постепено укинута, па чак је носила и озбиљне последице ако би се примењивала. Тако се у Марцијановим Институцијама, у књизи 14 наводи: “Ако неки човек убије сина у току лова, који је вршио прељубу са својом помајком, божански Хадријан ће га депортовати на пусто острво, јер очинска власт треба да се заснива на самилости, а не на суровости“ (Borkowski et al. 2005: 115). У време Константина убијање деце било је проглашено за квалификовано кривично дело.

Исто тако, на самом почетку римске историје било је карактеристично да је отац породице могао да прода дете у ропство уколико је оно извршило

---

1 <http://www.ancientlibrary.com>, преузето 29. 04. 2015. године.

2 Овако широко постављена власт шефа породице, односила се не само на децу већ и на жене у Риму. Тако, “ако би жена пила вино, без дозволе мужа, ако је отишла на неку свечаност и лумповала”, шеф породице је имао право да је истера из куће, па чак и да је убије. Детаљније види (Јовановић, 2002: 60).



какав деликт. Ово право оца породице базирало се на чињеници да су у почетку римске историје деца била третирана као лична својина *pater familias*, што потврђује и чињеница да је он имао на располагању класичне имовинскоправне лекове, исте као и власник ствари. Тако, ако је дете било киднаповано, сматрало се да је украдено оцу, што му је давало за право да захтева враћање детета путем *rei vindicatio* и да тужи за одштету према *furtum* поступку.

Постојао је и изузетак од правила да је отац породице имао право живота и смрти над децом, а то је био случај када је ћерка постајала весталка, свештеница која је служила у храму богиње Весте. Девице Весте биле су законски независне, и дисциплински су биле подређене само главном понтифику. Уколико би се весталка повукла из службе после обавезних 30 година служења, долазила је под власт оца породице ако је он био жив, а ако није, именован јој је био старатељ (Borkowski et al. 2005: 114).

Када је било у питању закључење брака, права деце, или боље речено жеље деце, у великом су зависиле од оца породице. Тако, у почетку, права оца породице била су велика, јер је он могао да принуди дете на закључивање брака. У доба Републике са либерализацијом партнерских односа, ово право оца породице губи свој изворни карактер, иако је у овом периоду отац задржавао право за себе да да сагласност за закључење брака. Тако се у Пауловом едикту у књизи 35 истиче: „До брака не може да дође ако није у сагласности свих оних који учествују у том чину, па тако и оних под чијом влашћу су они који брак закључују“ (D. 23.2.2). Такође, отац породице је имао велику улогу и у случају развода брака, јер је он могао да принуди своје дете да прекине брак (Игњатовић, 2009: 105).<sup>3</sup>

### 3. Имовински положај детета

Када је у питању био имовински положај детета, деца у почетку нису могла да поседују и да располажу имовином. Све што се стичало припадало је оцу

---

3 Ћерка под очинском влашћу није могла да раскине брак, док је лице *alieni iuris*. Право касног Царства такође је поштовало ово правило. Ћерка је остајала принуђена на очев избор, чак и након његове смрти, када је она постајала лице *sui iuris*. Видети (Astolffi, 1989: 104). Право на раскид брака имала су лица која су и уговарала брак. У зависности од тога које лице је раскидало брак, разликовали су се *divortium* и *repudium*, као добровољни раскиди брака. Иако су и један и други начин имали за крајњи циљ исту последицу, ипак су постојале и разлике. Тако је *repudium*, за разлику од *divortium*, био дефинисан као раскид или развод до кога је долазило једностраном изјавом воље једног од вереника, односно брачних другова, за разлику од *divortium*, код кога је брак био разведен само уз сагласност обеју страна (*divortium mutuo consensu*) или бар без кривике друге стране (*divortium bona gratia*). Детаљније види (Игњатовић, 2009: 105).

породице. Тако је у Гајевим Институцијама било наведено: „Све што добију деца или робови у нашој је *potestas*, јер су и они лица у *potestas*, па као таква не могу имати ништа своје (Gai, Inst. 2,87) (Станојевић, 2009: 125). Међутим, са развојем римске државе и развојем имовинско-правног промета, почев од периода Републике, па надаље, и деца су могла да имају свој *peculium*. Његов обим зависио је од узраста детета и од других околности. Тако, у доба принципата, Август је синовима, који су служили војску, давао право да стекну имовину на основу служења војног рока (*peculium castrense*). У доба Константина значајно је била проширена категорија имовине коју је могао стећи син. Она није обухватала само право на имовину стечену у вршењу војне обавезе, већ је једнако како за мушку тако и за женску децу обухватала и имовину која је била наследива у случају смрти мајке (*peculium adventitium*) (Игњатовић et al. 2013: 661). У време Јустинијана, ова имовина је толико била проширена да је обухватала практично целу имовину коју је стицало дете, а која није била *peculium castrense*. Тако је у својој коначној форми римско право дозвољавало значајна имовинска права деци која су била под влашћу *pater familias*.

Са друге стране, још од периода Републике било је случајева да је шеф породице давао овлашћења деци (синовима) да у његово име иступају у економском промету и да закључују правне послове. У том случају добитак од закључених правних послова прелазио је на оца, али оно што је карактеристично јесте да нису прелазили и дугови. Када су дугови били у питању, чекало би се да дете постане пунолетно како би за дугове одговарало другој страни са којом је закључило правни посао. Дакле, иако је син био једна уговорна страна, теоретски гледано, друга страна није могла да спроведе уговор док син не би постао самовласно лице (Игњатовић, 2005: 66–67).

#### 4. Суђење детету

Имајући у виду изражену улогу *pater familias* у дефинисању како личног тако и имовинског статуса детета, јасно се намеће закључак да је његова улога била изражена и у поступку суђења деци. Још су древни обичајни закони предвиђали установу „домаћег суђења“ (*iudicium domesticum*), према којој је пре него што изрекне казну жени, деци и робовима, отац породице требао да обави консултације са установљеним унутрашњим Саветом родбине, као једним видом фамилијарне скупштине (Апасиев, 2014: 26). Она је била састављена од старијих чланова или блиских сродника или дугогодишњих кућних пријатеља. Међутим, закључци који би били донешени на овој скупштини нису имали облигаторно дејство за оца породице, тако да он није морао стриктно да их се придржава. Међутим, како смо то

напоменули раније, иако су закони давали широка овлашћења оцу породице, до злоупотребе ових овлашћења у пракси није долазило, нарочито у периоду Републике, јер је постојала бојазан од *infamia* (губитка части или осуде читаве заједнице) као и *nota censoria* (уписа у цензорске спискове). Законодавство у доба принципата било је још критичније према широко постављеној власти оца породице, па ју је још више ограничило што је и условило и његово пуно ограничење и укидање за време владавине Валентијана Првог. Од периода когнатске породице власт *pater familias* према лицима која су била под његовом влашћу више није била неограничена а ни доживотна. Она се у то време сводила само на право на кастигацију, тј. пропорционално и респектабилно кажњавање најчешће преко благог шибања (прутом) и право да захтева поштовање, а када је то било нужно и издржавање. За узврат, отац породице је био дужан да чува децу, да их васпитава и издржава (Апасиев, 2014: 26).

## 5. Закључак

На основу свега горе наведеног, може се извести закључак да је у римском праву, с обзиром на робовласнички карактер државе и патријархални дух римског друштва, правни положај детета, а самим тим и његова заштита, умногоме зависио од низа различитих фактора (статуса, законитости, позаконјења, итд.), при чему се посебно издваја улога и утицај оца породице у установљавању и регулисању правног положаја детета и његове правне заштите. Иако са аспекта савременог права, ово делује апсурдно, доминантна улога оца породице била је логична последица друштвених односа у којима је дете постајало лице *sui iuris* тек након смрти оца, ако је отац био *pater familias*, независно од тога који је узраст било дете, односно да ли је било пунолетно или не. Као што је жена, правно гледано, постојала само преко мушкарца који би је признавао за ћерку, супругу, мајку, тако је и дете фактички и правно постојало тек по признању од стране оца породице (*pater familias*). Међутим, иако римско право представља далеку прошлост, оно је поставило основне принципе савременог родитељског права и теоријски преко оца породице, а практично и преко мајке, увело је обавезу родитељима да буду у функцији заштите слабијег, тј. да буду у функцији своје деце преко обавезе на чување, издржавање и васпитавање деце.

## Литература

- Astolfi, R. (1989). *Il fidanzamento nel Diritto Romano*. Milani: CEDAM
- Jovanović, M. (2002). *Komentar starog rimskog Ius civile (knjiga prava: Leges regiae)*. Ниш: Центар за публикације Правног факултета
- Yaron, R. (1962), *Vitae necisque potestas*. *The legal History Review*. Vol. 30, Issue 2. 243-251.
- Апасиев, Д. (2014). *IUDICIA PUBLICA, римско кривично процесно право (са посебним освртом на правосудни систем у време Републике)*. Докторска дисертација. Скопље: Правни факултет „Јустинијан Први“ Универзитета „Свети Кирил и Методиј“
- Игњатовић, М. (2005). *Старатељство над малолетницима у римском и савременом праву*. Магистарска теза. Скопље: Правни факултет „Јустинијан Први“ Универзитета „Свети Кирил и Методиј“
- Игњатовић, М. (2007). *Старатељство над малолетницима –некад и сад*. Београд: Задужбина Андрејевић
- Игњатовић, М. (2009). *Предбрачни имовинско-правни односи у римском и савременом праву*. Докторска дисертација. Скопље: Правни факултет „Јустинијан Први“ Универзитета „Свети Кирил и Методиј“
- Игњатовић, М. Китановић, Т. (2013). *Константинов акт о позакоњењу (legitimatio)*. *Зборник радова „1700 година Миланског едикта“*. Центар за публикације Правног факултета у Нишу. 657-667.
- Николић, Д. Ђорђевић, А. (2002). *Законски текстови старог и средњег века*. Ниш: Бона Фидес
- Станојевић, О. (2009). *Gai, Institutiones*. Београд: Завод за уџбенике

**Marija Ignjatović, LL.D.**

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Niš

## **LEGAL STATUS OF THE CHILD IN ROMAN LAW**

### **Summary**

*The legal status of the child was distinctive in different historical periods of development of Roman law. Being closely related to the status and position of a woman (and mother) in the Roman society, the status of the child differed in the pre-classical, classical and post-classical Roman law. Thus, just as a woman was legally recognized only by being associated with a man who officially acknowledged her as a daughter, wife, mother or sister, the child formally and legally existed only upon being acknowledged (as legitimate) by the head of the family (pater familias). It further implies that the legal status of the child was not necessarily determined by birth; instead, it was significantly influenced by a number of other factors, the most important of which was the gender issue as the primary factor in deciding whether the child could be declared a successor or not.*

**Key words:** *legal status of the child; Roman law; pre-classical, classical and post-classical period; legal recognition of the child.*



**Dr. iur. Nataša Hadžimanović,\***  
Wissenschaftliche Referentin  
Max-Planck-Institut für ausländisches und  
internationales Privatrecht, Hamburg

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 347.63:618.4

Раџ примљен: 30.06.2015.

Раџ прихваћен: 03.12.2015.

## **ZWANG VERSUS FREIHEIT: VERTRAULICHE UND ANONYME GEBURT AUF DEM PRÜFSTEIN<sup>1</sup>**

**Abstrakt:** 2014 ist in Deutschland die „vertrauliche Geburt“ eingeführt worden. Damit soll verhindert werden, dass Frauen, die ihre Schwangerschaft verheimlichen wollen bzw. müssen, das Kind alleine gebären und das Kind schutzlos und ohne Angaben von Personalien zurücklassen. In der Arbeit wird untersucht, inwieweit mit den neuen Regelungen eine gerechte Interessenabwägung erreicht wird.

### **1. Problem: Mütter in Not – Kinder in Not**

Über vertrauliche und anonyme Geburt lässt sich ohne einen Blick auf die vorangegangene Situation in der Schwangerschaft nur schlecht urteilen.

Es ist wichtig zu wissen, dass das Problem, dass Frauen, die ihre Neugeborenen an einem unsicheren Ort zurücklassen oder töten, nicht als dasjenige von psychisch kranken Personen abgetan werden kann. Vielmehr führen in aller Regel erster Linie bestimmte Umstände dazu, dass Frauen keinen anderen Ausweg suchen (Oberman, 2003: 493 f., 513 f.): „A careful analysis of contemporary cases confirms one fundamental similarity: in virtually every instance, maternal filicide is committed by mothers who cannot parent their child under the circumstances dictated by their particular position in place and time“.

Mütter, die ihre Neugeborenen an einem unsicheren Ort zurücklassen, haben dafür in aller Regel folgende Gründe: sie fürchten die ablehnenden Reaktionen ihrer Familie, haben finanzielle Probleme oder der Vater ist abwesend (Appell, 2002: 62 m.N.). Es sind oft junge Frauen, die ungewollt schwanger geworden sind und ihre Schwangerschaft nicht akzeptieren (Appell, 2002: 62). Viele der Frauen haben erhebliche persönliche Probleme, andere Kinder oder leben

\* hadzimanovic@mpipriv.de

1 Die Autorin bedankt sich bei Herrn Prof. Dr. iur. Dieter Martiny für die kritische Durchsicht der ersten Fassung dieses Beitrags und seine wertvollen Anregungen.

in einem gewalttätigen Umfeld. Bisweilen ist die Schwangerschaft auf einen inzestuösen oder auf einen anderen unerfreulichen oder traumatischen sexuellen Kontakt zurückzuführen<sup>2</sup>.

Frauen, die ihre Kinder zurücklassen, können allerdings nicht recht typisiert werden (Willenbacher, 2004: 346; UVMaF, 2011-2012: 9).

Etwas stärker typisierbar scheinen offenbar Mütter zu sein, die ihre Neugeborenen innerhalb von 24 Stundennach der Geburt töten oder dem Tod ausliefern: die Frauen sind in den meisten Fällen sehr jung, haben keinen festen Partner und sind stark abhängig von ihren Eltern oder anderen Personen, i.d.R. Verwandten (Appell, 2002: 63; Oberman, 2003: 495; Krischer, Stone, Sevecke, Steinmeyer, 2007: 192, 197 f.). Die Frauen haben nach einer finnischen Studie Angst vor der Reaktion der eigenen Mutter und des Freundes (Putkonen, Weizmann-Henelius, Collander, Santtila, Eronen, 2007: 20). Die Frauen scheinen also zu befürchten, dass sie ohne ein starkes Netzwerk ein Kind alleine nicht aufziehen können (Oberman, 2003: 495). Oft scheint Sexualität in den Familien dieser Frauen ein Tabu zu sein. Schwangerschaft und Geburt werden verdrängt (Hatters Friedman, Heneghan, Rosenthal, 2007: 118 ff.); das geht bisweilen so weit, dass der Geburtsvorgang lediglich als Stuhldrang empfunden wird und die Geburt auf der Toilette stattfindet (Oberman, 2003: 495). Die Kinder werden getötet, weil die Mütter in Panik geraten: sie befürchten, die Schreigeräusche des Neugeborenen, das sie alleine und sehr oft auf einer öffentlichen Toilette gebären, könnten sie verraten (Appell, 2002: 63). Die Mütter handeln aus extremer Angst und starken Schuldgefühlen (Appell, 2002: 63 m.N.).

Nach einer finnischen Studie, bei der alle Fälle von Kindstötung, die in Finnland in den Jahren 1980 bis 2000 nachweislich begangen worden waren, untersucht wurden, wird Kindstötung innerhalb von 24 Stunden nach der Geburt in wenigen Fällen allerdings auch von verheirateten Frauen begangen, die bereits Kinder haben und über 26 Jahre alt sind, die die Schwangerschaft und Kindstötung nicht verheimlichen und zu Schwangerschaftsuntersuchungen gehen; diese Frauen scheinen allesamt vorbestehende psychische Krankheiten aufzuweisen und gelten deshalb als schuldunfähig; sie haben die „inability to cope with the child“ als Motiv für ihre Tat angegeben (Putkonen, Weizmann-Henelius, Collander, Santtila, Eronen, 2007: 19); es scheint also auch da Umstände zu geben, die es den Frauen verunmöglichen, ihr Kind leben zu lassen – die psychische Krankheit allein scheint dafür nicht der einzige Grund zu sein (vgl. dazu Oberman, 2003: 493 f., 513 f.). Vorbestehende Straftaten haben diese Frauen nicht (Putkonen, Weizmann-Henelius, Collander, Santtila, Eronen, 2007: 19). In sehr

---

<sup>2</sup> Case of Odièvre v. France, Application no. 42326/98, Judgment 13 February 2003 Nr. 36, Argumente des Staates Frankreich.



seltenen Fällen handeln die Frauen allerdings wiederholt (De Bortoli, Coles, Dolan, 2013: 333 f.). Auch eine US-Studie hat aufgezeigt, dass durchaus nicht nur sehr junge unverheiratete Frauen ihr Neugeborenes töten (s. dazu Shelton, Muirhead, Canning, 2010: 819 f.).

Diese beiden Gruppen von Frauen haben –abgesehen von den psychisch kranken Frauen – nie vorgehabt, für die Kinder zu sorgen (Appell, 2002: 63 m.N.).

Das Profil von Frauen, die ihre Babys zu einem späteren Zeitpunkt töten, unterscheidet sich stark von demjenigen jener Frauen. Es lässt sich noch weniger einfach typisieren. Aber auch hier gilt, dass ausgeprägte mentale Probleme allein nicht ausreichen. Vielmehr kommt Isolation alsentscheidender Faktor dazu (Appell, 2002: 63; Oberman, 2003: 498; Krischer, Stone, Sevecke, Steinmeyer, 2007: 197). Diese Frauen halten weder Schwangerschaft noch Geburt geheim (Appell, 2002: 63).Oftmals töten sie ihre Kinder, um sie vor tatsächlichem oder möglichem Leid zu schützen (Appell, 2002: 63 m.N.; Hatters Friedman, Sorrentino, 2012: 327; Hatters Friedman, Cavney, Resnick, 2012: 589). Viele dieser Frauen sind selbstmordgefährdet und begehen Suizid nach der Tötung des Kindes (Appell, 2002: 63 m.N.; Krischer, Stone, Sevecke, Steinmeyer, 2007: 198; Hatters Friedman, Cavney, Resnick, 2012: 589 f.; Hatters Friedman, Sorrentino, 2012: 327).

Es scheint also, wie eingangs erwähnt, dass gewisse Umstände dazukommen müssen, damit Mütter sich derart verhalten.

Vielleicht lässt sich die Analyse von Eugen Drewermann zu „Hänsel und Gretel“ etwas verallgemeinern, um zu verstehen, was sich abspielt, wenn bei einer Mutter die Seele hungert und arm ist. Eine solche Mutter kann nichts geben. Sie ist schlicht überfordert. Drewermann beschreibt dies – wenn auch für den physischen Hunger – so:

„Der Punkt ist erreicht, an dem die biologische Schwäche als psychische Abwehr, als Verlangen nach Alleinsein sich geltend macht: Jeder andere Mensch, einfach weil es ihn gibt, verbraucht schon durch sein forderndes Dasein gerade die Energie, deren der eigene Körper so dringend bedürfte; der bloße Kontakt bereits zu einem anderen Menschen, ein einzelnes Gespräch auch nur, geschweige denn eine Bitte, geschweige denn ein neues Problem, verzehrt zuviel an den noch verbliebenen physischen Kräften. Ruhe und Einsamkeit – nichts hören, nichts sehen, Schutz vorallem durch Distanz und Vermeidung – so befiehlt es der Körper,und so will es jetzt auch die Seele.Aber da hinein nun ein *Kind!* Das ist es, was das Märchen von Hänsel und Gretel bereits als Ausgangsbedingung uns schildert!“(Drewermann, 2008: 19).

Es stellt sich die Frage, was einer (nach Liebe) hungernden mütterlichen Seele in dieser Situation hilft und ob auch rechtliche Normen dazu beitragen können, dass Frauen, die ihr Kind gefährden können, sich für einen anderen, lebensbejahenden Weg entscheiden.

Recht hat allerdings meist nur eine recht begrenzte Wirkung. Es kann nicht zaubern, dass Schwangerschaft, Geburt und das Aufziehen von Kindern von der Gesellschaft bedingungslos begrüßt werden und Mutterschaft einen hohen Status genießt; und es kann nur begrenzt für soziale Netzwerke für jede isolierte Mutter sorgen, damit das Aufziehen von Kindern nicht als eine grenzenlose Überforderung erlebt wird.

Eine gesellschaftliche Änderung ist von außen – mit Zwang und Regelungen – nicht zu schaffen. Die Gesellschaft ändert sich nur, wenn jeder Einzelne sich ändert:

„Wer sich selbst verändert, ändert die Welt. Es gibt an dieser Welt nichts zu verbessern, aber sehr viel an sich selbst.“ (*Dethlefsen, 1984: 86 f.*)

Es ist also ein innerer Weg, den jeder Mensch freiwillig beschreitet, wenn er sich ändern will, weil er wachsen möchte und auch seinen Kindern ein achtsamer Vater, eine achtsame Mutter, seinen Mitmenschen ein achtsamer Gefährte sein will. Erst wenn dies geschieht, werden Frauen, die in solchen Familien aufgewachsen sind, oder aber die einen solchen Weg selbst wählen, ihrerseits Wesen sein, die ihr Leben in die eigene Hand nehmen können und ihre Kinder, weil sie sie gebären und aufziehen wollen, nicht als eine Bedrohung und Überforderung erleben müssen – selbst wenn das Leben mit einem Kind viele Herausforderungen mit sich bringt.

Das steigende Interesse vieler Menschen an den tieferen inneren Geheimnissen des Metaphysischen, an Psychologie und Psychotherapie, an Selbsthilfegruppen und Beratung zeigt auf, dass von vielen Menschen Schritte in diese Richtung eines inneren Wachsens gemacht werden, bei dem es nicht darum geht, das eigene Schlechte zu verdrängen, sondern damit verantwortungsvoll umzugehen. Es kann daher von einer allmählichen kollektiven Bewusstseinsänderung durchaus gesprochen werden, die neue zarte Blüten treibt. Allerdings scheint es, dass es noch der juristischen Krücken bedarf, bis sehr weite Kreise von solchen Strömungen erfasst werden.

Wie aber können juristische Normen aussehen, die die verschiedenen Interessen – die Selbstbestimmung der Mutter, den Anspruch des Kindes auf Fürsorge und Identität, die Bedürfnisse von Vater, Großeltern und anderer Verwandter mit Bezug auf das Kind sowie öffentliche Interessen zur Wahrung von Leben, Ge-

sundheit und Identifizierbarkeit – in Einklang bringen? Und wie können präventive Maßnahmen wirken?

## **2. Schwangerschaftsverhütung und Schwangerschaftsabbruch als wirksame präventive Mittel?**

Bei den ersten beiden Gruppen von Frauen würden Zugang zur Verhütung, der „Pille danach“ und strafloser Schwangerschaftsabbruch theoretisch bewirken, dass es zur Geburt und der dadurch ausgelösten Notsituation nicht kommen muss.

Um Verhütung und in einigen Ländern auch um die „Pille danach“ können sich Frauen zwar durchaus selbständig kümmern, d.h. ohne dass sie der Kooperation des Sexualpartners oder einer ärztlichen Konsultation bzw. eines medizinischen Eingriffs bedürfen und ohne dass ihre Familie davon erfährt. Und so könnte man meinen, dass es ausreichen müsste, diesen Frauen diese Mittel kostenlos anzubieten und zu gewährleisten, dass deren Familien davon nichts erfahren.

Indes sind die gefährdeten Frauen offenbar sehr oft nicht dazu in der Lage, die Sache selber in die Hand zu nehmen (Marshall, 2012: 335; Oberman, 2003: 495), ihr ganzes Potential als selbstbestimmte menschliche Wesen auszuschöpfen.

Vielmehr erleben sie sich vielfach als ein Wesen, das nicht schwanger werden kann, weil es nicht schwanger werden darf. Das, weil in den Familien, aus denen sie stammen, Sexualität und Schwangerschaft ein Tabu sind. Das sind Phänomene über die nicht geredet wird, die völlig undenkbar sind (Bonnet, 1993: 505). Eine erhebliche Ziffer von Frauen, die zu den beiden ersten Gruppen gehören, verdrängen daher ihre Schwangerschaft, weil sie nicht einmal sich selber eingestehen können, schwanger zu sein (Marshall, 2012: 335; Oberman, 2003: 495). Das menschliche Bewusstsein ist dazu in der Lage, mag das für Außenstehende auch völlig unverständlich sein.

Einige Frauen wollen den Schwangerschaftsabbruch zu einem Zeitpunkt, in welchem sie die Zeichen der Schwangerschaft nicht mehr übersehen können, weil die Mechanismen der Verdrängung nicht mehr genügend stark wirken. Wenn ein solcher aufgrund der fortgeschrittenen Schwangerschaft nicht durchgeführt werden kann, entwickeln sie obsessive negative Gedanken gegenüber dem Ungeborenen und schämen sich dafür zutiefst (Bonnet, 1993: 506). Sie werden aufgrund dieser Lage stumm und paralysiert (Bonnet, 1993: 506; Marshall, 2012: 332). Sie scheinen deswegen passiv und indifferent (Bonnet, 1993: 506). Erst wenn sie sprechen dürfen, zeigen sie Zeichen von Angst, Angespanntheit und heftige aggressive Gefühle (Bonnet, 1993: 506). Woher rührt aber diese Aggressivität?

Die Frauen, die starke aggressive Gefühle haben, sind – so scheint es – in ihrer Jugend Opfer sexueller Gewalt geworden – sei es, dass sie Inzest oder Vergewaltigung durch nahe männliche Verwandte oder Fremde erfahren haben, sei es, dass sie auf andere schockierende Art und Weise mit der Sexualität von Erwachsenen konfrontiert worden sind (Bonnet, 1993: 506). Sie werden – so haben Gespräche mit betroffenen Frauen ergeben – durch die Schwangerschaft und die Geburt an diese traumatischen Erlebnisse erinnert (Bonnet, 1993: 506). Aggressionen gegen das Kind sind als Versuche zu verstehen, eigene unkontrollierbare durch Schwangerschaft und Geburt ausgelöste Heimsuchungen durch Erinnerungen an traumatische Erlebnisse im Zusammenhang mit Sexualität zu eliminieren (Bonnet, 1993: 506).

Es scheint indes, dass die meisten Frauen, die ihr Neugeborenes töten, dafür allerdings überwiegend passive Formen wählen (vgl. dazu Putkonen, Weizmann-Henelius, Collander, Santtila, Eronen, 2007: 19; Shelter, Muirhead, Canning, 2010: 821).

Andere Frauen wiederum können die Schwangerschaft aus religiösen Gründen nicht beenden (Marshall, 2012: 335).

Das bedeutet, dass selbst wenn bei einer ärztlich angeordneten Verhütungsmethode oder der „Pille danach“ bzw. einem ärztlichen Schwangerschaftsabbruch gewährleistet würde, dass Frauen diese Mittel für sie kostenlos zur Verfügung stehen und ohne dass deren Familien davon erfahren können, dies nicht ausreicht, um präventiv zu wirken.

Bei den Kindern der dritten Gruppe von Frauen – d.h. denjenigen, die ihre Kinder später als 24 Stunden nach der Geburt töten – können solche Mittel ohnehin keine adäquate Prävention sein.

Es reicht also nicht aus, Maßnahmen vorzusehen, die eine Geburt verhindern können. Das Recht muss mehr Optionen bieten: „[N]o society should in the name of the promotion of human rights be forced to leave a woman with abortion as the only apparent safe option<sup>3</sup>“.

Dabei könnte an die anonyme oder vertrauliche Geburt gedacht werden.

Allerdings sollte die anonyme (bzw. vertrauliche) Geburt nicht die einzige Maßnahme sein. Lehrpersonen, Ärzte und andere Personen sollten dazu angehalten werden, den Blick für gefährdete Schwangere zu entwickeln und einfühlsam Hilfe anbieten, sodass die Not schon während der Schwangerschaft gelindert wird (de Bortoli, Coles, Dolan, 2013: 335).

---

3 Concurring opinion of judge Greve in the Case of Odièvre v. France, Application no. 42326/98, Judgment 13 February 2003.

### **3. Anonyme oder vertrauliche Geburt – Hilfe oder Problem?**

Klar ist, dass die anonyme (bzw. vertrauliche) Geburt den Kindern der dritten Gruppe von Frauen – denjenigen, die ihre Kinder nicht innerhalb von 24 Stunden nach der Geburt, sondern zu einem späteren Zeitpunkt töten – von vornherein keinen Schutz bieten.

Bei dieser Risikogruppe können lediglich Hebammen und ärztliches Personal, die die Kinder und Mutter nach der Geburt betreuen, dafür sorgen, dass auffällige Mütter und deren Kinder rasch adäquate Hilfe erhalten. Da müssen, sofern ein Zusammenbleiben von Mutter und Kind nicht ratsam erscheint, Verfahren bestehen, die die dauernde oder vorübergehende Fremdplatzierung und schließlich Adoption von etwas älteren Säuglingen und Kindern und die Abschirmung der Mütter von ihrer Umgebung ermöglichen; es wird da sinnvoll sein, die Mutter ein „Untertauchen“ durch die Nichtherausgabe ihrer Daten und des Aufenthaltsortes zu ermöglichen, um sie – bis zu einer Genesung – zu schonen (Appell, 2002: 64). Und sofern Fremdplatzierung und Adoption den Schutz des Kindes vor der leiblichen Mutter nicht gewährleisten können, gilt es zusätzlich auch für eine Abschirmung des Kindes zu sorgen. Auch da kann es helfen, wenn die Daten und der Aufenthaltsort des Kindes geheim bleiben.

Es ist allerdings auch nicht eindeutig erkennbar, ob durch die anonyme Geburt eine Erhöhung der Überlebenschancen von Neugeborenen erreicht wird. Die Statistiken scheinen diesbezüglich Freiraum für Interpretationen zuzulassen. Was eine Studie als statistisch erwiesene, signifikante Erhöhung der Überlebenschancen für die Kinder der ersten beiden Gruppen von Frauen ausweist, wenn Müttern die Chance gegeben wird, ihre Kinder anonym in einer sicheren Umgebung zu gebären und dort körperlich gesund zurückzulassen (vgl. dazu die Studie von Klier, Grylli, Amon, Fiala, Weizmann-Henelius, Pruitt, Putkonen, 2013: 431; s. auch Bonnet, 1993: 501 ff.) – wenn auch nur dann, wenn die Einführung des Gesetzes, wie in Österreich, von einer öffentlichkeitswirksamen Kampagne begleitet wird (Klier et. al., 2013: 432) – wird von anderen Stimmen als bestimmender Faktor bei der tatsächlich eingetretenen Verbesserung in Österreich verworfen (Orthofer/Orthofer, 2014: 23 ff.).

Eine Spaltung in zwei Lager ist auch in Frankreich erkennbar; je nach Weltanschauung gibt es Stimmen, die das Recht auf die anonyme Geburt verwerfen, adaptieren wollen oder aber im Gegenteil sehr stark befürworten (Lefaucher, 2004: 327 ff.).

Die, die die anonyme Geburt ablehnen, weisen darauf hin, dass unklar sei, welches Profil Frauen haben, die ihre Kinder zurücklassen (Willenbacher, 2004: 346). Dass die anonyme Geburt auch dafür genutzt werden könne, schwangere Frauen zur Kindsaufgabe zu zwingen (Willenbacher, 2004: 346). Dass von

der Anonymität insbesondere die Adoptionsvermittlungsstellen und Adoptierenden profitieren würden (Willenbacher, 2004: 349) und dass solche die Anonymität fördernden Lösungen dem modernen Trend zuwiderlaufen, Adoptionen möglichst offen zu gestalten, sich gegenüber „Mehrelternschaften“ zu öffnen (Willenbacher, 2004: 349) und dem Kind bei der Identitätssuche zu helfen (Willenbacher, 2004: 347; Lefaucher, 2004: 338 f.).

In der Tat können die anonyme (und vertrauliche) Geburt große Probleme schaffen. Für Mutter und Kind und andere Verwandte. Und es scheint tatsächlich so, dass der Trend zu immer größerer Offenheit bei der Adoption den Betroffenen in ihrer eigenen Entwicklung und/oder in der Entwicklung zueinander helfen kann, mit Fragen zum eigenen Sinn, zum Woher und Wohin und mit Schuldgefühlen besser klar zu kommen (Institut Allensbach, 2012: 100 ff.) – wobei wichtig ist, die Möglichkeit zur „Mehrelternschaft“ so zu gestalten, dass nicht immer weniger Eltern sich für eine Adoption entscheiden und stattdessen lieber eine Leihmutter suchen; es muss gewährleistet sein, dass Kinder immer eine Familie finden; und auch die Leihmutter schafft ebenfalls nicht unerhebliche Probleme – auch da trägt eine Frau aus, die das Kind nicht für sich will, bei dem es das wichtige „prenatal attachment“ (McK. Doan, Zimmerman, 2008: 20 ff.; van Bakel, Maas, Vreeswijk, Vingerhoets, 2013: 138 f.; Brandon, Pitts, Denton, Stringer, Evans, 2009: 201 ff.) nicht gibt und die das Kind dann abgibt.

Allerdings wird bei der Kritik an der anonymen Geburt übersehen, dass sie meist lediglich ein Übergangsstadium darstellt, und die meisten Frauen auf die Anonymität schlussendlich verzichten und – wenn sie das Kind zur Adoption freigeben – meist eine offene oder halboffene Adoptionsform wählen. Mit der anonymen Geburt wird also eine Reflexionsphase eingeläutet, die alle Möglichkeiten offen lässt, und die Frauen in Notlage so hilft, Kräfte zu sammeln und sich zu überlegen, was sie wirklich wollen.

Die anonyme Geburt wird deshalb als eine große Hilfe für Frauen in einer verzweifelten Situation erlebt. Dies zeigt eine vom Institut für Demoskopie Allensbach 2012 durchgeführte Befragung von fünfundzwanzig Frauen, die in Hamburg mithilfe von SterniPark anonym gebären konnten:

89 Prozent der Betroffenen haben die anonyme Geburt als sehr wichtige Hilfe und 11 Prozent als wichtige Hilfe in einer verzweifelten Lage angegeben; nicht eine einzige der Befragten hat diese Regelung im Nachhinein in Frage gestellt (Institut Allensbach, 2012: 107). Lediglich etwa ein Drittel der betroffenen Frauen haben ihre Kinder zur Adoption freigeben. Von diesen haben zwei Drittel eine offene oder halboffene Adoption gewählt (Institut Allensbach, 2012: 77 f.). Nur etwa 5 Prozent aller Frauen, die anonym gebären konnten, haben sich entschieden, weiterhin ganz anonym zu bleiben.

Zwei Drittel aller Frauen, die anonym gebären konnten, haben sich nicht nur wegen aufkommender Verbundenheitsgefühle, sondern auch aufgrund der rund um die Uhr zur Verfügung stehenden Beratung und Hilfe in der Einrichtung von SterniPark, die stets nur als ein Angebot verstanden wird, dazu entschieden, ihr Kind zu behalten und es selbst aufzuziehen (Institut Allensbach, 2012: 78). Die Frauen konnten solange in der Einrichtung bleiben, wie sie es benötigten. Sie konnten sich auch soviel Zeit für den Entscheid, das Kind selbst zu betreuen, nehmen, wie sie brauchten. Sie konnten in der Einrichtung von SterniPark fern von ihren Alltagssorgen neuen Mut schöpfen und die neue Situation in Ruhe betrachten. Sie konnten sich auch integrieren und Neuankömmlingen in der Einrichtung helfen bzw. von solchen Kontakten profitieren (Institut Allensbach, 2012: 81 f.).

Die Philosophie von SterniPark ist die der Freiheit von Zwang, die des bedingungslosen Respekts für jede einzelne Frau mit ihrer ganz besonderen Geschichte. Das ist es, das diesen Frauen hilft, einen Weg aus der Krise zu finden. Sie erfahren zudem, dass sie mit ihren Sorgen und ihrer Überforderung kein Ausnahmefall sind, der nicht sein darf, sondern andere Mütter ähnliche Probleme haben. Das alles wird aus der Befragung der Frauen sehr deutlich.

Die große Mehrheit der Befragten, die sich entschlossen haben, ihre Kinder selbst zu erziehen und auch derer, die ihre Kinder zur Adoption freigegeben hatten, ist im Nachhinein überzeugt, das Richtige getan zu haben. Von den selbst Erziehenden sind alle überzeugt von der Richtigkeit des Entscheides, ihr Kind zu behalten, von den Müttern, die ihre Kinder zur Adoption freigegeben haben, 86 Prozent. Hier ziehen 14 Prozent ihre Entscheidung im Nachhinein grundsätzlich in Zweifel (Institut Allensbach, 2012: 100).

Es scheint also, dass die anonyme Geburt, wenn sie richtig begleitet wird, eine sehr wichtige Funktion für Frauen in verzweifelten Situationen übernehmen kann. Sie nimmt jeglichen Druck und schafft eine Atmosphäre der Gelassenheit. Das führt in vielen Fällen dazu, dass Mutter und Kind doch noch zueinander finden und gestärkt aus der Krise gehen. Die anonyme Geburt scheint also sehr sinnvoll zu sein.

Daher sollen hier die Regelungen analysiert werden, die Deutschland im Jahre 2014 bezüglich der „vertraulichen Geburt“ erlassen hat, und mit denjenigen Frankreichs verglichen werden.

Dabei interessiert vor allem eins: ist hier auch das Recht dann besser, wenn es möglichst ohne Zwang operiert?

#### 4. Kein Zwang – besseres Recht?

Recht funktioniert in aller Regel – wenn man die nicht-juristische Terminologie des Psychologen Marshall B. Rosenberg verwenden will – als ein Mechanismus der Gewalt.

Recht lässt be- und verurteilen. Es operiert mit Zwang. Das eine ist richtig. Das andere ist falsch. Der, der Recht hat, ist – etwas überspitzt formuliert – Gott. Und der, der Unrecht hat, ist der Sünder (vgl. dazu Rosenberg/Seils 2011: 23). Damit ist das Spiel allerdings nicht aus. Denn derjenige, der zunächst der Sünder ist, fängt seinerseits an, Gott zu spielen. Und die beiden bekriegen sich darüber, wer der Schlimmere ist (Rosenberg/Seils, 2011: 23).

Dieser Mechanismus der Gewalt produziert also zwischenmenschliche Konflikte. Er löst sie nicht auf – mag er auch darauf ausgerichtet sein, die Parteien zu befrieden. Das kann dazu führen, dass das Recht noch stärker Lösungen aufzuoktroyieren sucht – ein Teufelskreis!

Recht ist das Produkt unserer Kultur. Und unsere Kultur sagt, dass die eingangs definierte Gewalt gut ist, wenn dadurch jemand bestraft wird, der böse ist (vgl. dazu Rosenberg/Seils, 2011: 25). Ins Privatrecht transponiert heißt das, dass der Böse etwas tun *muss*, damit der Gute etwas erhält.

Auch wenn z.B. gerade im Familienrecht vielerorts die Mediation Einzug gehalten hat, so greift doch stets der staatliche Zwangsapparat, wenn eine Einigung nicht erreicht wird (vgl. dazu z.B. § 278 Abs. 2 der deutschen ZPO). Aufgezwungene Lösungen dominieren also im Recht nach wie vor.

Einen anderen Weg geht die gewaltfreie Kommunikation, die sich stark von den fernöstlichen Erkenntnislehren inspirieren lässt (vgl. dazu Rosenberg/Seils, 2011: 15): Dabei wird vom Betroffenen zunächst ohne jegliche Wertung formuliert, wodurch die eigene Lebensqualität durch die angesprochene Person beeinträchtigt wird. Dann wird formuliert, welches Gefühl die Beeinträchtigung auslöst. Dieses Gefühl wird damit begründet, dass durch die Beeinträchtigung ein persönliches Bedürfnis nicht erfüllt wird. Schließlich wird die angesprochene Person gebeten, eine ganz konkrete Handlung vorzunehmen, die das Leben der bittenden Person bereichert.

Die gewaltfreie Kommunikation stellt die Konfliktparteien also auf eine Ebene und geht den Weg von Empathie und Konsensualität: it takes two to tango. Wertungen fehlen. Beide bleiben souveräne Wesen.

Was aber, wenn die Konfliktparteien nicht einig werden? Wie wird mit dieser gewaltfreien Methode der Konflikt gelöst?



Die Lösung erfolgt auf einer anderen Ebene. Sie besteht im Bewusstsein, dass persönliche Gefühle und das persönliche Glück nicht vom Verhalten anderer Menschen abhängen (vgl. dazu Rosenberg/Seils 2011: 13). Nur die eigene Haltung, mit der wir auf eine Situation reagieren, kann die eigenen Gefühle beeinflussen (vgl. dazu Rosenberg/Seils, 2011: 13). D.h. es wird erforderlich, ein entsprechendes, in aller Regel neues Weltbild aufzubauen und Gelassenheit zu üben.

Die Frage ist also: Was geschieht, wenn auch im Recht so weitgehend als möglich der gewaltfreie Weg beschritten wird?

### **5. Akzeptieren statt werten – Vorteile der anonymen Geburt des französischen Rechts im Vergleich zur vertraulichen Geburt des deutschen Rechts**

Wenn akzeptiert wird, dass eine Mutter sich verweigert, kann sie gebären und gehen.

Das bringt ihr Erleichterung.

Die Mutter muss dann auch nicht befürchten, sie würde bei einer weiteren Geburt oder bei einem bereits bestehenden Kindesverhältnis zu einem älteren Kind sogleich Kinderschutzmaßnahmen und damit die potentielle Trennung von ihrem bei ihr lebenden Kind oder andere Repressalien gewärtigen (Institut Allensbach, 2012: 47 ff.).

Sie kann selbstbestimmt handeln. Sie erfährt Respekt. Ihre Würde wird nicht angetastet (vgl. zur Bedeutung dieses fundamentalen Prinzips für ein gutes Leben, „living well“, Dworkin, 2011: 212 f.).

Dieser Respekt der Mutter gegenüber bewirkt, dass sie – sofern sie von der Möglichkeit in einer geschützten Umgebung zu gebären, die an sie keinerlei Forderungen stellt, erfährt – diesen Weg auch wählen wird. Und es scheint so, dass eine solche Mutter in den überwiegenden Fällen auch zulassen kann, dass das Kind in der einen oder anderen Form zu ihr finden kann.

Die Mutter, die sich verweigert, wird also in Ruhe gelassen. Gesellschaft und Kind müssen darauf vertrauen, dass der Entscheid der Mutter der einzig für sie Mögliche, und damit der Richtige ist. Mehr kann die Mutter nicht tun. Zu mehr soll sie nicht gezwungen werden. Alles, was sie tut, soll freiwillig geschehen.

Das ist gerecht. Denn Gerechtigkeit bedroht unsere Freiheit nicht – sie erweitert sie (Dworkin, 2011: 423). Gerechtigkeit speist sich aus Würde und schützt dieselbe (Dworkin, 2011: 423).

Das französische Recht geht diesen Weg mit der anonymen Geburt sehr weitgehend. Das deutsche Recht mag den Schritt noch nicht wagen:

Denn den Weg der vertraulichen Geburt nach dem deutschen Recht kann die Mutter nur gehen, wenn sie an einem Beratungsgespräch teilgenommen hat (§ 2 IV SchKG) und der Beratungsstelle ihre Identität preisgegeben hat (§ 25 I SchKG).

Das deutsche Recht sieht mit seiner lediglich vertraulichen Geburt aber nicht nur vor, dass die Mutter identifizierbar ist (§ 26 II SchKG), sondern auch, dass sie unter gewissen Voraussetzungen auch vom Kind identifiziert werden kann. Denn das Familiengericht darf auf Antrag des Kindes entscheiden, ob es ihm ein Einsichtsrecht in den Herkunftsnachweis gewährt (§ 31 f. SchKG). Das Gericht wägt dabei die Interessen der Mutter und diejenigen des Kindes gegeneinander ab und kann, sofern es davon überzeugt ist, dass die Interessen des Kindes überwiegen – auch gegen den Willen der Mutter – dem Kind das Einsichtsrecht gewähren (§ 32 I SchKG).

Das deutsche Recht knüpft Rechtsnachteile an ein passives Verhalten der Mutter (§ 32 IV SchKG). Und es sieht vor, dass die Mutter aktive Abwehrmaßnahmen treffen kann (§ 31 II, III und IV SchKG).

Dieser Weg wird hier abgelehnt. Aber nicht etwa, weil die Bedürfnisse des identitätssuchenden Kindes in dieser Arbeit verleugnet würden. Dem ist nicht so. Der Weg eines abgelehnten Kindes ist gewiss kein leichter. Umso weniger, falls es auch in der Adoptivfamilie keine Verankerung hat erleben können. Die Ablehnung der Lösung des deutschen Rechts hat vielmehr mit der Kultur, dem Weltbild zu tun, das hinter dem Lösungsmechanismus steckt. Und mit dem, was es mit dem Kind und der Mutter macht.

Diese Kultur und dieser Lösungsmechanismus halten das Kind in seiner Opferrolle gefangen, wenn es sich nicht selbständig daraus zu befreien vermag. Sie produzieren Frust. Auch, weil das Glück immer woanders ist. Weil der Weg dazu von außen – von jemand anders, d.h. der Mutter, dem Vater oder dem Staat, der die Information nicht hergeben will – verbaut werden kann. Darin liegt deren Problem.

Eine solche Kultur und dieser Lösungsmechanismus bedrohen auch die Würde der Mutter. Sie muss immer fürchten, auf der Hut sein und abwehren. Ihr wird also Gewalt angetan. Und zwar unabhängig davon, ob die Vertraulichkeit schlussendlich gewahrt wird oder nicht. Dass sie einen solchen Weg nicht gehen will, liegt auf der Hand. Folglich wird eine solche halbherzige Lösung das Problem, das sie bewältigen will, nicht bewältigen können<sup>4</sup>.

---

4 Die französische Académie de médecine schrieb dazu am 8. März 2011: Une « remise en cause de l'anonymat serait lourde de conséquences compromettant la confiance des

Zudem wird versäumt, von staatlicher Seite Einrichtungen zu fördern, die wie SterniPark die Mutter aufnehmen, sie so aus ihrem Alltag herausnehmen, ihr Vertrauen dadurch gewinnen, dass sie sie, so wie sie ist, wahrnehmen und respektieren, und sie neugierig darauf machen, wie sie den gemeinsamen Weg mit dem Kind gehen könnte, wenn sie es denn möchte.

Das deutsche Recht sieht aber noch weitere Zwänge vor:

Aus der Studie des Instituts Allensbach geht hervor, dass einige wenige Mütter länger als zwei Monate brauchten, um sich dazu zu entscheiden, ihr Kind selber aufzuziehen (Institut Allensbach, 2012: 80 ff.). Es wird daher richtig sein, Müttern die Möglichkeit zu geben, ohne jeglichen Zeitdruck auszuloten, ob sie ihr Kind haben wollen. Damit das geschehen kann, müssen Frauen ihre Kinder während der ganzen Zeit, in der sie noch unschlüssig sind, besuchen dürfen, wann sie es wollen, sodass gewährleistet ist, dass das Kind zu ihr und sie zu ihm eine Beziehung aufbauen kann.

Es ist allerdings fraglich, ob das deutsche Recht dies gewährleistet (Schwedler, 2014: 195):

Die elterliche Sorge der Mutter ruht, solange sie die für den Eintrag des Kindes erforderlichen Angaben nicht gemacht hat (§ 1764a S. 1 BGB). Sie hat lediglich ein Umgangsrecht (§ 1684 I BGB), wobei sie – sofern sie nicht verheiratet ist und der Ehemann zur elterlichen Sorge berechtigt ist (§ 1678 I HS 1 BGB) – diesbezüglich auf Kooperation von Vormund (§ 1773 I BGB; § 1791c I S 1 BGB) und Pflegeeltern angewiesen ist.

Zudem hängt ein Damoklesschwert über ihrem Kopf: sollte sie sich nicht innerhalb der Achtwochenfrist (§ 1747 II BGB) für das Leben mit ihrem Kind entscheiden können, kann sie es verlieren. Denn die Einwilligung eines Elternteils ist nicht erforderlich, wenn er zur Abgabe einer Erklärung dauernd außerstande oder sein Aufenthalt dauernd unbekannt ist – der Aufenthalt der Mutter eines gemäß § 25 I SchKG vertraulich geborenen Kindes gilt als dauernd unbekannt, bis sie gegenüber dem Familiengericht die für den Geburtseintrag ihres Kindes erforderlichen Angaben gemacht hat (§ 1747 IV BGB). Die Möglichkeit der Aufhebung des Adoptionsverhältnisses von Amtes wegen aus schwerwiegenden Gründen (§ 1763 BGB) mit der Folge des Aufhebung des Kindesverhältnisses

---

femmes en grande difficulté, leur faisant fuir les maternités et les services sociaux avec les risques que cela comporte pour les mères, les nourrissons et les enfants ». Cela conduirait à augmenter le nombre d'accouchements faits « dans la clandestinité dans les pires conditions, avec les risques de déchirures graves du périnée, d'hémorragies ... [auxquels] succèdent des abandons dans des lieux variés et des conditions précaires [avec des] enfants recueillis dans un état d'hypothermie».

und der Begründung zur leiblichen Mutter (§ 1764 BGB) wird ihr nur in den seltensten Fällen nützen.

Das deutsche Recht übt also zu viel Zwang aus (ebenso Schwedler, 2014: 196) und sollte sich viel stärker am Modell SterniPark orientieren.

Welchen Weg geht das französische Recht im Gegensatz dazu?

Die Mutter wird nach französischem Recht über die juristischen Folgen der anonymen Geburt und die für jeden Menschen bestehende Bedeutung des Zugangs zu den Daten über den eigenen Ursprung und seine Geschichte informiert (Art. L222-6 I Code de l'action sociale et des familles). Sie wird dazu eingeladen, wenn sie es akzeptiert, Angaben über die eigene Gesundheit und diejenige des Vaters des Kindes, über die Herkunft des Kindes und die Umstände, die zu seiner Geburt geführt haben wie auch über ihre eigene Identität zu machen und diese schriftlich aufgezeichnete Information in einem verschlossenen Umschlag zu hinterlegen (Art. L222-6 I Code de l'action sociale et des familles). Sie wird auch informiert, dass sie Angaben zu ihrer Identität auch zu jedem späteren Zeitpunkt noch machen und die bei der Geburt gemachten Angaben ergänzen kann (Art. L222-6 I Code de l'action sociale et des familles). Auf dem Umschlag befinden sich die Vornamen des Kindes sowie die Bemerkung, ob sie von der Mutter gewählt wurden, das Geschlecht des Kindes sowie das Datum sowie der Ort und die Stunde der Geburt (Art. L222-6 I Code de l'action sociale et des familles).

Der Wunsch einer Mutter, die anonym bleiben will, wird jedenfalls zu ihren Lebzeiten nur dann gelüftet, wenn sie selber es ausdrücklich wünscht und dies gegenüber dem Conseil national ausdrückt (Art. L147-6 Code de l'action sociale et des familles). Selbst nach ihrem Tod wird ihr Entscheid respektiert; dies allerdings nur, wenn sie dies ausdrücklich gewünscht hat; falls keine Angaben gemacht wurden, läuft indes jede Nachforschung über den Conseil nationalins Leere.

Die Mutter wird da also keinem Zwang ausgesetzt.

Da der Zugang zu nichtidentifizierender Information über die biologischen Eltern des Kindes, über die Herkunft des Kindes, und die Umstände bei der Geburt, keinen Eingriff bedeutet, sofern die Mutter nicht unter Druck gesetzt wird, die Daten preiszugeben, sollte dem Kind solche Information zugänglich sein, sofern es sie anfordert. Nach französischem Recht ist das möglich:

Das Personal, das die Mutter im Rahmen der anonymen Geburt begleitet, soll solche Daten aufnehmen und sie an einem sicheren Ort so verwahren, dass sie leicht auffindbar sind (Art. L147-5 II und Art. L222-6 I Code de l'action sociale et des familles).

Das französische Recht gibt der Mutter eine Bedenkfrist von zwei Monaten ab der provisorischen Deklaration des Kindes zum Mündel des Staates (die eintritt, sobald vom service social ein Protokoll erstellt wurde) und ermöglicht während dieser Frist die sofortige Rücknahme des Kindes ohne jegliche Formalitäten (Art. L224-6 II Code de l'action sociale et des familles). Erst wenn das Kind zu einem späteren Zeitpunkt zurückgefordert wird, kann dies je nach der Abwägung der Interessen erlaubt oder verweigert werden (Art. L224-6 III Code de l'action sociale et des familles); die aufgrund der Adoption vorgenommene Fremdplatzierung verhindert eine solche spätere Rücknahme indes in jedem Fall (Art. L224-6 III Code de l'action sociale et des familles). Gegen den Entscheid kann das Gericht angerufen werden (Art. L224-6 III Code de l'action sociale et des familles).

Die französische Lösung ist also etwas flexibler ausgestaltet als die deutsche, sie lässt Mutter und Kind mehr Zeit, eine Beziehung aufzubauen und zueinander zu finden, und verdient daher den Vorzug. Das Modell von SterniPark lässt sich bei dieser Lösung besser verwirklichen. Dafür muss die provisorische Erklärung zum Mündel des Staates hinausgezögert oder aber der Annäherungsprozess bei der Abwägung der Interessen bei einer späteren Rücknahme berücksichtigt werden.

Und wie sieht es aus, wenn die Mutter anonym bleibt?

Bleibt die Mutter nach französischem Recht anonym, muss gewährleistet sein, dass, sofern die Mutter später den Kontakt zum Kind wünscht und umgekehrt, der Kontakt zwischen den beiden ermöglicht wird, indem die Mutter ihre Angaben zu jedem Zeitpunkt noch machen kann und die relevanten Daten herausgegeben werden können.

Frankreich hat deswegen den Conseil national eingerichtet, der Anfragen von Kindern nach deren biologischen Eltern und von biologischen Eltern nach deren Kindern ermöglicht (Art. L147-1 Code de l'action sociale et des familles). Dieser Conseil national fungiert als Vermittlungsstelle. Die Personen, die für ihn arbeiten, unterliegen der Schweigepflicht (Art. L147-10 Code de l'action sociale et des familles).

Allerdings werden Kinder über Anfragen ihrer biologischen Eltern oder anderer biologischer Verwandter nur dann informiert, wenn die Kinder sich nach der biologischen Verwandtschaft erkundigt haben (Art. L147-3 II Code de l'action sociale et des familles). Hingegen kann die Mutter vom Conseil national auch dann angefragt werden, wenn sie sich nach dem Namen und dem Verbleib des Kindes nicht erkundigt hat (Art. L147-5 I Code de l'action sociale et des familles). Voraussetzung ist natürlich, dass ihre Daten aufgenommen wurden.

Es fragt sich also, ob die Interessen der Mutter es nicht gebieten, wenn auch sie – nur dann angefragt werden könnte, wenn sie einer solchen Option zugestimmt hat. Das wäre gewiss die stärkste Art des Respekts ihr gegenüber. Denn auch eine bloße Anfrage kann die Mutter aus dem Gleichgewicht bringen. Und sie kann es als Druck empfinden, wenn sie vor der Geburt darüber informiert wird, dass sie angefragt werden kann.

Immerhin geht aber die bloße Kommunikation einer Anfrage, die lediglich Chancen eröffnet ohne sie zu erzwingen, die lediglich als Angebot verstanden werden kann, deutlich weniger weit als die deutsche Lösung. Denn nach deutschem Recht kann die Offenlegung der Daten der Mutter unter Umständen erzwungen werden. Nach französischem Recht nicht. Zudem besteht nach französischem Recht kein Zwang zur Angabe der Daten. Die Mutter kann also anonym bleiben.

Die französische Lösung stellt also zwei Individuen – Mutter und Kind – nahezu in alle auf eine Ebene und hält sich mit Wertungen größtenteils zurück. Es ermöglicht das Lüften des Geheimnisses und auch den Kontakt. Das französische Recht respektiert dabei allerdings sehr weitgehend die Wünsche der Betroffenen.

In Kombination mit begleitenden Einrichtungen wie dem Modell von SterniPark kann die französische Lösung dazu beitragen, dass Schwangeren in Not und deren Kindern sehr effektiv geholfen werden kann.

## **6. Was tun bei Verweigerung der Mutterstellung?**

Was aber, wenn das Kind mit der Verweigerung der Mutterstellung der anonym gebliebenen Mutter und umgekehrt nicht umgehen kann?

Kann ein betroffenes Kind die Verweigerung der Mutter nicht akzeptieren, kann es ihm helfen, dass ihm kostenlos psychologische Hilfe angeboten wird. Das ist sinnvoll und finanziell verkraftbar. In Frankreich bestehen Les Centres Médico-Psychologiques (CMP), die den Beratenen kostenlos helfen.

Anspruchsvolles Ziel solcher Hilfe muss sein, das Kind zu stärken und es aus seiner Opferrolle zu befreien. Das Kind soll sich emanzipieren und zu einer Lebensphilosophie der Gelassenheit angeleitet werden. Sein persönliches Glück darf nicht von der Verhaltensweise seiner Mutter abhängen. Es muss lernen, die Verantwortung für sein Glück zu übernehmen und zu tragen. Das Glück wird ihm also nicht etwa von seiner Mutter geraubt. Sein Glück hat es vielmehr selbst in seiner Hand.

Umgekehrt gilt das Gleiche. Wenn das Kind es nicht will, kann die anonym verbliebene Mutter nicht herausfinden, wie es heißt und wo es lebt. Und ebenso soll

der Mutter psychologische Hilfe angeboten werden, die ihr hilft, ihr eigenes Glück unabhängig vom Verhalten des Kindes zu finden – wenn sie dieser Hilfe bedarf.

Frauen wird in Frankreich nach der Geburt eine psychologische Betreuung sowie Sozialhilfe angeboten, wenn sie diese wünschen bzw. akzeptieren (Art. L222-6 Code de l'action sociale et des familles). Sie kann psychologische Betreuung aber auch noch zu einem späteren Zeitpunkt kostenlos in Anspruch nehmen. Auch in Deutschland besteht die Möglichkeit, Beratung und Hilfe in Anspruch zu nehmen (§ 25 V SchKG). Wie das Modell SterniPark es zeigt, sollte die Hilfe, um effektiv zu sein, allerdings nur von Menschen herrühren, die den Frauen gegenüber sehr achtsam sind.

## **7. Und was ist mit der übrigen Verwandtschaft des Kindes?**

In aller Regel werden der mit der Mutter nicht verheiratete Vater und andere Verwandte über die Geburt nicht informiert und können daher auch keine Rechte wahrnehmen bzw. begründen. Das Recht wird ihnen allerdings eine solche Möglichkeit geben müssen – obschon damit die Gefahr besteht, dass die Anonymität der Mutter nicht aufrechterhalten wird – allerdings nur unter der Voraussetzung, dass das mit dem Kindeswohl vereinbar ist; es gibt Fälle, wo die Mutter ihr Kind deswegen anonym zur Welt bringt, weil der Kindsvater oder die Familie der Mutter mit einer Schwangerschaft nicht zurecht kommen. Es muss aber auch verhindert werden, dass sich die Mutter nicht an ihr Kind annähern und es zu sich nehmen kann, weil der Vater oder andere Verwandte einen Annäherungsprozess stören.

In Frankreich hat die Cour d'appel von Angers in ihrem Urteil vom 26. Januar 2011 den Großeltern ihrer anonym geborenen Enkelin das Recht zugesprochen, die Übertragung der Vormundschaft zu beantragen. Das galt in Frankreich als kleine Sensation. Dieses Urteil und dasjenige, in welchem einem Vater schlussendlich ein Besuchsrecht zugesprochen wurde, der sein Kind noch vor der Geburt anerkannt hatte, das indes aufgrund der anonymen Geburt dennoch einem Ehepaar zur Pflege übertragen worden war und von diesem voll adoptiert werden sollte, haben Anlass dazu gegeben, die Vorschriften, die Vater und andere Verwandte ausschließen konnten, zu ändern und nun folgenden Weg zu gehen:

Der Vater des Kindes und andere Verwandte, die gegenüber dem service de l'aide sociale à l'enfance vor der Erklärung des Kindes zum pupille de l'État (Mündel des Staates) ein Interesse an dem Kind geltend gemacht haben, werden darüber informiert, dass das Kind zum Mündel des Staates erklärt worden ist (Art. L224-8 III Code de l'action sociale et des familles). Gegen den Entscheid können sie gerichtlich Einspruch erheben, wenn sie damit einverstanden sind, für das Kind aufzukommen (Art. L224-8 II °3 Code de l'action sociale et des familles). Die

Frist beträgt 30 Tage und beginnt mit dem Erhalt der Deklaration des Kindes zum Mündel des Staates. Wird dem Einspruch stattgegeben, erhält der Einsprecher das Recht, die Vormundschaft zu beantragen oder erhält das Sorgerecht zugesprochen (Art. L224-8 II Code de l'action sociale et des familles). Im gegenteiligen Falle kann vom Gericht, sofern das im Interesse des Kindes liegt, ein Besuchsrecht zugesprochen werden.

Das deutsche Recht regelt diese Fragen folgendermaßen:

Sind die Eltern des Kindes nicht miteinander verheiratet, hat aber der Vater eine vorgeburtliche Anerkennungserklärung abgegeben (§ 1594 IV BGB), der die Mutter zugestimmt hat (§ 1595 BGB), oder aber ist die Vaterschaft gerichtlich festgestellt worden (§ 1600 d BGB), überträgt das Familiengericht die Alleinsorge auf den Kindesvater, wenn keine Aussicht besteht, dass der Grund des Ruhens der elterlichen Sorge bei der Mutter wegfallen wird und das Zuteilen der elterlichen Sorge auf den Vater dem Kindeswohl entspricht (§ 1678 II BGB). Er hat in jedem Falle ein Umgangsrecht (§ 1684 I BGB); der leibliche, nicht rechtliche Vater hat dagegen kein Umgangsrecht (§ 1686a BGB). Ob Großeltern und Geschwister ein Umgangsrecht haben, hängt davon ab, ob das rechtliche Band zwischen dem jeweiligen Elternteil und dem Kind besteht und der Umgang im Interesse des Kindes liegt (§ 1685 BGB).

Erst wenn das Kindesverhältnis zum Vater nicht begründet werden konnte und ihm damit auch die elterliche Sorge nicht zusteht bzw. ihm diese entzogen wurde oder aber ruht (§ 1674 BGB), wird (sofern das Familiengericht von der Geburt Kenntnis erhält) eine Vormundschaft angeordnet (§ 1773 BGB; vgl. dazu Veit, 2014: § 1684a BGB Rz. 6). Bei der Auswahl des Vormundes sind u.a. der mutmaßliche Wille der Eltern, die persönlichen Bindungen des Mündels und die Verwandtschaft mit dem Mündel zu berücksichtigen (§ 1779 II BGB); Verwandte des Mündel werden bei der Auswahl angehört, wenn dies ohne erhebliche Verzögerungen und unverhältnismäßige Kosten geschehen kann (§ 1779 III S. 1 BGB). Das bedeutet, dass auch Großeltern und andere Verwandte zum Vormund ernannt werden können.

Das Recht der Mutter auf Anonymität verbleibt ihr als ihr Persönlichkeitsrecht in jedem Fall. Auch wenn der Vater und andere Verwandte das Kind zu sich nehmen bzw. ihnen ein Besuchsrecht gewährt wird. Die Beteiligten sollten also darauf hingewiesen und gebeten werden, dem Wunsch der Mutter möglichst nachzukommen.



## 8. Fazit

Das Recht sollte Konflikte lösen und nicht verschlimmern. Es lohnt sich daher Wege zu suchen, die Konflikte jenseits von Zwang lösen:

Konfliktparteien sollen auf eine Ebene gestellt werden und einander freiwillig entgegenkommen; indem Freiwilligkeit besteht, ist das, was getan wird, etwas Wertvolles – sowohl für den Gebenden als auch für den Nehmenden. Der Gebende erfährt, wie wichtig sein Beitrag ist; er erfährt dadurch Wertschätzung. Und der Nehmende empfängt ein Geschenk. Die Weigerung, etwas zu tun, wird also nicht sanktioniert. Vielmehr muss der Umgang mit unerfüllten Wünschen gelehrt werden. Entweder selbständig oder durch das Angebot von Hilfe. Jeder ist also für sein eigenes Glück selbst verantwortlich. Das Recht muss lediglich Hilfestellung anbieten und dafür ein geeignetes Verfahren vorsehen.

Eine solche Philosophier der Gewaltlosigkeit kann Wunderbares bewirken:

Bei Frauen, die sich wegen der Schwangerschaft in großer Not befinden und die eigentlich keine Mutter sein möchten, führt die Wegnahme jeglichen Zwangs mithilfe der anonymen Geburt dazu, dass sie sich in der Mehrheit der Fälle doch noch für ihr Kind entscheiden und dies nachträglich auch nicht bereuen. Nur ein sehr geringer Prozentsatz aller Frauen, die anonym geboren haben, scheint sich für das Fortdauern der Anonymität zu entscheiden. Die anonyme Geburt scheint in den allermeisten Fällen also eine wertvolle „Verschnaufpause“ zu sein.

Die in Deutschland kürzlich eingeführte vertrauliche Geburt, bei der die Mutter zur Angabe ihrer Personalien verpflichtet ist und deren Identität dem Kind unter Umständen preisgegeben wird, ist nur ein halbherziger Schritt in diese Richtung. Sie gewährt Frauen die benötigte Pause zum Luftholen nicht. M.E. verfehlt diese Regelung deshalb ihr Ziel.

Es lohnt sich also, den Blick nach Frankreich zu richten und Institutionen wie SterniPark, die Mütter in Not aufnehmen, ohne an sie Forderungen zu stellen, staatlich zu unterstützen. Dies, um selbst in ausweglos scheinenden Situationen für Mutter und Kind kleine und große Wunder zu ermöglichen.

## Literatur

Appell, A. R. (2002). Safe Havens to Abandon Babies, Part II: The Fit. *Adoption Quarterly*. VI, 1. 61 – 69

Bonnet, C. (1993). Adoption at birth: Prevention against abandonment or neonaticide. *Child Abuse & Neglect*. 17. 501 – 513

Brandon, A. R., Pitts, S., Denton, W. H., Stringer, C. A., Evans, H. M. (2009). A History of the Theory of Prenatal Attachment. *The Journal of Prenatal and Perinatal Psychology and Health*. 23. 201 – 222

De Bortoli, L., Coles, J., Dolan, M. (2013). A review of Maternal Neonaticide: A Need for Further Research Supporting Evidence-Based Prevention in Australia. *Child Abuse Review*. 22. 327 – 339

Dethlefsen, Th. (1984). *Schicksal als Chance*. München: Bertelsmann

Drewermann, E. (2008). *Hänsel und Gretel, Aschenputtel, Der Wolf und die sieben Geißlein, Grimms Märchen tiefenpsychologisch gedeutet*. 4. Aufl., München: Deutscher Taschenbuch Verlag

Dworkin, R. (2011). *Justice for Hedgehogs*. Cambridge/London: The Belknap Press of Harvard University Press

Hatters Friedman, S., Cavney, J., Resnick, Ph. J. (2012). Mothers Who Kill: Evolutionary Underpinnings and Infanticide Law. *Behavioral Sciences and the Law*. 30. 585 – 597

Hatters Friedman, S., Heneghan, A., Rosenthal, M. (2007). Characteristics of Women Who Deny or Conceal Pregnancy. *Psychosomatics*. 48. 117 – 122

Hatters Friedman, S., Sorrentino, R. (2012). Commentary: Postpartum Psychosis, Infanticide, and Insanity – Implications for Forensic Psychiatry. *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*. 40. 326 – 332

Institut für Demoskopie Allensbach (2012). Schwangerschaftskonflikt und anonyme Geburt Befragung von Müttern, die von SterniPark betreut wurden. [http://www.sternipark.de/fileadmin/content/6227\\_Allensbach\\_-\\_Bericht\\_Sternipark\\_Anonyme\\_Geburt.pdf](http://www.sternipark.de/fileadmin/content/6227_Allensbach_-_Bericht_Sternipark_Anonyme_Geburt.pdf)

Klier, C.M., Grylli, C., Amon, S., Fiala, C., Weizmann-Henelius, G., Pruitt, S.L., Putkonen, H. (2013). Is the introduction of anonymous delivery associated with a reduction of high neonaticide rates in Austria? *A retrospective study*. *BJOG*. 120. 428 - 434

Krischer, M. K., Stone, M. H., Sevecke, K., Steinmeyer, E. M. (2007). Motives for maternal filicide: Results from a study with female forensic patients. *International Journal of Law and Psychiatry*. 30. 191 – 200

Lefaucher, N. (2004). The French 'Tradition' of Anonymous Birth: The Lines of Argument, *International Journal of Law, Policy and the Family*. 18. 319 – 342

Marshall, J. (2012). Concealed births, adoption and human rights law: being wary of seeking to open windows into people's souls. *Cambridge Law Journal*. 71 (2), July. 325-354

McK. Doan, H., Zimmerman, A. (2008). Prenatal Attachment: A Developmental Model. *International Journal for Prenatal and Perinatal Psychology and Medicine*. 20. 20-28

Oberman, M. (2003). Mothers who kill: Cross-cultural patterns in and perspectives on contemporary maternal filicide. *International Journal of Law and Psychiatry*. 26. 493 – 514

Orthofer, M./Orthofer, R. (2013). Angebot zur anonymen Kindesabgabe, Reduzieren anonyme Geburten und Babyklappen die Tötung von Neugeborenen? *Pädiatrie & Pädologie*. 48. 22 – 25

Putkonen, H., Weizmann-Henelius, G., Collander, J., Santtila, P., Eronen, M. (2007). Neonaticides may be more preventable and heterogenous than previously thought – neonaticides in Finland 1980 – 2000. *Archives of Women's Health*. 10. 15 - 23

Rosenberg, M.B./Seils, G. (2004). *Konflikte lösen durch gewaltfreie Kommunikation*. Freiburg i.Br.: Herder

Shelton, J. L., Muirhead, Y., Canning, K. E. (2010). Ambivalence Toward Mothers Who Kill: An Examination of 45 U.S. Cases of Maternal Neonaticide. *Behavioral Sciences and the Law*. 28. 812 – 831

Schwedler, A. (2014). Die vertrauliche Geburt – ein Meilenstein für Schwangere in Not? *NZFam*. 193 – 196

Université Médicale Virtuelle Francophone (UvMaF), L'accouchement sous le secret (2011-2012). [http://campus.cerimes.fr/maieutique/UE-sante-societe-humanite/accouchement\\_secret/site/html/cours.pdf](http://campus.cerimes.fr/maieutique/UE-sante-societe-humanite/accouchement_secret/site/html/cours.pdf)

vanBakel, H.J.A., Maas, A.J.B.M., Vreeswijk, C.M.J.M, Vingerhoets, A. J.J.M. (2013). Pictorial representation of attachment : measuring the parent-fetus relationship in expectant mothers and fathers. *Pregnancy and Childbirth*. 13. 138. 1-9

Veit, Barbara (2014). § ... *BGB Rz. ...*, *Beck'scher Online-Kommentar BGB*. Edition 33. Stand 1.11.2014

Willenbacher, B. (2004). Legal transfer of French traditions? German and Austrian initiatives to introduce anonymous birth. *International Journal of Law, Policy and the Family*. 18. 343 – 354

**Др Наташа Хаџимановић,**

*Виши научни истраживач,*

*Макс Планк Институт за упоредно и међународно приватно право,*

*Хамбург, Немачка*

## **ПРИНУДА ИЛИ СЛОБОДА: ПОВЕРЉИВИ И АНОНИМНИ ПОРОЂАЈ**

### **Резиме**

*У Немачку регулативу је 2014. године уведен концепт "анонимног порођаја", који се ослања на традицију француског института *accouchement sous X*. Нова регулатива има за циљ да регулише концепт анонимног порођаја, чиме би се онемогућило женама, које из неког разлога желе или морају да сакрију своју трудноћу, да изврше порођај у тајности а затим оставе дете без заштите, не наводећи било какве личне податке. У раду се истражује у којој мери се новом регулативом постиже праведно одмеравање интереса: права жене на анониман порођај и права детета да сазна свој идентит и биолошко порекло.*

**Кључне речи:** *поверљиви и анониман порођај, *accouchement sous X*, тајни порођај, филозофија слободе, компаративно породично право, француско право, немачко право.*

## ПРАВО ГРАЂЕЊА

**Апстракт:** Право грађења је ново стварно право у законодавству земаља насталих на простору бивше југословенске државе. Ради се о правном институту који даје могућност правног раздвајања земљишта и зграде изграђене на том земљишту. Оснивањем права грађења начело *superficies solo cedit*, умјесто између земљишта и зграде, примијењује се између права грађења и зграде, тако да је зграда да припадност права грађења, а не земљишта на коме је изграђена како би то био случај да нема права грађења. Право грађења, на неки начин, преузима улогу земљишта. Зграда се може правно одвојити од земљишта и то управо правом грађења, али се не може одвојити зграда од права грађења јер се ради о јединственој правној непокретности. У складу са тим, не може једно лице бити носилац права грађења, а друго власник зграде, већ је то увијек једно те исто лице. Право грађења има двоструку правну природу тако да оно истовремено представља и оптерећење земљишта на коме је основано и самосталну непокретност у правном смислу.

**Кључне ријечи:** право грађења, непокретност, правно јединство непокретности, земљиште, зграда, упис у јавну евиденцију.

### 1. Увод: Право грађења на југословенском правном подручју

Од римског права до данас постоје или су постојале различите правне конструкције које су омогућавале правно раздвајање зграде од земљишта на којем је зграда изграђена (Тајић, 2005: 47; Simonetti, 2003: 395 и даље; Кнежић-Поповић, 1982: 241 и даље; Пухан, 1953: 332; Вуковић, 1947: 522). Правни стручњаци су понудили, а законодавац прихватио рјешења која су била прихватљива за одређене политичко-правно-економске услове.

\* r.jotanovic@pravobl.org

Тако је и у ранијем, тзв. југословенском правном систему, у складу са социјалистичким друштвено-економским уређењем које се заснивало на друштвеној својини, уведен институт познат као „право коришћења“ који је имао неколико појавних форми.

„Право коришћења“ је био хибридни назив који су правници прилагодили тадашњим правно-политичким приликама које су фаворизовале друштвену науштрб приватне својине. Бројним законским прописима извршен је прелазак (грађевинског) земљишта из приватне у друштвену својину,<sup>1</sup> а потом је на земљишту у друштвеној својини дошло до конституисања разних облика „права коришћења“ (право управљања, коришћења и располагања, привремено право коришћења на неизграђеном грађевинском земљишту, право првенственог коришћења (право прече градње), право коришћења ради изградње и трајно право коришћења).

Трајно право коришћења је било сурогат права грађења јер је правно одвајало зграду од земљишта, тако да су и титулари били различити: земљиште у друштвеној својини, а зграда у својини носиоца права трајног коришћења. Трајно право коришћења је било везано за зграду и могло се преносити само заједно са зградом. Основна улога коју је трајно право коришћења имало била је задовољавање стамбених (просторних) потреба грађана. Ако то не би био случај, трајно право коришћења би престало.

За вријеме док је на подручју бивше југословенске државе егзистирало право коришћења, у модерним европским државама, као што су Аустрија и Њемачка које су засноване на капиталистичким (тржишним) условима привређивања, функционисало је право грађења. Управо су аустријски и њемачки прописи о праву грађења<sup>2</sup> били узор приликом нормирања права грађења у правним системима држава које су припадале ранијем југословенском правном кругу. Тако је Словенија у Стварноправном законнику (СПЗРС) регулисала институт „*stavbna pravica*“, <sup>3</sup> Хрватска је у Закону о власништву и другим стварним правима (ЗВРХ) регулисала право грађења,<sup>4</sup> Македонија је у Закону о грађевинском земљишту<sup>5</sup> и Закону о приватизацији и закупу на грађевинском земљишту у државној

---

1 Основни закон о експропријацији, *Службени лист ФНРЈ*, 28/47; Закон о експропријацији, *Службени лист ФНРЈ*, 12/57; Закон о национализацији најамних зграда и грађевинског земљишта, *Службени лист ФНРЈ*, 52/58 и др.

2 Њемачка Уредба о наследном праву грађења од 15. 01. 1919. године и измјенама од 21. 09. 1994. године и аустријски Закон о праву грађења од 26. 04. 1912. године и измјенама од 30. 06. 1977. године и 25. 04. 1990. године.

3 Чл. 256–265 Закона, *Uradni list*, 87/02 и 91/13.

4 Чл. 280–296 Закона, *Народне новине*, 91/96, 68/98, 137/99, 22/00 и 73/00.

5 *Службени весник*, 17/11 и 53/11.

својини<sup>6</sup> регулисала право дугорочног закупа на грађевинском земљишту, Република Србија је у Преднацрту Грађанског законика: пета књига – Стварно право (ПГЗРС)<sup>7</sup> регулисала право грађења (чл. 300–323), док у Босни и Херцеговини због сложеног (уставно)правног уређења постоје три закона који регулишу право грађења и то: Закон о власништву и другим стварним правима Брчко Дистрикта (ЗВБДБиХ, чл. 74–90),<sup>8</sup> Закон о стварним правима Републике Српске (ЗСПРС, чл. 286–302)<sup>9</sup> и Закон о стварним правима Федерације Босне и Херцеговине (ЗСПФБиХ, чл. 298–314).<sup>10</sup> Црна Гора иако је донијела Закон о својинско-правним односима<sup>11</sup> њиме није регулисала право грађења као нови стварноправни институт.

## 2. Појам права грађења

У праву Републике Српске право грађења се дефинише као „... *ограничено стварно право на нечијем земљишту које даје овлашћење свом носиоцу да на површини земљишта или испод ње има властиту зграду, а власник земљишта дужан је то да трпи*“.<sup>12</sup> На сличан начин право грађења дефинисано је и у праву Федерације БиХ (чл. 298, ст. 1), Брчко Дистриката БиХ (чл. 74, ст. 1) и Републике Хрватске (чл. 280, ст. 1), јер институција права грађења у овим државама има заједнички називник у аустријском праву грађења и њемачком насљедном праву грађења.

Анализом наведене дефиниције права грађења одмах се уочава синтагма „нечије земљиште“ коју је у дефиницији употријебио законодавац. Она може имати више значења: да се право грађења може основати само на земљишту које се налази у својини одређеног титулара (нечије земљиште), а не и на земљишту без титулара. Затим, да се не може основати на општим или јавним добрима, осим ако посебним законом то није регулисано,<sup>13</sup> с тим да се на овим добрима може правно одвојити зграда од земљишта

---

6 Службени весник, 4/05, 13/07, 165/08, 146/09, 18/11 и 51/11.

7 Преднацрт Грађанског законика Републике Србије, пета књига-Стварно право, Незванична скица одредаба (прва верзија) само за сопствену употребу читалаца којима је упућена, Београд, децембра, 2014. године.

8 Службени гласник, 11/01, 40/04, 19/07 и 8/03.

9 Службени гласник, 124/08, 58/09 и 95/11.

10 Службене новине, 66/13.

11 Службени лист, 19/09.

12 Чл. 286. ст. 1. ЗСПРС.

13 Чл. 7 ЗСПРС; чл. 7 ЗСПФБиХ; чл. 3 и чл. 35 ЗВРХ.

путем концесије.<sup>14</sup> С друге стране, свако физичко и правно лице може бити носилац права својине и других стварних права,<sup>15</sup> тако да се на земљишту у својини државе (републике), јединица локалне самоуправе (градови или општине) и др. правних лица јавног права,<sup>16</sup> може основати право грађења као и на земљишту у својини физичких и др. правних лица, осим ако посебан закон не одређује нешто друго.<sup>17</sup> Тако је ступањем на снагу ЗВБД дотадашње право управљања, коришћења и располагања на земљишту која је имао Брчко Дистрик БиХ *ex lege* претворено у право својине, а трајно право коришћења на згради изграђеној на таквом земљишту претворено је у право грађења.<sup>18</sup>

Чини се ипак да је синтаagma „нечије земљиште“ употријебљена да би се направила разлика у односу на синтагму „туђе земљиште“. Наиме, ова друга упућује на закључак да се право грађења може основати само на земљишту које је у својини другог лица, тј. носилац права грађења и власник земљишта су два различита, а не иста лица. Међутим, у правним системима већине земаља које су регулисале право грађења омогућено је да исто лице може истовремено бити у улози оба титулара.<sup>19</sup> То произилази не само из формулације „нечије земљиште“, већ је и експлицитно регулисано у оквиру одредби о праву грађења, као што је то и учињено у праву Републике Српске: „*Власник земљишта може бити носилац права грађења на своје земљишту*“.<sup>20</sup> Ово својство власник земљишта може стећи на начин да „изворно“ оснује право грађења у своју корист као и на начин да у случају престанка права грађења консолидацијом задржи право грађења на свом земљишту. Сврха оснивања права грађења на властитом земљишту може бити обезбјеђивање првенственог ранга у јавној евиденцији, јер право грађења има приоритет у односу на сва друга ограничена стварна права

14 Чл. 7, ст. 4 ЗСПРС; чл. 7, ст. 6 ЗСПФБиХ и чл. 3, ст. 4 ЗВРХ.

15 Чл. 3, ст. 1 ЗСПРС; чл. 3, ст. 1 ЗСПФБиХ и чл. 1, ст. 1 ЗВРХ.

16 Чл. 22 ЗСПРС; чл. 22 ЗСПФБиХ и чл. 35 ЗВРХ.

17 У ПГЗРС, у оквиру одредби о праву грађења, експлицитно је регулисано да могућност заснивања права грађења имају поједина јавноправна и приватноправна правна лица (чл. 301, ст. 2), као и физичка лица (чл. 301, ст. 2).

18 Чл. 205, ст. 1 и 2 ЗВБД.

19 Изузетак је ПГЗРС гдје се у дефиницији права грађења наводи да се ради о ограниченом стварном праву имаоца на „туђем земљишту“ (чл. 300, ст. 1). Међутим, иако није дозвољено „изворно“ основати право грађења на властитом земљишту, то је могуће у случају престанка права грађења: „...али сопственик ако хоће може задржати постојање права грађења на свом земљишту“, чл. 318, ст. 3 ПГЗРС.

20 Чл. 290, ст. 2 ЗСПРС.



која оптерећују земљиште,<sup>21</sup> тиме се повећава и вриједност земљишта (Медић, 2011: 211) и др.

У оквиру одредбе о праву грађења као праву на „нечијем земљишту“ проистиче и могућност различитог правног режима на згради испод и/или изнад земљишта и самог земљишта. Зграда као објекат права грађења може бити изграђена не само на површини земљишта, већ и испод његове површине,<sup>22</sup> тако да се право грађења може основати на површини земљишта у корист једног лица, испод површине земљишта у корист другог лица или једно и друго у корист истог лица или власника земљишта, а власник земљишта може за себе основати право грађења на површини или испод површине земљишта (Simonetti, 2013: 6).

### 3. Обавезан садржај права грађења

Основни садржај права грађења јесте овлашћење да се има право својине на згради изнад или испод површине земљишта. При томе, носилац права грађења не може имати већа овлашћења него што их има сам власник земљишта да на свом земљишту гради зграду (Медић, 2011: 210). Земљиште и зграда изграђена на земљишту по основу права грађења заједно представљају самосталну непокретност у правном смислу. Такав правни режим проистиче из природе права грађења јер је оно не само терет земљишта као природне непокретности коју оптерећује, већ се правно одваја од земљишта и (заједно са зградом) представља самосталну непокретност у правном смислу, па можемо рећи да на неки начин има двоструки правни живот (Медић, 2011: 208). Кад не би било права грађења зграда би по принципу *superficies solo cedit* била прираштај земљишта и као таква припадала власнику земљишта. Међутим, право грађења управо омогућује примјену овог принципа на начин да сада важи између права грађења и зграде изграђене на праву грађења, а не више између зграде и земљишта на коме је изграђена. Штавише, може се рећи да принцип *superficies solo cedit* има јаче правно дејство између права грађења и зграде, него између земљишта и зграде, јер се зграда (правно) може одвојити од земљишта и то управо правом грађења, а не постоји начин да се (правно) одвоји зграда од права грађења. Зграда изграђена на праву грађења није самосталан објекат права својине или другог стварног права независно од права грађења, као што је то у односу на земљиште на коме је изграђена,

---

21 В. чл. 294, ст. 3 ЗСПРС; чл. 306, ст. 4 ЗСПФБиХ; чл. 288, ст. 2 ЗВРХ и чл. 83, ст. 2 ЗВБДБиХ.

22 Чл. 286, ст. 1 ЗСПРС; чл. 298, ст. 1 ЗСПФБиХ; чл. 280, ст. 1 ЗВРХ; чл. 74, ст. 1 ЗВБДБиХ и чл. 300, ст. 2 (алтернатива чл. 300, ст. 1) ПГЗРС.

тј. не може једно лице бити власник земљишта, а друго носилац права грађења, већ је то увијек једно те исто лице.

По дефиници, право грађења се може основати на згради која је већ изграђена или која ће тек бити изграђена.<sup>23</sup> Стога, може се поставити питање какав је правни режим права грађења без зграде, а какав са изграђеном зградом, односно ради ли се о истом правном режиму? Право својине на згради изнад или испод површине земљишта може се стећи на два начина: изградњом зграде на неизграђеном грађевинском земљишту или правним одвајањем изграђене зграде од земљишта на један од следећих начина: отуђењем зграде, а задржавањем права својине на земљишту или обрнуто, отуђењем земљишта, а задржавањем права својине на згради или отуђењем зграде једном лицу, а земљишта другом лицу или раздвајањем земљишта и зграде у својини истог лица (Simonetti, 2013: 7).

Дакле, право грађења може постојати са или без изграђене зграде, и у зависности од тога у правном промету (отуђење, наслеђивање и оптерећење) се може „кретати“ на два начина: са зградом или без зграде. Међутим, уколико би се константно вршио правни промет права грађења без изграђене зграде онда би то било противно самом циљу због којег је право грађења установљено као стварно право *numerus clausus* и представљало би неко друго право облигационоправног карактера. Због тога се право грађења увијек оснива у циљу изградње зграде. Уколико носилац права грађења у одређеном временском периоду не би изградио зграду, онда би власник земљишта судским путем могао захтијевати укидање права грађења.<sup>24</sup> Како би се спречио злоупотребе права грађења законодавац би требао одредити краће рокове којим би се санкционисала неактивност носиоца права грађења као што је то учињено у ПГЗРС,<sup>25</sup> а за разлику од рјешења у ЗВРХ.<sup>26</sup>

Оно око чега би се, такође, законодавац требао експлицитно изјаснити јесте и моменат кад се сматра да је зграда изграђена, јер и по овом питању би могло доћи до злоупотребе права грађења тиме што би се зграда само

---

23 Чл. 286, ст. 3 ЗСПРС; чл. 298, ст. 3 ЗСПФБиХ и чл. 280, ст. 3 ЗВРХ.

24 Чл. 299, ст. 1 и 2 ЗСПРС; чл. 311, ст. 1 и 2 ЗСПФБиХ; чл. 88, ст. 1 ЗВБДБиХ и чл. 294, ст. 1 и 2 ЗВРХ.

25 У чл. 316, ст. 1 и 2 ПГЗРС одређен је рок од двије године за почетак изградње зграде, односно рок од 10 година за њен завршетак, рачунајући од дана закључења уговора којим се оснива право грађења.

26 У чл. 294, ст. 1 и 2 ЗВРС одређен је рок од 20 година за изградњу зграде, односно 6 година ако је зграда била изграђена па је срушена.

започела градити или би се изградила у одређеном обиму, а није извјесно вријеме њеног стављања у функцију за коју је намијењена. Рјешења законодавца у том погледу могу бити различита и кретати се од момента изградње прве стропне конструкције (плоче), па до добијања употребне дозволе. Сматрамо да ниједно екстремно рјешење од наведених није добро и да је прихватљиво неко средње рјешење које би омогућило остваривање стврхе права грађења, уз истовремено одређивање појма зграде независно од тога да ли се или не гради на праву грађења.<sup>27</sup> Тако нпр. један од битних услова за појам зграде јесте њена трајна веза са непокретношћу на којој се налази,<sup>28</sup> што значи да привремени објекти (монтажни објекти, киосци и др.) нису припадност земљишта, па самим тим ни права грађења. Поред тога, потребно је размотрити могућност да објекат права грађења, поред зграде, могу бити и друге грађевине, односно грађевински објекти као нпр. канали за наводњавање, цјевоводи разних намјена, жичаре, спортски терени и др., који се од земљишта одвајају углавном правом службености или концесијом. У сваком случају: *„Појам зграде није универзалан већ овиси о конкретном правном уређењу, дometу установе права грађења, односно интерпретацији ове правне установе према конкретним околностима узимајући у обзир правно схваћање које се обликовало у одређеном правном поретку* (Simonetti, 2013: 10).

Као *essentialia negotii* (законска садржина) правног посла којим се оснива право грађења морају се навести подаци о згради која ће се изградити. То се чини споразумно између власника земљишта и носиоца права грађења иначе би овај други могао изградити зграду било какве намјене, димензија и др., а пројектна документација зграде треба да се налази у прилогу уговора о оснивању права грађења. Осим тога, потребно је узети у обзир и одговарајуће законске одредбе којима се регулишу документи просторног уређења (урбанистички пројекти и планови), како би се утврдило да ли је на одређеном земљишту дозвољено грађење, затим врста, спратност и други услови за изградњу зграде. Ови елементи не утичу на пуноважност уговора о оснивању права грађења, већ само на могућност његовог извршења, али се сваки уговор, па и овај, закључује с циљем да произведе одређено правно дејство, а у овом случају то је изградња одговарајуће зграде.

27 Према чл. 3, ст. 1, т. љ), Закона о уређењу простора и грађењу, *Службени гласник Републике Српске*, 40/13: „Зграда је објекат чију грађевинску цјелину чине хоризонтални и вертикални елементи и кров (са свим инсталацијама и опремом), који чине функционалну цјелину, а намијењена је за становање или обављање одређених дјелатности или функција“.

28 Према чл. 6 ЗСПРС: „Непокретности су честице земљишне површине, заједно са свим оним што је са земљиштем трајно (подвукао Р. Ј.) спојено на површини или испод ње, ако законом није другачије одређено“.

Поред навођења свих података који се односе на зграду, обавезна садржина уговора о оснивању права грађења су и подаци о земљишту из јавне евиденције. Уговором се, такође, мора регулисати и начин коришћења дијела земљишта на којем није изграђена зграда, а на којем носилац права грађења има овлашћења и дужности плодоуживаоца.<sup>29</sup> Аналогна примјена одредби закона о престанку плодоуживања регулисана је и приликом престанка права грађења, с тим да ова одредба у уговору може бити *essentialia negotii* или *naturalia negotii*,<sup>30</sup> што значи да власник земљишта и лице којем је престало право грађења могу и другачије уредити своје односе, а не на начин како је то регулисано императивним правилима Закона која регулишу престанак плодоуживања.

*Essentialia negotii* правног посла о оснивању права грађења може бити и одредба која регулише накнаду која припада власнику земљишта,<sup>31</sup> иако је у већини правних система ова одредба *naturalia negotii*,<sup>32</sup> што значи да аутономија воље уговорних страна има приоритет у односу на законско рјешење. Поштујући начело аутономије воље могу се уговорити различити модели (не)плаћања накнаде власнику земљишта: да се не плаћа никаква накнада, да се накнада плаћа у другачијим временским интервалима, а не мјесечно, да се накнада плаћа у постотку мјесечне закупнине, да се даје, чини или трпи нешто друго умјесто плаћања накнаде итд. (*Simonetti*, 2002: 24). Одступање од начела аутономије воље постоји у случају кад је власник земљишта држава, односно јединица локалне самоуправе, у ком случају је за земљиште потребно одредити накнаду утврђену по тржишној цијени.<sup>33</sup> Међутим, у циљу остварења основне, социјалне функције права грађења било би добро омогућити припадницима одређених социјалних категорија становништва да уопште не плаћају или да плаћају мању накнаду од тржишне, чиме би држава која је власник грађевинског земљишта ефикасно ријешила питање бескућника изградњом тзв. социјалних станова.<sup>34</sup>

29 Чл. 287, ст. 1 ЗСПРС; чл. 299, ст. 1 ЗСПФБиХ; чл. 75, ст. 1 ЗВБДБиХ и чл. 281, ст. 1 ЗВРХ.

30 У Републици Српској и Брчко Дистрикту БиХ је то *essentialia negotii*, в. чл. 300, ст. 2 ЗСПРС и чл. 89, ст. 1 ЗВБДБиХ, док је у Федерацији БиХ и Републици Хрватској то *naturalia negotii*, в. чл. 312, ст. 2 ЗСПФБиХ и чл. 295, ст. 2 ЗВРХ.

31 Чл. 287, ст. 2 ЗСПРС.

32 Чл. 299, ст. 2 ЗСПФБиХ; чл. 75, ст. 2 ЗВБДБиХ и чл. 281, ст. 2 ЗВРХ.

33 Чл. 363, ст. 1 ЗСПФБиХ; чл. 209, ст. 1 ЗВБДБиХ и чл. 391, ст. 1 ЗВРХ.

34 Такво рјешење је прихваћено у Републици Хрватској, в. чл. 391, ст. 2 ЗВРХ.

#### 4. Могући садржај права грађења

Поред обавезног (законског, промјенљивог, есенцијалног) садржаја права грађења који је регулисан императивним (когентним) нормама и који је квантитативно мањег обима, уговор о оснивању права грађења (или о промјени садржаја) може имати и необавезни (могући, уговорни, варијабилни, акцидентални) садржај одређен вољом власника земљишта и носиоца права грађења. Одредбама закона које регулишу право грађења експлицитно није одређен уговорни садржај права грађења,<sup>35</sup> већ је уговорним странама остављена могућност да то саме ураде у границама слободе уговарања. Уколико случајни састојци правног посла нису уговорени, право грађења постоји и без њих. Међутим, ако се уговоре, ови састојци постају обавезујући за уговорне стране (*inter partes*), а уписом у јавну евиденцију обавезују и сва трећа лица (*erga omnes*). Без уписа у јавну евиденцију, случајни састојци правног посла о оснивању права грађења задржавају своју облигационоправну природу тако да и не чине његов садржај, а самим уписом постају интегрални дио његовог законског садржаја (Simonetti, 2013: 20).

Уговорни садржај права грађења у законима држава југословенског правног подручја углавном је неодређен или индиректно одређен. Тако је регулисано да је право грађења отуђиво и наслеђиво право.<sup>36</sup> Међутим, може се уговорити и другачији правни режим у смислу да се отуђење права грађења услови сагласношћу власника земљишта. Отуђење права грађења могуће је ограничити на одређену социјалну категорију становништва (млади брачни парови, инвалиди, пензионери, борацке категорије и сл.), што је у складу са његовом социјалном функцијом. Забрана отуђења може бити уговорена за одређени временски период. У сваком случају, независно од тога да ли је условљено сагласношћу власника земљишта,

---

35 За разлику од рјешења у бившим југословенским државама, њемачка Уредба о наслеђном праву грађења веома исцрпно регулише могући садржај наслеђног права грађења и то: обавезу подизања, одржавања и начина употребе зграде, обавезу осигурања зграде од пожара и других ризика и обавезу поновног грађења у случају разарања зграде; обавезу сношења јавних дажбина и трпљења одређених приватноправних оптерећења; обавезу носиоца права грађења да у случају наступања одређених претпоставки пренесе зграду у својину власника земљишта (назадкупња); обавезу носиоца права грађења да сукцесивно плаћа одговарајућу накнаду власнику земљишта; обавезу власника земљишта да носиоцу права грађења понуди продужетак наслеђног права грађења и првенствено право обнављања, односно поновног оснивања наслеђног права грађења (§2), као и обавезу да носилац права грађења не може отуђити или оптеретити наслеђно право грађења са зградом или повећати оптерећење без сагласности власника земљишта (§5).

36 Чл. 291, ст. 1 ЗСПРС; чл. 303, ст. 1 ЗСПФБиХ; чл. 79, ст. 1 ЗВБДБиХ и чл. 285, ст. 1 ЗВРХ.

право грађења се може отуђити само под једнаким (истим) условима под којима је и основано или стечено, што проистиче из начела *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*. Тиме се осигурава да се сврха права грађења не мијења или бар не мијења у значајном дијелу (Тајић-Велић, 2006: 470).

Право грађења се може оптеретити службеностима, реалним теретима, заложним правом, земљишним дугом, као и на сваки други начин у складу са законом.<sup>37</sup> То је у складу са његовом правном природом да се ради о непокретности у правном смислу, а свака непокретност се може оптеретити свим врстама терета регулисаним законом који регулише стварна права. Посебно значајно за носиоца права грађења јесте могућност оптерећења заложним правом – хипотеком у циљу реализације стамбеног кредита за изградњу зграде. Могуће је уговорити и забрану оптерећења права грађења без сагласности власника земљишта. Може се уговорити и забрана или ограничење права надоградње, доградње или преградње зграде.

Један од начина ограничења права грађења јесте и у случају уговорног права прече куповине.<sup>38</sup> Ово право може имати власник земљишта (назадкупња) ако се не изгради зграда у одређеном року, ако се зграда не користи ради остваривања сврхе права грађења и др. Исто тако, носилац права грађења може имати право прече куповине земљишта (право првокупа) у случају да се власник земљишта одлучи на његову продају. Уколико би дошло до реализације права прече куповине у овим случајевима право грађења не би престало, јер власник земљишта може бити носилац права грађења на свом земљишту.<sup>39</sup> Ово је посебно значајно за заштиту титулара појединих стварних права која би престанком права грађења престала консолидацијом.

За разлику од њемачког и аустријског права,<sup>40</sup> у правним системима земаља које су припадале југословенском правном кругу временски

---

37 Чл. 291, ст. 2 ЗСПРС; чл. 303, ст. 2 ЗСПФБиХ; чл. 79, ст. 2 ЗВБДБиХ и чл. 285, ст. 2 ЗВРХ.

38 Према чл. 312 ПГЗРС и чл. 79, ст. 4 ЗВБДБиХ, право прече куповине власника земљишта, односно носиоца права грађења је законско.

39 Другачије рјешење је у ПГЗРС, гдје право грађења може постојати само на туђем земљишту па би уговарање права прече куповине у корист власника земљишта или носиоца права грађења аутоматски довело и до престанка права грађења, изузев ако се не задржи постојање права грађења на свом земљишту (чл. 318, ст. 3).

40 У Њемачкој је то период између 75 и 99 година, а у Аустрији, по Закону о праву грађења, је то био период између 30 и 80 година, да би Новелама од 25. 04. 1990. године, тај период нормиран од 10 до 100 година. ПГЗРС, такође, у чл. 314, ст. 1 ограничава вријеме трајања права грађења на 100 година.

није ограничено (максимално) трајање права грађења. То не искључује могућност његовог оснивања на одређени (дужи) временски период, што потврђује и одредба о престанку права грађења у оквиру које је као један од начина престанка предвиђен и „истек уговореног рока“.<sup>41</sup> Али, ако се и уговори вријеме трајања права грађења, увијек постоји могућност његовог продужења.<sup>42</sup> Уговарање рока може бити од утицаја на могућност конституисања хипотеке, јер престанком права грађења (истеком уговореног рока) престаје и хипотека која га оптерећује чиме правни положај повјериоца може бити угрожен.

Слично року, уговорне стране могу договорити и престанак права грађења под раскидним условом.<sup>43</sup> Законом је предвиђена могућност да власник земљишта може од суда захтијевати укидање права грађења ако се зграда не изгради у року од десет година, односно ако није поново изграђена у року од шест година у случају рушења.<sup>44</sup>

Независно од тога може се уговорити било који раскидни услов који је у складу са правним поретком.<sup>45</sup> Тако се престанак права грађења може уговорити ако се не плаћа уговорена накнада (рента), ако се мијења (битније) намјена зграде без пристанка власника земљишта или се (теже) повриједи друге уговорне обавезе.<sup>46</sup> Као и уговарање права грађења на одређени временски период, тако и уговарање под раскидним условом доводи до неизвјесности његовог трајања „... која је нужна у правном промету ради правне сигурности особито у случају хипотекарног залагања“ (Simonetti, 2011: 8).

Поред наведених уговорних састојака, право грађења се може ограничити или допунити и другим случајним састојцима правног посла којим се оснива или преиначава садржај права грађења уколико нису супротни императивним прописима, односно правној природи права грађења. Тако нпр. још се може уговорити терет сношења различитих (јавних) терета на

---

41 Чл. 298, ст. 1 ЗСПРС и чл. 310, ст. 1, т. 4 ЗСПФБиХ, док је у чл. 86, ст. 2 ЗВБДБиХ и чл. 292, ст. 1 ЗВРХ регулисано само „истеком рока“, без навођења да се ради о „уговореном“ року.

42 Тако је и регулисано у чл. 314, ст. 3 ПГЗРС.

43 Према § 4, ст. 1 аустријског Закона о праву грађења и § 11, ст. 1 Њемачке Уредбе о наследном праву грађења, право грађења се не може ограничити раскидним условом.

44 Чл. 299, ст. 1 и 2 ЗСПРС и 311, ст. 1 и 2 ЗСПФБиХ. У чл. 88, ст. 1 ЗВБДБиХ регулисан је само рок од 10 година за изградњу зграде, док је у чл. 294, ст. 1 ЗВРХ овај рок је регулисан у трајању од 20 година. У чл. 316 ПГЗРС, поред рока од десет година за изградњу зграде, регулисан је и рок од двије године до чијег истека носилац права грађења мора започети са изградњом зграде.

45 В. чл. 75 Закона о облигационим односима, „Службени гласник СФРЈ“, бр. 29/78.

46 Чл. 315, ст. 1 ПГЗРС.

згради или земљишту, начин коришћења (преосталог) земљишта након изградње зграде, обавеза осигурања зграде од различитих ризика, обавеза (редовног и ванредног) одржавања зграде, могућност оснивања етажне својине на изграђеној згради и др.

## 5. Стицање права грађења

Закони регулишу два начина оснивања права грађења: правним послом или одлуком суда.<sup>47</sup> Правним послом право грађења се оснива уз испуњење законских претпоставки: да је оснивач уписан у јавну евиденцију као власник земљишта, да постоји пуноважан правни основ и да се изврши (двоструки) упис у јавну евиденцију.

Сваки уписани власник земљишта може основати право грађења у своју или корист другог лица. При томе, на земљишту не могу постојати било каква ограничена стварна права којима би право грађења штетило, односно потребна је сагласност титулара ових права за упис права грађења.<sup>48</sup> Постоји и ограничење за оснивача права грађења ако се ради о земљишту у својини државе или јединица локалне самоуправе, у којем случају постоји обавеза расписивања јавног конкурса.<sup>49</sup> Ограничења могу постојати и у односу на страна физичка и правна лица када се примијењују одредбе закона које регулишу стицање својине страних лица на непокретностима (*Simonetti*, 2006: 2 и даље).

Правни посао којим се оснива право грађења може бити једностранни или двострани. Једностранни правни посао може бити тестамент у којем ће завјешталац (власник земљишта) одредбом о легату конституисати право грађења у корист легатара. Најчешћи начин оснивања права грађења је, ипак, двострани правни посао и то уговор који закључују власник земљишта и носилац права грађења. Форма у којој се закључује овај уговор је прописана посебним законом, а у БиХ то је Закон о нотарима.<sup>50</sup> Нотарска обрада исправа је обавезна за све правне послове чији је предмет стицање права на непокретностима,<sup>51</sup> а пошто је право грађења непокретност у правном смислу, онда се ове одредбе односе и на право грађења. Поред услова у погледу форме, правни посао којим се оснива право грађења мора

47 Чл. 293, ст. 1 ЗСПРС; чл. 305, ст. 1 ЗСПФБиХ; чл. 80, ст. 1 ЗВБДБиХ и чл. 286, ст. 1 ЗВРХ.

48 Чл. 294, ст. 3 ЗСПРС; чл. 306, ст. 3 ЗСПФБиХ; чл. 83, ст. 2 ЗВБДБиХ и чл. 288, ст. 2 ЗВРХ.

49 Чл. 348, ст. 1 ЗСПРС; чл. 363, ст. 1 ЗСПФБиХ; чл. 209, ст. 1 ЗВБДБиХ и чл. 391, ст. 1 ЗВРХ.

50 „Службени гласник Републике Српске“, бр. 86/04, „Службене новине Федерације БиХ“, бр. 45/02 и „Службени гласник Брчко Дистрикта БиХ“, бр. 9/03.

51 Чл. 68, ст. 1, т. 4 Закона о нотарима Републике Српске и чл. 73, ст. 1, т. 4 Закона о нотарима Федерације БиХ, и чл. 47, ст. 1, т. 4, Закона о нотарима Брчко Дистрикта БиХ.



садржавати и *clausulu intabulandi*, мада ова клаузула може бити садржана и у посебној исправи сачињеној, такође, у форми нотарски обрађене исправе.

Правни посао је правни основ за стицање права грађења, а начин његовог стицања у овом случају је упис у јавну евиденцију. Упис у јавну евиденцију права грађења је специфичан, ускладу са његовом правном природом. Наиме, право грађења се стиче тзв. двоструким уписом и то тако да се ово право упише у земљишнокњижни уложак земљишта као његово оптерећење и то са првим ранг мјестом, а потом се отвара нови земљишнокњижни уложак права грађења. У лист „А“ новооснованог земљишнокњижног улошка права грађења уписују се подаци о праву грађења и зграда која је изграђена или на којој је основано право грађења. Такође, овдје је потребно означити оптерећено земљиште и број земљишнокњижног улошка земљишта, као што се у теретном листу земљишта наводи број земљишнокњижног улошка права грађења. Међусобним упућивањем на земљишнокњижне улошке земљишта и права грађења постиже се потпуност и прегледност јавне евиденције и подвлачи неодвојива веза између права грађења и земљишта које оптерећује.<sup>52</sup> У лист „Б“ права грађења уписује се носилац права грађења и свака наредна промјена носиоца у случају преноса права грађења, а у листу „Ц“ уписују се евентуална оптерећења права грађења.

Право грађења на основу судске одлуке може се основати у поступку диобе или у оставинском поступку, као и у другим случајевима одређеним законом.<sup>53</sup> Диобом се право грађења може основати у поступку утврђивања сувласничких дијелова на непокретности у заједничкој својини и у поступку развргнућа сувласничке заједнице (Simonetti, 2014: 310). Диоба између сувласника или заједничара може бити на основу споразума у оквиру којег могу договорити и оснивање права грађења у корист појединих сувласника или заједничара на земљишту које прелази у својину других сувласника или заједничара. Суд, такође, својом одлуком може у поступку диобе основати право грађења без сагласности сувласника или заједничара, с тим да то може само у поступку развргнућа сувласничке заједнице, а не и у поступку утврђивања сувласничких дијелова на непокретности у заједничкој својини (Simonetti, 2014: 313).

Суд ће (не и „може“) у оставинском поступку основати право грађења ако је завјешталац у тестаменту, легатом или налогом, одредио оснивање права грађења у корист легатара или корисника налога. У овом случају одредба тестаментa о легату или налогу представља посредан правни

---

52 В. чл. 289 ЗСПРС; чл. 301 ЗСПФБиХ; чл. 77 ЗВБДБиХ и чл. 283 ЗВРХ.

53 Чл. 295, ст. 1 ЗСПРС; чл. 305, ст. 1 ЗСПФБиХ; чл. 82, ст. 1 ЗВБДБиХ и чл. 289, ст. 1 ЗВРХ.

основ, а правоснажна одлука суда непосредан правни основ за стицање права грађења.

Одредбама закона је регулисано да се право грађења судском одлуком може основати и у другим случајевима одређеним законом. Пошто законом који регулише стварноправне односе нису предвиђени ови други случајеви, то се може регулисати посебним законима (*lex specialis*) као што је нпр. Закон о експропријацији.<sup>54</sup> Овим законом се може регулисати да се на експроприсаној непокретности оснује право грађења у корист корисника експропријације, ако је то у складу са циљем експропријације, нпр. изградња зграде.

На оснивање права грађења одлуком суда примијењују се правила о оснивању службености одлуком суда,<sup>55</sup> а Законом је регулисано да се право службености одлуком суда стиче на начин предвиђен за њено стицање на основу правног посла.<sup>56</sup> То значи да правоснажна судска одлука представља само правни основ за оснивање права грађења, а оно се стиче двоструким уписом у јавну евиденцију.

Право грађења се, осим правним послом и судском одлуком, може стећи и примјеном начела поуздања у јавну евиденцију ако је стицалац био савјестан (Медић, 2011: 214), на шта упућује одредба која регулише да ће се у погледу оснивања права грађења, његове промјене и престанка, те у погледу заштите повјерења у јавну евиденцију на одговарајући начин примијенити одредбе Закона које се односе на право својине.<sup>57</sup> То практично значи да се право својине на непокретностима, па самим тим и право грађења као непокретност у правном смислу, може стећи од невласника (стицање на основу закона) ако је као такав уписан у јавну евиденцију, а стицалац поступа са повјерењем у јавну евиденцију не знајући да оно што је тамо уписано није истинито и/или потпуно (Јотановић, 2014: 554 и даље).

Грађењем на туђем праву грађења, као и прекорачењем међе грађењем се, такође, може стећи право грађења од стране градитеља.<sup>58</sup> У том случају

---

54 Закон о експропријацији, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 112/06; Закон о експропријацији „Службене новине Федерације БиХ“, бр. 70/07; Закон о експропријацији некретнина у Брчко Дистрикту БиХ, „Службени гласник Брчко Дистрикта“, бр. 26/04; Закон о извлаштењу, „Народне новине“, бр. 9/94.

55 Чл. Чл. 295, ст. 2 ЗСПРС; чл. 305, ст. 2 ЗСПФБиХ; чл. 82, ст. 2 ЗВБДБиХ и чл. 289, ст. 2 ЗВРХ.

56 Чл. 195, ст. 3 ЗСПРС; чл. 207, ст. 3 ЗСПФБиХ и чл. 226, ст. 3 ЗВРХ. Према чл. 141, ст. 2 и 2 ЗВБДБиХ упис права службености у јавну евиденцију нема конститутивно дејство.

57 Чл. 294, ст. 5 ЗСПРС; чл. 306, ст. 4 ЗСПФБиХ и чл. 288, ст. 5 ЗВРХ.

58 Чл. 63 ЗСПРС; чл. 63 ЗСПФБиХ; чл. 157 ЗВРХ и чл. 43 ПГЗРС.

се примијењују правила која важе за стицање својине грађењем на туђем земљишту, односно прекорачењем међе грађењем. С обзиром на то да Закон реafirмише примјену начела *superficies solo cedit*, градитељ ће непосредно стећи право грађења само у случају кад је савјестан, а носилац права грађења несавјестан.<sup>59</sup>

У појединим законодавствима регулисана је и могућност стицања права грађења одржајем. Тако нпр. у њемачком праву могуће је табуларним одржајем стећи право грађења погрешном укњижбом по протеку рока од 30 година.<sup>60</sup> Преднацрт Грађанског законика Републике Србије, такође, регулише могућност стицања права грађења одржајем,<sup>61</sup> али не садржи додатне одредбе о овом начину стицања тако да би се у овом случају аналогно могле примијенити одредбе о стицању својине на непокретностима путем одржаја.<sup>62</sup>

## 6. Престанак права грађења

Закони регулишу неколико разлога престанка права грађења: пропашћу оптерећеног земљишта, споразумом, овлашћениковим одрицањем, истеком уговореног рока и испуњењем уговореног раскидног услова, растерећењем, укидањем, престанком корисника, заштитом туђег повјерења.<sup>63</sup> Међутим, није детаљније регулисан ниједан од наведених случајева престанка права грађења, изузев у случају престанка укидањем<sup>64</sup>. Да ли је наступио неки од разлога за престанак права грађења утврђује се правоснажном судском одлуком која представља само правни основ, а право грађења ће престати тек брисањем из јавне евиденције као самосталног земљишнокњижног тијела и као терета земљишта, тзв. двоструко брисање (Simonetti, 2011: 19).

Престанком права грађења брисањем из јавне евиденције наступају одређене правне посљедице. Првенствено долази до успостављања

---

59 В. чл. 59 ЗСПРС; чл. 59 ЗСПФБиХ и чл. 152 ЗВРХ.

60 § 902 БГБ-а.

61 Чл. 303.

62 В. чл. 29 ПГЗРС.

63 Чл. 298, ст. 1 ЗСПРС; чл. 310, ст. 1, т. 1-5 ЗСПФБиХ; чл. 86, ст. 2 ЗВБДБиХ; чл. 292, ст. 1 ЗВРХ и чл. 315, ст. 1 ПГЗРС регулише још неке случајеве престанка права грађења: неплаћање уговорене накнаде, битнија измјена намјене зграде без престанка власника земљишта, знатније прекорачење граница права грађења или теже повреде уговорне обавезе. Иако овај преднацрт не регулише могућност оснивања права грађења на властитом земљишту, ово право усљед консолидације неће престати ако то жели власник земљишта (чл. 318, ст. 3).

64 Чл. 299 ЗСПРС; чл. 311 ЗСПФБиХ; чл. 88, ст. 1 ЗВБДБиХ; чл. 294 ЗВРХ и чл. 316 ПГЗРС.

правног јединства између земљишта и зграде, односно свега онога што је правом грађења било од земљишта правно одвојено. Резултат тога јесте да се регулишу двије врсте правних односа: између власника земљишта и носиоца права грађења, са једне стране, и између титулара туђих стварних права која су била терет права грађења и носиоца права грађења и/или власника земљишта, са друге стране.

На однос између власника земљишта и лица којем је престало право грађења примјењују се правила која важе за односе након престанка права плодоуживања.<sup>65</sup> Власник земљишта је дужан лицу којем је престало право грађења исплатити наканду у висини вриједности зграде,<sup>66</sup> али је ово правило диспозитивне природе тако да уговорне стране могу и другачије договорити. Кад је држава или јединица локалне самоуправе власник земљишта обавезно је располагање са непокретностима, односно правом грађења само под тржишним условима, с тим да и овдје постоји одступање уколико је то у интересу општег и социјалног напретка грађана (нпр. изградња здравствених, образовних и других установа од јавног интереса).<sup>67</sup> Лице којем је престало право грађења може обезбиједити своје право на наканду конституисањем неког стварноправног средства обезбјеђења на земљишту са зградом (нпр. реалног дуга или хипотеке).

Стварна права која су имала трећа лица на праву грађења престају с престанком тог права. Међутим, заложно право које је теретило право грађења, његовим престанком ће теретити наканду коју дугује власник земљишта лицу чије је право грађења престало, што значи да уколико на праву грађења није изграђена зграда, нема ни накнаде у висини вриједности зграде тако да ће заложно право престати (*Simonetti*, 2011: 25). Исто тако, службености, стварни терети и заложно право у корист и на терет права грађења са зградом остају као службености и стварни терети у корист, односно на терет земљишта са зградом с дотадашњим првенственим редом,<sup>68</sup> што значи да ако нема зграде и ова стварна права престају (Бабић, Хашић, Медић, Повлакић, Велић, 2014: 797, Бабић, Хашић, Медић, Повлакић, Велић, 2011: 320).

---

65 Чл. 300, ст. 2 ЗСПРС; чл. 312, ст. 2 ЗСПФБиХ; чл. 89, ст. 1 ЗВБДБиХ и чл. 295, ст. 2 ЗВРХ.

66 Чл. 300, ст. 3 ЗСПРС; чл. 312, ст. 3 ЗСПФБиХ; чл. 89, ст. 2 ЗВБДБиХ; чл. 295, ст. 3 ЗВРХ и чл. 320, ст. 1 ПГЗРС. И према § 27, ст. 1 њемачке Уредбе о наслеђном праву грађења постоји обавеза плаћања накнаде у висини вриједности зграде, али се може уговорити и други износ и врста накнаде, као и да се искључи обавеза плаћања накнаде. Према чл. 9, ст. 2 аустријског Закона о праву грађења ова накнада плаћа се само у износу од једне четвртине вриједности зграде, ако није другачије уговорено.

67 Чл. 348 ЗСПРС; чл. 363 ЗСПФБиХ, чл. 209 ЗВБДБиХ и чл. 391ЗВРХ.

68 Чл. 301, ст. 3 ЗСПРС; чл. 313, ст. 3 ЗСПФБиХ; чл. 90, ст. 3 ЗВБДБиХ и чл. 296, ст. 3 ЗВРХ.

## 7. Закључак

Регулисањем права грађења као новог стварноправног института законодавац жели остварити неколико функција: правну, социјалну и економску. Његова правна функција огледа се у (правном) раздвајању зграде и земљишта на којем је зграда изграђења. Тиме се омогућује стицање права својине на згради независно од права својине на земљишту, а такав стварноправни положај носиоца права грађења је много повољни од сличног облигационоправног односа, као нпр. уговора о концесији или закупа грађевинског земљишта.

Не мање значајна је и социјална функција права грађења. Наиме, у савременим животним условима расте потреба за стамбеним простором, посебно сиромашног дијела становништва. У таквим условима су и цијене (грађевинског) земљишта енормне, тако да је право грађења један од ефикасних начина да се смање укупни трошкови изградње зграде и то управо за вриједност (грађевинског) земљишта које носилац права грађења обезбјеђује за одређену периодичну накнаду, а истовремено може и да хипотекарно заложи право грађења чиме ће обезбиједити и средства за изградњу зграде. Наравно, право грађења не служи само изградњи ових „социјалних станова“, али би то требала бити његова примарна улога.

Економска функција која се остварује правом грађења од значаја је за власнике (грађевинског) земљишта. Власници земљишта задржавају право својине на (грађевинском) земљишту и могу истим располагати без ограничења. Истовремено остварују периодичну накнаду у висини просјечне закупнине за такво земљиште, а након престанка права грађења постају власници зграде чиме повећавају вриједност самог земљишта. Уговором о оснивању права грађења може се носилац права грађења обавезати на плаћање јавноправних дажбина за оптерећено земљиште, умјесто власника земљишта.

## Литература

Бабић, И. Хашић, Е. Медић, Д. Повлакић, М. Велић, Л. (2014). *Коментар Закона о стварним правима Федерације БиХ*. Сарајево: Привредна штампа

Бабић, И. Хашић, Е. Медић, Д. Повлакић, М. Велић, Л. (2011). *Коментар Закона о стварним правима Републике Српске*. Сарајево: Привредна штампа

Вуковић, М. (1947). Развитак права грађења. *Архив за правне и друштвене науке Београд*. 4/1947. 520–530

Јотановић, Р. (2014). Начело повјерења у Катастар непокретности у праву Републике Српске. *Правна ријеч – Часопис за правну теорију и праксу Бања Лука*. 40/2014. 553–572

- Кнежић-Поповић, Д. (1982). Почети развоја superficiesа. *Годишњак Правног факултета у Сарајеву*. XXIX/1982. 241–260
- Медић, Д. (2011). *Ново стварно право Републике Српске*. Бања Лука: ФПН Апеирон
- Пухан, И. (1953). *Superficies solo cedit* у римском праву. *Анали Правног факултета у Београду*. 3–4/1953. 332–340
- Simonetti, П. (2014). *Стјецање права власништва на темељу правног посла у Босни и Херцеговини и Хрватској (1945–2011)*. Бања Лука: Службени гласник Републике Српске
- Simonetti, П. (2013). Одлике права грађења и суперфицијарног права. *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*. в. 34, 1/2013. 3–35
- Simonetti, П. (2011). Право грађења – трајање и престанак. *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*. в. 32, 1/2011. 1–29
- Simonetti, П. (2006). Право власништва и право грађења страних особа на некретнинама у Републици Хрватској. *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*. в. 27, 1/06. 1–55
- Simonetti, П. (2003). Римски superficies и његов утјецај на сувремена права континенталне Европе. Међународни симпозијум «*Contemporary Law, Legal Science and Justinian's Codification*». Скопје, 20–22. листопад 2003. године. 395–420
- Simonetti, П. (2002). Оснивање права грађења, *Правна мисао Сарајево*. 7–8/2002. 21–40
- Тајић, Л. (2005). Право грађења. *Правни савјетник*. 7–8/05, 46–51
- Тајић-Велић, Л. (2006). Право грађења у СР Немачкој и његово увођење у правни систем Босне и Херцеговине. *Актуалности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе – Зборник радова са четвртог међународног савјетовања одржаног у Неуму*, 16. 17 и 18. липња 2006. године. 459–474
- Основни закон о експропријацији. *Службени лист ФНРЈ*. Бр. 28. 1947
- Закон о експропријацији. *Службени лист ФНРЈ*. Бр. 12. 1957
- Закон о национализацији најамних зграда и грађевинског земљишта. *Службени лист ФНРЈ*. Бр. 52. 1958
- Стварноправни законик. *Урадни лист Републике Словеније*. Бр. 87. 2002. Бр. 91. 2013
- Закон о власништву и другим стварним правима. *Народне новине Републике Хрватске*. Бр. 91. 1996. Бр. 68. 1998. Бр. 137. 1999. Бр. 22. 2000. Бр. 73. 2000
- Закону о грађевинском земљишту. *Службени весник Републике Македоније*. Бр. 17 2011. Бр. 53. 2011

Закону о приватизацији и закупу на грађевинском земљишту у државној својини, *Службени весник Републике Македоније*. Бр. 4. 2005. Бр. 13. 2007. Бр. 165. 2008. Бр. 146 2009. Бр. 18. 2011. Бр. 51. 2011

Закон о власништву и другим стварним правима Брчко Дистрикта. *Службени гласник Брчко Дистрикта БиХ*. Бр. 11. 2001. Бр. 40. 2004. Бр. 19. 2007. Бр. 8. 2003

Закон о стварним правима. *Службени гласник Републике Српске*. Бр. 124. 2008. Бр. 58. 2009. Бр. 95. 2011

Закон о стварним правима. *Службене новине Федерације БиХ*. Бр. 66. 2013

Закон о својинско-правним односима. *Службени лист Црне Горе*. Бр. 19. 2009

Закон о уређењу простора и грађењу. *Службени гласник Републике Српске*. Бр. 40. 2013

Закон о облигационим односима. *Службени гласник СФРЈ*. Бр. 29. 1978

Закон о нотарима. *Службени гласник Републике Српске*. Бр. 86. 2004

Закон о нотарима. *Службене новине Федерације БиХ*. Бр. 45. 2002

Закон о нотарима. *Службени гласник Брчко Дистрикта БиХ*. Бр. 9. 2003

Закон о експропријацији. *Службени гласник Републике Српске*. Бр. 112. 2006

Закон о експропријацији. *Службене новине Федерације БиХ*. Бр. 70. 2007

Закон о експропријацији некретнина у Брчко Дистрикту БиХ. *Службени гласник Брчко Дистрикта*. Бр. 26. 2004

Закон о извлаштењу. *Народне новине Републике Хрватске*. Бр. 9. 1994

***Radenko Jotanović, LL.D.***

*Assistant Professor,*

*Faculty of Law, University of Banja Luka*

**RIGHT TO BUILD**

**Summary**

*The right to build is a fairly new property right in the legislations of the new countries established on the territory of the former SFR Yugoslavia. It is a legal institute which provides an opportunity to legally separate the land from the building erected on that land. Upon establishing the right to build, the superficies solo cedit principle no longer applies in determining the ownership rights on the land and the building but rather in distinguishing between the right to build and the building; it implies that there are two independent ownership rights: one on the land and the other on*

*the building. Therefore, the building is associated to the right to build and not to the land on which it is raised, which would be the case if the right to build did not exist.*

*Thus, the right to build takes over the role of the land. The building can be legally separated from the land by the right to build. Yet, the building cannot be separated from the right to build since it is a unique legal real property. Consequently, the right to build and the building ownership cannot be assigned to two different persons (one as the titleholder of the right to build and another as the building owner) because they are always the same person. The legal nature of the right to build is dual as it simultaneously implies an encumbrance (burden) on the land where it is established and an independent real property right.*

*The legislator has embarked on regulating the right to build as a new real law institute for a number of reasons: legal, social and economic ones. The legal function of this institute is reflected in the legal separation of the existing or future building from the land where it is erected. Its social function is equally important; in modern living conditions, there is a growing need for residential space, especially for the poorer part of the population. In such conditions, the value of (construction) land is enormous, making the right to build an efficient way to reduce total costs of developing a building by the value of the (construction) land; instead of buying the construction land, the holder of the right to build pays a fee for the agreed period of time, but he may also put a mortgage on the right to build, thus providing assets for erecting the building. Certainly, although the right to build is not used only for the purpose of building "social flats", it should be its primary purpose.*

*In addition, the economic function of the right to build is important for the (construction) land owners. The land owners retain the ownership right over the construction land and may freely dispose of it without any restrictions. Concurrently, they obtain a periodic payment in the amount of average rent for such land; after the termination of the right to build, they become owners of the building, thus increasing the value of the land. By entering into a contract establishing the right to build, the holder of the right to build may be obliged to pay the public taxes and dues for the encumbered land instead of the land owner.*

**Key words:** *right to build (construction right), immovable property, legal unity of real estate and the right to build, land, building, entry into public register*



**Tina Pržeska, LL.D.\***

Assistant Professor,  
Faculty of Law "Iustinianus Primus",  
University "Ss. Cyril and Methodius",  
Skopje, Macedonia

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 347.27(497.7:4-672EU)

Рад примљен: 30.06.2015.

Рад прихваћен: 03.12.2015.

## **THE LEGAL STATUS OF THE MORTGAGE CREDITOR AND THE MORTGAGE DEBTOR**

**Abstract:** *This paper analyses the legal status of the mortgage creditor and the mortgage debtor in the legal system of the Republic of Macedonia, with reference to the provisions of the Act on Ownership and Other Real Rights, and more closely the provision of the Contractual Pledge Act (2003) The legal status of the mortgage debtor as a financially dependent party is observed with reference to the provisions of the Contractual Pledge, regulating the obligatory and non-obligatory content (permitted clauses) of the mortgage contract as well as the rights and duties of the mortgage creditor and the mortgage debtor, in light of their effect on the legal position of the debtor. The protection of the mortgage debtor in EU regulations is analyzed in light of the recent adoption of the Mortgage Credit Directive 2014/17/EU on credit agreements for consumers relating to residential immovable property and the case law of the European Court of Justice.*

**Keywords:** *mortgage, mortgage debtor, mortgage creditor, credit loans, real securities, rights in rem, pledge.*

### **1. Introduction**

The right of pledge is defined as a right *in rem* in the legal system of Republic of Macedonia and, as such, is regulated by the Act on Ownership and Other Real Right<sup>1</sup>. According to the provisions in Article 225 par.1 of the Act on Ownership and Other Real Rights, "The right of pledge is a right *in rem* used for securing the claim of the pledge creditor by pledging certain items or rights in favor of the pledge creditor, who is thus authorizes to dispose with the object of pledge in such

---

\* communicationperpetua@yahoo.com

1 Law on Ownership and other Real Rights, *Official Gazette of Republic of Macedonia*, no. 18/2001.

*a manner that, after the expiry of the time-limit for discharging the claim, he may request the payment from the value of the object of pledge (by selling the pledged item) before the creditors who have no right of pledge over the pledged item or right and before the creditors who acquired right of pledge over the same item or right at a later date, regardless of the changes in ownership of the pledged item”.*

The Act on Ownership and Other Real Right also regulates that the mortgage creditor may acquire ownership of the object of pledge (*lex commissoria*)<sup>2</sup> under the conditions stipulated in the pledge agreement (Art. 225, par. 2). Considering the legal grounds for acquiring the right of pledge, this Act recognizes three types of pledge: contractual pledge (acquired by contract), judicial pledge (acquired by court decision) and statutory pledge (acquired by law). These three types of pledge are regulated by different legislative acts. Contractual pledge is regulated by the Contractual Pledge Act<sup>3</sup>. Judicial pledge is regulated mainly by the Act on Securing Claims<sup>4</sup>. The provisions regulating statutory pledge are found in different legislative acts, including: the Internal Navigation Act (art. 136)<sup>5</sup>, the Cultural Heritage Protection Act (art. 142)<sup>6</sup>, the Inheritance Act (art. 142)<sup>7</sup>, Act on Ownership and Other Real Rights (art. 52, 89), etc.

The subject matter of this paper is the analysis of the legal status of the mortgage creditor and the mortgage debtor under the Contractual Pledge Act (2003).

## **2. The Right of Pledge (Pawn and Mortgage) under the Contractual Pledge Act**

As already noted, the Act on Ownership and Other Real Rights recognizes three types of pledge: contractual pledge, judicial pledge and statutory pledge. As this Act contains only a few articles on the right of pledge, there was sufficient lati-

---

2 Roman Laws recognized the legal practice that allowed the pledge creditor to acquire ownership of the object of pledge in cases of default on part of the debtor in payment of the secured debts. The legal scholars underline that this was a very common practice among ancient bankers that ensured them with profits that were considerably larger than the value of their claims since the object of pledge was always appraised to have a higher value than the secured claim. According to historical records, in order to protect the poorest Roman citizens from losing their possession, Emperor Constantine banned *lex commissoria* in 326 A.D. Marzec, 2014:60; A. Burdese 1949: 95, 131; Biscardi, 1962:584; Buckland, 1952: 316).

3 Law on Contractual Pledge, *Official Gazette of Republic of Macedonia*, no. 5/2003.

4 Law on Securing Claims, *Official Gazette of Republic of Macedonia*, no.87/2007.

5 Law of Internal Navigation, *Official Gazette of Republic of Macedonia*, no. 55/2007

6 Law on the Protection of Cultural Heritage, *Official Gazette of Republic of Macedonia*, no. 20/2004.

7 Inheritance Act, *Official Gazette of Republic of Macedonia*, no. 47/1996.

tude for enacting special legislation, such as the Contractual Pledge Act which specifically regulates the right of pledge acquired by means of contract.

In accordance with the provision in Article 2 of the Contractual Pledge Act, contractual pledge is used for securing the creditor's monetary and other types of claims, which are measurable in terms of monetary value and which are to be paid by the debtor in a contractual relation. Besides, in case the claims secured by pledge are not discharged on time, the pledge creditor may demand payment from the value of the pledged object or under conditions prescribed by the law or by acquiring ownership on the pledged object (*lex commissoria*).

Depending on the subject matter of pledge, the Contractual Pledge Act makes a distinction between two types of contractual pledge: pledge on movables (pawn) and pledge on immovables (mortgage). Pawn is a pledge on movable property, claims or other rights and assets (stocks, bonds, etc.). Mortgage is a pledge on immovable property (chattels real).

Before the Contractual Pledge Act came in to force, the right of contract pledge was regulated by two different legislative acts: the Act on Pledge on Movables and Rights<sup>8</sup> and the Contractual Mortgage Act<sup>9</sup>. The main reason for passing the Contractual Pledge Act was an effort to regulate the right of contract pledge (pawn and mortgage) in a single act. However, considering the special characteristic of pawn and mortgage as two types of contractual pledge, the provisions of the Contractual Pledge Act may be divided in three groups. The first group includes the provisions applicable to both types of pledge, such as the provisions on the right of pledge as real security, the pledge creditor and the pledge debtor, the claims that may be secured by pledge, the pledge contract and partially the provisions regarding the extinction of the right of pledge as well as the rights and duties of the pledge creditor and the pledge debtor. The second group includes provisions regulating pawn, and they are not applicable to mortgage. The third group of provisions regulate mortgage but cannot be applied to pawn. The second and the third group of provisions regulate the manner in which pawn or mortgage is acquired, as well as other special characteristics of the two different types of pledge that demand special regulation.

In the regulation of contract pledge as a right *in rem*, the general principles of regulating civil law relations are taken into consideration. One of the most important principles is the principle of equality. It is one of the basic principles in regulating civil law relations, party autonomy or free initiative, transfer of rights and monetary sanctions (Р. Живковска, 2011: 23-33). According to this

---

8 Law on Pledge of Movables and Rights, *Official Gazette of Republic of Macedonia* number 21/1998.

9 Law on Contractual Mortgage, *Official Gazette of Republic of Macedonia* number 59/2000.

principle, all parties in civil law relations must be equal in regard of acquisition, enjoyment and protection of their rights. The implementation of this principle also means that no party in civil law relations is granted a position of authority and the possibility to impose its will on the opposite party (Р. Живковска, 2011:27-30). The full exercise of the principle of equality is not possible only by providing formal equality of the parties; therefore, in modern civil law, legal measures are taken for protection of the economically weaker party. Concerning the right of pledge, the pledge debtor or the mortgage debtor is perceived to be the economically weaker party who needs to enjoy adequate legal protection in relation to the mortgage creditor. In this regard, the of Contractual Pledge Act tries to balance out the rights and duties of the mortgage creditor and the mortgage debtor in order to prevent any abuse of rights, especially on part of the mortgage creditor. However, closer analysis of the Contractual Pledge Act shows that most of the provisions give priority to the principle of free initiative, which is not uncommon when regulating civil law relations since the free initiative is considered to be the core principle in civil law (Р. Живковска 2011: 24). The leeway provided by certain provisions of the Contractual Pledge Act in exercising free initiative may enable the mortgage creditor to impose unfavorable conditions to the mortgage debtor, which the debtor will be compelled to accept in order to ensure the conclusion of the mortgage contract.

The next part of this paper will analyze the provisions regulating the permitted clauses of the mortgage contract, as well as the rights and duties of the mortgage creditor and the mortgage debtor in light of the legal position of both parties provided thereby.

### 3. Permitted Clauses of the Mortgage Contract

Article 17 paragraph 1 of the Contractual Pledge Act states that “*mortgage is acquired by signing the mortgage contract and registering the mortgage in public records*”<sup>10</sup>. The conclusion of the mortgage contract is the first condition for acquiring mortgage. It is a formal contract that must be concluded in written form and certified by a notary public<sup>11</sup>. If the mortgage contract is not concluded in written form, it is considered void<sup>12</sup>.

The Contractual Pledge Act also regulates the content of the contract, regarding the obligatory elements that must be included. The obligatory elements of the mortgage contract are: the precise identification of the contracting parties

---

10 According to Macedonian law, mortgage is registered in the Real Estate Cadastre. See: Law on Real Estate Cadastre, *Official Gazette of Republic of Macedonia*, no. 55/2013.

11 Art. 21, par. 1, Law on Contractual Pledge.

12 Art. 21, par. 2. Law on Contractual Pledge.

(including personal data) and precise identification of the debtor (only if it is not the same person as the mortgage debtor), the description of the mortgaged object with sufficient specification that enables its identification, the source of the secured claim, the notification on when the claim is due for payment, and the time and place of signing the contract<sup>13</sup>. The Act also regulates the non-obligatory elements of the mortgage contract (the permitted clauses) but contains no special provision regarding the forbidden clauses<sup>14</sup>

In terms of the permitted clauses in the mortgage contract, the Contractual Pledge Act states that the contracting parties may give the mortgage contract the effect of an enforceable document by including explicit statements of contracting parties that they have agreed for the contract to become an enforceable document. This clause enables the mortgage creditor to demand immediate enforcement of the mortgage after the debtor's default.

Another permitted clause in the mortgage contract is the selection of the authorized subject for enforcement of the foreclosure proceedings. This enables the contracting parties to select the authorized subject and, by doing so, to determine how the foreclosure proceedings will be performed. Although the Act provides several options in terms of entities that may execute these proceedings (a notary public, an enforcer, a real estate agency, stock-exchange, etc), the foreclosure proceedings are performed only by notaries public and enforcers.

The mortgage debtor and the mortgage creditor are also entitled to include a clause in the mortgage contract that enables the mortgage creditor, in case of the debtor's default, to undertake measures to protect or increase the value of the mortgage object but without the possibility of obtaining ownership by investing resources into the mortgaged object. The clause protects the interest of the mortgage creditor in regard of keeping the value of the mortgaged object

---

13 Art. 23, Law on Contractual Pledge.

14 For example, the Mortgage Act of the Republic of Serbia contains provision on clauses of the mortgage contract which are considered to be null and void. The contract clauses that are considered to be null are: the contract clause obligating the mortgage debtor to sell the mortgaged object in a manner other than prescribed by law; the contract clause specifying that the mortgaged real estate may be transferred to the mortgage creditor or a third party by a predetermined price; the clause stipulating that the mortgage creditor has the right to use the mortgaged real estate and to collect fruits from it; and the clause preventing the mortgage debtor to transfer the ownership right of the mortgaged object or to instate other mortgages on the same object. See: Art. 13, Mortgage Act, *Official Gazette of Republic of Serbia*, 115/2005. The Mortgage Act of Montenegro also contains a provision prohibiting contract clauses such as: the right of the mortgage creditor to acquire ownership over the mortgaged object in case of the debtor's default, to collect the fruits or otherwise use the mortgaged object (art. 21, Mortgage Act, *Official Gazette of Montenegro*, 52/2004).

and concurrently excludes the possibility for the mortgage creditor to use the situation for acquiring ownership over the mortgaged object.

The mortgage contract may also contain a clause permitting the mortgage creditor to take possession of the mortgaged object in case of the mortgage debtor's default, but only if the mortgage contract is an enforceable document.

There is also a possibility for the mortgage creditor to impose limitations on the mortgage debtor in terms of the right to use or transfer ownership of the mortgaged object. Given the fact that the provisions of the Contractual Pledge Act are not precise in terms of the type of limitations that may be imposed on the mortgage debtor, the given freedom of contract may be easily abused by the mortgage creditor in order to impose unfair limitations that may impede the mortgage debtor from free enjoyment of the ownership right over the mortgaged object.

The Contract Pledge Act includes another ambiguous provision that may lead to infringement of the mortgage debtor's rights. According to Article 23 par. 4 of the Contractual Pledge Act, "*the pledge is acquired on all assets of the debtor including future assets that he might obtain if the contracting parties have not stated clearly in the contract that the object of pledge are only part of the assets at the disposal of the debtor at the moment of the conclusion of the contract*". It is unclear from the cited provision which "*assets*" the Act refers to. This provision might easily lead to an interpretation that the Macedonian legal system makes provisions for the general mortgage to be acquired on the property of the mortgage debtor.

Regarding the *lex commissoria* clause, it is notable that the Contractual Pledge Act contains a provision permitting the mortgage creditor to acquire ownership of the mortgage object as payment of the secured claim<sup>15</sup>. However, this does not mean that the mortgage contract may contain such a clause. The Contractual Pledge Act clearly states that *lex commissoria* may be exercised under the condition determined by the law (which excludes the possibility for *lex commissoria* to be determined by the mortgage contract)<sup>16</sup>. In fact, according to the Contractual Pledge Act, the mortgage creditor may acquire ownership of the mortgaged

---

15 Contemporary law prohibits the "*lex commissoria*" clause in mortgage contracts, in order to protect the rights of the mortgage debtor and to prevent unjust enrichment on part of the mortgage creditor since the value of mortgaged object is always higher than the value of the secured claim. However, scholars consider that after the initiation of the foreclosure proceedings there is no more need for protection of the mortgage debtor; therefore, *lex commissoria* may be permitted (Lazić, 2009: 117-115; Rašović, 2007:190-192).

16 The Mortgage Act of Montenegro does not state that the mortgage creditor has the right to demand payment by acquiring ownership on the mortgaged object; it only states that the payment of the secured claim is performed from the value of the mortgaged object (Art. 1, Mortgage Act). For more on this Act, see: Rašović, 2007: 1-4. Article 1 of the Mortgage Act

object only in foreclosure proceedings, if there is only one mortgage creditor and if the public bidding for sale of the mortgaged object was unsuccessful.

When the foreclosure proceedings are executed by authorized enforcers under the Enforcement Act, the mortgage debtor may propose for the mortgaged object to be sold to him/her at a price determined in the second public bidding<sup>17</sup>. The mortgage creditor may give such a proposal only if the public bidding for sale of the mortgaged object was unsuccessful. If there is positive difference between the value of the mortgaged object and the value of the secured claim, the mortgage creditor is obligated to pay out the positive difference.

#### **4. Rights and Duties of the Mortgage Creditor and the Mortgage Debtor**

As already noted, most of the provisions regulating the rights and duties of the pledge creditor and the pledge debtor are applicable regardless of the type of pledge (pawn or mortgage). However, there are certain provisions that only apply to pawn as a type of pledge.

In general, the rights and duties of the mortgage creditor and the mortgage debtor are distinct, depending on the time of establishing the creditor's right to secure his claim and the period of time elapsed after the debtor's default.

##### ***4.1. Rights and Duties of the Mortgage Creditor and the Mortgage Debtor during the period of Securing the Claim***

Notably, the Contractual Pledge Act contains a number of provisions regulating the rights of the mortgage creditor, which imply specific duties of the mortgage debtor.

In the course of securing the claim, the mortgage creditor is authorized to protect the value of the object of mortgage against the mortgage debtor. In terms of exercising this right, the mortgage creditor is authorized to inspect the condition of the object of mortgage; if the mortgage debtor is devaluating the object of mortgage, the mortgage creditor may demand for such actions to be prevented; if the object of mortgage has legal or material defects, the mortgage creditor may demand for such defects to be removed.

According to the provision in Article 28 of the Contractual Pledge Act, the mortgage creditor has the right to inspect (supervise) the condition of the object

---

of the Republic of Serbia contains similar provisions (art. 1), as well as the Croatian Act on Ownership and Other Real Rights (art. 1, NN, 91/96).

<sup>17</sup> Art. 180, par. 1, Law on Enforcement, *Official Gazette of Republic of Macedonia*, number 35/2005.

of mortgage. The Act does not contain more precise provisions regarding the manner in which this right may be exercised; however, it states that the mortgage creditor is not permitted to exercise this right in inconvenient time. Determining what may be considered as “*inconvenient time*” for inspection of the object of mortgage is left to interpretation. The “*inconvenient time*” may refer to the moment when the inspection causes expenses to the mortgage debtor (travel expenses, interruption or delay of business activities) or disturbs the debtor’s private and family life (in case the mortgaged object is the debtor’s residence). In terms of exercising the right of inspection, the question that remains unanswered is how the mortgage creditor will exercise this right if the mortgage debtor is unwilling to provide access to the mortgaged object for inspection.

Another right that enables the mortgage creditor to protect the value of the mortgaged object is the right to request that the mortgage debtor stops all activities that may devalue the mortgaged object<sup>18</sup>. The exercise of this right also includes authorization for the mortgage creditor to demand that the mortgaged object be restituted to its previous condition. In case the mortgage debtor is unwilling to respond to the demands of the mortgage creditor concerning the devaluation of the mortgaged object, the mortgage creditor may take legal action in a court of law. By rendering a judicial decision, the court will obligate the mortgage debtor to refrain from any actions that may devalue the mortgaged object. The mortgage creditor is also authorized to demand early payment of the secured claim if the mortgage debtor does not comply with the obligation to refrain from any action that may devalue the mortgaged object.

Given the fact that the value of the mortgaged object is the essence of mortgage as a real security, it is important that the mortgaged object does not have any material or legal defects. In case such defects exist, the mortgage debtor is obligated (upon demand of the mortgage creditor) to remove any existing defect on the mortgaged object in the timeline determined by the mortgage creditor<sup>19</sup>. If the defect is not removed in a timely manner, the mortgage creditor may demand replacement of the mortgaged object. The mortgage creditor is also authorized to undertake legal action before the courts<sup>20</sup> against the mortgage debtor that has not complied with the demand to remove legal or material defect or has not provided replacement. The novelties in Article 32 of the Contractual Pledge Law of 2007 also enable the mortgage creditor to avoid court proceedings on these matters and direct the legal action to one of the subjects authorized to enforce the foreclosure proceedings (a notary public or an enforcer), but only if the

---

18 Art. 26, Law on Contractual Pledge.

19 Art. 32, Law on Contractual Pledge.

20 The legal action includes a request to oblige the mortgage debtor to comply with the duty to remove all legal or material defects of the object of pledge or to provide replacement.



mortgage contract is a enforceable document<sup>21</sup>. Beside the right of the mortgage creditor to demand a removal of legal and material defect or replacement of the mortgaged object, the mortgage creditor may also demand early payment of the secured claim.

When it comes to the protection of the mortgaged object value, the Contractual Pledge Act also contains a general provision according to which the mortgage debtor is obligated to use the object of pledge as a good host or as a good steward, and to keep the object of pledge secured from all types of risks<sup>22</sup>.

During the period of securing of the claim, the mortgage creditor is also authorized to protect the mortgage right from any infringement on part of the mortgage debtor or third parties. Since the right of pledge is acquired on the object owned by the mortgage debtor, the mortgage creditor is authorized to demand that the owner (mortgage debtor) tolerate the right and to refrain from actions that he would normally perform if no right of mortgage existed<sup>23</sup>. The same refraining obligation falls on all third parties that may illegally impede or prevent the mortgage creditor in exercising the mortgage right. Such claims of the mortgage creditor are not subject to statute of limitation. However, when legal action is undertaken for infringement of the mortgage right, the mortgage creditor is expected to prove the existence of such right and the the defendant's actions leading to infringement of that right. The Contractual Pledge Act also comprises a general provision stating that the mortgage creditor may take any legal action to protect the mortgage right provided for the protection of real rights<sup>24</sup>.

Another right given to the mortgage creditor during the period of securing of the claim is the right to dispose of mortgage by instating mortgage on the existing mortgage right to secure the creditor's claim. The mortgage creditor may use this right without the mortgage debtor's consent. When sub-mortgage is acquired, the debtor needs the permission of the sub-mortgage creditor before the payment of the claim. If the debtor fails to ask for the sub-mortgage creditor's permission before the payment of the claim, the mortgage will remain on the mortgaged object. These provisions are aimed at protecting the rights of the sub-mortgage creditor from infringement by the mortgage creditor and the mortgage debtor. However, the Act provides the debtor with the opportunity to pay out the secured claim, without consent of the sub-mortgage creditor, if

---

21 The mortgage contract is an enforceable document if it is made by notary public and if it contains the contracting parties' statement that they have consented for the mortgage contract to become an enforceable document. See: art. 22, Law on Contractual Pledge.

22 Art. 27, par.1, Law on Contractual Pledge.

23 Art. 39, Law on Contractual Pledge.

24 Art. 34, Law on Contractual Pledge.

the payment is performed by depositing the amount with a court of law or a notary public office.

The mortgage creditor may also exercise the mortgage right regardless of the change in ownership on the mortgaged object<sup>25</sup>. In that regard, the person who acquires ownership of the mortgaged object must tolerate the exercise of the right of mortgage, except in case the mortgage object is sold within the scope of the business practices of the mortgage debtor, but only if the mortgage right has not been registered in the Real Estate Cadastre<sup>26</sup>.

One of the most important rights emerging from mortgage is the priority in payment from the value of the mortgaged object. The priority is guaranteed in view of the other mortgage creditors that acquired the mortgage on the same object at a later date, as well as the remaining creditors of the mortgage debtor that have not acquired the right of mortgage<sup>27</sup>.

With respect to the rights of the mortgage debtor, the Contractual Pledge Act contains very few provisions. Regarding the lack of provisions regulating the rights of the mortgage debtor, it can be argued that in case of mortgage the mortgage debtor has possession of the mortgaged object during the period of securing of the claim and is, therefore, in a better position than the mortgage creditor.

Most of the provisions of the Contractual Pledge Act regulate the rights of the pledge debtor in cases of possessory pledge<sup>28</sup>. Since mortgage can only be acquired as non-possessory pledge,<sup>29</sup> those provision will not be subject of further analysis in this text. However, there is a provision in paragraph 2 of Article 27 of the Contractual Pledge Act that guarantees the right of the mortgage debtor to collect the fruits of the pledged object if the contracting parties have not agreed differently in the pledge contract. This provision may be applied to all types of pledge regardless of the manner that the right has been acquired, even though a provision in Article 27 regulating the obligation of the mortgage debtor in

---

25 Art. 37, I Law on Contractual Pledge.

26 In reality, this provision is not applicable since the right of mortgage cannot even be acquired if it is not registered in the Real Estate Cadastre. See: art. 17. Law on Contractual Pledge. The Law on Real Estate Cadastre also prescribes that all real right must be registered in the Real Estate Cadastre, which is a necessary condition for the acquisition of such rights. See: art. 143, Law on Real Estate Cadastre.

27 Art. 24. Law on Contractual Pledge.

28 The right of possessory pledge is acquired by concluding the pledge contract and giving possession of the object of pledge to the mortgage creditor.

29 The right of non-possessory pledge is acquired by concluding the pledge contract and by registration of the right in public records such as the Pledge Registry (for pawn) and the Real Estate Cadastre (for mortgage).

respect of the use of the mortgaged object implies non-possessory pledge. By guaranteeing the right of the mortgage debtor to collect the fruits of the pledged object, the Contractual Pledge Act prohibits the so called "*antichresis*", as do many other contemporary laws regulating the right of pledge. The reason why the *antichresis* is prohibited is for the protection of the mortgage debtor against the demands of the mortgage creditor that may extend to collection of fruits of the mortgaged object which will put the mortgage debtor in an unfavorable position and may lead to abuses by the mortgage creditor<sup>30</sup>. It should be noted that the Contractual Pledge Act is not consistent with regard to the prohibition of the *antichresis* since it allows for the contracting parties (mortgage creditor and the mortgage debtor) to determine differently in the mortgage contract, meaning that the contracting parties may agree that the mortgage creditor may collect the fruits of the mortgaged object. This is seemingly a form of exercising the freedom of contract; however, taking in consideration the position of the mortgage debtor in light of conclusion of the mortgage contract, it is more than likely that he may feel compelled by the mortgage creditor to agree in order to ensure the conclusion of the contract. There is also a provision in Article 7 of the Contractual Pledge Act that states: "*Pledge may extend to future property. If the object of pledge gives fruits the fruits are object of pledge unless it is stated differently in the pledge contract*". Although unclear, this provision should be interpreted that the object of pledge are fruits that are still attached to the pledged object, but at the moment of their separation they belong to the mortgage debtor. The grounds for such interpretation of Article 7 of the Contractual Pledge Act may be found in the provisions of paragraph 3 of Article 27 where it is clearly stated that: "*If the object of pledge gives fruits, the pledge is extended to the fruits that are found at the moment of realization of the pledge, unless it is stated differently in the pledge contract*". Regarding the cited article, the same argument can be made that the mortgage debtor, who is in fact economically dependent on the mortgage creditor, may agree to such provision in the mortgage contract compelled by his difficult position.

Analyzing the legal position of the mortgage creditor and the mortgage debtor during the period of securing of the claim, it may be concluded that the Contractual Pledge Act contains provisions that are intended to protect the weaker party, i.e. the mortgage debtor. Such protection is offered by the provisions that guarantee the right of the mortgage debtor to keep possession of the mortgaged

---

30 Legal scholars note that contemporary legislation tends not to permit contracting of an *antichresis* because of the possibility for the mortgage creditor to use such clause to obtain unjust benefits on cost of the mortgage debtor. However, it is also noted that in legal practice there are different ways to circumvent this prohibition such as concluding a rent contract with the mortgage creditor as the tenant, or a usufruct contract with the mortgage creditor as a beneficiary of that right. (Kovačević – Kuštrimović, Lazić, 2004:332; M. Lazić, 2009: 116).

object, since the right of mortgage can only be acquired as non-possessory pledge. Keeping possession of the mortgaged object is important for the mortgage debtor because it provides him with the opportunity to fully exercise his right of ownership over the mortgaged object and, by doing so, to gain financial effects from his property. Another important provision guarantees the right of the mortgage debtor to collect the fruits of the mortgaged object. However, as we have shown, the Contractual Pledge Act is not consistent in providing protection to the mortgage debtor as the weaker party since there are ways to circumvent the legal provisions by the mortgage contract, as well as by other simulated contracts (rent, usufruct) that the mortgage debtor may be compelled to sign on demand of the mortgage creditor.

#### ***4.2. Rights and Duties of the Mortgage Creditor and the Mortgage Debtor in the Period after the Default of the Debtor***

In the period after the default of the debtor, the mortgage creditor has the right to demand payment of the secured claim from the value of the mortgaged object in foreclosure proceedings (proceedings for sale of the mortgaged object). According to the Contractual Pledge Act, two conditions must be fulfilled. The first condition is the default on part of the debtor; the second condition is that the mortgage contract has to be an enforceable document<sup>31</sup>.

In order to prevent abuses on part of the mortgage creditor and protect the rights of the mortgage debtor, the foreclosure proceedings are official and they are performed by an authorized subject (a notary public, enforcer, real-estate agency, broker, etc.). However, due to lack of regulations, the only subjects that perform the foreclosure proceedings are notary publics and enforcers. The notary publics perform the foreclosure proceedings according to the provisions of the Contractual Pledge Act, whereas the enforcers execute it according to the provisions of the Enforcement Act.

According to the provisions of the Contractual Pledge Act, the mortgage debtor has the right to be duly informed about the initiation of foreclosure proceedings. The mortgage debtor also has the right to determine the minimal price for sale of the mortgaged object by giving written statement<sup>32</sup>. Exercising the right to determine the minimal price for sale of the mortgaged object enables the mortgage debtor to prevent devaluation of the mortgaged object. However, the Contractual Pledge Act gives certain parameters for determining the minimal price for sale of the mortgaged object, such as: the market value, the amount

---

31 Art. 61, Law on Contractual Pledge.

32 Art. 64-g, Law on Contractual Pledge.

of the secured claim, expenses in the foreclosure proceedings, etc<sup>33</sup>. The Contractual Pledge Act also prescribes that during the first bidding the mortgaged object cannot be sold under the determined minimal sale price<sup>34</sup>. The right of the mortgage debtor to determine the minimal price for sale of the mortgaged object extends to the second bidding in the foreclosure proceeding; however, in case of second bidding, the mortgage debtor is obligated to lower the sale price determined in the first bidding.

Until the foreclosure proceeding are terminated, the mortgage creditor and the mortgage debtor may agree for the mortgaged object to be sold by settlement<sup>35</sup>. This type of agreement is in favor of both parties (the mortgage creditor and the mortgage debtor) because it gives them the opportunity to determine the the sale price and conditions.

The Contractual Pledge Act also recognizes *lex commissoria*, but only under the conditions prescribed by the law. As noted previously, in order to prevent the possibility for the mortgage creditor to abuse his right at the expense of the mortgage debtor who is in a less favorable position during the conclusion of the mortgage contract, the Act does not permit for such clause to be entered into the mortgage contract. However, the Contractual Pledge Act recognizes *lex commissoria* as a manner of payment of the claim in the foreclosure proceedings. Yet, the *lex commissoria* is permitted only in exceptional situations in the foreclosure proceedings: when there is only one mortgage debtor, and if the sale of the mortgaged object was unsuccessful after two scheduled biddings and no settlement was reached<sup>36</sup>. The mortgage creditor may refuse to become owner of the mortgaged object. In that case, the foreclosure proceedings will continue with new public biddings.

The mortgage debtor has no legal remedies at his disposal in the foreclosure proceedings, but he may take legal action if he considers that his rights have been violated in the foreclosure proceedings. In such cases, the mortgage debtor may file a suit before the courts contesting the acts undertaken by the notary public during the foreclosure proceedings. The mortgage creditor may also demand from the courts temporary measures that will delay the acquisition of the right of ownership on the mortgaged object by the highest bidder<sup>37</sup>. However, if the suit filed by the mortgage debtor is unsuccessful, he will be obligated to

---

33 Art. 64-d, Law on Contractual Pledge.

34 Art. 64-s, Law on Contractual Pledge.

35 Art. 64-l, Law on Contractual Pledge.

36 Art. 64-Lj, Law on Contractual Pledge.

37 Art. 67, Law on Contractual Pledge.

pay damages to the highest bidder for delaying the acquisition of the right of ownership over the mortgaged object.

When the foreclosure proceedings are executed by authorized enforcers, the Enforcement Act applies. The enforcer performs the foreclosure according to the provisions regulating enforcements over real estate. These are general provisions regulating enforcements over real estate. The Enforcement Act does not regulate in particular the foreclosure due to mortgage. Unlike the Contract Pledge Act where the mortgage debtor is given the right to determine the minimal price for sale of the mortgaged object, the Enforcement Act states that the value of the real estate which is subject to foreclosure is determined by an expert<sup>38</sup>. The foreclosure proceedings are performed by public bidding over the mortgaged object. However, there is a possibility for the sale to be performed by direct settlement if the mortgage creditor and the mortgage debtor reach an agreement on such a sale<sup>39</sup>. During the foreclosure proceedings, the mortgage debtor may use objection as legal remedy to protect his/her rights against irregularities in the enforcement performed by the authorized enforcer<sup>40</sup>. The objection against irregularities in the enforcement proceedings is submitted to the president of the court, who is obliged to render a decision in 72 hours from the submission date of the objection. Rendering a decision on the matter, the president of the court may determine that there are irregularities in the enforcement proceedings and annul the actions of the enforcer. However, the president of the court is not authorized to stop the enforcement or to obligate the enforcer to undertake certain actions.

The decision of the president of the court regarding the objection for irregularities in the enforcement proceedings may be appealed before the Court of Appeals<sup>41</sup>. It is important to note that the submitted appeal does not delay the enforcement proceedings.

Regarding the foreclosure proceedings, especially disconcerting is paragraph 2 of Article 11 of the Contractual Pledge Act where it is stated that: *"If the pledged ideal part of the object cannot be separated from the rest of the object, the pledge creditor may demand the sale of the entire object to third persons in cases of default of the debtor..."*. The implementation of this provision in the foreclosure proceedings will mean violation of rights of third parties (the owners of the other ideal parts of the object). The cited provision of the law creates the possibility for sale to take place, where these owners will lose their right of ownership

---

38 Art. 164, Law on Enforcement.

39 Art. 169, Law on Enforcement.

40 Art. 77, Law on Enforcement.

41 Art. 77-a, Law on Enforcement.

over the object even though they have not participated in (or consented to) the acquisition of the mortgage. In this particular case, it is also important to note that the ideal part of the object (owned by the mortgage debtor) is mortgaged, and not the entire object that is co-owned by multiple persons. So the question remains: How can the mortgage creditor demand the sale of something that was not mortgaged in the first place?!

## **5. Protection of the Mortgage Creditor in European Union**

In the European Union, several attempts have been made to harmonize the EU laws regulating mortgage credits, or more precisely regulating the manner of providing services in respect to mortgage credits. One of the first steps towards the harmonization of the mortgage credit markets was taken by the European Commission in 1985, when a proposal was submitted to the Council for Council Directive on the Freedom of Establishment and the Free Supply of Services in the Field of Mortgage Credits<sup>42</sup>. As it was stated in the explanatory note of the Proposal, the main goal was to ensure abolishment of institutional and technical provisions that prevent credit institutions from undertaking mortgage business in the European Community. The Proposal also stated that the proposed Directive on the Freedom of Establishment and the Free Supply of Services in the Field of Mortgage Credits should serve as supplement to the First Banking Directive from 1977 (77/780/EEC). However, this Proposal was withdrawn by the European Commission in 1995. In 1997, the European Commission, consumer organization and European credit sector embarked on negotiations aimed at creating the Voluntary Code of Conduct on Pre-Contractual Information for Home Loans (2001/139/EC). The implementation of the Voluntary Code was supported by an Agreement negotiated and adopted by European associations of consumers and the European Credit Sector Associations offering home loans<sup>43</sup>. The main idea behind the implementation of the Voluntary Code is for consumers to be provided with pre-contractual information concerning the various mortgages and housing loans across the European Union so that consumer may compare offers and make informed choices regarding mortgages. Such contractual information, according to the Voluntary Code, should be provided on information sheet with harmonized information standards within the European Union. The objective of the Voluntary Code is to provide protection of mortgage debtors who are regarded as consumers in the mortgage credit market.

---

42 Proposal for a Council Directive on the freedom of establishment and the free supply of services in the field of mortgage credit, (COM 84 730 final).

43 Legal theory has pointed out that, in cases like the one concerning the implementation of the Voluntary Code of Conduct on Pre-Contractual Information for Home Loans, the European Commission has the role of a sponsor of such rules. (Herwig C.H. Hofmann, Gerard C. Rowe, Alexander H.Türk, 2011:329).

In the aftermath of the financial crises in the European Union, new attempts have been made for implementation of rules regarding the mortgage credit agreement that will, among other things, provide protection for mortgage debtors especially in the process of signing mortgage credit agreements. This resulted in the adoption of the Mortgage Credit Directive on credit agreements for consumers relating to residential immovable property on 4 February 2014 (2014/17/EU). The main objective of the Mortgage Credit Directive is to create a mortgage credit market across the European Union, with rules that provide high level of consumer protection<sup>44</sup>. Provisions of the Mortgage Credit Directive contain minimum regulatory requirements for: consumer information, principles and standards for providing services regarding mortgage credits, rules for assessment of consumer creditworthiness, early repayment, foreign currency loans, etc.

The case law of the European Court of Justice shows that the protection of the mortgage debtor in the EU is primarily afforded by using Consumer Law, such as Unfair Contract Terms Directive 93/13/EEC<sup>45</sup>, and in some cases protection was afforded on the basis of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms<sup>46</sup>.

## 6. Summary

The text analyses the legal status of the mortgage creditor and the mortgage debtor in light of the provisions of the Macedonian Act on Ownership and Other Real Rights and the Contractual Pledge Act of 2003. As it is shown in the text, the Contractual Pledge Act regulates the right of pledge acquired by contract in the Macedonian legal system, and it includes provisions that regulate both contract pledge on movables (possessory and non-possessory) and mortgage. The text underlines that the principle of equality, as basic principle in regulating civil law relations, applies in regard of pledge as a right *in rem*. According to this principle, as pointed out in the text, all parties in civil law relations must be equal in regard of acquisition, enjoyment and protection of their rights. The implementation of this principle also means that no party in civil law relations is granted a position of authority and the possibility to impose its will on the

---

44 The EU member states are obligated to transpose its provisions into their national law by March 2016. For more on the Mortgage Credit Directive, see: [http://ec.europa.eu/finance/finservices-retail/credit/mortgage/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/finance/finservices-retail/credit/mortgage/index_en.htm).

45 One of the most discussed cases lately is the Courts decision in *Aziz v. Catalunyaacaixa* Case C-415/11, where the Court found that Spanish legislation on enforcement proceedings are not in compliance with the Unfair Contract Terms Directive. For more on the case law of the European Court, see: Sein., Lilleholt, 2014: 20-46.

46 In the case *Rousk v Sweden* (Application No. 27183/04) the European Court found violation of Article 8 and Article 1 of Protocol 1 of the Convention.



opposite party. The text also notes that the full exercise of the principle of equality is not possible by providing only formal equality of the contracting parties; therefore, in modern civil law, legal measures are being taken for protection of the economically weaker party. Regarding pledge as a right *in rem*, the pledge debtor or the mortgage debtor is perceived as the economically weaker party that needs and should enjoy adequate legal protection in relation to the mortgage creditor.

The legal position of the mortgage debtor has been analyzed by identifying the provisions of the Contractual Pledge Act that may be both favorable and unfavorable for the mortgage debtor, such as: the provisions that permit the pledge to be extended to the fruits of the object of pledge (if not determined otherwise in the pledge contract), the possibility for the pledge creditor to demand foreclosure on the entire object even when the mortgage is placed on the ideal part (co-ownership), the lack of legal remedies in favor of the mortgage debtor in the foreclosure proceedings, etc.

The text also analyzes the protection of the mortgage debtor as an economically weaker party in EU regulations, where the need for protection of the mortgage debtors has emerged as a pressing issue in recent years due to the devastating effect of the economic crisis on the mortgage market, which ultimately led to adopting documents such as the Mortgage Credit Directive on credit agreements for consumers relating to residential immovable property. The case law of the European Court of Justice (most notably the Courts decision *Aziz v. Catalunya-caixa* Case C-415/11) shows that the protection of the mortgage debtor in the EU is primarily afforded by using Consumer Law (such as, the Unfair Contract Terms Directive 93/13/EEC), although other measures of protection are being considered as well.

## References

- Burdese A. (1949). La 'lex commissoria' e il 'ius vendendi' nella fiducia e nel pegno. Torino
- A.Biscardi (1962), La lex commissoria nel sistema delle garanzie reali. u: *Studi in onore di Emilio Betti*, Milano: Giuffrè (vol. II). 584
- Application No. 27183/04. *Rousk v Sweden*
- Buckland W. W. (1952). *Roman Law & Common Law A Comparison In Outline*. CUP Archive
- Case C-415/11. *Aziz v. Catalunya-caixa*
- Herwig C.H. Hofmann, Gerard C. Rowe Alexander, H.Türk (2011). *Administrative Law and Policy of the European Union*. Oxford University Press

- Law on Inheritance. *Official Gazette of Republic of Macedonia number 47/1996*  
Kovačević – Kuštrimović R., Lazić M. (2004), *Stvarno pravo*, Zograf, Niš
- Law on Protection of Cultural Heritage. *Official Gazette of Republic of Macedonia number 20/2004, 2007, 18/11, 148/11, 23/13, 137/13, 164/13, 38/14, 44/14, 199/14*
- Law on Contractual Mortgage. *Official Gazette of Republic of Macedonia number 59/2000, 86.2000*
- Law on Contract Pledge. *Official Gazette of Republic of Macedonia number 5/2003, 4/2005, 87/2007, 51/11, 74/12, 115/14*
- Law on Enforcement, *Official Gazette of Republic of Macedonia, number 35/2005, 50/2006, 129/2006, 8/2008, 83/2009, 50/10, 83/10, 88/10, 171/10, 148/11, 187/13*
- Law on Internal Navigation. *Official Gazette of Republic of Macedonia number 87/2007, 26/2009, 22/2010, 23/2011, 53/2011, 155/2012, 15/2013, 137/2013, 163/2013, 42/2014, 166/14*
- Law on Mortgage, *Official Gazette of Montenegro, 52/2004*
- Law on Mortgage, *Official Gazette of Republic of Serbia, 115/2005*
- Law on Ownership and Other Real Rights of Croatia, *NN. 91/96*
- Law on Ownership and Other Real Rights. *Official Gazette of Republic of Macedonia number 18/2001, 92/2008, 139/2010, 35/2010*
- Law on Pledge on Movables and Rights. *Official Gazette of Republic of Macedonia number 21/1998, 48/99, 86/2000*
- Law on Real Estate Cadastre, *Official Gazette of Republic of Macedonia, number 55/2013, 41/14, 115/14*
- Lazić M. (2009). *Prava Realnog obezbeđenja*. Niš
- Marzec Ł. (2014). May contracts be entirely free? Some comparative remarks on various approaches to freedom of contract. *Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa:7(1)*. [www.ejournals.eu/Krakowskie-Studia-z-Historii-Panstwa-i-Prawa](http://www.ejournals.eu/Krakowskie-Studia-z-Historii-Panstwa-i-Prawa). 59-60
- Proposal for a Council Directive on the freedom of establishment and free supply of services in the field of mortgage credit, (COM 84 730 final)
- Rašović Z. P. (2007). *Komentar zakona o hipoteci*. Pravni fakultet u Podgorici, Podgorica
- Sein K., Lilleholt K. (2014). Enforcement of Security Rights and consumer Protection: An Assessment of Estonian and Norwegian Law, *Oslo Law Review (1)*. 20-46
- Живковска, Р.(2011), *Општ дел на граѓанското право*, Скопје: Европа 92

**Др Тина Пржеска,**  
Доцент,  
Правни факултет “Јустинијан Први”,  
Универзитет “Свети Кирило и Методије”, Скопље

## **ПРАВНИ СТАТУС ХИПОТЕКАРНОГ ПОВЕРИОЦА И ХИПОТЕКАРНОГ ДУЖНИКА**

### **Резиме**

У раду се анализира правни статус хипотекарног повериоца и хипотекарног дужника у Републици Македонији у светлу Закона о својини и другим стварним правима и Закона о уговору о залози из 2003. У македонском правном систему, Закон о уговору о залози регулише право залогe стечено уговором, и обухвата одредбе које уређују уговорну залогу на покретним стварима (својину и државину) као и хипотекарне односе.

Аутор наглашава да се принцип равноправности као основни принцип у регулисању грађанскоправних односа примењује на залогу као право *in rem*. У складу са овим принципом, све странке у грађанскоправним односима морају имати једнака права у погледу стицања, уживања и заштите својих права. Примена овог принципа такође подразумева да ниједна од страна у грађанскоправним односима не може имати доминантан положај као ни могућност да наметне своју вољу супротној страни. Аутор такође наводи да се принцип једнакости не може у потпуности применити уколико постоји само формална једнакост страна. Из тог разлога, у савременом грађанском праву су предвиђене мере правне заштите економски слабије стране. Што се тиче залогe као права *in rem*, заложни дужник или хипотекарни дужник се сматра економски слабијом страном којој треба пружити адекватну правну заштиту у односу на хипотекарног повериоца.

У тексту се даље анализира правни положај хипотекарног дужника, позивањем на одредбе Закона о уговору о залози које могу бити повољне или неповољне за хипотекарног дужника, као што су: одредбе које омогућавају да залогa буде проширена на плодове предмета залогe (осим ако није другачије уређено уговором о залози); могућност заложног повериоца да захтева судску продају целог објекта, у случају када је заложен идеални део (удео); недостатак правних лекова у корист хипотекарног дужника у току поступка судске забране, и слично.

Аутор такође анализира заштиту хипотекарног дужника као економски слабије стране у прописима Европске уније, где је потреба за заштитом хипотекарних дужника постала суштинско питање у последњих неколико

*година због разорног ефекта економске кризе на хипотекарном тржишту. Као што је наведено у тексту, судска пракса Европског суда правде (а пре свега одлука овог суда у случају Aziz v. Catalunyaсаіха C-415/11) показује да је заштита хипотекарног дужника у Европској унији првенствено доступна преко регулативе из области права потрошача (нпр. Директива 93/13/ЕЕЗ о непоштеним одредбама у потрошачким уговорима), мада се приликом одлучивања узимају у обзир и друге заштитне мере.*

**Кључне речи:** хипотекарни поверилац, хипотекарни дужник, македонско законодавство, прописи ЕУ, судска пракса ЕУ.

**Др Ивана Симоновић,**  
Доцент Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 347.115:342.72/.73

Рад примљен: 30.06.2015.

Рад прихваћен: 03.12.2015.

## **ПРИВАТНА АУТОНОМИЈА И ЗАБРАНА ДИСКРИМИНАЦИЈЕ У ГРАЂАНСКОПРАВНИМ ОДНОСИМА**

**Апстракт:** Начело приватне аутономије је једно од четири начела – стубова грађанског права. Заједно са начелима правне једнакости, прометљивости грађанских субјективних права и њихове заштите имовинском санкцијом, приватна аутономија (аутономија воље) обликује грађанскоправне односе и понашање њихових субјеката.

Приватна аутономија подразумева простор за слободно испољавање личности: за њено самоодређење у вези са заснивањем грађанско-правних односа, слободом избора друге стране - ако је тај однос уговорни, и одређивањем његове садржине по мери и потребама саговорача. Спона између појединачних овлашћења из којих је сачињена садржина приватне аутономије јесте слободан избор, који нужно наговештава и могућност неједнаког поступања, а оно је, као дискриминаторно, забрањено.

Забрана дискриминације је уставни принцип већине савремених држава. За државе чланице Европске уније то је и обавезујуће правило из оснивачких аката ове наднационалне организације и један од инструмената оживотворења четири основне слободе на којима она почива. Чланице ЕУ дужне су да својим националним прописима - како јавног, тако и приватног права - омогуће слободно кретање људи (рада), робе, услуга и капитала.

Забрана дискриминације се мора применити и у грађанско-правним односима, што се показује неколиким смерницама. Почело се од забране дискриминације у радноправним односима, да би сада она постала

---

\* ivana@prafak.ni.ac.rs

\*\* Рад је резултат истраживања на пројекту „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013–2018. године.

*кључном у обезбеђивању свакоме једнаког приступа слободном тржишту и снабдевању робом и услугама. С обзиром да се овај вид правног промета одвија по правилима грађанског права и коришћењем његових института (посебно уговора), природно је запитати се да ли се мењају начела из којих они извиру. Модел-правила за уједначавање европског приватног права казују нам да је то могући правац у ком ће се оно развијати: Нацртом заједничког појмовног оквира (Draft Common Frame of Reference) недискриминација постаје стандард у закључивању правних послова којима се прибављају добра и услуге намењени неодређеном броју лица.*

*У раду анализирамо значење забране дискриминације и њен однос са приватном аутономијом, не би ли смо открили колико су међусобно помирљиве, да ли искључују или ограничавају једна другу или у грађанском праву има простора за обе.*

**Кључне речи:** приватна аутономија, слобода уговарања, забрана дискриминације, Draft Common Frame of Reference.

## 1. Увод

Начело приватне аутономије јесте један од четири стуба грађанског права и заједно са начелима правне једнакости, прометљивости субјективних права и њихове заштите имовинском санкцијом обликује грађанскоправне односе и понашање њихових субјеката.

Приватна аутономија (аутономија воље) подразумева простор за слободно испољавање личности: за њено самоодређење у вези са заснивањем грађанскоправних односа, а, ако је он уговорни – и слободом избора друге стране и одређивањем његове садржине по мери и потребама сауговарача. Спона између појединачних овлашћења као чинилаца приватне аутономије јесте слободан избор, који нужно наговештава и могућност неједнаког поступања, а оно је, уколико је дискриминаторно, забрањено.

Забрана дискриминације је уставни принцип већине савремених држава. За државе чланице Европске уније то је и обавезујуће правило из њених оснивачких аката и један од инструмената оживотворења четири основне слободе на којима она почива. Чланице Уније дужне су да својим националним прописима – како јавног, тако и приватног права – омогуће слободно кретање људи (рада), робе, услуга и капитала, не правећи, притом, разлике према националности<sup>1</sup>, полу, раси или етничком пореклу, вери или

---

<sup>1</sup> Члан 18 Уговора о функционисању Европске уније (Treaty on the functioning of the European Union), OJ C 326/12. Даље: Уговор.

убеђењу, физичком или психичком недостатку, старости или сексуалној оријентацији.<sup>2</sup>

Забрана неједнаког поступања, узрокованог личним својством или карактеристикама другог, осим у актима примарног права ЕУ, исписана је и у њеном секундарном праву. Дискриминаторни разлози из чл. 19 Уговора ближе су уређени посебним смерницама (тзв. смернице члана 19), примењивим у тачно одређеној правној ситуацији или правном односу (нпр., забрана полне дискриминације у вези са приступом роби и услугама на тржишту). Погледом на правна подручја конкретизације забране дискриминације актима секундарног права, можемо закључити да је она одавно напустила јавноправне односе држава – појединац, свој традиционални домен важења, поставши значајна и у приватном праву. Не ради се ту само о радноправним односима (пре приватноправним него грађанскоправним), већ о уговорним односима, дакле, о ономе што се сматра грађанским правом у ужем смислу и његовим срцем. Смерницом 2004/113/ЕЗ о примени принципа једнаког поступања према мушкарцима и женама у приступу роби и услугама и снабдевању њима<sup>3</sup> непосредно се установљава дужност једнаког поступања, једнако обавезујућа за субјекте и јавног и приватног права. Ова и Смерница 2000/43/ЕЗ о примени принципа једнаког поступања без обзира на расно или етничко порекло<sup>4</sup> изазвале су посебну пажњу цивилиста и оправдану дилему о примерености забране дискриминације, као израза дистрибутивне правде, у приватном праву, као подручју корективне правде. Пажња је усмерена на анализирање њеног утицаја на класична начела грађанског права, пре свега – на начело приватне аутономије. Одавно је ова анализа изгубила чисто теоријски значај; група стручњака која ради на кодификацији европског приватног права уобличила је забрану дискриминације у посебно (субјективно?) право да се не буде дискриминисан у одређеним врстама уговорних односа, и за његову повреду предложила и санкцију обавезног закључења уговора. Аутономност особе којој се намеће закључење уговора овим је битно сужена, па је допуштено запитати се да ли је добровољност још увек доминантно обележје грађанскоправних односа. На стручној је јавности да се аргументовано одреди према овом модел-правилу, што је задатак и овог рада. На овом месту цитираћемо реченицу која сликовито изражава,

---

2 Члан 19 Уговора.

3 Council Directive 2004/113/EC of 13 December 2004, implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services, *OJ L* 373/37, 2004.

4 Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000, implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial and ethnic origin, *OJ L* 180/22, 2000.

чини се, преовлађујући став цивилиста: „У нормама о забрани дискриминације одзвањају посмртна звона за грађанско право.“ (Reegen, 2007: 11)

Заштита од дискриминације постала је „врућа“ тема и за грађанско право<sup>5</sup>, о чему постоје крајње супротстављена мишљења. На једном полу је став о забрани дискриминације као страном телу у грађанскоправним односима, јер се они руководе принципом приватне аутономије. На другом – став да је право на једнако поступање, без обзира на лична својства и карактеристике, основно људско право, једнако важеће и у односима између појединца и државе и у оним приватноправним. Занимљиво је што се и представници првог става позивају на људска права, али у обрнутом смеру, истичући да их санкционисање неједнаког поступања према другом заправо ограничава.<sup>6</sup>

Питање дискриминације је подручје на ком се сусрећу политички резон и опоруност, правна начела и опште прихваћене и правно заштићене вредности, морални обзир, али и личне склоности, предрасуде, усађени обрасци понашања, па и ирационалне представе о другом и другачијем. Савремена друштва теже свеобухватној заштити од дискриминације, и у приватноправним односима, што се чини мање спорним од начина на који ће се то учинити. За приватно право важан је избор заштитних инструмената, јер он може битно да утиче на класична начела грађанског права, чак и да суспендује њихову примену.

## **2. Приватна аутономија и њена стара и нова ограничења**

### **2.1. Приватна аутономија**

Постулат да је грађанскоправни однос у целости препуштен вољи субјектата произлази из начела приватне аутономије. Слобода воље и слободна иницијатива доминирају грађанским правом, приватним такође,

---

5 Међу многима издвајамо зборник у коме су објављена предавања одржана у Центру за европско приватно право, *Non-discrimination in European Private Law* (ed. Reiner Schulze), Mohr Siebeck, Tübingen, 2011. Упућујемо и на зборник радова са Треће регионалне конференције Форума за грађанско право Југоисточне Европе, одржане у Тирани 2013, са резултатима истраживања антидискриминационог права у Србији, Црној Гори, Македонији, Хрватској, Босни и Херцеговини и Албанији: *Civil Law Forum for South East Europe: Collection of studies and analyses (Autonomy and Anti-discrimination in Private Law*, на странама 15–168), Third Regional Conference, Tirana, 2013, Centre for SEELS, Skopje, 2013.

6 Иде се чак и до тврдње да је слобода да се други дискриминише основна слобода сваког од нас (Storme, Leible, 2011: 29). Коришћена аргументација – људска права – показује уплив јавноправних елемената у савремено приватно право, означено у правној теорији као конституционализација приватног права.



омогућавајући субјектима приватноправних односа да ове својевољно уређују, стварањем правила којима ће оптимално задовољити сопствене потребе и интересе. Отуда је већина грађанскоправних норми тек необавезујућа препорука, фаворизована када нема друге (и другачије) норми створене вољом појединца. Односи и институти уређени не овим – диспозитивним, већ императивним нормама – нису многобројни; највише их је у породичним и статусним стварима, у којима су општи интерес или неопходност заштите једне стране правног односа (нпр., детета у родитељско-дечјем односу) разлози већем државном мешању.

Приватна аутономија и слобода уговарања, као њен израз у уговорним односима, где достиже свој врхунац<sup>7</sup>, заснована је на либералној филозофији 19. века, теорији *laissez – faire* и вери у свемоћ људске воље и способности човека, као свесног и умног бића, да обликује правило које ће најбоље одговарати његовим интересима, али га и обавезивати да се држи дате речи. Вера у човекову разумну процену за себе најбољег и способност да то изрази уговором морала је свако накнадно мешање у уговорни однос видети као патерналистичко и неприхватљиво. Судија угрожава правну сигурност уколико одлучи да, због несразмере у вредности чинидаба, оконча уговорни однос који формално испуњава све услове пуноважности. Чинидаба се има испунити чак и ако противчинидаба није вреднија од „зрна бибера“<sup>8</sup> (Zweigert, Kötz, 1996: 319, 321), јер су се тако договориле две пословно способне и разумне особе. Сликовито речено, кодификације из 19. века и либерална мисао, преовлађујућа у 19. веку; у сестринском су односу, лице и наличје исте појаве, истог духа који их је надахнуо.<sup>9</sup>

---

7 Попут сваког начела, и приватна је аутономија дефинисана на високом нивоу апстракције, па се конкретизује објашњењем својих испољавања у појединим гранама грађанског права. Поред већ наведене слободе уговарања (у уговорном праву), у стварноправним односима њен су израз непостојање обавезе да се право својине врши и слобода располагања својином, у наследном праву – оставиочева слобода завештајног располагања, у процесном праву – диспозиција у заштити повређеног или угроженог субјективног права.

8 У англосаксонском правном систему ово је радо навођено образложење става да уговор није неважећи и неправичан само због тога што за дато није добијена ни приближно сразмерна противвредност (*inadequacy of consideration*). Важном се сматрала процедурална правичност, која се могла проверити без улажења у садржину уговора (важни су пословна способност, предмет уговора и *consideration*). Садржајна (заправо суштинска) неправичност у другом је плану и она сама неће учинити уговор неважећим.

9 Тако ће немачки цивилисти свој грађански законик назвати братом либерализма 19. века, Franz Wieacker, „Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft“, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, ed. Franz Wieacker, Athenäum Fischer, Frankfurt a/M, 1974, нав. према: Hannes Rösler, „Protection of the Weaker Party in European Contract Law: Standardized and Individual

У таквом мизансцену није било много простора за државну интервенцију, нити се она сматрала потребном: једноставно се веровало у човеков разум и његову способност рационалног и самоодговорног понашања.<sup>10</sup> Двадесети век, посебно економска криза двадесетих година, пољуљао је владајућу парадигму. Формална једнакост, уписана у друго важно грађанскоправно начело – начело равноправности и координације воља, не мора нужно да води и суштинској равноправности, зато што ову, више од правних норми и постулата, одређују социјални и материјални положај, интелектуалне способности и образовање, психолошки профил страна једног односа. Таква неравноправност не афирмише слободу воље обеју страна, већ само оне бољег положаја, најчешће материјалног. Ради обезбеђења суштинске равноправности, као предуслова да за све учеснике грађанскоправног односа овај буде израз њихових слободних воља, нужна су одступања од приватне аутономије.

## 2.2. Ограничења приватне аутономије у савременом праву

У зависности од врсте грађанскоправног односа, принцип приватне аутономије или је доследно спроведен или, због значаја правног односа на који се примењује или претежнијег интереса, нужно ограничен, сразмерно и примереним средствима. Класична три круга ограничења којима се обезбеђује остваривање заједничког (општег) интереса јесу принудне (императивне) норме, јавни поредак, морал и добри обичаји.

Сврха грађанскоправних односа јесте задовољење индивидуалних потреба појединаца или њихових организација, у чијој су правној сфери видљиви и грађанскоправни учинци. Непосредне користи за друштво, по правилу, нема, а свакако не сме бити ни штете. Наведене границе служе усаглашавању појединачног интереса са општим, дајући држави право на контролу законитости и моралности за стране грађанскоправног односа жељеног циља. Од краја 19. века наовамо, чињеница да су саговорачи изразили вољу без недозвољених притисака или мана (заблуде, принуде или преваре) није довољна за закључак да је он за обе правичан; инсистира се на *стварној* слободи одлучивања и *уговорном паритету* (*Vertragsparität*) (Unberath, 2012: 753). Не одустаје се од аутономије воље, већ се она прилагођава – за савремено уговорно право – типичном начину закључења уговора: уместо уговора којима су претходили преговори, преовлађују

Inferiority in Multi-Level Private Law“, *European Review of Private Law*, 4, 2010, стр. 732, нап. 14.

<sup>10</sup> „Ко каже уговор каже правичност“ (Ripert, Carbonnier), јер се не очекује да две одрасле и рационалне особе закључе уговор противно својим интересима и на сопствену штету.

формуларни и адхезиони уговори, који своде слободу уговарања понуђеног на избор „узми или остави“ (Zweigert et al., 1996: 323). Контролом формалне и садржајне исправности уговора и успостављањем нарушене равнотеже, право се очигледно ставља на страну слабије стране, а слободу уговарања обогаћује појмом *суштинске уговорне правичности*.

У савременом праву има и других примера државног мешања у приватне односе, не би ли се слабија страна заштитила или довела у почетну позицију једнаку позицији друге стране. Овај, назовимо га државни интервенционизам или нови патернализам, најпре видљив у радном и породичном праву, области социјалног осигурања, праву о нелојалној конкуренцији, данас постоји и у односима који су језгро грађанског права и у којима је најмање изузетака од сва четири његова начела. Сведочимо нарочитој заштити потрошача, поштреној предуговорној дужности информисања, посебним заштитним правилима о оглашавању производа, праву на одустанак од ваљаног уговора, заштити од неправичних уговорних клаузула (Rösler, 2010: 735–743). Додатна заштита слабије стране о којој је овде реч оправдава се познатим аргументима: само формална прокламација слободе воље не гарантује да ће обе стране уговорног односа равноправно и једнако допринети његовом обликовању.

Структурална неједнакост моћи, посебно економске, нарушава уговорни паритет, тиме и могућност самоодређења слабије стране.<sup>11</sup> Отуда се у савременој доктрини грађанског права говори о материјализацији његових основних начела (Canaris, 2000: 273–364; Riesenhuber, 2006: 355–356), о социјалној правичности у грађанском праву, његовом подруштвљавању (Rösler, 2010: 751), конституционализацији (Leible, 2011: 36), којим се појмовима објашњавају нови циљеви грађанског (шире и приватног) права, донедавно, у подели на јавно и приватно право, садржаних у сфери овог првог. Право о заштити потрошача и антимонополско право добар су показатељ преобликовања класичних грађанскоправних постулата под утицајем општих интереса, потребе заштите слабије стране, обезбеђивања свим субјектима равноправних услова за учешће на тржишту.

---

11 У чувеној одлуци, колоквијално названој Јемство, Савезни уставни суд Немачке одлучивао је о праву суда да испитује садржину уговора о јемству којим се обавезала сиромашна особа, без редовних прихода. Заузео је став да су грађански судови дужни да интервенишу и омогуће измену уговора чија је једна страна у суштински подређеном положају и за коју би уговор имао изузетно тешке последице. Ово је, према Суду, последица истовременог дејства приватне аутономије и уставног принципа државе благостања. BverfG 19 Oct. 1993, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BverfGE) 89, 214, 232, 233. Нав. према: H. Rösler, „Protection of the Weaker Party in European Contract Law: Standardized and Individual Inferiority in Multi-Level Private Law“, *European Review of Private Law*, 4, 2010, стр. 733–734.

Антидискриминациона правила у европском приватном праву можда су најизразитији пример продора јавног у приватно право, такође и ново ограничење приватне аутономије.

### 3. Забрана дискриминације

Стављање другог у другачији положај само због његовог личног (идентитетског) својства јесте дискриминација. Израз потиче од латинског *discriminare* и у свом основном значењу описује другачије поступање, понижавање, потцењивање. Поред овог, негативног и најчешћег разумевања, дискриминација има и неутрално значење – разликовање, другачије поступање. Законском забраном дискриминације санкционишу се поступци којима се особа, због неког свог личног својства, ставља или би могла бити стављена у неповољнији положај (непосредна дискриминација).<sup>12</sup> Неповољан положај може исходити и из понашања (акта, радње, пропуштања) привидно заснованог на начелу једнакости и забране дискриминације, а суштински – дискриминаторског, зато што се поступа исто према особама које су у различитим ситуацијама.<sup>13</sup> Ова дискриминација је посредна. Родно место израза је америчко прецедентно право, први пут поменуто у случају *Griggs v Duke Power Company*.<sup>14</sup> Европски суд правде га је употребио у случају *Defrenne II*<sup>15</sup> и објаснио да има таквих, наизглед неутралних и недискриминаторних, поступака, који се ипак имају сматрати супротним принципу забране дискриминације. Након неколико сличних одлука, појам посредне дискриминације ушао је и у европско законодавство.<sup>16</sup>

---

12 Члан 6 Закона о забрани дискриминације, *Сл. гласник РС*, бр. 22/09.

13 Видети чл. 7 Закона о забрани дискриминације. Непосредном се дискриминацијом са особама у упоредивим ситуацијама неоправдано поступа различито, и она је уочљива на први поглед. Посредна дискриминација је „финији“ облик, зато теже уочљив, јер примена наизглед неутралног правила, које не треба да буде осетљиво на лична својства особе на коју се примењује, ову суштински доводи у неповољан положај. Видети и: Ивана Крстић, коментар чл. 6 и 7 Закона о забрани дискриминације у: Петрушић, Крстић, Маринковић, *Коментар Закона о забрани дискриминације*, Правосудна академија, Београд, 2014, стр. 40–42 и 44–45.

14 *Case Griggs v Duke Power Co.* [1971] 401 U. S. 42491 S.Ct 849.

15 *Case ECJ C-43/75, Defrenne v Societe Anonyme Belge de Navigation Aeriennes (SABENA)* [1975].

16 У оснивачким уговорима Европске уније није издвојен ниједан посебан облик дискриминације, па тако ни посредна, већ је ова уопште забрањена, без обзира којим се поступком испољава.

Забрана дискриминације природна је последица гаранције поштовања људског достојанства и цивилизацијског консензуса да је свако људско биће, самим тим што то јесте, вредно по себи и да има право на уважавање и поштовање. То потврђује читав корпус међународних аката Уједињених нација и Унеска, регионалних организација, напослетку и прописи Европске уније<sup>17</sup>. Већина држава је уставима гарантовала право на једнакост и равноправност, а дискриминацију забранила. На темељу ових уставних норми државе (међу њима и наша) донеле су посебне антидискриминаторне законе.<sup>18</sup>

Ради даље анализе, чиме захватамо у европско приватно право, потребно је указати на правила којима се у Европској унији остварује право на једнако поступање, без дискриминације.

#### **4. Извори антидискриминационог права у Европској унији**

Антидискриминационо право Уније јесте скуп јавноправних и приватноправних норми, које треба тражити у: оснивачким уговорима, Повељи о основним правима у Европској унији, Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода, секундарном праву (превасходно у смерницама) и одлукама Европског суда правде и Европског суда за заштиту људских права. Овај скуп правних извора различите правне снаге, дејства и начина примене у државама чланицама служи остваривању политике коју Унија спроводи на унутрашњем тржишту, где су сви субјекти у једнаком положају, а кретање људи, робе, услуга и капитала слободно.<sup>19</sup>

---

17 Уговор о функционисању Европске уније, Повеља о основним правима у Европској унији, Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, антидискриминационе смернице, пракса судова Уније.

18 Осим Закона о забрани дискриминације и: Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом (*Сл. гласник РС*, бр. 33/06), Закон о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом (*Сл. гласник РС*, бр. 26/09), Закон о равноправности полова (*Сл. гласник РС*, бр. 104/09), Закон о заштити права и слобода националних мањина (*Сл. гласник РС*, бр. 72/09). Уставне гаранције су у чл. 21 Устава (*Сл. гласник РС*, бр. 98/06), којим је дискриминација забрањена, прописано да су пред Уставом и законом сви једнаки и да свако има право на једнаку законску заштиту, без дискриминације. Важна је и гаранција неприкосновености људског достојанства, које су сви дужни поштовати и штитити, прописана чл. 23 Устава.

19 Видети чл. 26 Уговора о функционисању Европске уније.

#### **4.1. Забрана дискриминације у примарном праву ЕУ**

Забрана да лична својства буду разлог неједнаког поступања садржана је у двама члановима Уговора о функционисању Европске уније: у чл. 18 Уговора, у коме је санкционисано прављење разлике према националности, и чл. 19 Уговора, са широм листом забрањених дискриминаторских разлога и овлашћењем Европском парламенту и Савету за предузимање мера сузбијања дискриминације. На листу забрањених разлога додати су: пол, расно и етничко порекло, религијско или друго уверење, инвалидитет, старосна доб и сексуална оријентација. Нормативног антидискриминаторског карактера су и одредбе о четирима основним слободама на унутрашњем тржишту Уније; и кад је дозвољено ограничити их, то нипошто не сме довести до дискриминације (нпр., робе пореклом из друге државе чланице), било отворене, било прикривене.<sup>20</sup>

У Повељи о основним правима у Европској унији<sup>21</sup> дискриминаторно понашање се посматра као повреда једнакости, која је – заједно са достојанством, слободом и солидарношћу, као неотуђивим и универзалним вредностима – уграђена у темељ Уније. Сврставањем свих права и слобода из Повеље под једну од ове четири вредности лакше се утврђује непосредни заштитни објект норме: забраном дискриминације из чл. 21 Повеље непосредно се штити (право на) једнакост, посредно – људско достојанство, чије је уважавање универзална морална обавеза сваког према свакоме. Издвојено је неколико личних својстава појединца или групе који не смеју бити разлог неједнаког поступања: националност, пол, раса, боја коже, етничко или социјално порекло, генетске карактеристике, језик, религија или уверење, политичко или друго мишљење, припадност националној мањини, имовински положај, рођење, инвалидитет, године старости и сексуална оријентација.

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода<sup>22</sup> забрањује дискриминацију чланом 14, прописивањем да се њоме установљена права и слободе имају уживати без дискриминације засноване на разлозима попут пола, расе, боје коже, језика, религије, политичког или другог уверења (мишљења), националног или друштвеног порекла, припадности националној мањини, имовинског положаја, рођења или

---

20 Видети нпр. чл. 36 Уговора о функционисању ЕУ, којим су уређени допуштени изузеци од слободе кретања робе.

21 Charter of Fundamental Rights of the European Union, consolidated version *OJ C 326 of 26 October 2012*, p. 391.

22 Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, *Сл. лист, СЦГ*, бр. 9/03.

статуса друге врсте. Употребом израза „разлози попут“ (*any ground such as*) истиче се отвореност листе и могућност да се и други разлози дискриминације сматрају повредом Конвенције.

На наведеним изворима примарног права засноване су смернице (извори секундарног антидискриминаторног права), ужег предмета уређења. Њима је забрана дискриминације конкретизирана издвајањем личног својства и врсте правних односа (правних ситуација) у којима оно не сме бити повод неједнаком поступању.<sup>23</sup>

#### **4.2. Забрана дискриминације у секундарном праву ЕУ – смернице о забрани дискриминације важне за грађанско право**

Међу смерницама о забрани дискриминације, својим значајем за грађанско право издвајају се две: Смерница 2000/43/ЕЗ од 29. 6. 2000. о примени принципа једнаког поступања без обзира на расно или етничко порекло и Смерница 2004/113/ЕЗ о примени принципа једнаког поступања према мушкарцима и женама у приступу роби и услугама и снабдевању њима. Осталим смерницама промовише се право на једнако поступање у питањима запошљавања, samozapoшљавања и на раду, а државе обавезују на санкционисање свих облика дискриминације одговарајућим мерама.<sup>24</sup>

Године 2006. донета је још једна важна смерница за грађанско право – Смерница 2006/123/ЕЗ од 12. 12. 2006. о услугама на унутрашњем тржишту.<sup>25</sup> Њоме се забрањује дискриминаторно поступање према појединим учесницима на тржишту због њихове националности (држављанства) или пребивалишта/боравишта које им отежава или онемогућава коришћење услуга доступних јавности.

---

23 На пример, Смерницом 2004/113/ЕЕЗ о примени принципа једнаког поступања према мушкарцима и женама у приступу роби и услугама и снабдевању њима забрањени дискриминаторни разлог је пол, а заштићена правна ситуација – снабдевање робом и услугама доступним јавности, без обзира на то да ли је друга страна правног односа субјект јавног или приватног права.

24 Смерница Савета Европе 2000/78 од 27. 11. 2000. о установљавању општег оквира за једнако поступање приликом запошљавања и обављања делатности (*Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000, establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation. OJ L 303/16, 02. 12. 2000*); Смерница 2006/54/ЕЗ Европског парламента и Савета Европе о примени принципа једнаких шанси и једнаког поступања према мушкарцима и женама у питањима рада и запошљавања (*Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000, establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation. OJ L 303/16, 02. 12. 2000*).

25 OJ L 376/36, 27. 12. 2006. *Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006, on services in the internal market.*

Правилима смерница о забрани дискриминације као модел послужили су англоамеричко право и судска пракса (Geddes, Guiraudon, 2004: 334, 340–344). За њихову примену у државама чланицама значајан је став Европског суда правде о могућем непосредном хоризонталном дејству секундарног права – између правних субјеката у њиховим грађанскоправним односима – осим вертикалног, као правила.<sup>26</sup> Таквог су дејства смернице којима се конкретизују општи принципи примарног права и њима установљене слободе. У случајевима *Kücükdeveci* и *Mangold* Суд је забрани старосне дискриминације приписао непосредно дејство, какво, према чл. 18 Уговора о функционисању ЕУ, има једино забрана дискриминације по основу националности. Претходно је указао да Повеља о основним правима у Европској унији забрањује старосну дискриминацију (чл. 21), да је њена правна снага једнака снази оснивачких уговора, отуда и једнаког, непосредно обавезујућег дејства, чак и за учеснике грађанскоправног односа.<sup>27</sup>

## 5. Утицај забране дискриминације на грађанско право

Забраном дискриминације обезбеђујемо једнакост у поступању према свим особама у упоредивим ситуацијама. Да ли је грађанском праву, с властитим постулатима о начину понашања правних субјеката, потребна и ова забрана?

Међусобно опхођење страна грађанскоправног односа одређено је принципом једнакости субјеката грађанског права и равноправности њихових воља.<sup>28</sup> Његовим поштовањем одлука која треба да има грађанскоправно дејство постаје суштински аутономна и одраз праве воље свог доносиоца. Равноправност индивидуалних воља се објашњава чињеницом да се грађанска субјективна права и обавезе заснивају, тј. преузимају ради остварења властитих интереса, који се, у случају међусобне супротстављености, имају усаглашавати са равноправних

26 На основу ког су права смерницом призната грађанскоправним субјектима непосредно спроводива само према држави; да би смерница деловала према другим субјектима приватног права, потребно је да буде преузета у домаће право.

27 Овакво тумачење Суда није прошло без критика. Видети, нпр., Lauber, A., „From Market Integration to Human Integration: How Non-Discrimination Illustrates Fundamental Rights Aspects in Private Law“, *Non-Discrimination in European Private Law*, Schulze, R. (ed.), Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, стр. 181–182. Leible, S., „Prinzipien und Konzepte des Diskriminierungsschutzes im Europäischen Privatrecht“, *Non-Discrimination in European Private Law*, Schulze, R. (ed.), Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, стр. 38–42.

28 Члан 11 Закона о облигационим односима (*Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93. Даље: 300): „Стране у облигационом односу су равноправне.“



позиција. Грађанском праву је неприхватљиво потчињавање једне воље другој, тобоже значајнијој.

Понекад, ипак, није довољно само позвати се на начелну једнакост страна, па да оне то суштински и буду. Ова равноправност само је формалноправна, и то се у правној доктрини редовно наглашава (Гамс, Ђуровић, 1982: 40; Ковачевић Куштримовић, Лазић, 2008: 102). Чини се да је грађанско право најосетљивије на неједнакост у економској снази, јер већина његових корективних правила треба њу да отклони или је учини макар прихватљивом. Уколико је због ње нарушено начело еквивалентности чинидаба, могући су раскид обостранообавезујућег уговора или његова ревизија (чл. 133 ЗОО); поништење правног посла, јер је зеленашки или са прекомерним оштећењем, такође је условљено одступањем од овог правила (чл. 139 и 141 ЗОО). Има и других одредаба намењених успостављању нарушене уговорне равнотеже, али примењивих у *постојећем* правном односу.

Почетак дејства и чињеница да поменуте норме већином отклањају економску неједнакост, не и ону изазвану неким идентитетским својством (полом, вером, етничком или расном припадношћу...), праве значајну разлику између домашаја грађанскоправног начела равноправности и једнакости и забране дискриминације. Оно се показује недовољним (није претерано рећи и неприменљивим) пре настанка грађанскоправног односа, посебно уговорног, и избора друге стране, јер ту, осим изузетно, доминира аутономија у одлучивању. Неизабрани би могао тврдити да је дискриминисан зато што су му неоправдано<sup>29</sup> понуђени неповољнији услови, или зато што уопште није разматран као уговорни партнер. Понудилац би имао право да свој избор брани позивањем на гарантовану му аутономност и непостојање дужности да се образложи учињени избор, па и кад је дискриминаторски, јер и такво понашање дозвољава начело приватне аутономије.

С друге стране, коме се пребаци да је неоправдано неједнако поступао према другом морао би доказати или да поступак није дискриминаторски или да за дискриминацију има ваљаног оправдања. Колоквијално речено, треба положити рачуне, објаснити чему стављање особе у неповољан положај ако такво поступање не захтевају тип или специфичности уговорног односа.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> Мисли се на услове чије испуњење уопште није важно за уговор, јер би овај, и без њих, био исти.

<sup>30</sup> Зато што уговор није *intuitu personae* или зато што га је учесталост у пракси у доброј мери стандардизовала.

### **5.1. Смернице 2000/43/ЕЗ и 2004/113/ЕЗ као модел антидискриминационих правила у Нацрту заједничког појмовног оквира**

Грађанскоправни значај Смернице 2000/43/ЕЗ од 29. 6. 2000. о примени принципа једнаког поступања без обзира на расно или етничко порекло и Смернице 2004/113/ЕЗ о примени принципа једнаког поступања према мушкарцима и женама у приступу роби и услугама и снабдевању њима можемо посматрати из два угла.

Први угао гледања тиче се предмета уређења, субјеката на које се смернице примењују и конкретних обавеза држава у вези са њиховим спровођењем.

Обема се смерницама захватају правни односи о прибављању робе или коришћењу услуга намењених неодређеном броју лица, тј. јавности, у чијем заснивању није допуштено правити разлике према раси, етничком пореклу или полу прибавиоца робе и корисника услуге.<sup>31</sup> Инструменти у оваквом правном промету уређени су нормама приватног права – уговорног и трговинског, пре свега, и треба их прилагодити норми о забрани дискриминације. Најнепосреднијем утицају, и то ограничавајућем, изложена су начела приватне аутономије и слободе уговарања.

Дужност једнаког поступања обавезује све правне субјекте, и јавног и приватног права, који јавности нуде робу и услуге. Следствено томе, ни уговор између приватноправних субјеката не сме бити дискриминаторан, а такав је ако су избор друге стране, услови закључења и садржина уговора искључиво били одређени њеним расним или етничким пореклом или полом.

Смернице су акти непосредног дејства на државе, а посредног – на субјекте у корист, тј. на терет којих су установљена конкретна права и обавезе. Обавеза је државе да за сваки облик дискриминације обезбеди делотворну санкцију, у судском, управном или поступку помирења.

Посматрање антидискриминационих смерница из другог угла тиче се њиховог могућег утицаја на будуће, заједничко европско приватно право. Анализом треба обухватити Нацрт заједничког појмовног оквира<sup>32</sup>, којим

---

31 Смерница 2000/43/ЕЗ обухвата и друге правне односе: запошљавање, samozapošljavanje, рад, организовање запослених, социјалну заштиту, социјално и здравствено осигурање, образовање.

32 *Draft Common Frame of Reference, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, prepared by Study Group on European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis-Group), ed. by Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke, Sellier. European Law Publishers GmbH, Munich, 2009. Даље: Нацрт.

се предлажу референтни принципи, дефиниције и модел-правила за јединствено уређење приватноправних односа у Европској унији. Нацрт је сачинила група стручњака из Студијске групе за Европски грађански законик и *Acquis*-групе, не би ли европском законодавцу послужио као „водич или приручник“ (Нацрт, 2009: 31) у раду на грађанској кодификацији.

Нацртом је забрана дискриминације уобличена у посебно субјективно право да се не буде дискриминисан (II – 2:101, *Right not to be discriminated against*), заштићено деликтном одговорношћу за проузроковану штету, али – и то је новина – мерама које се иначе примењују због повреде предуговорних и уговорних дужности (II – 2: 104 Нацрта). Појам, облици и забрањени дискриминаторни разлози, као и грађанскоправне ситуације у којима се ово право остварује, преузети су из поменутих смерница.

Забрана дискриминације је општи принцип примарног права Европске уније. Нацртом је она конкретизована признањем посебног права да се због пола, етничког или расног порекла не буде дискриминисан у „уговорном или другом правном односу чији је предмет приступ роби и услугама доступним јавности, или снабдевање њима“ (II – 2: 101 Нацрта). Други правни однос превод је у Нацрту употребљеног израза *juridical act*, који обухвата правне радње предузете са циљем изазивања одређеног правног учинка. Из објашњења аутора сазнајемо да се мислило на правно обавезујуће изјаве воље (и конклюдентне радње) попут: понуде и прихвата понуде; једностраних обећања и обавезивања непосредног дејства, без потребе прихватања; дозвола и одобрења; овлашћивања другог и издавања пуномоћја; одустанка, опозива, отказа или раскида; једностраних правних радњи којима се стварају или преносе права или их се титулар одриче (Нацрт, 2009: 170). Овај скуп најразличитијих правних радњи повезује истоветна правна последица: особу која их је предузела правно обавезују одмах и непосредно, независно од понашања друге стране. Обавеза понекад може бити условљена, као код једностраних обећања или обавезивања, али без утицаја на описани основни правни учинак. Важним се чини нагласити да заштита права да се не буде дискриминисан почиње пре закључења уговора, од тренутка исказане намере да се прибави роба или користи услуга, обухвата све фазе уговорног односа,<sup>33</sup> укључујући и остваривање права због неиспуњења обавезе (III – 1: 105 Нацрта).

Уговори су главно, не и једино, поље важења забране дискриминације; обухваћени су сви облигациони односи, „уговорни, ‘постуговорни’ и

---

33 Предлог да се измене услови уговора или оконча постојећи правни однос део су заштићене сфере.

неуговорни, са одговарајућим прилагођавањима“ (Нацрт, 2009: 210)<sup>34</sup>. Уговори (и изјаве воља сличног, обавезујућег дејства) јесу најчешћи правни инструменти у снабдевању робом и коришћењу услуга, и на њима ће се, пре свега, проверити делотворност предложених модел-правила. Прилика да се санкционише дискриминација у неуговорним облигационим односима, посебно ако им је извор проузроковање штете, биће (ако их и буде) неупоредиво мање.

Повреда овога права санкционисана је не само уобичајеним и неспорним правом на надокнаду (имовинске и неимовинске) штете, већ и мерама за отклањање последица неуредног испуњења или неиспуњења обавеза. Упућује се на сходну примену правила о деликтној и о уговорној одговорности.<sup>35</sup> Допуштено је кумулирање санкција, које својом врстом, висином и комбинацијом треба да буду сразмерне учињеној повреди (или очекиваној, а спреченој) и да имају превентивно дејство (II – 2: 104 Нацрта). Употребљеним изразима „одвраћајуће/спречавајуће дејство“ (*dissuasive effect*) сугерисано је да се и од грађанскоправне санкције очекује поучавајући и предупредујући утицај на јавност, својствен санкцији кривичног права.

За грађанско право ово није новина нити непозната територија (одузимање предмета чинидбе забрањеног уговора сведочи томе у прилог). Пре је логична последица две, међусобно условљене, чињенице. Једна је конституционализација приватног/грађанског права, којом му се додељује улога везана за јавноправне норме.

Основна тема и ограничени простор не дозвољавају нам дубљу анализу појма конституционализација. На овом месту нека само буде примећено да се њиме описује утицај норми примарног права Европске уније на грађанско право и његове основне принципе, инспирисане другачијом философијом и сврхом. У таквом контексту, потребним се чини преиспитивање поделе права на јавно и приватно, и смислености да интерес истраје као преовлађујући (ако не и доминантан) критеријум поделе. Утисак о „мешању“ јавног са приватним правом појачава став Европског суда правде, заузет у

---

34 Није сасвим јасно шта су „постуговорне обавезе“. Мogle би обухватити дискриминаторно понашање једне стране према другој по престанку уговора, на пример, закуподавац због пола свог некадашњег закупца о овом даје нетачне информације (пример наведен код: Navarro, S. N., „Sex Discrimination in European and Spanish Contract Law“, *Non-Discrimination in European Private Law*, Schulze, R. (ed.), Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, стр. 247).

35 Књига VI (Неуговорна одговорност за штету проузроковану другом) и Књига III, Поглавље 3 (Последице неиспуњења уговора).

неким случајевима, о могућем непосредном (хоризонталном<sup>36</sup>) дејству на приватноправне односе општих принципа из примарног права Уније, тако и забране дискриминације.<sup>37</sup> Таквим ставом Суд премошћава посредно дејство извора секундарног права, превасходно смерница, на национално право. Подсетимо се да је за уживање и заштиту права из смерница потребно да држава њихов садржај учини делом домаћег права. Повезано с нашим темом, потребно је донети посебне законе о забрани дискриминације или постојеће усагласити са тзв. антидискриминационим смерницама. Неусаглашеност иде на штету домаћег права, јер га национални судови држава чланица неће применити. Смерница која изражава општи принцип ЕУ, какав је и забрана дискриминације, примениће се непосредно, не само у односу држава – приватноправни субјект већ и у међусобним односима грађана и њихових правно признатих организација.<sup>38</sup>

Друга чињеница произлази из описаног тренда – употреба грађанско-правних инструмената ради остварења дистрибутивне правде (нема је без забране дискриминације), коју је до сада било дужно обезбедити јавно право. Највише могућности да одговори овој улози има новчана накнада штете, чију висину тада не одређују искључиво врста и последице дискриминације, већ економска снага продавца/пружаоца услуге и његов тржишни положај (Нацрт, 2009: 235). Оваквим се критеријумима одмеравања висине накнаде удаљавамо од општих правила одштетног

---

36 Дејством уставних принципа на односе између појединаца бави се и Савезни уставни суд Немачке, што је теоретичарима, пре свега уставног, права познато као *Drittwirkung-effekt*.

37 *Case C-144/04 Werner Mangold v. Rüdiger Helm* [2005]. Суд је заузео став да је старосна дискриминација, у овом случају на раду, повреда забране дискриминације као општег принципа комунитарног права. О важењу забране у другим, репрезентативнијим грађанскоправним односима, Суд се овом приликом није изјашњавао, али није је ни децидно ограничио искључиво на област рада и запошљавања. Оправдана су питања о дејству таквог става на, на пример, националне норме статусног, породичног или уговорног права о старосној граници за стицање пословне способности и еманципацију (постављена у: Basedow, J. „The Court of Justice and Private Law: Vacillations, General Principles and the Architecture of the European Judiciary“, *European Review of Private Law*, 3/2010, стр. 463–465).

38 *Case C-555/07 Seda Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* [2007]. Још један случај старосне дискриминације (са потврђеним ставом из случаја Манголд) сведочи о формираном ставу Суда да је поштовање људских права општи принцип права Европске уније, садржан у њеним оснивачким уговорима и Повељи о основним правима у Европској унији.

права, и репарацији, тј. сатисфакцији, као превасходним циљевима накнаде штете, додељујемо казнену улогу.<sup>39</sup>

Накнада штете је најчешће предвиђена санкција; у смерницама које су у основи Нацрта, једина је посебно поменута. У већини националних антидискриминационих закона прописана је као једна од мера судске заштите од дискриминације.<sup>40</sup> Указали смо да се Нацртом проширује листа санкција, додавањем мера типичних за повреду уговора, укључујући и његово неиспуњење. Оне су: раскид уговора, поништење уговора у целини или његових дискриминаторних одредаба (делимична ништавост), замена дискриминаторних одредаба неутралним и принудно испуњење неновчане обавезе. Уколико је дискриминисаном ускраћена могућност да закључи уговор или је због неправичних услова од тога сâм одустао, суд може наложити да се с њим закључи уговор под уобичајеним условима. Ово је најозбиљније ограничење слободе уговарања, искључује избор уговорног партнера и треба га примењивати опрезно.

Према Закону о облигационим односима, ако је неко по закону обавезан да закључи уговор, заинтересовано лице може захтевати да се такав уговор закључи без одлагања.<sup>41</sup> Законска одредба обавезује лица која обављају делатност од општег или ширег друштвеног интереса (јавне службе), пружаоце услуга од општег економског интереса за потрошаче<sup>42</sup> и субјекте који у пословању користе ограничене ресурсе или природна богатства, јер свима треба да буду доступна под једнаким условима. Повреда ове дужности санкционише се правом на накнаду штете (чл. 183 и 184 ЗОО).<sup>43</sup> У Нацрту нема оваквих ограничења, тако да се мера може применити без обзира на врсту делатности и егзистенцијални значај робе или услуге. Избор мере треба да одреде њена сразмерност са последицом повреде, учинковитост и способност да предупреди будућу дискриминацију одвраћањем могућих починилаца. Није довољан захтев дискриминисаног, већ и процена суда да је принудно закључење уговора најбољи или једини начин отклањања повреде.

39 У англосаксонском правном систему томе служи *punitive damages*, која у већини права европскоконтиненталног правног система нема свој пандан.

40 Видети Закон о забрани дискриминације, чл. 43, ст. 1, т. 4.

41 Члан 27, ст. 1 Закона о облигационим односима Видети и Закон о енергетици (*Сл. гласник РС*, бр. 145/14), по коме се обавеза пружања јавних услуга у енергетској делатности може увести уколико је неопходно обезбедити сигурност, редовност и квалитет у снабдевању.

42 Члан 83, ст. 1 и 2, т. 2 Закона о заштити потрошача, *Сл. гласник РС*, бр. 62/14.

43 По Закону о енергетици (чл. 123 и 145), одбијање да се закључи уговор са купцем који испуњава услове санкционише се у поступку инспекцијског надзора, у коме је инспектор овлашћен да наложи прикључење на енергетски систем.

## 5.2. Оцена предложених модел-правила

Насупрот праву да се не буде дискриминисан стоји обавеза да се други не дискриминише. Захваљујући таквом односу права и обавезе предложеног Нацртом заједничког појмовног оквира, дискриминацију је могуће санкционисати обавезним закључењем било ког уговора, независно од врсте робе, карактера услуге (услуга од општег економског интереса) и тржишног положаја њиховог снабдевача (монополски или доминантан положај). Једино је важно да су роба и услуга понуђени на тржишту, неодређеном броју лица. Коректив у примени ове мере требало би да буде економски: примењивати је само ако тржишни механизми не могу да отклоне последице дискриминаторног поступка, јер нема алтернативне понуде и могућности да се потреба задовољи на другом месту (дискриминатор је монополиста). Посматрано у контексту оснивачким уговорима гарантованог права на слободан приступ унутрашњем тржишту ЕУ, обухватање свих уговора модел-правилом постаје саморазумљиво: не ради се само о заштити достојанства дискриминисаног, већ (можда и пре свега) о спречавању да дискриминација угрози економске темеље Уније – тржишну привреду, предузетнички дух и слободно надметање привредних субјеката.

Помињање тржишта у вези са антидискриминационом политиком Европске уније није случајно. Заправо је израз преовлађујуће карактеристике европског приватног права (уговорног права посебно) да је оно у битном одређено захтевом несметаног развоја слободног тржишта. Томе у прилог говори чињеница о усаглашавању најпре оних његових делова најпотребнијих либералном тржишту правилима која му обезбеђују несметано функционисање и развој (*market-oriented private law*). Не треба онда ни да нас чуди да се са уједначавањем националних приватних права држава чланица најпре и најдаље отишло у уговорним односима. На њима је тежиште рада већине радних група за израду модел-правила будуће, јединствене европске грађанске кодификације (Принципи европског уговорног права, Тренто пројекат, Анри Капитан група, Студијска група за израду Европског грађанског законика). Диктат тржишта видљив је и у вези са приступом заштити од дискриминације у приватноправним односима.

Јединствено тржиште Уније требало би да под једнаким условима буде доступно свим субјектима, били они снабдевачи робом и услугама или њихови корисници. Слободна иницијатива, тржишно надметање и конкуренција унапређују тржиште, на коме су робно-новчани односи добрим делом уређени грађанскоправним правилима, устројеним по

начелима приватне аутономије и слободе уговарања. Њима се гарантује слобода избора у вези са закључењем уговора, избором друге стране, одређивањем његове садржине и других, сауговарачима битних, елемената уговорног односа. Захваљујући непостојању дужности да се учињен избор образлаже, разлози на којима је заснован могу бити најразноврснији – добри, лоши или вредносно неутрални, ирационални, штетни по доносиоца одлуке. Очекује се да морално неприхватљиве разлоге (већина дискриминаторних основа је таква) искључи тржишна логика. Рачуна се на економски рационално понашање тржишних учесника, којима би основни критеријум у избору уговорног партнера требало да буде способност да испуни обавезу, а мотив – стицање добити. И критеријум и мотив су економски и објективни, тичу се уговора, а не личних својстава уговарача: продавцу је свеједно да ли је купац мушкарац или жена, које је националности, боје коже или вере; прихватљив је уколико може испунити обавезу, а код сталних пословних односа – и ако је савестан, поштен и поуздан партнер. Ко се руководи личним (не)склоностима или предрасудама ради у корист сопствене штете и конкуренције.

Тржишна правила сама по себи доприносе равноправности, јер профит и непрестано надметање искључују могућност да дискриминаторски мотиви буду одлучујући за избор друге стране уговора. Када тржиште добро функционише нема разлога да држава интервенише не би ли обезбедила суштинску равноправност (Riesenhuber, 2006: 358; Basedow, 2008: 9221, 923; Rösler, 2010: 755). Оправданим се разлозима сматра систематско ускраћивање одређене робе или услуге читавој групи појединаца истих личних својстава (из наше праксе, забрана Ромима уласка на јавни базен) или отежавање приступа наметањем услова који се од других не траже. Интервенција је потребна и ако дискриминатор има монополски положај. Конкуренција, као покретачки мотив једнаког поступања према другима, тада не постоји, нема ни алтернативне понуде, па би за дискриминисаног, без примене антидискриминационих норми, слободан приступ јединственом тржишту био само пука прокламација.

## **6. Закључак**

Једнакој доступности добара и њиховој правичној расподели тежи дистрибутивна правда, која се, ограничавањем приватне аутономије забраном дискриминације, уноси у приватно право – подручје корективне правде. Овакав сусрет јавног са приватним правом сматра се изразом социјалне функције приватне аутономије (Riesenhuber, 2006: 189) и показује да је приватно право постало свесније своје шире друштвене улоге (Rösler, 2010: 751).



Укључивањем друштвених група чији су припадници због личних својстава изложени стварној дискриминацији, држава остварује своју социјалну функцију. Могли бисмо рећи да се понаша и помало патерналистички: ширењем домена забране дискриминације, дала је себи још један оправдан разлог да грађанскоправни однос не препусти у потпуности слободној вољи његових учесника, чак и ако би то значило промену темељних начела грађанског права.

Питањима забране дискриминације у грађанскоправним односима потребно је одмерено приступити, ради очувања њихове суштине и разлога заснивања. Провером дискриминаторних основа у пољу грађанског права и њиховог утицаја на заснивање и садржину односа које оно уређује, проучавањем насталих последица и могућности да буду оправдане легитимним циљем и избором примереног средства да се он постигне, пронаћи ћемо праву меру између аутономије и забране дискриминације.

Овој констатацији додаћемо општеприхваћени став да ни претерана слобода није пожељна, нити је могућа. Више но једном поновљено је да је историја слободе воље историја њеног ограничавања. Уговор, као акт слободне воље, и било какво њено ограничавање на први су поглед неспојиви концепти, али само ако их посматрамо изоловане од друштвене стварности. Развој друштвено-економских односа приморао је законодавца да одустане од немешања у приватноправне односе и да их, уколико одступају од општег интереса, примереним корективима усклади са њим. Било да су они изражени правним стандардима јавног поретка (*l'ordre public*<sup>44</sup>) или добрих обичаја (*die gute Sitten*<sup>45</sup>) или њиховом комбинацијом, како је то, уз додатак принудних прописа, учињено у нашем праву (чл. 10 300), израз су исте идеје: слободна иницијатива и самоодређење страна грађанскоправног односа морају се ускладити са општим интересом, као што се имају усклађивати и међусобно. Оваква ограничења слободе воље су добродошла и неодвојива од ње, јер би неограничена слобода поништила слободу других, али и саму себе.

Поглед на важније грађанске кодификације уверава нас да је свако време имало своје разлоге за ограничење приватне аутономије и начине да то постигне. Антидискриминационе норме, којима се забрањује да идентитетска својства другог (раса, етничко порекло, националност, пол, сексуално опредељење, религијско или друго убеђење...) буду разлог да се с њим не закључи уговор, исписују нове границе. Оне су једне од

---

44 Француски грађански законик, швајцарски Закон о облигационом праву, раније Српски грађански законик и Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору.

45 Немачки грађански законик, § 138.

најинтензивнијих спољних ограничења, долазе из јавног права, доносећи његов *reason d' être* и идеју о дистрибутивној правди.

Већина грађанскоправних односа јесте надградња над економским токовима, чији би циљ – стицање и увећање профита – требало да искључи дискриминаторно понашање, јер је економски нерационално. Критичари превеликог утицаја забране дискриминације на грађанско право полажу велике наде у деловање тржишних механизма, пристајући на уплитање државе антидискриминационом политиком само ако су за отклањање последица они неподесни или недостатни.

Алтернативном понудом може се отклонити само једна последица дискриминације – потпуно искључивање са тржишта, тако што ће се дискриминисани снабдети на другом месту и евентуалну разлику у цени превалити на дискриминатора. Кад нема такве понуде, под условом да дискриминисани жели, примерена и једина могућа мера јесте обавезно закључење уговора. Ниједна од мера не штити повређено достојанство, а ипак је то превасходни заштитни објект свих антидискриминаторних норми. Повреда ове врсте једино је отклоњива класичном, имовинском санкцијом грађанског права: накнадом штете, било у новцу, било натурално (извињењем или јавним објављивањем судске пресуде).

## Литература

Basedow, J. (2010). The Court of Justice and Private Law: Vacillations, General Principles and the Architecture of the European Judiciary“. *European Review of Private Law*. 3(2010). 443–474

Basedow, J. (2008). Freedom of Contract in European Union. *European Review of Private Law*. 6(2008). 901–923

BverfG 19 Oct. 1993. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BverfGE)* 89, 214, 232, 233

Gams, A. Đurović, Lj. (1990). *Uvod u građansko pravo*. Beograd. Naučna knjiga

Geddes, A. Guiraudon, V. (2004). Britain, France and EU anti-discrimination policy: the end of an EU policy paradigm. 27 *West European Politics*. Нав. према: Hondius, E. (2011). Diskriminierungsschutz und Europäisches Vertragsrecht. У Schulze R. (ed.). *Non-Discrimination in European Private Law*. Tübingen: Mohr Siebeck. 199–207. (На стр. 200, нап. 3)

Закон о енергетици. *Службени гласник РС*. Бр. 145. 2014

Закон о забрани дискриминације. *Службени гласник РС*. Бр. 22. 2009

Закон о заштити потрошача. *Службени гласник РС*. Бр. 62. 2014

Закон о облигационим односима. *Службени лист СФРЈ*. Бр. 29. 1978; 39. 1985; 45. 1989 и 57. 1989. *Службени лист СРЈ*. Бр. 31. 1993

Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. *Службени лист СЦГ*. Бр. 9. 2003

Zweigert, K., Kötz, H. (1996). *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrecht*. Tübingen: J. C. B. Mohr Siebeck

Ковачевић Куштримовић, Р. Лазић, М. (2008). *Увод у грађанско право*. Ниш: Пунта

Lauber, A. V. (2011). From Market Integration to Human Integration: How Non-Discrimination Illustrates Fundamental Rights Aspects in Private Law. У Schulze R. (ed.). *Non-Discrimination in European Private Law*. Tübingen: Mohr Siebeck. 181–195

Leible, S. (2011). Prinzipien und Konzepte des Diskriminierungsschutzes im Europäisches Privatrecht“. У Schulze R. (ed.). *Non-Discrimination in European Private Law*. Tübingen: Mohr Siebeck. 27 - 53

Navarro, S. (2011). Sex Discrimination in European and Spanish Contract Law. У Schulze R. (ed.). *Non-Discrimination in European Private Law*. Tübingen: Mohr Siebeck. 233–265

Perović, S. (1975). *Zabranjeni ugovori u imovinskopравnim odnosima*. Beograd: NIU Službeni list SFRJ

Петрушић, Н. Крстић, И. Маринковић, Т. (2014). *Коментар Закона о забрани дискриминације*. Београд: Правосудна академија

Reppen, T. (2007). Antidiskriminierung – die Totenglocke des Privatrechts läutet. У Josef Issense (Hrsg.). *Vertragsfreiheit und Diskriminierung*, стр. 11

Riesenhuber, K. (2006). *Europäisches Vertragsrecht*. Berlin: De Gruyter

Rösler, H. (2010). Protection of the Weaker Party in European Contract Law: Standardized and Individual Inferiority in Multi-Level Private Law. *European Review of Private Law*, 4. 729–756

Unberath, H. (2012). Freedom of Contract. In *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*. Vol. I. Oxford: Oxford University Press. 751–755

Устав Републике Србије. *Службени гласник РС*. Бр. 98. 2006

Canaris, C-W. (2000). Wandlungen des schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner Materialisierung“. *Archiv für civilistische Praxis*. 200 (2000). 273–364

Case *Griggs v Duke Power Co.* [1971] 401 U. S. 42491 S.Ct 849

Case C-43/75 *Defrenne v. Société Anonyme Belge de Navigation Aérienne* [1976] ECR 455

Case C-555/07 *Seda Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* [2007]. [ECJ 19 January 2010]

Case C-144/04 *Werner Mangold v. Rüdiger Helm* [2005] ECR I-9981

Charter of Fundamental Rights of the European Union. OJ C 326 of 26 October 2012. P. 391

Wieacker, F. (1974). *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft*, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*. Franz Wieacker (Ed.). Frankfurt a/M: Athenäum Fischer. Нав. према: Rösler, H. (2010). Protection of the Weaker Party in European Contract Law: Standardized and Individual Inferiority in Multi-Level Private Law. *European Review of Private Law*. 4. 729 - 756 (на стр. 732, нап. 14)

Смерница 2000/43/ЕЗ о примени принципа једнаког поступања без обзира на расно или етничко порекло (Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000, implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial and ethnic origin) *OJ L* 180/22. 2000

Смерница 2004/113/ЕЗ о примени принципа једнаког поступања према мушкарцима и женама у приступу роби и услугама и снабдевању њима (Council Directive 2004/113/EC of 13 December 2004, implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services), *OJ L* 373/37. 2004

Смерница Европског парламента и Већа од 27. 12. 2006. о услугама на унутрашњем тржишту (Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006, on services in the internal market). *OJ L* 376/36. 27. 12. 2006

Study Group on European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis-Group). (2009). *Draft Common Frame of Reference, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*. Ed. by Von Bar, C. Clive, E. Schulte-Nölke, H. Munich: Sellier. European Law Publishers GmbH

**Ivana Simonović, LL.D.**

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Niš

## **PRIVATE AUTONOMY AND NON-DISCRIMINATION IN CIVIL LAW**

### **Summary**

*The principle of private autonomy (autonomy of will) is one of the four pillars of Civil Law. It shapes civil law relations and the behaviour of the parties involved along with the principles of equality, the transfer of civil subjective rights and the property sanction aimed at protecting these rights.*

*Private autonomy entails a free manifestation of one's personality: the self-determination in terms of establishing civil relations, the freedom to choose the other party in contracts, and determining the contract content pursuant to the needs of the contracting parties. The link between individual competences constituting the content of private autonomy is the freedom of choice which inevitably implies the likelihood of unequal treatment, which is discriminatory and thus prohibited.*

*The non-discrimination is a constitutional principle in most modern countries. For the EU Member States, it is a binding rule arising from the founding treaties of the European Union and one of the instruments of exercising the four basic freedoms which this supranational organization is based on. The EU Member States are thus obliged to incorporate relevant provisions on the free movement of people, labor, goods, services and capital in their national legislations (including both public and private law).*

*The non-discrimination rule must be applied in civil law relations as well, which is clearly stipulated in a number of directives. The prohibition of discrimination was first implemented in employment relationships but in the meantime it has become a crucial factor in ensuring anyone's equal access to the free market and the supply of goods and services. Given that this type of legal transaction is governed by the rules of civil law and involves the use of its institutes (particularly contracts), there is a reasonable question whether the traditional principles of civil law mentioned above are subject to change. The model rules that shape the European Private Law indicate that it is a most likely direction in which this area of law will be developing in the period to come. In the Draft Common Frame of Reference, non-discrimination has become a standard in contractual matters involving the public supply of goods and services.*

*In this paper, the author analyzes the concept of non-discrimination rule and its relation with private autonomy for the purpose of examining their correlation: whether they are mutually exclusive or are more likely to have a limiting effect on each other, which implies developing relevant instruments for their co-existence in civil legislation.*

**Key words:** *private autonomy, freedom to contract, non-discrimination, Draft Common Frame of Reference.*

**Милица Вучковић,\***  
Асистент Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 347.235

Рад примљен: 30.06.2015.

Рад прихваћен: 03.12.2015.

## **МЕСНА УОБИЧАЈЕНОСТ КОРИШЋЕЊА НЕПОКРЕТНОСТИ И ТЕОРИЈА ПРЕОКУПАЦИЈЕ У СИСТЕМУ ИМИСИОНЕ ГРАЂАНСКОПРАВНЕ ЗАШТИТЕ\*\***

**Апстракт:** Основно правило имисионе грађанскоправне заштите, ослоњено у потпуности на датости друштвене реалности, јесте да се имисије морају трпети до одређене границе. Када имисије постају прекомерне, питање је које се, у сваком конкретном случају, утврђује применом одређених критеријума. Један од тих критеријума је и „месна уобичајеност“ коришћења непокретности. Тако је, по Закону о основама својинскоправних односа Републике Србије, из 1980. године, власник непокретности дужан да се уздржава од проузроковања имисија којима се коришћење других (суседних) непокретности отежава преко мере која је уобичајена с обзиром на природу и намену непокретности и месне прилике. Теорија преокупације је у тесној вези са критеријумом „месне уобичајености“, будући да по њој, онај ко се касније настани или отпочне какву делатност у одређеном месту, у односу на имитента, нема право да се позива на прекомерност имисија које трпи. У већини права ова теорија није остварила утицај на судску праксу и законодавство. Француски Касациони суд се такође јасно оградао у односу на њу. Међутим, постоје и другачија виђења тог проблема. У овом раду се бавимо питањем примене теорије преокупације у области грађанскоправне заштите од имисија.

**Кључне речи:** суседско право, имисије, непокретности, теорија преокупације.

---

\* milica@prafak.ni.ac.rs

\*\* Рад је резултат истраживања на пројекту Правног факултета Универзитета у Нишу „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије, под бројем 179046 Д.

## 1. Увод

Имисије, као облик сметања суседа у мирном уживању права на непокретностима, биле су познате још римском праву (Romac, 1975: 160; Johnston, 1998: 71–72; Gordley, 2010: 2–5). Индустијска револуција донела је са собом, поред до тада невиђеног економског раста, и осталих позитивних и негативних „нупроизвода“, појаве високо урбанизованих средина, индустријских центара, који су под своје окриље окупили огромну масу људи жељених зараде и „слободног“ градског живота. Урбанистички прописи данас имају много већу улогу и значај него некада, али се ове средине и даље суочавају са претрпаношћу и разноврсним манифестацијама суседске интеракције. Два кључна фактора која доприносе настанку имисионих спорова – живот великог броја људи на малом простору и привредни развој, данас у највећој мери показују интензитет свог деловања на вршење права својине на непокретностима (Yocas, 1966: 3–4).

Тако се одвијају и трансформације права својине – од свеобухватне и „најапсолутније“ власти поводом ствари, до социјалне функције, која обавезује власника у интересу друштва. Власник се неминовно одриче дела своје себичности – свест о заједничком животу на одређеном простору обликује вршење права својине на непокретностима, посебно у великим градовима<sup>1</sup> (Ковачевић Куштримовић, 2002: 36; Лазић, 2009: 154).

У грађанском праву имисије се традиционално изучавају у оквиру суседског права (Стојановић, 1983: 120; Станковић, Орлић, 1999: 209; Ковачевић Куштримовић, Лазић, 2009: 78; Лазић, 2009: 153; Лазаревић, 2011: 444). Имисијама се бави и еколошко право (Палачковић, 1995: 357; Попов, 2012: 79–80). Због тога се често у правној теорији сусрећу ставови

---

1 Градски живот је у претежној мери заснован на индустријској производњи, која представља најозбиљнијег сметача у суседским односима и једног од највећих загађивача животне средине. Градови су и стецишта различитих привредних активности секундарног и терцијарног сектора, које данас у великој мери конкуришу индустрији у сметању човекове приватне сфере и угрожавању права на непокретностима, као и вредности самих непокретних ствари. На селу се на одређеном, не тако густо насељеном простору, сусрећу готово истоветне активности, које чине срж сеоског живота. За разлику од тога, градске средине обилују разноврсним делатностима и стога су плодно тле за сударање суседских интереса. Због тога градски живот представља већи изазов добросуседским односима него сеоски. Развој и ширење градова и предграђа доноси бројне проблеме свакодневног живота, с обзиром на то да се у одређеном тренутку урбани живот сусреће са различитим активностима типичним за сеоске средине (нпр. случајеви товилишта стоке или малих животињских фарми у предграђима). У градовима се често, због пренасељености, сусрећу различите активности на малом простору (нпр. голубарник или кокошињац у суседству стамбеног простора), нарочито у тзв. „дивљим“ насељима.



о превазилажењу традиционалних оквира суседског права у заштити од имисија. Мишљења смо да се ради о два различита група правних инструмената за заштиту од имисија, грађанскоправне и еколошкоправне, које се у једном мањем сегменту показују комплементарним, али имају различиту правну природу, домашај и циљеве (Лазивић, 2012: 129).

Закон о основама својинскоправних односа<sup>2</sup> (у даљем тексту: ЗОСПО) не садржи ниједну одредбу о суседскоправним односима. Нацрт законика о праву својине и другим стварним правима Републике Србије из 2012. године<sup>3</sup> (у даљем тексту: Нацрт) у чл. 279 даје дефиницију суседског права као законом, односно одлуком надлежног органа одређеног права власника непокретности да, за неопходне потребе у суседском односу, туђу непокретност која је с његовом у суседском односу употребљава на одређени начин и у одређеној мери, захтева од њеног власника да трпи употребу власникове непокретности на одређени начин и у одређеној мери, захтева од власника да своју непокретност не употребљава на одређени начин и у одређеној мери, или захтева да нешто чини поводом тих непокретности. Дакле, могуће је уочити три врсте суседског права. Право на заштиту од прекомерних и обавеза трпљења одређених имисија припадају другој групи суседских права: права да се захтева од власника да своју непокретност не употребљава на одређени начин и у одређеној мери.

Једна старија правна дефиниција суседског права одређује однос суседства као „квазиконтракт који производи узајамне обавезе међу суседима, што ће рећи, међу сопственицима и држаоцима суседних непокретности“ (Pothier, 1845–1848: 328). Суседство се схвата и као „просторна заједница непокретности, која води једној корисничкој заједници на непокретностима овлашћених и тиме узајамној дужности обзира и трпљења“ (Westermann, 1960: 310). Не улазећи у расправу о правној природи суседског права, можемо констатовати да ове две дефиниције у највећој мери изражавају суштину тих деликатних односа: постојање одређене заједнице, која подразумева одређене, узајамне обавезе и овлашћења, и која настаје независно од воље својих учесника, будући да је одређује сама чињеница живота на одређеном простору. Једна од обавеза коју намеће та „неужна“ заједница, а која је својствена животу у друштву у свим његовим аспектима, јесте обавеза трпљења шкодљивих утицаја до одређене границе.

---

2 *Сл. лист СФРЈ*, 6/80 и 36/90, *Сл. лист СРЈ*, 29/96 и *Сл. гласник РС*, 115/2005.

3 [www.arhiva.mpravde.gov.rs](http://www.arhiva.mpravde.gov.rs)

## 2. Појам имисија

Имисије се још од римског права схватају као материјални утицаји који се простиру са једне на другу непокретност (Johnston, 1998: 75). То схватање се задржало до данашњих дана. Ипак, постоје и друга схватања имисија, не само као материјалних, већ и као иматеријалних ентитета (Петровић, 2011: 18–19; Bovey, 2000: 10–12). „Извесне неимовинске штете не мењају ни у чему материјално стање земљишта или стана, већ умањују нормалне користи које пружа својина, безбедност станара, угодност средине, лакоћу приступа згради. Како до тих штета долази без материјалних продора, без опипљивог оштећења ствари, њихова допуштеност или недопуштеност не пада у очи на први поглед“ (Crouzel, 1919: 209). У праву Швајцарске је, и у доктрини и у судској пракси, једнодушно прихваћен став да се заштита од прекомерних имисија предвиђена швајцарским Грађанским закоником односи и на тзв. идеалне имисије (Bovey, 2000: 10–11). Идеалне имисије се у швајцарској правној теорији дефинишу као „сваки ефекат коришћења или располагања непокретношћу који шкоди моралном или психолошком благостању суседа“ (Bovey, 2000: 10). Није било јединственог става о тзв. негативним имисијама у доктрини, док је у судској пракси доминирао став да се овакви утицаји не сматрају имисијама (Bovey, 2000: 12). Међутим, од измена из 2009. године, међу примерима за шкодљиве утицаје (имисије) у чл. 684 швајцарског Грађанског законика дати су и одузимање суседу сунчеве светлости или дневног светла, што је типичан „представник“ негативне имисије (Станковић et al, 1999: 210–211). Француски судови су признавали право на заштиту услед естетских непријатности које изазива грађевина или моралног згражавања и пада вредности стамбеног објекта услед присуства јавне куће, што се може сматрати видовима идеалних имисија (J. Gordley 73; Yocas, 1966: 26–29).

У нашој правној теорији имисије се дефинишу као „утицаји који долазе са једне непокретности на другу, који су материјалне природе и који се могу опазити“ (Лазих, Правна ријеч, 2012: 118), односно, као „материје које потичу са једне непокретности и ваздухом, водом, односно земљиштем, продиру на друге непокретности и онемогућавају њихово коришћење“ (Бабић, 2012: 95). Присутан је и став о неопходности увођења једног интегралног појма имисија који би обухватио у себи и појмове негативних и идеалних имисија (Петровић, 2011: 19).

Иако се у правној теорији уобичајио термин „имисија“, законодавац га не употребљава, нити га сусрећемо у Нацрту. Тако, ЗОСПО у чл. 5 говори о „радњама и узроцима“ које потичу од непокретности, док је у Нацрту прихваћен израз „шкодљиви утицаји“. Оваква термилошка опширност

омогућава да се у појам имисија укључе различити облици шкођења, поред оних који су егземпларно дати и који се уобичајено наводе у законским текстовима (Лепетић, 1995: 380).

### **3. Заштита од имисија у појединим правима европскоконтиненталног правног круга**

Швајцарски грађански законик (1912)<sup>4</sup>, поред негаторне тужбе уређене чл. 641 (“Власник има право на заштиту од одузимања његове ствари, као и од противправног узнемиравања права својине”), предвиђа и специјалну заштиту од имисија у чл. 679: “Онај ко је претрпео или му прети опасност од штете, због тога што је власник прекорачио своје право, може тужити власника и тражити успостављање пређашњег стања или предузимање мера за избегавање опасности, не одричући се права на надокнаду штете.” Прекорачење права својине из чл. 679 састоји се у повреди правила суседског права о забрани прекомерних имисија из чл. 684 швајцарског Грађанског законика, која се у швајцарском праву третирају као законска ограничења права својине (Bovey, 2000: 59). Наиме, чланом 684 овог законика је предвиђено да су у вршењу права својине, нарочито у вођењу одређеног бизниса на својој непокретности, власници обавезни да се уздрже од сваког прекорачења истог (екцесивно вршење права својине), штетног по суседне непокретности. Овим одредбама се нарочито забрањују штетни ефекти у вршењу права својине који нису оправдани локацијом и природом непокретности или локалним обичајем, као што су емитовање штетних испарења, буке, вибрација, радијација или одузимање светлости.

Немачки грађански законик (1900)<sup>5</sup> предвиђа, у параграфу 906 да “власник једне непокретности не може забранити довођење гасова, мириса, дима, чађи, топлоте, шума, потреса и сличних утицаја који потичу са друге непокретности, уколико се тим утицајима не омета употреба његове непокретности или се омета у незнатној мери..... Исто важи и када је материјални утицај извршен у мери која је уобичајена за одређено место и не може се спречити мерама које су економски разумне за кориснике непокретности те врсте. Када је власник обавезан да трпи имисије, може захтевати надокнаду штете, уколико имисије угрожавају употребу или приход са погођене непокретности, на начин који је уобичајен у том месту, преко границе која се очекивано може толерисати.”

---

4 <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/21.html>.

5 [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb).

У правној теорији се сматра да је оваква формулација наведених одредаба BGB-а о имисијама израз про-индустријске и про-пољопривредне оријентације немачког законодавца и резултат поступног и временом све израженијег уплива државе у приватноправне односе и регулативу (Thier, 2010: 96–97). Док је средином 19. века постојао резервисан, чак непријатељски став према употреби непокретности у индустријске сврхе, до те мере да је власник непокретности погођене имисијама готово увек успевао са негативним захтевом<sup>6</sup>, крајем истог века притисак интереса индустрије на законодавца био је толико интензиван да је довео до садашње формулације параграфа 906 BGB-а (Thier, 2010: 92–93). Године 1869. у Немачкој је донет Индустријски законик (Gewerbordnung für den Norddeutschen Bund). Овим закоником је, у параграфу 26, било предвиђено да сусед фабрике која поседује административну дозволу за рад не може против њеног власника подићи негативну тужбу да спречи имисије које од ње трпи. Могао је захтевати једино мере за превенцију имисија, односно, ако би те мере биле прескупе, надокнаду претрпљене штете. Ово правило се изворно односило на ограничен број фабричких постројења, да би током времена његова примена била проширена на сва постројења снабдевена административном дозволом (Thier, 2010: 95). Данас су поменути параграфом заштићене све делатности од јавног значаја (gemeinwichtige Betriebe), као што су полицијске станице, поште, центри за збрињавање зависника од дроге, електране итд. Федерални Закон о заштити од имисија (Bundesimmissionsschutzgesetz) из 1974, преузео је овај концепт привилеговане заштите (Thier, 2010: 96).

Code civil (1804)<sup>7</sup> не садржи ниједну општу одредбу о имисијама и грађанскоправној заштити од имисија. Овај правни институт се у француском праву развијао кроз грађанску и управну судску праксу. Француски Касациони суд је у том развоју одиграо кључну улогу, формулисањем правила имисионе грађанскоправне заштите које се не разликује од решења других права европскоконтиненталног правног круга: сусед се може правно заштити само од прекомерних или абнормалних имисија, односно имисија којима се наноси прекомерна штета суседу (Gordey, 2010: 65; Yocas, 1966: 14–16).

Италијанским грађанским закоником<sup>8</sup> из 1942. године предвиђено је да „власник земљишта не може забранити имисије дима, топлоте, испаравања,

6 Било је довољно да се утврди „трајни неуобичајени вид употребе“.

7 <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20150513>

8 [http://www.gpchironi.it/sitenew/attachments/026\\_Codice-Civile-aggiornato-al-28-febbraio-2013.pdf](http://www.gpchironi.it/sitenew/attachments/026_Codice-Civile-aggiornato-al-28-febbraio-2013.pdf)

шумова и сличне утицаје који потичу са суседног земљишта, ако они не прелазе уобичајену меру сношљивости, узимајући у обзир месне прилике. При примени овог прописа суд мора ускладити захтеве производње са правним значајем својине. Мора се повести рачуна и о првенству одређеног начина употребе“ (чл. 844).

#### **4. Заштита од имисија у праву Републике Србије**

У нашем праву се одредбе о грађанскоправној заштити од прекомерних имисија налазе у двама посебним законима. То су ЗОСПО и Закон о облигационим односима<sup>9</sup> (у даљем тексту: ЗОО). Чланом 5 у ставу 1 ЗОСПО-а предвиђено је да је власник непокретности дужан да се при коришћењу непокретности уздржава од радњи и да отклања узроке који потичу од његове непокретности, којима се отежава коришћење других непокретности (преношење дима, непријатних мириса, топлоте, чађи, потреса, буке, отицање отпадних вода и сл.) преко мере која је уобичајена с обзиром на природу и намену непокретности и месне прилике, или којима се проузрокује знатна штета. Стварноправни инструмент заштите је негативна тужба. Ако је прекомерна имисија узрокована општекорисном делатношћу за коју је добијена дозвола надлежног државног органа, може се захтевати само накнада штете која прелази нормалне границе (чл. 156, ст. 3 ЗОО). Нацртом је предвиђена нешто потпунија регулатива овог правног института. Тако је предвиђено да власник непокретности чије је коришћење отежано преко мере уобичајене с обзиром на природу и намену непокретности и месне прилике шкодљивим утицајем који потиче од радње или извора са суседне непокретности (бука, прашина, дим, чађ, мирис, отпадна вода, потрес, топлота, светлост, електромагнетни таласи и сл.) може захтевати од њеног власника да се од радње уздржи, односно извор утицаја отклони. Уздржавање од радње, односно отклањање извора шкодљивог утицаја не може се захтевати ако се радња врши, односно извор користи са дозволом надлежног органа или у оквиру општекорисне делатности, као ни ако уздржавање од радње, односно отклањање извора представља несразмеран терет за власника (чл. 294, ст. 1 и 2). У том случају се може остварити право на правично обештећење, односно накнаду штете (чл. 294, ст. 3)

---

<sup>9</sup> *Сл. лист СФРЈ*, 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Сл. лист СРЈ*, 31/93 и *Сл. лист СЦГ* 1/2003 – Уставна повеља.

## **5. Прекомерне имисије, месно уобичајено коришћење непокретности и теорија преокупације**

Власник, односно корисник непокретности, може се ефикасно правно одбранити не од свих имисија, јер то би било немогуће, већ само од прекомерних. Сметње које долазе са суседне непокретности морају се трпети до одређене границе. Када се та граница пређе, имисије постају прекомерне и отвара се пут за грађанскоправну заштиту (Yocas, 1966: 4).

Прекомерност имисија је фактичко питање и одговор на њега зависи од свих околности конкретног случаја. Критеријуми за процену прекомерности су објективни, а стожерни су природа и намена непокретности и месне или локалне прилике (Vovey, 2000: 23–27; Петровић, 1979: 343). У српском и француском праву се ови критеријуми испитују с обзиром на непокретност са које потичу имисије (Yocas, 1966: 65–66, Стојановић, Поп-Георгиев, 1983: 19, Лазић, 2012: 119–120, Милић, 1987: 1456). У швајцарском праву се процена врши увидом у ситуацију и непокретности са које потичу имисије и непокретности погођене (погођених) имисијама (Vovey, 2000: 27), док се у немачком праву полази од укупног стања у одређеном подручју у ком се налазе те непокретности (Петровић, 2011: 198).

Критеријуми природе и намене непокретности и локалних прилика, односно месне уобичајености су тесно повезани. У урбаним срединама се у утврђивању овог стања непокретности полази од зоне у којој се налазе односне непокретности. У томе су пресудни урбанистички прописи (Vovey, 2000: 27).

Месно уобичајено коришћење је онај вид коришћења непокретности који дужи временски период преовладава у одређеном месту и сматра се типичним (Стојановић et al, 1983: 29; Лазић, Правна ријеч, 2012: 119; Vovey, 2000: 28–29). Будући да се доминантне карактеристике једног краја могу знатно изменити током времена, не може се говорити о стеченом праву – о праву да се наноси штета суседу који се доселио у одређено место или ту отпочео делатност после имитента, чак и када је активност од које потичу имисије уобичајена за то место (Vovey, 2000: 28; Петровић, 2011: 190; Стојановић et al, 1983: 29–30). Управо супротна идеја је садржана у теорији појединачног пређашњег заузимања.

Ова теорија се приписује француском правном теоретичару Demolombe –у, који је у свом делу „Cours de Code Napoleon“ из 1882. године изнео становиште да при одлучивању о праву на надокнаду штете од прекомерних имисија треба да пресуди првенство одређеног начина употребе. Ако се у крају у ком делује нека фабрика њени суседи жале на имисије од њених

постројења, право на надокнаду штете би требало, по овој теорији, да имају само они суседи који су у том месту били настањени, односно обављали делатност, пре него што је фабрика отпочела са радом (Петровић, 2011: 189–190). По овом учењу, онај ко се настани у близини фабрике „прихвата ризик“ наступања штете (Raymond, 1965: 344).

Француски Касациони суд се почетком 20. века изричито изјашњавао против теорије појединачног пређашњег заузимања (Петровић, 2011: 190). Међутим, касније се она провлачи кроз бројне судске одлуке<sup>10</sup>. Тако, у једној одлуци из 1968. године, у спору Air France c. Société E.R.V.E. et autres, суд је, позивајући се на кривицу оштећеног, досудио снижени износ надокнаде штете погођеном суседу. У поступку поводом овог спора компанија Air France је била осуђена да надокнади штету грађевинском предузећу E.R.V.E, због прекомерне имисије буке коју су трпели суседи аеродрома у Ници, настањени у становима у зградама које је то предузеће изградило близу постојећег аеродрома. Износ надокнаде је био умањен позивањем на кривицу оштећеног, са образложењем да је речено предузеће пре почетка градње стамбених објеката у близини аеродрома морало водити рачуна о затеченом начину употребе у том крају, и да томе прилагоди градњу (Петровић, 2011: 183). Такође, теорија пређашњег заузимања се у француском праву у новије време појављује не прикривено и не под „маском“ кривице оштећеног, већ отворено, у виду одредаба Законика о становању и грађењу – Code de la construction et de l’habitation<sup>11</sup>. Овим закоником, у чл. L112–16, предвиђено је да штете које држалац (корисник) непокретности претрпи услед имисија од пољопривредне, индустријске, трговачке или аеронаутичке делатности, не рађају право на надокнаду штете када је одобрење за градњу издато, односно уговор о продаји или закупу закључен након што је нека од речених делатности отпочела и траје у том месту, уколико се таква делатност обавља у складу са одредбама важећих закона и уредаба и ако се иста све време обавља под одобреним условима.

Тако су одређене делатности у француском праву добиле повлашћени положај признавањем права на приговор преокупације (Boulisset, Couchet, 2010: 455). Услов је да се делатност која је заштићена стеченим правом на одређеном подручју све време врши у складу са истим условима из административног одобрења, и да имисије од ње нису постале у већој

---

10 Како се у теорији сматра, француски судови су ову концепцију ипак посредно прихватили, у оним случајевима када се налазе у сукобу јавни и приватни интерес.

11 Dernière modification du texte le 01 avril 2015 - Document généré le 31 mars 2015 - Copyright (C) 2007-2008 Legifrance ; <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006074096&dateTexte=20150513>.

мери несношљиве након досељавања суседа чије право на заштиту од прекомерних имисија се суспендује (Boullisset, Couchet, 2010: 455).

У немачком и швајцарском праву концепција пређашњег заузимања је изричито одбачена (Петровић, 2011: 191), док Грађански законик Италије предвиђа да се при одлучивању о захтеву за заштиту од прекомерних имисија мора водити рачуна и о првенству одређеног начина употребе и тиме имитенту посредно признаје право на приговор пређашњег заузимања.

У суштини ове концепције је суспензија права на заштиту од прекомерних имисија, и то без икакве надокнаде ономе ко трпи те имисије без могућности да се правно одупре и заштити. Поменути решењем из француског права не само да се одузима погођеном суседу право на надокнаду штете, оно му не даје чак ни право на правичну надокнаду због лишавања једног од права из корпуса суседских права, због чега се у француској правној теорији расправља о његовој уставности (Gordey, 2010: 80).

Чини се да се теорија преокупације логично надовезује на стандард “месне уобичајености”. Наиме, у питању је одређена, дуготрајна употреба већине непокретности у одређеном месту, у дужем временском периоду. И та месна уобичајеност одређује од које ћемо непокретности поћи у разматрању прекомерности – погођене или оне од које потичу имисије. Сам законодавац нам имплицитно допушта да се ослонимо на теорију преокупације. “Локална употреба повређује принцип да у суседском праву не постоји никакво стечено или привилеговано право. Како општи карактер једног локалитета одређује доминантна врста употребе или експлоатације непокретности, нови становници места морају се нужно томе потчинити. Такође, на изванредан начин, обавеза прилагођавања локалној употреби креира право приоритета или превенције у корист оних који су већ настањени у том месту. Нпр. ако је начин употребе у одређеном месту искључиво или већином пољопривредни, онај ко се ту смести морао би, у принципу, трпети имисије које су уобичајено и по редовном току ствари повезане са пољопривредом, чак и ако би оне негде другде могле бити сматране прекомерним” (Bovey, 2000: 29). То је теорија колективног пређашњег заузимања, која представља еквивалент француског права стандарду месне уобичајености немачког права и оних права која су се развијала под његовим утицајем, укључујући ту и наше (Петровић, 2011: 197). Њу треба јасно разликовати од теорије појединачног пређашњег заузимања. Ако је применом законских критеријума утврђено да су одређене имисије прекомерне, имитент се не може позивати на то да треба да буде ослобођен одговорности на основу тога што се дуги низ година пре него што се у



његовом суседству нашао погођени власник бавио штетном делатношћу. Прекомерност имисија се утврђује у сваком конкретном случају када се пред судом решава спор поводом захтева суседа погођеног имисијама упереног против суседа-имитента.

У уређеним заједницама урбанистички прописи у великој мери обесмишљавају теорију преокупације, чак могу и потиснути стандард “месне уобичајености”. Ако је једно подручје на основу урбанистичких прописа подељено на зоне, од којих су неке стамбене, неке индустријске и сл., и не поставља се питање да ли је одређена делатност уобичајена у одређеном месту, већ да ли је дозвољена у том месту (Marty, Raynaud, 1965: 315–318; Gordley, 2010: 77–79).

Урбанистички прописи, као и прописи еколошког права могу бити значајан ослонац при одлучивању о прекомерности имисија. У том контексту се поставља и питање везаности грађанског судије овим прописима, нарочито у погледу граничних вредности појединих видова имисија, утврђених еколошкоправним прописима (Vovey, 2000: 31). У правној теорији се истиче принципијелна независност грађанског судије при одлучивању о прекомерности имисија, у том смислу да повреда речених прописа не значи истовремено и постојање прекомерне имисије грађанског права, нити да њихово поштовање значи да је искључена могућност одговорности за прекомерне имисије по правилима грађанског права. На супротној страни је гледиште да је грађански судија њима ипак везан, и да, ако их не примењује, мора то и да образложи (Vovey, 2000: 31–32). Са порастом значаја еколошких тема у савременом свету науке и технике у служби индустријског и другог привредног развоја, све су израженији предлози да се за утврђивање прекомерности имисија у грађанском судском поступку примене објективна мерила – квантификатори егзактних наука (Лазивић, Правна ријеч, 2012: 119). То истовремено води и јачем упливу јавног права у приватно и порасту значаја урбанистичког и еколошког законодавства у примени грађанскоправне заштите од прекомерних имисија.

Критеријум месне уобичајености је сам по себи у довољној мери објективан, с обзиром на то да имплицира оно што представља доминантну карактеристику одређеног подручја стварану током дужег временског периода, без узимања у обзир конкретне појединачне ситуације погођеног суседа. Увођење јиш веће “дозе” објективности у имисиону грађанскоправну заштиту може довести до занемаривања приватних интереса у корист јавних и тако оставити “малог човека” без заклона и “уточишта” грађанскоправне заштите. Грађански судија би свакако требало да буде слободан да квалификује као прекомерне и оне имисије које у конкрет-

ном случају нису прекорачиле граничне вредности прописа јавног права (Bovey, 2000: 38). Међутим, обавезна примена квантификатора као објективних показатеља допуштености или недопуштености имисија значајна је препрека неправичности, коју са собом носи примена теорије појединачног пређашњег заузимања.

## 6. Закључак

Проблем заштите од прекомерних имисија је увек актуелан. Још од римског права око њега се развијају доктринарне полемике, теоријске концепције, законска решења, води се борба интереса привреде и државе на једној страни и грађана на другој. У њему судска пракса већ вековима налази извор своје креативне мисије у праву.

Очекивало би се да толико бављење овим проблемом доведе до неког задовољавајућег решења. Међутим, чини се да је то решење данас даље него икада. То је област у којој се, не толико очигледно, али опет врло интензивно, сударају јавни и приватни интерес. Доказ за ову тврдњу може се пронаћи у анализи историјске генезе појединих законских решења и анализи судске праксе појединих земаља.

Може се чинити да се проблем решава сам по себи ступањем на сцену еколошког права и вештачким ширењем димензија грађанскоправне заштите од имисија. Грађанскоправна заштита у незнатној мери може допринети заштити животне средине, односно заштити права човека на здраву животну средину. Еколошко право такође не може много помоћи приватноправним субјектима, који заправо не виде много даље од међа своје непокретности и потреба своје делатности, у заштити од прекомерних имисија које производе њихови суседи.

Теорија појединачног пређашњег заузимања супротставља се и ефикасној еколошкоправној заштити и ефикасној грађанскоправној заштити од прекомерних имисија. Од ње су се оградиле и судска пракса и правна теорија. У одредбама већине грађанских законика такође није нашла своје место. Међутим, тамо где није изричито предвиђена, може се срести у прикривеном виду, као нпр. кривица оштећеног, или у виду неког прописа јавног права који има за циљ да спречи настанак суседских спорова. Њена примена у већини случајева нарушава равнотежу између супротстављених интереса у суседској заједници, дајући једном субјекту стечена права науштрб права другог, и поред прокламоване начелне равноправности правних субјеката у грађанском праву. Свеprisутна тежња за применом објективизираних мерила прекомерности може допринети њеном

сузбијању или барем свести њено присуство на прихватљиву меру у оним случајевима у којима се њена примена показује оправданом.

### Литература

- Бабић, И. (2012). Имисије у грађанском праву. *Правна ријеч*. 32 (IX). 113–128
- Boulisset, P, Couchet, C.(2010). *Relations et conflits de voisinage*. Paris: Editions Dalloz
- Bovey, G. (2000). *L'expropriation des droits de voisinage*. Berne : Staempfli Editions SA
- Gordley, J. (2010). Disturbances among neighbours: introduction. У: J. Gordley (Прир.), *The development of liability between neighbours* (стр. 1-64). Cambridge, UK: Cambridge University Press
- Gordley, J. (2010). Disturbances among neighbours in French Law. У: J. Gordley (Прир.), *The development of liability between neighbours* (стр. 65-86). Cambridge, UK: Cambridge University Press
- Johnston, D. (1998). *Roman Law in Context*. Cambridge UK: Cambridge University Press
- Yocas P, M. Cosmas. (1966). *Les troubles de voisinage*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, R. Pichon et R. Durand- Auzias
- Ковачевић Куштримовић, Р, Лазић, М. (2009). *Стварно право*. Ниш: Пунта Ковачевић Куштримовић, Р. (2002). Суседско право у будућој кодификацији грађанског права. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 36–50
- Лазаревић, Д. (2011). *Службености и суседско право*. Београд: Пословни биро
- Лазић, М. (2012). Имисије и грађанскоправна заштита. *Правна ријеч*. 32 (IX). 113–128
- Лазић, М. (2012). Заштита од буке – комунална бука и имисија буке. *Тематски зборник радова Правног факултета у Нишу, Заштита људских и мањинских права у европском правном простору*. 129–144
- Лазић, М. (2009). Суседска права и злоупотреба права. *Тематски зборник радова Правног факултета у Нишу, Приступ правосуђу*. 151–161
- Лепетић, Д. (1995). Штетне имисије и природно право. *Правни живот*. 9. 379–390
- Marty, G, Raynaud, P. (1965). *Droit civil, tome II, Les biens*. Paris: Sirey
- Милић, Д. (1987). Заштита од имисије и од злоупотребе суседског права уопште. *Правни живот, тематски број: Права на непокретним стварима*. 12 (XXXVII). 1445–1460

- Палачковић, Д. (1995). Грађанско-правна еколошка заштита. *Правни живот*. 9. 357–377
- Петровић, М. (2011). *Индустријско суседство и одговорност за штету*. Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу
- Петровић, М. (1979). Имисије. *Анали Правног факултета у Београду*. 3–4. 337–346
- Попов, Д. (2012). Недопуштене имисије и заштита животне средине. *Зборник радова правног факултета у Новом Саду*. 4. 69–81
- Pothier, R., J. (1845–1848). *Traité de contrat de société ; Appendice II : du voisinage IV, Oeuvres complètes de Pothier*. Paris: Dalloz
- Raymond, G. (1965). *Note. Recueil. Jurisprudence*. Paris: Dalloz – Sirey
- Romas, A. (1975). Stambene prilike u starom Rimu. *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*. XXIII. 141–174
- Станковић, О., Орлић, М. (1999). *Стварно право*. Београд: Номос
- Стојановић, Д. (1983). *Стварно право*. Београд: Новинско-издавачка установа „Службени лист СФРЈ“, ООУР „Књиге“
- Стојановић, Д, Поп-Георгиев, Д. (1983). *Коментар Закона о основним својинско-правним односима*. Београд: Новинско-издавачка установа „Службени лист СФРЈ“, ООУР „Књиге“
- Thier, A. (2010). Disturbances among neighbours in Germany 1850-2000. У: J. Gordley (Прир.), *The development of liability between neighbours* (стр. 87–106). Cambridge, UK: Cambridge University Press
- Crouzel, H. (1919). Etude sur la responsabilité civile. *Revue générale du droit*. 209.
- Westermann, H. (1960). *Sachenrecht*. Karlsruhe: Die Deutsche Bibliothek – CIP Einheitsaufnahme
- Закон о основама својинскоправних односа. *Службени лист СФРЈ*. Бр. 6 (1980) и Бр. 36 (1990), *Службени лист СРЈ*. Бр. 29 (1996) и *Службени гласник РС*. Бр. 115 (2005)
- Закон о облигационим односима. *Службени лист СФРЈ*. Бр. 29(1978), 39 (1985), 45 (1989) – одлука УСЈ и 57 (1989), *Службени лист СРЈ*. Бр. 31 (1993) и *Службени лист СЦГ*. Бр. 1 (2003) – Уставна повеља
- Нацрт Законика о праву својине и другим стварним правима. [www.arhiva.mpravde.gov.rs](http://www.arhiva.mpravde.gov.rs)
- Code civil. <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT00006070721&dateTexte=20150513>
- Code de la construction et de l'habitation. <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT00006074096&dateTexte=20150513>

German Civil Code. [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb)

Il Codice Civile. [http://www.gpchironi.it/siteweb/attachments/026\\_Codice-Civile-aggiornato-al-28-febbraio-2013.pdf](http://www.gpchironi.it/siteweb/attachments/026_Codice-Civile-aggiornato-al-28-febbraio-2013.pdf)

Code civil Suisse. <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/21.html>

**Milica Vučković, LL.B.**

*Teaching Assistant,*

*Faculty of Law, University of Niš*

**THE STANDARD OF CUSTOMARY LOCAL USAGE OF LAND  
AND THE THEORY OF FIRST OCCUPANCY IN THE CIVIL  
LAW PROTECTION AGAINST EMISSIONS**

**Summary**

*Resting entirely on the given social reality, the basic rule of civil law protection in emissions cases is that one must stand a certain degree of nuisance stemming from emissions. The issues concerning excessive emissions are determined on the merits of each specific case by applying specific criteria. One of these criteria is the standard of “the customary local usage” of land. Thus, the 1980 Basic Property Relations Act of the Republic of Serbia regulates that the owner of a real estate is obliged to refrain from causing nuisance by emissions which could aggravate the usage and enjoyment of other (neighbouring) properties to an extent which exceeds the customary locality standard, taking into account the nature and intended purpose of the real property, as well as the local circumstances.*

*The theory of first occupancy is closely connected with criterion of “the customary local usage”. Under this theory, a person who settles, occupies or starts some activity in a specific location later than the first occupier who is causing nuisance by emissions is not entitled to invoke protection against excessive emissions. In most legal systems, this theory did not take root, not did it have any significant impact on the legislation and judicial practice. The French Court of Cassation explicitly ruled against it. However, there are different opinions on this matter. In this paper, the author discusses the issue of applying the theory of first occupancy in the field of civil law protection against emissions.*

**Key words:** *neighbours right, nuisances, immovables, theory of preoccupation.*



**Dr Silvija Petrić,\***  
Redoviti profesor Pravnog fakulteta,  
Sveučilišta u Splitu

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 366.5(497.5)

Раđ примљен: 30.06.2015.  
Раđ прихваћен: 03.12.2015.

## **TEMELJNA OBILJEŽJA PRAVA ZAŠTITE POTROŠAČA REPUBLIKE HRVATSKE U SVJETLU NOVOG ZAKONA O ZAŠTITI POTROŠAČA**

**Apstrakt:** Pravo zaštite potrošača kao slabije strane u tržišnom odnosu razvija se u hrvatskom pravnom poretku veoma intenzivno posljednjih 10-ak godina, posebno zbog obveze Hrvatske da svoje pravo i u ovom području uskladi s pravnom stečevinom EU. Pri tome se Hrvatska opredijelila za sustav posebnog zakona o zaštiti potrošača koji obuhvaća najveći dio potrošačkog prava, no složenost i opsežnost EU potrošačkog *acquis-a* uvjetovala je da neke odredbe o zaštiti potrošača budu uvrštene u druge normativne akte, posebno u Zakon o obveznim odnosima, ali i u sektorske propise kao što je Zakon o potrošačkom kreditiranju, Zakon o sigurnosti proizvoda, Zakon o kreditnim institucijama, Zakon o leasingu, Zakon o informiranju potrošača o hrani, itd. U aprilu 2014. godine stupio je na snagu treći Zakon o zaštiti potrošača čija je temeljna svrha bila uskladiti hrvatsko pravo s odredbama Direktive o pravima potrošača, te otkloniti određene nedostatke Zakona o zaštiti potrošača iz 2009. godine. U radu se analizira koliko je novi Zakon uspio udovoljiti ovim zahtjevima, a posebno koliko je intervencija u neke postupovne i druge zaštitne instrumente uspješan prilog efikasnijoj zaštiti proklamiranih potrošačkih prava u praksi. Ukazuje se i na problem nedovoljne usklađenosti posebnih propisa s pravilima Zakona o zaštiti potrošača, te potrebu da se sva pravila potrošačkog prava tumače u svjetlu ciljeva europskih direktiva iz kojih su preuzeta, kao i u skladu s praksom Suda pravde Europske unije.

**Ključne riječi:** zaštita potrošača; Zakon o zaštiti potrošača 2014; Direktiva o pravima potrošača.

---

\*dekanat@pravst.hr

## 1. Опćenito o zaštiti potrošača u hrvatskom pravnom poretku

Dvadeset prvog ožujka 2014. donesen je u Republici Hrvatskoj novi Zakon o zaštiti potrošača (dalje: ZZZP),<sup>1</sup> koji je stupio je na snagu 8. travnja 2014, a neke odredbe 1. siječnja 2015. Riječ je o trećem hrvatskom zakonu koji na više ili manje cjelovit način uređuje materiju zaštite potrošačkih prava i interesa. Prvi Zakon o zaštiti potrošača donesen je 2003,<sup>2</sup> a drugi 2007. (dalje: ZZZP/07).<sup>3</sup> Iako je do donošenja prvog zakona iz 2003. teško govoriti o zaštiti potrošača kao posebnom području pravne regulative u hrvatskom pravnom poretku, ne smije se zaboraviti da je i do tada postojao relativno veliki broj pravnih normi neposredno ili posredno usmjerenih na zaštitu ove često osjetljive i redovito faktički slabije kategorije sudionika u tržišnim odnosima.<sup>4</sup> No, sustavno uređenje ovog pravnog područja započinje nakon potpisivanja Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Republike Hrvatske i Europskih zajednica te njihovih država članica iz 2001, kojim se Republika Hrvatska obvezala uskladiti postojeće i buduće zakonodavstvo s pravnom stečevinom tada Europske zajednice, danas Europske unije (dalje: EU).<sup>5</sup> U pogledu potrošačkog prava koje čini značajan dio europskog privatnopravnog *acquis*-a, hrvatski se zakonodavac odlučio za nomotehnički pristup koji se sastoji u kombinaciji posebnog zakona o zaštiti potrošača (koji bi obuhvatio većinu potrošačkih direktiva), implementacije pojedinih aspekata potrošačkog *acquis*-a u postojeće zakone (prvenstveno u Zakon o obveznim odnosima (dalje: ZOO),<sup>6</sup> ali i u druge sektorske propise<sup>7</sup>), te donošenje posebnih

1 Narodne novine (dalje: NN), 14/2014.

2 NN, 96/03.

3 NN, 79/07, 125/07, 79/09, 89/09, 133/09, 78/12, 56/13.

4 To se posebno odnosi na brojne odredbe Zakona o obveznim odnosima iz 1978, koji već na razini temeljnih načela govori o izvršavanju prava i obveza na način da se štite potrošači, te o zabrani nanošenja štete potrošačima (čl. 8 i 9), a čitav niz posebnih pravila usmjeren je, iako se pojam potrošača ne navodi, na zaštitu interesa prvenstveno potrošača (npr. pravila o odgovornosti za materijalne nedostatke stvari, o zelenaškim ugovorima, o odgovornosti za štete od neispravnog proizvoda, o općim uvjetima ugovora, o prekomjernom oštećenju, posebna pravila za neke vrste kupoprodaje, itd.). Više vidi: Ledić, 1988: 420–429; Jovanović, 1979: 117–122; Ledić, 1992: 145–169.

5 Čl. 69 i čl. 74 Zakona o potvrđivanju Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Republike Hrvatske i Europskih zajednica i njihovih država članica, NN, Međunarodni ugovori, br. 14/01.

6 U to vrijeme na snazi je Zakon o obveznim odnosima iz 1978. godine (Sl.l. SFRJ, 29/78, 39/85, 46/85, 45/89, 57/89), preuzet u hrvatski pravni poredak, uz manje izmjene, 1991. (NN, 53/91, 73/91, 111/93, 3/94, 7/96, 91/96, 112/99, 88/01). 2005. Hrvatska donosi novi ZOO (NN, 35/05, 41/08, 125/11).

7 Primjerice, Zakon o obveznim i stvarnopravnim odnosima u zračnom prometu (NN, 132/98, 63/08, 134/09, 94/13), Zakon o leasingu (NN, 135/06), Zakon o pružanju usluga u turizmu (NN, 68/07, 88/10), Zakon o osiguranju (NN, 151/05, 87/08, 82/09, 54/13), itd.



sektorskih zakonskih i podzakonskih akata.<sup>8 9</sup> Smatralo se da će se tako bolje očuvati sustavnost i konzistentnost postojećeg građanskopravnog uređenja, te spriječiti da uvođenje specifičnih i u pravilu funkcionalno orijentiranih koncepta europskog potrošačkog prava dovede do neželjenih dezintegrirajućih učinaka u nacionalnom pravnom sustavu.<sup>10</sup> No, ZZP-om iz 2003. nisu preuzete sve direktive već samo Direktiva 98/6/EZ, Direktiva 85/577/EEZ, Direktiva 97/7/EZ, Direktiva 94/47/EZ, Direktiva 93/13/EEZ, Direktiva 84/450/EEZ, Direktiva 87/102/EEZ i djelomično Direktiva 1999/44/EZ.<sup>11</sup> ZOO-om su prošireno<sup>12</sup> preuzete Direktiva 90/314/EEZ, Direktiva 1999/44/EEZ, Direktiva 85/374/EEZ, Direktiva 86/653/EEZ, Direktiva 2000/35/EZ, te velikim dijelom i za trgovačke ugovore rješenja Direktive 93/13/EEZ.<sup>13</sup> Zbog potrebe otklanjanja nedostataka uočenih u hrvatskom potrošačkom zakonodavstvu tijekom primjene u praksi kao i u postupku *screening*-a potrošačkog prava u pristupnim pregovorima s EU,

---

8 Primjerice Zakon o potrošačkom kreditiranju (NN, 75/09, 112/12, 143/13, 147/13, 9/15), Zakon o općoj sigurnosti proizvoda (NN, 30/09, 139/10, 14/14), itd.

9 Više o dilemama vezanim za optimalni nomotehnički pristup reguliranju zaštite potrošača u hrvatskom ali i u drugim europskim pravnim sustavima vidi: Baretić, 2013: 66–86.

10 Više vidi: Baretić, 2003: 247–249; Baretić, 2013: 78–83. O posljedicama implementacije EU pravila u nacionalna prava više vidi, Senden, 2009: 13–28.

11 Direktiva 98/6/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 16. veljače 1998. o zaštiti potrošača kod isticanja cijena proizvoda koji se nude potrošačima, OJ 1998 L 80/27; Direktiva Vijeća 85/577/EEZ od 20. prosinca 1985. o zaštiti potrošača u pogledu ugovora sklopljenih izvan poslovnih prostorija, OJ 1985 L 372/31; Direktiva 97/7/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 20. svibnja 1997. o zaštiti potrošača s obzirom na ugovore na daljinu, OJ 1997 L 144/19; Direktiva Vijeća 93/13/EEZ od 5. travnja 1993. o nepoštenim odredbama u potrošačkim ugovorima, OJ 1993 L 95/29; Direktiva Vijeća 84/450/EEZ o usklađivanju pravnih i upravnih propisa država članica o zavaravajućem oglašavanju, OJ 1984 L 250/17, izmijenjena Direktivom 97/55/EZ, OJ 1997 L 290/18; Direktiva Vijeća 87/102/EEZ od 22. prosinca 1986. o približavanju zakona i drugih propisa država članica u pogledu potrošačkih kredita, OJ 1987 L 42/48, izmijenjena i dopunjena Direktivom 90/88/EEZ, OJ 1990 L 61/14 i Direktivom 98/7/EZ, OJ 1998 L 101/17; Direktiva 1999/44/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 25. svibnja 1999. o određenim aspektima prodaje potrošačkih dobara i povezanim garancijama, OJ 1999 L 171/12.

12 Tj. s primjenom i na druge adresate, a ne samo na potrošače, odnosno na sve pravne odnose a ne samo potrošačke.

13 Direktiva Vijeća 90/314/EEZ od 13. lipnja 1990. o turističkim paket aranžmanima, OJ 1990 L 158/59; Direktiva Vijeća 85/374/EEZ od 25. srpnja 1985. godine o usklađivanju zakona i drugih propisa država članica u vezi s odgovornošću za neispravne proizvode OJ 1985 L 210/29, izmijenjena i dopunjena Direktivom 1999/34/EZ, OJ 1999 L 141/20; Direktiva Vijeća 86/653/EEZ od 18. prosinca 1986. o usklađivanju propisa država članica u svezi sa samostalnim trgovačkim zastupnicima, OJ 1986 L 382/17; Direktiva 2000/35/EZ Europskoga parlamenta i Vijeća od 29. lipnja 2000. o suzbijanju kašnjenja s plaćanjem u trgovinskim transakcijama, OJ 2000 L 200/35.

te implementiranja dijela *acquis*-a koji nije bio obuhvaćen prethodnim ZZP-om,<sup>14</sup> 2007. donesen je novi ZZP. Neke nedorečenosti i nedostaci ovog zakona otklanjani su u nekoliko navrata njegovim izmjenama i dopunama, kao i donošenjem posebnih zakona,<sup>15</sup> što je rezultiralo privremenim zatvaranjem pregovora u Poglavlju 28 (Zaštita potrošača i zdravlja) u studenom 2009.<sup>16</sup>

No, ni nakon završetka pregovora i potpisivanja Ugovora o pristupanju Republike Hrvatske EU<sup>17</sup> potreba daljnjeg usklađivanja nacionalnog potrošačkog prava s pravnom stečevinom EU nije prestala. Nije bila riječ samo o uklanjanju određenih nedostataka u postojećem zakonodavstvu nego i o usvajanju novih akata EU potrošačkog prava.<sup>18</sup> To se prvenstveno odnosilo na usvajanje odredaba Direktive 2008/122/EZ, Direktive 2009/22/EZ, te posebno Direktive 2011/83/EU o pravima potrošača.<sup>19</sup> Usklađivanje je dijelom izvršeno izmjenama ZZP-a iz 2009.<sup>20</sup> 2012.<sup>21</sup> i 2013.<sup>22</sup> No zakonodavac je smatrao da usklađivanje s pravilima

---

14 U hrvatsko zakonodavstvo tako primjerice nisu bile implementirane Direktiva 2002/65/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 23. rujna 2002. o oglašavanju na daljinu financijskih usluga za potrošače, OJ 2002 L 271/16; Direktiva 98/27/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 19. svibnja 1998. godine o sudskim nalogima za zaštitu kolektivnih interesa potrošača, OJ 1998 L 166/51, izmijenjena Direktivom 2005/29/EZ, OJ 2005 L 149/22; Direktiva 2005/29/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 11. svibnja 2005. u vezi s nepoštenim poslovnim praksama poduzetnika prema potrošaču na unutarnjem tržištu, OJ 2005 L 149/22.

15 Tako je donesen Zakon o općoj sigurnosti proizvoda; Zakon o nedopuštenom oglašavanju radi usklađivanja s Direktivom 2006/114/EZ, (NN, 43/09), Zakon o potrošačkom kreditiranju radi usklađivanja s Direktivom 2008/48/EZ, i dr.

16 Više o razvoju potrošačkog zakonodavstva u Republici Hrvatskoj vidi: Mišćenić, 2013: 145–149; Josipović, 2006: 129–151; Josipović, 2010: 296–306.

17 OJ EU L 112 od 24. travnja 2012; NN Međunarodni ugovori, 2/2012.

18 Plan usklađivanja zakonodavstva RH s pravnom stečevinom EU za 2012. (NN, 25/12) predvidio je izmjene i dopune ZZP-a.

19 Direktiva 2008/122/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 14. 1. 2009. o zaštiti potrošača s obzirom na određene aspekte ugovora o pravu na vremenski ograničenu uporabu nekretnine (*timeshare*), o dugoročnim proizvodima o odmoru, o ponovnoj prodaji i o razmjeni, OJ 2009 L 033/10; Direktiva 2009/22/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 23. 4. 2009. o sudskim i upravnim zabranama za zaštitu interesa potrošača, OJ 2009 L 110/30, koja opoziva i kodificira Direktivu 98/27/EZ, OJ 1998 L 166/51; Direktiva 2011/83/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 25. listopada 2011. o pravima potrošača, kojima se mijenja Direktiva Vijeća 93/13/EEZ i Direktiva 1999/44/EZ Europskog parlamenta i Vijeća i opoziva Direktiva Vijeća 85/577/EEZ i Direktiva 97/7/EZ Europskog parlamenta i Vijeća, OJ 2011 L 304/64, 22. studenog 2011.

20 Reforma procesnopravne zaštite potrošača.

21 Usklađivanje s pravilima Direktive 2008/122/EZ o *timeshare*-u.

22 Manje izmjene vezane za sudske naloge za zaštitu interesa potrošača.

Direktive 2011/83/EU o pravima potrošača<sup>23</sup> zahtijeva dublju intervenciju ne samo u pojedine odredbe ZZP-a nego i u njegovu strukturu, te je pristupljeno izradi Prijedloga novog ZZP-a. Nakon javne rasprave i prikupljenih primjedbi brojnih zainteresiranih subjekata konačni tekst usvojen je u hitnoj zakonskoj proceduri 21. ožujka 2014. Naravno, najbitnije promjene koji novi ZZP unosi u hrvatsko potrošačko pravo odnose se na prilagodbu pravilima Direktive 2011/83/EU, no prilika je iskorištena i za otklanjanje nekih slabosti bivšeg ZZP-a uočenih u njegovoj sedmogodišnjoj primjeni.

## 2. Glavna obilježja Direktive 2011/83/EU o pravima potrošača

Da bi se razumjele promjene koje Direktiva 2011/83/EU unosi u hrvatsko potrošačko pravo potrebno je podsjetiti na njenu genezu i ciljeve. Nastala je kao jedan od rezultata napora europskog zakonodavca da ukloni ili barem ublaži prepreke funkcioniranju unutarnjeg europskog tržišta, a koje su posljedica niza specifičnosti tzv. europskog ugovornog prava.<sup>24</sup> Zbog ograničenih zakonodavnih ovlasti<sup>25</sup> te načela supsidijarnosti i proporcionalnosti,<sup>26</sup> europski zakonodavac svoje intervencije u ugovorno pravo uglavnom usmjerava na potrošačko pravo, i to dugo vremena gotovo isključivo putem direktiva minimalne harmonizacije. No, europski ugovorni (potrošački) *acquis* izrazito je nesustavan i fragmentaran,<sup>27</sup> pojmovi i koncepti koje uvodi u nacionalna prava u pravilu su funkcionalno orijentirani i stoga odudaraju ili se čak suprotstavljaju klasičnim načelima i strukturi građanskog prava, a uslijed prevladavajuće tehnike minimalne harmonizacije njihovo integriranje u nacionalna prava u konačnici ne dovodi do zadovoljavajućeg stupnja ujednačavanja prava država članica. Osim toga, ugovorni *acquis* opterećen je i određenim unutrašnjim nekonzistentnostima i slabostima. Iz navedenih razloga proces harmonizacije ugovornog prava, čiji je cilj stvaranje optimalnih uvjeta za funkcioniranje unutrašnjeg tržišta, nije urodio očekivanim rezultatima. Štoviše, može se reći da su nedostaci tog procesa u određenoj mjeri umanjili povjerenje tržišnih aktera u koncept unutarnjeg europskog tržišta,

---

23 Čije je odredbe trebalo preuzeti do 13. prosinca 2013, a početi primjenjivati od 13. lipnja 2014.

24 Europsko ugovorno pravo u širem smislu definira se kao ukupnost pravnih propisa EU-a i na njima utemeljenih pravnih propisa država članica EU-a o ugovornom pravu. Vidi: Vogel, 2006: 50.

25 Načelo ograničenih dodijeljenih ovlasti (čl. 5, st. 1 Ugovora o Europskoj uniji (dalje: UEU), OJ C 306 od 17. prosinca 2007); čl. 114 i 115, u svezi sa čl. 169 Ugovora o funkcioniranju Europske unije (dalje: UFEU) Pročišćeni tekst Ugovora o funkcioniranju Europske unije, OJ C 83/47 od 30. ožujka 2010.

26 Načelo supsidijarnosti (čl. 5, st. 3 UEU-a) i načelo proporcionalnosti (čl. 5, st. 4 UEU-a).

27 Intervenira se isključivo po logici potreba funkcioniranja unutarnjeg tržišta.

toliko nužno za uspješno prekogranično trgovanje. Ne ulazeći zbog ograničenog prostora u brojne napore različitih tijela EU usmjerene na rješavanje ovog problema,<sup>28</sup> u kontekstu teme ovog rada značajna je aktivnost na reviziji potrošačkog ugovornog *acquis*-a.<sup>29</sup> Nakon analize postojećeg stanja europskog potrošačkog ugovornog prava,<sup>30</sup> Europska komisija (dalje: Komisija) objavljuje „Zelenu knjigu Komisije o reviziji pravne stečevine na području zaštite potrošača EZ-a“ od 8. veljače 2007,<sup>31</sup> u kojoj kao jednu od opcija budućeg djelovanja predlaže usvajanje tzv. horizontalnog okvirnog instrumenta čijim bi poljem primjene bile obuhvaćene Direktiva 85/577/EEZ, Direktiva 93/13/EEZ, Direktiva 97/7/EZ i Direktiva 1999/44/EZ, a navedene direktive ukinute. Slijedeći ovu zamisao u listopadu 2008. Komisija objavljuje Prijedlog Direktive Europskog parlamenta i Vijeća o pravima potrošača<sup>32</sup> utemeljen na načelu potpune ciljane harmonizacije. No, takav koncept nije bilo moguće primijeniti na odredbe Direktive 1999/44/EZ o pravnim sredstvima kod ugovora o prodaji, niti na Direktivu 93/13/EEZ o nepoštenim ugovornim odredbama.<sup>33</sup> Zbog navedenog i niza drugih spornih pitanja,<sup>34</sup> Prijedlog Direktive izazvao je dugotrajne rasprave i protivljenja te konačno usvojeni tekst Direktive 2011/83/EU<sup>35</sup> predstavlja kompromis koji

---

28 Više o ovom razvoju vidi: Mišćenić, 2012: 701–712.

29 U „Prvom radnom izvješću o europskom ugovornom pravu“ od 23. rujna 2005. Komisija jasno razdvaja sveobuhvatni projekt kodifikacije europskog ugovornog prava od projekta revizije ugovornog (pretežito potrošačkog) *acquis*-a.

30 Komisija je inicirala izradu „EC Consumer Law Compendium“, tj. analize preuzimanja i primjene 8 potrošačkih direktiva u 25 pravnih poredaka država članica (pronađeno 20. ožujka 2015. na: [http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/consumer\\_law\\_compendium\\_comparative\\_analysis\\_en\\_final.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/consumer_law_compendium_comparative_analysis_en_final.pdf)).

31 COM(2006) 744 final od 8. veljače 2007.

32 COM(2008) 614 final.

33 To prvenstveno stoga što je riječ o pravnim institutima koji su u većini država članica regulirani u okviru općih pravila ugovornog prava pa bi uvođenje obvezujućih EU pravila (maksimalna harmonizacija) u ovim oblastima nametnulo nacionalnim pravima ili uvođenje dvostrukog režima i time narušavanje koherentnosti ugovornog prava, ili prihvaćanje jedinstvenih EU pravila za sve ugovore, što bi opet otvorilo problem prihvatljivosti nekih od pravila Prijedloga Direktive za trgovačke ugovore, a isto tako i problem odnosa novih europskih pravila i ne-harmoniziranog ostatka nacionalnog ugovornog prava.

34 Kritike su upućivane i sa stajališta navodne neusklađenosti Prijedloga za zahtjevima načela supsidijarnosti i proporcionalnosti, isticalo se i da usaglašavanje pravila četiri direktive ostavlja neriješen problem različitih pojmova u ostatku potrošačkog ugovornog *acquis*-a, sporna su bila i neka konkretna pravila, itd. Više vidi: Čikara, 2010: 716–721; Bevanda, 2013: 171–182.

35 Direktiva je stupila na snagu 12. prosinca 2012, a državama članicama je za implementaciju ostavljen rok do 13. prosinca 2013.

uvelike odstupa od prvotno postavljenih ciljeva Komisije kao predlagatelja.<sup>36</sup> Tako ova Direktiva zamjenjuje samo Direktivu 85/577/EEZ o ugovorima sklopljenim izvan poslovnih prostorija i Direktivu 97/7/EZ o ugovorima sklopljenim na daljinu,<sup>37</sup> dok su preostale dvije nebitno izmijenjene.

Kao temeljni motiv za donošenje Direktive europski zakonodavac u toč. 4 i 5 Preambule naglašava činjenicu da broj prekograničnih B2C transakcija sredstvima daljinske komunikacije (posebno internetom), usprkos tehnološkom napretku i porastu broja takvih ugovora u domaćem prometu, nedovoljno brzo raste, što znači da nisu iskorišteni svi potencijali unutarnjeg tržišta. Ni transgranična prodaja izvan poslovnih prostorija (tzv. direktna prodaja) nije dovoljno razvijena (posebno prodaja komunalnih i drugih usluga), uglavnom zbog razlika u nacionalnim pravilima zaštite prava potrošača.<sup>38</sup> Stoga će maksimalna harmonizacija najvažnijih regulatornih aspekata ovih oblika poslovanja značajno povećati pravnu sigurnost za trgovce i za potrošače, otklonivši barijere koje funkcioniranju tržišta stvara fragmentacija pravnog uređenja.<sup>39</sup> Dakle, odstupa

---

36 Više o spornim pitanjima vezanim za Prijedlog Direktive, te političkim razlozima koji su uvjetovali njeno svodenje na mnogo skromnije okvire od zamišljenih, vidi: Weatherrill, 2012: 1279–1317.

37 Ove direktive prestale su važiti 13. lipnja 2014, no kako Direktiva 2011/83/EU zadržava brojna pravila iz navedenih direktiva, tako i praksa Suda pravde Europske unije (dalje: SPEU) vezana za tumačenje tih pravila ostaje relevantna i nakon prestanka njihovog važenja. Tako izričito navodi i „DG JUSTICE guidance document concerning 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“ izdano u lipnju 2014. od: European Commission DG Justice (pronađeno 23. ožujka 2015. na: [http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/crd\\_guidance\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/crd_guidance_en.pdf))

38 Stoga je Direktiva 2011/83/EU utemeljena na čl. 114 UFEU (prva alineja i toč. 3 Preambule). No, treba napomenuti da se u pravnoj literaturi nailazi na stavove koji osporavaju opravdanost ove pravne osnove. Naime ističe se da Direktiva ne može proći tzv. „*Tobacco test*“ postavljen od SPEU u tumačenju čl. 114. UFEU (Case C-376/98, *Federal Republic of Germany v. European Parliament and Council of the European Union*, Judgment of the Court of 5 October 2000, ECR 2010 Page I-08419). Više o ovim stavovima vidi: Bevanda, 2013: 175.

39 Toč. 7 Preambule Direktive 2011/83/EU. Treba napomenuti da toč. 7 koristi termin „puna“ a ne „maksimalna“ harmonizacija, no riječ je tome da se termin „*full harmonization*“ često, čak i u aktima tijela EU, koristi za označavanje pojma maksimalne harmonizacije. Naime, puna ili potpuna harmonizacija znači da su opsegom određene direktive obuhvaćeni svi aspekti nekog pravnog područja ili instituta, bez obzira da li je riječ o direktivi minimalne ili maksimalne harmonizacije, tj. dopušta li ili ne podizanje razine zaštite iznad direktivom utvrđenog standarda.

se od uobičajene politike minimalne harmonizacije<sup>40</sup> i Direktiva 2011/83/EU predstavlja akt koji u načelu prihvaća tehniku maksimalne harmonizacije, tj. većinu prava potrošača uređuje po tom modelu.<sup>41</sup> Prema odredbama čl. 4 Direktive, države članice ne smiju u nacionalnim pravima zadržati niti u njih uvoditi odredbe koje odstupaju od pravila Direktive, uključujući i strože i blaže odredbe, a da bi time postigle različitu razinu zaštite potrošača, osim ako je Direktivom drukčije propisano. Dakle, propisuju se određeni standardi kao obvezujući, no Direktiva sadrži i niz opcija državama članicama u pogledu određenih aspekata regulacije (ciljana maksimalna harmonizacija).<sup>42</sup>

40 Tj. većina potrošačkih direktiva (uključujući i sve koje su obuhvaćene Prijedlogom, odnosno konačnim tekstom Direktive 2011/83) sadrži tzv. klauzulu minimalne harmonizacije koja državama članicama dopušta podizanje razine zaštite interesa potrošača.

41 Politiku maksimalne harmonizacije Komisija obznanjuje u „Priopćenju o strategiji zaštite potrošača 2002–2006. od 7. svibnja 2002. (COM (2002) 208 final) i provodi se u već Direktivi 2002/65 o oglašavanju financijskih usluga na daljinu, Direktivi 2005/29/EC o nepoštenoj poslovnoj praksi, u revidiranoj Direktivi 2008/48/EC o potrošačkim kreditima, te revidiranoj Direktivi 2008/122/EC o *timeshar*-u. Do tada je jedina direktiva maksimalne harmonizacije bila Direktiva o odgovornosti za neispravan proizvod (Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products, OJ 1985, L 210/29). Više o maksimalnoj harmonizaciji kao regulatornom konceptu u europskom ugovornom pravu vidi: Loos, 2010: 1–34. O eventualnim lošim posljedicama primjene (ciljane) maksimalne harmonizacije u Direktivi 2011/83/EU više vidi: Smits, 2010: 5–14; Micklitz, 2009: 471–519; Rott, Terry, 2009: 456–488, Meškić, 2012: 44–45.

42 Tako mogu primjenu Direktive isključiti na ugovore o prodaji izvan poslovnih prostorija ako je predmet prodaje roba ili usluga manje vrijednosti (čl. 3, st. 4). Državama članicama je ostavljeno da slobodno utvrde „manju vrijednost“ pod uvjetom da ne prelazi iznos od 50 eura. No, ako je riječ o istovremeno sklopljenim ugovorima povezanim istim predmetom, u određivanju praga od 50 eura treba uzeti ukupnu vrijednost (toč. 28. Preambule). Osim toga, mogu uvesti ili zadržati propise vezane za jezik na kojemu se daju ugovorne informacije (čl. 6, st. 7). Kod ugovora s istovremenim ispunjenjem sklopljenim izvan poslovnih prostorija, a potrošač je izričito zatražio usluge trgovca radi popravka ili održavanja, a cijena ne prelazi 200 eura, države članice mogu ograničiti obveze informiranja potrošača (čl. 7, st. 4). Zatim, kako obveze informiranja iz Direktive 2011/83/EU dopunjuju obveze informiranja iz Direktive 2006/123/EZ (Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on Services in the Internal Market, Official Journal L 376) i Direktive 2000/31/EZ (Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market, Official Journal L 178) države članice mogu propisati dodatne obveze informiranja za davatelje usluga sa sjedištem na njihovom teritoriju, a u skladu s pravilima navedenih direktiva (čl. 6, st. 8). Kod ugovora sklopljenih putem telefona mogu predvidjeti da trgovac mora potvrditi ponudu potrošaču, te da takva potvrda mora biti na trajnom mediju (čl. 8, st. 6). Iako države članice ne mogu zabraniti ugovornim strankama izvršavanje obveza tijekom roka za odustanak potrošača od ugovora, kod ugovora sklopljenih izvan poslovnih

Specifičnost Direktive 2011/83 je i u „dvojnoj“ tehnici usklađivanja prava. Naime, dio njenog sadržaja (definicije i obveze informiranja; čl. 2–5) usmjeren je na horizontalnu harmonizaciju jer se odnosi na sve oblasti uređene Direktivom, dok je većina sadržaja usmjerena na vertikalnu harmonizaciju (ugovori zaključeni na daljinu i izvan poslovnih prostorija, te neka pitanja vezana za ugovore o prodaji potrošačkih roba; čl. 6–22). Tako je od prvobitne ambicije da ova Direktiva bude horizontalni instrument u oblasti potrošačkog ugovornog prava ostalo vrlo malo.

### **3. O značajnijim novinama koje u hrvatsko potrošačko pravo uvodi ZZP/2014**

Kako je već napomenuto, prvenstveno zbog usvajanja rješenja Direktive 2011/83/EU ali i zbog nastojanja da se odredbe zakona učine što preglednijima i pravno logički sustavnije izloženima, dijelom se mijenja struktura ZZP-a. I. dio (Temeljne odredbe) sadržajno ostaje uglavnom isti (lista prava potrošača; referiranje na EU akte; odnos prema drugim zakonima; definicije).<sup>43</sup> Kako je za određivanje polja primjene ZZP-a najvažnija *definicija potrošača* treba napomenuti da, iako definicija nije na prvi pogled mijenjana u odnosu na ZZP/07,<sup>44</sup> tj. „*potrošač* je svaka fizička osoba koja sklapa pravni posao ili djeluje na tržištu izvan svoje trgovačke, poslovne, obrtničke ili profesionalne djelatnosti“, pri definiranju potrošača po ZZP-u treba poštovati toč. 17 Preambule Direktive 2011/83/EU koji proširuje pojam potrošača tako što utvrđuje da u slučaju kada je ugovor zaključen dijelom u poslovne a dijelom u privatne svrhe (tzv. *dual-use contract*) osoba se mora smatrati potrošačem ako poslovne svrhe nisu predominantne u kontekstu čitavog ugovora.<sup>45 46</sup>

U II. dijelu dolazi do promjena u strukturi. Naime, ZZP/07 je u II. dijelu (Prodaja proizvoda i pružanje usluga) obuhvatio sve materijalnopravne odredbe koje

---

prostorija mogu zadržati postojeće zakonodavstvo kojim se trgovcu zabranjuje zahtjev za plaćanje cijene tijekom roka za odustanak od ugovora (čl. 9, st. 3).

43 Treba napomenuti da je otklonjena i jedna nelogičnost, tj. da je odredba o utjecaju izbora stranog prava kao mjerodavnog za ugovor iz ovog dijela (čl. 4 ZZP/07) prebačena u Glavu: Opće odredbe u dijelu III. ZZP-a koji regulira potrošačke ugovore (čl. 41, st. 3 i 4).

44 Naime, izmjenama ZZP/07 iz 2012. (čl. 2 Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti potrošača, NN, 78/12) pojam potrošača usklađen je s pravilima Direktive 2011/83.

45 Takvim rješenjem Direktiva preuzima tumačenje SPEU izraženo u predmetu *Johann Gruber vs Bay Wa AG*, (C-464/01[2005] ECR 2005 I-00439).

46 No, za žaljenje je što hrvatski zakonodavac nije iskoristio mogućnost da pojam potrošača proširi barem na neke kategorije fizičkih i pravnih osoba koje na tržištu u pravilu imaju u odnosu na trgovca jednako nepovoljan položaj kao i klasični potrošač (npr. ne-vladine organizacije, udruge, start-up tvrtke, SME, i sl.), a tu mogućnost Direktiva ostavlja državama članicama (vidi Recital 13 Preambule).

uređuju odnos trgovac-potrošač (izuzev odredaba o nepoštenoj poslovnoj praksi kojima je bio posvećen posebni dio zakona), dok ZZP ima mnogo uspješniju strukturu jer u II. dijelu (Poslovanje trgovca s potrošačima) uređuje pitanja koja nisu najneposrednije vezana za zaključenje ugovora i stoga zaista ima opravdanja da ih se kao različite aspekte regulacije poslovanja trgovca izdvoji u posebni dio zakona.<sup>47</sup> Tako su u ovom dijelu ZZP-a odredbe o označavanju proizvoda, isticanju cijena, obvezi sklapanja ugovora, uvjetima prodaje, izdavanju računa, plaćanju, raspolaganju osobnim podacima potrošača, posebnim oblicima prodaje, javnim uslugama i nepoštenoj poslovnoj praksi. Najvažnije promjene u ovom dijelu ZZP-a su:

Dopunjene su odredbe čl. 8 ZZP/07 o *prigovorima potrošača* na način da je trgovac dužan pisanim putem potvrditi primitak prigovora podnesenog u poslovnim prostorijama, te da je trgovac koji pruža javnu uslugu dužan na ispostavljenom računu vidljivo istaknuti obavijest o načinu podnošenja pisanog prigovora (čl. 10 ZZP).

Regulirane su neke situacije vezane za *kašnjenje u plaćanju* koje su se u prethodnoj praksi pojavljivale kao sporne i potencijalno štetne za potrošača. Tako je određeno da se izdavanje opomene za neplaćena dospjela potraživanja ne smije naplaćivati; trgovac koji pruža javnu uslugu dužan je na računu istaknuti iznos neplaćenih potraživanja za prethodno razdoblje, te ne može u svezi s osporenim potraživanjem pokrenuti postupak prinudne ovrhe do okončanja sudskog ili drugog postupka (čl. 15 ZZP).

U velikoj su mjeri izmijenjene i dopunjene odredbe o *posebnim oblicima prodaje* (čl. 18–23).<sup>48</sup> Čl. 19–23 ZZP/07 uređivali su akcijsku prodaju, sniženje rasprodaju i prodaju proizvoda s greškom, a sada su ovi oblici prodaje obuhvaćeni jedinstvenim pojmom „posebnih oblika prodaje“ koji je definiran kao svaka prodaja proizvoda i usluga po cijenama nižim od cijena u redovnoj prodaji, što kao generički pojam obuhvaća i sve druge moguće prodaje po nižim cijenama,<sup>49</sup> bez obzira na od trgovca prihvaćen naziv ili uvjete.<sup>50</sup> Za sve posebne oblike prodaje zajedničko je isticanje dviju cijena i to redovne cijene i cijene važeće tijekom

47 Naravno da pravni odnos trgovac-potrošač u pravilu nastaje tek zaključenjem ugovora, odnosno može nastati i u fazi pregovaranja koja prethodi zaključenju ugovora, no u II. dijelu ZZP-a uređene su raznorodne obveze trgovca koje definiraju njegovo poslovanje i stoga su relevantne za zaštitu potrošačkih prava i interesa.

48 U prethodnom razdoblju praksa je pokazala veliki broj kršenja prava potrošača vezano za posebne oblike prodaje i stoga se smatralo da ih treba detaljnije i strože urediti.

49 Npr. prodaja proizvoda kojima ističe rok uporabe, kasnonoćna kupnja, rođendani trgovačkih centara, itd.

50 Da bi se spriječilo ono što je u praksi po ZZP/07 uočeno, a to je da trgovci promjenom naziva prodaje ili određivanjem nekih drugih uvjeta izbjegavaju primjenu zakonskih odredbi.



trajanja takvog oblika prodaje. Rasprodaja je određena kao prodaja robe po nižoj cijeni u taksativno navedenim slučajevima (prestanak poslovanja trgovca, prestanak poslovanja u dosadašnjim poslovnim prostorijama, prestanak prodaje određenog proizvoda, kada je poslovanje trgovca ozbiljno ugroženo, obavljanje složenijih građevinskih radova unutar ili na poslovnim prostorijama). Sezonsko sniženje definira se kao prodaja proizvoda po sniženoj cijeni nakon proteka sezone i to najviše tri puta godišnje. Također, propisano je i u kojem vremenskom razdoblju sezonsko sniženje može započeti, i to između 27. prosinca i 10. siječnja, 1. i 15. travnja, te 10. i 25. kolovoza i može trajati najdulje 60 dana.<sup>51</sup> Akcijska prodaja se definira kao prodaja određene robe u razdoblju ne duljem od 30 dana po cijeni nižoj od cijene u redovnoj prodaji, a trgovac je dužan takve proizvode označiti riječima „akcija“, te pri oglašavanju akcijske prodaje navesti njeno trajanje.<sup>52</sup> Konačno, propisano je da ako se proizvod prodaje po nižoj cijeni jer mu istječe rok uporabe mora imati dodatno jasno, vidljivo i čitljivo istaknut krajnji rok uporabe.

U uređenju *javnih usluga* koje se pružaju potrošačima (osim promjena vezanih za zakašnjenje u plaćanju) novost je i obveza za trgovca koji pruža javnu uslugu i u nekoj drugoj državi članici EU da razina usluga koje pruža u Republici Hrvatskoj bude najmanje iste kvalitete kao i usluga koju pruža u drugoj državi članici (čl. 28, st. 2). Dijelom su izmijenjene odredbe o reklamaciji potrošača primatelja javne usluge, a posebno je značajno uvođenje pravila da potrošač može pokrenuti sudski ili izvansudski postupak u vezi s prigovorom na javne usluge koje pruža trgovac tek nakon što je iscrpio postupak podnošenja pisanog prigovora trgovcu, te nakon primitka odgovora na prigovor postupak podnošenja reklamacije povjerenstvu za reklamacije potrošača, te postupak utvrđen zakonom kojim se uređuje opći upravni postupak u odnosu na zaštitu od postupanja pružatelja javnih usluga (čl. 25, st. 7). Ovakva odredba nije postojala u ZZP/07 i sasvim sigurno nije „*consumer friendly*“ rješenje.

III. dio (Potrošački ugovorni odnosi) najobimniji je dio zakona (čl. 39–104) i sadrži najvažnije izmjene preuzete iz Direktive 2011/82/EU. Regulatorni pristup Direktive utjecao je i na način na koji je strukturiran ovaj dio ZZP-a. Glava I (Opće odredbe) sadrži pravila relevantna za sve potrošačke ugovore, Glava II uređuje nepoštene odredbe u potrošačkim ugovorima, Glava III sklapanje ugovora izvan poslovnih prostorija i na daljinu, a Glava IV *timeshare* ugovore. ZZP slijedi rješenja Direktive i u određivanju polja primjene *ratione materiae* pa u čl.

51 No, treba napomenuti da odredba kojom se točno propisuju intervali u kojima je moguće organizirati sezonska sniženja nije toliko usmjerena na zaštitu interesa potrošača, već je više mjera kojom se spriječava moguće narušavanje slobodne tržišne utakmice.

52 U praksi su ovakve prodaje često trajale mjesecima i zapravo se nije radilo o akcijskim nego o redovnim cijenama i time o zavaravanju potrošača.

40 isključuje primjenu općih odredbi za sve ugovore i općih odredbi za ugovore sklopljene na daljinu i izvan poslovnih prostorija za sve kategorije ugovora koje isključuje čl. 3, st. 3 Direktive.

Dobrodošla novost za hrvatsko potrošačko pravo su odredbe čl. 42 ZZP-a o *obvezama informiranja potrošača u predugovornoj fazi* kod svih ugovora,<sup>53</sup> preuzete iz čl. 5 Direktive te dopunjene i jednom novom:<sup>54</sup> trgovac je dužan obavijestiti potrošača o ispravama koje je proizvođač priredio radi lakše i sigurnije uporabe proizvoda kao što su jamstvo, tehničke upute, upute za sklapanje, upute za uporabu, popis ovlaštenih servisa, upozorenje o mogućoj opasnosti pri uporabi, a koje moraju biti istovjetne s izvornikom i napisane jasno, vidljivo i čitljivo na hrvatskom jeziku i latiničnim pismom.<sup>55</sup>

U skladu s „horizontalnom“ regulacijom Direktive pravila o *ispunjenju ugovora o kupoprodaji* dopunjena su odredbom o roku ispunjenja (bez odgađanja, a najkasnije 30 dana od sklapanja ugovora, ako drukčije nije ugovoreno), te pravilom o obvezi trgovca koji ne može ispuniti ugovor u navedenom roku da o tome bez odgode pisanim putem obavijesti potrošača, a potrošač mu može ostaviti naknadni rok za ispunjenje ili pisanim putem izjaviti da raskida ugovor.<sup>56</sup>

Iz Direktive 2011/83/EU su preuzeta i pravila o *prelasku rizika* slučajne propasti ili oštećenja robe kod kupoprodaje (čl. 45 ZZP),<sup>57</sup> o zabrani *slanja proizvoda ili pružanje usluge bez narudžbe potrošača* a za koji je dužan izvršiti bilo kakvo plaćanje (čl. 46 ZZP), o obvezi dobivanja izričitog pristanka potrošača za sva *ododatna plaćanja* osim glavne obveze (čl. 47 ZZP). Ako se za takva plaćanja trgovac poslužio opcijom prešutnog prihvata potrošača, potrošač ima pravo na

53 Osim onih na koje se odredbe ove Glave ne primjenjuju (čl. 40), a iskorištena je i opcija iz Direktive (čl. 5, st. 3) pa se ne primjenjuju „na svakodnevne poslove između trgovaca i potrošača koji se ispunjavaju u trenutku njihova sklapanja“ (čl. 42, st. 2 ZZP-a).

54 Time je hrvatski zakonodavac iskoristio opciju iz čl. 5, st. 5 Direktive.

55 No, treba upozoriti na jezičnu nepreciznost iz st. 1, t. 5 koja dozvoljava i tumačenje da je trgovac dužan informirati potrošača o postojanju odgovornosti za materijalne i pravne nedostatke ispunjenja samo u ugovorima kod kojih se izdaje garancija, dok bi takva obveza trebala postojati kod svih ugovora na koje se ova odgovornost prema pravilima ZOO-a primjenjuje.

56 Iako na prvi pogled ova pravila ZZP-a odudaraju od pravila iz čl. 18 Direktive (odnosno ne sadrže sve odredbe iz čl. 18), ona su preuzela njihov sadržaj, budući da se na ovu situaciju pored pravila ZZP-a primjenjuju i pravila ZOO-a o jednostranom raskidu ugovora zbog neispunjenja ili neurednog ispunjenja. No, može se raspravljati o tome da li bi za zaštitu interesa potrošača bilo bolje da i ZZP kao *lex specialis* sadrži detaljnije odredbe o pravu na raskid ugovora zbog neispunjenja, makar su one sadržane u ZOO-u, budući da će potrošači u slučaju potrebe realizacije svojih prava u pravilu informacije o pravima tražiti u tekstu ZZP-a.

57 Predajom u posjed kupcu ili osobi koju on odredi ili prijevozniku kojega on odredi.

povrat plaćenog iznosa.<sup>58</sup> Preuzeto je i pravilo o ograničavanju *troškova telefonske komunikacije* uspostavljene od trgovca na osnovnu tarifu (čl. 48 ZZP).

U dijelu koji uređuje *nepoštene ugovorne odredbe* iskorištena je prilika da se izmijeni pravilo prema kojemu su odredbe o predmetu i cijeni izuzete iz testa valjanosti ako su izražene jasno i razumljivo. Naime, ova odredba nije bila u skladu s Direktivom 1993/13/EZ koja ne dopušta državama članicama izuzeće svih odredaba o cijeni, nego samo odredaba o „primjerenosti“ cijene.<sup>59</sup> No, pitanje je zašto u ovim izmjenama nije izričito preuzeto i rješenje Direktive 1993/13/EZ koje predviđa da se odredbe o predmetu i cijeni (i kada su izuzete) uzimaju u obzir prilikom procjene valjanosti ostalih odredaba ugovora, čime se dopušta da i odredbe o predmetu i cijeni budu posredno predmet kontrole od strane suda.<sup>60</sup>

Objedinjena su pravila *o ugovorima zaključenim izvan poslovnih prostorija i na daljinu*. Pri tome je, u skladu s Direktivom 2011/83/EU, većina pravila ostala ista u odnosu na ZZP/07, no dogodile su se i bitne izmjene, u pravilu u korist interesa potrošača. Značajno su osnažene *obveze predugovornog informiranja* (čl. 57 ZZP) u skladu s obvezujućim pravilima čl. 6, st. 1 Direktive 2011/83, a nije iskorištena opcija predviđanja dodatnih obveza informiranja za ugovore o uslugama i uslugama informatičkog društva (čl. 6, st. 8 Direktive). Potrošač mora biti obaviješten o iznimno velikom broju okolnosti,<sup>61</sup> tako da se u pravnoj literaturi često upozorava na opasnost od tzv. „*information overload*“ koja bi umjesto željenog rezultata, tj. osposobljavanja potrošača da na temelju svih informacija donese ispravnu odluku, mogla rezultirati time da potrošač gubi interes pa i sposobnost da se informira i stoga previdi upravo one informacije koje su za njega najznačajnije.<sup>62</sup> No, bez obzira na to, posebno neke od obveza informiranja treba pozdraviti jer će se time otkloniti u praksi česte zloupotrebe

---

58 Iako pravilo vrijedi za sve ugovore, najznačajniju primjenu ima u zabrani prakse tzv. pred-označavanja (*pre-ticked boxes*) česte u internet trgovini kada se potrošaču koji kupuje primjerice usluge putovanja tijekom kupovine nudi dodatna opcija, primjerice putnog osiguranja ili najma automobila, te su prisiljeni obilježiti te rubrike na web stranici da bi kupili željenu uslugu.

59 Toč. 19 Preambule Direktive 1993/13/EZ ograničava primjenu ovog pravila samo na one odredbe koje određuju *ratio* cijene, tj. njen odnos prema predmetu i njegovoj kvaliteti (tzv. *price/quality ratio*).

60 Naravno, moguće je braniti stav da je u tom smislu moguće tumačiti pravila ZZP-a o ovom izuzeću, no bez izričite zakonske odredbe moguća su i suprotna tumačenja.

61 O glavnim karakteristikama robe/usluge, identitetu i ostalim podacima o trgovcu, ukupnoj cijeni i uvjetima plaćanja, isporuci/ispunjenju obveze, troškovima uporabe sredstava daljinske komunikacije, svim elementima prava na odustanak od ugovora, različitim tehničkim detaljima ugovora te robe/usluge, itd.

62 Vidi: Meškić, 2012: 47; Wendlandt, 2005: 74–76.

od strane trgovaca.<sup>63</sup> Sve obavijesti čine sastavni dio ugovora i mogu se mijenjati samo izričitim sporazumom stranaka.

Režim ugovora sklopljenih izvan poslovnih prostorija i na daljinu značajno je izmijenjen u pogledu *prava potrošača na jednostrani raskid ugovora* (čl. 72–79). Tako je u prvom redu rok za raskid produžen sa 7 na 14 dana. Ako trgovac nije obavijestio potrošača o pravu na raskid vrijedi jedinstveni rok od 12 mjeseci, a ako ga u tom vremenu obavijesti o pravu na raskid potrošač ima pravo raskinuti ugovor u roku od 14 dana od primitka obavijesti (čl. 72–73). To znači da pravo na raskid zastarijeva u roku od 12 mjeseci (ako obavijest o pravu nije dana), čime je nažalost učinjen korak natrag u zaštiti interesa potrošača u odnosu na ranije rješenje prema kojemu je potrošač kod izostanka obavijesti o pravu na raskid ugovor mogao raskinuti bez vremenskog ograničenja.<sup>64</sup> Uvodi se i obrazac za jednostrani raskid,<sup>65</sup> ali potrošač može raskinuti ugovor i drugom nedvosmislenom izjavom u formi koju sam izabere (moguće i elektroničkim putem) (čl. 74). Novost je i pravilo da će trgovac snositi troškove povrata robe u slučaju jednostranog raskida ako je propustio obavijestiti potrošača da je sam dužan snositi troškove (čl. 77, st. 3).

Potrošač je zaštićen i od tzv. „*skrivene naknade i troškova*“ kod ugovora sklopljenim elektroničkim putem pravilom da je kod takvih ugovora trgovac „dužan omogućiti potrošaču da u trenutku izvršenja narudžbe jasno izjavi da je upoznat s tim da narudžba uključuje obvezu plaćanja.“ (čl. 67, st. 2).<sup>66</sup>

---

63 Npr. kod ugovora sklopljenih putem interneta često potrošač nije pri sklapanju ugovora pravilno informiran o ukupnoj cijeni, odnosno o svim njenim elementima. Zatim, ako trgovac želi da potrošač snosi troškove povrata robe nakon odustanka od ugovora mora ga o tome obavijestiti (jer to može utjecati na odluku potrošača da li odustati od ugovora), a ako roba nije pogodna za uobičajeni povrat poštom i o visini takvih troškova. Isto tako, treba pozdraviti detaljnije obveze informiranja o digitalnom sadržaju (interoperabilnost sa *software*-om i *hardware*-om, funkcionalnost digitalnog sadržaja (npr. limitiranje potrošačevog prava da kopira digitalni sadržaj), uključujući potrebne mjere tehničke zaštite.

64 Takav stav zauzeo je i SPEU u slučaju Heininger (C-481/99 Georg Heininger and Helga Heininger v Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG Reports of Cases, 2001 I-09945, točka 45).

65 „Pravilnikom o sadržaju i obliku obavijesti o pravu potrošača na jednostrani raskid ugovora sklopljenih na daljinu i ugovora sklopljenih izvan poslovnih prostorija“ (NN, 72/14) detaljno je propisan sadržaj i oblik obavijesti o pravu potrošača na jednostrani raskid ugovora, te sadržaj i oblik obrasca o jednostranom raskidu.

66 Time se želi eliminirati u internet trgovini česta praksa da se naplaćuju usluge koje su deklarirane kao besplatne ili ih razumni potrošač shvaća kao takve.

#### 4. Zaključne napomene

Iako zbog ograničenog prostora na ovom mjestu nije bilo moguće niti navesti a pogotovo ne analizirati sve promjene koje ZZP iz 2014. unosi u hrvatski pravni poredak, ovaj pregled pokazuje da instrumentarij ostvarivanja i zaštite proklamiranih potrošačkih prava postaje sve složeniji, i to prvenstveno pod utjecajem europskog potrošačkog *acquis*-a. Hrvatski je zakonodavac u proteklom razdoblju intenzivnom aktivnošću na uređenju potrošačkih prava, pa tako i donošenjem najnovijeg ZZP-a, postigao visoki stupanj usaglašenosti s europskim standardima, a u brojnim elementima je razinu zaštite potrošača podigao i iznad obveznog minimuma usklađenosti s europskim pravom. No, to ne znači da ovaj segment pravnog uređenja nije opterećen i određenim nedostacima, kako na normativnoj razini tako i u praktičnoj primjeni. Dovoljno je spomenuti problem rastrkanosti pravila o zaštiti potrošača koja se, pored u ZZP-u nalaze i u brojnim sektorskim propisima, što ne samo da otežava primjenu prava nego su u nekim slučajevima pravila iz različitih izvora međusobno neusaglašena ili čak kontradiktorna. Pravila europskih direktiva često su preuzimana u hrvatsko pravo pukim prepisivanjem, ne vodeći računa o specifičnostima domaćeg tržišta, pa čak i uz određene propuste i pogreške. Novi ZZP otklonio je neke od tih propusta, uveo nova pravila za neke situacije u kojima je praksa pokazala da se potrošačka prava često krše, te implementacijom odredaba Direktive 2011/83/EU posebno unaprijedio položaj potrošača kod distancijske prodaje i prodaje izvan poslovnih prostorija.

#### Literatura

Baretić, M. (2003). Implementacija prava Europske zajednice o zaštiti potrošača u hrvatsko pravo. *Pravo u gospodarstvu, Zbornik XLI. susreta pravnika*. 42 (4). 223–259

Baretić, M. (2013). Zaštita potrošača u Republici Hrvatskoj nakon ulaska u Europsku uniju – jesmo li implementacijom europskog prava izgradili sustav zaštite potrošača? u: *Stranghtening consumer Protection in Serbia*, Liber Amicorum Svetislav Taboroši. Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu. Beograd. 65–112

Bevanda, M. (2013). Osvrt na Direktivu Europske unije br. 83/2001 o pravima potrošača. u: *Zbornik radova Jedanaesto međunarodno savjetovanje „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“* Neum 2013. 11. 168–182

Čikara, E. (2010). Prikaz Predloga Komisije za „Direktivu Evropskog Parlamenta i Saveta u vezi potrošačkih prava“. u: *Civil Law Forum for South East Europe, Collection of studies and analyses, First Regional Conference*. vol. III. (str. 716–721) Cavtat –Beograd: GIZ

Josipović, T. (2006). Das Konsumentenschutzgesetz – Beginn der Europäisierung des kroatischen Vertragsrechts, u: Grundmann, S. & Schauer, M. (ur.). *The Architecture of European Codes and Contract Law*. Beč. 129–151

Josipović, T. (2010). Izazovi harmonizacije građanskog prava putem direktiva, u: *Civil Law Forum for South East Europe, Collection of studies and analyses, First Regional Conference*. Cavtat. Beograd, vol. I, 291–306

Jovanović, V. (1979). Kvaliteta proizvoda i zaštita potrošača u svetlosti privrednog i građanskog prava u Jugoslaviji. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*. 1–2. 117–122

Ledić, D. (1988). Zaštita potrošača i Zakon o obveznim odnosima, ZOO 1978–1988. *Pravni život*. 1. 420–429

Ledić, D. (1992). Pravo zaštite potrošača – zasebna grana novog pravnog sustava Hrvatske. *Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci*. 13. 145–169

Loos, M. (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 No. 2010/03

Meškić, Z. (2012). Direktiva 2011/83/EU o pravima potrošača od 25. oktobra 2011. godine, Sl. list EU 2011, L 304/64. *Nova pravna revija*. 1. 43–49

Micklitz, H. W., Reich, N. (2009). *Crónica de una muerte anunciada: The Commission Proposal for a 'Directive on Consumer Rights*. *Common Market Law Review*. 46. (2). 471–519

Mišćenić, E. (2012). Europsko ugovorno pravo na putu od soft prema hard law: Osvrt na Zajedničko europsko pravo prodaje (CESL). *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* (1991) 33. (2). 695–745

Mišćenić, E. (2013). Usklađivanja prava zaštite potrošača u Republici Hrvatskoj. *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske*. 4 (1). 145–176

Rott, P., Terry, E. (2009). *The proposal for a Directive on consumer rights: no single set of rules*. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*. 3. 456–488

Senden, L. (2009). Implementing EU Law: Requirements, Pitfalls and Challenges for National Authorities, u: Tomljenović, V. & Čulinović–Herc, E. & Butorac Malnar, V. (ur.). *Republika Hrvatska na putu prema Europskom pravosudnom području: Rješavanje trgovačkih i potrošačkih sporova*. (str. 3–28) Rijeka: Pravni fakultet u Rijeci

Smits, J. M. (2010). *Full Harmonization of Consumer Law? A Critique on the Draft Directive on Consumer Rights*. *European Review of Private Law*. 18. 5–14

Vogel, A. (2006). *Verbrauchervertragsrecht und allgemeines Vertragsrecht*. Berlin: De Gruyter Recht

Weatherrill, S. (2012). *The Consumer Rights Directive: How and why a quest for "coherence" has (largely) failed*. *Common Market Law Review*. 49. (4). 1279–1317

Wendlandt, B. (2005). EC Directives for Self-Employed Commercial Agents and on Time-Sharing – Apples, Oranges and the Core of the Information Overload Problem, u: Howells, G., Janssen, A., Schulze, R. (ur.): *Information Rights and Obligations*, (str. 67–92). Aldershot

**Silvija Petrić, LL.D.**

*Full Professor,*

*Faculty of Law, University of Split, Croatia*

## **GENERAL FEATURES OF CONSUMER PROTECTION LAW IN THE REPUBLIC OF CROATIA IN THE CONTEXT OF THE NEW CONSUMER PROTECTION ACT**

### **Summary**

*The consumer law, which aims to protect the consumer as the weaker party in the market relations, has been subject to dynamic development in the Croatian legal order in the last ten years. It is mainly due to the obligation of the Republic of Croatia to harmonize the Croatian legislation in this field with the European acquis. In that course, the Croatian legislator decided to include the majority of consumer protection rules in a separate Consumer Protection Act but, due to the complexity and comprehensiveness of the EU consumer acquis, some provisions on the consumer protection were incorporated in other normative acts, including the Civil Obligations Act as well as some other specific sectoral regulations, such as: the Consumer Credit Act, the General Product Safety Act, the Credit Institutions Act, the Leasing Act, the Food Information Act, etc.*

*The third Croatian Consumer Protection Act entered into force in April 2014. The main purpose of this legislative activity was to align the national legal order with the provision of the EU Directive on Consumer Rights, and to eliminate some deficiencies of the 2009 Consumer Protection Act. In this paper, the author analyses to what extent the new Consumer Protection Act of 2014 has contributed to accomplishing these goals and, in particular, whether and to what extent the intervention into some procedural rules and other protection mechanisms has contributed to a more efficient protection of the proclaimed consumer rights in practice. The author further draws attention to the problem of insufficient conformity of some special legal provisions with the rules of the Consumer Protection Act, and points out to the need to interpret the national legal provisions in compliance with goals of the respective EU directives and the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union.*

**Key words:** *consumer protection, Consumer Protection Act 2014, Directive on Consumer Rights.*



**Др Александар Ђирић,\***  
Редовни професор Правног факултета,  
Универзитет у Нишу  
**Др Предраг Цветковић,\***  
Ванредни професор Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 339.52

Рад примљен: 30.06.2015.  
Рад прихваћен: 03.12.2015.

## **НАЧЕЛО СПЕЦИЈАЛНОГ И ДИФЕРЕНЦИЈАЛНОГ ТРЕТМАНА У ПРАВУ СВЕТСКЕ ТРГОВИНСКЕ ОРГАНИЗАЦИЈЕ\*\***

**Апстракт:** *Тема рада је третман специјалног третмана у праву Светске трговинске организације (СТО). Принцип специјалног третмана у међународном праву, на коме почива и принцип специјалног третмана у праву СТО, почива на принципу суштинске, а не формалне једнакости. Описана чињеница заснована је на динамичком сагледавању једнакости у међународном праву, а самим тим и у праву Светске трговинске организације. Наиме, начело једнакости је правни стандард који се конкретизује у светлу датих околности. Инсистирање на формалној једнакости неће увек довести до једнаког резултата примене норме имајући у виду разлике у ресурсима и карактеристикама држава. Дејство принципа специјалног и диференцијалног третмана у праву СТО третмана је такво да норме права Светске трговинске организације добијају својство диференцијалних (асиметричних) норми. Ради се о нормама које установљавају различит ниво права и обавеза држава чланица, чиме се коригује дејство принципа једнакости и реципроцитета као начела права СТО. У коначном, принцип посебног третмана доприноси ефикаснијем остваривању циљева СТО, укључујући и корист за државе које прихватају да неразвијене и државе у развоју имају (привремен и обимом ограничен) повољнији третман у односу на развијене државе*

---

\* aciric@prafak.ni.ac.rs

\* pepi@prafak.ni.ac.rs

\*\* Рад је резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ (179046) који се реализује на Правном факултету Универзитета у Нишу, уз подршку Министарства за науку и технолошки развој Републике Србије.

чланице. Са друге стране, неограничена примена принципа специјалног третмана није у интересу неразвијених и држава у развоју, нити је циљ *per se*: привременост и рестриктивност начела специјалног третмана представљају конституционалне елементе овог принципа у праву Светске трговинске организације; тиме се и признаје да у структури хијерархије принципа права СТО, принцип једнакости (еманиран у принципу недискриминације) има предност над принципом посебног третмана.

**Кључне речи:** принцип специјалног третмана; Светска трговинска организација; принцип реципроцитета; принцип недискриминације.

## 1. Увод

Принцип специјалног третмана (е. „*Special and Differential Treatment*”; даље и: „S&D” принцип) начело је права Светске трговинске организације чији је циљ уважавање различитог нивоа економског развоја њених држава чланица.<sup>1</sup> Циљ СТО није да буде инструмент и институција богатих који ће бити још богатији, већ управо супротно: да се неразвијеним државама омогући да, користећи права која произилазе из чланства у СТО, оптимално учествују у изградњи и развоју међународног мултилатералног трговинског система, те да своје економије учине конкурентним такмацима на глобалном тржишту. Тиме би ове државе у пуној мери уживале предности и користи које доноси адекватно спроведено начело слободе трговине.

Принцип специјалног и диференцијалног третмана институционализује принцип правичности као темељно начело међународне трговине, тиме што спречава да развојне потребе неразвијених и држава у развоју буду запостављене или лоциране на периферију интересовања права

---

1 Светска трговинска организација настала је као израз економске глобализације, дефинисане као процес интеграције глобалне трговине робом и услугама и отварању граница за стране директне инвестиције. Убрзавање процеса глобализације имало је за резултат елиминисање баријера у међународном протоку робе, услуга и новца. Дијалектика овог процеса законито је водила креирању адекватног правног одговора. Он је, природом постављених задатака, морао проистећи из поља деловања Међународног економског права. Генерисана као резултат успешног окончања Уругвајске рунде преговора о Општем споразуму о царинама и трговини (е. „*General Agreement on Tariffs and Trade*”; ГАТТ), у својим темељима имала је тежњу да постане системски структурирани регулаторни оквир светске трговине. Данас СТО има 161 државу чланицу 29 држава посматрача (161. држава чланица су Сејшелска острва, примљена у СТО 26. 04. 2015. године). Више о правно-политичким и идеолошким премисама на којима је заснована Светска трговинска организација: (Цветковић, 2010: 1–8, 44–66).

СТО и одредби других (билатералних или регионалних) међународних трговинских споразума. Принцип се залаже за развојни образац међународне трговине који интересе држава у развоју ставља у центар пажње међународног трговинског режима на начин који те интересе чини равноправним интересима развијених држава.

Принцип специјалног и диференцијалног третмана почива на солидарности актера међународне трговине. Овај принцип није метафизички већ има реално утемељене у потреби равномерног економског развоја, који, у крајњем, користи не само неразвијеним и државама у развоју већ и развијеним државама. Заштита слабијег је, дакле, декларативни политички циљ иза којег суштински стоје економски разлози.

Наведени принцип почива на динамичком сагледавању једнакости у међународном праву, а самим тим и у праву Светске трговинске организације. Начело једнакости је правни стандард који се конкретизује у светлу датих околности. Динамичност у сагледавању појма једнакости захтева да се она сагледава као суштинска, а не формална једнакост. Инсистирање на формалној једнакости неће увек довести до једнаког резултата примене норме, имајући у виду разлике у ресурсима и карактеристикама држава које односну норму примењују. Управо у потреби обезбеђења суштинске једнакости лежи разлог настанка принципа специјалног и диференцијалног третмана.

У међународном праву једнакост је концепт који измиче дефинисању јер „различите верзије једнакости имају различит суштински резултат” (Cullet, 1999: 553). Наиме, правна једнакост неће увек неопходно довести до једнаког резултата. Уколико је реципроцитет обавеза базиран само на формалној једнакости између држава, резултат такве реципрочне обавезе неће бити идентичан: разлог изостанка једнаких резултата примене формално једнаког правила лежи у разлици у позицијама и ресурсима држава у питању. На пример, отварање тржишта за страну робу (засновано на принципу недискриминације, односно једнаког третмана) може имати штетне последице за индустрије неразвијених држава које нису довољно конкурентне: национална индустрија може бити погођена до мере да се доведе у питање само њено постојање. Стога примена формално једнаког правила у таквом случају нема пожељан исход: то јест, не обезбеђује суштинску једнакост.

Кључни елеменат који доприноси наведеној двојности исхода је неједнакост у степену развоја. Израз „неједнакост у степену развоја” означава структуралну разлику између држава која онемогућава хомогеност међународне заједнице. Стога се ова заједница посматра као хетерогена

структура. Примењено на ову структуру, традиционално међународно право базирано на правном формализму не може да задовољи постулат једнакости суверених држава. Постоји, дакле, потреба да се приликом формулисања и имплементације правних правила у обзир узме неједнакост у степену развој држава.

Право има потенцијал уклањања неједнакости у степену развоја између држава. Правна норма може имати позитивну улогу у остваривању њихове „суштинске једнакости“. Описану улогу право остварује тиме што је њен циљ да обезбеди свим државама одговарајући приступ „плодовима“ глобалног економског развоја.

Норме међународног права којима се уређује питање трговинске размене динамичне су и диференциране у примени у односу на државе са различитим степеном развоја. Тиме доприносе остваривању суштинске једнакости између држава, што и јесте њихов циљ (Flogu, 1987:11). Ове норме тиме остварују важан циљ међународног економског права тиме што елиминишу неједнакости развоја и као средство остваривања тог циља промовишу тзв. „компензаторну неједнакост“ која правну (формалну) неједнакост ставља у функцију заштите слабијих актера у међународној економској размени.

Принцип специјалног и диференцијалног третмана је, дакле, резултат напора креатора међународног економског права да елиминишу *status quo* у погледу структуралне неједнакости, односно да признају утицај те неједнакости на резултат примене норме. Наведено признање претходи промовисању елиминисања описане неједнакости као циља норми међународног економског права. Наведени приступ међународног права доводи до стварања тзв. диференцијалних норми. Ове норме инкорпорирају двоструки стандард за процену да ли се држава понашала у складу или противно одређеној норми. Њима се дефинишу различити стандарди и обим права и обавеза држава чиме се одступа од симетрије система реципрочних права и обавеза (стога се називају и асиметричне норме) (Magraw, 1990: passim). Пример норми међународног права које се имају сматрати диференцијалним су управо оне које праве разлику између развијених и неразвијених држава (Halvorssen, 1999: 69). Ова разлика је јасно базирана на изузетку од принципа реципроцитета. У овом случају, одступање од принципа реципроцитета базирано је на компензаторној једнакости (као форми суштинске једнакости), а не на формалном реципроцитету (симетрији).

## 2. Принцип специјалног третмана као принцип права СТО

Принцип специјалног и диференцијалног третмана је, по времену настанка, канон правног режима уостављеног Општим споразумом о царинама и трговини који је претходио стварању Светске трговинске организације. Корен S&D третмана лежи у могућности датој државама (након неуспеха преговора о оснивању Међународне трговинске организације 1948. године) да дерогирају (изјаве резерве) на примену принципа недискриминације садржаног у тексту Повеље о оснивању Међународне трговинске организације, а потом преузетог у текст Општег споразума о царинама и трговини (е. „*General Agreement on Trade and Tariffs*”; даље и: GATT).<sup>2</sup> Дерогирање је правдано потребом остваривања привредног развоја и реализације обнове након II Светског рата. Наведене резерве укључене су у члан XVIII GATT-а. У прво време члан XVIII Општег споразума о царинама и трговини обезбеђивао је само могућност изјављивања резерви која није била ни специјална нити диференцијална: наиме, важила је као опција за све државе.

Могу се препознати четири фазе у развоју циља специјалног и диференцијалног третмана.

У првој фази која је трајала од настанка Општег споразума о царинама и трговини 1947. године па до шездесетих година прошлог века, циљ наведеног принципа је било превазилажење штетних последица које узрокује примена начела највећег повлашћења као еманиције општег принципа недискриминације (Ћирић, 2012: 64–71).

Кључна негативна последица овог принципа био је изостанак устављавања и развоја индустријске базе држава. Стога је примена начела специјалног и диференцијалног третмана требало да обезбеди подршку индустријализацији неразвијених и држава у развоју с циљем повећања производње која супституише увоз (развој тзв. „*infant industries*”). Описани приступ условио је да се државама у развоју призна виши степен права на интервенцију у управљању националним економијама у односу на могућност такве интервенције у неразвијеним земљама.

Друга фаза примене специјалног и диференцијалног третмана трајала је од шездесетих до седамдесетих година прошлог века. У овом периоду бележи се процес ослобађања дотадашњих колонија од својих доминиона. Стога

---

<sup>2</sup> Принцип недискриминације био је присутан у предлогу повеље о оснивању Међународне трговинске организације. Након неуспеха њеног оснивања принцип недискриминације је преузет у текст GATT-а 1947; сам GATT је био део предлога Повеље о оснивању Међународне трговинске организације (Глава IV предлога Повеље).

је циљ наведеног принципа био подршка еманципацији нових држава насталих из тако ослобођених колонијалних поседа.

У трећој фази (седамдесетих и осамдесетих година), циљ принципа специјалног и диференцијалног третмана био је јачање институционалног оквира привреда држава уговорница у циљу јачања њиховог извоза и вишег нивоа интеграције у светску трговину.

У четвртој фази (деведесетих година, након оснивања СТО), циљ S&D начела је смањење сиромаштва. У Споразуму о оснивању СТО овај је концепт декларисан формулацијом којом се указује на „*потребу за позитивним напорима да земље у развоју, а посебно оне најмање развијене међу њима, осигурају себи учешће у расту светске трговине који је примерен потребама њиховог економског развоја*”.

Као правни израз политичког циља да се омогући адекватан развој неразвијених држава чланица СТО, принцип специјалног третмана присутан је у ГАТТ/СТО систему од самог његовог установљавања. Већ у преамбули Општег споразума о царинама и трговини, „подизање животног стандарда” било је наведено као један од разлога настанка Споразума. У Споразуму о оснивању СТО овај је концепт проширен формулацијом којом се указује на „*потребу за позитивним напорима да земље у развоју, а посебно оне најмање развијене међу њима, осигурају себи учешће у расту светске трговине који је примерен потребама њиховог економског развоја*”.<sup>3</sup>

Основне карактеристике принципа специјалног третмана у праву Светске трговинске организације јесу:<sup>4</sup>

1. право држава чланица на специјални третман је (Споразумом о СТО) стечено политичко право;
2. државе у развоју имају право да уживају привилеговани приступ тржиштима држава чланица;
3. државе у развоју имају право да ограниче увоз из других држава чланица у већој мери него што је то право развијених држава чланица;
4. државе у развоју имају додатну дискрецију и већи степен слободе да субвенционирају свој извоз;
5. државе у развоју имају виши ниво флексибилности у односу на примену одређених СТО правила, укључујући и право на привремено одлагање примене ових правила.

---

3 Видети: тач. 3. преамбуле Споразума о оснивању СТО.

4 *ibid*, стр. 6.

## **2.1. Карактеристике принципа специјалног и диференцијалног третмана у праву Светске трговинске организације**

Концепт принципа специјалног третмана је еволутиван од самог настанка у систему ГАТТ-а 1947. Еволутивни карактер наведеног принципа опстао је и у систему Светске трговинске организације. Од оснивања СТО није било формалне измене норми којима се овај третман уређује, али је принцип наставио да се развија, било кроз политичке изјаве и декларације (као што је то министарска декларација усвојена током Доха рунде), било кроз интерпретативну активност и судски активизам панела и апелационог тела СТО.

У ГАТТ-у 1994. наведено је да „стране уговорнице признају да ће остварење циљева овог Споразума бити олакшано постепеним развитком њихових привреда, нарочито када се ради о оним државама чланицама чије привреде не омогућавају већи животни стандард становништва и које су тек у првим фазама развитка“.<sup>5</sup> Такође, предвиђено је да „свака страна уговорница чија привреда није у стању да становништву обезбеди виши ниво животног стандарда и која се налази у првим фазама свога развитка, имаће право да привремено одступи од одредби других чланова овога споразума, како је то предвиђено одељцима А, В, и С овога члана“.<sup>6</sup>

Такође, свака држава чланица чија се привреда налази на путу развитка, али која не испуњава критеријуме наведене у горе цитираној одредби, може да поднесе захтев другим чланицама на основу одељка G члана XVIII ГАТТ-а.<sup>7</sup>

Принцип специјалног и диференцијалног третмана омогућава неразвијеним државама да буду ослобођене од реципрочних концесија у трговинским споразумима. Члан XXVIII предвиђа да развијене државе не очекују реципроцитет за обавезе редуцирања или укљањања царинских и других баријера у трговини са неразвијеним државама. Три су стуба принципа специјалног и диференцијалног третмана: изостанак захтева реципроцитета, преференцијални приступ тржишту и право коришћења протекционистичких мера. Наведени принцип садржан у споразумима насталим из Уругвајске рунде преговора (TRIPS, GATS, GATT) отелотворује

---

5 Видети: чл. XVIII:1 ГАТТ-а 1994.

6 Видети: чл. XVIII: 4 b) ГАТТ-а 1994.

7 Видети: чл. XVIII: 4b). Наведену одредбу садржао је и ГАТТ -1947, при чему је она претрпела ревидирање (члан XVIII: Б додат је 1957. године). Изменом се дозвољава државама у развоју да модификују или одступе од одређене обавезе предвиђене правом СТО у циљу заштите индустрија „у повоју“ (е. “infant industries”), односно због решавања проблема одржавања равнотеже спољнотрговинског биланса.

се кроз флексибилније рокове за преузимање одређених обавеза преузетих током преговора о приступању, као и пружање техничке помоћи за примену ових обавеза.

У члану XXVIII bis ГАТТ-а названом „Царински преговори“, формулисаном и усвојеном током педесетих година прошлог века, појачан је значај начела реципрочности у трговинским преговорима. Наиме, став 3б) наведеног члана признаје право држава уговорница да приликом мултилатералних преговора воде рачуна о „потреби да мање развијене земље могу са више еластичности да прибегавају царинској заштити у циљу олакшања свог економског развоја, као и о потреби ових истих земаља да задрже примену царина из фискалних разлога“. Увођење ове одредбе значило је потпуну и „ентузијазмом“ прожету подршку праву држава у развоју да им се додели маргина правне дискреције у спровођењу начела реципрочности, у складу са потребама њиховог економског развоја (Hudec, 1987: 27).

Врхунац процеса легитимизације права држава у развоју на одступање од преузетих обавеза у систему ГАТТ-а позивањем на принцип специјалног третмана било је увођење новог дела IV названог „Трговина и развој“, које је уследило 1964. године. Значај овог новелирања јесте у његовој „снази коју има усаглашена изјава о принципу специјалног третмана“, при чему је део IV правни израз такве изјаве.<sup>8</sup> У одредбама овог дела, пре свега у члану XXXVI: 8, шире „асиметрично“ тумачење реципрочности (у смислу мање стриктног приступа за државе у развоју, што је рефлексивна начела специјалног третмана) елаборирано је на следећи начин:

„Развијене стране уговорнице неће очекивати реципроцитет за обавезе које преузму у трговинским преговорима у смислу да смање или укину царине и остале препреке у трговини мање развијеним странама уговорницама“.

У Addendum-у уз ову одредбу објашњава се да „изостанак“ очекивања реципроцитета значи да се од недовољно развијених држава не очекује да у току трговинских преговора чине уступке који су у нескладу са њиховим развојним, финансијским и трговинским потребама, узимајући у обзир њихов ранији трговински развој.<sup>9</sup>

Поред горе наведених чврстих обавеза преузетих од стране развијених држава, а чија садржина представља конститутивни део начела специјалног третмана, део IV ГАТТ-а предвиђа и обавезе које имају карактер „обавезе средства“, односно улагања најбољих напора у погледу подршке државама у развоју које су чланице СТО. Тако, развијена држава чланица обавезна је

---

8 *ibid*, страна 56–58.

9 Видети: *Addendum* члн XXXVI:8 ГАТТ 1994.



да (осим уколико не постоје основани разлози, укључујући и правне, који је у томе спречавају) обезбеди приоритет смањењу или уклањању препрека производима чији извоз јесте (или има потенцијал да постане) од посебног интереса за мање развијене државе чланице.<sup>10</sup> Принцип специјалног третмана реафирмисан је у параграфу 44 Декларације из Дохе, којим се потврђује да одредбе о специјалном третману представљају интегрални део СТО споразума. Узимајући у обзир бојазан држава у развоју у погледу функционисања ових одредби, на предлог једног броја држава усвојен је Оквирни споразум о специјалном третману (е. „*Framework Agreement on Special and Differential Treatment*“).<sup>11</sup> Декларацијом је предвиђена обавеза Комитета за трговину и развој да сагледа постојеће одредбе о специјалном третману и учини их прецизнијим, ефикаснијим и функционалнијим.<sup>12</sup> Са тим циљем Декларација усваја програм рада за питања специјалног третмана, садржан у „Одлуци о питањима имплементације“ (е. „*Decision on Implementation-Related Issues and Concerns*“).<sup>13</sup> Одлуком о питањима имплементације предвиђено је да Комитет за трговину и развој има следеће задатке:

- да идентификује одредбе о специјалном третману које су обавезне и оне које то нису;
- да размотри правне и практичне импликације које трансформација одредби о специјалном третману из необавезних уз обавезне имају како за државе у развоју, тако и за развијене државе.<sup>14</sup>

Одлуком о питањима имплементације државе чланице СТО изричито су се сагласиле да одредба о специјалном третману из члана XVIII ГАТТ-а мора да се тумачи на начин који је мање теретан за државе у развоју него што су то услови за примену члана XII, који садржи критеријуме за одступање

---

10 Видети: чл. XXXVII ст. 1. а) ГАТТ-а.

11 Видети: Proposal for a Framework Agreement on Special and Differential Treatment, Communication from Cuba, Dominican Republic, Honduras, India, Indonesia, Kenya, Malaysia, Pakistan, Sri Lanka, Tanzania, Uganda and Zimbabwe. [http://www.wto.org/english/thewto\\_e/minist\\_e/min01\\_e/proposals\\_e/wt\\_gc\\_w442.doc](http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/proposals_e/wt_gc_w442.doc).

12 Комитет за трговину и развој (е. „Committee on Trade and Development“) један је од комитета које је основала Министарска конференција, уз Комитет за платно-билансне рестрикције (е. „Committee on Balance of Payments“) и Комитет за буџет, финансије и администрацију (е. „Committee on Balance on Budget, Finance and Administration“). Видети: чл. IV: 7 Споразума о СТО.

13 Видети: Implementation-related issues and concerns”, Decision of 14 November 2001, General Agreement on Tariffs and Trade 1994 (GATT 1994), [http://www.wto.org/english/thewto\\_e/minist\\_e/min01\\_e/mindecl\\_implementation\\_e.htm](http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_implementation_e.htm), тач.1.1.

14 Видети: пар. 12. 1. и) Одлуке о имплементацији.

од примене одређених правила ГАТТ-а због платнобилансних тешкоћа. Наведени ставови садржани у Одлуци о питањима имплементације су пре свега политичког карактера. Њима се манифестује подршка ставовима држава у развоју да се право на специјални третман тумачи у складу са њиховим потребама (мада се при томе не мењају постојеће одредбе ГАТТ-а и других споразума које садрже принцип специјалног третмана).<sup>15</sup>

## **2.2. Дејство принципа специјалног третмана у правном систему СТО**

Као што је већ речено, циљ принципа специјалног третмана је да обезбеди да државе у развоју учествују у расту светске трговине, на начин и у мери који одговара потребама њиховог економског развоја.<sup>16</sup>

Овако дефинисани циљ принципа специјалног третмана и степен његове реализације не остварује се, што је и природно (сваки принцип има дејство у складу са *in concreto* околностима), у свим ситуацијама једнако. У констелацији конкретних односа, примена принципа специјалног третмана може имати резултат неконзистентан са потребама држава у развоју.

Поред тога, недореченост и двосмисленост формулисања принципа специјалног третмана у одређеним одредбама права СТО не обезбеђује да се принцип примењује безусловно на начин који ефективно поспешује положај држава у развоју, чијим интересима и њиховој заштити првенствено служи (наравно, у светлу јачања привреда ових држава до нивоа када постају равноправни актери мултилатералног трговинског система оличеног у нормама права СТО).

У случају када правило СТО система јасно предвиђа домен и дејство примене начела специјалног третмана, нема тешкоћа у његовој интерпретацији. Пример овакве, јасне одредбе којом се утврђује обавеза поштовања начела специјалног третмана је члан 12. 10. Договора о правилима и процедурама за решавање спорова у систему СТО (е. „*Dispute Settlement Understanding*“;

---

15 У литератури има ставова о потреби да СТО идеолошку потку на којој се заснива (либерални капитализам и слободна трговина), допуни комплементом у виду „развојне“ компоненте праћене захтевом „правичности“ у остваривању интереса држава у развоју као учесница мултилатералног трговинског система (Garcia, 2004: passim). При томе се указује на чињеницу да „норме и начин функционисања СТО режима постављају значајна ограничења слободи политичког избора држава у развоју. Ова ограничења нису праћена уступцима овим државама, усмереним ка повећању њихове способности да учествују у обликовању међународног трговинског режима“. „Развојна компонента“ би, дакле, била инструмент повећавања ове способности држава у развоју.

16 Видети: тач. 3. преамбуле Споразума о оснивању СТО.

dalje i: DSU). Наведени члан садржи јасну одредбу (која рефлектује принцип специјалног третмана), на основу које се само државама у развоју могу продужити, релевантним одредбама DSU утврђени рокови за припрему аргументације.<sup>17</sup> Тако је панел који је поступао у спору „*India-Quantitative Restrictions*“, који су повеле САД против Индије, одобрио Индији десет додатних дана да поднесе свој одговор на тужбу.<sup>18</sup>

Пример који илуструје тешкоће и импликације које недовољно или нејасно детерминисање начела специјалног третмана може имати у практичном дискурсу решавања спорова у систему СТО, јесте питање које се јавило приликом решавања спора „*Chile-Price Band System*“. Арбитар који је у овом спору поступао у складу са овлашћењима из члана 21, 3 DSU (којим се предвиђа арбитража за случај да је изостала одговарајућа имплементација извештаја панела или апелационог тела), утврдио је да би свакако могао узети у обзир могућност да продужи рок за имплементацију препоруке апелационог тела, имајући у виду тешкоће са којима се Чиле сусреће као држава у развоју. Међутим, такве околности Чиле није спецификовао. Са друге стране, држава тужилац је такође била држава у развоју (Аргентина), која се, као и Чиле, суочавала са тешкоћама. Да ли у овом случају водити рачуна о држави у развоју која мора да имплементира меру (Чиле), или о оној којој је у интересу хитно спровођење извештаја DSB органа (Аргентина)? Одмерити и одредити превласт једног над другим развојним „леgitимитетом“ озбиљна је дилема, посебно у ситуацији када одредба члана 21, ст. 2 DSU не даје водич за решавање овог питања.<sup>19</sup>

Поред тога, принцип специјалног третмана у одређеним околностима може бити примењен и у циљу заштите интереса развијених држава. Пример овакве примене принципа специјалног третмана је одредба члана 9 Споразума о текстилу и одећи (е. „*WTO Agreement on Textiles and Clothing*„). Овом одредбом предвиђено је да Споразум престаје да производи дејство првог дана 121. месеца након што је Споразум о оснивању СТО ступио на снагу, односно 1. јануара 2005. године. Након истека овог рока текстил

---

17 Ради се о роковима утврђеним одредбама члана 14. 7. и 14. 8. DSU.

18 Видети: Report of the Panel, „*India-Quantitative Restrictions*“, <http://www.sice.oas.org/DISPUTE/wto/ds90/90r.asp>, §5. 10.

19 Видети: „Article 21. 3 (c) Arbitration Award, Chile-Price Band System and Safeguard Measures Relating to Certain Agricultural Products“, [http://www.worldtradelaw.net/reports/213\(c\)awards/chile-agproducts\(213\(c\)\).pdf](http://www.worldtradelaw.net/reports/213(c)awards/chile-agproducts(213(c)).pdf), §56–57. Предмет спора биле су мере са карактером „price band“ система, којим се утврђује минимални и максимални износ цене одређених увезених пољопривредних производа. Панел и апелационо тело сматрали су да у овом случају Чиле није на одговарајући начин имплементирао одлуке DSB тела.

и одећа постају производи који имају идентичан третман као и остала роба, при чему се елиминишу квоте уведене на основу одредби Споразума о текстилу и одећи; квоте су биле уведене у циљу заштите развијених држава од неконтролисаног увоза из земаља у развоју, попут Кине и Индије, чија је компаративна предност значајна у погледу ових производа. Поред тога, било је аргумената да изостанак ограничења увоза из Индије и Кине истовремено наноси штету другим државама у развоју. Питање је решено приступањем Кине Светској трговинској организацији (Индија је чланица од 1995. године). Том приликом је потписан „Привремени заштитни механизам за одређене производе“ (е. „*Transitional Product-Specific Safeguard Mechanism*“) који је дао основ другим државама да предузму мере у случају поремећаја тржишта које изазива растући увоз из Кине.<sup>20</sup> Кина је такође, као компромис изнуђен политичким притисцима, увела извозне царине на текстилне производе, које се примењују од момента истека важења Споразума о текстилу и одећи.

Наведени примери аргумент су за став да начело специјалног третмана може имати недоречене импликације у контексту примене правила СТО и интерпретације његових одредби. Примарни циљ СТО система није обезбеђење равномерног економског развоја у дискурсу односа развијених и неразвијених држава. Управо супротно: секундарни карактер остваривања таквог, уравнотеженог развоја је у темељу самог СТО система. Аргумент за овакво позиционирање принципа специјалног третмана јесте чињеница да је Светска трговинска организација примарно усмерена ка остваривању начела слободе трговине, а не уравнотеженог развоја (Hoekman, 2005: 423; Finger, 2002: passim). Стога се принцип специјалног третмана мора користити пажљиво, у светлу конкретних околности, имајући у виду да је његова примена пре свега допуна и коректив дејству начела недискриминације као кључном принципу уређивања мултилатералног трговинског система. Управо је то разлог што је питање односа начела специјалног третмана и принципа дискриминације предмет излагања које следи.

### **2.3. Однос принципа специјалног третмана и начела недискриминације**

Кључ за читање принципа специјалног третмана јесте у чињеници да он представља одступање од принципа недискриминације као кључног правно-економског принципа права Светске трговинске организације.<sup>21</sup>

---

20 Видети: WTO Ministerial Conference, „Accession of the People’s Republic of China: Decision of 10 November 2001“, WT/L/432 ( November 23, 2001).

21 Начело недискриминације је угаони камен у правном темељу конструкције права СТО, отелотворен кроз начело највећег повлашћења и начело националног третмана.

Ово одступање по свом дејству, представља дискриминацију у корист земаља у развоју. Наведена дискриминација садржана је било у одредбама самих СТО споразума (различит, односно дужи период имплементације одређених обавеза за државе у развоју), било у уступцима које државе у развоју, током билатералних преговора, добијају од стране развијених држава чланица.

Оправдање увођења овакве дискриминације лежи у прихватању чињенице да се економски услови и трговинске потребе држава у развоју суштински разликују од потреба развијених држава: таква разлика у потребама налаже адаптацију и кориговање примене правила из система СТО, уколико се жели успех у спровођењу ових правила од стране свих држава чланица. Основ наведене тврдње налази се у чињеници да два типа националних економија (неразвијене и развијене) са различитим потребама не могу бити ефикасно уређена апсолутно идентичним правилима мултилатералног трговинског система.<sup>22</sup> Поред тога, прихватање „дозвољене“ дискриминације, која је резултат спровођења начела специјалног третмана, у ширем смислу може се сматрати спровођењем принципа „заједничког подухвата“ имајући у виду да се њиме једна група држава (развијене државе) одриче својих права заснованих на начелу недискриминације, у корист друге групе држава, како би се остварио заједнички циљ оснивања и функционисања СТО.

Чињеница да принцип посебног третмана ограничава дејство начела дискриминације није остала без реакција, које се могу поделити у две групе.

Прва је да је принцип специјалног третмана базични постулат међународног економског поретка, те да је у том смислу равноправан са начелом недискриминације (Howse, 2003: 390).

Другу групу реакција одсликава став изражен у Извештају консултативног борда СТО (тзв. „*Sutherland Report*“), који је принцип специјалног третмана дефинисао је као „значајан извор дискриминације у мултилатералном трговинском систему“, мада се истовремено признаје да је принцип

---

Ова су начела комплементарна и функционишу симултано. Начело недискриминације јавља се и у другим областима међународних економских односа, пре свега у области страних инвестиција.

<sup>22</sup> Овакав диференцијални третман присутан је и у другим правним режимима међународног права. Тако, у међународном еколошком праву прихваћен је принцип заједничке али диференциране одговорности (е. „*common but differentiated responsibility*“) који узима у обзир различите степене капацитета за задовољавање еколошких стандарда приликом дефинисања нивоа одговорности за остваривање одређених глобалних циљева у овој области (Bafundo 2005: 461).

значајан део правног наслеђа („*acquis*“) СТО, те да „остаје валидан концепт“ (Sutherland Report, 2004: §88).

Очигледно је да у светлу нивоа остваривања циљева СТО, принцип специјалног третмана представља „неопходни уступак“ без кога би принцип недискриминације био примењиван без ограничења. Међутим, таква потпуна и безусловна примена није могућа, али свакако остаје циљ којим се тежи. Наиме, очување права на специјални третман није у интересу развијених, али ни држава у развоју, јер би у супротном специјални третман био циљ *per se*. Стога је у одредбама о специјалном третману наглашен његов прелазни и привремени карактер, било кроз ограничавање примене на одређени период времена, било путем постепене редукције права која су гарантована овим начелом (Garcia, 2004: *passim*).

Неспорно се, међутим, може закључити да, уколико се структурира хијерархија принципа права СТО, принцип недискриминације мора имати предност над принципом специјалног третмана. Кључни аргумент у овом смислу је чињеница да је СТО институција примарно усмерена ка остваривању начела слободе трговине и економског либерализма, а не уравнотеженог развоја (Hoekman, 2005: 423).

Превалентни значај начела недискриминације у односу на начело специјалног третмана потврђен је извештајем апелационог тела у спору „ЕС-Tariff Preferences“.<sup>23</sup> Предмет спора било је право ЕУ да, користећи се правом из тзв. „клаузуле подршке“ (е. „*enabling clause*“),<sup>24</sup> додели одређеним државама специјални (повољнији третман) у циљу спровођења „Споразума о наркотицима“. „Споразум о наркотицима“, који је обезбеђивао овакав третман државама са којима је закључен (12 држава), оспорила је Индија. Њен аргумент био је да је Споразум супротан одредбама члана I: 1 ГАТТ-а (који предвиђа обавезу поштовања начела највећег повлашћења) и параграфу 2 „клаузуле подршке“. Апелационо тело сматрало је (као и већина чланова панела) да клаузула подршке представља изузетак од обавезе поштовања начела највећег повлашћења из члана I: 1. ГАТТ-а

---

23 Видети: Report of the Appellate Body, „European Communities-Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries“, (даље и: „ЕС-Tariff Preferences“); [http://www.worldtradelaw.net/reports/wtoab/ec-preferences\(ab\).pdf](http://www.worldtradelaw.net/reports/wtoab/ec-preferences(ab).pdf).

24 „Клаузула подршке“ даје право државама чланицама да са државама у развоју закључе преференцијалне споразуме којима се дерогира обавеза поштовања начела највећег повлашћења из члана I: 1 ГАТТ-а 1994. Заснована је на одлуци из „GATT ере“ о „Различитом и повољнијем третману, реципрочности и већем нивоу учешћа држава у развоју“ (е. „Decision of the Contracting Parties on Differential and More Favourable Treatment, Reciprocity and Fuller Participation of Developing Countries“). Ова одлука данас је део ГАТТ-а 1994 и дискурсу права СТО назива се „Enabling Clause“.

1994.<sup>25</sup> Тиме је потврђена хијерархијска предност у примени начела недискриминације (рефлектованог кроз начело највећег повлашћења) у односу на „развојну компоненту“, садржану у „клаузули подршке“.<sup>26</sup>

### 3. Закључак

Принцип специјалног и диференцијалног третмана начело је права Светске трговинске организације чији је циљ уважавање различитог нивоа економског развоја њених држава чланица. Циљ СТО није да буде инструмент и институција богатих који ће бити још богатији, већ управо супротно: да се неразвијеним државама омогући да, користећи права која произилазе из чланства у СТО, оптимално учествују у изградњи и развоју међународног мултилатералног трговинског система, те да своје економије учине конкурентним такмацима на глобалном тржишту. Тиме би ове државе у пуној мери уживале предности и користи које доноси адекватно спроведено начело слободе трговине.

Принцип специјалног и диференцијалног третмана институционализује принцип правичности као темељно начело међународне трговине уз промовисање обрасца који интересе држава у развоју ставља у центар интересовања међународног трговинског режима на начин који те интересе чини равноправним интересима развијених држава. Наведени принцип почива на динамичком сагледавању једнакости у међународном праву, а самим тим и у праву Светске трговинске организације. Наиме, правна једнакост не доводи увек до једнаког резултата: примена формално једнаког правила не обезбеђује суштинску једнакост. Норме међународног права имају за циљ елиминисање неједнакости развоја и као средство остваривања тог циља промовишу тзв. „компензаторну неједнакост“: ради се о концепту који правну (формалну) неједнакост ставља у функцију заштите слабијих актера у међународној економској размени. Ове норме

---

25 Ипак, апелационо тело је у кратком образложењу навело да „клаузула подршке“ има у извесном смислу статус различит од других изузетака од примене права СТО. Видети: Appellate Body Report, „EC-Tariff Preferences“, §90.

26 Апелационо тело утврдило је несагласност мере ЕУ садржане у Споразуму о наркотицима са обавезом забране недискриминације из члана I:1 GATT-а и клаузулом подршке. Аргумент за овакву одлуку био је да „Споразум о наркотицима“ није утврдио, *inter alia*, објективне критеријуме чије би испуњење омогућило другим државама да се користе преференцијалима њиме утврђеним. Тиме се, међутим, не нарушава валидност закључка о супермацији начела недискриминације (отелотвореног *in concreto* кроз начело највећег повлашћења) над начелом специјалног третмана. Видети: „EC-Tariff Preferences“, Summary of Dispute: [http://www.wto.org/english/tratop\\_E/dispu\\_e/cases\\_e/1pagesum\\_e/ds246sum\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/tratop_E/dispu_e/cases_e/1pagesum_e/ds246sum_e.pdf).

инкорпорирају двоструки стандард за процену да ли се држава понашала у складу или противно одређеној норми. Њима се дефинишу различити стандарди и обим права и обавеза држава чиме се одступа од симетрије система реципрочних права и обавеза (стога се називају и асиметричне норме).

Принцип специјалног и диференцијалног третмана је, по времену настанка, канон правног режима упостављеног Општим споразумом о царинама и трговини који је претходио стварању Светске трговинске организације. Концепт принципа специјалног третмана је еволутиван од самог настанка у систему ГАТТ-а 1947; еволутивни карактер наведеног принципа опстао је и у систему Светске трговинске организације. Од оснивања СТО није било формалне измене норми којима се овај третман уређује, али је принцип наставио да се развија, било кроз политичке изјаве и декларације, било кроз интерпретативну активност и судски активизам панела и апелационог тела СТО.

Циљ принципа специјалног третмана и степен његове реализације не остварује се, што је и природно (сваки принцип има дејство у складу са *in concreto* околностима), у свим ситуацијама једнако. У констелацији конкретних односа, примена принципа специјалног третмана може имати резултат неконзистентан са потребама држава у развоју. Поред тога, недореченост и двосмисленост формулисања принципа специјалног третмана у одређеним одредбама права СТО не обезбеђује да се принцип примењује безусловно на начин који ефективно поспешује положај држава у развоју, чијим интересима и њиховој заштити првенствено служи.

Кључ за читање принципа специјалног третмана јесте у чињеници да он представља одступање од принципа недискриминације као једног од основних принципа права Светске трговинске организације. Разлог одступања лежи у чињеници да два типа националних економија (неразвијене и развијене) са различитим потребама не могу бити ефикасно уређени апсолутно идентичним правилима мултилатералног трговинског система. Неспорно се, међутим, може закључити да у хијерархији принципа права СТО, принцип недискриминације мора имати предност над принципом специјалног третмана. Кључни аргумент у овом смислу је чињеница да је СТО институција примарно усмерена ка остваривању начела слободе трговине и економског либерализма, а не уравнотеженог развоја.



## Литература

- Bafundo, N. (2005). Compliance with the Ozone Treaty: Weak States and the Principle of Common but Differentiated Responsibility. *American University International Law Review*. Vol. 21, Iss. 3. 461–495
- Garcia, F. (2004). Beyond Special and Differential Treatment. *Boston College International and Comparative Law Review*. Vol. 27, Iss. 2. 291–317
- Magraw, D. (1990). Legal Treatment of Developing Countries: Differential, Contextual, and Absolute Norms. *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*. No. 1
- The Future of WTO: Addressing Institutional Challenges in the New Millenium*. (2004). Report by the Consultative Board to the Director General („Sutherland Report“). WTO
- Ђирић, А. (2012). *Међународно трговинско право – општи део*. Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу
- Finger, M. (2002). The Doha Agenda and Development: A View from the Uruguay Round. *ERD Working Paper No. 21*. Asian Development Bank
- Flory, M. (1987). A North-South Legal Dialogue: The International Law of Development. У: F. Snyder and P. (ed.), *Slinn International Law of Development: Comparative Perspectives*. Abingdon: Professional Books
- Halvorssen A. (1999). *Equality among Unequals in International Environmental Law: Differential Treatment for Developing Countries*. Colorado: Westview Press
- Hoekman, B. (2005). Operationalizing the Concept of Policy Space in the WTO: Beyond Special and Differential Treatment. *Journal of International Economic Law*. Volume 8, Issue 2. 405–424
- Howse, R. (2003). India's WTO Challenge to Drug Enforcement Conditions in the European Community Generalized System of Preferences: A Little Known Case with Major Repercussions for Political Conditionality in US Trade Policy. *Chicago Journal of International Law*. No. 385–407
- Hudec, R. (1987). *Developing Countries in the GATT Legal System*. Hampshire: Gower Publishing Company Limited
- Цветковић, П. (2010). *Увод у право Светске трговинске организације*. Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу
- Cullet, P. (1999). Differential treatment in international law: towards a new paradigm of inter-state relations. *European Journal of International Law*. No. 10.3. 549–582

**Aleksandar Ćirić, LL.D.**  
Full Professor,  
Faculty of Law, University of Niš

**Predrag Cvetković, LL.D.**  
Associate Professor,  
Faculty of Law, University of Niš

## **THE PRINCIPLE OF SPECIAL AND DIFFERENTIAL TREATMENT IN THE WTO LAW**

### **Summary**

*The paper discusses the treatment of special and differential treatment in the law of the World Trade Organization (WTO). The principle of special treatment in international law, which is the cornerstone for the principle of special treatment in the WTO law, is based on the principle of substantive rather than formal equality. This fact is based on a dynamic perception of equality in international law and, consequently, in the WTO law. The principle of equality is a generic term whose particular features should be considered in the light of specific circumstances. The insistence on formal equality will not always yield the same result in the application of norms, particularly taking into account the differences in resources and characteristics of the WTO Member States. In the law of the World Trade Organization, the principle of special treatment is functionally connected to the WTO goals: this function determines the form and content of the principle of special treatment in the discourse of the WTO law. The effect of the principle of special treatment on the WTO law rules is such that this principle converts the WTO rules into differential (asymmetric) legal norms. These norms establish different levels of rights and obligations of Member States, thereby correcting the effect of the principle of equality and reciprocity as a principle of the WTO law. Ultimately, the principle of special treatment contributes to the efficient realization of the WTO objectives, including the benefit for developed countries which accept that the underdeveloped and developing countries have a more favorable treatment (which is temporary and of a limited scope) as compared to the treatment which is valid for developed countries. On the other hand, the unrestricted application of the principle of special treatment is not in the interests of developed and developing countries, nor is it the objective per se: the temporality and the restrictiveness of the principle of special treatment are constitutional elements of this principle in the law of the World Trade Organization; at the same time, in the structural hierarchy of WTO law principles, it is a recognition that the principle of equality (emanated in principle of non-discrimination) has priority over the principle of special treatment.*

**Key words:** *the principle of special and differential treatment, World Trade Organization, principle of reciprocity, principle of non-discrimination.*

**Др Милена Јовановић Zattila,\***  
Редовни професор Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 366.5:347.44

Рад примљен: 30.06.2015.  
Рад прихваћен: 03.12.2015.

## **ПРАВО ПОТРОШАЧА НА ПОВЛАЧЕЊЕ ИЗ УГОВОРА\*\***

**Апстракт:** Повлачење из уговора, као тековина комунитарног потрошачког права, претпоставља ексклузивно право које потрошачи могу користити по потреби и без навођења конкретног разлога. У питању је изузетак од општег принципа уговорног права *pacta sunt servanda*, који има за циљ суспендовање правног дејства већ закљученог уговора, као и враћање у пређашње стање онога што је примљено или учињено на име испуњења. Право на повлачење омогућава да потрошач направи избор пре него што уговор постане обавезујући по њега. Док се на овај начин потрошачима пружа могућност да се предомисле, за трговце и трећа лица то је фактор несигурности с обзиром на то да до истека рока за једнострани раскид уговора није јасно да ли је уговор закључен или не. Фрагментарна регулација потрошачког права условила је терминолошку разноликост самог појма, што се одразило и на различито схватање овог института атипичног за трговинско и облигационо право. Иако се право на повлачење везује за ограничени број потрошачких уговора, специфичност његовог правног режима и услови под којима се оно обавља у супротности су са начелом правне сигурности. Отуда и тумачење да европски концепт потрошачког права промовише принцип *pacta non sunt servanda*.

**Кључне речи:** потрошачки уговор, право на повлачење, комунитарно потрошачко право, *pacta sunt servanda*.

### **1. Уводне напомене**

Иако начелно супротстављен основном уговорном начелу *pacta sunt servanda*, овај институт је уведен ради заштите потрошача и пружања додатне

---

\* milena@prafak.ni.ac.rs

\*\* Рад је резултат истраживања на пројекту „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“ који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013–2018. године.

могућности за размишљање и одустајање од управо закљученог уговора. Поменута фрагментарна регулација<sup>1</sup> потрошачког права условила је и терминолошку разноликост, те се тако он означава још и као „право на опозив“, „право на одустанак“, „право на једнострани раскид“, „право на промену мишљења“ и др. Директива 2002/65/ЕЗ користи термин „*right to withdrawal*“<sup>2</sup> (Terry, 2008: 145–177; Rott, 2001: 186–200; Hesselnik, 2007: 232–348; Shulze, 2008: 25–139) што би дословно значило „право на повлачење“ из уговора. Повлачење из уговора често се уподобљава са термином једностраног раскида уговора, што је карактеристично за правну тековину ЕУ.

Тако је Директивом о потрошачким правима,<sup>3</sup> поред општих правила о дужности обавештавања, предвиђен и додатни скуп правила код уговора закључених на даљину, уговора закључених изван пословних просторија, уговора о потрошачком кредиту и уговора о тајмшерингу. Ступањем на снагу нове Директиве о потрошачким правима, од 13. јуна 2014. године, потрошачи у свим државама чланицама ЕУ остварују иста права приликом

---

1 Фрагментација законодавства негативно утиче на тржиште. Посебан проблем представљају колизионе норме држава чланица и Уредба Рим I, која обавезује трговце да не смеју примењивати нижи степен заштите од оне коју дају потрошачима принудни прописи државе у којој имају редовно боравиште. Последице тога су повећање трошкова по трговца, с обзиром на то да мора да се упозна са степеном заштите потрошача у земљи одредишта. То, даље, за последицу има недовољну мотивисаност малих предузетника да продају своје производе у другим државама. Уколико би они и прилагодили своје пословање новим прописима, негативне последице ће се на крају одразити на потрошача у виду повећаних цена. Више о фрагментарној регулацији: *Green paper on the Review of the Consumer Acquis*, Commission of the European Communities, Brussels, 2007, COM(2006)744 final, стр. 6. С обзиром на то да је (уговорно) право заштите потрошача део приватног права, у великом броју европских држава још увек постоји отпор хармонизацији. Опоненти процеса хармонизације сматрају да су разлике у правном уређењу приватног права међу европским државама сувише велике, због чега хармонизација није могућа. Као додатни аргумент наводе да усклађивање није нужан предуслов изградње унутрашњег тржишта и интензивнијег одвијања трговине. Трговина између држава чланица ЕУ одвијала би се и без тога с обзиром на то да постоје супранационални правни инструменти који су поуздани механизми регулисања трговине на међународном плану.

2 Више о генези овог института видети у горе наведеним изворима. Директива о закључењу уговора изван пословних просторија била је прва која је потрошачу омогућила да одустане од уговора у одређеном року без последица (*cooling-off period*). Агресивне продајне и маркетиншке технике доводиле су до злоупотребе слабијег положаја потрошача, услед чега су морала бити донета посебна, до тада непозната правила (Xavier, 1992: 167).

3 Directive 2011/83/EU on consumer rights, OJ L304, November 22, 2011, доступно на <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:304:0064:0088:EN:PDF>.

куповине роба и услуга средствима даљинске комуникације, као и код куповине изван пословних просторија трговца, без обзира на то у којој су држави ЕУ купили производ или услугу. Пре него што потрошач закључи неки од поменутих уговора, трговац је у обавези да га на јасан начин обавести о условима, роковима и поступку извршења права на једностранни раскид уговора, о претпоставкама под којима потрошач губи то право, као и о обрасцу за једностранни раскид уговора.

Рок у коме потрошач има право да се повуче из уговора је са некадашњих седам продужен на четрнаест дана. Међутим, за разлику од пређашњег решења које се заснивало на принципу минималне хармонизације,<sup>4</sup> при чему су државе чланице могле слободно да успоставе било који рок дужи од седам дана, Директива не оставља простора за продужење рока у циљу боље заштите потрошача. У случају једностраног раскида уговора, трговац је у обавези да у року од четрнаест дана надокнади плаћену цену потрошачу, као и трошкове испоруке робе. Из наведеног проистиче да је суштина повлачења потрошача из уговора заустављање његовог правног дејства, уколико је закључен, као и враћање онога што је на име испуњења већ учињено.

## 2. Од минималне до максималне хармонизације

Највећи број директива из области заштите потрошача садржи минималне стандарде, мада су евидентне промене у том погледу. У време усвајања првих директива на подручју заштите потрошача, минимална хармонизација је била једини начин за усвајање прописа имајући у виду велике разлике и често супротстављене интересе држава чланица. Најновији развој заштите потрошача иде у правцу максималне хармонизације. Овакав приступ подразумева исцрпно уређење одређеног подручја, чиме се спречавају државе чланице да самостално делују (Howells/Wilhelmsen, 2003: 370–388; Doughan, 2000: 854; Howells, 2006: 63–88). Противници принципа максималне хармонизације сматрају да се тиме не доприноси појачаној заштити потрошача, с обзиром на то да се државе спречавају у креирању сопствене политике везане за ову област. Због тога питање заштите потрошача не сме се у потпуности препустити Унији, јер је она

---

4 Последица минималне хармонизације је различито транспоновање директива у национална законодавства. Један од примера је и право потрошача на повлачење из уговора у уговорима на даљину и изван пословних просторија, где су рокови варирали од државе до државе. То је значило да сваки пут када трговац жели да започне пословање у другој држави, мора да се упозна са националним одредбама.

примарно фокусирана на успостављање заједничког тржишта.<sup>5</sup> С друге стране јединствена правила ниског нивоа заштите нису ни од какве користи. Потрошачу није примарно важно да му је заштита у свим земљама истоветна већ да је он може и остварити (Smits, 2009: 1–10).

У директивама које се односе на право заштите потрошача, информисаност је од посебне важности, нарочито када је у питању принцип минималне или пропорционалне интервенције. Нова Директива о потрошачким правима има за циљ да допринесе бољем функционисању заједничког тржишта на коме ће потрошачи и трговци имати потпуно поверење у прекограничне трансакције. Законодавство ЕУ примењује се и на националне и међународне случајеве како би се избегла потпуна фрагментација права. Ипак, услед изражене комплексности и асиметричности потребни су и даље уговорни инструменти који утичу на додатно сужавање принципа *pacta sunt servanda*. То је посебно видљиво код права на повлачење заснованог на условима приликом закључивања уговора, врсти уговора или на удаљености између уговорних страна. Европеизација кључних подручја приватног права, судска контрола услова у различитим врстама уговора и директиве о продаји потрошачке робе и гаранцијама са бројним правилима полуимперативне природе су од кључног значаја. Све наведено базира се на потреби за повећањем потрошачког поверења у унутрашње тржиште (Miklitz, 2012: 46–62). Потпуна хармонизација у правилима која се односе на повлачење из уговора и правилима о информисању омогућила би успешније функционисање овог тржишта.

### 3. Правна природа права на повлачење

У погледу права на повлачење из уговора, у правној литератури наилазимо на супротстављена тумачења: од оних да је потрошачко право ЕУ „претерано дарезљиво“ према потрошачима (Ben-Shahar/Posner, 2011: 116), до тога да се уношењем ове одредбе штите потрошачи од закључења уговора против њихове воље (Rekaiti, Van den Bergh, 2000: 377). Они који

---

5 Поставља се питање колико ће се добити применом принципа максималне хармонизације. Одредбе се децентрализују у корист Уније, чиме државе губе свој маневарски простор. Проблем код максималне хармонизације је што се она коси са начелом супсидијарности и пропорционалности. У вертикалним односима потпуна хармонизација је корисна, посебно у прописивању права и обавеза странака и у правилима која се односе на повлачење из уговора. С друге стране, у хоризонталним односима који се односе на предговорне информације, правне лекове и случајеве материјалних недостатака, као и увођење црне и сиве листе, она може бити веома проблематична имајући у виду да се ради о ситуацијама које задиру у саму срж уговорног права држава чланица.

се залажу за постојање овог права сматрају да је приликом закључења појединих врста уговора (посебно уговора на даљину и изван пословних просторија) смањена перцепција потрошача о евентуалном ризику. Одређене агресивне продајне и маркетиншке технике доводе до злоупотребе слабијег положаја потрошача, услед чега је било нужно донети посебна правила која су до тада била непозната. Првенствено се мисли на потрошачево право на једностранни раскид уговора. Сврха уношења одредбе о праву на повлачење из уговора у одређеном року без навођења разлога, била је да омогући потрошачу да размисли о својим исхитреним одлукама. Стога му право на одустанак омогућава да се информише о понудама које међусобно конкуришу и да без притиска размисли о закљученом уговору (Grundmann, 2002: 276). Правне последице повлачења из уговора регулишу се у складу са националним правом. То се посебно односи на повраћај новца и производа. Како би потрошач могао остварити своје право у потпуности, Директива обавезује продавца да потрошачу пружи писано обавештење о његовом праву на раскид уговора са подацима лица против кога то право може остварити.

Иако је ово право примарно дато ради побољшања положаја потрошача, он га може и злоупотребити тако што ће употребљавати производ за време тзв. *cooling-off* периода и вратити га након тога као производ лошег квалитета.<sup>6</sup> Повлачење из уговора повећава и трошкове потрошачких трансакција, јер се по правилу уговори закључују након истека *cooling-off* периода. У вези са тим поставља се питање на који начин ово право утиче на пуноважност уговора, тј. да ли је исти настао пре истека рока за

---

<sup>6</sup> Иако је право на повлачење начелно допуштено за одређене врсте уговора, сагласно њиховој правној природи, постоје и ситуације у којима се коришћење овог права сматра непримереним, па тако и недопуштеним. Када је реч о уговорима на даљину, потрошач се правом на одустанак не може користити у следећим случајевима: ако је уз потрошачев пристанак започето са пружањем услуге пре истека рока за одустајање; ако цена производа или услуге зависи од промена на финансијским тржиштима на које потрошач не може утицати; ако је потрошач дао поруџбину, спецификацију или упутство за израду производа; код испорука аудио и видео-записа које је потрошач отворио; код испоруке часописа; за игре на срећу и за уговоре закључене на јавној аукцији (чл. 19, ст. 1). Кад су у питању уговори закључени изван пословних просторија право на повлачење не може се примењивати на уговоре о набавци намирница за свакодневну употребу које се допремају на кућни праг, за разне хитне поправке, ако их је потрошач сам затражио (чл. 19).

Право на повлачење не примењује се на уговоре о продаји некретнина и друге уговоре који се односе на друга стварна права, уговоре закључене путем аутомата, са телекомуникационим оператерима употребом јавних телефона, као и на уговоре о осигурању, уговоре о кредитима и финансијским услугама чије цене зависе од флукуација на тржишту, закључене изван пословних просторија осигуравача или пружаоца финансијских услуга.

повлачење. Према једном становишту такав уговор није правно ваљан све док не истекне рок за вршење права на одустанак. До тог тренутка уговор „лебди“ и изједначава се са уговорима које закључују малолетници или заступници без овлашћења (Rott, 2006: 1114). Овакво схватање брани се аргументом да у тренутку закључења уговора није постојала стварна воља потрошача, услед чега уговор није ни настао. Сагласно овом схватању сматра се да уговори у којима је, због њихове специфичности, потрошачу признато право на повлачење, нису законски настали, јер воља потрошача у вези са закључењем уговора није била потпуно слободна. Ипак, у случају усвајања овог концепта ни потрошач, ни трговац не би могли да изврше своје уговорне обавезе пре истека рока за повлачење, јер се не може извршити уговор који још увек није настао (Михаиловић, 2013: 96).

Према другом схватању, уговори који садрже право на повлачење сматрају се пуноважним од тренутка њиховог закључења. У складу са Директивом, уговорне стране могу извршавати обавезе проистекле из уговора током рока за одустанак.<sup>7</sup> У том смислу преовладава мишљење да уговор са правом потрошача на повлачење постоји, а да постојање самог права утиче на судбину уговора. Државама чланицама је, с друге стране, остављена могућност да задрже постојећа национална правила којима се трговцима забрањује да током рока за повлачење наплаћују цену од потрошача. Ово схватање почива на тумачењу да уговор може бити у потпуности извршен и пре истека рока за одустанак. С обзиром на то да за уговоре о пружању услуга важе посебна правила, у случају коришћења права на повлачење не постоји могућност да престација буде враћена у пређашње стање. Тако, овај уговор не може бити реализован све док се потрошач изричитом изјавом не сагласи са извршењем, а опет, када уговор буде у потпуности извршен сматраће се да се потрошач одрекао права на одустанак. На тај начин, сходно карактеру уговора о пружању услуга, воља потрошача се формира у две фазе и мора бити изражена два пута. Први пут потрошач то чини у тренутку закључења уговора. С обзиром на то да у овој фази постоји претпоставка о мани воље потрошача, он своју вољу мора изразити још једном у оквиру рока од 14 дана. Све док то не учини и по други пут, не може се започети са извршењем уговора (Михаиловић, 2013: 96). У овој фази потрошач своју вољу може изразити тројако: захтевом да трговац испуни уговор, саглашавањем са правом трговца да уговор буде извршен или ћутањем, односно невршењем права у року од 14 дана од дана закључења уговора.

Специфичан карактер уговора о пружању услуга омогућио је да се потрошач може користити правом на повлачење све док исти не буде у потпу-

---

7 Директива, чл. 9, ст. 3.



ности извршен.<sup>8</sup> То подразумева и другачије правне последице повлачења потрошача из уговора након што се отпочело са његовим извршењем, при чему одустанак нема ретроактивно дејство. Уколико до тога дође, потрошач плаћа трговцу износ који је сразмеран ономе што је испуњено до тренутка када је он обавестио трговца о реализацији права на одустанак у односу на цену уговора.<sup>9</sup>

Правну природу права на повлачење умногоме одређује императивни правни режим, који не даје могућност потрошачу да се одрекне овог права пре него што је оно и настало. Потрошач га се, додуше, може одрећи, али тек након што је правна обавеза настала, у року од 14 дана од закључења уговора. С обзиром на то да право на повлачење настаје мимо воље уговорних страна, поставља се питање његове оправданости у контексту принципа *pacta sunt servanda* (Luzak, 2013: 3).<sup>10</sup> Могућност да потрошач једнострано раскине уговор у одређеном року без навођења конкретног разлога, као и широко постављена обавеза на предуговорно обавештавање у императивно одређеном режиму воде „презаштићености потрошача“ због чега га је потребно мењати (Eidenmuller, 2011: 8; Smit, 2011: 9). У ту сврху предлаже се другачији правни режим заснован на закону, али са могућношћу доношења одлуке од обе уговорне стране. То би значило преговарање потрошача и трговца о употреби права на повлачење. Уколико до тога дође, очекивано је да би трговци искористили могућност искључења овог права у општим условима пословања, што би угрозило потрошачка права. Из претходно наведеног, евидентно је да императивни правни режим показује своје слабости, али да ни његова замена диспозитивним правилима није адекватно решење.

Како ниједно од поменутих становишта не задовољава интересе обе уговорне стране, требало је пронаћи решење прихватљиво и за потрошача и за трговца. Чини се да је оно пронађено у концепту да је право на повлачење опција понуђено потрошачу. Потрошач би имао могућност избора између уговора са правом на повлачење и уговора без тог права. Како би трговци нудили нешто нижу цену за уговоре у којима право на одустанак не би постојало, крајњи исход би зависио од потрошача и његове процене да ли је право на повлачење вредно цене коју би платили (Михаиловић, 2013: 99). Тако би право на повлачење попримило форму својеврсног осигурања потрошача од ризика да роба или услуга коју је купио не одговара његовим потребама, а виша цена коју би платио имала би функцију премије осигу-

8 Чл. 14, ст. 3 Директиве

9 Чл. 14, ст. 3 Директиве

10 У теорији преовладава став да нема посебног оправдања за императивност ове норме.

рања (Eidenmuller, 2011: 10). Овом опцијом би се користили само потрошачи који би проценили да би им то било у интересу. У случају да се одреде да се користе правом на повлачење, не би била доведена у питање мана воље у погледу плаћања нешто више цене и обрнуто. Ово је компромисно решење за обе уговорне стране: потрошачи могу искористити своје право на одустанак уколико процене да им је то у интересу, а трговци у том случају могу наплатити вишу цену. Овакво решење, прихватљиво за обе уговорне стране, утицало би и на флексибилност правног режима на повлачење.

#### 4. Закључна разматрања

Право на повлачење из уговора изазива опречна тумачења око тога да ли га и у којим ситуацијама треба допустити. Реч је о једностраном праву потрошача да се у оквиру предвиђеног рока повуче из уговора без најаве и без последица, што је супротно принципу *pacta sunt servanda*. Тиме потрошач прави избор пре него што уговор постане обавезујући по њега. Оправдање за постојање овог права налази се у његовој адекватнијој заштити код специфичних уговора, где је процењено да би потрошачу додатна помоћ била неопходна услед његове смањене перцепције о евентуалном ризику. С друге стране, постоји отпор реализацији права на повлачење тумачењем да се тиме фаворизује потрошач као „презаштићена“ страна у уговору, што рађа и злоупотребу овог права у оквиру *cooling-off* периода.

Са аспекта реализације поставља се питање на који начин ово право утиче на пуноважност уговора. Према једном становишту такав уговор није правно ваљан све док не истекне рок за вршење права на одустанак. Сагласно другом схватању, уговори који садрже право на повлачење сматрају се пуноважним од тренутка њиховог закључења. Императивност правне норме о коришћењу права на повлачење умногоме детерминише и његову правну природу. Ублажавање његове строгости, увођењем опције избора потрошача да се одреде за уговор са правом на повлачење уз вишу цену или одрицање од тог права уз нижу цену, мења и његову природу. У том смислу повлачење из уговора поприма форму својеврсног осигурања потрошача од ризика да роба или услуга коју је купио не одговара његовим потребама, а виша цена коју би платио имала би функцију премије осигурања. На тај начин се и релативизује тврдња да европско потрошачко право промовише концепт *pacta non sunt servanda*.

## Литература

- Ben-Shahar, O./Posner, E (2011), The Right to Withdraw in Contract Law, *The Journal of Legal Studies*, vol. 40, No. 1, стр. 112–132
- Doughan, M. (2000), Minimum Harmonization and the Internal Market, *Common Market Law Review*, vol. 37, стр. 841–868
- Eidenmuller, H. (2011), Why Withdrawal Rights, *European Review for Contract Law*, vol. 7, стр. 1–17
- Grundmann, S. (2002), Information, Party Autonomy and Economic Agents in European Contracts Law, *Common Market Law Review*, бр. 39, стр. 263–286
- Hesselink, M. (2007), European Contract Law: A Matter of Consumer Protection, Citizenship or Justice? *EPRL 17*, стр. 232–348
- Howells, G. (2006), The Rise of European Consumer –Whither National Consumer Law, *Sydney Law Review*, vol. 28, стр. 63–88
- Howells, G./Wilhelmsson, T. (2003), EC Consumer Law: Has it Come of Age, *European Law Review*, vol. 28, бр. 3, стр. 370–386
- Luzak, J. (2013), To Withdraw or not to Withdraw? Evaluation of Mandatory Rights of Withdrawal in Consumer Distance Selling Contracts Taking into Account its Behavioural Effects on Consumers, *Amsterdam Law School Research Paper*, No. 2013/21, стр. 1–23
- Xavier, L. (1992) The Protection of Consumers in European Community Law, *Yearbook of European Law*, vol. 12, стр. 153–177
- Shulze, R. (2008), *New Features in Contract Law*, Sellier, Munchen, стр. 25–139
- Smits, J. (2009), Full Harmonisation of Consumer Law: Has it Come of Age? A Critique of the Draft Directive on Consumer Rights, *Tilburg Institute of Comparative Law and Transnational Law Working Paper*, бр. 2, стр. 1–10
- Smits, J. (2011), The Right to Change your mind? Rethinking the Usefulness of Mandatory Rights of Withdrawal in Consumer Contracts Law, *Maastricht Faculty of Law Working Paper*, No.1, стр. 1–14
- Miklitz, H-W. (2012), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Mortsels, Intersentia
- Михаиловић, Б. (2013), Правна природа права потрошача на одустанак од уговора, *Ревуја за европско право*, бр. 2–3, Удружење за европско право, Крагујевац, стр. 91–109

Rekaiti, P./Van den Bergh, R. (2000), Cooling-off Periods in the Consumer Laws of the EC Member States, A Comparative Law and Economics Approach, *Journal of Consumer Policy*, бр. 23, стр. 352–377

Rott, P. (2001), *Information obligations and withdrawal rights*, у Twig-Flesner, C., *The Cambridge Companion to European Private Law*, Cambridge University Press, Cambridge, стр. 186–200

Rott, P. (2006), Harmonizing Different Rights of Withdrawal: Can German Law Serve as an Example for EC Consumer Law?, *German Law Journal* 7, стр. 1106–1121

Terryn, E. (2008), *The right of withdrawal*, у Schulze R. (ed), *CFR and existing EC contract law*, Sellier, Munchen, стр. 145–177

#### Правни извори

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

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 i 98/27/EC

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

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

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

**Milena Jovanović-Zattila, LL.D.**

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

## **THE CONSUMER'S RIGHT TO WITHDRAW FROM THE CONTRACT**

### **Summary**

*The right of withdrawal from a contract, as an attainment of the communitarian consumer aquis, is an exclusive right that consumers are entitled to exercise as needed without specifying the cause for withdrawal. It implies an exception from the general contract law principle pacta sunt servanda; as such, it aims to suspend the legal effect of the already concluded contract and restore the status quo ante in terms of the received assets or the performed contractual obligations. The right of withdraw allows the consumer to make a choice before the contract becomes binding. However, while the consumers are given a chance to change their minds, this consumer right is a factor of uncertainty for merchants and third parties considering that it is not clear whether the contract has been concluded or not until the expiry of the time limit for the unilateral termination of the contract. The fragmented regulation on consumer rights has given rise to terminological diversity on this concept, which is also reflected in diverse theoretical understandings of this institute which is not typical for commercial and civil law. Although the right of withdraw is related to a limited number of consumer contracts, the specific nature of its legal regime and the conditions under which it is exercised are in contravention with the principle of legal certainty. For this reason, the EU Consumer Law promotes the pacta sunt servanda principle.*

**Key words:** consumer contracts, right to withdraw, EU Consumer Law, pacta sunt servanda.



**Dr Zlatan Meškić,**  
Vanredni profesor Pravnog fakulteta,  
Univerzitet u Zenici, BiH

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 366.5:347.91](497.6:4-672EU)

Раџ примљен: 30.06.2015.

Раџ прихваћен: 03.12.2015.

## **NOVINE U PROCESNOPRAVNOJ ZAŠTITI POTROŠAČA U PREKOGRANIČNIM SPOROVIMA U EVROPSKOJ UNIJI**

**Apstrakt:** *Poboljšanje položaja slabije strane jedan je od postavljenih ciljeva revizije Uredbe Brisel I o međunarodnoj nadležnosti, priznanju i izvršenju odluka u građanskim i trgovačkim stvarima. Sada potrošač može podnijeti tužbu pred sudovima države članice u kojoj ima prebivalište, neovisno o tome da li poduzetnik ima prebivalište/sjedište u EU ili ne. Dodatno, uvođenje prava na efikasnu pravnu zaštitu u čl. 47 Povelje osnovnih prava EU dovelo je do iznenađujuće visokog broja prethodnih pitanja o procesnoj zaštiti potrošača u prekograničnim sporovima. Istovremeno, Zakon o međunarodnom privatnom pravu Bosne i Hercegovine ne poznaje zaštitu potrošača. Zakon o zaštiti potrošača Bosne i Hercegovine propisuje isključivu nadležnost sudova BiH za sporove u kojima učestvuje domaći potrošač. Ovakvo rješenje treba se kritički preispitati.*

**Ključne riječi:** *Zaštita potrošača; Uredba Brisel I; Zakon o rješavanju sukoba zakona; Povelja osnovnih prava EU.*

### **1. Uvod**

Osnovni impulsi za promjenu propisa o zaštiti potrošača, kako u BiH tako i u regionu, dolaze iz EU. Procesnopravna zaštita potrošača u prekograničnim sporovima uređena je Uredbom EU br. 1215/2012 Brisel I (recast) od 6. decembra 2012. godine, a koja je počela sa primjenom u januaru 2015. godine.<sup>1</sup> Pravni režim sadržan u Uredbi Brisel I može se pozvati na dugu pravnu tradiciju, jednu od najdužih unutar prava EU uopće. Naime, Evropske ekonomske zajednice su već 1959. naložile Komisiji da pokrene inicijativu za započinjanje pregovora među državama članicama kako bi se uspostavio sistem pojednostavljenog postupka

\*zmeskic@prf.unze.ba

1 Uredba (EU) br. 1215/2012 od 12. decembra 2012. O nadležnosti, priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima (recast), *Sl. list EU*, L 351/1.

uzajamnog priznanja i izvršenja sudskih i drugih odluka (Alihodžić, 2012: 84; Basedow, 2002: 19). Tako je nastao međunarodni sporazum potpisan između šest originalnih država članica, koji je postavio temelje današnjeg Evropskog kolizionog prava (EKP), a to je Briselska konvencija o nadležnosti i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim predmetima od 16. 9. 1968. (Briselska konvencija).<sup>2</sup> Briselska konvencija sa aspekta podjele pravnih izvora unutar Evropske unije nije spadala ni u primarno ni u sekundarno pravo EU, jer sve do Amsterdamskog ugovora iz 1999. godine nije postojala pravna norma unutar primarnog prava EU, koja bi dala izričito ovlaštenje Evropskoj uniji da samostalno donosi pravne akte u oblasti MPP-a. Ipak, Briselska konvencija služila je ciljevima Prava EU i ubrzavaju unijskog integracionog procesa, te je svrstavamo u tzv. „prateće pravo EU“ (Reichelt, 2002: 44).<sup>3</sup> Takvo rano donošenje Briselske konvencije omogućilo je da se načelo međusobnog priznanja sudskih odluka u evropskom pravosudnom području razvija paralelno sa ekonomskom i političkom integracijom (Kohler, 2004: 63). Uticaj konvencije proširen je i van EU, kada su države Evropske asocijacije za slobodnu trgovinu (EFTA) odlučile inicirati potpisivanje konvencije koja bi proširila sistem Briselske konvencije na njih (Martiny, 2010: 20).<sup>4</sup> Nastala je tzv. Lugano konvencija od 16. 9. 1988. godine o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima, koja je bila gotovo u cjelosti preuzela tekst tada važeće verzije Briselske konvencije. Proces preuzimanja Briselske konvencije u formalne izvore prava EU konačno je završen kada je Briselska konvencija uz određene izmjene pretvorena u Uredbu Brisel I.<sup>5</sup> Kvalitet rješenja Uredbe Brisel I, odnosno Lugano konvencije, kao i cilj pristupanja EU, navele su države članice Centralnoevropskog sporazuma o slobodnoj trgovini (CEFTA) da razmotre mogućnosti preuzimanja rješenja iz Uredbe Brisel I na tradicionalnoj sedmoj konferenciji za Međunarodno privatno pravo, održanoj u Novom Sadu 2009. godine. Prevagnula je opcija potpisivanja multilateralne regionalne konvencije koja bi se preuzela rješenja iz Uredbe Brisel I (Kunda, 2010: 47). Iako tekst regionalne konvencije stoji završen još od 2013. godine, još se čeka njena ratifikacija. Svakako najveći značaj Uredbe Brisel I u prethodnoj i važećoj verziji odnosi se na reformu zako-

---

2 Konvencija o nadležnosti i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim predmetima od 16. 9. 1968., Sl. list 1972. L 299 str. 43–44.

3 Njem. *begleitendes Gemeinschaftsrecht*.

4 Prva inicijativa došla je od Švedske već 1973. godine.

5 Uredba (EZ) br. 44/2001 Vijeća o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim predmetima (Briselska uredba ili Brisel I), *Sl. list 2001 L 12/1*; To je imalo za posljedicu da je reformisana i Lugano konvencija, kako ne bi došlo do razlika između ova dva režima, te su revidiranu Lugansku Konvenciju potpisale Evropska Zajednica, Danska, Island, Norveška i Švicarska 30.10.2007. godine u Luganu.



nodavstva država u regionu.<sup>6</sup> Makedonija je kao prva među državama u kojima je vrijedio jugoslovenski ZMPP uspjela završiti reformu u 2007. godini,<sup>7</sup> pri čemu nije neposredno preuzimala rješenja iz Uredbe Brisel I (Deskoski, 2008: 441), ali jeste donijela nove osnove za isključivu nadležnost i postupak za priznanje i izvršenje stranih sudskih odluka uredila po uzoru na Brisel I. Albanija je, kao druga država iz regiona, usvojila novi Zakon o MPP-u u 2011. godini,<sup>8</sup> gdje su odredbe o isključivoj nadležnosti, formi prorogacionih sporazuma, kao i posebne nadležnosti, bile pod snažnim uticajem Uredbe Brisel I. Prilikom izrade novog ZMPP Crne Gore<sup>9</sup>, kao i Nacrta ZMPP Srbije, Uredba Brisel I korišćena je kao jedan od glavnih uzora za reformu. Bosna i Hercegovina je trenutno jedina država koja u regionu koja nije pokrenula reformu ZMPP.

## 2. Zaštita potrošača u revidiranoj Uredbi Brisel I

Zaštita potrošača u novoj Uredbi Brisel I primarno se osigurava u odjeljku 4, putem čl. 17–19 i čl. 45, st. 1, tačka e), gdje je uređena posebna nadležnost i ograničenje prorogacije nadležnosti, te priznanje i izvršenje stranih sudskih odluka. U skladu sa postavljenom temom rada u nastavku će biti kritički analizirane novine koje je donijela revizija Uredbe Brisel I u pogledu zaštite potrošača. Ovdje se primarno misli na proširenje potrošačevog *forum actoris* protiv poduzetnika koji nemaju sjedište u EU; 2. upuštanje potrošača u spor; i 3. priznanje strane odluke donesene suprotno odredbama o nadležnosti za potrošačke ugovore.

### 2.1. Proširenje na poduzetnike koji nemaju sjedište u EU

Polazna tačka diskusije o proširenju poručja primjene Uredbe Brisel je njen čl. 4, prema kojem se nadležnost suda države članice može zasnovati na osnovu Uredbe ukoliko tuženi ima prebivalište na teritoriji te države članice, bez potrebe da se ostvari bilo koji drugi težišni kontakt sa teritorijom iste države. Za tužene sa prebivalištem na području neke treće države, ovo znači da se nadležnost neće ocijenjivati na osnovu Uredbe Brisel I, nego prema pravilima 27 nacionalnih

---

6 Albanski Zakon o uživanju građanskih prava od strane stranaca i primjeni stranog prava, *Sl. glasnik Albanije*, br. 3920/64; Države sljedbenice bivše SFRJ još uvijek primjenjuju u gotovo nepromijenjenom obliku jugoslovenski Zakon o rješavanju sukoba zakona sa drugim zemljama u određenim odnosima, *Sl. Glasnik SFRJ*, br. 43/82 i 72/82.

7 Zakon o međunarodnom privatnom pravu Republike Makedonije, *Sl. Glasnik Republike Makedonije*, br. 87/07 i 156/10; Njemački prevod zakona iz 2007. u Jessel-Holst, 2008: 158.

8 Zakon o međunarodnom privatnom pravu (Zakon br. 10 428 od 2.6.2011, *Sl. Glasnik Republike Albanije*, br. 82/2011 od 17. 6. 2011).

9 *Sl. Glasnik Republike Crne Gore* br. 1, 6 i 11/2014. Njemački prevod u Jessel-Holst, 2014: 556.

režima država članica.<sup>10</sup> Izuzetak predstavljaju situacije u kojima su ispunjeni uslovi za isključivu nadležnost države članice u skladu sa čl. 22 Uredbe, kada prebivalište tuženog nije od značaja, čak i ako se nalazi na teritoriji treće države ili ako postoji prorogacioni sporazum u korist suda države članice (čl. 6, st. 1 Brisel I). Nakon veoma široke diskusije (Weber, 2011: 619–644; Meškić/Radončić, 2013: 51–75; Stanivuković, 2011: 93), prijedlog Komisije po kojem bi u svim sporovima regulisanim odjeljcima 2–8 Uredbe Brisel I i tuženi koji nemaju prebivalište/sjedište u EU, podlijegali propisima ove uredbe, a ne nacionalnim propisima, nije preživio zakonodavnu proceduru EU. Razlozi se mogu tražiti u težnji za očuvanjem posljednjih ostrva nacionalnog prava u procesnoj regulaciji prekograničnih sporova (Domej, 2014: 508). Kada se govori o regulaciji opće i posebne međunarodne nadležnosti, najvažnija izmjena, u skladu sa čl. 6, st. 1 revidirane Uredbe, odnosi se na proširenje primjene nacionalnog prava država članica na tužene sa prebivalištem izvan EU, i to upravo u slučaju potrošačkih i radnopravnih sporova (Radončić/Meškić, 2013: 49). Sada novi čl. 18, st. 1 Uredbe Brisel I 1215/2012 proširuje područje primjene i na slučajeve kada trgovac ima prebivalište izvan teritorije EU. Ono što je preuzeto iz ranije Uredbe br. 44/2001 jeste da potrošač koji podiže tužbu, ima pravo da bira između sudova države prebivališta trgovca ili suda mjesta u kojem sam potrošač ima prebivalište (*ex* čl. 16, st. 1, sada čl. 18, st. 1 Uredbe Brisel I). Pri tome se potrošač može voditi prednostima podizanja tužbe što bliže mjestu sopstvenog prebivališta ili izbjegavanjem eventualnih poteškoća prilikom priznanja strane odluke (Staudinger, 2003: 197). Ovdje treba prepoznati da je s jedne strane u pogledu države prebivališta trgovca uređena međunarodna nadležnost, dok je u pogledu mogućnosti podizanja tužbe pred sudom mjesta prebivališta potrošača istovremeno regulisana i mjesna nadležnost. Dosadašnje uživanje potrošača u *forum actoris* bilo je ograničeno propisom iz čl. 4, st. 1 Uredbe Brisel I 44/2001, prema kojem za tužene koji nemaju prebivalište ili sjedište u EU, vrijede nacionalni propisi država članica. Iz ugla potrebe potrošača za zaštitom nije odgovarajuće da je takva zaštita dostupna protiv poduzetnika iz EU, a da primjena prinudnih propisa EU sadržanih u brojnim direktivama postane neizvjesna, jer se Uredba Brisel I ne primjenjuje na potrošačke sporove u kojima je tuženi trgovac sa sjedištem van EU (Weber, 2011: 628). Prema novoj formulaciji čl. 18, st. 1 Brisel I, *forum actoris* potrošača vrijedi bez obzira na to da li je sjedište druge ugovorne strane u EU ili ne, dok je čl. 6, st. 1 Brisel I *forum actoris* iz čl. 18, st. 1 Brisel I naveden kao jedan od izuzetaka od uslova sjedišta tuženog u EU za primjenu Uredbe Brisel I. Ekonomske posljedice ovakve regulacije mogu biti pozamašne, jer se preduzeća koja nemaju sjedište ili poslovnicu u EU više ne mogu izvući od nadležnosti uređenoj prema Uredbi Brisel I (Mankowski, 2014: 626). Ovo bi prije svega moglo

10 U skladu sa čl. 6, st.1 Uredbe.

pogoditi preduzeća iz SAD, koja neovisno o nacionalnoj regulaciji međunarodne nadležnosti za potrošačke sporove, sada za sve tužbe potrošača zasigurno moraju pred sudove u EU. Potencijalna opasnost je da ovakav uticaj na planirane transakcijske troškove dovodi i do povećanja cijena za potrošače (Brand, 2014). Efikasnost proširenja područja primjene zasigurno će zavisi od činjenice da li tužena preduzeća, koja nemaju predstavništvo ili poslovnu jedinicu u EU, imaju imovinu na kojoj potrošač može zahtijevati izvršenje (Domej, 2014: 523). Naime, i prije revizije poslovnica, predstavništvo ili drugi oblik poslovne jedinice poduzetnika za potrebe potrošačkih sporova smatrali su se sjedištem poduzetnika kako bi se došlo do šireg područja primjene potrošačkih propisa.<sup>11</sup> Neinformisani potrošač mogao bi trošiti novac na parnicu u mjestu svog prebivališta kako bi stekao izvršni naslov koji mu neće biti od koristi. Utoliko će proširenje iz čl. 18, st. 1 Brisel I donijeti prednosti ukoliko poduzetnik bez poslovnice u EU npr. ima skladište u EU, imovinu kojom održava onlajn distribuciju u EU ili potraživanja prema preduzećima iz EU (Mankowski, 2014: 626).

## **2.2. Upuštanje potrošača u spor**

Nova zaštita potrošača pružena je revidiranom Uredbom Brisel I u pogledu upuštanja u spor. Pod naslovom „prorogacija nadležnosti“, u okviru člana 26 revidirane Uredbe Brisel I, dodat je st. 2 prema kojem, između ostalih u stvarima u kojima je potrošač tužena strana, sud prije utvrđivanja da li je došlo do upuštanja u spor, „ima obavezu da osigura da je tuženi obaviješten o svom pravu osporavanja nadležnosti suda i o posljedicama upuštanja ili neupuštanja u postupak“. Ovdje treba napomenuti da je prema čl. 19, st. 1 revidirane Uredbe Brisel I ograničena autonomija volje u pogledu potrošačkih ugovora tako što nisu dozvoljeni prorogacioni sporazumi zaključeni prije nastanka spora. Time je prvenstveno isključena mogućnost važenja prorogacionih klauzula iz općih uslova poslovanja. Stoga je prorogacija nadležnosti u potrošačkim ugovorima prema čl. 19 Brisel I generalno moguća tek nakon što već postoji zaključen potrošački ugovor u vezi s kojim je došlo do spora (Geimer, 2010: 348). Ukoliko potrošač želi da zaključi prorogacioni sporazum nakon nastanka spora, u tom stadiju je sposoban da razumije posljedice svojih radnji i zaštita potrošača nije potrebna (Geimer, 2010: 348). Kada se ovakva pozadina rješenja u pogledu prorogacije nadležnosti u potrošačkim ugovorima prenese na dozvolu potrošaču da se upusti u spor, ne bi postojao valjan razlog da se takvo upuštanje spriječi. Stoga je većinsko, ali ne i jedinstveno mišljenje nauke prije revizije Uredbe Brisel I, zagovaralo mogućnost potrošača da svojim upuštanjem u spor zasnuje nadležnost inače nenadležnog suda u državi članici (Calvo Caravaca, Carrascosa González, 2011: Art 24; Kropholler, 2002: Art 24). Ovakav stav podržan je formulacijom

<sup>11</sup> Čl. 17, st. 2 revidirane Uredbe Brisel I, ex čl. 15, st. 2 Uredbe 44/2001.

čl. 26, st. 1 revidirane Brisel I, koji je ostao nepromijenjen u odnosu na raniji čl. 24, st. 1 Uredbe 44/2001, prema kojem se upuštanjem u spor zasniva nadležnost inače nenadležnog suda, osim u slučajevima isključive nadležnosti prema čl. 24 Brisel I ili kada se tuženi upusti u spor kako bi prigovorio nenadležnost. To znači da prema ranijem rješenju u slučajevima upuštanja tuženog u spor, sudovi uopšte nisu morali *ex officio* ispitivati svoju nadležnost, osim ako se nije radilo o sporovima koji spadaju u isključivu nadležnost prema Uredbi Brisel I (Lazić, 2014: 108). Do izmjene je posredno doveo Sud EU, kada je u predmetu *Bilas*<sup>12</sup> došao do zaključka da se zaštita slabije strane uređena u Uredbi Brisel I ne može nametnuti, ukoliko upuštanjem u spor slabija strana svjesno odluči da se brani pred nekim drugim sudom u odnosu na onaj koji bi bio nadležan prema Uredbi Brisel I. Nadalje je obrazložio da tada važeća formulacija čl. 24 Uredbe 44/2011 nije predviđala obavezu nacionalnog suda da *ex officio* provjeri da li se slabija ugovorna strana zaista svjesno upušta u spor, te da se takva obaveza može propisati samo izričitom formulacijom u Uredbi Brisel I. Stoga je odluku na temelju čl. 24 Uredbe Brisel I donio nadležan sud i ne postoji prepreka za priznanje takve sudske odluke.<sup>13</sup>

Kao posljedica presude *Bilas*, čl. 26, st. 2 revidirane Brisel I izričito obavezuje sud da provjeri da li je potrošač svjestan posljedica upuštanja, odnosno neupuštanja, u spor. Time je s jedne strane razjašnjeno da pravila o upuštanju u spor zasigurno vrijede i za potrošače. S druge strane nije razjašnjeno na koji način sud treba osigurati svjesno upuštanje potrošača u spor, npr. da li sud *ex officio* utvrđuje stepen svjesnosti odluke potrošača; da li čl. 26, st. 2 Brisel I podrazumijeva pravnu pouku od strane suda; koje su posljedice ako sud ne osigura svjesnost potrošača; koje su posljedice po priznanje odluke donesene suprotno čl. 26 Uredbe Brisel I, uzimajući u obzir da je odluka *Bilas* donesena po starim propisima i sl (Mankowski, 2014: 628). Ovdje se prilikom tumačenja uzima u obzir pravo na efikasnu pravnu zaštitu prema čl. 47 Povelje osnovnih prava EU (POP), koje će biti detaljnije predstavljeno kasnije.

### 2.3. Priznanje strane sudske odluke

Prilikom priznanja i izvršenja odluka donesenih u drugoj državi članici EU, ne smiju se ispitivati odredbe na temelju kojih je dati sud zasnovao svoju nadležnost (čl. 45, st. 3 Brisel I). Stoga Uredba Brisel I, poput domaćeg ZRSZ, slijedi najliberalniju vrstu sistema ograničene kontrole (Muminović, 2006: 84). Ukoliko bi sud neke države članice EU donio presudu u predmetu u kome je nadležnost

12 Sud EU, C-111/09, Česká podnikatelská pojišťovna as, Vienna Insurance Group/Michal Bilas (*Bilas*), 2010, I-4545, tačka 30 i dalje.

13 *Ibid.*

zasnivaо protivno чл. 17–19 Брисел I, таква одлука се према чл. 45, ст. 1, е) Брисел I не би признала. Утолико су одредбе о надлежности у погледу уговора о осигурању и потрошачких уговора изједначене са искључивом надлежности (Stanivuković, 2004: 268). Postavlja se pitanje da li je ovako izjednačavanje opravdano. Prema izvještaju *Jenarda* о Бриселској конвенцији из 1968. године, историјски се овај изузетак од правила, да се одредбе на којима је заснована судска надлежност приликом признања стране одлуке не контролишу, оправдава тиме да су тадашње потписнице Бриселске конвенције propise о међународној надлежности у потрошачким споровима сматрале принудним или чак дијелом јавног поретка.<sup>14</sup> Zadržavanje ovako stroge kontrole међународне надлежности у потрошачким споровима у поступку признања страних одлука у науди се сматра застарјелом, између осталог, јер се потрошач према чл. 26 Брисел I може сам упустити у спор (Kropholler, 2002: Art 35). Stoga se u literaturi već ranije predlagalo da do признања не треба доћи само ukoliko је одлука о надлежности presude која се признаје donesena на штету потрошача, док друге повреде одредба о надлежности за потрошачке спорове не смiju бити разлог за непризнање (Hüßtege, 2003: Art. 25). U prijedlogu за ревизију Uredbe Брисел I Комисија је отишла корак даље и избрисала супротност одредбама о надлежности за спорове наведене у чл. 45, ст. 1, е), (ex чл. 35, ст. 1 Uredbe 44/2001), из листе разлога за непризнање стране одлуке. U konačnoj verziji Uredbe Брисел I učinjena је само једна одговарајућа изmjена у односу на претходно важећи текст, gdje сада према чл. 45, ст. 1, е) Uredbe Брисел I повреда одредба о надлежности за потрошачке спорове представља разлог за непризнање стране судске одлуке само ако је потрошач био тужена страна у поступку. На овај начин је одржана ранија заштита потрошача у стадију признања стране судске одлуке, ограничена на ситуације у којима се одлука о надлежности може donijeti на штету потрошача, што је од изузетне важности (Domej, 2014: 512). U супротном би poduzeća била motivisana да туже потрошаче у мјесту свог сједишта, у нади да потрошач неће на себе преузети трошкове вођења спора у иностранству те на тај начин дођу до одлука у одсуству, које би се признале у држави пребивалишта потрошача (Mankowski, 2014: 630).

## **2.4. Tumačenje zaštite potrošača u svijetlu**

### ***Povelje osnovnih prava EU (POP)***

Prema чл. 38 POP, „politike Unije osiguravaju visok stepen zaštite potrošača“. Prema objašnjenjima uz POP<sup>15</sup>, načelo sadržano u ovom članu zasniva se na чл. 169 UFEU. Diskusija u Konventu, koji је био zadužen за израду POP-a, sezala је од искључивања заштите потрошача из POP, преко већег oslanjanja на чл. 169 UFEU,

<sup>14</sup> Izvještaj P. Jenard о Конвенцији о надлежности и признању и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким предметима, *Sl. list EU 1979*, C 59/1.

<sup>15</sup> *Sl. list EU 2007*, C 303/02.

pa sve do stvaranja subjektivnog prava zaštite potrošača (Riedel, 2010: Art 38). Zapravo se zaštita potrošača prema čl. 38 POP s jedne strane naslanja na poprečnu klauzulu iz čl. 12 UFEU, prema kojoj se zahtjevi zaštite potrošača uzimaju u obzir pri utvrđivanju i provedbi ostalih politika, te na čl. 114, st. 3 UFEU, gdje se u prijedlozima harmonizirajućih mjera treba poći od visokog stepena zaštite potrošača (Krebber, 2011: Art 38). Visok stepen zaštite potrošača iz čl. 38 POP nije formulisan kao subjektivno pravo, jer je za to nedovoljno određen, nego kao načelo. Subjektivna prava iz načela nastaju tek kroz donošenje pravnih akata država članica, kroz zakonske definicije i konkretizacije (Kober, 2009: 84). Ipak, načela u smislu čl. 52, st. 5 POP utiču na osnovna prava putem tumačenja. Stoga se zaštita subjektivnih prava potrošača, osim tumačenjem sekundarnog prava u svijetlu čl. 38 POP, jedino može ostvariti zajedničkim tumačenjem zaštite potrošača iz čl. 38 POP sa drugim osnovnim pravima iz POP. U pogledu procesne zaštite potrošača tu prije svega dolazi u obzir pravo na efikasnu pravnu zaštitu prema čl. 47 POP. Ova odredba primarno sadrži pravo na pristup sudu, koji se sastoji od procesnog ostvarivanja materijalnih prava potrošača (Siegerich, Lauer, 2014: 463). Načelo efikasne pravne zaštite konkretizuje se putem načela efikasnosti i načela ekvivalentnosti. Prema stalnoj praksi Suda EU, usljed nedostatka odgovarajućeg propisa na nivou EU procesna pravila prema kojima se građanima pruža zaštita prava koja im daje EU podliježu načelu procesne autonomije, što znači da su stvar nacionalnog pravnog poretka svake države članice.<sup>16</sup> Uslovi za zaštitu prava ne smiju biti manje povoljni od onih koji uređuju slične situacije na koje se primjenjuje nacionalno pravo (načelo ekvivalentnosti), i ne smiju u praksi onemogućavati ili pretjerano otežavati ostvarivanje prava koja dodjeljuje pravo Unije (načelo efikasnosti).<sup>17</sup> Načelo efikasne pravne zaštite vrijedi u pravu EU kao opće načelo, koje proizilazi iz zajedničkih ustavnih tradicija država članica, koje je utemeljeno u čl. 6 i 13 EKLJP, a kasnije osnaženo putem čl. 47 POP.<sup>18</sup> Ono ima svoje dejstvo prema svim nacionalnim propisima, koji su usmjereni ka tome da osiguraju pravnu zaštitu za prava koja dodjeljuje pravo EU.<sup>19</sup>

U svrhu osiguranja zaštite potrošača Sud EU je koristio čl. 47 POP intenzivnije od bilo kog drugog osnovnog prava. U pogledu procesnopravne zaštite potrošača najznačajniji predmeti odlučeni u svijetlu čl. 47 POP ticali su se *ex officio* obaveze

16 Sud EU, C-168/05, Elisa María Mostaza Claro/Centro Móvil Milenium SL, 2006, I-10421, tačka 24.

17 Sud EU, C-78/98, Shirley Preston I dr./ Wolverhampton Healthcare NHS Trust I dr., (Preston), 2000, I-3201, tačka 31.

18 Sud EU, povezani predmeti C-317/08, C-318/08, C-319/08 i C-320/08, Rosalba Alassini/ Telecom Italia SpA, 2010, I-2213, tačka 62.

19 Sud EU, C-510/13, E.ON Földgáz Trade Zrt/Magyar Energetikai és Közmű-szabályozási Hivatal, Mišljenje opšteg pravobranioca Villalón, tačka 43.

sudova da utvrde nepoštenost odredbi u općim uslovima potrošačkih ugovora<sup>20</sup>, zatim arbitražnih klauzula u potrošačkim ugovorima<sup>21</sup>, te sve čeće procesnog položaja udruženja potrošača<sup>22</sup> (Reich, 2012: 327–334).

O procesnom položaju udruženja potrošača prilikom primjene Uredbe Brisel I u svjetlu načela efikasnosti, Sud EU je imao odlučiti u predmetu *Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León/Anuntis Segundamano España SL*<sup>23</sup>, gdje udruženju potrošača iz španije prema španskom procesnom pravu nije dozvojeno tužiti trgovca u mjestu sjedišta udruženja potrošača, nego isključivo na mjestu mjestu poslovnog nastana ili prebivališta tuženika. Udruženje potrošača je željelo izdejtovovati sudski nalog protiv dvije odredbe općih uslova poslovanja koje trgovac koristi, smatrajući da su u suprotnosti za aktom kojim je u Španiji implementirana Direktiva 93/13/EZ o nepoštenim odredbama u potrošačkim ugovorima.<sup>24</sup> Nadalje, udruženje potrošača smatralo je da španski propis prema kojem ne postoji pravni lijek protiv odluke suda koji se u ovakvim sporovima proglasi mjesno nenandležnim suprotan Direktivi 93/13 i načelu efikasnosti. Sud EU je ovdje uspostavio razliku između čisto domaćih sporova, kao što je gore navedeni, i prekograničnih sporova koji podliježu Uredbi Brisel I. Udruženje potrošača željelo je da u skladu sa čl. 18, st. 1 Uredbe Brisel I može podnijeti tužbu u mjestu svog prebivališta/sjedišta. Sud EU je odbio primjenu ovog propisa iz razloga što se ne radi o prekograničnom sporu, ali i potvrdio svoj raniji stav, da udruge za zaštitu potrošača ne mogu da dobiju jednaka prava kao i potrošači, jer one nisu u podređenom procesnom položaju u odnosu na trgovca. Tako je u konačnici uputio na rješenja iz čl. 4, st. 1 Direktive 98/27 Evropskog parlamenta i Vijeća od 19. maja 1998. o sudskim nalogima za zaštitu interesa potrošača<sup>25</sup> i člana 4, st. 1 Direktive 2009/22 Direktiva 2009/22/EZ Evropskog parlamenta i Vijeća od 23. april 2009. o sudskim nalogima za zaštitu interesa potrošača<sup>26</sup> prema kojima su upravo sudovi država članica prema mjestu poslovnog nastana ili prebivališta tuženog nadležni za odlučivanje u postupcima za dobivanje sudskih naloga koje pokreću udruženja za zaštitu potrošača drugih država članica. Tako je Sud EU zaključio da načelo efikasnosti i ekvivalentnosti nisu ugroženi

20 Npr. Sud EU, C-168/05, Elisa María Mostaza Claro/Centro Móvil Milenium SL, 2006, I-10421, tačka 15.

21 Npr. Sud EU, C-40/08, Asturcom Telecomunicaciones SL/Cristina Rodríguez Nogueira, 2009, I-9579.

22 Sud EU, C-470/12, Pohotovost' s. r. o. /Miroslav Vašuta (još nije objavljen u Sl.I. EU).

23 Sud EU, C-413/12, Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León/Anuntis Segundamano España SL (još nije objavljen u Sl.I. EU).

24 *Sl. List EU* 1993, L 95 str. 29.

25 *Sl. List EU* 1998, L 166, str. 51.

26 *Sl. list EU* 2009, L 110, str. 30.

kada udruženje potrošača sudski nalog mora potraživati pred sudovima države prebivališta odnosno sjedišta tuženog.

POP u cjelosti, a prema prvim odlukama Suda EU naročito pravo na efikasnu pravnu zaštitu u skladu sa čl. 47 POP, donijeće nove impulse u zaštiti potrošača u prekograničnim sporovima. Do sada Sud EU još nije otkrio potencijal čl. 38 POP, putem kojeg je zaštita potrošača regulisana kao osnovno pravo EU. Ipak, sve šira i detaljnija regulacija zaštite potrošača u Uredbi Brisel I ostavlja malo prostora za druge propise EU da dođu do primjene. Tako je Uredba Brisel I uspjela potisnuti iz primjene potrošački propis koji je do sada Sudu EU u najvećoj mjeri poslužio kao pravni osnov za tumačenje u svijetlu čl. 47 POP, a to je Direktiva 93/13/EEZ (Micklitz, Reich, 2014: 771). Naime, prema gotovo jedinstvenom stavu nauke, nema prostora za kontrolu sadržaja prorogacione klauzule na temelju nacionalnog akta kojim je implementirana Direktiva 93/13/EEZ, jer je nju iscrpno regulisala Uredba Brisel I (Kropholler, 2002: 281; Magnus, 2011: Art. 23; Gottwald, 2013: Art 23 EuGVO; Hüßtege, 2003: Art 23 EUGVVO). Ovo vrijedi kako za građansko-pravne ugovore bez učešća slabije ugovorne strane prema čl. 25 Uredbe Brisel I, tako i za potrošačke ugovore kojima je čl. 19 Brisel I posebno restriktivno regulisao pitanje dopuštenosti prorogacione klauzule. Na taj način nije ostavljen prostor za dodatnu kontrolu poštenosti. Prilikom izrade Uredbe Brisel I evropski zakonodavac imao je uzore za kontrolu poštenosti prorogacionih klauzula u čl. 5, st. 2 švicarskom ZMPP iz 1987. ili u čl. 4, st. 3 Haške konvencije o prorogaciji nadležnosti iz 1965<sup>27</sup>, ali je svjesno nije uvrstio u Uredbu Brisel I (Gottwald, 2013: Art 23 EuGVO). Sud EU je u predmetu iz 1999. godine<sup>28</sup> odlučio da izbor suda putem prorogacione klauzule može biti ispitan samo na temelju uslova iz čl. 17 Briselske konvencije (čl. 25 Uredbe Brisel I). Promišljanja u pogledu veze između izabranog suda i dotičnog pravnog odnosa o primjerenosti klauzule i o materijalnom pravu naknade štete koje se primjenjuje u državi izabranog suda, nisu u vezi sa uslovima čl. 17 Briselske konvencije (čl. 25 Uredbe Brisel I). Na temelju ove presude izvučen je zaključak da je u Uredbi Brisel I konačno regulisano pitanje valjanosti prorogacionog sporazuma koje ne ostavlja prostor za dodatnu kontrolu nepoštenosti. Stav nauke je poljuljan odlukom u predmetu *Océano Grupo*<sup>29</sup> u kojem je Sud EU nepoštenom proglasio klauzulu o izboru mjesne nadležnosti, o kojoj se nije pojedinačno pregovaralo,

---

27 Haška konvencija od 25. novembra 1965; Čl. 4, st. 3 glasi: „Prorogacioni sporazum biće ništav ili pobojan ako je nastao zloupotrebom ekonomske moći ili putem drugih nepravednih sredstava“.

28 Sud EU, C-159/97, *Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali SpA/Hugo Trumpy SpA*, 1999, I-1597, tačka 52.

29 Sud EU, povezani predmeti C-240/98 do C-244/98, *Océano Grupo*, 2000, I-04941, tačka 23 i dalje.



a koja je sadržana u ugovoru između potrošača i trgovca i određuje isključivu nadležnost u korist mjesta sjedišta trgovca. S obzirom na to da bi se argumentacija iz ovog slučaja mogla prenijeti i na prorogaciju međunarodne nadležnosti, pojedinačno se dolazilo do zaključka da prorogacioni sporazumi moraju proći test poštenosti iz nacionalnog prava kojim se implementira Direktiva 93/13 (Leible, 2001: 429). Uzimajući u obzir detaljnu regulaciju dopuštenosti potrošačkih prorogacionih sporazuma u Uredbi Brisel I, ne može se prikloniti ovakvom stavu, jer bi davanjem primata Direktivi 93/13 narušili sistematiku Uredbe Brisel I.<sup>30</sup>

### 3. Zaštita potrošača u procesnom međunarodnom privatnom pravu BiH

Domaći ZMPP uopšte ne poznaje potrošačke ugovore. Tako je Zakon o zaštiti potrošača<sup>31</sup> regulacijom međunarodne nadležnosti za potrošačke ugovore u svom čl. 97 ZZP, nastojao popuniti prazninu u sistemu zaštite potrošača u BiH. Prema čl. 97, st. 1 i 2 ZZP „za ugovore zaključene u Bosni i Hercegovini između domaćeg potrošača i stranog pravnog ili fizičkog lica obavezno se kao pravna zaštita potrošača ugovara nadležnost Suda BiH“, te je svaka ugovorna odredba koja je u suprotnosti sa navedenim propisom ništava. Uzimajući u obzir cijeli niz redakcijskih, jezičkih i pravnih grešaka koji se nalaze u ZZP mora ostaviti otvorena mogućnost da je zakonodavac umjesto „Suda BiH“ zapravo želio napisati „suda BiH“ i ukazati na cjelokupno sudstvo BiH. Postojeće odredbe o nadležnosti Suda BiH ne dozvoljavaju uspostavu nadležnosti u ovim predmetima u prvoj instanci, ali bi Sud BiH u sporovima iz ugovornih odnosa između domaćeg potrošača i stranog poduzetnika mogao imati apelacionu nadležnost, čak i na odluke entitetskih vrhovnih sudova. Naime, čl. 1, st. 3 Zakona o parničnom postupku pred Sudom BiH<sup>32</sup> dozvoljava ovu mogućnost propisujući da će se „odredbe ovog zakona primjenjivat (će se) i u drugim imovinskim sporovima, kad je nadležnost Suda utvrđena zakonima Bosne i Hercegovine ili međunarodnim ugovorom“. Sud BiH bi odlučio u apelaciji o potrošačkim sporovima sa elementom inostranosti u subjektu, a ne i o domaćim sporovima, što predstavlja podjelu kakvu ne poznaje naš pravni sistem. Preostaje da se vidi da i će Sud BiH odlučivati na temelju nadležnosti dodijeljene mu u čl. 97 ZZP, a izvjesno je do sada Sud BiH nije odlučivao u potrošačkim sporovima te da su isti odlučivani pred mjesno i

---

30 Geimer, 2010: Art. 17; Kropholler, 2002: Art. 23; Za paralelnu primjenu oba propisa zalaže se Staudinger, 2003: Art. 17; U korist primata Direktive argumentuje Nielsen, 2011: Art. 17; Također Magnus, 2011: Art. 23.

31 *Sl. Glasnik BiH*, br. 25/06.

32 *Sl. glasnik BiH*, br. 36/04.

stvarno nadležnim sudovima za građanskoopravne sporove prema Zakonima o parničnom postupku.<sup>33</sup>

Formulacija čl. 97 ZZP ostavlja sumnju da li je na ovaj način zakonodavac BiH regulisao isključivu nadležnost Suda BiH za sve ugovore zaključene između domaćeg potrošača i stranog poduzetnika ili je regulisao neku vrstu obaveznog prorogiranja nadležnosti u korist domaćeg pravosuđa. U prvom slučaju bi ovdje čl. 97 ZZP dopunio listu slučajeva u kojima sudstvo BiH ima isključivu međunarodnu nadležnost, a koja je regulisana u ZMPP. Prema čl. 47 ZMPP isključiva međunarodna nadležnost postoji kada je to uređeno ovim ili drugim saveznim zakonom, što se tumači u smislu drugog državnog zakona (Muminović, 2006: 51). Postojanje isključive domaće nadležnosti ima za posledicu da prorogacioni sporazum i upuštanje u spor nije moguć, jer ga čl. 49 i 50 ZMPP u slučajevima isključive nadležnosti ne dozvoljavaju. Tako bi ZZP isključivao mogućnost da se u potrošačkim ugovorima prorogira nadležnost stranog suda i prema čl. 89, st. 1 ZMPP strane sudske odluke donesene suprotno ovoj odredbi ne bi se mogle priznati u BiH, jer vrijeđaju njenu isključivu nadležnost. Obavezno ugovaranje domaće nadležnosti je nepoznato domaćem pravu. Ipak, ako bi slijedili jezičko tumačenje čl. 97 ZZP i došli do zaključka da se radi o prorogaciji nadležnosti, to bi uzrokovalo donekle drugačije posljedice nego isključiva nadležnost. Naime, iako je i u našem pravu prihvaćeno stanovište da prorogacijom nadležnosti domaćih sudova, domaće pravosuđe postaje isključivo nadležno za rješavanje spora, posljedice isključive prorogirane nadležnosti su različite od posljedica zakonske prorogirane nadležnosti (Stanivuković, Živković, 2008: 193; Bordaš, Varadi, Knežević, 2005: 494). Naime, stranka, prema čl. 50 ZMPP, može izvršiti prećutnu prorogaciju nadležnosti podnošenjem odgovora na tužbu ili upuštanjem u raspravljanje bez prigovora nenadležnosti, te podnošenjem protivtužbe, te u tom slučaju domaći sud postaje međunarodno nadležan i izričito prorogirana nadležnost je derogirana. Istovremeno, prorogacija nadležnosti domaćeg pravosuđa nije razlog za odbijanje priznanja strane sudske odluke (Bordaš, Varadi, Knežević, 2005: 494). Nedoumice u pogledu uticaja čl. 97 ZZP na priznanje strane sudske odluke, u budućim zakonodavnim reformama mogu se otkloniti po uzoru na čl. 45, st. 1, e) Uredbu Brisel I, gdje je uređeno da se strana odluka neće priznati ukoliko je u sporu potrošač bio tužena strana, a nadležnost suda je utvrđena suprotno odredbama o međunarodnoj nadležnosti za potrošačke sporove prema Brisel I. Na taj način je osigurano priznanje strane sudske odluka u kojoj se potrošač kao tužbena strana odlučio za pravosuđe koje je za sebe smatrao povoljnijim, iako ono nije nadležno prema uredbi Brisel I (Doerner, 2015:

33 Zakon o parničnom postupku FBiH, *Sl. novine* br. 53/03, 73/05 i 19/06; Zakon o parničnom postupku RS, *Sl. glasnik RS* br. 58/03, 85/03, 74/05, 63/07, 105/08, 45/09 i 49/09; Zakon o parničnom postupku Brčko Distrikta, *Sl. glasnik* br. 8/09 i 52/10.

Art 45). S obzirom da međunarodna nenadležnost stranog suda nije razlog za odbijanje priznanja strane sudske odluke u domaćem pravu, bilo bi značajno da se ovakav izuzetak preispitivanja nadležnosti stranog suda u postupcima priznanja stranih odluka po uzoru na čl. 45, st. 1, e) Brisel I svede isključivo na nužnu mjeru (Doerner, 2015: Art 45).

U svakom slučaju je nesporno da trgovac kao fizičko lice sa stranim državljanstvom ili pravno lice sa sjedištem u inostranstvu, sa domaćim potrošačem ne može ugovoriti nadležnost stranog pravosuđa. Iako čl. 97, st. 1 ZZZP kao dodatni uslov navodi da se zaštita odnosi samo na „ugovore zaključene u BiH“, u čl. 97, st. 3 ZZZP propisano je da je zapravo taj uslov u datom slučaju uvijek ispunjen, jer se „ugovor između domaćeg potrošača i stranog pravnog ili fizičkog lica, i svaki ugovor o prodaji na daljinu, bez obzira na sjedište trgovca (...) smatra ugovorom zaključenim u Bosni i Hercegovini“. Otvoreno je pitanje, može li potrošač podudarno sa čl. 18, st. 1 Brisel I tužiti trgovca u stranoj državi u kojoj trgovac ima prebivalište odnosno sjedište, ili tačnije, da li bi se strana presuda donesena po toj tužbi mogla priznati u BiH (Meškić, 2013: 318). Ne bi trebalo ograničiti potrošača isključivo na tužbe pred domaćim sudstvom, ukoliko je vođenje postupka pred stranim sudom za njega povoljnije (Meškić, 2013: 318). Na ovaj način čl. 97 ZZZP se ima tumačiti kao neka vrsta prinudne prorogacione klauzula između domaćeg potrošača i stranog trgovca, koja jednako kao prorogacija nadležnosti propisana čl. 49 i 50 ZMPP, ne dovodi do odbijanja priznanja strane sudske odluke donesene suprotno odredbi čl. 97 ZZZP. Ovakvo tumačenje je nužno, ako se uzme u obzir da čl. 97 ZZZP želi zaštititi potrošača koji ima državljanstvo BiH, a ne potrošača koji ima prebivalište ili uobičajeno boravište u BiH. Utoliko je važnije da se čl. 97 ZZZP ne tumači u smislu zakonske isključive nadležnosti u smislu čl. 47 ZMPP, nego prorogacije nadležnosti u smislu čl. 49 ZMPP. Izborom državljanstva BiH kao kriterija za zaštitu potrošača u BiH, zakonodavac je također propustio da zaštititi stranog potrošača sa prebivalištem u BiH, koji zaključi ugovor u BiH sa stranim poduzetnikom.

#### **4. Zaključak**

Procesnopravna zaštita potrošača u prekograničnim sporovima u EU ima veoma dugu tradiciju. Novine koje je donijela revizija Uredbe Brisel I u ovom polju zasluga su prethodnih odluka Suda EU, naučne kritike, te nastojanja zakonodavne politike za proširenjem područja primjene na lica bez prebivališta ili sjedišta u EU. Dozvola potrošaču da se upusti u spor, te suženje mogućnosti odbijanja priznanja strane sudske odluke prilikom povrede odredbi o međunarodnoj nadležnosti za potrošačke sporove, svjedoče o preispitivanju nužnog nivoa zaštite potrošača u oba smjera. Razvoj prakse Suda EU donesene na temelju

načela efikasnosti i prava na efikasnu pravnu zaštitu prema čl. 47 POP donosi novu dimenziju zaštite potrošača kao osnovnog prava u nastanku. Sud EU još nije otkrio sav potencijal koju zaštita potrošača iz čl. 38 POP može dobiti u vezi sa nekim subjektivnim pravom iz POP. Istovremeno, usljed nepostojanja reforme domaći ZMPP uopće ne poznaje zaštitu potrošača. Uvođenje propisa o međunarodnoj nadležnosti za potrošačke sporove u čl. 97 ZZP nije učinjeno prema načelima međunarodnog privatnog prava, te je nužno obratiti posebnu pozornost prilikom tumačenja ovog propisa. U suprotnom bi čl. 97 ZZP mogao imati nepovoljan uticaj na mogućnost potrošača da podiže tužbu protiv stranog trgovca u inostranstvu, te priznanje takve odluke u BiH.

## Literatura

- Alihodžić, J. (2012). *Razvoj Evropskog međunarodnog privatnog prava: Pravci reforme zakonodavstva u Bosni i Hercegovini*, Tuzla: OFF-SET
- Basedow, J. (2002). Die Vergemeinschaftung des Europäischen Kollisionsrechts nach dem Vertrag von Amsterdam. U J. Baur/H.-P. Mansel (Prir.), *Systemwechsel im Europäischen Kollisionsrecht* (str. 19-46). München: Beck
- Bordaš, B. Varadi, T. Knežević, G. (2005) *Međunarodno privatno pravo*. Novi Sad: Forum
- Brand, R. (2014). *Transaction Planning Using Rules on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments*. The Hague: Hague Academy of International Law
- Calvo Caravaca, A.-L., Carrascosa González, J. (2011). Prorogation of jurisdiction, Art. 24. U U. Magnus, P. Mankowski (Prir.), *Brussels I Regulation, European Commentaries on Private International Law*. München: Sellier
- Deskovski, T. (2008). The New Macedonian Private International Law Act of 2007. *Yearbook of Private International Law*. 10. 441–458
- Doerner, H. (2015). Art 45 EuGVVO. U I. Saenger (Prir.), *Zivilprozessordnung*. Baden-Baden: Nomos
- Domej, T. (2014). Die Neufassung der EuGVVO – Quantensprünge im europäischen Zivilprozessrecht. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)*. 78. 508–550
- Geimer, R. (2010). Art. 17. U R. Geimer, R. Schütze (Prir.), *Europäisches Zivilverfahrensrecht*. München: Beck
- Gottwald, P. (2013). Art 23 EuGVO. *Münchener Kommentar ZPO*. München: Beck

- Hüßtege, R. (2003). Art 23. EUGVVO. U H. Thomas, H. Putzo (Prir.), *Zivilprozessordnung*. München: Beck
- Jessel-Holst, Ch. (2007). Gesetz über internationales Privatrecht – Gesetz der Republik Mazedonien vom 4. 7. 2007. *Praxis des Internationalen Privat – und Verfahrensrechts (IPRax)*. 28. 158
- Jessel-Holst, Ch. (2014). Gesetz von Montenegro vom 23. 12. 2013. über das internationale Privatrecht. *Praxis des Internationalen Privat – und Verfahrensrechts (IPRax)*. 34. 556
- Kober, M. (2009). *Der Grundrechtsschutz in der Europäischen Union*. München: Herbert Utz Verlag
- Kohler, Ch. (2004). Von der EuGVVO zum Europäischen Vollstreckungstitel. U G. Reichelt/W. Rechberger (Prir.), *Europäisches Kollisionsrecht* (str. 63–81 ). Wien: Manz
- Kreber, S. (2011). Art 38. U Ch. Calliess/M. Ruffert (Prir.), *EGV/EUV*. München: Beck
- Kropholler, J. (2002). *Europäisches Zivilprozessrecht - Kommentar zu EuGVO und Lugano-Übereinkommen*. Heidelberg : Recht und Wirtschaft
- Kunda, I. (2010). The question of an appropriate method: Incorporation of the community instrument, invitation to join the Lugano convention or a new convention? *Zbornik radova sa sedme konferencije za Međunarodno privatno pravo – proširenje „Evropskog pravosudnog prostora“ na države članice CEFTA* (str. 47–71). Novi Sad: Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu
- Lazić, V. (2014). Procedural Justice for 'Weaker Parties' in Cross-Border Litigation under the EU Regulatory Scheme. *Utrecht Law Review*. 10. 100–117
- Magnus, U. (2011). Art. 23 Prorogation of Jurisdiction. U U. Magnus, P. Mankowski (Prir.), *Brussels I Regulation, European Commentaries on Private International Law*. München: Sellier
- Mankowski, P. (2014). Änderungen im Internationalen Verbraucherprozessrecht durch die Neufassung der EuGVVO. *Recht der internationalen Wirtschaft (RIW)*. 60. 625–631
- Martiny, D. (2010). The Idea underlying the Lugano Convention – Experience in its application and reform. *Zbornik radova sa sedme konferencije za Međunarodno privatno pravo – proširenje „Evropskog pravosudnog prostora“ na države članice CEFTA* (str. 19-33). Novi Sad: Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu

Meškić, Z., Radončić, Dž. (2013). Brussels I Recast and the South-East Europe. *Revija za evropsko pravo*. 15. 51–75

Meškić, Z. (2013). O potrebi usklađivanja domaćih propisa o međunarodnoj nadležnosti za potrošačke ugovore sa Uredbom Brisel I. *Pravni i ekonomski aspekti procesa integracije Bosne i Hercegovine u Evropsku uniju*. Mostar: Pravni i Ekonomski fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

Micklitz, H.W. Reich, N. (2014). The Court and the Sleeping Beauty – The Revival of the Unfair Contract Terms Directive. *Common Market Law Review (CMLR)*. 51. 771–808

Muminović, E. (2006). *Procesno međunarodno privatno pravo*. Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu

Nielsen, P.-A. (2011). Art 17 Jurisdiction over consumer contracts. U. Magnus, P. Mankowski (Priř.), *Brussels I Regulation, European Commentaries on Private International Law*. München: Sellier

Radončić, Dž. Meškić, Z. (2013). Uredba (EU) br. 1215/2012 Evropskog Parlamenta i Savjeta od 12. decembra 2012. o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim predmetima. *Nova Pravna Revija*. 4. 46–55

Reich, N. (2012). Der Effektivitätsgrundsatz im EU-Verbraucherrecht – die Bedeutung des Art. 47 Charta der Grundrechte der EU. *Verbraucher und Recht (VuR)*. 27. 327–334

Reichelt, G. (2002). *Europarecht*. Wien: Manz

Riedel, E. (2010). Titel IV Solidarität. U J. Meyer (Priř.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Art 38)*. Baden-Baden: Nomos

Siegerich, T. Lauer, S. (2014). Der Justizgewährleistungsanspruch in Europa: Art. 47 GrCh, Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV und das deutsche Verwaltungsprozessrecht. *Zeitschrift für europarechtlichen Studien (ZeUS)*. 17. 462–478

Stanivuković, M. (2004). Ugovori sa potrošačima sa inostranim elementom-merodavno pravo i nadležnost. *Zbornik radova „Dvadeset godina Zakona o međunarodnom privatnom pravu“* (str. 251–277). Niš: Pravni fakultet Univerziteta u Nišu

Stanivuković, M, Živković, M. (2008). *Međunarodno privatno pravo-opći deo*. Novi Sad/Niš 2008: Službeni glasnik

Stanivuković, M. (2011). Recasting Brussels I a Regulation and it's Impact upon Third Countries, in Particular Serbia. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*. 45. 91–110

Staudinger, A. (2003). Art.16. U Th. Rauscher (Prir.), *Europäisches Zivilprozessrecht – Kommentar*. München: Beck

Weber, J. (2011). Universal Jurisdiction and Third States in the Reform of the Brussels I Regulation. *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RebelsZ)*. 75. 619–644

**Zlatan Meškić, LL.D.,**  
Associate Professor,  
Faculty of Law, University of Zenica,  
Federation of Bosnia and Herzegovina

**THE DEVELOPMENT OF CONSUMER PROCEDURAL PROTECTION IN  
CROSS-BORDER DISPUTES IN THE EUROPEAN UNION: RECAST BRUSSELS  
I REGULATION AND THE RIGHT TO EFFECTIVE LEGAL PROTECTION  
UNDER ARTICLE 47 OF THE EU CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS**

**Summary**

*Improving the protection of the weaker party is one of the objectives in the recast Brussels I Regulation on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. Now, the EU consumer may file a complaint to initiate proceedings in the courts of the Member State of its domicile, regardless of whether the trader has its domicile/seat in the EU or not. In addition, the introduction of the right to an effective remedy and a fair trial in Article 47 of the EU Charter of Fundamental Rights has given rise to a surprisingly high number of preliminary references on procedural consumer protection in cross-border disputes. At the same time, the PIL Code of Bosnia and Herzegovina is still silent on consumer contracts. The Consumer Protection Act of Bosnia and Herzegovina provides for exclusive jurisdiction of national courts in cases where a domestic consumer is involved. This solution needs to be critically reviewed.*

**Key words:** consumer protection, cross-border disputes, recast Brussels I Regulation, right to effective legal protection, Article 47 EU Charter of Fundamental Rights





**Dr Mustafa Yasan\***  
Assistant Professor,  
Faculty of Law, Department of Commercial Law,  
Sakarya University, Sakarya, Türkiye

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 366.5:336.71](560)

Раѓ примљен: 30.06.2015.

Раѓ прихваћен: 03.12.2015.

## **CONSUMERS PROTECTION AGAINST GENERAL TERMS IN BANKING CONTRACTS AS UNFAIR COMPETITION PRACTICES ACCORDING TO TURKISH LAW**

**Abstract:** *In Turkish legal system, codifications related to consumer protection against the commercial practices of banks have been one of the most significant developments stemming from the harmonisation with the European Union regulations since the beginning of the new millennium. The Turkish Consumer Protection Act, the Code of Obligations and the Commercial Code are the most prominent codifications which include the provisions related to consumer protection and regulate the practices of general terms and conditions in banking contracts. General terms and standards are considered to include typical examples of unfair competition. In order to prevent and counteract such unfair competition practices, the legislator has envisaged sanctions which are embodied in both private and criminal law provisions.*

**Keywords:** *consumer protection, unfair competition, general terms and conditions, banking contracts, Turkish Commercial Code, Turkish Code of Obligations, Turkish Consumer Protection Act, banking legislation, harmonisation with EU law.*

### **1. Introduction**

The subject matter of this paper is the protection of consumers as a vulnerable group against general terms and conditions in banking contracts which are, under the new Turkish legislation, regarded as unfair competitive practices. The codification operations for the protection of consumers against the general contract terms demonstrate significant developments in Turkish law, in particular since the early 2000s. In the aftermath of being given the status of a candidate

\* mustafayasan@sakarya.edu.tr

county for EU membership in 1999 and subsequent accession process, Turkey has exerted impressive efforts to harmonize its legislation with the EU law. As a result of these codification efforts, the new Turkish Code of Obligations<sup>1</sup> and the new Turkish Commercial Code<sup>2</sup> entered into force in 2012. It is noteworthy that both codes include provisions regulating general terms and standards, which can be designated as reform rules. These two general codes were followed by the Consumer Protection Act<sup>3</sup>, enacted in 2013, which specifically regulates the unfair terms and conditions in consumer contracts and sanctions for unfair competition practices.

The Turkish Code of Obligations (TCO) regulates general terms and standards as well as specific sanctions for stipulating unlawful general terms and conditions in contracts. The Turkish Consumer Protection Act (TCPA) specifically regulates the unfair terms and conditions in consumer contracts and the sanctions stemming thereof. The Turkish Commercial Code (TCC) regulates the general terms and standards contrary to the honesty rules which are designated as different types of unfair competition. Besides, both civil and criminal sanctions are also applicable in respect of general terms and conditions which may be regarded as a type of unfair competition practices of banks. According to Article 55 of the Turkish Commercial Code, the use of general terms and conditions which are contrary to honesty rules constitutes an infringement of the rules related to unfair competition.

In particular, the author focuses on the infringement of unfair competition rules resulting from the use of dishonest general terms and conditions in banking contracts between banks and consumers. The main reason for these unfair practices is the stronger economic (financial) position of banks in comparison to the weaker position of customers as a vulnerable group in banking contracts. It is obvious that this is not in compliance with the new understanding which was formatted in the aforementioned legislative acts. This article has been inspired by the need to explore this contradiction in detail. The author discusses the new legislative approach to this subject matter. First, the author provides an overview of different types of general terms and conditions which are perceived as examples of unfair competition practices in the banking sector. In addition, the author analyzes the specific conditions constituting a violation of fair competition as well as the results of civil and criminal sanctions applied to unfair competition practices stemming from dishonest general terms and conditions in banking contracts.

---

1 Turkish Code of Obligations, Official Gazette, 04.02.2011, N.27836.

2 Turkish Commercial Code, Official Gazette, 14.02.2011, N.27846.

3 Turkish Consumer Protection Act, Official Gazette, 28.11.2013, N.28835.

## **2. Regulation of General Terms and Standards in Turkish Law**

In Turkish legal system, general terms and standards are regulated in a scattered way in the legislation relating to private law (Havutçu, 2003: 165). As a result of this approach, general terms and standards are expressed by various concepts in Turkish legislation. For example, the concepts such as unfair terms, general procedural terms and general transaction terms are favoured by the legislator in different sources of law. This legislator's choice of concepts led to criticism in the legal doctrine (Havutçu, 2003: 1) but the criticism is not related only to the doctrinal points of view. In addition, these concepts generated numerous problems in law practice. First of all, it is necessary to examine the principles of regulation of general terms and standards in different codifications related to private law in general.

### ***2.1. General Terms and Standards in the Consumer Protection Act (2013)***

#### ***2.1.1. Definition of Unfair Terms***

In the new Consumer Protection Act (No.6522) of 2013, the phrase “unfair terms” is used for the concept of “general terms and standards”. The unfair terms in consumer contracts are regulated in Article 5 specifically under the heading “General Principles”.

Unfair terms are defined in Article 5 Subtitle 1. According to this definition, unfair terms are the contractual provisions which are included in the agreement without being negotiated with the consumer, which create an imbalance against the consumer in terms of rights and obligations arising from the parties' agreement, in a manner that is contrary to the honesty rules (Havutçu, 2003: 71). Namely, in order to be regarded as unfair terms, the contract provisions shall be as follows:

- the contract provisions included without being negotiated with the consumer,
- provisions creating an imbalance against the consumer in respect of the parties' obligations and rights arising from the contract,
- provisions contrary to the honesty (good faith) rules.

#### ***2.1.2. The Sanction Against Unfair Terms***

If a contract provision is qualified as an unfair term, this provision is determined as null and void. However, the remaining provisions of contract will maintain their legal validity. In addition to this, both contracting parties shall remain bound by the contract, except for the unfair terms which are already voided.

### *2.1.3. Presumptions Regarding the Application of Consumer Contracts*

a. There is an absolute presumption in this case. According to this presumption, the party preparing the text of the contract cannot assert that he does not want to be bound by the contract without the terms which are already deemed to be absolutely void<sup>4</sup>.

b. In case a contract term has been pre-determined and if a consumer is unable to influence the content of the contract due to the standard characteristic of contract, it is assumed that the contract has been signed without being negotiated with the customer. If a party who prepares the text of the contract claims that a standard term was subject to negotiation separately, such party is obliged to prove it<sup>5</sup>.

c. In case the contract terms are provided in writing, the contract must be written in clear and comprehensible language which the customer can easily understand. Otherwise, if a term of a contract is not clear and comprehensible or if it is ambiguous and carries multiple meaning, it shall be interpreted in favour of the consumer<sup>6</sup>.

d. The contracts which are prepared by persons or institutions whose activities are subject to prior approval under the law or permission by competent authorities are subject to this Consumer Protection Act regardless of the nature of such contracts. The Banking Act (No.5411) regulates that banks shall be established as public limited companies. Moreover, in order to perform their banking activities and banking transactions, banks have to obtain permission of the Banking Regulation and Supervision Agency. Thus, in considering the provisions of banking contracts as unfair terms and the legal results which are bound to these contradictions to law, the provisions related to legal measures (Article 5, CPA) shall apply.

e. The fairness or unfairness of a contract term shall be determined at the moment of drawing up the contract. In the process of determining the unfair terms of contract, the characteristics of goods and services which are the subject matter of the contract and the conditions that existed at the time of drawing up the contract shall be taken into account.

### *2.1.4. The Role of the Ministry*

The Ministry of Customs and Trade has an active role to prevent the use of unfair terms in contracts. According to Article 5 s.8 CPA, the Ministry is responsible

---

4 Article 5. Consumers Code, Official Gazette, N.28835.

5 Article 5, Consumer Act, Official Gazette, N.28835.

6 Article 5, Consumer Act, Official Gazette, N.28835.

and authorized to take necessary measures in order to remove the unfair terms from the text of contracts which are prepared for the purpose of general use or prevent the practice of unfair terms.

## ***2.2. General Terms and Standards in Turkish Code of Obligations (2012)***

### *2.2.1. Description and Elements of the Concept*

In the Turkish Code of Obligations (No. 6098) of 2012, general terms and conditions are regulated in Articles 20 -25 TCO. The legislator first describes the concept and then refers to the provisions regarding the legal basis of general terms and standards. Article 20 S.1 TCO specifies that “General terms and standards are the pre-contract provisions which are prepared and supplied by one contracting party in order to be applicable for future use in a number of similar contracts.” According to this description, a contract term may be qualified as a general term and standard if:

1. It is unilaterally drafted by a contracting party
  - a. to apply in the future for a number of similar contracts,
  - b. as a pre-drafted contractual provision,
  - c. without negotiations.
2. It is offered to the other party.

### *2.2.2. Determining General Terms and Conditions*

It is not necessary for general terms and conditions to be contained in the text of the contract. They can be located in the annex, too. In addition, the content, method and mode of drafting provisions do not hold key for nor constitute a significant difference for the characterization of the general terms and standards<sup>7</sup>.

General terms and conditions may also be included in the contracts drafted for the same purpose. In case the texts of contract are used for the same purpose, the fact that the provisions are not identical does not prevent their inclusion in the contract as general terms. In order to clarify those terms, it does not make any sense that the contracts or separate agreements are to be adopted by means of discussion. As a result, the contract provisions still contain general terms and standards.

The provisions concerning the general terms and conditions can be also applied to the contracts which are prepared by the individuals and organizations whose

---

7 Article 20, Turkish Code of Obligations, Official Gazette, N.27836.

activity is subject to a prior approval by the law or permission of the competent authorities. An example of such entities and organizations are banks. Therefore, the general terms and conditions in banking contracts are also subject to provisions of Article 20 TCO and others.

### *2.2.3. The Legal Consequences of General Terms and Conditions*

There is no violation of law if the general terms and conditions are included in the contractual provisions. A violation of law occurs if the contract comprises illegal general terms and standards which are contrary to the interests of the opposite party. However, there is no infringement if, during the execution of the contract, the party who drafts the contract clearly informs the opposite party about the existence of these conditions, thus providing it with an opportunity to learn the content of these terms, and the opposite party agrees to these provisions. In this case, the general terms get the validity even if they are inconsistent with the interests of the other party. Otherwise, the general terms and conditions contained in the contract shall be deemed as *unwritten* (null and void)<sup>8</sup>. So, the illegal general terms in the aforementioned provisions shall be “considered to be *unwritten*”. Another possibility that would constitute a violation of law is the case when the general terms and conditions are contrary to the nature of business practices and essential elements of the contract, in which case such terms are deemed *unwritten*.

### *2.2.4. The Effect of Being Deemed Unwritten in Contract*

In case the sanction of being deemed *unwritten* is applicable to general terms, only the contract provisions which are deemed *unwritten* are considered to be invalid. The other provisions keep their validity. Contract is still applicable but only in terms of the valid provisions. In this case, the party who prepares the contract provisions cannot argue that he would not be a part of contract without the provisions deemed *unwritten*<sup>9</sup>.

### *2.2.5. The Interpretation of General Terms and Conditions*

The general terms and standards in a contract must be clear and comprehensible (Havutçu, 2003: 148). Otherwise, when general terms and conditions are neither clear nor understandable, or if they are ambiguous, these terms shall be interpreted in favour of the opposite party, i.e. against the party who drafted the contract<sup>10</sup>.

---

8 Article 21, Turkish Code of Obligations, Official Gazette, N.27836.

9 Article 22, Turkish Code of Obligations, Official Gazette, N.27836.

10 Article 23, Turkish Code of Obligations, Official Gazette, N.27836.

### *2.2.6. The Prohibition of Amendment of General Terms and Conditions*

Article 24 TCO provides that the party who prepares the contract is not allowed to make any unilateral amendments to the contractual provisions containing general terms and conditions, against the interest of the other party. In addition, the party is also prohibited to include new terms without a negotiation with the other party.

### **2.3. General Terms and Conditions in the Turkish Commercial Code (2012)**

In the Turkish Commercial Code (No. 6102) of 2012, the institute of unfair competition is regulated in Article 54 and more. In Article 55 TCC, the legislator enumerates more than twenty unfair competition practices (Ayhan, Özdamar, Çağlar, 2012: 277) and designates the general terms and conditions as typical examples of unfair competition (Karahan, 2013: 213). This provision is considered as a significant amendment. Thus, general terms and conditions have been regulated in the TCC as types of unfair competition practices for the very first time in Turkish legal system. The legislator intends to prevent unfair competition practices in the banking sector by regulating the specific circumstances when general terms and conditions constitute unfair competition and by prescribing relevant sanctions (nullity of contract) for such unfair competition practices (Karahan, 2013: 218).

In that context, it is first necessary to examine the concept of unfair competition and then the general terms and standards as a specific type of unfair competition.

Unfair competition is regulated in two main legislative acts: the Turkish Code of Obligations (TCO) and the Turkish Commercial Code (TCC).

#### *2.3.1. Unfair Competition in the Turkish Code of Obligations (2011)*

In the Turkish Code of Obligations (TCO), unfair competition is regulated as a special tort. According to Article 57 TCO, an individual who loses the circle of customers or faces the danger or risk of a possible loss, as results of the propagation of news which is not true,, or announcement of the same kind or any behaviour which is contrary to integrity rule, may request from the perpetrator to put an end to this violation and to compensate the damage in case of existence of fault (Arkan, 2013: 312).

The provision in Article 57 TCO is a general provision (Teoman, Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya, Nomer, 2009: 451). It is applicable to all unfair competition practises in both commercial or non-commercial cases. However, the legislator has reserved specific provisions in the TCC (Article 54 TCC and more) relating to unfair competition in commercial businesses. In other words, the provisions

related to unfair competition may be applied only to unfair competition practices related to commercial matters.

### *2.3.2. Unfair Competition in the Turkish Commercial Code (TCC)*

#### *2.3.2.1. Principles and Content of Unfair Competition Provisions*

Article 54 of the Turkish Commercial Code (TCC) specifies the purpose of provisions related to unfair competition, which is to ensure the competition atmosphere which is fair and uncorrupted for the benefit of all the market participants. In addition, Article 54 S.2 TCC contains the fundamental provision which defines the concept of unfair competition (Arkan, 2013: 316). According to this definition, the acts and commercial practices which effect relations among the competitors or between customers and providers, which are deceptive, misleading and contrary to integrity (*bona fide*) rules are unfair and illegal (Karahan, 2103: 216). Therefore, according to the TCC provisions, unfair competition may occur not only among competitors but also between the customers and manufacturers which produce goods or provide services (Arkan, 2013: 316). Thus, in order to be qualified as unfair competition, a commercial activity or a competition practice is, first, required to effect the relations among the competitors or between the customers and suppliers. In addition, it has to be deceptive or it has to imply a violation of integrity rules in other ways.

#### *2.3.2.2. Sample Situations which will form Unfair Competition*

Article 55 TCC enumerates more than twenty examples of competition practices which constitute unfair competition. This list is by no means exhaustive. These leading competition practices that constitute unfair competition may be categorized under six main titles. These are:

- a. Using advertisements and sales methods against the integrity rule,
- b. Inducing the customer to breach or to terminate the contract,
- c. Taking advantage of other people's products without authority,
- d. Disclosing the manufacturing and business secrets in violation of the law,
- e. Spoiling the business terms and standards,
- f. Applying general terms and conditions which are against integrity rules.

The sixth subtitle constitutes a reform in the Turkish law system because the legislator for the first time regulates the general terms and conditions contrary to integrity rules which can result in unfair competition. In addition, in Article 54



TCC (and others) determine the private and criminal law sanctions which apply in case of violation of legal provisions (Karahan, 2013: 243). Thus, the legislator aims to prevent the suppliers (such as banks) from abusing the competition right. Therefore, in the next section of our study, we will focus on examining this issue within the scope of the general terms and standards in banking contracts.

### **3. General Terms as Unfair Competition Practices in Banking Contracts**

#### ***3.1. Legal Conditions of Being Unfair Competition for General Terms***

Article 54 TCC regulates that the most significant legal condition for establishing the presence of unfair competition is the application of general terms and conditions which are contrary to the integrity rules. This contradiction is not only necessary but also sufficient (Çeker, 2013: 152). Therefore, it is clear that the legislator intends to regulate a new type of sanction for the illegal practice of general terms and standards in the banking sector. In addition, in Article 55 TCC the legislator gives two examples which clarify the legal conditions. These are:

- the use of pre-written general terms in substantial violation of integrity rules and legal provisions which are applicable directly or through interpretation, with an aim to deceive the opposite contracting party, or
- the use of general contract terms envisioning the distribution of rights and liabilities substantially contrary to the nature of the agreement.

The legislator has not listed such practices of general terms as prohibited practices (Poroy, Yasaman, 2012: 343). That is why any kind of competition practices involving general terms which are contrary to integrity rule shall be considered as unfair competition.

In case of being deemed *unwritten*, it is not necessary to prove whether general terms and standards constitute the violation of unfair competition rules or not. It means that general terms and conditions which are not deemed *unwritten* are not subject to the violation of rules of unfair competition. Besides, even if the general terms and conditions are valid, the counterpart of the contract may be protected against the party who drafts the contract provisions by relying on the unfair competition provisions in Article 54 TCC and more. In addition to the sanction of nullity (deeming the general terms and conditions *unwritten*), the customers could be thus protected against the banking contracts.

### **3.2. Civil Law Provisions**

#### *3.2.1. Civil Liability Actions*

Article 56 TCC sets forth five types of legal actions that may be filed for unfair competition, based on the conclusion of general terms and conditions that constitute unfair competitive practises. These legal actions are listed as:

- a.** *Declaratory judgment action* to determine whether the unfair competition exists.
- b.** *Restraining or Preventive action* against a possible unfair competition.
- c.** *Restitution action* in order to abolish the factual situation and eliminate the negative effects of unfair competition, where the customer can claim the correction of false or misleading statements which resulted in unfair competition (Bahtiyar, 2013: 147); the customer can also claim the destruction of vehicles and goods in case of being inevitable for prevention of the violation of unfair competition.
- d.** *Compensatory action for pecuniary damages* in case of fault.
- e.** *Compensatory action for non-pecuniary damages* in case of fault.

#### *3.2.2. Relevant Parties Who Have Right to Sue*

Article 56 TCC also designates the persons who are entitled to file legal actions related to unfair competition. It includes the following entities:

##### *3.2.2.1. Competitors*

In case of banking contracts, a competitor bank may pursue all legal actions listed above against another bank whose use of general terms and conditions constitutes a violation of integrity rules. In order to file a legal action against another competitor bank, the bank is required to have sustained some kind of harm in terms of customers, credits, professional reputation, commercial activities or any other economic interests (Çeker, 2013: 167). In addition, the legal action may be based on the fact that the bank has faced face same kinds of danger or possible risk.

##### *3.2.2.2. Customers*

Customers may file legal actions against the banks which use general terms and conditions that constitute unfair competition. In order to sue, customers do not have to show that the actual economic damage occurred (Arkan, 2013: 328). Therefore, a customer may file a lawsuit even if he/she has not been actually

harmful. A possible risk or danger of damage in terms of any economic interests of customers can be considered legally sufficient.

### *3.2.2.3. Professional and Economic Associations*

The TCC regulates that professional and economic associations can also file lawsuits in unfair competition cases. The legislator does not make an exhaustive list. Thus, a legal action may also be initiated by NGOs which aim to protect the benefits of their members (Bahtiyar, 2013: 148). The Chambers of Commerce may be an example of this situation. In addition, the statutes of customer associations founded for the protection of customers' rights and interests envisage that such associations may be claimants in consumer disputes (Karahan, 2013: 250). At this point, a significant exception should be noted. Namely, professional and economic associations, including the consumer protection associations, may not claim pecuniary or non-pecuniary damages on behalf of the association members or customers.

### *3.2.3. Relevant Parties Who May Be Sued*

Article 56 TCC specifies three relevant parties who may be sued and appear in the capacity of a defendant in a civil lawsuit.

#### *3.2.3.1. Perpetrator of Unfair Competition*

In case of banking contracts, bank employees who commit illegal acts that constitute unfair competition practices can appear as defendants in lawsuits. For example, it refers to directors and other bank personnel who are authorized to sign banking contracts which include general terms and conditions that constitute unfair competition practices. The liability of employees is related to private tort in the field of commercial law. This liability can be also characterised as contributory liability.

#### *3.2.3.2. Employer as a Defendant*

A bank as a legal entity may be held responsible for unfair general terms and conditions that constitute unfair competition practices. In this case, there is a significant condition which implies that the unfair competition practice should occur during the provision of services in the relation between a bank and a customer. Another condition for claiming damages is that a competent individual (employee) should be at fault. In case where the bank has strict liability for unfair competition, it is irrelevant whether the fault of the bank as a legal entity exists or not. In other words, there is no need to prove that the bank was

at fault. At this point, the plaintiff has an optional right. He/she is entitled to file a legal action against the perpetrator or the bank depending on his/her choice. The responsibility of the perpetrator and the bank can also be characterised as joint liability.

### *3.2.3.3. Press, Publishing, Communication and Information Organizations as a Defendant*

Unfair competition claim can be initiated against all kinds of press, publication, communication and information companies and other organizations which violate the rules of fair competition, good faith and fair dealing in the course of performing their activities. Thus, if unfair general terms are stipulated as a condition of an advertisement (agreement) supplied by the bank, the legal personality of bank as the owner of the advertisement or announcement will bear liability for any violation of unfair competition rules.

### *3.2.3.4. The Publication of Judicial Decisions*

In order to prevent further unfair competition practices and to improve deterrence, Article 59 TCC provides the possibility to publish the judicial decisions rendered by the court, provided that the winning party of the case has requested its proclamation (Kayar, 2012: 276). In that case, the publication expenses will be paid by the losing party. The type, form and scope of announcement is decided by the court (Teoman, 2009: 472).

### *3.2.4. Limitation of Civil Liability*

Article 60 TCC regulates the limitation rule which applies in case of civil liability. This Article prescribes two different limitation periods which may run concurrently. The first option refers to the one-year limitation period starting from the moment of being informed about the act of unfair competition. The second option refers to three years' limitation period starting from the moment when the unfair competition practice occurs. The statute of limitations shall apply upon the expiry of both limitation periods.

## **3.3. Criminal Law Provisions**

### *3.3.1. Criminal Liability of Individual Perpetrators*

Apart from being subject to civil liability, unfair competition may be subject to criminal liability as well. The legislator prefers applying criminal sanctions in order to prevent unfair competition practices involving the use of general terms

and conditions which are contrary to integrity rules (Kayar, 2012: 280). An unfair competition practice constitutes a crime only if it is explicitly stipulated in the TCC. For this reason, general terms and standards that result in unfair competition, as envisaged in Article 55 TCC, constitute a criminal offence as well. One of the key elements of crime is intent, which implies that the offender must commit the crime intentionally. The perpetrator of unfair practices (involving general terms and conditions) is sentenced to two years' imprisonment as the maximum punishment. The competent court may also order a judicial fine instead of imprisonment. In order to be subject to criminal law, the criminal offence of unfair competition has to be initiated by the aggrieved party, who is required to submit a criminal complaint to the Public Prosecution Office. Thus, in case of banking contracts, customers (as the aggrieved party) have the right to file a criminal complaint with the Public Prosecutors' Office within a six-month time limit, starting from the moment they became aware of unfair competition practices against them. In this case, only the bank employees (individuals) can be charged as as perpetrator, sentenced and punished.

### *3.3.2. Criminal Liability of Legal Entities*

Criminal liability of legal personalities is specifically regulated in Article 63 TCC. According to this Article, if the act of unfair competition is committed by a legal entity during the performance of activities in their own field, the sanctions regulated in Article 62 TCC are applied for the members of the legal bodies or partners who act on behalf of the legal personalities. In case of banking contracts, members of board of directors, general director(s) and commercial representatives of banks are subject to criminal punishment due to unfair competition practices, such as those involving general terms and standards. In case of unfair competition committed within the framework of banking activities, security measures may also be imposed on banks as a sanction.

## **4. Conclusion**

The subject matter of this paper the protection of consumers as a vulnerable group against general terms and conditions in banking contracts

The consumers appearing in the role of customers in banking contracts are considered to a vulnerable group as related to the legal personalities of banks. Thus, the legislator has been required to institute relevant legal measures as instruments which would protect consumers from unfair general terms and conditions in banking contracts, which are contrary to the customers' interest. In Turkish legal system, these measures are scattered across several legislative acts. This choice of the legislator is absolutely problematic, and it may be obser-

ved as a lack of the Turkish legal system. Hence, in terms of *de lege ferenda* (as the law shall be), it would be much more appropriate if all provisions regulating consumer protection against unfair general terms and conditions in banking contracts were collected in a single code.

In Turkey, protection of consumers against unfair general terms and conditions in banking contracts is provided in two ways. First of all, under specific circumstances the general terms and conditions are subjected to a sanction of being deemed *unwritten* (null and void). This sanction is regulated in both the Turkish Code of Obligations (TCO) and the Consumer Protection Act (CPA). Second, the Turkish legislator additionally provided for consumer protection against the general and standard terms which are not deemed *unwritten*; they are not void and they get validity. Besides, the legislator actualized the protection requirement by envisaging provisions on unfair competition, which are contained in the Turkish Commercial Code (TCC). According to the unfair competition provisions in the TCC, general terms and conditions are considered as typical unfair competition practices in case they are contrary to the integrity rules (good faith and fair dealing). Although the general terms and conditions are not void in this case, they can result in a violation of strictly prohibited unfair competition rules. A legal action for the violation of unfair competition rules may be pursued in both civil and criminal law. In civil law, a consumer can sue the bank to stop the execution of the banking contract which constitutes unfair competition. Besides, consumers can also seek pecuniary and/or non-pecuniary damages from the bank as compensation for unfair competition practices involving general terms and conditions in banking contracts. On the other hand, the unfair general terms and conditions which are contrary to competition rules may be subject to criminal law sanctions. In case the general terms and conditions included in banking contracts constitute a violation of unfair competition rules, the bank employees (such as: the general director, members of board of directors or commercial authorized representatives who put the contracts into effect) appearing in the capacity of the perpetrator may be sentenced to up to two years' imprisonment or a fine, depending on the plaintiff's claim. The competent court may also impose security measures against the bank as a legal entity.

## References

- Arkan, S. (2013). *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
- Ayhan, R., Özdamar, M., Çağlar, H. (2012), *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınevi
- Bahtiyar, M. (2013). *Ticari İşletme Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi

- Çeker, M. (2013). *Ticaret Hukuku*. Adana: Karahan Kitapevi
- Havutçu, A. (2003). *Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması*. İzmir: Güncel Yayınevi
- Karahan, S. (2013). *Ticari İşletme Hukuku*. Konya: Mimoza Yayınevi
- Kayar, İ. (2012). *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Detay Yayıncılık
- Poroy, R., Yasaman, H. (2012). *Ticari İşletme Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık
- Ülgen, H., Teoman, Ö., Helvacı, M., Kendigelen, A., Kaya, A., Nomer Ertan, N.F. (2009). *Ticari İşletme Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık

**Dr Mustafa Yasan,**

*Доцент Правног факултета,  
Универзитет Сакаруа, Турска*

**ЗАШТИТА ПОТРОШАЧА ПРОТИВ ОПШТИХ УСЛОВА УГОВАРАЊА КАО  
ПРИМЕРА НЕЛОЈАЛНЕ КОНКУРЕНТСКЕ ПРАКСЕ БАНАКА У ПРАВУ ТУРСКЕ**

**Резиме**

*Предмет ове студије је заштита потрошача, као угрожене групе, против општих термина и услова банкарских уговора који, према новим прописима у турском праву, представљају пример нелојалне конкурентске праксе. Кодификацијски захвати усмерени на заштиту потрошача против општих термина и услова уговарања представљају значајан напредак у турском праву, нарочито током првих година 21 века. Као признање за импресивне напоре уложене у процесу хармонизацију свог правног система, Турска је 1999. године добила кандидатуру за чланство у Европској унији. Као резултат законодавних захвата и настојања, донети су нови Закон о облигационим односима и нови Закон о трговини, који су ступили на снагу 2012. године. Треба напоменути да оба закона садрже одредбе о општим терминима и условима уговарања које имају реформски карактер. Закон о заштити потрошача усвојен је 2013. године. Одредбама овог закона експлицитно су регулисани општи услови уговарања у потрошачким уговорима као и санкције за нелојалну конкурентску праксу.*

*Турски Закон о облигационим односима дефинише опште услове уговарања и прописује специфичне санкције за незаконите опште термине и услове уговарања. Турски Закон о трговини такође препознаје опште термине и*

*услове уговарања који су у супротности са правилима поштене праксе и који се сматрају врстом нелојалне конкуренције. Осим тога, грађанске и кривичне санкције се такође могу применити на опште услове уговарања који се сматрају врстом нелојалне конкурентске праксе у банкарском сектору. Према члану 55. Турског Закона о трговини, примена општих услова уговарања који су супротни правилима поштене праксе представља повреду правила о забрани нелојалне конкуренције.*

*Аутор се посебно бави повредама правила забране нелојалне конкуренције у банкарским уговорима између банака и потрошача, у случајевима када је до повреде дошло услед употребе непоштених општих термина и услова уговарања. Главни разлог оваке непоштене праксе је јача економска позиција банака у односу на потрошаче као слабију страну у банкарским уговорима. Ова контрадикторност навела је аутора да анализира ову тему, у односу на нову концепцију формулисану у поменутиим законским актима. У овом раду, аутор детаљно разматра нови приступ овом проблему. Аутор најпре даје преглед разних врста општих термина и услова уговарања који представљају примере нелојалне конкуренције у банкарском сектору. Осим тога, анализирају се услови повреде принципа поштеног уговарања као и резултати грађанских и кривичних санкција које се примењују у погледу нелојалне конкурентске праксе.*

**Кључне речи:** *права потрошача, заштита потрошача, нелојална конкуренција, општи термини и услови уговарања, банкарско право, непоштена банкарска пракса, банкарски уговори, потрошачко право, Закон о трговини, право Турске.*



**Dr Anita Petrović,\***  
Docent Pravnog fakulteta,  
Univerzitet u Tuzli

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 366.5:336.77](497.6)

Раd примљен: 30.06.2015.

Раd прихваћен: 03.12.2015.

## **NOVO PRAVNO UREĐENJE FINACIJSKIH USLUGA U BIH – KOLIKO SU KORISNICI STVARNO ZAŠTIĆENI?**

**Apstrakt:** U posljednje vrijeme svjedoci smo da se, gotovo pa svakodnevno, na finansijskom tržištu plasira nova usluga koja se različitim (često i agresivnim) metodama i kanalima oglašavanja nastoji što prije predstaviti korisnicima i tako učiniti sastavnim dijelom njihovih života. To dokazuje da je finansijsko tržište veoma inovativno i raščlanjeno, ali istovremeno i konkurentno, kako u pogledu veće raspoloživosti finansijskih proizvoda tako i po broju samih davatelja. Ekspanzija finansijskih usluga donosi mnoge prednosti korisnicima (dostupnost u svako vrijeme i na svakom mjestu, niže cijene usluga, paketi usluga „skrojeni“ po mjeri potreba korisnika i sl.), ali i prikrivene opasnosti jer finansijski proizvodi su sve složeniji što zahtijeva visok stupanj finansijske pismenosti korisnika.

U fokusu pažnje jeste zaštita korisnika potrošačkih kredita s obzirom na to da je to jedna od najčešćih finansijskih usluga kojoj potrošači pristupaju, a imajući u vidu novo pravno uređenje u BiH Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga FBiH iz 2014. godine, donesen po uzoru na Direktivu 2008/48/EZ o ugovorima o potrošačkom kreditu. U radu će se analizirati najvažniji instrumenti zaštite koji stoje na raspolaganju korisnicima kredita i pokušat će se dati odgovor koliko ovaj zakon zaista može popraviti, ali i unaprijediti socio-ekonomski status potrošača.

**Ključne riječi:** Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga FBiH, Direktiva 2008/48/EZ, finansijske usluge, potrošački kredit.

---

\* anita.petrovic@untz.ba

## 1. Uvod

Strukturalna nejednakost jedno je od obilježja B2C (*business to consumer*) transakcija, stoga da bi se ova nejednakost barem ublažila uvode se posebna pravila poluprisilne naravi o zaštiti potrošača. Ovo s ciljem uspostavljanja objektivne ugovorne ravnoteže u pravima i obavezama ugovarača, budući da se potrošač po svojim notornim odrednicama smatra *slabijom ugovornom stranom*. Kako se radi o subjektu koji nije profesionalac i samim tim ne raspolaže velikom ekonomskom i financijskom snagom, stručnim znanjima i potrebnim informacijama, a na tržištu djeluje s ciljem sticanja dobara i usluga za osobne, neprofesionalne potrebe, utoliko je normativno uređenje tržišnih odnosa i zaštita nemoćnije, ranjivije strane potrebija (Hondius, 2004: 245–250). Svi elementi koji utječu na ranjivost korisnika financijskih usluga mogu se klasificirati kroz tzv. *taksonomiju ranjivosti* i to: ranjivost zbog informacijskog jaza, ranjivost zbog pritiska kojim su potrošači izloženi koji se kreće od uvjerljivih i legitimnih do agresivnih, obmanjujućih nelegitimnih metoda oglašavanja i prodaje, ranjivost potrošača u pogledu efikasnog načina ostvarivanja pravne zaštite i obeštećenja, te ranjivost uslijed utjecaja kojima su potrošači izloženi prilikom donošenja odluka (Cartwright, 2011: 1–3).

Ekonomsko objašnjenje pravne regulacije B2C odnosa i samim tim zadiranja u tržišni mehanizam u cilju uspostavljanja *fair* odnosa, temelji se prvenstveno na *informacijskoj asimetriji* (Hadfield, Howse, Trebilcock, 1998: 141; Dausses, 2003: 149). Što je najbolje evidentno kada se radi o financijskim uslugama naročito zbog poteškoća s kojima se potrošači susreću u prikupljanju podataka potrebnih za donošenje odgovorne financijske odluke. Ovaj problem u velikoj mjeri je eliminiran propisivanjem dužnosti informiranja i uvođenjem standardiziranih informativnih brošura, međutim novi problem predstavlja razumijevanje složenih financijskih pojmova. Posebno kada se radi o novim uslugama s kojima se potrošači nisu susretali, pa tako i nemaju nikakvo prethodno iskustvo. Ukoliko potrošač ne razumije prikupljene informacije, one mu same po sebi i ne znače puno, njemu je potrebno stručno znanje da iste analizira, te na temelju toga procijeni rizik i donese informiranu odluku.<sup>1</sup> Ova kombinacija znanja, sposobnosti i iskustva označava se kao *financijska pismenost* (Mak, 2012: 4) i ne može se poistovjetiti sa formalnim stupnjem obrazovanja, jer i vrlo obrazovani potrošači mogu biti neznalice i laici kada se radi o ovoj vrsti usluga. Tako primjerice, istraživanja provedena u svrhu utvrđivanja stupnja financijske pismenosti potrošača (bez obzira što ne postoji neki standardizirani test) potvrdila su da

---

1 U smislu navedenih razloga vidi: European Parliament, DG for Internal Services, *Consumer Protection Aspects of Financial Services*, Study, February 2014, p. 23. Retrived 21, February 2015, from <http://www.europarl.europa.eu/studies>

većina ispitanika uopće ne razumije određene financijske pojmove.<sup>2</sup> Kako ne razumiju stručnu terminologiju, to se ne može očekivati da potrošači donose odgovorne financijske odluke, ovo posebno pogađa one s niskim primanjima i stoga su više izloženi netransparentnim financijskim postupcima.

Slabost potrošačke ugovorne pozicije ogleda se i u samom načinu sklapanja ugovora o financijskim uslugama. Naime, radi se o standardiziranim ugovorima koji se izvode iz općih uvjeta poslovanja gdje je potpuno izostavljena faza pregovaranja a ugovori se sklapaju tehnikom pristupa unaprijed pripremljenom sadržaju – „uzmi ili ostavi“ (Vilus, 1976: 13–20; Korobkin, 2003: 1204). Adherent nema nikakav utjecaj na sadržaj ugovora, ugovorne odredbe isključivo su odraz volje i ekonomske nadmoći jedne ugovorne strane (Wilson, 1965: 172–193) i budući da se pravni režim koji je stvorila jedna ugovorna strana transformira u sastavni dio konkretnog ugovora, to isti može sadržavati mnoštvo nepravednih klauzula (Misita, Grbo, 2011: 245–275; Baretić, 2004: 246–248). Pored toga što je formalnopravno ograničen, potrošač je ograničen i u stvarnom izboru jer davatelji u financijskom sektoru imaju skoro pa potpuno ujednačene uvjete poslovanja. Nadalje, financijske institucije kreiraju svoje ponude orjentirane stjecanju profita, dok potrošač kada pristupa *financijskim injekcijama* često je uvjetovan stanjem zajmovne potrebe, što dodatno slabi njegov status i prihvaća rizike „zamagljenog“ pogleda samo radi osiguranja određenog životnog standarda.

Puno je primjera u domaćoj praksi da su se potrošači lošeg financijskog boniteta, kako nisu imali pristup povoljnijim bankovnim kreditima, zaduživali kod mikrokreditnih organizacija i tako još više zapadali u krizu. Bez potrebe ulaska u detaljniju analizu vezano za plasman potrošačkih kredita u Bosni i Hercegovini (dalje: BiH), može se reći da su posljednju deceniju obilježili „loši krediti plasirani lošim klijentima“ što je ostavilo dalekosežne negativne posljedice. Ovdje se naročito misli na ekspanziju kredita stanovništvu u razdoblju od 2000. do 2006. godine kada se tražnja za kreditima doslovno pretvorila u pravu glad (prosječan godišnji rast stope kredita bio je oko 26%).<sup>3</sup> Banke s većinskim stranim vlasništvom nerijetko su vodile politiku agresivnog kreditiranja privatnog sektora i stimulirale rast tražnje bez obzira na znatno više kamatne stope u odnosu na eurozonu. I sami potrošači su u velikoj mjeri nepromišljeno i bez dovoljno razumijevanja obaveza i rizika koje preuzimaju, podizali kredite i tako povećali svoju potrošačku moć i životni standard, ali daleko iznad svojih objek-

---

2 Vidi: Svjetska banka (2010) „Hrvatska – Dijagnostički pregled zaštite potrošača i financijske pismenosti“, Svezak II: Usporedba s dobrim praksama, veljača, Zagreb, Retrived 2, November 2014, from [http://worldbank.org/INTECAREGTOPPRVSECDEV/Resources/Croatia\\_CPFL\\_Vol1\\_Croatian.pdf](http://worldbank.org/INTECAREGTOPPRVSECDEV/Resources/Croatia_CPFL_Vol1_Croatian.pdf)

3 Bilten Centralne banke Bosne i Hercegovine, br. 2/14, Retrived 28, January, 2015, from [http://www.cbbh.ba/files/bilteni/2014/Bilten\\_2\\_2014.pdf](http://www.cbbh.ba/files/bilteni/2014/Bilten_2_2014.pdf)

tivnih mogućnosti. No, ova situacija donekle je imala i svoju pozitivnu stranu, jer je „motivirala“ entitetske zakonodavce da konačno uredе ovu oblast. Izmjena svih relevantnih sektorskih propisa mada je najavljivana, ipak nije i primijenjena u Federaciji BiH. Tu se zakonodavac 2014. godine odlučio na donošenje novog *lex specialis* propisa i to *Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga FBiH*<sup>4</sup> (dalje: *Zakon*). Do ovih pravnih novela pružanje finansijskih usluga bilo je *de facto* u rukama samih davatelja koji su autonomnom regulacijom detaljnije uređivali odnose s fizičkim osobama. *Zakon* je pretežito formuliran po uzoru na *Direktivu 2008/48/EZ o ugovorima o potrošačkom kreditu*<sup>5</sup> (dalje: *Direktiva 2008/48/EZ*) što proizlazi iz šire obaveze usklađivanja nacionalnog zakonodavstava sa pravnom stečevinom (*acquis communautaire*).

U nastavku rada analizirat će se najznačajnije odredbe *Zakona* koje ujedno predstavljaju osnovne mehanizme zaštite korisnika finansijskih usluga, kao što su obaveza informiranja, minimalni zahtjevi u pogledu općih uvjeta poslovanja, načelo profesionalne pažnje i obaveza educiranja korisnika, te posebna prava korisnika.

## 2. Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga FBiH

### 2.1. Personalno i predmetno polje primjene

Potrošač na tržištu djeluje s ciljem zadovoljenja osobnih, nekomercijalnih potreba, odnosno u ugovorne odnose stupa u svrhe izvan svojeg obrta, poslovanja ili profesije. Na ovom tragu je definiran i korisnik finansijske usluge u *Zakonu* to je fizička osoba koja koristi ili je koristila finansijske usluge, ili se davatelju finansijskih usluga obratila radi korištenja tih usluga, a finansijske usluge koristi u svrhe koje nisu namijenjene njenoj poslovnoj ili drugoj komercijalnoj djelatnosti (čl. 2, tač. 10). Prihvaćen je tzv. *restriktivni pristup* gdje se svojstvo korisnika finansijske usluge priznaje samo fizičkim osobama.

Iako *Zakon* na prvi pogled ima široko polje primjene *ratione materiae* jer obuhvaća više vrsta finansijskih usluga, i to: bankarske, usluge mikrokreditiranja, finansijski *leasing*, kao i posebne finansijske pogodbe, ipak ovaj mozaik usluga može se podvesti pod zajednički nazivnik, a to je *potrošački kredit*, što odgovara i duhu *Direktive 2008/48/EZ*. Nabrojanjem vrsta ili određivanjem svrhe određene usluge navedene su tek uopćene definicije, dok preciznije određenje finansijskih usluga izvršeno je temeljem posebnih propisa čije su definicije iskorištene i za potrebe ovog *Zakona*. Tako primjerice, ne daje se definicija pojma kredit već ugovor o kreditu, mikrokreditu ima značenje utvrđeno u zakonu kojim se ure-

---

4 „Sl. novine FBiH“, 31/14.

5 *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 2008, L 133/66

đuju obligacioni odnosi, odnosno posebni propisi kojim se uređuje poslovanje ovih institucija. Ključni pojam iz Direktive 2008/48/EZ, a to je ugovor o kreditu nije preuzet, što dalje implicira da se u ulozi davatelja kredita kod nas ne mogu naći i fizičke osobe koje se kreditiranjem bave kao poslovnom djelatnošću, potrošački kredit se s aspekta davatelja *de facto* i *de iure* pretvorio u bankarski pravni posao. S druge strane, može se naći i opravdanje za ovakvo nomotehničko rješenje, naime potrošački kredit se po svojim pravnim karakteristikama nalazi na granici između ugovora o kreditu i ugovora o zajmu, preuzimanje definicije iz Direktive 2008/48/EZ značilo bi zapravo uvođenje novog pravnog termina u oblast ugovornog prava, mada je on već dugo prisutan u poslovnoj praksi. Upravo da bi se izbjegla razilaženja u pravnom definiranju ugovora o kreditu zakonodavac se odlučio poslužiti već postojećim definicijama. Potrošački kredit se prema Direktivi 2008/48/EZ javlja u raznim modalitetima (odgoda plaćanja, zajam ili slični oblici financijske pomoći) to je zapravo generički, nepravnički pojam (Miščenić, 2013: 166, 167) koji obuhvaća razne financijske aranžmane u kojima se javlja potrošač. Novi *Zakon* polazeći od toga da kreditor može biti samo banka i mikrokreditna organizacija ima restriktivan pristup vrstama potrošačkog kredita, to je u pravilu novčani, gotovinski kredit sa ili bez utvrđene namjene, sklopljen na određeno ili neodređeno vrijeme. Financijski *leasing* definiran je kao zasebna financijska usluga, no može se u širem smislu, a što je u smislu Direktive 2008/48/EZ smatrati potrošačkim kreditom. Potrošačkim kreditom ne smatraju se *financijske pogodbe*, odnosno prodaja s otplatama na rate cijene ili drugi oblik financiranja korisnika od strane trgovca koji podrazumijeva odloženo plaćanje duga tijekom određenog perioda, jer nedostaje element kreditiranja, što je potpuno sukladno sa ograničenjem iz definicije ugovora o kreditu Direktive 2008/48/EZ.

## 2.2. Opći uvjeti poslovanja

Općim uvjetima ugovora bavi se *Zakon* o obligacionim odnosima (dalje: ZOO)<sup>6</sup> kao *lex generalis* za sve ugovore koji se sklapaju na ovaj način, uključujući tu i financijske usluge, odnosno ZOO se javlja kao regulatorna dopuna za sva ona pitanja koja nisu uređena posebnim propisima. U pogledu pravnog uređenja općih uvjeta, *Zakon* pored opće obaveze usklađenosti sa kogentnim propisima donosi i određene novine. Tako, nameće se obaveza davateljima financijskih usluga da u svojim internim aktima osiguraju primjenu dobrih poslovnih običaja, dobru poslovnu praksu i fer odnos prema korisniku (čl. 9, st. 2). Navedeni zahtjev ima za cilj da se u općim uvjetima izbjegnju odredbe koje se mogu smatrati nepravičnim, poput primjerice upućujućih odredaba kojim se davatelj poziva na poslovnu politiku kada su u pitanju obavezni elementi ugovora.

<sup>6</sup> „Sl. glasnik BiH“, 25/06.

Međutim, da bi se zaista eliminirao nepravičan *sadržaj* iz općih uvjeta i ovakve „otvorene“ klauzule koje upućuju na poslovnu politiku kreatora, nužno je pridržavati opće uvjete neovisnoj prethodnoj kontroli. Iz tog razloga *Zakon* uvodi mehanizam kontrole tako što obavezuje *Agenciju za bankarstvo* da utvrdi minimum zahtjeva u pogledu sadržaja, razumljivosti i dostupnosti općih i posebnih uvjeta poslovanja. Ova novela treba osigurati da se financijske institucije stvarno i pridržavaju predmetnog zakona, jer praksa je, nažalost, pokazala da davatelji financijskih usluga bolje poštuju podzakonske akte specijalizirane agencije nadležne za njihovo osnivanje i poslovanje,<sup>7</sup> nego što se pridržavaju imperativnih odredbi *Zakona o zaštiti potrošača u BiH*.<sup>8</sup> Na ovaj način po prvi put uspostavlja se mehanizam nadzora sadržaja internih akata, što treba imati za posljedicu ukidanje diskrecijskih ovlasti davatelja u odnosima sa korisnicima, eliminaciju nepravičnih ugovornih klauzula i stvaranje ujednačene *fair* poslovne prakse.

Pored sadržaja, za korisnike podjednako je važno da su upoznati sa općim uvjetima, jer isti obavezuju ugovornu stranu ako su joj bili poznati ili morali biti poznati u trenutku sklapanja ugovora. Obaveza publiciteta općih uvjeta nužna je pretpostavka za ostvarivanje informacione ravnoteže između kontraheata. Jedan od problema s kojim su se korisnici potrošačkih kredita u BiH susretali bilo je neobjavljivanje ili bolje reći tretiranje kao poslovne tajne općih uvjeta. Uobičajeno je bilo da korisnik u trenutku sklapanja ugovora dobija na potpis i izjavu kojom potvrđuje da je bio upoznat s općim uvjetima u predugovornoj fazi, odnosno da su mu isti stavljeni na raspolaganje u momentu perfekcije te da ih prihvaća iako u stvarnosti to nije bilo tako, jer se radilo o odvojenom aktu čije su odredbe djelomično bile utkane u sam tekst ugovora. To znači da su korisnici u mnogim situacija dobijali priliku upoznati se s općim uvjetima tek nakon zaključenja ugovora. Ovakvu poslovnu praksu doslovno označava sintagma „plati sada, uvjeti poslije“ (Beatson, 1995: 235–238). Publicitet općih uvjeta sada se osigurava njihovim obaveznim objavljivanjem u poslovnim prostorijama davatelja i na internet stranici i to najkasnije 15 dana prije njihove primjene (čl. 10). No, ova obaveza dopunjena je još jednim zahtjevom, a to je educiranje korisnika, jer opći uvjeti iako moraju biti pisani razumljivim jezikom, ipak održavaju visok stupanj stručnosti što zahtjeva njihovo tumačenje.

U bliskoj vezi sa zaštitom korisnika putem općih uvjeta poslovanja, jeste i načelo kojeg su se davatelji dužni pridržavati, a to je *postupanje sa profesionalnom pažnjom*, to je povećana pažnja i vještina koja se u pravnom prometu osnovano očekuje od davatelja financijske usluge u poslovanju s korisnicima u skladu s pravilima struke, dobrim poslovnim običajima i principom savjesnosti i pošte-

7 Odluka o minimalnim zahtjevima u pogledu sadržaja, razumljivosti i dostupnosti općih i posebnih uslova poslovanja davatelja financijskih usluga („Sl. novine FBiH“, 62/14).

8 „Sl. list SFRJ“, 29/78,39/85,57/89 i „Sl. list RBiH“, 2/92,13/93,13/94.

nja (čl. 2, tač. 27). Za razliku od davatelja koji odlično poznaje svoj proizvod korisnik ovu vrstu ugovora ne sklapa tako često zbog čega se od njega ne očekuju jednake financijske sposobnosti i znanja. Načelo je preuzeto iz Direktive 2005/29/EZ o nepoštenoj poslovnoj praksi<sup>9</sup> kao jedan od kriterija iz generalne klauzule za ocjenu da li se poslovna praksa smatra nepoštenom, no može se na određeni način smatrati inačicom zahtjeva za postupanjem sa tzv. *pažnjom dobrog stručnjaka* iz ZOO.

### **2.3. Obaveza informiranja**

Obaveza informiranja u stručnoj literaturi najviše se analizira u kontekstu zaštite potrošača jer se smatra mehanizmom koji treba osigurati racionalno ponašanje na tržištu, no ova obaveza ima uvjetno rečeno višestruke funkcije u ugovornom pravu. Tako primjerice, dužnost informiranja odražava stvarni pristanak stranke, osigurava sigurnost pravnog prometa, kontrolira ugovornu pravičnost i istinitosti, štiti povjerenje savjesne strane, nameće određene standarde ponašanja, utvrđuje objektivne standarde vezano za sadržaj ugovora, te osigurava raspodjelu ugovornog rizika (Sefton-Green, 2005: 14).

Pravo na informaciju nužan je preduvjet potrošačke autonomije jer omogućava da se učini pravilan izbor prema vlastitim potrebama i mogućnostima. Zbog bestjelesne prirode financijskih usluga jedino što potrošaču i stoji na raspolaganju jeste informacija, zato je od izuzetne važnosti da bude što potpunije informiran o svim elementima ugovora prije samog obvezivanja (Ebers, 2004: 4). Pored broja, sadržaja i strukture važno je da informacije budu jasne, razumljive i potrošaču stavljene na raspolaganje u pravo vrijeme. Kao što obaveza informiranja predstavlja jezgro Direktive 2008/48/EZ jer tri poglavlja posvećuje standardnim informacijama koje se odnose na reklamiranje kredita, zatim informacije koje se prezentiraju u predugovornoj fazi, te informacije koje ugovor mora sadržavati, tako je i najveći dio odredaba *Zakona* posvećen informiranju korisnika, ali uz niz odstupanja u odnosu na izvorni dokument.

#### **2.3.1. Oglašavanje**

Oglašavanje predstavlja prvi korak u informiranju potrošača u predugovornom stadiju zato je važan i oblik i sadržaj informacija koje se plasiraju. Reklama svojom porukom utječe na potrošača jer tako dobija informaciju o postojanju

---

<sup>9</sup> Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council, OJ 2005, L 149/22

konkretnog proizvoda, zatim pod utjecajem reklame razmišlja i kreira vlastitu potrebu, potom stvara uvjerenje o potrebi kupovine da bi zadovoljio potrebu i tek na kraju dolazi sam čin kupovine (Maričić, 2005: 379–382). Oglašavanje ima veliki utjecaj na funkcioniranje tržišta, jer nedopušteno oglašavanje može dovesti do distorzije i narušavanja konkurencije, ali što je još važnije može dovesti u zabludu osobe na koje cilja i samim tim utjecati na njihov pravilan izbor (Micklitz, Reich, Rott, 2009: 86–87). Kombinirajući elemente iz Direktive 2005/29/EZ o nepoštenoj poslovnoj praksi i Direktive 2006/144/EZ o obmanjujućem i komparativnom oglašavanju,<sup>10</sup> domaći zakonodavac stvorio je generalnu odredbu kojom se regulira oglašavanje kako u odnosu na krajnje korisnike tako i između konkurenata na tržištu i samim tim obuhvaća razne promidžbene metode. Takva „mješovita“ odredba nije najbolje nomotehnički uređena i vrlo je nejasna, jer se određeni elementi koji imaju isto značenje ponavljaju i preklapaju (čl. 6).

Iako čl. 13. *Zakona* nosi naziv *Informiranje u predugovornoj fazi* ipak sadržajno se podudara sa oglašavanjem sa navođenjem brojki iz Direktive 2008/48/EZ, što se vidi i iz teksta odredbe kojom se propisuje način *oglašavanja* financijskih usluga kad *oglasna poruka* sadrži kamatnu stopu ili bilo koji numerički podatak koji se odnosi na cijenu financijske usluge. U oglasu moraju biti navedene standardne informacije kao što je: vrsta usluge, visina i promjenjivost godišnje nominalne kamatne stope (NKS), efektivna kamatna stopa (EKS), valuta u kojoj se ugovara usluga, period na koji se ugovara, kriterij za indeksiranje usluge, ukupan iznos, svi troškovi koji padaju na teret korisnika. Nažalost, korisnici su još uvijek nedovoljno financijski educirani i povoljnost proizvoda cijene na osnovu informacije o NKS kojoj i sami davatelji daju najveći publicitet u svojim reklamama.

### 2.3.2. Predugovorno informiranje

Direktiva 2008/48/EZ propisuje vrlo iscrpnu listu standardnih informacija na koje kreditor mora ukazati potrošaču prije perfekcije ugovora, čime se želi osigurati najveća moguća transparentnost i usporedivost različitih ponuda. Kako bi se pojednostavila i olakšala obaveza predugovornog informiranja uvođi se Standardni europski informacijski list o potrošačkom kreditu (*Standard European Consumer Credit Information*, SECCI). Također, sastavni dio obaveze predugovornog informiranja jeste i obaveza predugovornog savjetovanja, koja ima za cilj da se potrošaču pruže prikladna objašnjenja koja će mu omogućiti da bolje razumije i procijeni da li je predloženi ugovor o kreditu prilagođen njegovim potrebama i financijskoj situaciji.

---

<sup>10</sup> Directive 2006/114/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 concerning misleading and comparative advertising, OJ L376/21.



Ovu etapu domaći zakonodavac označio je kao *Informiranje korisnika u pregovaračkoj fazi*, jer polazi od pretpostavke da zaključenju ugovora mogu prethoditi duži ili kraći pregovori. Pregovori ne obavezuju, ali za očekivati je da strana koja ih inicira ima namjeru i zaključiti ugovor. Kako bi se ukazalo na tu namjeru, ovaj stadij je označan kao pregovaranje. Naime, financijske institucije dužne su korisniku pružiti informacije o uvjetima i svim bitnim karakteristikama usluge koju nude u obliku *Standardnog informacionog lista* (dalje: SIL) na reprezentativnom primjeru u pisanom ili elektronskom obliku na način koji će korisniku omogućiti da uspoređi ponude različitih davatelja istih usluga i procijeni da li ugovor odgovara njegovim potrebama i financijskoj situaciji, ali koji korisnika nijednog trenutka neće dovesti u zabludu (čl. 15, st. 1).

Propisan je detaljan sadržaj SIL-a, a pored standardnih informacija s kojim se korisnik već ima priliku upoznati u reklamnoj poruci u SIL-u je sadržana široka lepeza informacija koje će biti inkorporirane u tekst budućeg ugovora. Za korisnike jedna od najznačajnijih informacija jeste ona o EKS-u jer to je standardni pokazatelj koliko usluga stvarno košta, a cijena je presudan faktor koji opredjeljuje izbor korisnika. Stoga se informacija o EKS-u ponavlja iz faze u fazu, tj. od oglašavanja, preko sadržaja SIL-a do konačnog teksta ugovora.

Sve informacije u SIL-u moraju biti ispisane slovima jednake veličine i strukturirane tako da su jednako uočljive, čime se eliminira opasnost prikrivanja važnih informacija u velikoj količini manje važnih i sitno kucanih klauzula. Mada se izričito ne propisuje, ipak informacije moraju biti pisane jasnim, razumljivim jezikom uz izbjegavanje pretjerano stručnih formulacija koje korisnik ne bi mogao razumjeti i koje bi ga mogle dovesti u zabludu. SIL se smatra ponudom za zaključenje ugovora i zato da bi se korisnik mogao upoznati sa uvjetima ugovora, ali i to da mu se pruži prilika da uspoređi ponude različitih davatelja bitno je da mu SIL bude uručen u primjerenom roku prije sklapanja ugovora. U protivnom SIL ne bi imao svoj zaštitni karakter, također nije propisano ni koliko vremenski SIL obavezuje, već je to prepušteno vlastitoj odluci davatelja.

No, i pored opsežnog broja informacija i dalje postoji opasnost da potrošač neće valjano procijeniti financijski proizvod jer su u tolikoj mjeri kompleksni da i prezentirane informacije same po sebi ne znače sigurnost. Informiranje potrošača primjerice o načinu obračuna kamatne stope ima smisla jedino ako potrošač ima dovoljno stručnog znanja da mu te informacije nešto znače. Ali što je sa većinom potrošača koji su u tom smislu neobrazovani i koji ne znaju kakav je to dekurzivni, a kakav anticipativni kamatni račun, šta je to EKS, varijabilna ili fiksna NKS, referentna kamata, valutna klauzula i sl. Stoga, sastavni segment predugovornog informiranja jeste i predugovorno savjetovanje što proizlazi iz *zahtjeva za minimalnom profesionalnom osposobljenošću*, gdje se od zaposlenika

koji su zaduženi za prodaju finansijskih usluga traže odgovarajuće kvalifikacije i osobne kvalitete, da prolaze odgovarajuće obuke, kako bi korisnike potpuno i tačno informirali o uvjetima korištenja usluga (čl. 12). Ovaj zahtjev, kao u ostalom i cjelokupna obaveza predugovornog informiranja stremi realizaciji načela *odgovornog zaduživanja* (*responsible borrowing*), tj. razvijanju odgovornosti kod potrošača da se zaduži samo onoliko koliko može vratiti (Feješ, 2009: 753) što neposredno utječe i na smanjenje prezaduženosti.<sup>11</sup>

### 2.3.3. Procjena kreditne sposobnosti

Procjena finansijskog profila potrošača vezana je za predugovorni stadij gdje potrošač ne samo da ima pravo na adekvatnu informiranost o uvjetima kreditiranja već je kreditor dužan upozoriti ga na sve rizike i negativne posljedice za slučaj kašnjenja u otplati ili nemogućnosti plaćanja kredita (načelo *odgovornog kreditiranja*). Analiza kreditne sposobnosti donosi korist i jednoj i drugoj strani, davatelj će minimalizirati rizik i ostvariti projiciranu zaradu, a korisnik će izbjeći finansijske poteškoće i eventualnu prezaduženost. Zato se koriste različite matematičko-statističke metode, a najzastupljenija je *credit scoring* ili *metoda zbroja bodova* koja zbog načina obrade podataka, statističkih prednosti i nediskriminirajućih karakteristika zauzima prvo mjesto kada se radi o procjeni kreditne sposobnosti (Ferretti, 2008: 19–22; Hand, Henley, 1997: 523–541). Na temelju prikupljenih informacija kreditor može u pravom smislu djelovati savjetodavno i iz sagledane finansijske slike preporučiti korisniku kredit „po mjeri“, gdje je ključno da ga korisnik sve dok ugovor traje može bez poteškoća vraćati. Konačna odluka o odobravanju ili neodobravanju kredita leži u biti u rukama kreditora i bez obzira koliko dobro korisnik bio informiran, ipak on nije taj koji donosi odluku o kreditnom zaduženju (Feješ, 2009: 761).

Odgovorno odobravanje kredita posebno dolazi do izražaja u zemljama u tranziciji koje imaju visoku stopu rasta kredita u sektoru stanovništva, naročito imajući u vidu ranije prakse. Što znači da kreditori u proteklom periodu nisu vodili dovoljno računa o kreditnom statusu dužnika, prenoseći tako svoj kreditni rizik na solventne jemce kao instrument osiguranja. Prije zaključenja ugovora davatelji su sada dužni procijeniti kreditnu sposobnost korisnika, jemca ili drugog lica koje lično osigurava ispunjenje obaveza korisnika na osnovu odgovarajuće dokumentacije i podataka dobijenih od korisnika, uvidom u kreditni

---

11 O fenomenu prezaduženosti u zemljama članica EU, faktorima koji dovode do toga te posljedicama vidi: DG SANCO, CPEC, *The over-indebtedness of European households: updated mapping of the situation, nature and causes, effects and initiatives for alleviating its impact* – Part 1: *Synthesis of findings*, 04. 12. 2013. Retrived 23, February 2015, from [http://ec.europa.eu/consumers/financial\\_services/reference\\_studies\\_documents/docs/part\\_1\\_synthesis\\_of\\_findings\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/financial_services/reference_studies_documents/docs/part_1_synthesis_of_findings_en.pdf)

registar (*Centralni registar kredita*, CRK) uz prethodnu pisanu suglasnost lica na koje se podaci iz registra odnose. O prikupljenim podacima davatelj je dužan prije zaključenja ugovora međusobno informirati ove subjekte, ukoliko netko nije suglasan da se dobijeni podaci saopće drugima, davatelj je o tome dužan upoznati ostale (čl. 16, st. 1–7).

Na ovaj način sprječava se ponavljanje situacija iz prošlosti gdje su jemci bili izloženi nepoštenoj poslovnoj praksi. Jemstvo je predstavljano samo kao formalno obvezivanje, bez ikakvih imovinskih posljedica, dok se većina jemaca nije suočila sa stvarnošću da to znači preuzimanje svih obaveza dužnika ukoliko isti ne otplaćuje rate. Pored toga, jemcima je uskraćivana informacija o finansijskom bonitetu glavnog dužnika, a ugovore o jemstvu iako su akcesorne prirode potpisivali su prije nego što je dužnik potpisao ugovor o kreditu, tako da faktički nisu znali visinu obaveze za koju jemče. Pored navedenog, praksa obiluje i brojnim drugim primjerima prevarenih, obmanutih jemaca, što je medijski pomno popraćeno, a jemci su tražili posebnu zaštitu.<sup>12</sup> Iz tog razloga *Zakon* obavezuje davatelje finansijskih usluga na sveobuhvatno informiranje jemaca u pregovaračkoj fazi (čl. 16, st. 8).

#### *2.3.4. Informacije koje ugovor mora sadržavati (essentialia negotii)*

Jedna od specifičnosti potrošačkih ugovora jeste velik broj bitnih elemenata ugovora po čemu ni ugovor o potrošačkim kreditu nije izuzetak. Slijedeći primjer Direktive 2008/48/EZ prema kojem se informacije pretežno ponavljaju iz faze u fazu, i domaći zakonodavac utvrdio je informacije koje obavezno moraju biti unijete u tekst ugovora. Obavezne elemente ugovora *Zakon* detaljno utvrđuje za ugovor o kreditu/mikrokreditu, kao i druge bankarske usluge (izdavanje i korištenje platne kartice, novčani depozit i ulog na štednju, otvaranje i vođenje računa), dok kada se radi o finansijskom *leasingu* upućuje na primjenu posebnog propisa. Ugovor o kreditu tako mora sadržavati 17 bitnih elemenata, od kojih se većina preklapa sa informacijama iz SIL-a, mada su sada bolje konkretizirane, ali unose se i neke nove koje odgovaraju toj ugovornoj fazi (čl. 17, st. 1). Izričito je propisano da ugovor ne može sadržavati opće klauzule koje upućuju na poslovnu politiku kreditora, kao i klauzule kojima se korisnik odriče prava koja su mu ovim zakonom garantirana, što znači da se radi o imperativnim odredbama koje nisu podložne volji ugovornih strana. Pisana forma je bitan element punovažnosti ugovora i mada *Zakon* daje definiciju pojma trajni nosač, ipak isključena je mogućnost sklapanja ugovora u drugoj (elektronskoj) formi. Svaka ugovorna strana zadržava primjerak ugovora (čl. 7 *Zakona*).

---

12 Značajno je pomenuti i novi *Zakon o zaštiti jemca u Federaciji BiH* („Sl. novine FBiH“, 100/13).

Još jedan od načina zaštite korisnika kao slabijeg kontrahenta jeste i zabrana izmjene obaveznih elemenata ugovora bez njegove prethodne pisane suglasnosti. U slučaju da korisnik nije suglasan s izmjenama obaveznih elemenata, davatelj financijske usluge ne može jednostrano izmijeniti uvjete iz ugovora, niti ugovor jednostrano raskinuti, odnosno otkazati osim u slučajevima predviđenim ZOO (čl. 28). Ova zabrana rezultat je niza primjera gdje su banke jednostrano, bez odgovarajućeg obrazloženja i adekvatnog obavještanja korisnika mijenjale uvjete kreditiranja, naročito kamatnu stopu, pozivajući se na klauzulu o promjenjivoj kamatnoj stopi. Ova klauzula javlja se kao standard u bankarstvu, međutim njena promjenjivost zavisila je od poslovne politike banke, i mada su banke odluku o povećanju kamata pravdale rastom EURIBOR kamate, ipak to nije bio slučaj jer je u spornom razdoblju (2009. godina) EURIBOR imao tendenciju opadanja.<sup>13</sup> Ovakva upućujuća odredba bi u svim drugim slučajevima, da se umjesto banke radi o nekom drugom pravnom subjektu, nesporno bila proglašena ili utvrđena ništavom, uz niz građanskopravnih i kaznenopravnih posljedica, posebno onih glede zelenaštva (Kačer, 2009: 116). To je bio jedan od osnovnih razloga zašto *Zakon* kao *lex specialis* naglašava odredbe ZOO koje se tiču novčanih ugovornih obaveza posebice njihove određenosti, odnosno odredivosti.

### 2.3.5. Informiranje nakon zaključenja ugovora

Obaveza informiranja koncentrirana je na predugovorni stadij i iscrpljuje se zaključenjem ugovora. Za vrijeme trajanja ugovora ova obaveza skoro da i ne postoji. Međutim, većina poteškoća za korisnike javlja upravo tijekom korištenja usluge, jer se radi o uslugama trajnije prirode, a ispunjenje obaveze mogu otežati naknadni subjektivni faktori poput primjerice gubitka posla, smanjenja prihoda, bolesti, razvoda i sl., ali i objektivni kao što je rast troškova života, rizici svojstveni novčanim obavezama, ekonomska recesija i sl. Za korisnika je stoga izuzetno bitno da cijelo vrijeme trajanja ugovornog odnosa bude upoznat sa svim okolnostima koje mogu utjecati na ispunjenje obaveze. U tom smislu čl. 29 *Zakona* propisuje obavezu blagovremenog obavještanja korisnika o bilo kakvoj promjeni za slučaj da je ugovorena varijabilna NKS uz dostavljanje izmijenjenog plana otplate, ova obaveza obuhvaća i druge elemente koji utječu na visinu ostalih novčanih obaveza. Također, utvrđuje se i obaveza redovnog obavještanja korisnika o stanju prekoračenju po računu najmanje jedanput mjesečno dostavljanjem izvoda u pisanoj ili elektronskoj formi (čl. 30).

Posterioinim informiranjem korisnik je uvijek aktualan u pogledu svoje financijske situacije, što mu omogućava racionalno raspolaganje kućnim budžetom,

<sup>13</sup> Posebno Izvješće u bankarskom sektoru nakon donošenja smjernica i preporuka u sektoru potrošačkih kredita, Institucije ombudsmana za zaštitu potrošača u BiH, („Sl. glasnik BiH“, 51/11).

odnosno daje prostora da se na vrijeme prilagodi nekim novim okolnostima. Pravo na informaciju je besplatno bez obzira na to u kom stadiju i obliku se informacije stavljaju na raspolaganje korisniku.

Za korisnika je podjednako važna mogućnost ako tijekom trajanja ugovora nastupe određene okolnosti na koje on ne može utjecati, a koje umanjuju njegovu kreditnu sposobnost, da od davatelja financijske usluge zahtijeva zastoje u otplati duga (moratorij) za određeni period u kojem se neće obračunavati zatezna kamata na dospjelo neizmireno potraživanje (čl. 31, st. 2). Moratorij kao način mirovanja u otplati duga jest diskreciono pravo davatelja, no svrha ovog instituta jeste olakšati položaj korisnika koji je zapao u financijske poteškoće. Korisnik dobija svojevrsnu pauzu u otplati kako bi konsolidirao financijsko stanje i samim tim izbjegao jednostrani raskid ugovora kojeg prati dospelost ostatka duga, zatezne kamate, aktiviranje instrumenata osiguranja i troškovi postupka prinudne naplate, što bi ga moglo baciti u pravi financijski ponor.

### 2.3.6. Neka problemska pitanja

Jedna od premisa na kojima počiva i Direktiva 2008/48/EZ jeste da dobro informiran potrošač jeste samouvjeren potrošač koji je sposoban donijeti odgovornu financijsku odluku. Europsko pravo zaštite potrošača obilježeno je tzv. *paradigmom objavljivanja* jer ne samo da se vremenom povećavao broj informacija koje su dijelovale kao lijek za informacijski deficit, već su one postajale detaljnije i složenije. Tako da je identificiran novi problem koji se može označiti kao „*informacijska prezasićenost*“ gdje potrošač „zatrpan“ ogromnim brojem informacija ne može razlučiti bitne od manje bitnih, odnosno nije ih sposoban procesuirati i staviti u funkciju racionalnog odlučivanja (Ebers, 2004: 8; Asch, 1988: 48, 50). Kao što se deficit negativno održava na odluke potrošača tako i suficit ima negativne implikacije jer se potrošač nerado odlučuje na čitanje i analiziranje duge liste informacija, pa vrlo lako odustaje od donošenja informirane odluke, a ugovor zaključuje motiviran nekim drugim ponekad i neracionalnim faktorima. U tom smislu umjesto o informiranom potrošaču može se govoriti o zbunjenom potrošaču (Nordhausen Scholes, 2009: 214–217).

Nadalje, ma koliko informacije pisane razumljivim i jasnim jezikom, ipak se radi o stručnim pojmovima koji da bi se ispravno razumjeli traže minimum financijske educiranosti, što se ne može očekivati od većine potrošača. Informacije koje potrošač ne razumije mogu se staviti u istu ravan sa potpunim izostankom informacija, jer čitanje očito ne znači i razumijevanje (Garcia Porras, van Boom, 2009: 18). Tako primjerice, naznačenje EKS-a pomoći će korisniku samo ako je financijski dovoljno pismen da zna da je to kriterij za usporedbu različitih ponuda.

U svrhu potpunog i razumljivog informiranja Direktiva 2008/48/EZ uvodi obavezu uručenja standardnog informacijskog obrasca prije zaključenja ugovora, no isti trpi i određene kritike. Tako primjerice, u *Izveštaju Europske komisije o implementaciji Direktive 2008/48/EZ*<sup>14</sup> ocijenjeno je da je formular preopširan i suviše stručno formuliran da bi ga potrošači razumjeli jer financijska pismenost varira. Kompleksan izgled formulara (sve informacije su smještene na jedan list – i dalje aktualan problem *sitno tiskanih slova*) odvraća potrošače od njegove primjene i rezultira blagim negativnim utjecajem na zaštitu potrošača. Drugim riječima, nije uspostavljen optimalan balans između informacijskog deficita i informacijskog suficita, a propisivanjem ovako opsežne liste Direktiva 2008/48/EZ više se približila ovom drugom, što također može biti problem. Kada je u pitanju dostupnost obrasca, tu je detektiran još jedan problem, naime potrošačima je i dalje izrazito teško pristupiti ponudama, bilo da su ograničene samo na postojeće klijente određenog davatelja, bilo da se traži prethodna provjera kreditne sposobnosti.<sup>15</sup>

Ova europska iskustva ne djeluju nimalo ohrabrujuće, jer ukoliko se krše standardi zaštite potrošača u jednom tako uređenom sistemu, onda i ne iznenađuje puno situacija kada se ista krše kod nas. Određena iskustva o primjeni SIL-a, iako je *Zakon* kratko u primjeni, ipak postoje. Naime, davatelji su „ozbiljno“ shvatili ovu obavezu tako što korisnicima uručuju SIL prilikom samog potpisivanja ugovora o financijskoj usluzi, ali ne i ranije.<sup>16</sup> SIL se pretvorio u samo još jedan dokument koji se mora predati uz ugovor, pritom korisnik i ne zna što je SIL i koja je njegova svrha iako ga u tom trenutku potpisuje. Zakonska obaveza predugovornog informiranja na ovaj način gubi svoj osnovni *ratio*, jer korisnik nema priliku informirati se o financijskoj usluzi tako što će analizirati sadržaj SIL prije nego se obaveže ugovorom i to na nekom drugom mjestu, izvan poslovnih prostorija davatelja. Ono što je primjetno jeste uvriježena prešutna praksa da na korisnikov upit i interes za određenim proizvodom, prvo traže informacije o zaposlenju i mjesečnim primanjima, nakon čega slijedi i provjera kreditne sposobnosti, a tek nakon toga se daju usmene informacije i *ad hoc* kreira konkretna ponuda (dozvoljeni iznos, obračun kamata), a ono što korisnik jedino dobija u pisanoj formi jeste obrazac zahtjeva za kredit uz spisak potrebne dokumentacije. Ovakvim pristupom korisnici i dalje nemaju mogućnost prikupljanja pisanih

14 Izveštaj Komisije Europskom parlamentu i Vijeću o implementaciji Direktive 2008/48/EZ o ugovorima o potrošačkom kreditu, Bruxelles, 14. 5. 2014., COM (2014) 259 final, s. 18-19. <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2014/HR/1-2014-259-HR-F1-1.Pdf>,

15 *Ibidem*, s. 19.

16 Tako primjerice, SIL nije dostupan na internet stranici banke, mada je korisniku dostupan kreditni zahtjev kojeg može „skinuti“ (*download*) i sačuvati, te po potrebi odštampati i potpisanog predati na šalteru banke.

ponuda o uvjetima pružanja usluga različitih davatelja radi njihove usporedbe i odabira najpovoljnije. Obaveza predugovornog informiranja potpuno se stopila sa momentom perfekcije ugovora, drugim riječima uvriježena praksa se faktično i dalje nastavila, bez obzira što je povreda ove dužnosti sada predviđena kao prekršaj sa zapriječenom novčanom kaznom. S aspekta korisnika i dalje ostaje rizik da se nepromišljeno i bez dovoljno razumijevanja ugovora kojem pristupaju obvezuju na duže vrijeme.<sup>17</sup>

## **2.4. Posebna prava korisnika**

Korisnicima finansijskih usluga na raspolaganju je od sada pravo na odustanak od zaključenog ugovora, koje pruža dodatno vrijeme za razmišljanje i konačnu ocjenu prihvatljivosti kreditnog, mikrokreditnog, odnosno *leasing* aranžmana. Pored ovog specifičnog i samo za određene vrste potrošačkih ugovora svojstvenog prava, detaljno se regulira i pravo na prijevremenu otplatu, kako bi se olakšala primjena i ujednačile visine naknada. Pored ova dva instrumenta, *Zakon* propisuje i niz drugih „sitnih“ prava uvjetno rečeno tehničke prirode kao odgovor na dosadašnju poslovnu praksu davatelja, koja je korisnike dovodila u nepovoljan položaj i izlagala finansijskim teretima, kao što je zabrana naplate opomene, pravo na primjenu istog tipa kursa, pravo na isti metod obračuna kamate, prava u vezi s tekućim računom, prava u vezi sa platnom karticom.

### **2.4.1. Pravo na odustanak**

Pravo potrošača na odustanak (*right of withdrawal*) sadržano je u određenim direktivama, zbog nekonzistentne terminologije, pa čak i unutar iste direktive, te dužine *cooling off* perioda za pojedine vrste ugovora, a naročito nakon implementacije direktiva u nacionalna zakonodavstva, učinilo ga je primjerom koji najbolje ilustrira fragmentarnost i nekoherentnost *consumer acquisa* (Schulte-Nölke, Twigg-Flesner, Ebers, 2005: 742–758). Pravo na odustanak je zakonsko, bezuvjetno pravo limitirano relativno kratkim vremenskim periodom tijekom kojeg se potrošač može povući iz zaključenog ugovora bez ikakvih finansijskih posljedica, a koji se označava i kao *period hlađenja (cooling off period)*. Sasvim nesumnjivo *cooling off* predstavlja efikasan mehanizam zaštite od nepromišljenih, impulsivnih, a posebice neinformiranih odluka, budući da suspendira dejstvo ugovora za određeno vrijeme i omogućava potrošaču da ponovno procijeni svoju odluku (Loos, 2009: 237–279).

---

<sup>17</sup> *Dijagnostički pregled zaštite potrošača i finansijske pismenosti u bankarskim uslugama i sektoru mikrofinanciranja u BiH*, Studija Svjetske banke, 2010. Anкета o finansijskoj pismenosti u BiH, provedena od strane Svjetske banke u 2011. godini, rezultirala je ocjenom da je finansijska pismenost građana BiH niska.

Uz značajna odstupanja od Direktive 2008/48/EZ domaći zakonodavac priznaje pravo korisniku na odustanak od ugovora o finansijskoj usluzi u roku od 14 dana od dana zaključenja bez navođenja razloga za odustanak. Dužina *cooling off* perioda je istovjetna, no moment od kojeg počinje teći se razlikuje, jer naš zakonodavac početak roka vezuje isključivo za moment perfekcije ugovora, dok kršenje obaveze dostavljanja ugovornih informacija nije sankcionirao odlaganjem početka roka tako dugo dok se ne ispuni ova obaveza. Međutim, najveće odstupanje od Direktive 2008/48/EZ jeste generalna zabrana davatelju da odobrena kreditna sredstva stavi na raspolaganje korisniku prije isteka roka od 14 dana, izuzev na njegov izričit zahtjev (čl. 26, st. 1). Što znači da se zakonski rok za odustanak može skratiti na određeni *posebni rok*, odnosno korisnik se *de facto* može odreći *cooling off* perioda ako želi što prije koristiti sredstva. Kako bi se izbjegle stanovite poteškoće u pogledu vraćanja sredstava i mnoge države članice EU svojim propisima određuju da kreditor ne može započeti s ispunjenjem obaveze sve dok ne protekne određeno vrijeme, a tako nešto omogućava i sama Direktiva 2008/48/EZ. Naime, u situaciji da su sredstva u tom periodu stavljena na dispoziciju korisniku, on ne bi bio u povoljnijem položaju, jer ako se odluči odustati od ugovora to implicira obavezu vraćanja odobrenog iznosa, ali uvećanog za kamatu koja se akumulirala za to vrijeme.

Budući da *Zakon* propisuje generalnu zabranu stavljanja na raspolaganje kreditnih sredstava do isteka *cooling off* perioda, to nikako nije jasno zašto se posebno naglašava da u slučaju da je kredit osiguran hipotekom, ili ako je predmet ugovora kupovina nekretnine, da korisnik može odustati od ugovora samo pod uvjetom da nije počeo koristiti kredit (čl. 26, st. 3). Ako se sredstva ne mogu staviti na raspolaganje prije isteka roka za odustanak, kako je moguće da realizacija ovog prava bude uvjetovana nekorištenjem sredstava, odnosno pasivnim držanjem korisnika, kako to propisuje ZOO za slučaj odustanka od ugovora o kreditu. S druge strane, ukoliko korisnik smatra da mu je predugo čekati da odobrena sredstva postanu raspoloživa, može, kako je to već naglašeno, zahtijevati isplatu sredstava i ranije, čime se odriče svog prava na odustanak.

Imajući u vidu navedeno, to što *Zakon* dalje detaljno uređuje pravne posljedice odustanka od ugovora, odnosno obavezu restitucije za pojedine vrste finansijskih usluga po uzoru na Direktivu 2008/48/EZ javlja se potpuno bespotrebno. Ovdje se prvenstveno misli na propisivanje obaveze vraćanja glavnice i kamate bez odlaganja, a najkasnije u roku od 30 dana od dana slanja obavještenja o odustanku. Zašto je zakonodavac kreirao ovako nelogično pravno rješenja gdje zabrana iz st. 1, člana 26 isključuje i onemogućava primjenu svih narednih stavova, nije uopće jasno, i ne može se naći neko objašnjenje, osim možda da se radi o redaktorskoj grešci koju je potrebno što prije otkloniti na ovaj ili onaj način.



Pravo na odustanak je besplatno pravo, potrošač ne može snositi nikakve finansijske posljedice svoje odluke koje bi ga mogle odvratiti od istog i djelovati kao kazna. Odustanak od glavnog ugovora povlači i prestanak ugovora o sporednoj usluzi zaključenog u vezi sa glavnim, primjerice osiguranje, s tim da korisnik u pisanom obavještenju mora izričito navesti da odustaje i od sporedne usluge.

#### 2.4.2. Pravo na prijevremenu otplatu

Posebno pravo potrošača jeste i pravo na prijevremeno ispunjenje ugovorne obaveze, odnosno pravo da prije roka dospelosti isplati kredit u cijelosti ili djelomično (*early repayment*). Direktiva 2008/48/EZ precizno uređuje ovaj institut, a u njezinom svjetlu bez odstupanja domaći normotvorac uredio je čl. 27 *Zakona*. Korisnik u svako doba ima pravo vratiti kredit, u potpunosti ili djelomično, pri čemu ima pravo na umanjenje ukupnih troškova kredita za iznos kamate i troškova za preostali period trajanja ugovora, s tim da je o svojoj namjeri dužan unaprijed obavijesti banku u ugovorenom roku. Prijevremeno vraćanje kredita predviđa i ZOO, međutim posebnu zaštitu za korisnika predstavlja činjenica što je *Zakon* sada precizirao visinu naknade koju banka može naplatiti za slučaj da korisnik odluči konzumirati ovo pravo. Naknada koju plaća smatra se zapravo kompenzacijom za troškove, odnosno štetu koju je banka pretrpila zbog prijevremene otplate, ali samo pod uvjetom da je otplata izvršena u periodu tijekom kojeg se primjenjivala fiksna NKS. Pretrpljenu štetu (*damnum emergens*) banka ne dokazuje već se ista pretpostavlja i kompenzira naknadom čija visina ovisi o dužini vremena koje je preostalo za ispunjenje obaveze onako kako je to ugovoreno. Naknada ne smije prijeći 1% vrijednosti prijevremeno otplaćenog kredita ako preostali period prelazi godinu dana. Ukoliko ne prelazi godinu dana, naknada ne smije prijeći 0,5% vrijednosti prijevremeno otplaćenog kredita, no ni u jednom slučaju ne smije prijeći iznos kamate koju bi korisnik platio da je ugovor do kraja ostao na snazi.

Međutim, visina jednokratne naknade koju su banke u BiH naplaćivale po ovom osnovu daleko je prelazila navedene limite i, u pravilu, kretala se od 0,5 do 5%, što je, pak, ovisilo od izvora iz kojeg se otplaćuje kredit. Tako primjerice, naknada je bila najniža ako korisnik postojeći kredit zatvara novoodobrenim, dok je bila najviša ako se kredit zatvara kreditom druge banke. S aspekta korisnika najbolje je ukoliko ovo pravo realizira u prvim godinama otplate, budući da u je tom periodu u rati kredita najveći udio kamate, a taj omjer se protekom vremena postepeno mijenja u korist glavnice. Prijevremena otplata se, dakle, nikako ne isplati u zadnjim godinama, jer tada korisnik faktički vraća samo glavnicu. No, u praksi korisnici upravo u tom periodu najviše koriste ovo pravo.

### 3. Zaključak

Snažan kreditni rast u sektoru stanovništva u protekloj deceniji imao je svoje kratkoročne prednosti, no usljed ekonomske recesije ubrzo su isplivale sve negativne posljedice, naročito kada su u pitanju rizici vezani za strane valute (CHF) i promjenjive kamatne stope. Veliki broj građana u BiH suočio se s poteškoćama u izmirivanju kreditnih zaduženja da bi potom uslijedio „domino efekt“ jer je kao instrument osiguranja kredita masovno korišteno jemstvo. Kako je daljnje kreditiranje ograničeno samo na klijente uredne kreditne povijesti, a ovakvo finansijsko opterećenje teško da je itko mogao izmirivati iz dohotka, to se pojavio ogroman broj neurednih kredita. Da situacija bude dodatno otežana, fizičke osobe kojima su banke uskratile kreditiranje, alternativni izvor financiranja još jedno vrijeme pronalazile su u mikrokreditnom sektoru, koji je po znatno liberalnijim uvjetima, ali skupljoj cijeni plasirao kredite. Ovakvo kreditiranje samo je pogodovalo (pre)zaduženosti potrošača, kredit koji je trebao imati ulogu pokretačke snage na kraju je korisnike doveo u krizu, čije posljedice će se još dugo osjećati. Davatelji finansijskih usluga ponašali su se gotovo pa samovoljno u odnosima sa građanima, a takvo postupanje deklaratorno najčešće su pravdali „potrebom održavanja stabilnosti i solventnosti finansijskog sistema“.

Posljednjih par godina značajno se povećao volumen kredita na BiH tržištu što je stvorilo privid da su se poboljšali i uvjeti kreditiranja. Tako je došlo do pada kamatnih stopa, čak se uvodi fiksna kamatna stopa za cijelo vrijeme otplate kredita, mijenjaju se instrumenti osiguranja, umjesto jemaca uvodi se polica osiguranja i sl. No, pojeftinjenje kredita ne znači da u ugovorima i dalje ne postoje odredbe koje ozbiljno narušavaju ugovornu ravnotežu na štetu korisnika. U pravcu uspostavljanja objektivne ugovorne ravnoteže, ali sa velikim zakašnjenjem, krenuo je i domaći zakonodavac koji je slijedeći europske prakse i normativne akte (Direktivu 2008/48/EZ) donio *Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga FBiH*. Novim pravnim okvirom precizno se uređuju odnosi između stranaka, na način da se osigurava visok stupanj zaštite korisnika, a da se pritom ne ugrožava funkcioniranje finansijskog sektora. Ključni noviteti utvrđeni *Zakonom* odnose se na usklađivanje i dostupnosti općih uvjeta poslovanja, obavezu informiranja uvođenjem standardnog informacionog lista, prava na bezrazložni odustanak od zaključenog ugovora, niže naknade i troškove, transparentniji način iskazivanja i obračuna efektivne kamatne stope, omogućen izbor sredstva osiguranja kredita, pravednije uvjete i sadržaj obrasca ugovora o kredita, ograničenje jednostranog mijenjanja bitnih elemenata ugovora i dr.

Imajući u vidu u ovom radu analizirane ključne novitete, sasvim je nesporno da su korisnici stupanjem na snagu novog *Zakona* u neusporedivo boljoj poziciji nego su to bili ranije. Međutim, da bi utvrđeni standardi zaista postali dio poslovne

zbilje, neophodno je kontinuirano provođenje nadzora nad poštivanjem *Zakona* od strane Agencije za bankarstvo, što implicira i sankcioniranje svih oblika nepoštene poslovne prakse. Prvi korak na putu kvalitetne zaštite korisnika je načinjen, ali isto tako nužno je poduzeti i aktivnosti promoviranja *Zakona* i finansijskog opismenjavanja, jer korisnici moraju biti upoznati sa pravima koja im pripadaju, da bi se mogli istim i služiti.

## Literatura

Asch, P. (1988). *Consumer Safety Regulation: Putting a Price on Life and Limb*. New York: Oxford University Press

Baretić, M. (2003/2004). Nepoštene odredbe u potrošačkim ugovorima s posebnim osvrtom na ugovore banaka i osiguravajućih društava. I/II dio. Suvremeno poduzetništvo. Br. 12/2003, 1/2004. 239–249

Bilten Centralne banke Bosne i Hercegovine, br. 2/14, Retrived 28, January, 2015, from [http://www.cbbh.ba/files/bilteni/2014/Bilten\\_2\\_2014.pdf](http://www.cbbh.ba/files/bilteni/2014/Bilten_2_2014.pdf)

Beatson, J. (1995). European Law and Unfair Terms in Consumer Contracts. *The Cambridge Law Journal*. Vol. 54, No. 2. 235–238

Cartwright, P. The Vulnerable Consumer of Financial Services: Law, Policy and Regulation, *Financial Services research Form*, 2011, Retrived 23, August 2012, from <http://www.nottingham.ac.uk/business/businesscentres/crbfs/documents/researchreports/paper78.pdf>

Dausas, M. A. (2003). Consumer Protection Through Consumer Information?- The Image of the Consumer in European Legislation and Jurisprudence, *Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci*, Suppl. 3

DG SANCO, CPEC, *The over-indebtedness of European households: updated mapping of the situation, nature and causes, effects and initiatives for alleviating its impact – Part 1: Synthesis of findings*, 04.12.2013. Retrived 23, February 2015, from [http://ec.europa.eu/consumers/financial\\_services/reference\\_studies\\_documents/docs/part\\_1\\_synthesis\\_of\\_findings\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/financial_services/reference_studies_documents/docs/part_1_synthesis_of_findings_en.pdf)

Ebers, M. (2004). Information and advising requirements in the financial services sector: Principles and Peculiarities in EC Law. *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 8.2 (June 2004), Retrived 12, August 2011, from <http://www.ejcl.org/82/art82-2.PDF>

European Parliament, DG for Internal Services, *Consumer Protection Aspects of Financial Services*, Study, February 2014, Retrived 21, February 2015, from <http://www.europarl.europa.eu/studies>

Feješ, A. (2009). The impact of information on responsible lending and responsible borrowing in the European Union. *Pravni život*. Br. 12/2009. 751–765

Ferretti, F. (2008). *The Law and Consumer Credit Information in the European Community, The Regulation of Credit Information Systems*. London: Routledge-Cavedish

Garcia Porras, C., van Boom, W. (2009). *Information disclosure in the EU Consumer Credit Directive: Opportunities and limitations*, Rotterdam Institute of Private Law Working Paper, Retrived 12, June 2013, from <http://ssrn.com/abstract=1538111>

Hadfield, K. G., Howse, R., Trebilcock, J. M. Information-Based Principles for Rethinking Consumer Protection Policy. *Journal of Consumer Policy* 21:131–169, 1998

Hand, D. J., Henley, W. E. (1997). *Statistical Classification Methods in Consumer Credit Scoring: A Review*. *Journal of the Royal Statistical Society*. Vol. 160, No. 3. 523–541

Hondius, E. The Protection of the Weak Party in a Harmonised European Contract Law: A Synthesis. *Journal of Consumer Policy* 27: 245–251, 2004

*Izveštaj Komisije Europskom parlamentu i Vijeću o implementaciji Direktive 2008/48/EZ o ugovorima o potrošačkom kreditu*, Bruxelles, 14.5.2014., COM (2014) 259 final, Retrived 12, October 2014, from <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2014/HR/1-2014-259-HR-F1-1.Pdf>

Kačer, H. (2009). Da li su ništetne odredbe u ugovorima o kreditu koje vjerovniku daju pravo jednostrano i bez obrazloženja mijenjati kamatne stope. *Pravni život*. Br. 13/2009. 115–131

Korobkin, R. (2003). Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability. *The University of Chicago Law Review*. Vol. 70, No. 4. 1203–1295

Loos, M. (2009) Rights of Withdrawal. In: Howells, G., Schulze, R., (ed.) *Moderising and Harmonising Consumer Contract Law* (pp. 237-279). Munich: Sellier Publishers

Mak, V. (2012). The Myth of the 'Empowered Consumer' Lessons from Financial Literacy Studies. *TISCO Working Paper Series on Banking, Finance and Services No. 03/2012*, June 2012, Retrived 10, October 2014, from <http://ssrn.com/abstract=2077539>

Maričić, B. (2005). *Ponašanje potrošača*, sedmo izdanje. Beograd: Centar za izdavačku delatnost Ekonomskog fakulteta u Beogradu

Micklitz, H-W., Reich, N., Rott, P. (2009). *Understanding EU Consumer Law*. Intersentia

Misita, N., Grbo Z. (2011). *Evropsko poslovno pravo – odabrane teme*. Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu

Mišćenić, E. (2013). Usklađivanje prava zaštite potrošača u Republici Hrvatskoj. *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske*. 4 (1). 145–176

Nordhausen Scholes, A. (2009). Information Requirements. In: Howells, G., Schulze, R., (ed.) *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law* (pp.213-237). Munich: Sellier Publishers

Sefton-Green, R. (ed.) (2005). *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*. New York: Cambridge University Press

Schulte-Nölke, H., Twigg-Flesner, C., Ebers, M. (ed.) (2005). *EC Consumer Law Compendium The Consumer Acquis and its transposition in the Member State*. Munich: Sellier European Law Publishers

Svjetska banka (2010) “Hrvatska – Dijagnostički pregled zaštite potrošača i finansijske pismenosti”, Svezak II: Usporedba s dobrim praksama, veljača, Zagreb, Retrived 2, November 2014, from [http://worldbank.org/INTECAREGTOPPRV-SECDEV /Resources /Croatia\\_CPFL\\_Vol1\\_Croatian.pdf](http://worldbank.org/INTECAREGTOPPRV-SECDEV /Resources /Croatia_CPFL_Vol1_Croatian.pdf)

Vilus, J. (1976). *Opšti uslovi formalnih ugovora*. Beograd: Savremena administracija

Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga u FBiH, „Sl. novine FBiH“, 31/14

Wilson, S. N. (1965). Freedom of Contract and Adhesion Contracts. *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 14, No. 1. 172–193

**Anita Petrović, LL.D.**

*Assistant Professor,*

*Faculty of Law, University of Tuzla*

**THE NEW LEGAL REGULATION OF FINANCIAL SERVICES IN B&H:  
HOW MUCH ARE THE USERS REALLY PROTECTED?**

*The necessity of legal intervention aimed at improving the legal position of users of financial services has long been recognized in the European Union. As a result of meeting the formal requirements for EU accession and membership, the countries in the region have been obliged to implement a significant part of the consumer acquis. The area of financial services is of special interest to consumers because today it is almost impossible to find a person who does not use or has not used some financial service. The current financial crisis has additionally revealed all the weaknesses of*

*the consumer contractual position. Credit users were especially affected because it was one of the best-selling bank products. Other segments of the financial market are insufficiently developed in transition countries and everything revolves around banks and the services they provide. The expansion of credit services from 2004 to 2008 rendered a short-term satisfaction for consumers but there are long-term consequences that eventually forced the entity legislatures in Bosnia and Herzegovina to adopt new *lex specialis* regulations in order to improve the status of consumers but also to limit the arbitrariness of creditors.*

*In line with the provisions of specific consumer directives, particularly the Directive 2008/48/EC on credit agreements for consumers, in 2014, B&H adopted a new Act on the Protection of Users of Financial Services in the Federation of Bosnia and Herzegovina. It is a notorious fact that the relationship between financial service providers and consumers is characterized by the natural economic, financial, technical and informational asymmetry. The consumer is a weaker contracting party and, as such, he needs additional protection. The Act on the Protection of Users of Financial Services provides protection by prescribing: the general terms and conditions for providing financial services, the obligation to inform consumers in the pre-contractual phase, the content of the standard information list, the method of concluding a contract and a broad list of mandatory elements of the contract, the right to withdraw, the right to early repayment, the manner of calculating the charge for financial services and disclosure of the annual percentage rate of charge etc. Another important novelty is the establishment of the Ombudsman institution for the banking system, which should provide consumers with the right to effective and rapid mechanisms for peaceful settlement of disputes, as an alternative to court proceedings.*

*The consumers in Bosnia and Herzegovina are not lagging behind the global trends when it comes to new and complex types of financial services. What they actually lack is the effective legislation which will provide for the maximum observance of their rights. There is no dispute that the position of users of financial services has significantly improved since the Act was entered into force. The first step towards providing an effective protection for users of financial services has been made. Even though it may be too early to analyze the application of this Act, there are some notable positive developments in practice. Experience teaches us that it is the only ground for evaluating the actual scope and efficiency of consumer protection.*

**Key words:** *Act on the Protection of Users of Financial Services, Directive 2008/48/EC, consumer, financial services, consumer credit.*

**Georgios Panopoulos, Dr.iur.** (Université de Paris) **ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК**  
Associate, Hellenic Institute for International and Foreign Law;  
Attorney-at-Law, Lambadarios Law Firm (Athens), Greece

UDK: 004.738.5:339

UDK: 366.5:347.5

Рад примљен: 30.06.2015.

Рад прихваћен: 03.12.2015.

## **THE INFLUENCE OF THE E-COMMERCE DIRECTIVE ON CONFLICT-OF LAWS AND JURISDICTION RULES REGARDING THE PROTECTION OF TORT VICTIMS AND CONSUMERS**

**Abstract:** *In line with corresponding developments in national laws and international conventions relating to the protection of tort victims and consumers, the Brussels I Regulation (on the one hand) and the Rome I & II Regulations (on the other hand) provide specific conflict rules, by virtue of which such vulnerable parties enjoy a jurisdictional and choice-of-law protection. In case of dispute, such parties are entitled, under certain broad conditions, to seize the tribunals of the country of their habitual residence and take advantage of the application of the substantive legislation of that country.*

*The E-Commerce Directive (2000/31/CE) is commonly considered to consolidate, in the application of private law in electronic commerce, the so-called country-of-origin principle, under which the commercial activities of a company in cyberspace may not be submitted to the application of a legislation other than the legislation of its country of origin, to the extent that the former is more onerous for said company than the latter.*

*It is my position that the so-called country-of-origin principle cannot have any influence in the application of private law and cannot affect the principles and rules dominating the field of choice of laws and international competence. This position finds comfort in Greek case-law and is not refuted by some recent developments in the jurisprudence of the European Court of Justice.*

**Keywords:** *jurisdiction, conflict-of-laws, Brussels I Regulation, Rome I Regulation, Rome II Regulation, E-Commerce Directive, country-of-origin principle, tort victims, consumers.*

## 1. Introduction

Globalization of commerce and trade and of telecommunications makes everybody a potentially vulnerable person: a consumer before an all-mighty corporation and a citizen in the pages of an electronic journal may well fall prey to exploitation by another party based abroad. Protection through domestic legislation would not be adequate if the professional or the publisher may not be sued in the courts of the country of the weaker party's domicile or if the case were not governed by the law of the country of the latter's habitual residence. Conflict-of-laws and jurisdiction rules supplement such protection by submitting the cases to the competence of the courts and of the legislation of the country of the tort victim or the consumer, as the case may be.

In Greece, there are no conflict-of-laws or jurisdiction rules of national origin specific to the activities (contracts and torts) on the Internet. The Brussels I and Rome I & II Regulations apply in the virtual space in the same way as in the real world. The difficulties in the localization of cyber-acts, which was noted in literature very early (e.g. Grammatikaki-Alexiou, 1998), do not seem to have occupied Greek courts too much, which have always been able to resolve the questions of private international law in a satisfactory way, applying the existing conflict rules (already Liaskos&Pyrgakis, 2002; also Tassis, 2011). Case law has not developed any criteria specific to the Internet, for good reason in our opinion: the undertaking that deploys an activity in the cyberspace and does not desire to submit to the Greek private law legislation, may well either not contract with Greece residents (also Liaskos&Pyragakis, 2002: 490) or render its site inaccessible for them, in order to avoid any liability in tort under Greek law.

In this framework, it is important to note that, in accordance with well-established case law, the concept of press covers electronic publications as well (also Karakostas, 2003: 45)<sup>1</sup>; by analogy, this forces the application of the draconian provisions of the Law of 1981 on civil liability of the press and of the simplified and fast-track special procedure of Article 681D of the Code of Civil Procedure. On the other hand, blogs escape this characterization<sup>2</sup>, thus allowing for abuses, in the sense that, as it seems, certain media companies baptize their sites as blogs in order to take advantage of blogs' favorable status. The balance between freedom of expression and protection of privacy is difficult to achieve (Inglezakis, 2011).

Be it as it may, one should explore the importance that would be granted by the Greek courts to the case law of the European Court of Justice in relation, first, to the interpretation of the Brussels I Regulation provisions on torts and con-

---

1 See e.g. Athens Court of Appeal 8962/2006.

2 See Piraeus Court of First Instance 4980/2009.



sumer contracts on line (*infra* Chapter 2) and, second, and more importantly, the influence of the E-Commerce Directive 2000/31/CE (transposed *verbatim* by presidential decree 131/2003) on the applicable law in these circumstances (*infra* Chapter 3).

## 2. Jurisdiction

### 2.1. Torts

The European jurisdiction rule on torts, now incorporated in Article 7(2) of the Brussels *Ibis* Regulation, reads as follows: “A person domiciled in a Member State may be sued in another Member State in matters relating to tort, *delict* or *quasi-delict*, in the courts of the place where the harmful event occurred or may occur”<sup>3</sup>. This provision has been interpreted by the European Court of Justice in the early landmark *Mines de potasse d’Alsace* judgment of 1976, as covering both the place where the damage occurred and the place of the event giving rise to it, so that the defendant may be sued, at the option of the plaintiff, in the courts of either place<sup>4</sup>. Nevertheless, as this position has been concretized in the *Fiona Shevill* judgment of 1995, the victim of a libel by a newspaper article distributed in several Contracting States may bring action for damages against the publisher either before the courts of the State of the place where the publisher is established, which have jurisdiction to award damages for all the harm caused by the defamation, or before the courts of each State in which the publication was distributed and where the victim claims to have suffered injury to his reputation, which have jurisdiction to rule solely in respect of the harm caused in the State of the court seized<sup>5</sup>.

The case law of the European Court of Justice on jurisdiction in the field of tort liability outside Internet is constantly followed by the Greek courts, which take care, in line with the *Dumez France* and *Marinari* rules<sup>6</sup>, not to found their international competence on indirect damages (*dommage par ricochet*)<sup>7</sup>.

However, in the field of the Internet, the *Fiona Shevill* rule has recently been loosened, by the *eDate* judgment of 2011: the victim of the alleged infringement of privacy may now bring an action for liability in respect of all the damages

3 Same under Brussels I Regulation (before the recast of 2012), Article 5(3); and under the same Article of Brussels Convention.

4 ECJ 21/76 *Mines de potasse d’Alsace* [1976].

5 ECJ C-68/93 *Fiona Shevill* [1995].

6 ECJ C-220/88 *Dumez France* [1990]; C-364/93 *Marinari* [1995].

7 See Areios Pagos 1551/2003 & 18/2006, under Brussels Convention; Areios Pagos 1738 & 1865/2009, 1027 & 1028/2011; also Thessaloniki Court of Appeal 121/2010.

caused not only before the courts of the Member State in which the publisher is established but also before the courts of the Member State in which the center of the victim's interests is based<sup>8</sup>. The rule applies only in relation to injuries to personality, and not in relation to infringements of a trade mark and copyright on the Internet<sup>9</sup>. It must be noted however that, as the European Court of Justice clearly ruled in the *Hejduk* case, it is sufficient for the court of the victim's domicile to establish jurisdiction that the site be *accessible* in the Member State of the court, and it is not required that the activity concerned be *directed* to or *focusing* on that State.

The Court case law on cyber-torts has not been tested by the Greek judges yet, but it will probably be received without any problem. The fact that, for instance, the application of the *eDate* judgment will probably give rise to a *forum shopping* in the field of infringements of privacy (for a critique on this aspect, see T.C. Hartley, 2014), would not seriously alter the situation in Greece. On the one hand, the Greek courts are not the *forum* preferred by claimants in this field; on the other hand, Areios Pagos (the Supreme Court of Greece) already applies the lesson of the *eDate* judgment in regard to libel, having surpassed the *Fiona Shevill* rule in the sense that, in case of a Greek national having his habitual residence in Greece and suing a foreign media company, the Supreme Court does not seek to limit the jurisdiction of Greek courts solely to damages suffered in Greece, even when the *medium* of the infringement is not the Internet but a traditional paper<sup>10</sup>.

## 2.2. Consumer contracts

In accordance with Article 18 of Brussels *Ibis* Regulation, "a consumer may bring proceedings against the other party to a contract in the courts of the Member State in which that party is domiciled or, regardless of the domicile of the other party, in the courts for the place where the consumer is domiciled". However, this jurisdictional protection is granted in relation to a consumer contract concluded via internet, only if, in accordance with Article 17(1)(c), "the contract has been concluded with a person who pursues commercial or professional activities in the Member State of the consumer's domicile or, by any means, directs such activities to that Member State, and the contract falls within the scope of such activities". It follows that, for a consumer to be protected, the contract must be the fruit of commercial or professional activities *directed* to the State of the consumer's domicile. The concept of *direction* acquires then central role.

---

8 ECJ C-509/09& C-161/10 *eDate Advertising* [2011].

9 ECJ C-523/10 *Wintersteiger* [2012] (trade mark); ECJ C-170/12 *Pinckney* [2013]; C-441/13 *Hejduk* [2015] (copyright).

10 Areios Pagos 903/2010.

The European Court of Justice has given a lengthy interpretation of this concept in its *Pammer* judgment of 2010<sup>11</sup>:

In order to determine whether a trader whose activity is presented on its website or on that of an intermediary can be considered to be ‘directing’ its activity to the Member State of the consumer’s domicile, within the meaning of Article 15(1)(c) of Regulation No 44/2001 [now 17(1)(c) of Brussels *Ibis* Regulation], it should be ascertained whether, before the conclusion of any contract with the consumer, it is apparent from those websites and the trader’s overall activity that the trader was envisaging doing business with consumers domiciled in one or more Member States, including the Member State of that consumer’s domicile, in the sense that it was minded to conclude a contract with them. The following matters, the list of which is not exhaustive, are capable of constituting evidence from which it may be concluded that the trader’s activity is directed to the Member State of the consumer’s domicile, namely the international nature of the activity, mention of itineraries from other Member States for going to the place where the trader is established, use of a language or a currency other than the language or currency generally used in the Member State in which the trader is established with the possibility of making and confirming the reservation in that other language, mention of telephone numbers with an international code, outlay of expenditure on an internet referencing service in order to facilitate access to the trader’s site or that of its intermediary by consumers domiciled in other Member States, use of a top-level domain name other than that of the Member State in which the trader is established, and mention of an international clientele composed of customers domiciled in various Member States. It is for the national courts to ascertain whether such evidence exists.

On the other hand, the mere accessibility of the trader’s or the intermediary’s website in the Member State in which the consumer is domiciled is insufficient. The same is true of mention of an email address and of other contact details, or of use of a language or a currency which are the language and/or currency generally used in the Member State in which the trader is established.

The non-exhaustive list of the *Pammer* judgment evidences, in our opinion, an embarrassment of the Court of Justice concerning the concretization of the concept of “direction”. The enumeration of elements that constitute indicators which permit to consider that a commercial or professional activity is directed to the State of the consumer’s domicile and which can be combined with each

---

11 ECJ C-585/08 & C-144/09 *Pammer* [2010].

other in order to lead to the same result shows that, in the end of the day, the criterion for the application of the provision is not prospective but retrospective: the professional, who has concluded a contract with a consumer domiciled in another Member State, directs *de facto* his activities to that State; if the activities were not directed to that State, the contract would not have been concluded... Our opinion is strengthened by the more recent judgment of 2013 in the case *Emrek*, where the Court of Justice held that no causal link is required “between the means employed to direct the commercial or professional activity to the Member State of the consumer’s domicile, namely an internet site, and the conclusion of the contract with that consumer”<sup>12</sup>.

The Greek courts will have no difficulty to apply this jurisprudence, given that Greece is a country of destination rather than production of consumer products and services.

### **3. Applicable law**

#### ***3.1. A possible interplay between Rome Regulations and E-Commerce Directive***

Applicable law in torts committed and consumer contracts concluded online is regulated by European Regulations Rome I & II, as well as, outside the scope of said regulations, by national conflict rules.

In accordance with the general rule of Article 4 of Rome II Regulation, “the law applicable to a non-contractual obligation arising out of a tort/delict shall be the law of the country in which the damage occurs irrespective of the country in which the event giving rise to the damage occurred”. The result is the same under Article 8(1), which regulates the law applicable to infringements of intellectual property rights, very common online. Despite the fact that, under Article 1(2) (g), “non-contractual obligations arising out of violations of privacy and rights relating to personality” are excluded from the scope of Rome II Regulation, the law of the place of habitual residence of the victim should be applicable in this case too, by virtue of Article 26 of the Greek Civil Code.

According to Article 6(1) of Rome I Regulation, a consumer contract “shall be governed by the law of the country where the consumer has his habitual residence”, provided that the professional, at the very least, directs his commercial or professional activities to the consumer’s country.

It follows that tort victims and consumers via the Internet are in principle entitled to the protection of the law of the country of their habitual residence. The

---

12 ECJ C-218/12*Emrek*[2012].

question is nevertheless complicated in light of the E-Commerce Directive and of its interpretation in the *eDate* judgment<sup>13</sup>, given that certain Greek authors (e.g. Alexandridou, 2000: 118-121; Christodoulou, 2004 : 355-356; Apostolopoulos, 2004; Christodoulou, 2010: 330) read the “internal market” clause contained in Article 3(2) of the Directive, as instituting, more or less, a conflict-of-laws rule imposing the application, both in the field of torts and contracts, of the law of the country of origin of the service provider (*contra* Liaskos&Pyrgakis, 2002: 492; Tsouka, 2005: 795-797). The provisions of the Directive that are of importance for the purposes of this analysis read as follows:

#### Article 1 – Objective and scope

...

(4) This Directive does not establish additional rules on private international law nor does it deal with the jurisdiction of Courts.

#### Article 2 – Definitions

...

(h) ‘coordinated field’: requirement laid down in Member States’ legal systems applicable to information society service providers or information society services, regardless of whether they are of a general nature or specifically designed for them.

(i) The coordinated field concerns requirements with which the service provider has to comply in respect of:

- ...

- the pursuit of the activity of an information society service, such as requirements concerning the behavior of the service provider, requirements regarding the quality or content of the service including those applicable to advertising and contracts, or requirement concerning the liability of the service provider;

(ii) ...

#### Article 3 – Internal Market

(1) Each Member State shall ensure that the information society services provided by a service provider established on its territory comply with the national provisions applicable in the Member State in question which fall within the coordinated field.

---

13 ECJ C-509/09& C-161/10 *eDate Advertising* [2011].

(2) Member States may not, for reasons falling within the coordinated field, restrict the freedom to provide information society services from another Member State.

(3) Paragraphs 1 and 2 shall not apply to the fields referred to in the Annex

#### Annex – Derogations from Article 3

As provided for in Article 3(3), Article 3(1) and (2) do not apply to:

- ...
- the freedom of the parties to choose the law applicable to their contract
- contractual obligations concerning consumer contracts.

##### *3.1.1. Consumer contracts*

The above provisions are dominantly interpreted in the sense that the words “liability of the service provider” in Article 2(h)(i) also comprise civil liability. Nevertheless, given that the consumer contracts obligations and the freedom of contractual choice of law are exempted from the application of the internal market clause, we do not see what part of contract law remains within the scope of the clause. As a matter of fact, on the one hand, if the choice of law is excluded from the coordinated field, the exclusion applies also by necessity to the contractual liability of the service provider in accordance with the law chosen; on the other hand, by the same token, one should also exclude civil liability of the service provider in accordance with the law applicable in the absence of any choice. Furthermore, we have shown (Panopoulos, 2009), by means of an interpretation of the *Alsthom Atlantique* judgment of 1991<sup>14</sup>, that the application of the civil liability regime provided for by the law of any Member State is not susceptible of obstructing the free movement of goods and services and thus, provided that it does not imply any discrimination, such application escapes from the scope of the Treaty provisions relating to the four freedoms. This means that the Directive, issued precisely in order to eliminate the obstacles to intra-Community electronic trade, would not affect the application of the private law of civil liability, precisely because the latter does not impede on the former. In consequence, it must be admitted that contracts law does not fall into the coordinated field (see also Mankowski, 2001: 153-157; *contra* e.g. Spindler, 2001).

---

14 ECJ C-339/89 *Alsthom Atlantique* [1991].

### 3.1.2. Torts

One should then examine the case of tort law, in particular infringements of privacy, excluded as they are from the scope of Rome II Regulation (see Article 1(2)(g)*supra*) (for the inclusion in the coordinated field, but disapproving Lurger&Vallant, 2002: 190; Mankowski 2001: 173-174; against, Wilderspin& Lewis, 2002). In regard to torts, Article 3(2) of the E-Commerce Directive can be reformulated as follows: “Member States may not, in the field of private tort law, restrict the freedom to provide information society services from another Member State”. In essence, this means that: “Member States may not apply their own private tort law to information society services or to providers of same from another Member State, to the extent that such application restricts the freedom to provide such services”.

In other words, the last proposition dictates that the host country law is applicable only to the extent that it is not unfavorable to the provider of information society services from another Member State. And, in order to evaluate the favorable or unfavorable character of the application of the host country law, Article 3(1) of the Directive offers the law of the country of origin as a point of comparison. In consequence, this leads to the formulation of a conflict-of-laws rule, according to which the information society services are governed by the law most favorable to the service provider, being understood that the choice lies between two laws: the law of the country where the service is provided and the law of the provider’s country of origin<sup>15</sup>.

However, to thus deduct a conflict rule contradicts Article 1(4), which clearly states that the Directive does not establish any rule of private international law. Thus, in accordance with the *eDate* judgment (pt. 63): “it follows that Article 3(2) of the Directive does not require transposition in the form of a specific conflict-of-laws rule”. But it is evident that there is a contradiction, which many doctrinal proposals have tried to raise; however, none of these proposals is completely satisfactory since all of them lead to the denial of the normativity of Article 1(4) (on these proposals and their refutation, Panopoulos 2012: 315-316).

## 3.2. *eDate* judgment and its critique

### 3.2.1. *The eDate judgment*

The Court of Justice has nevertheless opted for one of these proposals, namely that which reads in Article 3(2) of the E-Commerce Directive an obligation for

---

<sup>15</sup> Alternatively, this would lead to the formulation of a conflict-of-law rule that always designates as applicable the law of the provider’s country (e.g. Lurger&Vallant, 2002, always disapproving), even if this is not more favorable to him (see e.g. Thünken, 2002: 938).

the judge of the host state applying his own law to take into consideration the law of the country of origin of the service provider in favor of the latter. In other words, this position holds that, if the host country's law is unfavorable to the provider in comparison with the law of the country of origin, the judge of the host country applies his own law but without the elements that make it less favorable for the provider (Spindler, 2001: 335-336). Thus, as for the supporters of this position, private international law is not put into question and the court applies solely the law of the host country, as appropriately corrected, so that it does not handicap the service provider (Halfmeier, 2001: 863; Fezer&Koos, 2000: 353, disapproving; the mechanism of the "exception of mutual recognition" leads to the same result, Fallon & Meeusen, 2002: 487). This is more or less what the *eDate* judgment accepts (pt. 68):

... in relation to the coordinated field, Member States must ensure that [. . .] the provider of an electronic commerce service is not made subject to stricter requirements than those provided for by the substantive law applicable in the Member State in which that service provider is established.

Yet, since the correction of the law of the host country is destined to make it coincide with the law of the country of origin, to say that one applies the former rather than the latter is nothing more than wordplay, whose sole goal is to bypass the provision of Article 1(4). Let's imagine for instance a case where the law of the country of origin provides, in favor of the service provider, a defense which is not at his disposal under the law of the host country. According to the European Court's position, in applying the law of the host country, the judge "will take into consideration" this defense, even though the law of the host country ignores it. We see no difference between such consideration taken and straightforward application (see also Mankowski, 2001: 144-145).

### 3.2.2. Critique

The European Court of Justice seems to have adopted a position that would be dangerous if it was not inapplicable. It would be dangerous in the sense that it would imply a systematic (if not systemic) favor for the commercial and professional undertakings *vis-à-vis* consumers and in general weaker parties, as we have already shown in our analysis of the reasons why this position not only is not imposed by the relevant Treaty provisions but is in fact incompatible with them (Panopoulos, 2008).

The inapplicability of the position derives already from the formulation employed by the Court: "ensure that . . . the provider . . . is not made subject to stricter requirements". But the "requirements" of the substantive law of a Member State, before being more or less "strict", are, most importantly, *other*. Suppose



that, according to law A, an infringement of privacy is always a tort even if not wrongfully committed, and that the victim's claim is subject to a six-month statute of limitations starting from the commission of the tort; while, according to law B, solely a wrongful infringement gives rise to damages and the statute of limitations is of twelve months: we do not see which regulation is stricter. If the victim commences proceedings nine months following a wrongful infringement and that the action is dismissed, then: which law has been applied?

Furthermore, the function of the so-called country-of-origin principle is, where it is used, to spare the commercial or professional undertaking from a *cumulative application* of the regulation of two Member States. However, in the field of private law, the court hearing a given dispute is only one and applies only one law, as "it is logically impossible, even if the solutions [of the laws having a claim to application] are identical, to cumulatively apply [all] the . . . laws" (Mayer, 1973: n° 8). To be sure, before the initiation of any proceedings, it is not easy to say with certainty which law will be applied. However, what could obstruct free movement is the *in concreto* cumulative application of multiple laws, and not their *in abstracto* concurrent applicability.

In the specific case, the position taken by the Court of Justice will be of no use for the Federal Court of Germany that had submitted the preliminary question. This is because, as it comes out from point 23 of the judgment:

The Bundesgerichtshof states that if the country-of-origin principle were to be considered to be an obstacle to the application of the law on a substantive level, German private international law would be applicable and the decision under challenge would then have to be set aside and the action ultimately dismissed, since the applicant's claim seeking an injunction under German law [applicable, it seems, under Article 40(1) of the Introductory Law to the German Civil Code] would have to be refused. By contrast, if the country-of-origin principle were to be treated as a conflict-of-laws rule, X's claim for an injunction would then have to be assessed according to Austrian law.

In effect, given that the Court of Justice has considered that the so-called country-of-origin principle does not have the function of a conflict rule, it is immaterial whether this "principle" constitutes an obstacle to the application of substantive German law, given that the action would be dismissed in any case under German law! The judgment of the Court of Justice is thus useless for the specific case... But there is more than that.

Just before arriving at a conflict rule, the interpretation of Article 3 of the E-Commerce Directive leads to the proposition that the host country may not apply its own private law, to the extent that such application is unfavorable to the provider of the information society services (proposition No. 2). This proposition

is founded in turn on a second one, according to which the host country may not, by means of the application of its own private law, restrict the freedom to provide information society services (proposition No. 1). Proposition No. 1 does not thus lead to proposition No. 2 unless the application by the host country of its own private law is apt to restrict the freedom to provide services. But we have shown that this can never be the case (Panopoulos, 2009; cf. Wilderspin & Lewis, 2002). This application does not fall, in consequence, within the scope of Community freedoms, provided (as it is practically always the case) that it does not institute any discrimination against foreign economic entities. In consequence, proposition No. 2 is false.

Inversely, the only way that a State may restrict the freedom to provide services in the field of private law consists in the application by that State of its own private law, which *ex hypothesi* is stricter than the law of the country of origin of the service. But this comes back to proposition No. 2, which is false. In consequence, proposition No. 1 is false too, because it prohibits Member States from doing something that in any case they are not able to do. It follows that Article 3(2) of the E-Commerce Directive, which prohibits (on a deontological level) Member States from restricting freedom to provide information society services, has nothing to do with private law, because in this field it is impossible (on an “ontological” level) for States to do so. In fact, if *impossibilium nulla obligatio est*, it must also be true that *impossibilium nulla est prohibitio*.

Article 3(2) does not thus contain any conflict rule, a conclusion that is in line with the statement in Article 1(4), in accordance to which the E-Commerce Directive does not establish any private international law rules. One thus saves the (declarative) “normativity” of the provision of Article 1(4), while the rule of Article 3(2) reserves within its scope of application all national measures that are really apt to restrict freedom to provide information society services. The country-of-origin principle, inserted in Article 3(1) of the Directive, has no effect on private law relations, but only concerning the organization of the activity of the undertaking (see also Vivant, 2011: n° 25<sup>16</sup>; Mitsou, 2010: 671). When the Court of Justice establishes that Member States have to ensure that the provider of an electronic commerce service is not made subject to stricter private law requirements than those provided for by the substantive law of his country of origin, the Court forgets that such requirements do not fall under the scope of the E-Commerce Directive because they do not create any obstacle to freedom of movement.

---

16 «Il faut un singulier aveuglement pour découvrir dans cette phrase [de l’art. 3(1)] ... l’élection de la loi d’origine comme loi devant régir les relations contractuelles du commerce électronique. Ce texte concerne le seul statut des acteurs du commerce... ».

Should this analysis be correct, Greek courts should take no account of the E-Commerce Directive in connection with private international law, and continue undisturbed to grant the protection of Greek law to consumers and tort victims; and so should also do all courts of Member States.

## References

### **Statutes European**

Brussels Ibis Regulation. Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast), *Official Journal of the European Union* L 351/20.12.2012, p. 1-32

Brussels I Regulation. Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, *Official Journal of the European Union* L 12/16.1.2001, p. 1-23

Brussels Convention of 27 September 1968 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters; ratified in Greece by Law No 1814/1988, *Official Gazette of the Greek Government A'* 249

Rome I Regulation. Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), *Official Journal of the European Union* L 177/4.7.2008, p. 6-16

Rome II Regulation. Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), *Official Journal of the European Union* L 199/31.7.2007, p. 40-49

E-Commerce Directive. Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce'), *Official Journal of the European Union* L 178/17.7.2000, p. 1-16; transposed in Greece by Presidential Decree 131/2003, *Official Gazette of the Greek Government A'* 116

Greek Law No 3994/2011, *Official Gazette of the Greek Government A'* 165

Greek Civil Code. Presidential Decree No 503/1985, *Official Gazette of the Greek Government A'* 182

Greek Code of Civil Procedure. Presidential Decree No 503/1985, *Official Gazette of the Greek Government A'* 182

Law 1178/1981, *Official Gazette of the Greek Government A'* 187

Court Decisions

**European Court of Justice**

Case 21/76 *Handelswekerij G.J. Bier B.V. v Mines de potasse d'Alsace SA* [30.11.1976] ECR 1735

Case C-220/88 *Dumez France SA and Tracobasàrl v Hessische Landesbank*[11.1.1990] ECR I-74

Case C-339/89 *Alsthom Atlantique v. Sulzer* [24.1.1991] ECR I-107

Case C-68/93 *Fiona Shevill v Presse Alliance SA* [7.3.1995] ECR I-415

Case C-364/93 *Antonio Marinari v Lloyds Bank plc and Zubaidi Trading Company* [19.9.1995] ECRI-2733

Case C-585/08 & C-144/09 *Peter Pammer v Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG and Hotel AlpenhofGesmbH v Olivier Heller* [7.12.2010] ECR I-12527

Case C-509 & 161/10 *eDate Advertising GmbH v X and Olivier Martinez and Robert Martinez v MGN Limited* [25.10.2011] ECR I-10269

Case C-523/10 *Wintersteiger AG v Products 4U Sondermaschinenbau GmbH* [19.4.2012] *electronic reports*

Case C-218/12, *Lokman Emrek v Vlado Sabranovic*[17.10.2013] nyp

Case C-170/12 *Peter Pinckney v KDG Mediatech*[3.10.2013]nyp

Case C-441/13, *Pez Hejduk v Energie Agentur.NRW GmbH* [22.1.2015] nyp

Greek Courts

AreiosPagosdecisionn° 1551/2003, *Χρονικά Ιδιωτικού Δικαίου*2004, 350

AreiosPagosdecision n° 18/2006, *Νομικό Βήμα*2006, 1501

AreiosPagos decision n° 1738/2009, discussed in Panopoulos, 2010: 853-855

AreiosPagos decision n° 1865/2009, discussed in Panopoulos, 2010: 853-855

AreiosPagosdecision n° 903/2010, *Νομικό Βήμα*2010, 2489

AreiosPagosdecision n° 1027/2011, *Νομικό Βήμα*2012, 336

AreiosPagosdecision n° 1028/2011, *Νομικό Βήμα*2012, 336

Athens Court of Appeal decision n° 8962/2006, *Ελληνική Δικαιοσύνη* 2007, 1518

Thessaloniki Court of Appeal decision n° 121/2010, *Εφαρμογές Πολιτικής Δικονομίας* 2010, 844, comm. E. Vassilakakis

Piraeus Court of First Instance judgment 4980/2009, *Δίκαιο Μέσων Ενημέρωσης και Επικοινωνίας* 2010, 101, note Sp. Tassis

Thessaloniki Court of First Instance judgment 22228/2011, *Δίκαιο Μέσων Ενημέρωσης και Επικοινωνίας* 2011, 379, note Sp. Tassis.

Athens Court of First Instance injunction n° 9777/2009, *Δίκαιο Μέσων Ενημέρωσης και Επικοινωνίας* 2010, 234, note Ph. Stamatopoulos

## Bibliography

### ***In Greek***

Alexandridou, E. (2000). Η πρόταση οδηγίας της ΕΕ για το ηλεκτρονικό εμπόριο και η προστασία του καταναλωτή. *Δίκαιο Επιχειρήσεων & Εταιριών*. 6(2) 113-125

Apostolopoulos, H. (2004). Η ερμηνεία της αρχής της χώρας προέλευσης στην Οδηγία για το ηλεκτρονικό εμπόριο ως κανόνας σύγκρουσης του ιδιωτικού διεθνούς δικαίου; *Δίκαιο Επιχειρήσεων & Εταιριών*. 10(3) 266-269

Christodoulou, K. (2010). Ευθύνη του παρόχου δικτύου για προσβολές της ιδιωτικής σφαίρας. *Δίκαιο Μέσων Ενημέρωσης και Επικοινωνίας*. 7(3) 328-330

Christodoulou, K. (2004). Αστική ευθύνη του παρόχου δικτύου ως μεσάζοντος στην παροχή υπηρεσιών της κοινωνίας της πληροφορίας. *Δίκαιο Μέσων Ενημέρωσης και Επικοινωνίας*. 1(3) 350-356

Grammatikaki-Alexiou, A. (1998). Internet και Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο – Συμβατικές και αδικοπρακτικές ενοχές στον Κυβερνοχώρο. *Αρμενόπουλος*. 52(4) 409-417

Inglezakis, I. (2011). Ελευθερία έκφρασης και ανωνυμία στο Διαδίκτυο: το παράδειγμα του ιστολογίου. *Δίκαιο Μέσων Ενημέρωσης και Επικοινωνίας*. 8(3) 317-324

Karakostas, I. (2003). *Δίκαιο και Ίντερνετ*, 2<sup>ο</sup> éd.

Liaskos, E., Pyrgakis, D. (2002). Η συμβολή των κανόνων του Ιδιωτικού Διεθνούς Δικαίου στην επίτευξη ασφάλειας δικαίου στο Internet. *Χρονικά Ιδιωτικού Δικαίου*. 2, 486-496

Mitsou, A.-O. (2010). Ηλεκτρονικό Εμπόριο. In Ch. Pamboukis (dir.) *Δίκαιο Διεθνών Συναλλαγών*. p. 627-700

Panopoulos, G. (2012). Οδηγία για το ηλεκτρονικό εμπόριο και ιδιωτικό διεθνές δίκαιο: Ραντεβού στα τυφλά; *Δίκαιο Επιχειρήσεων & Εταιριών*. 18(4) 311-318

Panopoulos, G. (2008). Η «φιλελεύθερη σύλληψη του αστικού δικαίου» και η επίδρασή της στο αστικό δίκαιο δια του πρωτογενούς κοινοτικού δικαίου. *Εφαρμογές Αστικού Δικαίου*. 1(12) 1170-1183

Tassis, Sp. (2011). Προσδιορισμός του τόπου εγκατάστασης των επιχειρήσεων ΜΜΕ που δραστηριοποιούνται στο Διαδίκτυο. *Δίκαιο Μέσων Ενημέρωσης και Επικοινωνίας*. 8(1) 53-57

Tsouka, Ch. (2005). Το ιδιωτικό διεθνές δίκαιο της κοινοτικής εννόμου τάξεως – Προβλήματα και ιδιομορφίες. *Χρονικά Ιδιωτικού Δικαίου*. 5, 786-801

In other languages

Fallon, M., Meeusen, J. (2002). Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé, *Revue critique de droit international privé*. 91(3)435-489

Fezer, K.-H., Koos, St. (2000). Des gemeinschaftsrechtliche Herkunftslandprinzip und die e-commerce Richtlinie, *Praxis des internationalen Privatrechts*. 20(5) 349-354

Halfmeier, A. (2001). Vom Cassislikör zur E-Commerce-Richtlinie: Auf dem Weg zu einem europäischen Mediendeliktsrecht. *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*. 9(4)837-868

Hartley, T.C. (2014) Libel Tourism in the European Union: The eDate Advertising Case. In *Essays in honour of Spyridon Vl. Vrellis*.p. 323-330

Lurger B., Vallant, S.M. (2002) Grenzüberschreitender Wettbewerb im Internet. *Recht der internationalen Wirtschaft*. 48(3)188-201

Mankowski, P. (2001). Herkunftslandprinzip als IPR der e-commerce-Richtlinie. *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*.100(2) 137-181

Mayer, P. (1973) *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*

Panopoulos, G. (2010). La jurisprudence grecque de droit international privé en 2009. *Revue hellénique de droit international*.63(2) 839-880

Panopoulos G. (2009). *Une méthode de délimitation du domaine d'application du droit privé communautaire*

Spindler, G. (2001a). Internet, Kapitalmarkt und Kollisionsrecht unter besonderer Berücksichtigung der E-Commerce-Richtlinie. *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht* 165(4) 324-361

Spindler, G. (2001b). Kapitalmarktgeschäfte im Binnenmarkt. *Praxis des internationalen Privatrechts* 21(6) 400-408

Thünken, A. (2002) Multi-State Advertising over the Internet and the PIL of Unfair Competition. *International & Comparative Law Quarterly*. 51(4)909-942

Vivant, M. (2011). *Répertoire Dalloz Droit international*, v° Internet

Wilderspin M., Lewis, X. (2002) Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des États membres. *Revue critique de droit international privé*. 91(1) 1-37 & (2) 289-313

**Dr Georgios Panopoulos, LL.D.** (*Université de Paris I*)

*Сарадник Хеленског института за међународно и инострано право;  
Партнер у Адвокатској канцеларији Ламбадариос, Атина;  
Атина, Грчка*

**УТИЦАЈ ДИРЕКТИВЕ О ЕЛЕКТРОНСКОЈ ТРГОВИНИ НА  
ИЗБОР МЕРОДАВНОГ ПРАВА И НОРМИ О НАДЛЕЖНОСТИ ЗА  
ЗАШТИТУ СЛАБИЈЕ СТРАНЕ (ЛИЦА ОШТЕЋЕНИХ ПО ОСНОВУ  
ВАНУГОВОРНЕ ОДГОВОРНОСТИ И ПОТРОШАЧА)**

**Резиме**

*У складу са одговарајућим променама у националним правним системима и међународним конвенцијама које се односе на заштиту лица оштећених по основу вануговорне одговорности за штету и потрошача, Регулатива Брисел I (с једне стране) као и Регулативе Рим I и Рим II (с друге стране) предвиђају одређене колизионе норме које омогућавају заштиту слабије стране у сфери међународне надлежности и избора меродавног права. У случају спора, под одређеним широко постављеним условима, слабија страна има право да покрене поступак пред судом државе свог уобичајеног боравишта и да примени супстанцијално право те исте државе.*

*Генерално се сматра да Директива о електронској трговини (2000/31/ЕС) уводи такозвани принцип државе порекла у област електронске трговине. Према овом принципу, на трговинске активности компаније у виртуелном (cyber) простору може се применити само право државе њеног порекла, у случају када би примена правила друге државе била неповољнија за компанију.*

*Аутор сматра да такозвани принцип државе порекла не може утицати нити на примену приватног права нити на преовлађујуће принципе и правила у области колизиних норми и међународне надлежности. Овај став је прихваћен и у пракси грчких судова и није оспорен ни досадашњим одлукама Суда правде Европске уније.*

**Кључне речи:** *надлежност, сукоб закона, Регулатива Брисел I, Регулатива Рим I, Регулатива Рим II, Директива о електронској трговини, принцип државе порекла, оштећени, потрошачи.*



**Alehandra E. Douga,\***  
*Attorney-at-law, Athens Bar; Associate,  
Hellenic Institute of International and Foreign Law,  
Athens, Greece*

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 366.5:368.022](495)

Рад примљен: 30.06.2015.

Рад прихваћен: 03.12.2015.

## **CONSUMER PROTECTION IN GREECE, ESPECIALLY IN INSURANCE CONTRACTS**

### **1. Introduction**

In Greece, legislation on consumer protection is mainly the result of the Hellas' obligation to implement relevant European Union law. Thus, the basic Consumer Protection Act (Law 2251/1994 – ConsPL)<sup>1</sup> embodies the most important EC Directives<sup>2</sup> in this area. Presidential decrees 339/1996, 182/1999, 100/2000 and 131/2003<sup>3</sup>, along with more than a dozen joint ministerial decisions, constitute the current legal framework on consumer protection. The ConsPL regulates various consumer issues such as general terms and conditions of consumer

---

\* mail

1 Law 2251/1994, entered in force 16 November 1994, substantially amended by Law 3587/2007, in force 10 July 2007. The 1994 Law replaced the first Hellenic Consumer Protection Law 1961/1991, last amendment of ConsPL by Law 4314/2014, in force 23 December 2014. Hellenic legislation is fully cited in Greek at the end of the paper but citation in English is chosen in the footnotes for reasons of easier reading and comprehension.

2 Consumer *acquis* directives transposed to Hellenic legislation by the ConsPL are: the Directive on distance selling (97/7/EC), the Directive on injunctions (98/27/EC), the Directive on doorstep selling (87/577/EEC), the Directive on sale of consumer goods and guarantees (99/44/EC), the Directive on unfair contract terms (93/13/EEC) and the Directive 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 (2011/83/EU). Directives outside the scope of the *acquis* transposed to Hellenic legislation by the ConsPL are: the Directives on misleading advertising and comparative advertising (84/450/EC – 97/55/EC), the Directive on unfair commercial practices (2005/29/EC) and the Directive on the distance marketing of consumer financial services (2002/65/EC).

3 Accordingly transposing to Hellenic legislation the following directives: the Directive on package travel (90/314/EEC), the Directive on timesharing (94/47/EC), the Directive on pursuit of television broadcasting activities (89/552/EEC), the Directive on injunctions (98/27/EC) and the Directive on electronic commerce (2000/31/EC).

contracts, unfair contract terms, distance selling, doorstep selling, misleading and comparative advertising, distance marketing of consumer financial services, product liability, etc. In part 2, after giving the definition of the term “consumer” and presenting the basic regulatory framework regarding general terms and conditions in consumer contracts, the settlement of consumer disputes will be highlighted. The following parts (3-5) focus on insurance contracts, as a significant category of consumer contracts, which are examined within the legislative framework of both insurance and consumer law.

## **2. Consumer legislation in Greece: A brief overview**

### ***2.1. Definition of the term “Consumer”***

According to the ConsPL<sup>4</sup>, a consumer is any natural person or legal entity or association without legal personality, who the products or services offered in the market are intended to, and who make use of such products or services, as long as they are their final recipient. Consumer is also any addressee of an advertisement and any person or legal entity providing guarantees for the consumer, as long as they do not act in their professional or business capacity. As the definition of the term ‘consumer’ is quite broad<sup>5</sup>, commercial companies could also be regarded as consumers, as long as they are the final recipient of products or services. Of course, the ConsPL and other relevant legislative instruments make use of the term ‘consumer’ in a narrower sense, where it is deemed necessary, as we will further see.

### ***2.2. General Terms and Conditions***

According to Art. 2 §1 of the ConsPL, the general terms and conditions formulated in advance for future contracts are not binding on consumers if, at the conclusion of the contract, consumers were without fault unaware of them, in particular when the supplier did not indicate their existence or deprived consumers of the possibility to acquire knowledge of their content. General terms and conditions have not been individually negotiated but have been drafted by the trader in advance, thus not allowing the consumer to influence the substance of the terms. General terms and conditions which result in a substantial disruption in the balance of the rights and obligations of the contracting parties to the detri-

---

4 Art. 1 §4a.

5 As already mentioned, the ConsPL has transposed Directive 93/13 EEC on unfair contract terms into Hellenic law. Article 2(b) of the Directive defines the consumer as any natural person who is acting for purposes which are outside his business, trade or profession. The ConsPL's definition is wider since it is not restricted only to persons acting outside their business, trade or profession, nor is it implemented only to natural persons.

ment of consumers are prohibited and void. The abusive character of a general term incorporated in a contract is assessed by taking into account the nature of the goods or services for which the contract was concluded, the objective of the contract, the circumstances attending the conclusion of the contract and the other clauses of the contract or of another contract on which it is dependent. Except for the above criteria, in order to characterise general terms and conditions as unfair, Art. 2 §7 ConsPl entails an indicative, non-exhaustive list of thirty two terms, which are *per se* unfair. Moreover, Art. 2 §2 ConsPL provides that general terms and conditions included in consumer contracts concluded in Hellas, should be drafted in Greek language, in a clear, precise and intelligible way. The use of Greek language is also mandatory in cases where general terms and conditions are incorporated in international transactions which take place within the Greek market.

### **2.3. Settlement of consumer disputes**

#### *2.3.1. Court proceedings*

In Hellas, there are no special courts for consumer cases. Disputes between consumers and suppliers, due to breach of private rights stemming from consumer legislation, are heard in ordinary civil courts under ordinary proceedings. The ConsPL provides that all consumer associations are entitled to request before courts and administrative authorities the legal protection of their members' rights.

Consumer associations are constituted as legal bodies and are governed by the provisions of Article 10 ConsL and the Civil Code. Their exclusive objective is the protection of consumers' interests. They represent consumers in the organizations in which consumer representation is provided for, and they inform and advise consumers. Consumer associations are organized as associations of the first and second degree. Members of the first-degree consumer associations are only natural persons. Only the first-degree associations can be members of the second-degree consumer associations<sup>6</sup>. Consumer associations are entitled to bring a court action, to ask for provisional measures, to apply for annulment or for substantive judicial review against administrative acts and to make representations in civil proceedings. They are also entitled to intervene in pending legal proceedings involving their members, in order to support their consumer rights<sup>7</sup>. Furthermore, consumer associations, which have at least 500 active members and have been entered into the Consumer Associations Register for

---

6 Art. 10 §2 ConsPL.

7 Art. 10 §15 ConsPL.

at least one year, are also entitled to bring a declaratory action<sup>8</sup> (Kerameus, 2008: 350-351; Yessiou-Faltsi, 2011: 119-120), concerning redress for damages sustained by consumers due to illegal behaviour of suppliers.

The above mentioned provisions introduce two exceptions to the rules on standing to sue, i.e. the capacity of a person to become a proper party with regard to a given proceeding. Normally, standing to sue is granted only to persons whose substantive rights constitute the object of the relief sought in action. Third persons having only indirect or remote interest or fighting *pro bono publico* are not allowed to institute civil proceedings. Such actions, brought by a third party other than the holder of the subjective right in question, are admissible only when expressly permitted by law (Kerameus, 2008: 349; Yessiou-Faltsi, 2011: 125).

Art. 10 §§15 and 16d ConsPL establish the exceptional right of consumer associations to institute civil proceedings, asking for the protection of a specific right belonging to one of their members or a consumer<sup>9</sup>. In this case, standing to sue is characterized not only as exceptional but concurrent as well: the actual owner of the right can bring an action in his own name, even if an action brought by a consumer association for the same cause is pending. *Vice versa* is not possible: *lis pendens* of the action brought by the owner of the right impedes consumer associations to ask for the judicial protection of this right as well (Αλεξανδρίδου, Απαλαγάκη, 2008: αριθ. 36-46).

Yet, consumer associations can always intervene in the pending proceeding. Intervention is regularly permissible to third parties, only if they claim a legal interest in the victory of one of the original parties. The legal interest condition is not only connected to the *res judicata* effect or other binding effects of the decision against the third party but also extends to any other interest related to the legal rights of the intervener (Yessiou-Faltsi, 2011: 146). Thus, the right of consumer associations to intervene in a pending consumer-supplier dispute case would be doubtful, if it were not expressly provided in the ConsPL (Αλεξανδρίδου, Απαλαγάκη, 2008: αριθ. 39).

### 2.3.2. Class actions

Hellenic procedural law does not provide the admissibility of class actions. However, the ConsPL<sup>10</sup> provides that consumer associations, which have at least 500 active members and have been entered into the Consumer Associations

8 Declaratory actions (art. 70 CCivP) tend to judicial determination of the existence or non-existence of a legal relationship capable of becoming *res judicata*. Declaratory judgments are not enforceable *per se*.

9 This right is distinguished from the right of bringing collective actions. *See infra*.

10 Art. 10 § 16.

Register for at least one year, may bring any kind of action in order to protect consumers' general interests (collective action – *Verbandklage* according to German law; Καράκωστας, 2008: 399)<sup>11</sup>. A number of claims (of no restrictive character) are mentioned in the law, such as claims against the supplier to cease and desist from any illegal behaviour, even prior to its materialisation, regarding the use of unfair standard terms, contracts negotiated away from business premises, contracts negotiated at a distance, after-sales services, defective products, misleading, unfair, comparative or direct advertising, etc., and claims for the financial redress of non-pecuniary damages. Consumer associations can also demand for interim protection of their members' rights, while the judicial decision is still pending.

### 2.3.3. Amicable settlement

The ConsPL also provides for amicable settlement of consumer disputes<sup>12</sup>. As Hellas is administratively divided into 54 prefectures, a Committee for amicable settlement is established in each of them, as a means of alternative dispute resolution between suppliers and consumers or consumer associations. These three-member Committees consist of a lawyer appointed by the board of directors of the local bar, a representative of the local chamber of commerce or industry appointed by the board of directors of the chamber, and a representative of the local consumer associations nominated by the relevant boards of directors. Cases are brought before the Committee at the request of consumers, consumer associations and the Consumer Ombudsman.<sup>13</sup> Cases are heard within a maximum of 15 days following submission of the plea; interested parties must be invited in writing at least 5 days before the hearing. Whenever special conditions so require, the chairman of the Committee can extend the time limits by a maximum of 5 days. Interested parties can represent themselves at the hearing or they can appoint a lawyer or authorize a third person for this purpose. Findings of the Committee, which must be notified to the Consumer Ombudsman and the

---

11 In collective actions against suppliers, the general rules on standing to sue apply since consumer association is regarded as the actual owner of the right in dispute, although in reality it is not a contractual party: see Αλεξανδρίδου, Απαλαγάκη, 2008: αριθ. 38, 50. According to contrary opinions, collective action is a kind of *actio popularis*: consumer associations are not the actual owners of the right in question but merely defendants of general interests. See Νίκας, 2003: 314; Κουσουλής, 2002: 1099.

12 Art. 11 ConsPL. Quite recently, Art. 11a was added to the ConsPL by Ministerial Decision Z1-111/2012, in force 7.3.2012, embodying into Hellenic law Commission Recommendations 98/257/EC and 2001/310/EC concerning the principles applicable to the bodies responsible for out-of-court settlement of consumer disputes. See also *infra* note 14.

13 For the function and jurisdiction of the Consumer Ombudsman *see infra*.

parties within a maximum of 15 days after the hearing, are not binding for the parties and are not considered as enforceable instruments.

Consumer Ombudsman was established by Law 3297/2004<sup>14</sup> as an independent authority for extrajudicial dispute resolution in the area of consumer disputes, supervised by the Minister of Development. The Ombudsman's institutional role is to intervene in consumer disputes and seek their out-of-court consensual settlement. The Ombudsman is also legally endowed with the power to issue public recommendations and effective protection of consumers' rights from misleading and unfair commercial practices. Additionally, the Consumer Ombudsman operates as a legal consultant to the state, making concrete propositions and detailed legislative suggestions for tackling various market dysfunctions and promoting consumer protection.

The Consumer Ombudsman undertakes cases of its own motion or upon a signed request, submitted by at least one of the interested parties (natural or legal persons or associations) within three months from the day the complainant was fully informed about the harmful and damaging act. The Ombudsman also undertakes requests of consumers or consumer associations rejected in the framework of previous out-of-court dispute settlement proceedings. Nevertheless, he does not intervene in cases pending before regular courts.

Each complaint is examined objectively and impartially. The interested parties can communicate their views to the Ombudsman and be informed about the arguments of the opposite party. The Consumer Ombudsman promotes the amicable settlement of the dispute, endeavoring to reconcile the parties. If such an agreement is achieved, a relevant record is drawn up and signed by both parties or by their representatives. The record has the same legal effects as an in-court settlement. If no settlement is reached, the Ombudsman makes a written recommendation to the parties in order to solve their dispute. If one of the parties does not comply with the recommendation, the Ombudsman has the right to disclose the facts notifying the relevant findings.

---

14 In force 23 December 2004; last amended by Law 3769/2009, in force 1 July 2009. The establishment of the Consumer Ombudsman followed a series of legal texts of the European Union, such as the Commission Recommendation of 30 May 1998 (98/257/EC) on the principles applicable to the bodies responsible for out-of-court settlement of consumer disputes and the Commission Recommendation of 4 April 2001 (2001/310/EC) on the principles for out-of-court institutions involved in the consensual resolution of consumer disputes. The Consumer Ombudsman is the most important alternative dispute resolution scheme regarding consumer disputes. Other relevant schemes are the European Consumer Center, SOLVIT NET, FIN-NET, the Ombudsman for Banking-Investment Services, etc.

### 3. Insurance legislation in Hellas

#### 3.1. Consumer insurance contracts

Private insurance law is basically regulated by the Insurance Contract Law (InsL)<sup>15</sup>. Marine and aviation insurance are governed by the Private Maritime Code<sup>16</sup> and the Private Aviation Code<sup>17</sup>, respectively. Another important legislative act is the Law on compulsory insurance of civil liability arising from motor vehicle accidents<sup>18</sup>.

The InsL governs all kinds of insurance, including both commercial and consumer insurance. Usually the policyholder (the person who concludes an insurance contract with the insurer) or the insured (the person who suffers from the occurrence of the insured event) are the final recipients of the insurance services, so they are characterised as consumers according to the ConsPL<sup>19</sup>, irrespective of their business activity. This assessment, based on the broad definition of the term ‘consumer’ in consumer legislation, would result to the same treatment of all insured persons, either natural or legal persons, and regardless of whether they conclude an insurance contract for private or business reasons. Since the primary aim of the insurance legislator was the protection of the party who concludes an insurance contract for private reasons, the InsL narrows the field of application of consumer legislation, considering as consumer the natural person or the legal entity which enters into an insurance contract for non-commercial reasons (Χατζηνικολάου-Αγγελίδου, 2000: 32-33; Χατζηνικολάου-Αγγελίδου, 2014: 6). In that sense, it could be deemed that in the field of consumer protection insurance law takes priority over consumer law by defining in which insurance cases the ConsL is applicable (Ρόκας, 2006: §381; Ρόκας, 2014, 45).

It should be noted that no provision of the InsL contains the above-mentioned definition of “consumer”, nor does the law make an explicit reference to policyholders who conclude an insurance contract for private reasons. However, the application of a number of protective provisions for the insured can be restrained, if the policyholder or the insured has concluded the insurance contract

---

15 Law 2496/1997, in force 17 November 1997. Art. 33 para. 2 InsL abolished the 9<sup>th</sup> part of the Commercial Code on insurance contracts, which regulated all relevant matters since 1911. For a brief summary of the Hellenic law on Private Insurance (in English), see Deloukas, Perakis, 2008: 248-251.

16 Law 3816/1958, in force 28 February 1958, arts. 257-288.

17 Law 1815/1988, in force 11 November 1988, arts. 129-138.

18 Law 489/1976, in force 1 January 1978; consolidated by Presidential Decree 237/1986; last amended by Law 3557/2007.

19 See *infra* under 1.1.

for purposes relating to its trade, business or profession<sup>20</sup>. These exceptions clearly indicate the legislator's intent to distinguish between consumers and non-consumers (Χατζηνικολάου-Αγγελίδου, 2000: 34; Ρόκας, 2006: §377 with reference to favourable jurisprudence). Of great significance in that course is the provision of Art. 33 §1 InsL, under which

“[a]ny and all legal acts which are to the detriment of the policyholder, the insured or the beneficiary shall be null and void, unless otherwise specifically stipulated in this Law. This shall not apply to insurance for the carriage of goods, credit or guarantee insurance<sup>21</sup>, or marine or aviation insurance”.

On the basis of the provided elaboration, the following categorisation can be made: (i) purely commercial insurances are the 5 categories mentioned in Art. 33 InsL, including: (a) insurance for the carriage of goods, (b) credit insurance, (c) guarantee insurance, (d) marine insurance, and (e) aviation insurance; (ii) all other insurance contracts are classified based on their functional character: (a) if they are concluded for purposes related to the insured's trade, business or profession, they are deemed as commercial; (b) if they are not concluded for professional reasons, they are regarded as consumer insurance contracts.

The main characteristics that insurance must have in order to fall into category (ii)(a) are the following: (a) the risks undertaken by the insured cover events that occur in the course of professional activity; (b) the policyholder or the insured has a negotiable advantage and is familiar with the insurance market; (c) the insurance contract is of commercial character for both parties<sup>22</sup>, (d) the insurance contract does not have the characteristics of a *contrat d'adhésion*.

### **3.2. Commercial insurance contracts**

Commercial insurance in the narrow sense (*see* previous paragraph under *i*) is also governed by the InsL. However, there are some special provisions regarding marine and aviation insurance. Marine insurance is regulated in title 14 (arts. 257-288) of the Private Maritime Code. The Code provides that the InsL shall also apply by analogy in case of navigation risks unless its provisions are incompatible with marine insurance<sup>23</sup>. As far as aviation insurance is concerned, special provisions are introduced by the Private Aviation Code, containing minimal

---

20 Arts. 7 §§3 and 6, 14 §4, 18 §4, 19 §5. For an English translation of the InsL, *see* Ρόκας, 2008: 515-541. The InsL was translated by E. Galanaki.

21 The law refers to commercial guarantees. Accordingly, the consumer guarantee insurances are not included in the exceptions of this article.

22 Insurance is always regarded as a commercial activity for the insurer.

23 In fact, art. 257 of Private Maritime Code states that arts. 189-255 of the Commercial Code on insurance contracts also apply in marine insurance; considering that the provisions



regulation though. The relevant provisions of the Private Maritime Code and the InsL<sup>24</sup> also apply by analogy to aviation insurance.

In a commercial insurance contract, the insurer undertakes large risks (Χατζηνικολάου-Αγγελίδου, 2000: 48). Large risks insurance<sup>25</sup> is deemed to be (a) railway rolling stock insurance, (b) aircraft insurance, (c) ships (sea, lake and river and canal vessels) insurance, (d) goods in transit (including merchandise, baggage, and all other goods) insurance, (e) aircraft liability insurance, (f) liability for ships insurance, (g) credit or suretyship insurance, whenever the policyholder is engaged professionally in an industrial or commercial activity or in one of the liberal professions and the risk relate to such activity, (h) land vehicles or motor vehicles insurance, fire, natural forces or other damage to property insurance, general civil liability insurance and miscellaneous financial loss insurance, provided that the business size of the policyholder exceeds some limits<sup>26</sup>. This definition follows the line of Art. 33 InsL (*supra*, under IV 2), being at the same time broader (including as well railway rolling stock insurance and land and motor vehicles insurance, fire, natural forces or other damage to property insurance, general civil liability insurance and miscellaneous financial loss insurance) and narrower as far as credit and suretyship insurance are concerned, although it is generally accepted that only credit and suretyship insurances for commercial reasons fall under the scope of this article.

#### 4. Consumer protection in insurance contracts

As already mentioned, the InsL does not contain special regulation for policyholders who are natural persons. Nevertheless, insurance legislation is mainly oriented towards the protection of the policyholders' rights, so that favourable provisions contained both in the InsL and Legislative Decree 400/1976 usually

---

of the Commercial Code on insurance contracts have been fully replaced by the InsL, art. 257 should be interpreted as referring to the new law: Ρόκας, 2008: 85.

24 Also by succession to the Commercial Code: art. 138 Private Aviation Code. *See* Ρόκας, 2008: 96.

25 According to art 13 §3 Law Decree 400/1976, as amended by Presidential Decree 252/1996, in order to implement into Hellenic law the Directive on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to direct insurance other than life assurance and laying down provisions to facilitate the effective exercise of freedom to provide services and amending Directive 73/239/EEC (88/357/EC) (92/49/EC – third non-life insurance Directive) and Directive on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to direct life assurance and amending Directives 79/267 and 90/619 (92/96/EC – third life assurance Directive).

26 The limits relate to the balance-sheet total, the net turnover and the average number of employees.

apply to both consumer and commercial insurances, unless the parties agree otherwise due to the commercial character of the contract. Thus, the most significant principles of policyholders' protection in Hellenic law will be subsequently exposed:

*A. Information duty:* the insurer has the duty to provide the policyholder with specific information relevant to the contract itself and the insurance company before the conclusion of the contract<sup>27</sup>. Insurance undertakings are also obliged in the duration of the contract to inform the policyholder of any change of name, legal form or address of its registered office, branch office or agency issuing the policy. If this pre-contractual obligation of the insurer is not met, the policyholder has the right to withdraw in writing within fourteen days of the policy being delivered; the consequence of the policyholder's withdrawal is that the contract will be avoided<sup>28</sup>.

*B. Incorporation of the insurance terms and conditions:* whenever the contract is governed by general or special insurance terms and conditions, the insurer shall note this in the section of the insurance policy where the individual elements of the contract appear, and provide the aforesaid terms and conditions to the policyholder together with the insurance policy<sup>29</sup>. If the insurer does not comply with this obligation, the policyholder has a right to withdraw, which leads to a void contract. If the policyholder does not withdraw, the insurance contract is governed by the general insurance terms, which apply to the specific kind of insurance<sup>30</sup>. All terms contained in the insurance policy should take into consideration the policyholder's reasonable interests as well as those of the insured; they should also be clearly expressed and written in understandable language. Any agreement purporting to waive the right to avoid the insurance contract on grounds of error shall not be binding on the policyholder<sup>31</sup>.

*C. Rights of withdrawal and rescission:* (a) the policyholder has a withdrawal right to the formation of the insurance contract in the following two cases: (i) in the event that the contents of the insurance policy differ from the contents of the application for insurance, the policyholder has the right to withdraw within one month following receipt of the insurance policy, provided that the insurer has duly informed the policyholder of such inconsistencies, as well as of his right to

---

27 Art. 4 §§2H, 3D Law Decree 400/1976.

28 Art. 2 §6 InsL.

29 Art. 2 §4 InsL.

30 It should be stressed though that, in an effort of deregulation of the insurance market, the systematic notification of the general insurance terms and conditions to the supervisory agency is no longer obligatory according to art. 42c §1 Law Decree 400/1976.

31 Art. 2 §8 InsL.

object<sup>32</sup>. It is supported that the inconsistencies refer to the content of the application of insurance (nature of risk, extent of cover, amount of premium, etc.), not to the insurance terms that are not individually negotiated. If the application for insurance does not make explicit reference to the extent of exceptions acceptable by the applicant, this does not constitute inconsistency to the application, although the exceptions have to be reasonable (Ρόκας, 2008: 518 note 3; Ρόκας, 2003: 842-843)<sup>33</sup>; (ii) as already mentioned above (this paragraph, under A), if the insurer fails to supply to the applicant all necessary information, when the application or insurance is submitted, or if the insurer fails to communicate to him the insurance terms and conditions, the policyholder has the right to withdraw within fourteen days of the policy being delivered. The aforesaid time limit shall not commence, should the insurer fail to inform the policyholder of his right of withdrawal. The policyholder's right to withdraw shall expire after the lapse of ten months from the date of payment of the first premium. If the policyholder withdraws, the contract shall be avoided<sup>34</sup>. (b) The policyholder has the right to rescind from the contract irrespective of cause, unless otherwise provided in the insurance policy<sup>35</sup>. Specifically, in indemnity insurances with a contract period in excess of one year and in personal insurances the policyholder shall be entitled to rescind from the contract within fourteen days from the date, when the policy was delivered to the policyholder. In non-group life insurances the policyholder is entitled to rescind from the contract within thirty days from the moment he was informed about its conclusion. The cooling period shall not commence, if the policyholder has not been informed by the insurer of his right in this regard, which must be confirmed by means of a document. If the insurer fails to inform the policyholder of his right to rescind, the right lapses after two months from the payment of the first premium. The right to rescind

---

32 Art. 2 §5 InsL. The insurer should inform the applicant in writing, or by notice situated on the first page of the insurance policy written in such a way as to make the notice readily distinguishable from the other parts of the document, thus enabling it to be easily noted by the reader. The insurer must also supply the policyholder with a sample withdrawal statement.

33 In its decision (ΑΠ 846/2003) *EEmPD* 2003, 839-842), the Supreme Court embedded a different opinion, accepting that the policyholder should be duly informed about all exceptions contained in the insurance policy. It is also interesting to note that neither the law nor the courts distinguish between consumer and commercial insurance for the application of this protective regulation, which, as I. Rokas points out in his comment, can lead to the weakening of the consumer's position.

34 Art. 2 §6 InsL.

35 The contract can also provide for private sanctions in case of rescission, although these sanctions cannot prevent the rescission from taking effect: Ρόκας, 2008: 527 note 25. Such provisions are not permitted in distance insurance contracts.

does not apply to indemnity insurances where, upon the particular request of the policyholder, cover is provided immediately<sup>36</sup>.

*D. Non-interruption of the insurance coverage:* in comparison to the previous legal regime, the InsL provides larger protection for the policyholder in case of negligent or intentional breach of his duties. The provisions of the InsL, which regulate the insurer's duties, are of mandatory character for consumer insurance, and all legal acts which are to the detriment of the policyholder, the insured or the beneficiary shall be null and void. In purely commercial insurances (*see supra*, under IV 2) this mandatory character fully retreats, whereas for the rest of the commercial insurances, contractual deviations in specific cases are allowed (Χατζηνικολάου-Αγγελίδου, 2000: 60-61). The policyholder enjoys protection mainly in the following areas: (a) He has a duty to disclose, before the conclusion of the contract, all information or circumstances of which he is aware and which are of substantive relevance for the assessment of the risk. If, for any reason whatsoever beyond the control of the insurer or the policyholder, or because of negligent breach of his disclosure duty by the policyholder, information or circumstances which are objectively material for the assessment of risk did not become known to the insurer, the latter shall be entitled to terminate the insurance contract, or to request its alteration, within a period of one month following the insurer's discovery of such information or circumstances. The insurer's proposal for the contract alteration shall be deemed to constitute a termination of the contract if, within one month from receipt thereof, such proposal is not accepted by the policyholder. Intentional breach of the disclosure by the policyholder shall entitle the insurer to terminate the contract within one month from the date on which the insurer acquired knowledge of the breach<sup>37</sup>. The insurer is obliged to comply with the time-limits provided by law, otherwise he cannot invoke his termination or alteration right; (b) Throughout the contract period, the policyholder shall be obliged to notify the insurer, within 14 days after acquiring knowledge, of any information or circumstances liable to entail a significant aggravation of risk. The insurer is also in this case entitled to terminate the contract or to request its alteration<sup>38</sup>. On the other hand, if there is a material reduction of risk, the policyholder shall be entitled to request a proportionate reduction of the premium. If the insurer refuses to make the reduction, or fails to answer the relevant request for a period in excess of one month following its submission, the policyholder shall be entitled to terminate

---

36 Art. 8 §3 InsL.

37 Art. 3 §§1-6 InsL.

38 Art. 4 §§1-2 InsL. According to §3 of this article, its provisions do not apply to life assurance and health insurance.

the contract for the remaining contract period<sup>39</sup>; (c) The policyholder shall be obliged to take all necessary measures to avoid or mitigate the insured loss and to comply with the insurer's instructions. In the event of negligent breach of this obligation, the policyholder shall be obliged to indemnify the insurer. Expenses resulting from such actions will be borne by the insurer, provided that they are reasonable under the circumstances, even if such expenses exceed the insured sum. Any agreement to the contrary shall be acceptable, if the policyholder or the insured has concluded the insurance contract for commercial purposes<sup>40</sup>; (d) The policyholder shall notify the insurer of the occurrence of the risk within eight days as from the date on which he acquired knowledge thereof. He is also obliged to supply, at the insurer's request, all necessary information, details and documents relating to the circumstances and the consequences of the occurrence of the insured event. The intentional breach by the policyholder of these duties shall grant the insurer the right to claim damages. Negligent breach of the policyholder's duties does not create any kind of liability, but he cannot evoke ignorance of the occurrence of the insured event, should the ignorance be imputable to his gross negligence<sup>41</sup>. Nevertheless, the insurer is obliged to pay the insurance money, even in case of late notification by the policyholder; any contrary agreement is null and void, unless the insurance contract is purely commercial (Χατζηνικολάου-Αγγελίδου, 2000: 73-76); (e) The insurer shall not be obliged to pay the insurance money, if the insured event occurred: (i) in case of indemnity insurance, due to an intentional act or omission or due to gross negligence, (ii) in case of personal insurance, due to an intentional act or omission, on the part of the policyholder or the insured or the persons dwelling with any of them, or their legal or other representatives<sup>42</sup>; However, the terms of the policy may provide for an increased number of cases in which the insurer's liability shall be excluded, if the policyholder or the insured concludes the policy with a view to covering professional risks<sup>43</sup>; (f) In case of multiple insurance, the policyholder should notify without undue delay each insurer of the conclusion of the other contract and of the insured sum. Should the policyholder intentionally fail to make the said notifications, the insurer is entitled to terminate the contract<sup>44</sup>.

*E. Prohibition of termination without prior notice of the contract.* (a) The policyholder is obliged to pay the premium. Failure to pay a subsequent premium due

---

39 Art. 5 §1 InsL. In case of life and health insurance policy, any change in the health of the insured shall not give rise to the right to reduce the premium.

40 Art. 7 §§3-4 InsL.

41 Art. 7 §§1-2 InsL. These provisions shall not apply to personal insurances.

42 Art. 7 §5 InsL.

43 Art. 7 §6 InsL.

44 Art. 15 §§1, 3 InsL.

gives the insurer the right to terminate the contract. The termination notice shall be sent to the policyholder, whereby the latter shall be informed that any further delay in the payment of premium shall result on the expiry of one month from receipt of the notice, in the termination of the insurance contract<sup>45</sup>; (b) The policyholder shall be entitled to terminate the insurance contract by notice, if the insurer is declared insolvent. The insurer shall also be entitled to terminate the insurance contract by notice, if the policyholder is declared insolvent. The termination, whenever initiated by the insurer, shall not come into effect until the lapse of thirty days from the date on which such notice of termination was communicated to the policyholder<sup>46</sup>; (c) The indemnity insurance contract shall not be terminated, if the policyholder or the insured is succeeded by another party. The insurer or the policyholder shall be entitled to terminate the contract within thirty days from the date on which such succession becomes known. The termination, whenever initiated by the insurer, shall not come into effect until the lapse of fifteen days from the date on which such notice of termination was communicated to the policyholder<sup>47</sup>. This provision does not however apply to insurance policies issued to order or to bearer, *i.e.* to commercial insurances (Χατζηρηνικόλαου-Αγγελίδου, 2000: 94); (d) If the contract is of indefinite duration, it shall be terminated by notice at the end of the insurance period. The notice does not have to mention a cause. The time limit set for the exercise of the right of termination may be neither less than one month, nor more than three months<sup>48</sup>; (e) Other reasons for terminating the insurance contract than those provided by law can be agreed in the insurance policy. In the event that the insurer maintains the right to terminate the contract after the insured event has occurred, the policyholder shall have a corresponding right. The termination, whenever initiated by the insurer, shall not come into effect until the lapse of thirty days from the date on which such notice of termination was communicated to the policyholder<sup>49</sup>.

*F. Protection in case of subrogation.* The policyholder and, in the event of insurance on the account of a third party, the insured and the beneficiary, if any, shall be obliged to safeguard their rights to bring a legal action against any third party to which the insurer may become subrogated. In case of breach of such obligation, the liable party shall compensate the insurer for any loss or damage

---

45 Art. 6 InsL.

46 Art. 8 §§ 4-5 InsL.

47 Art. 12 §§ 1-2 InsL.

48 Art. 8 §2 InsL.

49 Art. 8 §5 InsL. This provision does not apply to life and health insurance.

sustained thereby<sup>50</sup>. If the policyholder or the insured concludes insurance for purposes relating to its trade, business or profession, it may be agreed that the insurer shall be discharged of its liability to pay the insurance money to the insured under the policy, to the extent that the insurer was deprived of the right to claim damages for reasons for which the policyholder or the insured is liable<sup>51</sup>.

*G. Protection from void insurance contracts.* (a) An insurance contract, covering risks or undertaking insurance commitments that are contrary to rules of safeguarding public interest, is prohibited and is absolutely null and void<sup>52</sup>; (b) conclusion of insurance contracts by an undertaking without lawful licence is prohibited and is null and void. The invalidity cannot be invoked against a *bona fide* contracting party<sup>53</sup>.

## 5. Instruments of protection in consumer insurance law

The provisions of the InsL are in principle mandatory, to the extent that they aim at the protection of policyholder's rights. Indeed, as already stated before, any act to the detriment of the policyholder is considered null and void, unless otherwise specifically stipulated by the InsL. Some authors characterise the set of insurance rules as semi-mandatory, considering that the above-mentioned protective provision does not apply to purely commercial insurance contracts, contractual deviations being permitted in specific cases of commercial insurance, and policyholders' rights cannot be reduced but only expanded (Χατζηνικολάου-Αγγελίδου 2000: 47 with reference to Ρόκας, 1998: §112; Ρόκας, 2014, 539-540).

The main instruments of protection in consumer insurance law have mainly been described in the previous paragraph. As we have already seen, the InsL provides for rights of withdrawal and rescission, cooling off periods and information and advice duties. As far as control of general terms of insurance is concerned, consumer legislation also applies, along with special rules contained in insurance law. Thus, the provisions on general contract terms and unfair standard terms included in the ConsPL are also implemented to general insurance terms (Χατζηνικολάου-Αγγελίδου, 2000: 57-58; for an exposition of jurisprudence regarding abusive general insurance terms, see Δέλλιος, 2008: αρ.θ. 48 and notes 148-151). Therefore, terms which have been drafted in advance for a future number of contracts shall not be binding on the consumer, if at the conclusion

---

50 Art. 14 §3 InsL. Under the previous legal regime, breach of such obligation generated the insurer's right to terminate the contract.

51 Art. 14 §4 InsL.

52 Art 53 §1 Law Decree 400/1976.

53 Art 53 § 2 Law Decree 400/1976.

of the contract he was unaware of them without fault, especially if the supplier omitted to inform him of their existence or deprived him of the opportunity to appraise their content (Ρόκας, 1998: 533-578; Ρόκας, 2006: §§338-362; Ρόκας, 2014 44-46)<sup>54</sup>. Standard contract terms which cause a significant imbalance in the parties' rights and obligations to the detriment of the consumer shall be prohibited and are considered null and void. The abusive character of a general term inserted in a contract shall be assessed taking into account the nature of the goods or services for which the contract was concluded, the contract's scope, all special circumstances existing at the conclusion of the contract, as well as the rest of the terms of the contract or of any other contract on which it is dependent<sup>55</sup>. Nevertheless, when a court declares by final judgment that a standard term is abusive, its decision is binding only for the specific parties and the specific contract. No rule exists providing the general abolition of the said term in all existing contracts or the prohibition of its insertion in future contracts. The same stands for collective actions as well, since the ConsPL does not broaden the subjective limits of *res judicata*, although it provides that legal effects of such a decision apply to everyone and not only to the parties (Ρόκας, 2006: §354; Αλεξανδρίδου, Απαλαγάκη, 2008: αριθ. 60-67).

Hellenic law does not provide for special sanctions for late performance on the part of the insurer. On the occurrence of the insured event, the insurer must pay the insurance money promptly. If a longer period is required for the assessment of the full extent of the loss, the insurer shall be obliged to pay the undisputed amount without undue delay. If the insurer does not perform his obligation in a timely manner, the policyholder can set him in default by means of protest and moratory interest claim.

## 6. Conclusion

As we have briefly seen, Hellenic legislation, in line with European law, provides a satisfying framework of consumer protection. The basic consumer protection act, the ConsPL, apart from complying with the country's obligation to transpose

54 Art. 2 §1 ConsPL. For an interesting comment on general insurance terms with reference to jurisprudence see Βαρελά, 2007: 710-712. See also Τριανταφυλλάκης, 2006: 142-147

55 Art. 2 §6 ConsPL. As we have already seen Art. 2 §7 ConsPL contains a black list of 32 terms which are characterized *ex lege* as abusive, and are also implemented to insurance contracts, as far as they comply with the special regime applying to insurance: for example, according to art. 2 §7 no. 25 ConsL terms obliging the consumer to pay in advance an excessively large proportion of the price before the execution of the contract are deemed abusive; in contrast, the InsL provides (art. 6) that the policyholder shall be obliged to pay the premium in cash and the cover shall not begin prior to the payment of the premium: see Ρόκας, 2006: §343 and note 3.



European Directives, takes also some innovative steps towards the possibility of a collective protection of the consumers. Furthermore, the existence of consumer policy institutions and consumer associations and the availability of ADR/Ombudsman procedures are important for the essential protection of consumers' rights, including policyholders' rights. Indeed, the basic law on insurance contracts, the InsPL, is also oriented towards the protection of the weaker party, providing a number of important tools and protective measures towards this direction. Nevertheless, consumer protection can only be effective, if consumers are active and eager to facilitate the exercise of market regulation. It seems that consumers constantly become more aware of their rights and eager to take action. This change of attitude of course is reflected in the insurance market as well; however substantial changes are to be expected in the following years.

## References

### A. Bibliography

Αλεξανδρίδου, Ε., Απαλαγάκη, Χ. (2008). Άρθρο 10 Ν 2251/1994. Σε Αλεξανδρίδου, Ε. (εκδ.), Δίκαιο Προστασίας Καταναλωτή. Ελληνικό-Κοινοτικό. Κατ' άρθρο ερμηνεία του Ν 2251/1994 όπως ισχύει μετά το Ν 3587/2007 (σ. 549-586). Αθήνα: Νομική Βιβλιοθήκη.

Βαρελά, Μ. (2007). Σχόλιο. Δίκαιο Επιχειρήσεων και Εταιριών 13 (6) 710-712  
Δέλλιος, Γ. (2008). Άρθρο 2 Ν 2251/1994. Σε Αλεξανδρίδου, Ε. (εκδ.), Δίκαιο Προστασίας Καταναλωτή. Ελληνικό-Κοινοτικό. Κατ' άρθρο ερμηνεία του Ν 2251/1994 όπως ισχύει μετά το Ν 3587/2007 (σ. 69-138). Αθήνα: Νομική Βιβλιοθήκη.

Deloukas, N.A., Perakis, E. (3<sup>rd</sup> rev. ed.). (2008). Commercial Law. In Kerameus, K.D., Kozyris Ph.D. (eds), Introduction to Greek Law (pp. 217-260). The Hague/Athens: Kluwer Law International/Ant. N. Sakkoulas Publishers

Καράκωστας, Ι. (2<sup>η</sup> έκδ.) (2008). Δίκαιο Προστασίας Καταναλωτή. Ν 2251/1994 όπως ισχύει μετά το Ν 3587/2007. Ερμηνεία – Νομολογία – Πρακτική Εφαρμογή. Αθήνα: Νομική Βιβλιοθήκη

Kerameus, K.D. (3<sup>rd</sup> rev. ed.). (2008). Judicial Organization and Civil Procedure. In Kerameus, K.D., Kozyris Ph.D. (eds), Introduction to Greek Law (pp. 341-378). The Hague/Athens: Kluwer Law International/Ant. N. Sakkoulas Publishers

Κουσουλής, Σ. (2002). Τα αποτελέσματα αποφάσεως επί συλλογικής αγωγής. Ιδίως επί χρήσεως καταχρηστικώς ΓΟΣ, εν όψει της ΑΠ 1219/2001. Δίκαιο Επιχειρήσεων και Εταιριών 8 (11) 1097-1103

Νίκας, Ν. (2003) Πολιτική Δικονομία, τόμος Ι. Αθήνα-Θεσσαλονίκη: Εκδόσεις Σάκκουλα

Ρόκας, Ι. (2014). Ασφαλιστική σύμβαση. Κατ' άρθρο ερμηνεία του Ν 2496/1997 (ΑσφΝ). Αθήνα: Νομική Βιβλιοθήκη

Ρόκας, Ι. (2<sup>η</sup> έκδ.) (2008). Ασφαλιστικός Κώδικας. Η βασική νομοθεσία της ιδιωτικής ασφάλισης, ερμηνευτικά σχόλια και κριτικές παρατηρήσεις. Αθήνα-Κομοτηνή: Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα

Ρόκας, Ι. (11<sup>η</sup> έκδ.) (2006). Ιδιωτική ασφάλιση. Δίκαιο της ασφαλιστικής σύμβασης & της ασφαλιστικής επιχείρησης. Αθήνα-Κομοτηνή: Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα

Ρόκας, Ι. (2003). Σχόλιο στην ΑΠ 846/2003. Επιθεώρηση Εμπορικού Δικαίου 54 (3) 842-843

Rokas, I. (1999) Hellas. In Fredericq, S., Cousy, H. (eds), International Encyclopedia of Laws: Insurance Law (pp. 1-150) The Hague/London/New York: Kluwer Law International

Ρόκας, Ι. (6<sup>η</sup> έκδ.) (1998). Ιδιωτική ασφάλιση. Αθήνα-Κομοτηνή: Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα

Ρόκας, Ι. (1998). Καταναλωτής και ασφαλιστικοί όροι. Σε Αφιέρωμα στην Αλίκη Κιάντου-Παμπούκη (σ. 533-578). Θεσσαλονίκη: Νόμος. Επιστημονική Επετηρίδα του Τμήματος Νομικής της Σχολής Νομικών και Οικονομικών Επιστημών

Τριανταφυλλάκης, Γ. (2006). Ιδιωτική ασφάλιση και προστασία του καταναλωτή. Ρήτρες εξαίρεσης από ασφαλιστική κάλυψη αστικής ευθύνης στα τροχαία ατυχήματα και προστασία καταναλωτή. Δίκαιο Επιχειρήσεων και Εταιριών 12 (2) 142-147

Χατζηνικολάου-Αγγελίδου, Ρ. (4<sup>η</sup> έκδ.) (2014). Ιδιωτικό ασφαλιστικό δίκαιο. Αθήνα-Θεσσαλονίκη: Εκδόσεις Σάκκουλα

Χατζηνικολάου-Αγγελίδου, Ρ. (2000). Ασφαλιστική Σύμβαση. Η προστασία του ασφαλισμένου ως καταναλωτή. Εκδόσεις Σάκκουλα: Αθήνα-Θεσσαλονίκη  
Yessiou-Faltsi, P. (2011) Greece. In Taelmans, P. (ed.), International Encyclopedia of Laws: Civil Procedure (pp. 1-314) Alphen aan den Rijn, NL: Kluwer Law International

## B. Legal documents and regulations

Ν. 3816/1958 – Περί κυρώσεως Κώδικος Ιδιωτικού Ναυτικού Δικαίου, ΦΕΚ Α'32/1958

Ν. 489/1976 – Περί υποχρεωτικής ασφαλίσεως της εξ ατυχημάτων αυτοκινήτων αστικής ευθύνης, ΦΕΚ Α' 331/1976

Ν. 1815/1988 – Κύρωση του Κώδικα Αεροπορικού Δικαίου, ΦΕΚ Α'250/1988

Ν. 1961/1991 - Προστασία καταναλωτή και άλλες διατάξεις, ΦΕΚ Α' 132/1991

Ν. 2251/1994 – Προστασία καταναλωτών, ΦΕΚ Α' 191/1994

N. 2496/1997 – Ασφαλιστική σύμβαση, τροποποιήσεις ιδιωτικής ασφάλισης κλπ., ΦΕΚ Α' 87/1997

N. 3297/2004 – Συνήγορος του Καταναλωτή – Ρύθμιση θεμάτων του Υπουργείου Ανάπτυξης και άλλες διατάξεις

N. 3557/2007 – Τροποποίηση πδ 237/1986 με το οποίο κωδικοποιήθηκε ο ν. 489/1976 κλπ, ΦΕΚ 100/2007

N. 3587/2007 – Προστασία καταναλωτών, τροποποιήσεις Ν. 2251/1994 κλπ., ΦΕΚ Α'152/2007

N. 3769/2009 – Εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχείρισης ανδρών και γυναικών όσον αφορά την πρόσβαση σε αγαθά και υπηρεσίες και την παροχή αυτών και άλλες διατάξεις, ΦΕΚ Α' 105/2009

N. 4314/2014 – Α) Για τη διαχείριση, τον έλεγχο και την εφαρμογή αναπτυξιακών παρεμβάσεων για την προγραμματική περίοδο 2014-2020, Β) Ενσωμάτωση της Οδηγίας 2012/17 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 13<sup>ης</sup> Ιουνίου 2012 (ΕΕ L 156/16.6.2012) στο ελληνικό δίκαιο, τροποποίηση του ν. 3419/2005 και άλλες διατάξεις, ΦΕΚ Α' 297/2014

Π.Δ. 237/1986 – Κωδικοποίηση των διατάξεων του Ν. 489/1976 περί υποχρεωτικής ασφαλίσεως της εξ ατυχημάτων αυτοκινήτων αστικής ευθύνης, ΦΕΚ Α' 110/1986

Π.Δ. 339/1996 – Περί οργανωμένων ταξιδιών, ΦΕΚ Α' 225/1996

Π.Δ. 182/1999 – Προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας προς τις διατάξεις της Κοινοτικής Οδηγίας 94/47/ΕΚ, ΦΕΚ Α' 171/1999

Π.Δ. 100/2000 – Εναρμόνιση της ελληνικής ραδιοτηλεοπτικής νομοθεσίας στις διατάξεις Ευρωπαϊκών Οδηγιών σχετικά με την παροχή υπηρεσιών, ΦΕΚ Α' 98/2000

Π.Δ. 131/2003 – Προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας προς τις διατάξεις της Κοινοτικής Οδηγίας 2000/31 σχετικά με ορισμένες νομικές πτυχές του ηλεκτρονικού εμπορίου, ΦΕΚ Α' 116/2003

Υ.Α. Ζ1-111/2012, ΦΕΚ Β' 627/2012

### C. Court Decisions

Άρειος Πάγος 846/2003. Επιθεώρηση Εμπορικού Δικαίου 54 (3) 839-842

**Alexandra E. Douga,**

Адвокат Атинске адвокатске коморе,

Стручни сарадник Хеленског института за међународно и страно право,  
Атина, Грчка

## **ЗАШТИТА ПОТРОШАЧА У ГРЧКОЈ, НАРОЧИТО У УГОВОРИМА О ОСИГУРАЊУ**

### **Резиме**

У Грчкој, законодавство о заштити потрошача је углавном резултат обавезе Грчке да имплементира одговарајуће законске одредбе права Евроспке уније. Према Закону о заштити потрошача 2251-1994, потрошач је свако физичко и правно лице или удружење без правног субјективитета, коме су намењени производи или услуге понуђене на тржишту, и који користи те производе или услуге у својству крајњег корисника. С обзиром да је дефиниција појма „потрошач“ прилично широка, привредна друштва такође могу имати статус потрошача, све док су крајњи корисници производа и услуга.

У Грчкој не постоје специјални судови за потрошачке спорове. Надлежност за решавање спорова измеђи потрошача и снабдевача, због повреда приватних права на основу Закона о заштити потрошача, имају редовни судови у редовном поступку. Ипак, Закон о заштити потрошача предвиђа да сва удужења потрошача имају право да затраже заштиту права својих чланова (потрошача) пред судовима и управним органима. Овај Закон такође предвиђа могућност мирног решавања потрошачких спорова. Законом 3297-2004 успостављена је институција Заштитника потрошача (Омбусмана), као независног органа за вансудско решавање спорова у области потрошачког права, који је под надзором Министарства за развој. Институционална улога Заштитника потрошача је да интервенише у случају потрошачких спорова и предлаже споразумно решавање истих вансудском нагодбом. Министарство развоја је одговорно за имплементацију европског и националног законодавства, као и политике заштите потрошача, која се остварује преко Генералног секретаријата за потрошаче (ГСЦ). Основне дужности овог Секретаријата су пружање информација потрошачима, њихова едукација, саветодавна функција и пружење правне помоћи.

Постојање институција које се баве потрошачком политиком, удружења потрошача, могућност употребе алтернативних метода за решавање спорова и доступност процедура у оквиру институције Заштитника потрошача су важан корак ка суштинској заштити потрошачких права. Наиме, заштита потрошача може бити ефикасна тек уколико потрошачи постану актив-

ни учесници у тржишним односима, чиме олакшавају примену тржишних прописа. Стиче се утисак да су потрошачи све активнији, да постепено постају свесни својих права и имају жељу да предузму одређене кораке у правцу остваривања својих права. Промена става потрошача је такође присутна на тржишту осигурања.

Право на приватно осигурање је у начелу регулисано Законом о осигурању, који уређује све врсте осигурања, укључујући и трговинске и потрошачке уговоре о осигурању. Носилац полисе осигурања (особа која закључује уговор о осигурању са осигуравачем) или осигураник (особа која сноси ризик за осигурани случај) су крајњи корисници услуге осигурања, који према одредбама Закона о заштити потрошача имају својство потрошача, без обзира на врсту пословне активности којом се баве. С обзиром на чињеницу да је основни циљ законодавца приликом регулисања осигурања била заштита станке која закључује уговор из личних разлога, Закон о осигурању сужава поље примене потрошачког законодавства јер одређује потрошача као физичко и правно лице које закључује уговор о осигурању из некомерцијалних разлога.

У том смислу, може се сматрати да у области заштите потрошача законодавство из домена права осигурања има примат над потрошачким законодавством јер прецизно одређује случајеве у којима се Закон о заштити потрошача примењује на осигурање. Одредбе Закона о осигурању су у начелу обавезне, у мери у којој имају за циљ заштиту права носиоца полисе осигурања. Када се ради о контроли општих услова осигурања, примењују се одговарајуће одредбе из Закона о заштити потрошача заједно са посебним правилима садржаним у Закон о осигурању. Сходно томе, одредбе о стандардним условима уговора и непоштеним условима уговарања садржане у Закону о заштити потрошача важе и за опште услове осигурања. Најважнији принципи заштите носилаца полиса осигурања у грчком праву су: а) обавеза пружања информација осигуранику; б) експлицитно навођење термина и услова осигурања; ц) право на повлачење и раскид уговора; д) трајно осигуравајуће покриће; е) забрана раскида уговора без претходне најаве; ф) заштита у случају суброгације; г) заштита од ништавих уговора о осигурању.

**Кључне речи:** заштита потрошача, Закон о заштити потрошача, Заштитник потрошача (омбудсман), Закон о осигурању, Грчка.



**Dr Dejan Bodul,\***

Senior Research Assistant, Department of Civil Procedure Law,  
Faculty of Law, University of Rijeka, Croatia

**Mr Ivan Rubinić,\***

Research Assistant/Lecturer, Department of Economics,  
Faculty of Law, University of Rijeka, Croatia

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 366.5:347.736](497.5)

Раџ примљен: 30.06.2015.

Раџ прихваћен: 03.12.2015.

## **DRAFT OF THE CROATIAN CONSUMER BANKRUPTCY ACT: LEGAL PROTECTION INSTRUMENT FOR OVER-INDEBTED CONSUMERS OR PROLONGATION OF THE STATUS QUO?\***

**Abstract:** *In the course of enacting new acts, questions concerning which practices should be followed are constantly reemerging in former socialist countries. Should the lawmakers follow the traditional European-continental models, should they be driven by the Anglo-American principles, or should they perhaps combine the most effective aspects of both legal traditions? In this context, lawmakers should regulate the institute of consumer bankruptcy as a sub-domain of bankruptcy, given that it is the most pertinent subject of interest in both legal theory and practice. In comparative legal practice there is a large amount of compromising in temporary solutions, aimed at striking the right balance in the dispersion of risk between the debtor and the creditor. Research in consumer bankruptcy within a number of legal systems has shown that there are multiple "models" regarding the organization of consumer bankruptcy. That being said, it is a historical certainty that German insolvency legislation has had the largest impact on Croatian bankruptcy legislation. Furthermore, the Draft of the Croatian Consumer Bankruptcy Act of 2014 is based on the German consumer bankruptcy legislation envisaged in the Insolvency Statute (Insolvenzordnung). The purpose of this paper is to provide an insight into the Draft of the Croatian Consumer Bankruptcy Act and, simultaneously, to analyze whether or not the legislators used the most effective practices to achieve an optimal solution.*

**Key words:** *consumer bankruptcy, Draft Consumer Bankruptcy Act, Croatia.*

\* dbodul@pravri.hr

\* irubinic1@pravri.hr

\*\* This article is a result of scientific research supported by the Croatian Ministry of Science, within the project no. 6558 - Business and Personal Insolvency – the Ways to Overcome Excessive Indebtedness.

## **1. Genesis of Consumer Bankruptcy Idea (overview)**

In numerous revisions and amendments of the Bankruptcy Act, hereinafter: the BA, (OG, no. 44/96, 161/98, 29/99, 129/00, 123/03, 197/03, 187/04, 82/06, 116/10, 25/12, 133/12, and 45/13.), there are two bankruptcy law institutes that have experienced minimal changes. The first is the institute of personal bankruptcy (Garašić, 2004: 29-75) (BA Ch. VII, Art. 266-281) and the second is the institute of remaining debt relief (BA Ch. VIII, Art. 197, 198, and 282-299) (Čuveljak, 2008: 955-970). The institute of personal bankruptcy refers to the administration of bankruptcy involving a legal entity and property of an individual debtor. The institute of remaining debt relief refers exclusively to an individual debtor (individual traders and artisans). The common ground concerning the institutes of personal bankruptcy and remaining debt relief is the fact that they are rarely put to practical use, particularly in bankruptcy proceedings before the Croatian commercial courts, which is definitely not the case in the rest of the world (Germany, for example). By recognizing the institutes of personal bankruptcy and remaining debt relief, Croatia has joined a group of countries which have realized the necessity of enacting and implementing a consumer protection act. However, given the lack of possibility to follow the idea through to completion, the consumer bankruptcy act was only partially completed. One could claim that such regulations are not justified but, considering the ever-increasing number of bankruptcy subjects, a partial solution is better than none or the one exclusively regulating bankruptcy of legal entities. Therefore, in anticipation of adopting and implementing the Consumer Bankruptcy Act, the current legal solutions should be considered as transitional solutions (Bodul, 2011: 351-377).

## **2. Solutions for the Draft of the Consumer Bankruptcy Act**

The Draft Consumer Bankruptcy Act ((hereinafter: the Draft CBA) envisages that general provisions of the Bankruptcy Act constitute law applicable in consumer bankruptcy proceedings (Draft CBA, Art. 14). The primary goal of the Draft CBA is to regulate simplified consumer bankruptcy procedure through a *lex specialis*, the Consumer Bankruptcy Act. The physiognomy of bankruptcy procedure and its basic principles are established primarily with the goal of instituting bankruptcy proceedings and achieving equal settlements for creditors as a whole. This should occur while simultaneously obtaining agreement between the consumer and the creditor regarding payment of remaining debt or liquidation of consumer property (Draft, Art. 2. p.1). The secondary goal is to provide the consumer with the possibility, upon completion of a period of verifiable attempts to reconcile with creditors, to be relieved of the remaining



debt towards rightful creditors (Draft, Art. 2, p.2). Accordingly, the subject matter of highest importance to a creditor is the Bankruptcy Estate. Consumers, as natural persons, enjoy protection from distraint (seizure) of certain parts of their property in order to secure an existential (bare) minimum. In the Draft CBA, the distraint limitation is regulated by rules governing the Bankruptcy Estate, which includes the entire property of the debtor at the outset of the bankruptcy procedures, as well as the property which the debtor acquires in the course of the consumer bankruptcy proceedings (BA Art. 67 correlated with Draft CBA, Art. 14).<sup>1</sup>

When the consumer in debt (debtor) is concerned, the law provides that the property assets which cannot be subject to distraint shall not be entered into the Bankruptcy Estate in case where the debtor is not an individual trader or artisan (BA Art. 68 correlated with the Draft Art. 14).<sup>2</sup> Accordingly, in respect of distraint limitation, the Draft CBA (Art. 14) refers to the appropriate/relevant provisions of the BA which, in turn, suggests the adoption of the Distraint Act (BA Art. 68). Therefore, in consumer bankruptcy proceedings, the consumer has a personal and unlimited liability to perform the obligations towards creditors concerning assets which are not deducted from the Bankruptcy Estate. The treatment of real estate is a matter of special consideration within the aforementioned topic.

The Draft CBA (Art. 35) prescribes special provisions regarding the liquidation of real estate necessary for personal use. The provisions in paragraph 4 describe the obligation of the court to take into account that real estate should be proportional to the housing needs of the consumer. The court may (but is not required to) decide that real estate should be sold and that consumers should be secured with bought or leased real estate appropriate for their basic subsistence and livelihood. This rule does not apply to creditors who insured their claims. Creditors who have mortgaged or fiduciary collateral on deducted property have a theoretical possibility of forced collection, with no regard for laws of deduction.<sup>3</sup> However, if they do not use that opportunity within 60 days of court

---

1 Draft proposal of the Consumer Bankruptcy Act, Ministry of Justice, Zagreb, June, 2014

2 See BA Art. 274 on cases in which the court judges rule on the opening of bankruptcy procedures, to give authority to debtors to manage possessions of the Bankruptcy Estate under a Supervising Commissioner (personal administrator). The Commissioner secures the rights of the debtor, who is required by law to sustain (including any dependents) in accordance with their prior yet modest standard of living.

3 According to the Draft, Art. 31, the creditor has an exclusively secured right to liquidate assets, provided the court has authorized enjoining of the liquidation of assets within 60 days. If the creditor fails to liquidate assets within 60 days, the right to liquidate goes to the Commissioner. In certain cases, the court can rule that assets will not be subject to liquidation if costs of liquidation would surpass the value of the asset(s) in question. In such a case, the court will produce a deadline by which the debtor has to pay the creditor the

notification, the liquidation right is passed on to the Commissioner. Following the logic of efficiency, in certain cases, the court can rule that assets will not be subject to liquidation if costs of liquidation would surpass the value of the asset(s) in question. In such a case, the court will produce a deadline by which the debtor has to pay the creditor the amount that is equal to the Bankruptcy Estate, which would be divided between creditors (Draft, Art. 31). Thus, for the purpose of maintaining an existential minimum, the lawmakers provide a possibility to consumers to obtain a prior court approval in the period following the confirmation of good behavior, and to start running their businesses as entrepreneurs or artisans (Draft, Art. 32 and 33) (Bodul, 2014: 725-739).

### ***2.1. Parties and Participants in the Procedure***

It is necessary to mention the parties in the bankruptcy procedure because they are key entities directly involved in bankruptcy proceedings. The parties of cooperative bankruptcy procedure are enlisted in Article 15 BA; they are: bankruptcy judges (BA Art. 17), the Bankruptcy Trustee (BA Art. 20-31), the Assembly of Creditors (BA Art. 38a-f), and the Creditors' Committee (BA Art. 32-38). Every entity in the bankruptcy procedure has its specific role regarding rights and obligations. They may not interfere with responsibilities of other entities. Bankruptcy procedure is the only procedure which, in addition to court bodies (bankruptcy judges), includes the assistance of other parties (Bankruptcy Trustee, Assembly of Creditors, and Creditors' Committee). However, when it comes to consumer bankruptcy, there is a significant difference in the methods.

The first party is the court. It is represented by a bankruptcy judge, whose main task is to ensure that the procedure is carried out in accordance with the law. In this context, the bankruptcy judge makes decisions on conducting

---

amount that is equal to the Bankruptcy Estate, which would be divided between creditors. According to Council Regulation, Art. 5 (EC) no. 1346/2000 of 29 May 2000, regarding bankruptcy insolvency procedures (OG, 160, 30.06.2000., pp. 1-18.), the opening of bankruptcy proceedings does not have an effect on real rights of creditors or third parties regarding material or nonmaterial, movable or non-movable assets, and defined assets and collections of undetermined assets as a whole, which are changing from time to time, that belong to the debtor and are on property of another state at the time of opening the procedure. The listed rights especially relate to: (a) right to disposal of assets, paying fees from assets, or incomes from assets, especially based on pledge law or mortgage; (b) exclusive right to settlement of claims or special rights connected with a claim insured by pledge law or assignment of claims based on collateral; (c) right to request assets and/or ask for compensation from the one who possesses or is in use of that particular asset, contrary to wishes of the authorized person; (d) real right to authorization use of asset. The right which is enlisted in the public register, and which is executed towards third parties, is the possibility to acquire real law or balance with real law in accordance with real law.

actions, managing procedures, and other questions when raised explicitly (BA Art. 10 and 17). According to the Draft CBA, the substantive law on consumer bankruptcy procedures falls under subject matter jurisdiction of municipal courts. In this respect, the primary decision-making privilege is on the County courts, so that previous decisions made by municipal courts may be overturned by County courts.

The second party includes creditors. Within the framework of bankruptcy procedure, the following creditor categories share a common interest: creditors with an exclusion right (BA Art. 79-80), secured creditors (BA Art. 81-84), bankruptcy creditors (BA Art. 70), and creditors of the Bankruptcy Estate (BA Art. 85-87.a). The common ground, in terms of interest, is protection of rights resulting in fulfillment of their claims. However, within the framework of similar interests, each category has a different way of fulfilling that which is required by law, as well as the legal position from which it acts. As a matter of fact, bankruptcy procedure is conducted precisely because the rights of the creditors have to be protected. According to the BA, creditors are represented within two parties: the Assembly of Creditors and the Creditors' Committee. Although these two parties are not mentioned in the Draft CBA, subsidiary application of provisions (Draft Art. 14 and BA Art. 300) gives rise to conclusion that the Assembly of Creditors is the only existing party. The Assembly of Creditors is granted the majority of rights to rule regarding the key decisions of the flow and direction of fulfillment of bankruptcy procedure.

The third party is the Commissioner. When bankruptcy procedure is conducted over a public entity, the Bankruptcy Trustee is granted management and disposal rights of certain property, as well as all rights that belonged to the former parties of the debtor of a public entity (BA Art. 24). On the other hand, the bankruptcy procedure refers only to the businesses of individual debtors within the Bankruptcy Estate, and they represent the bankruptcy debtor with the authority of a legal representative. According to the BA, in case of bankruptcy over a public entity debtor, the Bankruptcy Trustee is concurrently his representative. When opening bankruptcy proceedings over an individual debtor, the rights of the individual debtor regarding the management of property that enter the Bankruptcy Estate are passed onto the Bankruptcy Trustee (BA Art. 89). In the scenario of consumer bankruptcy, the role of Commissioner is quite similar to the role of the Bankruptcy Trustee. Being given the authority to open consumer bankruptcy proceedings, the Commissioner is granted the right to manage the property of the consumer, in his name and for his account.

In terms of the Draft of the Consumer Bankruptcy Act, the Commissioner duties are envisaged in Chapter 7 (BA 36-41). The lawmaker specifies how the

Commissioner is appointed from the list of potential agents. The lawmaker also indicates in which ways the minister in charge of legislation may advise, by enacting special by-laws, regarding the procedures of enlistment and removal from the list of Commissioners. The lawmaker indicates that the Commissioner must be exempt from a bankruptcy procedure, especially when that individual is a close relative of the judge, creditor, or debtor. Any individual who has been legally convicted of a criminal act against the system or a criminal act deeming that person unworthy of carrying out the Commissioner duties shall also be exempt. It is clear that the lawmaker considered changing the conditions for appointing Commissioners because the nature of business is not uniform as it is in case of the Bankruptcy Trustee; thus, for example, insisting upon a bankruptcy-management exam is inappropriate. Furthermore, the doctrine indicates that comparative legislation does not identify any strict (formal) criteria for the appointment of the Commissioner in bankruptcy or the Commissioner in the remaining debt relief proceedings (Lovrić, 2015). One of the most important duties of the Commissioner is to submit quarterly written reports to the judge, in which they will state the condition of the debtors' property, new circumstances which could be of significant influence regarding the fulfillment of consumer obligations, the total amount of paid funds to individual creditor(s), information regarding liquidated property, and other significant information which is potentially consequential for the course of procedure (Draft, Act. 37). The nature of the Commissioners' duties is to manage the obligations that are set upon him over the lengthy period of seven years. Personal financial obligations of relevance for bankruptcy proceedings should be taken into account. Therefore, it is essential to ensure that the Commissioner is carefully appointed, keeping in mind the former criteria. As the Commissioner is not under constant supervision, it is imperative that the person be impartial. Close ties with debtors are also undesirable because the Commissioner's task is to protect the interests of creditors over a long period of time. There are also strict rules concerning the exemption of the Bankruptcy Trustee in favour of the Commissioner. Article 39 of the Draft CBA defines the obligations of the Commissioner regarding the special transaction account. Namely, by the end of the current/following working day, the Commissioner appointed by a judge to act in a bankruptcy case is obliged to open a special transaction account<sup>4</sup> with a financial institution. Via that account, the Commissioner can only accept payments from individual debtors and pay funds which are related to management and disposal of the Bankruptcy Estate. Special transaction account funds cannot be the subject of distraint conducted against the Commissioner. In case of bankruptcy or death of the Commissioner, these funds are not to enter the Bankruptcy Estate, nor the bequest. The Com-

---

4 See National Payment System Act, OG, no. 133/09 and 136/12, Art. 58.

missioner is obliged to hold all payments that refer to management and disposal of the Bankruptcy Estate separate from his private property. The actions of the Commissioner are supervised exclusively by the court (Draft Art. 38); the Commissioner is also entitled to receive additional income for his work, as well as compensation for overhead costs. The additional income for the Commissioners' work consists of fixed and variable parts. The court defines the additional income for the Commissioner as well as certain amounts due after every liquidation (division) of assets. The fixed amount is 500 HKR for each bankruptcy procedure, and the variable amount depends on the total of liquidated (divided) assets. Thus, the variable amount of additional income is determined according to the level of liquidated (divided) assets: 4% for the amount of up to 300.000,00 HKR; 3% for the amount ranging from 300.000,00-500.000,00 HKR, and 2% for the amount above 500.000,00 HKR. Even though it is not specifically defined, the expressed percentages are considered to be the amounts of net value, which is indicated in Article 19 of the Directive Regarding Criteria, Calculation, and Payment of Supplementary Income to Bankruptcy Trustees (OG, no. 189/03). The question that arises is what amount of additional income, defined in this way, will create incentive enough for individuals to consider becoming Commissioners? Upon the relevant compensation of the Commissioner's overhead costs, the BA provides for the payment of costs to the Bankruptcy Trustee.<sup>5</sup>The costs of supplementary income for Commissioners' work, as well as compensation for their overhead expenses, are costs of consumer bankruptcy procedure and have priority in the settlement.<sup>6</sup>

At this point, we should look into the concept of individual consumer. The Draft CBA defines the consumer as any natural person, including individual traders (Draft Art. 3). The term is often used in a narrow sense. In this scenario, one often fails to take into account the broader picture of the term "consumer" in various legal acts. Thus, there is a divergence which makes it unnecessarily difficult to ensure the application of law as well as the consistency of legal terminology. However, in this case, we should refer to the decision of the Constitutional Court of Republic of Croatia (no. U-II-6/1992 of 8 April PSP 52/52), which states that "the foundation of various consumer categories are contrary to the constitutional principle regarding the equality of all under the law..."

---

5 The calculation of overhead costs of the Bankruptcy Trustee is approved by the bankruptcy judge, on the basis of written, substantiated and documented reports of the Bankruptcy Trustee (BA Art. 29, p. 3).

6 See BA Art. 86, Financial Operations and Pre-Bankruptcy Settlement Act, Art. 38 (OG no. 108/12, 144/12, 81/13, and 112/13), and Regulations on the Costs of the Pre-Bankruptcy Settlement Proceedings (OG no. 5/13).

## **2.2. Reasons for Bankruptcy**

The proposal for opening consumer liquidation procedure is considered when there is a reason for bankruptcy. Assumptions concerning the liquidation process are questioned at the time of proposal submission. Yet, many debtors will find it impossible to pursue a new (financial) beginning. In theory, liquidation is traditionally defined as a permanent impossibility to settle debts upon maturity. In the countries of the European-continental legal system, there is no unique definition of liquidity as states have different approaches to this matter. Analyzing the requirements which have to be fulfilled in order for an individual to declare consumer bankruptcy under privileged procedure, we defer to distinguished liberal systems, which envisage a smaller number of necessary requirements, ultimately resulting in a larger number of bankruptcies. On the other hand, conservative systems imposing a larger number of requirements result in opening a smaller number of procedures. This conservative model is characteristic of Croatian law.

### *2.2.1 Insolvency Criteria*

The consumer bankruptcy procedure can be opened if the consumer cannot settle one or more mature obligations for a minimum of two months. Such obligations surpass (three times) their salary or other regular, permanent income which they receive in periods that are not longer than two months. The same rule applies if a consumer is unemployed and cannot settle obligations in amount higher than 10.000,00 HRK (Draft Art. 4). Therefore, reasons for bankruptcy (liquidation, inability for paying and indebtedness) are not explicitly defined. Considering the former logic of bankruptcy reasoning from the Bankruptcy Act, one would conclude that the most relevant questions are of illiquidity<sup>7</sup> and insolvency<sup>8</sup> of a consumer, while indebtedness is not a legitimate reason for

---

7 The debtor is illiquid if they are not able to meet their financial obligations within a specific time limit (BA Art. 4, p. 2). The debtor will be considered illiquid if they are more than 60 days late in fulfilling one or more monetary obligation, whose amount surpasses 20% of their obligations reported in the annual report for the prior year, or if they are more than 30 days late with payment of salaries (in the amount defined in the contract) and payment of related taxes and contributions which one is required to pay together with the salary (BA Art. 4, p. 3).

8 Debtors are incapable of paying if they cannot fulfill their mature monetary obligations over a long period of time. The debtor will be considered incapable of paying if he/she has recorded the unmet obligations regarding payment within a period longer than 60 days in the register of Sequence Base of Payment which is kept by the Financial Agency. Based on the valid assumptions for paying and without further consent of the debtor, these obligations should be collected from any one of the debtor's accounts (BA Art. 4, pp.6-7).

bankruptcy.<sup>9</sup> In fact, indebtedness of consumers is very hard to determine because one can reasonably expect that the consumer is capable, over the course of their life, to acquire assets for payment of their mature monetary obligations. When discussing legal entities within the consumer bankruptcy procedure, it is the assumption of indebtedness, which exists as a reason for bankruptcy, which is not a suitable category. Consumers are not required to keep account books, unlike legal entities that conduct activity driven by profit, and therefore, are obliged to keep account books. These are legal entities, which, in practice, are managing account books according to the principle of unchanged records. Regarding the resulting business events and according to the balance sheet, it is easy to determine the indebtedness of the legal entity.

### 2.2.2. "Good Faith" Criteria

The second assumption for entrance into consumer bankruptcy procedure is the existence of "good faith" criteria. If one takes into consideration the specifics of consumer bankruptcy, which can be reflected in the opportunity of the insolvent debtor to be allowed to achieve economic recovery, the question arises of how to determine the group of people who will be given the chance to use this institution, taking into consideration numerous possible forms of abuse. At first glance, several possibilities for ominous activities of the debtor can be spotted, which constitute the abuse of law in their favor. Since there is a risk that the ease of debt relief would encourage debtors to create a debt beyond intention to pay, consumer bankruptcy legislation in certain countries is introducing terms such as "good faith". This is an important assumption in preventing abuse by unfair debtors who would like to evade their commitments. Debtors are required to act in good faith when they acquire their debts and to show the real state of their property, incomes, and expenditures in the course of consumer bankruptcy or alternative procedures. Even though the term "good faith" is not explicitly used, one can easily notice that legislators have been considering that idea. For example, providing incomplete or inaccurate data will be considered equally as reproachable as providing a false statement under oath (Draft Art. 8, p.2). Additional criteria for testing "good will" have been considered. Remaining debt relief is contingent upon debtor's successful "check

---

9 The bankruptcy proceedings over a legal entity will be opened in case where the legal entity is indebted. The legal entity will be considered indebted if their assets cannot cover the existing obligations. The legal entity will not be considered in debt if, according to the circumstances of the case (development programs, available sources of funding, types of property, obtained collateral), one cannot assume that, with continued extension of business, they will be able to fulfill their mature obligations in an orderly manner (BA Art. 4, p.11). A legal entity will not be considered indebted if any of its members, who are required to act in solidarity in terms of the entity liabilities, can cover the monetary obligations (BA Art. 4, p.12).

of good behavior,” which includes fulfillment of debt payment plan as well as the debtor’s duty to find a suitable job, for example (Draft Art.49). Legislators had envisaged the possibility of denying the remaining debt relief, which will occur if the consumer refuses to adhere to their obligations or, in any other way, tries to manipulate his creditors (Draft Art. 50).<sup>10</sup> If the consumer has filed a proposal for out-of-court settlement, along with the proposal he is obliged to deliver to the counselor the list of assets, creditors and creditors’ claims, as well as statements that all the submitted information is accurate and complete. The list will be submitted in a form established by the competent Minister in charge of business activities, regulated by a special rulebook. For providing incomplete or inaccurate information, consumers’ actions will be considered equally as reproachable as providing a false statement under oath (Draft Art. 8, p.2). If the proposal has been filed by a creditor, alongside with the proposal he is obliged to submit proof of validity of his claims. It will be considered that the creditor has proved validity of his claims if their existence is based on a distraint certificate or credible document (Draft Art. 8, p.3). If the debtor in the stated phase of the procedure cannot agree with creditors regarding the method for settling existent claims, the procedure would be handled before supervisory municipal courts. Also, there is a pre-assumption that an attempt to achieve an out-of-court agreement has failed if a creditor, after the beginning of negotiation with a goal of concluding agreement on regulating the consumer commitments, opens distraint procedure or explicitly and unequivocally declares that they are not in agreement with out-of-court positions (Draft Art. 10 p.1).

### ***2.3. The Course of Out-of-Court Procedure***

The logic that legislators used when defining the course of out-of-court procedure can also be seen within the German Consumer Insolvency Procedure. The procedure is carried out in three separate stages, as will be shown in the following text.

#### ***2.3.1. First Out-of-Court Stage***

With the purpose of preemptively reducing the large number of expected court proceedings, legislators have predicted the debtors’ duty to try to achieve settlements with their creditors in out-of-court proceedings during the period of 60

---

10 The author holds that legislators should specify that the proposal will be dismissed if the debtor deliberately or, negligently provides inaccurate or incomplete information about the current financial standing, i.e. if he/she does not act in good faith. Other positive practice and possible improvements can be observed in the example of the Slovenian legislator (in Financial Operations, Insolvency Proceedings and Compulsory Dissolution Act, Art. 399, p.1, OG. / RS, no.13-14 ).



or 90 days, respectively (Draft Art. 9), before filing the proposal for opening consumer bankruptcy procedures with the municipal court in charge (Draft Art. 5-12). The counselor is expected to assist the consumer in finding the best possible option for restructuring their debts due to creditors, and also to help them draw up a plan for debt settlement. Simultaneously, they should point out to the debtor the possibility of filing a proposal for remaining debt relief (Draft Art. 8). One should keep in mind that the problems that the debtors are encountering are very complex because, in most cases, the problems are arising from many interconnected domains (legal, psychological, and socioeconomic). However, it is assumed that the counselor will help the debtor come up with a reasonable and economically sustainable proposal regarding regulation of debt, and fulfillment of other necessary preconditions for achieving an out-of-court agreement. The out-of-court agreement achieved between the consumer and the creditor has the effect of an out-of-court settlement and it represents a plan of settling debt, as well as a distraint document (Draft Art.11, p.1). According to the Ministry of Justice of the Republic of Croatia (the promoter of the Draft), out-of-court procedures are performed in front of counsel chambers (associations, centers, legal clinics, and counsel facilities which are trained for professional counseling of consumers regarding ways of regulating their obligations (FINA-Financial Agency) (Draft Art. 7, p.2)); they are considered to be a type of formal procedure with a purpose beyond mediation between the participants in the procedure. The secondary purpose of the formal procedure is to collect all relevant information regarding creditors' claims and debtors' assets. In achieving these services, counselors act in "quasi-legal" capacity toward debtor. The counselor is mandated to consider reasons behind debtors' financial problems throughout the structural analyses of incomes and expenditures, ways of allocating resources, and possibilities of enlarging incomes and downsizing expenditures. Also, counselors suggest solutions which would avoid the aforementioned negative practices in the future. Counselor are expected to be highly familiar with other social solutions and, if necessary, to direct the debtor towards those solutions. In addition, the counselor must have financial knowledge through which they would inform debtors about the repayment of debts. The American, English, German, French, and Slovenian models of debt relief require the debtor to abide by a payment plan. The debtor is obliged to reimburse the maximum possible without endangering his fundamental existence. A goal of counseling is to help consumers adjust their lifestyle accordingly. Introducing licensed counselors in out-of-court procedures can develop broader and more flexible methods of addressing problems. The out-of-court model includes the possibility of solving legal and non-legal (socio-economic) issues. As court procedures are not always adequate for resolving issues raised in cases of insolvent individuals, there is a

question whether out-of-court or in-court procedure may be put into practice without professional help.

#### *2.3.1.1. Active Legitimacy for Filing Proposal*

Proposals for opening consumer bankruptcy procedures can be filed by either creditor or debtor. If the proposal is filed by debtor, as stated in paragraph one of this Article, they are obliged to provide to counsel chambers a list of property and creditors, a list of claims which creditors have towards them, and a statement that all the provided information is accurate and complete. Determining and defining official forms for court actions and submissions, through which parties are communicating with the bankruptcy court, will substantially contribute to a procedure simplified in this way (Draft Art. 8, p.2). Thus, besides the instructive role, the files will contribute to higher efficiency in solving tens of thousands of proposals, which are anticipated to be filed. If the proposal is filed by the creditor, they are obliged to make plausible existence of their claim and provide at least one reason for bankruptcy. It will be considered that the creditor made plausible existence of their claims if the actuality of the claim is based on distraint or a credible certificate.

#### *2.3.2. The Second Out-of-Court Stage*

The court procedure also bears elements of “good will” as it gives the consumer a new possibility of making agreements with creditors before the court concerning the court settlement (Draft Art. 12-24). The proposal is filed with the local municipal court of the debtor’s residence (Draft Art. 13). It should be noted that this second stage is considered unnecessary in German practices; therefore, the question of need for its termination arises.

Further presumptions of permissibility are: the jurisdiction of the municipal court in terms of the debtor’s place of residence (Draft Art. 13), existence of confirmation concerning failed attempts at achieving an out-of-court agreement (Draft Art. 17, p.2), and coverage of procedure costs. Otherwise, the proposal would be dismissed (Draft Art. 17, p.4). Regardless of who has filed the proposal for opening the consumer bankruptcy procedure, the Draft CBA envisages that it necessary to cover fees and advanced payment for foreseeable costs which can emerge from the opening of bankruptcy procedure. Costs must be covered even if it is determined that the debtor’s property, which is part of the Bankruptcy Estate, is insufficient for covering debt procedure costs or if the assets are of insignificant value (Draft Art. 18).

The Draft contains special provisions about costs of procedure (Art. 18) and costs of supplementary income granted to the Commissioner (Art.41).The consumer bankruptcy costs are borne by the promoter (consumer or creditor) in lump sums which are determined by the court and cannot be lower than 1.000,00 HRK. However, if the consumer is unable to cover the procedure costs (but has some property), the court can decide that costs are to be paid from the Bankruptcy Estate in advance,<sup>11</sup> and the said costs will be settled with priority from the liquidated properties of the consumer. If the consumer bankruptcy procedure is opened, the advanced amount is added to procedure costs (in comparison with BA Art. 41). In case the promoter does not pay the lump sum within a 15-day period, the court will dismiss the proposal. The rule is that every creditor bears its own procedure costs (in comparison with BA Art. 14 and AFMPS Art. 86).

### *2.3.2.1. Preliminary Hearing*

Before opening the consumer bankruptcy procedure concerning debt settlement, the court will schedule a preliminary hearing where a debt settlement plan, attached to a proposal for opening the procedure, will be considered (Draft Art. 20). The summons for a preliminary hearing is announced via the official website (e-portal) of the courts, together with a debt settlement plan and a list of claims and creditors. Given their legal interest in the debt settlement plan, the creditors are obliged to make their position known within the period of 30 days after the summons for preliminary hearings has been published on the official website. The creditors whose claims are not included on the debtor's list, nor taken into account in the course of preparing the debt settlement plan, may ask for their settlement only if they submit a request for amending and supplementing the debtor's list within a period of 30 days after the summons for preliminary hearings has been published.

If it is determined during the preliminary hearing that the consumer's property which constitutes the Bankruptcy Estate is insufficient for settling the procedure

---

<sup>11</sup> Here, it is worth focusing on the experience in pre-bankruptcy settlements. Namely, the procedure of pre-bankruptcy settlements has been used by many debtors as a cheaper way of entering into bankruptcy since, in case of unsuccessful conclusion of the procedure, the financial agency (FINA) files the proposal for opening the bankruptcy procedure, by means of which they are freed from payment of fees and costs connected with the opening of bankruptcy procedure. As a result of applying of the AFMPS (Act of Financial Management and Pre-Bankruptcy Settlement- orig. ZFPPN), the practice holds that between 4.000 and 6.000 bankruptcy procedures could be opened before the Commercial Court upon FINA proposal. Multiple millions will be necessary for costs of publishing announcements, with the burden falling on the creditors or state budget, and more than tens of millions will be needed for bankruptcy managers, whose compensation is being taken from Fund Assets, which are nonexistent at the moment.

costs or the assets are of insignificant value, the court will make a decision on the opening and closing of consumer bankruptcy procedure. Simultaneously, the court will name a Commissioner and make a decision on remaining debt relief, if such a request is filed. In that case, the provisions of the Remaining Debt Relief Act apply (Draft Art. 26, p.1).

In a preliminary hearing, every creditor has the right to request a review of the entire content included in the list of claims and creditors. "Request of a review" means the right of creditors to have their declarations asserted in a timely manner regarding all claims and all creditors from the list because, in this type of hearing, the plan is either accepted in full or dismissed (compare with BA Art. 175).

### *2.3.2.2. Acceptance of Plan*

The debt settlement plan is accepted in the following circumstances: 1.) The creditor has not responded or declared his position on the the debt settlement plan, within a period of 30 days following the publication of the summons for preliminary hearings on the official website of the courts, is considered to have accepted the plan; and 2.) If none of the creditors have opposed the plan, it is deemed to be accepted. Furthermore, the plan will be accepted in case where the judge rules so. Namely, if creditors are in disagreement about the plan, the court's decision can replace explicit consent of a certain creditor if both of the following assumptions are fulfilled: 1.) if the total number of creditors whose claims account for more than half of the total debt have given their approval, and 2.) if the creditor who has not given his/her consent is not placed in a worse position than the one he would be in if the plan were nonexistent (Draft Art. 23). In the BA, the first assumption is defined as *necessary majority* (BA Art. 240), while the second assumption is defined as *ban of obstruction* (see BA Art. 241).

Finally, if the debt settlement plan is accepted, the proposal for opening consumer bankruptcy procedure, as well as the proposal for remaining debt relief, will be considered withdrawn. The accepted plan has the effect of a court settlement.

### *2.3.3. The Third Out-of-Court Stage*

If the creditors have not accepted the plan for regulating the debtors' obligations within the frame of court procedure, the third stage of urgent out-of-court settlement follows. This implies that simplified court insolvency procedures will be opened. This means that the procedure may be delayed because the settlement of claims can diminish in value over the time in which bankruptcy procedure is underway (Draft Art. 15, p.3).

### 2.3.3.1. *Opening of Consumer Bankruptcy Proceedings*

Following the close of the attempted procedure for achieving out-of-court agreement, the consumer bankruptcy procedure is opened upon a proposal filed by a consumer or creditor. The person who filed the proposal delivers confirmation that the procedure has been conducted, that an out-of-court agreement has not been achieved, and that the debt settlement plan has not been accepted in the preliminary hearing (Draft Art. 25, p.1). The opening of simplified bankruptcy procedures requires an established and admissible proposal for bankruptcy. The court appoints the Commissioner and orders that the decision on this rescript be entered in the land property register (Draft Art. 25).

Before ruling on the opening of consumer bankruptcy procedure, the court may, upon the proposal of the consumer or creditor, call for a halt of procedure for a period of minimum one and maximum three months. This can only occur under specific circumstances when, given the extension of negotiation in the case, it is found that the consumer could achieve a settlement with the creditors (Draft Art. 19, p.1). If agreement is not to be achieved, the procedure will be carried on *ex officio* (Draft Art. 19, p.2).

The report on the opening of consumer bankruptcy procedure is published on the official website (e-portal) and in the Croatian official gazette, *NarodneNovine* (Draft Art. 25). One can file an objection against the report regarding the opening of consumer bankruptcy procedure, but only in relation to the goal of settling debt. A higher court is required to accept or reject the objection within a period of two weeks (Draft Art. 25).

### 2.3.3.2. *Legal Consequences of Opening Consumer Bankruptcy Proceedings*

The legal consequences take effect from the moment when the report regarding the opening of consumer bankruptcy procedure is published on the official website, (Draft Art. 27). Therefore, after the opening of consumer bankruptcy procedure, consumers' disposal of objects from the Bankruptcy Estate is without legal effect. This does not apply to Estates that fall under general rules regarding protection of trust in public books. Consideration will be returned from the Bankruptcy Estate to the other side if the value of the Bankruptcy Estate is increased by consideration (Draft Art. 28). If the consumer performs an obligations in a period after the opening of consumer bankruptcy procedure, even though such obligation should have been fulfilled for the benefit of the Bankruptcy Estate prior to publishing the statement on the opening of procedure, such performance will relieve the consumer from obligations if he/she proves that, at the time of performance, the consumer was not aware that the consumer bankruptcy procedure was opened (Draft Art. 29). However, if the consumer

has gained legacy or record before opening or in the course of the consumer bankruptcy procedure, the property gained on these grounds would be entered into the Bankruptcy Estate. On the other hand, if the consumer renounces his legacy after the opening of consumer bankruptcy procedure or in the period of three years before opening of the procedure, the court will, after hearing from both creditors and debtors, evaluate the reasons of the renunciation and review the impact of said renunciation on the decision on remaining debt relief (Draft Art. 30). The most important consequence of the character of legal procedure is the cease of distraint procedures (Draft Art. 31, p.7).

### *2.3.3.3. Remaining Debt Relief Procedure*

The consumer-debtor is obliged to clarify, while filing the proposal for opening the insolvency procedure, whether they will use the institute of remaining debt relief. In case the creditors or the Commissioner do not point out the existence of a reason for withholding that institute, the court will decide to relieve the debtor from the performance of remaining obligations. The court decision is preceded by the so-called period of verification of good behavior. During this period, the debtor's responsibility is to see the obligations<sup>12</sup> through and to ensure that the circumstances for denial of the institute<sup>13</sup> do not occur. However, German case law points out that the majority of individuals are not capable of paying even a small portion of these claims; given the fact that a vast majority of debtors are on the verge of financial extinction, the question arises whether the period of verifying good behavior makes sense. Upon completion of the assignment, the bankruptcy judge will schedule a hearing in order to examine the proposal for relieving the debtor of remaining liabilities. After he hears the Commissioner of the debtor and the bankruptcy creditors, the bankruptcy judge will decide

---

12 In the period of verification of good behavior, consumer-debtors are obliged to engage in a suitable profession; they may not refuse employment, activity or seasonal work if they are qualified for such work; they are required to report to the Commissioner the inherited property, which is entered into the Bankruptcy Estate; they are obliged to report to the Commissioner, without delay, every change of residency or workplace; they cannot omit any property or any single amount covered in the declaration of assignment. Upon the request of the court and the Commissioner, they are obliged to provide information about their work or attempt to find such, their sources of income and property. If consumer-debtors adhere to all stated obligations in the period of verification of good behavior, the court will relieve them from remaining obligations after the conclusion of the verification of good behavior (Draft Art. 49).

13 These circumstances include as follows: if the consumer, during the period of verification of good behavior, is found guilty of criminal activity against the market, or other criminal activity which would indicate malpractice on their part in terms of fulfillment of their duties and obligations; if the consumer has violated in any other way their duties or prevented the settlement of their creditors (Draft Art. 50).

on the remaining debt relief. Withholding the decision on remaining debt relief upon the end of the assignment period is a very infrequently implemented measure. Regarding that measure, the court can decide only through suggestion of an active, legitimate proposal promoter and base their decisions on specifically defined reasoning. The decision on remaining debt relief is the expected outcome of long consumer bankruptcy proceedings. In case there is a lack of a legitimate proposal for the release from remaining debt, or if the proposal has been denied in the preliminary proceedings, the courts will (after hearing from the Commissioner, debtors, and creditors) release the debtors from remaining liabilities (Draft Art. 51).

### **3. In lieu of Conclusion: Why did the Croatian legislator adhere to the German legal solutions?**

The German Insolvency Act (German: *Insolvenzordnung*, *Bundesgesetzblatt* 1994., I, p. 2866, last change BGB1, 2010., I, p. 1885; hereinafter: the InsO) entered into force in 1999 (Paulus, C. G., 2001: 89). According to rules of consumer insolvency procedure (InsO §§ 304-314), the goal of the consumer debtor is to release themselves from remaining debts by liquidating seizable property through a proportionate settlement of creditors. Special insolvency regulations provide consumers with the right to be released of debt in three stages (Backert, W., *et al.*, 2009: 285).

The first stage involves an attempt of the consumer to achieve an out-of-court agreement concerning the debtor's settlement of the creditors' claims. The condition for opening insolvency procedure is the attempt (rather than achievement) of an out-of-court agreement concerning settlement of debt.

What follows in the second stage of procedure is another attempt to come to agreement on debt settlement within the insolvency procedure. If creditors, at this point, refuse to accept the debt settlement plan, what follows is liquidation of debtors' seizable property within court procedure, which is subject to simplified rules of procedure. Depending on the debtor's proposal, remaining debt relief can occur throughout the six-year period of verification of good behavior.

The German legislators have enabled unvarying options for all insolvent consumers. Once the debtor's insolvency is established, every debtor is obliged to make predictable sacrifices. Thus, throughout the six-year period of good behavior, the debtor will cede any seizable property to creditors. When debt relief is clear and predetermined, as in German law, the path for receiving debt relief can be standardized with little room for deviation. Therefore, one must impose reasonable standards. The German experience, with all its disadvanta-

ges, provides an example of how such a process can develop within European consumer bankruptcy systems. Consequently, it is undisputed that the German model represents a model of “fairness”. The German system seems to be fairest and most consistent from the consumer’s standpoint and the legitimate sources of social education. Furthermore, the clear orientation of Croatian legislation concerning the already existent German insolvency model for consumers is meaningful because such situations allow the use of foreign court practices and foreign literature as auxiliary assets in solving problems, which will appear within applications of the “new” CBA act. Explanations and discussions from these sources are very rarely connected with isolated paragraphs. They are related to the basic principles of an appropriate act, specific solutions envisaged in that act, similar cases, and so on.

However, reforms are necessary since debt settlement plans cause problems for consumers who cannot fulfill them. In reality, one out of every 12 German households cannot settle monetary obligations which they owe (Schuldenreport, 2006: 13). From 1999 until 2005, the number of proposals for opening insolvency procedure for consumer has been increased from 3.357 to 68.898.<sup>14</sup> After the USA which has the highest indebtedness rate (12,7%) within the international framework, Germany comes second with 8.1% rate of indebtedness. In Germany, only 6% of indebted households benefitted from being released of remaining debt liabilities (Schuldenreport, 2006: 13). In the midst of an ever greater number of indebted individuals, counselors for debtors and Consumer Protection Offices call for changing the consumers’ insolvency procedure and the remaining debt relief procedure, which would provide simplified debt relief proceedings to insolvent consumers. In the center of critique is the fact that, in cases of inconsistencies in the Bankruptcy Estate, the consumers’ insolvency procedure and the remaining debt relief procedure are too demanding and do not contribute to the settlement of creditors, which is the ultimate goal of insolvency procedure. The magnitude of the problem can be seen if one takes into consideration the data from the Federal Ministry of Justice, which states that debtors cannot settle their obligations from the Bankruptcy Estate in more than 80% of all cases. In the 1980s, the German legislator clearly stated that debt relief modeled upon the liberal American model was not, and is still not, a possibility. The current state of indebtedness of German consumers and the economically irrational positive law solutions point towards necessary changes. The former had been attempted, with numerous inconsistencies, in the Draft Act (German *Entwurf eines Gesetzes zur Entschuldung völlig mittelloser Personen und zur Änderung des Verbraucherinsolvenzverfahrens*).

---

14 See Statistisches Bundesamt 2006. *Press releases from 03.03.2006*, available at <http://www.destatis.de> (17.12.2014).



*De lege ferenda*, the author considers that it will be hard to come to a solution which would be ideal and acceptable for all parties in the consumer bankruptcy procedure. However, the legal regulation of consumer bankruptcy in positive law should rely on the continental German legal tradition, provided that certain institutes be revised without radical changes of the fundamental postulates.

## References

- Backert, W., Gechner, G., Maischatz, K., Brock, D. (2009). Consumer Bankruptcy in Germany, in: Niemi-Kiesilainen, J., Ramsay, I., Whitford, W.C. (eds.), *Consumer Credit, Debt and Bankruptcy, Comparative and International Perspectives*, Hart Pub., Oxford and Portland, Oregon, 285. *et seq.*
- Bodul, D. (2011). Osobni stečaj - globalni trend i hrvatska perspektiva, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 32 (1). pp. 351-377.
- Bodul, D. (2014). Troškovi osobnog stečaja: neuralgična točka svih sustava, *Pravo u gospodarstvu*, 53 (3). pp. 725-739.
- Čuveljak, J. (2008). Oslobođenje od preostalih obveza u stečajnom postupku, *Pravo u gospodarstvu*, 48 (3). pp. 955-970.
- Garašić, J. (2004). Osobna uprava stečajnog dužnika, *Zbornik Pravnog fakultet Sveučilišta u Zagrebu*, 54 (1). pp. 29-75.
- German Government (2006). *Entwurfeines Gesetzeszur Entschuldungvölligmittelloser Personenund zur Änderung des Verbraucherinsolvenzverfahrens*. Retrieved: 12 December 2014, from [http://www.sfz.uni-mainz.de/Dateien / RefE\\_02.03.2006.pdf](http://www.sfz.uni-mainz.de/Dateien / RefE_02.03.2006.pdf).
- Insolvenzordnung, Bundesgesetzblatt 1994., I str. 2866, posljednja izmjena BGB1, 2010., I, str. 1885. [German Insolvency Act, OG 2010. I, p.1885.].
- Lovrić, V. (2015). Stečaj nad imovinom dužnika pojedinca. Retrieved: 17 Jan. 2015, [http://www.sudackamreza.hr/stecaj/doc/ViktorijaLovric\\_\\_Stecaj\\_nad\\_imovinom\\_pojedinca.pdf](http://www.sudackamreza.hr/stecaj/doc/ViktorijaLovric__Stecaj_nad_imovinom_pojedinca.pdf).
- Nacrt prijedloga Zakona o stečaju potrošača, Ministarstvo pravosuđa, Zagreb, June, 2014. [Draft of the Consumer Bankruptcy Act, Ministry of Justice, Republic of Croatia, Zagreb, lipanj, 2014.]
- Paulus, C.G. (2001). Germany: Lessons to Learn from the Implementation of a New Insolvency Code, *Connecticut Journal of International Law*, 17 (1). 89. *et seq.*

Pravilnik o troškovima postupka predstečajne nagodbe, NN, br. 5/13. [Regulations on the Costs of the Proceedings of the Pre-Bankruptcy Settlement, OG, no. 5/13.]

Schuldenreport 2006., in: Schriftenreihe der Verbraucherzentrale des Bundesverbandes zur Verbraucherpolitik, Band 7, 2006, BWV Berliner Wissenschafts-Verlag, u: Schriftenreihe der Verbraucherzentrale des Bundesverbandes zur Verbraucherpolitik, Band 7, BWV Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 13.

Statistisches Bundesamt, Press releases from 03.03.2006. Retrieved: 17 December 2014, from <http://www.destatis.de>

Stečajni zakon, NN, br. 44/96., 161/98., 29/99., 129/00., 123/03., 197/03., 187/04., 82/06., 116/10., 25/12. 133/12. i 45/13. [Bankruptcy Act, OG, no. 44/96., 161/98., 29/99., 129/00., 123/03., 197/03., 187/04., 82/06., 116/10., 25/12. 133/12. and 45/13.]

Uredbe Vijeća (EZ) br. 1346/2000 od 29. svibnja 2000. o stečajnim/insolventnim postupcima, Sl. l. 160, 30.06.2000., str. 1-18. [Council Regulation (EC), Art. 5 no. 1346/2000 from 29 May 2000]

Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju, Ur. l. RS, št. 13/14. [Financial Operations, Insolvency Proceedings and Compulsory Dissolution Act, Art. 399, p.1, OG. /. Republic of Slovenia, no.13-14]

Zakon o finansijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi, NN, br. 108/12., 144/12., 81/13. i 112/13. [Financial Operations and Pre-Bankruptcy Settlement Act, OG, Art. 38, no. 108/12, 144/12, 81/13, and 112/13]

Zakon o platnom prometu, NN, br. 133/09. i 136/12., čl. 58. [National Payment System Act, OG, no. 133/09 and 136/12, Art. 58.]

**Др Дејан Бодул,**  
Виши истраживач-сарадник,  
Катедра за грађанско процесно право,  
Правни факултет,  
Свеучилиште у Ријеци,  
Република Хрватска

**Мр Иван Рубинић,**  
Истраживач-сарадник/предавач,  
Катедра за економске знаности,  
Правни факултет,  
Свеучилиште у Ријеци,  
Република Хрватска

**НАЦРТ ЗАКОНА О СТЕЧАЈУ ПОТРОШАЧА РЕПУБЛИКЕ  
ХРВАТСКЕ: ИНСТРУМЕНТ ПРАВНЕ ЗАШТИТЕ ЗА ПРЕЗАДУЖЕНЕ  
ПОТРОШАЧЕ ИЛИ ПРОДУЖЕЊЕ STATUS QUO?**

**Резиме**

С обзиром на стварање нових аката у бившим социјалистичким земљама, стално се поставља питање коју врсту праксе треба следити. Да ли законодавци треба да следе традиционалане моделе у оквиру европско-континенталног система, или треба да се руководе начелима англо-америчког система, или би можда требало комбиновати најефикасније аспекте оба система? У том контексту, законодавци би требало да у област стечајног права уведу институт стечаја потрошача, који је предмет великог интересовања у правној теорији и пракси. У компаративноправној пракси се прибегава огромним компромисима приликом доношења привремених решења, у циљу проналажења равнотеже у дисперзији ризика између дужника и повериоца. Истраживање о стечају потрошача унутар правних система показало је да постоји више организационих модела стечаја потрошача. Историјски гледано, немачко стечајно законодавство је засигурно имало највећи утицај на хрватско стечајно право. Осим тога, решење о стечају потрошача преузето из немачког Закона о неликвидности (*Insolvenzordnung*) послужило је као основица за Нацрт закона о стечају потрошача Републике Хрватске из 2014. године. Сврха овог рада је да пружи увид у Нацрт хрватског закона од стечају потрошача и, истовремено, да анализира да ли је законодавац користио најефикасније примере добре праксе за постизање оптималних решења.

**Кључне речи:** стечај потрошача, Нацрт закона о стечају потрошача, Хрватска.



## **ПРАВНА ЗАШТИТА ТЗВ. ПРАВНО НЕВИДЉИВИХ ЛИЦА**

**Апстракт:** Посебну категорију физичких лица која имају неповољан правни положај и због тога су дискриминисана чине тзв. правно невидљива лица – физичка лица која нису призната као субјекти права јер нису из различитих разлога уписана у матичне књиге рођених и која због тога немају службена документа којима могу да докажу свој идентитет, пребивалиште и држављанство. Пошто ова физичка лица нису призната као субјекти права, она не могу да уживају и врше сва она права која припадају грађанима једне државе, нити имају могућност да, као странке у судским поступцима, штите своју личност, права и интересе. Да би се решио правни статус правно невидљивих лица, која представљају најугроженију друштвену групу и сузбила њихова дискриминација, законодавац је новелом Закона о ванпарничном поступку из 2012. уредио посебан статусни ванпарнични поступак за доказивање рођења и на тај начин обезбедио овим лицима могућност да буду уписана у матичне књиге рођених. Упис у матичне књиге рођених представља први и почетни корак у погледу заштите ове категорије лица јер се тако омогућава да и она започну да врше она права која припадају физичким лицима као субјектима права.

**Кључне речи:** правни субјективитет, страначка способност, доказивање рођења, ванпарнични поступак за доказивање рођења.

### **1. Увод**

Нормама статусног права правни поредак уређује основне личне статусне претпоставке сваког физичког лица и својства физичког лица, док се нормама осталих грана права предвиђају права и обавезе субјеката права и гарантује њихово вршење и заштита.

\* gordana\_stankovic@yahoo.com

Једно од основних обележја физичких лица је лично име које представља најпотпунији начин за индивидуализацију сваког физичког лица. Свако физичко лице рођењем стиче право на лично име које се састоји од имена и презимена. Право на лично име које се стиче рођењем и право на упис у матичну књигу рођених представљају права која су Уставом<sup>1</sup>, Породичним законом<sup>2</sup> и Конвенцијом о правима детета<sup>3</sup> загарантована сваком детету. Да би се стекло лично име, као апсолутно субјективно право, није довољно да се оно фактички употребљава. Правни поредак, из разлога правне сигурности, захтева обавезну евиденцију свих личних имена. Уколико име није уписано у матичне књиге, оно не постоји. С друге стране, физичка лица као правни субјекти имају општу правну способност коју им, као биолошким, људским јединкама, признаје правни поредак, по правилу, од тренутка рођења.<sup>4</sup>

Догађа се, међутим, да поједина физичка лица, иако су рођена и фактички постоје, без обзира да ли су малолетна или пунолетна, нису остварила право на лично име, нити могу да буду уписана у матичне књиге рођених из различитих разлога.<sup>5</sup> Иако се ради о физичким лицима, њима правни поредак не признаје општу правну способност јер нису уписана у матичне књиге рођених. У јавним књигама, као веродостојним службеним јавним исправама које садрже податке о личном статусу грађана, нема података ни о имену тих физичких лица, ни о времену и њиховом месту рођења или она не могу да буду уписана у матичне књиге јер нема података о њиховим родитељима који и сами не располажу подацима о чињеницама од којих зависи њихов статус физичког лица (Бенмансур, 2011: 413).

Непријављивање чињенице рођења, без обзира што постоји и могућност накнадног уписа у матичне књиге, представља учесталу појаву код једне групе посебно социјално угроженог становништва у Србији<sup>6</sup> која припада

1 Одредба чл. 37 Устава Републике Србије, *Сл. гласник РС*, 98/06.

2 Одредба чл. 13 Породичног закона, *Сл. гласник РС*, 18/05.

3 Одредба чл. 7 Конвенције о правима детета из 1989, *Службени лист СФРЈ Међународни уговори*, 15/1990, *Службени лист СФРЈ-Међународни уговори*, 7/02.

4 Одредбом чл. 37, ст. 1 Устава Републике Србије предвиђено је да свако лице има правну способност, као право личности и као елементарно људско право. На тај начин Устав је гарантовао сваком физичком лицу право да буде субјект у праву и да стиче права и обавезе.

5 Један од разлога је и недостатак свести код појединих припадника ромске популације о потреби уписа у матичне књиге рођених и недостатак информација о поступку уписа (Заштитник грађана, 2012).

6 Ради се, пре свега о Ромима, али и о избеглом становништву у току рата који је вођен крајем двадесетог века на подручју некадашње Југославије и о расељеном

категорији тзв. правно невидљивих лица. Из тог разлога ова физичка лица не могу да уживају и врше сва субјективна права која припадају грађанима Србије и због тога су жртве дискриминације. Да би се омогућило да и ова категорија физичких лица може да стекне лични статус, као први корак у спречавању њихове дискриминације, законодавац је креирао посебан статусни ванпарнични поступак – поступак за утврђивање времена и места рођења (Станковић, Мандић, 2013: 191). Овај поступак има за циљ да створи валидне претпоставке за упис једног лица у матичне књиге.

## 2. Поступак за уписивање чињенице рођења

Према Закону о матичним књигама,<sup>7</sup> којим је уређено вођење матичних књига рођених, у ову јавну књигу, која представља службену евиденцију о личном стању грађана, врши се упис рођеног детета чији су родитељи познати или су непознати, детета без родитељског старања или усвојеног детета.<sup>8</sup> Упис чињенице рођења врши се у управном поступку без обзира на чињеницу да ли се податак о рођењу пријављује у законском року или по истеку рока за пријаву рођења надлежном матичару. Чињеница рођења уписује се у матичну књигу рођених матичног подручја у чијем саставу је насељено место рођења детета.

Један број лица није уопште уписан у матичне књиге рођених пошто нису могла да докажу време и место свог рођења на начин који је предвиђен прописима којима се уређује вођење матичних књига.<sup>9</sup> Лице које није уписано у матичне књиге рођених у поступку редовног или накнадног уписа и које не може да докаже место и време свог рођења изводом

---

становништву у току НАТО агресије на Државну заједницу Србију и Црну Гору.

7 Закон о матичним књигама, *Сл.гласник РС*, 20/09, 145/14.

8 Рођење детета пријављује се надлежном матичару ради уписа у матичну књигу рођених. Пријављивање рођења је дужност широког круга субјеката. Пријављивање врши, пре свега, здравствена установа кад је дете рођено у њој, а ако је оно рођено ван здравствене установе, дужност пријављивања има отац детета, други члан домаћинства или лице у чијем је стану дете рођено или мајка чим буде за то способна. Поред тога, ову дужност имају и бабица и лекар који су присуствовали порођају, а ако они нису присуствовали порођају или нема других лица или она нису у могућности да пријаве рођење, ту дужност има лице које је сазнало за рођење. Рођење детета се пријављује у року од 15 дана од дана рођења.

9 Нпр. дете чија мајка или оба родитеља нису уписани у матичну књигу рођених не може да буде уписано у матичну књигу без обзира да ли је рођено у здравственој установи или ван ње. Упис у матичну књигу рођених тог детета могућан је тек када родитељи или само мајка у поступку накнадног уписа буду уписани у матичну књигу рођених.

из матичне књиге рођених не може да остварује права која припадају физичким лицима.

Да би се омогућило да и лица која у управном поступку не могу да докажу време и место рођења остваре право на упис у матичне књиге рођених, одредбама Закона о ванпарничном поступку,<sup>10</sup> уређен је посебан судски поступак који треба да омогући доказивање рођења и реализацију права на упис у матичне књиге и друге јавне књиге које представљају службену евиденцију о личном стању грађана. Овај поступак је регулисан не само да би се омогућило да тзв. правно невидљива лица регулишу свој правни статус, већ и да би она могла да остварују сва уставна права која припадају грађанима Србије а која не могу да врше јер не могу да докажу свој правни субјективитет. Судска одлука којом је у поступку утврђено време и место рођења служи као основ за упис у матичне књиге рођених јер се у матичне књиге уписују само подаци о чињеницама које су пријављене, односно подаци садржани у акту надлежног органа или установе. Лице које је доказало своје рођење судском одлуком уписом у матичне књиге регулише свој правни статус тако што стиче право на име, право на правну личност и право на правну способност у складу са одредбом чл. 37 Устава Србије.

### 3. Поступак за утврђивање времена и места рођења

Поступак за утврђивање времена и места рођења је посебан статусни ванпарнични поступак који је регулисан Законом о изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку<sup>11</sup> да би се омогућило да тзв. правно невидљива лица, која после рођења нису била уписана у матичну књигу рођених, то право остваре на основу решења ванпарничног суда. За овај поступак, као синоним, законодавац користи и термин поступак за „доказивање рођења.“ Поред овог поступка, новелама ЗВП регулисан је и поступак ради стављања ван снаге решења о времену и месту рођења.<sup>12</sup>

Поступак за доказивање рођења, по својој правној природи, јесте неофицијелан ванпарнични поступак. Овај поступак може да буде и

---

<sup>10</sup> Закон о ванпарничном поступку, *Сл. гласник СРС*, 25/82 и 48/88 и *Службени гласник РС*, 46/95 – др. закон, 18/05 – др. закон, 85/12 и 45/13 – др. закон, 55/14, 6/15, у даљем тексту: ЗВП.

<sup>11</sup> Закон о изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку, *Службени гласник РС*, 85/12.

<sup>12</sup> Поступак за стављање ван снаге решења о времену и месту рођења који је прописан из разлога правне сигурности неће бити анализиран. Ова два поступка се знатно разликују. За разлику од поступка за доказивање рођења, овај поступак је официјелан једностраначки поступак.



једностраначки и двостраначки, зависно од тога ко је покренуо поступак и да ли је лице чије се рођење утврђује живо или није (Станковић et al., 2013: 191).

Стварно надлежан суд за вођење поступка за доказивање рођења, према одредбама чл. 22 Закона о уређењу судова<sup>13</sup> је основни суд. Месна надлежност у овој ванпарничној правној ствари изричито је регулисана законом. За разлику од осталих статусних поступака, у овој ванпарничној ствари предвиђена је месна надлежност сваког стварно надлежног суда, те се проблем месне надлежности уопште не поставља јер је месно надлежан сваки основни суд као стварно надлежан првостепени суд.<sup>14</sup> Одредбом о месној надлежности законодавац је настојао да олакша приступ суду тзв. правно невидљивим лицима јер су предлагачи одн. противници предлагача лица која немају стално пребивалиште или боравиште, тако да се по том критеријуму не би могла одредити надлежност суда.

Међутим, у ситуацији кад је месно надлежан сваки основни суд и кад постоји већи број активно легитимисаних предлагача, могућно је да дође до паралелног вођења поступка за доказивање рођења једног лица пред различитим основним судовима.

Суд, по правилу, од учесника у поступку сазнаје о томе да ли су истовремено покренути поступци код различитих судова. У том случају било би потребно да ванпарнични суд који је дошао до сазнања о томе да је и код другог суда покренут поступак за доказивање рођења истог лица, у интересу правне сигурности, застане са поступком и да о покретању поступка пред другим судом, у оквиру правне помоћи, прибави обавештење о томе да ли је и кад код другог суда евентуално покренут исти поступак да би се применило правило *forum praeventionis* и обуставио поступак код ненадлежног суда.<sup>15</sup>

Законодавац није посебно предвидео у ком саставу суди надлежни ванпарнични суд, тако да у том погледу важе општа правила о саставу суда. Према одредби чл. 17, ст. 1 ЗВП, надлежан је судија појединац.

---

13 Закон о уређењу судова, *Сл. гласник РС*, бр. 116/08, 104/09, 101/09, 31/11, 78/11, 101/13.

14 Ова одредба, конципирана у интересу тзв. правно невидљивих лица, јер се пошло од тога да учесник нема пребивалиште ни боравиште, пружа могућност и за злоупотребу.

15 Кад је месно надлежан сваки стварно надлежан суд, потенцијално је месно надлежан већи број судова. У том случају онај суд који је први започео поступак постаје месно надлежан, док сви остали стварно надлежни судови тог часа постају ненадлежни. Дејство прве процесне радње састоји се у томе што изазива ненадлежност осталих судова који су били потенцијално надлежни за поступање у конкретној ванпарничној правној ствари и суд који је први започео поступак остаје месно надлежан (*forum praeventionis*).

Активно процесно легитимисана лица су: лице чије рођење се доказује, свако лице које има непосредан правни интерес и орган старатељства (Станковић et al., 2013: 191).

Лице чије се рођење доказује има несумњив правни интерес јер се ради о регулисању његовог правног статуса. Пошто је његов правни интерес несумњив, лице није дужно да доказује постојање свог правног интереса јер се он претпоставља. Довољно је да предлагач тврди да није уписан у матичне књиге рођених.

Активну процесну легитимацију има и свако лице које има непосредан правни интерес. Уколико ово лице покреће поступак, оно је дужно да докаже суду постојање свог правног интереса. Непосредан правни интерес за доказивање рођења једног лица могу да имају нпр. родитељи, деца, сродници, ванбрачни партнер, потенцијални наследници.<sup>16</sup>

Орган старатељства је активно процесно легитимисан ради заштите интереса малолетних лица или лица која уживају посебну друштвену заштиту. Орган старатељства, као орган за породичноправну заштиту, није дужан да доказује постојање интереса за покретање овог поступка јер он штити општи интерес.

Уколико поступак за утврђивање времена и места рођења покреће само лице које није уписано у матичне књиге рођених, поступак је једностраначки. Кад поступак покрећу овлашћени предлагачи, поступак је двостраначки јер је противник предлагача лице чије се рођење утврђује (Станковић et al., 2013: 191).

Законодавац није посебно уредио питање заступања у поступку оних учесника који су физичка лица иако је то било неопходно с обзиром на принцип правичног суђења и права на приступ суду. Тзв. правно невидљива лица као учесници у поступку, немају признату правну способност која је претпоставка за стицање пословне способности, а самим тим и процесне способности. Међутим, према одредби чл. 7 ЗВП, физичка лица као учесници у ванпарничном поступку, и кад немају процесну способност по самом закону, имају могућност да предузимају процесне радње ради заштите својих права и интереса, тако да могу да имају и постулативну способност.

---

<sup>16</sup> Правни интерес би могао да постоји уколико нпр. дете није уписано у матичне књиге рођених јер и родитељи припадају категорији тзв. правно невидљивих лица, или постоји потреба да се утврди постојање ванбрачне везе, да се утврди очинство или материнство или да се оствари неко имовинско право (Станковић et al., 2013: 191).

Према новелираној одредби чл. 85 Закона о парничном поступку (2011)<sup>17</sup> из 2014. која се сходно примењује и у ванпарничном поступку, важи принцип о слободном заступању (Станковић, 2013: 251). Према одредби наведеног члана, физичко лице могу да заступају: адвокат, супружник, крвни сродник у правој линији, брат, сестра и представник службе правне помоћи јединице локалне самоуправе који је дипломирани правник са положеним правосудним испитом (Станковић, 2014: 42)

Учесници у поступку за доказивање рођења немају правничко образовање да би у поступку могли да сами штите своје интересе и врло често не могу да комуницирају са судом на адекватан начин, не само због непознавања службеног језика. Они најчешће припадају категорији социјално угрожених лица тако да не могу да ангажују адвоката, као квалификованог пуномоћника, а пошто још увек не постоји делотворан систем бесплатне правне помоћи, не може их заступати, у складу са одредбама парничног поступка, ни служба правне помоћи јединице локалне самоуправе.<sup>18</sup> Осим тога, ова лица често немају живе крвне сроднике који би могли да се јаве у улози пуномоћника у складу са одредбама ЗПП (2011). Осим тога, кад орган старатељства учествује у поступку као предлагач, правници ове јавне установе не могу да се јаве у улози заступника противника предлагача због колизије интереса.

С друге стране, може се догодити и да заинтересовано лице, као предлагач који има правни интерес да се утврди време и место рођења неког лица, није у браку, тако да се његов супружник не може јавити као његов потенцијални пуномоћник. Поред тога, на листи потенцијалних пуномоћника наведених у одредби чл. 85, ст. 2 ЗПП, која се сходно примењује, не налази се ванбрачни партнер, због тешкоћа у доказивању овог статуса, иако је према одредбама Устава и Породичног закона (2005) ванбрачна заједница изједначена са брачном.

Проблем заступања учесника у поступку, уколико постоји потреба за тим, може да буде решен на два начина.

Један од начина предвиђен је одредбама парничног поступка која се у ванпарничном поступку сходно примењују. С обзиром на то да су учесници у овом поступку по самом закону (одредба чл. 71и) ослобођени плаћања

---

17 Закон о парничном поступку, *Сл. гласник РС*, 72 /11, 49 /13, 74 /13, 55/14. У даљем тексту: ЗПП (2011).

18 Из тог разлога су се у пракси, као заступници, јављале разне невладине организације које су покретале у име учесника овај поступак чак и у периоду кад је, према одредбама ЗПП (2011) које су важиле до његовог новелирања из 2014, важио адвокатски монопол у заступању физичких лица.

такси и других трошкова поступка, као и да се трошкови евентуалног вештачења исплаћују из средстава суда, испуњени су по самом закону услови за постављање бесплатног законског заступника, као привременог законског заступника,<sup>19</sup> и суд га може поставити на захтев учесника<sup>20</sup> из реда адвоката.<sup>21</sup> Трошкови заступања у овом случају исплаћују се из судског буџета.

Други начин за решавање проблема заступања предвиђен је Упутством центрима за социјални рад за поступање у поступцима одређивања личног имена које је децембра 2014. донело Министарство за рад, запошљавање, борачка и социјална питања. Према овом акту, центар за социјални рад је дужан да деци без родитељског старања одреди привременог старатеља за вођење поступка, као и да је дужан да одреди лична имена и пунолетним особама којима није одређено име.

Поступак за доказивање рођења покреће се предлогом. Одредбама ЗВП прописана је садржина предлога којим се захтева од суда да утврди време и место рођења једног лица (Станковић et al., 2013: 192). Предлог, поред елемената обавезне садржине која је предвиђена за сваки поднесак у складу са правилом о сходној примени правила парничне процедуре, мора да садржи податке о имену и презимену<sup>22</sup> лица чије се рођење доказује, његовом полу и времену и месту његовог рођења ако је познато. Предлагач је дужан да у предлогу означи и доказе којима се те чињенице могу утврдити или учинити вероватним.<sup>23</sup> Ако постоје, у предлогу за утврђивање времена и места рођења треба да буду наведене и друге чињенице које могу олакшати суду да утврди време и место рођења. То су

---

19 У овом поступку испуњени су услови за постављање привременог законског заступника из одредбе чл. 81 ЗПП (2011) која се сходно примењује јер учесник није процесно способан пошто му није признат субјективитет и нема законског заступника.

20 Проблем може да представља околност да је учесник неука странка, а да судија, да судски буџет не би био преоптерећен, пропусти да поучи учесника о његовом елементарном људском праву – праву на правично суђење из кога произлази и право на бесплатно заступање.

21 Овај начин заступања је посебно погодан у ситуацији кад је орган старатељства учесник који је покренуо поступак.

22 У предлогу се, у ствари, означава име и презиме којим се учесник служи у свакодневном животу иако оно није уписано у матичне књиге рођених.

23 У поступку за доказивање рођења не могу се на несумњив начин утврдити време и место рођења јер они често нису познати. У том случају време и место рођења се само посредним путем могу утврдити и тако учинити вероватним и из тог разлога законодавац је предвидео да се у предлогу означавају докази којима се чињенице које се односе на време и место рођења могу учинити вероватним.

подаци о родитељима и другим блиским сродницима лица чије се рођење доказује, школовању, запослењу, промени боравишта и сл.

Предлог за утврђивање времена и места рођења који није поднело лице чије се рођење доказује мора да садржи чињенице из којих произлази да предлагач има правни интерес да покрене поступак за утврђивање времена и места рођења. Предлагач је дужан и да понуди доказе који се односе на постојање непосредног правног интереса (Станковић et al., 2013: 192).

Законодавац је у погледу доказне снаге доказа које предлагач нуди суду у овом поступку предвидео нижи степен извесности јер је прописао блаже услове у погледу квалитета понуђених доказа. Доказима који се нуде, с обзиром на саму правну ствар, не може се са пуном извесношћу доказати рођење, одн. време и место рођења. У поступку се доказује рођење једног лица за које о самој чињеници рођења нема доказа који су предвиђени законом. Из тог разлога предлагач треба да понуди доказе којима суд може да утврди да чињеница рођења која се доказује није несумњиво истинита већ само вероватна.

У поступку за доказивање рођења допуштена је субјективна и објективна кумулација из разлога процесне економије. Оваква могућност је последица сходне примене правила ЗПП, који допушта да више лица истовремено покрене поступак и затражи правну заштиту. У овом поступку постоји могућност подношења заједничког предлога више лица која су у сродству и која имају потребу да им се утврди време и место рођења и који истичу своје захтеве у заједничком предлогу. То практично значи да чланови једне породице који нису уписани у матичне књиге рођених могу заједничким предлогом да покрену овај поступак. На тај начин се може решити проблем уписа у матичну књигу рођених за више лица.

Суд коме је поднет предлог за утврђивање времена и места рођења најпре испитује да ли је предлог формално уредан.<sup>24</sup> Уколико је предлог уредан,

---

24 Предлог је формално неуредан нпр. уколико је предлагач који има правни интерес да се докаже нечије рођење у предлогу само навео име и презиме противника предлагача који није уписан у матичне књиге рођених. У том случају се очигледно ради о томе да је предлагач неука странка те такав предлог ваља вратити на исправку и допуну. Осим тога, такав предлог не садржи потребне информације и суд не може да поступа и да затражи информације од органа који су одређени законом. Уколико није наведена адреса противника предлагача, отежано је и практично онемогућено достављање. Суд у том случају нити може да изврши достављање, нити може да, у складу са правилом о сходној примени правила парничне процедуре, сам прибави адресу противника предлагача. Пошто се ради о лицу које није уписано у матичне књиге рођених, оно се не води у службеним евиденцијама и суд не може по службеној дужности да од надлежног

суд је дужан је спроведе претходне извиђаје у оквиру важења истражног начела. Суд је дужан да по службеној дужности провери одређене чињенице које се односе на евентуални упис лица чије се рођење доказује у матичне књиге рођених или умрлих и да прикупи доказе који се односе на време и место његовог рођења уколико они постоје у јавним евиденцијама грађана.

Уколико је предлог формално уредан, суд је дужан да донесе решење којим ће наложити министарству надлежном за унутрашње послове и матичарима на чијем је подручју боравило лице чије се рођење доказује да провере да ли у њиховим евиденцијама постоје подаци о времену и месту рођења лица чије се рођење доказује и да о томе доставе извештај суду у року који не може бити дужи од 30 дана. Суд може да наложи и другим органима и установама које воде евиденције о физичким лицима да му пруже потребна обавештења. Ако суду не буде достављен извештај у остављеном року, сматра се да о лицу чије се рођење доказује нема података у евиденцијама органа којима је наложено да изврше проверу.

Уколико има наговештаја да је лице чије се рођење доказује имало боравиште у иностраној држави,<sup>25</sup> суд доноси решење о застајању са поступком док не прибави потребна обавештења од надлежних органа стране државе у складу с правилима о међународној правној помоћи.

У поступку за доказивање рођења, по природи ствари, суд је дужан да обавезно закаже рочиште ради расправљања о предлогу чим прими извештај надлежних органа, одн. кад протекне рок за достављање тражених извештаја. Суд на рочиште позива, зависно од ситуације ко је предлагач, предлагача и лице чије се рођење доказује. Позив за рочиште може да буде упућен и преводиоцу и тумачу уколико лице према коме се поступак води не познаје службени језик суда или се служи знаковним језиком у складу са правилом о сходној примени правила ЗПП (2011).

На рочишту се, пошто се изјасне учесници, изводе докази тако што се читају прибављене исправе, саслушавају сведоци и предлагач и, по

---

органа прибави адресу пребивалишта или боравишта учесника коме предлог треба доставити по правилима о личном достављању. У пракси се често, уместо да се поднесак врати на исправку и допуну, пошто се ради о неким учесницима, заказује рочиште иако то није предвиђено законом, да би се поднесак исправио и допунио неопходним подацима или сазнала адреса на коју треба извршити достављање. Овакав поступак суда несумњиво одуговлачи поступак и спречава да се он одвија у разумном року, али, с друге стране, представља вид заштитничке помоћи која је карактеристична за ванпарничну процедуру.

25 Ово је посебно значајно због чињенице да поједине државе Европске уније (као што је нпр. био случај са Француском), протерују са своје територије Роме иако су они рођени и живели у тој држави.

потреби, изводи доказ вештачењем. Пошто је предмет поступка значајно статусно питање које се тиче личног статуса, да не би дошло до евентуалне злоупотребе, предвиђено је непосредно извођење доказа на самој усменој расправи.<sup>26</sup>

Према одредбама ЗВП суд је дужан да у поступку саслуша најмање два пунолетна сведока чији идентитет утврђује увидом у јавну исправу с фотографијом.<sup>27</sup> Законодавац је поставио минималне услове који се односе на сведоке и у погледу броја сведока које суд треба да саслуша. У погледу услова које сведок треба да испуни, законодавац предвиђа само пунолетство<sup>28</sup> и да је суд на несумњив начин утврдио његов идентитет увидом у јавну исправу с фотографијом тог лица. Држављанство сведока, његово пребивалиште или непознавање језика на коме се поступак води нема утицаја на његову способност за сведочење.

У погледу броја сведока које суд треба да саслуша, законодавац је предвидео минималан број сведока<sup>29</sup> који треба да посведоче о времену и месту рођења лица чије се рођење доказује. На тај начин он није ограничио укупан број сведока који могу да сведоче о битним чињеницама.

Да би једно лице било сведок, иако то законом није изричито предвиђено, оно мора да буде потпуно пословно способно. Може се догодити да је предлагач предложио као сведока лице које је лишено пословне способности, потпуно или делимично, или лица над којим је продужено родитељско право. Законодавац је, међутим, пошао од претпоставке да пунолетно лице има општу пословну способност. Закон, исто тако, не захтева да сведок буде лице које ужива јавно поверење. Међутим, може се догодити да се као сведок јавља лице које је раније било осуђено због

---

26 Законодавац је предвидео непосредно саслушање сведока и одредио начин самог извођења доказа. То значи да је у овом поступку искључено извођење доказа читањем оверене писане изјаве једног лица која замењује усмено сведочење сведока (Станковић.2013: 452). Исправе које представљају сурогат сведочења пред судом, које иначе предвиђају правила парничног поступака, уместо сведоковог исказа на записник, без обзира што се на брз и погодан начин могу извести, у овом поступку нису дозвољене иако законодавац у овом поступку предвиђа блаже услове у погледу доказа којима се утврђује вероватност чињеница.

27 У овом поступку законодавац је одступио од начела о слободној оцени доказа и предвидео је које доказе суд мора да изведе да би утврдио правно релевантне чињенице.

28 Законодавац је на тај начин искључио могућност да се као сведоци нађу малолетна лица. Међутим, као сведоци се могу јавити лица која су стекла општу пословну способност еманципацијом.

29 Пошто је у овом поступку суд дужан да саслуша најмање два сведока, пропуст суда у том погледу представља повреду поступка која има битни значај.

кривичног дела давања лажног исказа или да се у улози предложеног сведока нађе лице које се уз награду бави сведочењем. У том случају суд је дужан да ускрати сведочење таквом лицу.

Иако законодавац у одредби ст. 2 овог члана предвиђа да сведок треба да сведочи о времену и месту рођења лица чије се рођење доказује, сведок у поступку за доказивање рођења, као доказно средство, има двоструку улогу. С једне стране, он сведочи о идентитету лица чије се рођење доказује, а с друге, он сведочи о времену и месту рођења лица чије се рођење доказује. Сродство или ванбрачни однос није сметња за сведочење. У улози сведока може да се јави ванбрачни партнер, родитељ, дете или други сродник лица чије се рођење доказује. Сведоци који сведоче у поступку доказивања рођења о времену и месту рођења не мора нужно да буду и лица која су присуствовала рођењу лица чије се рођење доказује у поступку.

Сам предлагач у овом поступку може да буде саслушан као странка.

Законодавац је предвидео да суд може да одреди и вештачење<sup>30</sup> као доказно средство – да лекар одговарајуће специјалности<sup>31</sup> прегледа лице чије се рођење доказује и дâ налаз и мишљење о његовој старости. Иако законодавац каже да суд може да одреди вештачење, суд је ипак дужан да га одреди по службеној дужности увек кад постоји сумња у погледу старости лица чије се рођење доказује. Лекар кога суд одређује решењем о извођењу доказа вештачењем треба да буде уписан у регистар судских вештака за одређену област вештачења.

Кад закључи расправу, суд доноси одлуку на основу резултата спроведеног поступка којом усваја захтев за утврђивање времена и места рођења лица чије се рођење доказује или одбија захтев.

Решење којим суд утврђује време и место рођења мора да има садржину која је предвиђена законом. Оно мора да садржи: име и презиме лица чије се рођење доказује, његов пол, дан, месец, годину и час рођења, место рођења, као и податке о његовим родитељима ако су познати.<sup>32</sup> Садржина решења

---

30 Законодавац није изричито предвидео могућност да само лице чије се рођење доказује пре одређивања вештачења предложи личност вештака или да суд омогући да се оно изјасни у погледу личности вештака иако би и овакво законско решење и потез суда било у складу са правом на правично суђење и у складу са основним принципом о поштовању људских права.

31 Термин „лекар одговарајуће специјалности“ није прецизно одређен и то може да изазове одређене проблеме у судској пракси. Утврђивање старости могу да врше педијатри, уколико се ради о деци, или геронтолози, уколико се ради о старим лицима, а то могу да раде и специјалисте судске медицине.

32 Уколико нема података о родитељима, учесник касније неће моћи да затражи да буде уписан у држављанство Републике Србије по пореклу.



које суд доноси у складу је са одредбама Закона о матичним књигама. Решење мора да садржи оне податке који се уписују у матичну књигу рођених.

Уколико суд у току поступка није поуздано могао да утврди време и место рођења, законодавац је посебном одредбом прописао правила на који начин суд треба да поступи (одредбе (чл. 71е и 71ж)).

По својој правној природи решење има декларативни карактер јер се њиме утврђују чињенице које су битне за правни статус и утврђивање идентитета једног лица. Решење има конститутивно дејство јер се на основу овог решења регулише правни статус лица чије је рођење утврђено. На основу овог решења и извршеног уписа лице чије је рођење доказано може да докаже свој правни субјективитет.

Поступак за доказивање рођења је статусни поступак и из тог разлога је хитан. Суд је дужан да спроведе поступак и одлучи у року од 90 дана од дана подношења предлога. Рок у коме суд треба да одлучи може бити продужен највише за 60 дана само ако је било донето решење о застајању са поступком зато што су постојали наговештаји да је лице чије се рођење доказује имало боравиште у иностраној држави.

Против решења о времену и месту рођења може се изјавити жалба. Жалбу могу да изјаве само учесници – предлагач и противник предлагача уколико имају интерес за изјављивање жалбе.

Уколико суд усвоји захтев за утврђивање времена и места рођења, пошто је поступак једностраначки, онда нема никога ко би могао да изјави жалбу на такву одлуку суда, осим предлагача који нема правни интерес за изјављивање жалбе. Само ако је суд одбио захтев за утврђивање времена и места рођења, предлагач има право да изјави жалбу. Уколико је поступак за доказивање смрти био двостраначки, незадовољни учесник судском одлуком има право на правни лек.

Жалба се може изјавити у року од осам дана од дана достављања. Рок у коме се жалба може изјавити је краћи у односи на рок за изјављивање жалбе према општим правилима ванпарничне процедуре. Рок за жалбу је законски и преклузивни.

За одлучивање по жалби надлежно је веће вишег суда. Другостепени суд је дужан да о жалби одлучи у року од 30 дана од дана када му је жалба достављена. Пошто се ради о статусном поступку, потребно је да другостепени суд хитно одлучи.

У поступку за утврђивање времена и места рођења предлагач је ослобођен плаћања такса и других трошкова поступка, а трошкови вештачења у том поступку исплаћују се из средстава суда. Овакво законско решење је последица начела социјалне заштите и права на приступ суду.

Правноснажно решење првостепени суд је дужан да достави учесницима. Пошто се накнадни упис чињенице рођења врши на основу судске одлуке, првостепени суд је дужан да правоснажно решење о времену и месту рођења достави и надлежном матичару у року од осам дана од дана правоснажности, ради уписа чињенице рођења у матичну књигу рођених.

Надлежни матичар по службеној дужности врши упис чињенице рођења у матичне књиге рођених.

Правноснажно решење којим је утврђено време и место рођења не утиче на право овлашћених лица да у другом поступку утврђују породични статус лица чије је рођење доказано. Осим тога, ни орган који је надлежан да спроведе поступак за стицање држављанства Републике Србије није везан правоснажним решењем о времену и месту рођења. Овом одредбом законодавац је елиминисао могућност да овај поступак буде злоупотребљен у циљу стицања држављанства.

#### **4. Кратак осврт на досадашњу судску праксу**

У релативно кратком периоду практичне примене поступка за доказивање рођења, и поред покренутих поступака за доказивање рођења,<sup>33</sup> нема података који се односе на проблеме у практичној примени ове процедуре у публикацијама које објављују судску праксу.

У овим правним стварима поступак се окончава или решењем којим се обуставља поступак или мериторним решењем којим се усваја предлог.<sup>34</sup>

У највећем броју случајева, суд усваја предлог. Треба приметити да ће Упутство ресорног министарства о поступању органа старатељства приликом накнадног уписа личног имена малолетних и пунолетних лица из децембра 2014. знатно да побољша правни положај тзв. правно невидљивих лица и да им олакша пут ка стицању правног субјективитета, што ће у одређеној мери допринети смањењу броја покренутих поступака.

---

33 Према подацима који су се повремено појављивали у средствима јавног информисања, у првој години примене ове ванпарничне процедуре било је покренуто око две стотине поступака. Посебно је био велики број поступака на подручју главног града.

34 До ових сазнања аутор је дошао у разговорима које је водио са појединим судијама који поступају у овим правним стварима. Аутор је посебно захвалан судији др Милени Трговчевић Прокић, председнику ванпарничног одељења и судске праксе Првог основног суда у Београду на пруженим информацијама.

Поступак се најчешће обуставља због смрти предлагача. У појединим ванпарничним стварима, међутим, поступак се обуставља због повлачења предлога јер су сведоци који нешто знају о чињеници рођења једног лица или умрли или се не одазивају на позив суда.

У мањем броју случајева предлог за утврђивање времена и места рођења је одбијен јер се радило о лицима која су била уписана у матичне књиге рођених које су вођене за АП КиМ.

Околност да се у највећем броју случајева усваја предлог у овом поступку доводи до тога да се изјављује само мали број жалби, те је и то разлог што нема публикованих одлука у публикацијама које објављују судску праксу.

Евидентно је да постоји проблем заступања учесника који су физичка лица, посебно због чињенице да још увек није на задовољавајући начин уређено пружање бесплатне правне помоћи. У пракси су честе ситуације да невладине организације, уместо органа старатељства, у име лица која нису регулисала из различитих разлога свој лични статус покрећу поступак за доказивање рођења и заступају их у поступку, иако на то немају право према одредбама ЗПП (2011) и да то најчешће чине да би ова лица стекла држављанство Републике Србије (Извештај заштитника права грађана, 2012).<sup>35</sup>

Од времена кад је нормативно регулисан поступак за доказивање рођења (август 2012) до новелирања ЗПП (2011) у мају 2014, невладине организације нису могле да заступају учеснике у овом поступку јер је тада важио принцип о адвокатском монополу.<sup>36</sup> Према одредбама новелираног ЗПП (2011) из 2014. физичка лица могу да заступају, поред супружника и законом одређеног круга сродника, искључиво адвокати, без обзира да ли се адвокатуром баве индивидуално, у заједничкој адвокатској канцеларији или у адвокатском ортачком друштву (Станковић, Мандић. 2013: 200) и представници службе правне помоћи јединице локалне самоуправе који су дипломирани правници са положеним правосудним испитом. На листи потенцијалних пуномоћника физичких лица не налазе се невладине организације.

---

35 У појединим судским поступцима, орган старатељства, који није, као предлагач, покренуо поступак, али је у складу са одредбама ЗВП обавештен о овом статусном поступку, сам обавештава поједине невладине организације и позива их да заступају учесника.

36 У публикованој управној судској пракси има случајева да је у време важења одредбе чл. 85 ЗПП (2011) пре њене измене из 2014. Управни суд ускраћивао право невладиним организацијама да заступају странке у поступку у складу са правилом о сходној примени правила ЗПП (2011).

Посебан проблем који је евидентиран у судској пракси представљају случајеви кад се у улози учесника јављају лица која тврде да су расељена из Аутономне покрајине Косово и Метохија и која тврде да су била уписана у матичне књиге рођених али да су ове књиге приликом агресије НАТО пакта уништене и да, пошто немају лична документа, не могу да изврше упис у обновљене матичне књиге.

## 5. Закључно разматрање

Посебан ванпарнични статусни поступак за утврђивање времена и места рођења оних физичких лица која нису уписана у матичне књиге рођених омогућава упис у матичне књиге на основу судске одлуке и стицање личног статуса и представља први корак у заштити посебне категорије лица која имају потребу за овим видом правне заштите у циљу спречавања њихове дискриминације.

## Литература

Бенмансур, Ј. (2011). Заштита података о личности и матичне књиге. У С. Ного (Ур). *Заштита људских права и слобода у време економске кризе* (стр. 431–422). Тара: Удружење за међународно кривично право

Закон о ванпарничном поступку. *Сл. гласник СРС*. Бр. 25 (1982) и 48(1988), *Службени гласник РС*. Бр. 46 (1995) – др. закон, 18 (2005) – др. закон, 85 (2012) и 45 (2013) – др. закон, 55 (2014), 6 (2015).

Закон о матичним књигама. *Сл. гласник РС*. Бр. 20 (2009), 25 (2011), 145(2014)

Закон о парничном поступку. *Сл. гласник РС*. Бр. 72 (2011), 49 (2013), 74 (2013), 55 (2014)

Закон о уређењу судова, *Сл. гласник РС*, Бр. 116 (2008), 104(2009), 101(2009), 31(2011), 78(2011), 101(2013).

Заштитник права грађана, *Извештај о положају правно невидљивих лица у Републици Србији*, Београд, 2012.

Конвенција о правима детета (1989). *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*. Бр.15 (1990), *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, 7/02.

Министарство за рад, запошљавање, борачка и социјална питања, *Упутство центрима за социјални рад*. Бр. 551-00-00051/2014-14 од 10. 12. 2014. Београд, 2014.

Породични закон. *Сл. гласник РС*. Бр.18 (2005), 6 (2015)

Станковић, Г., (2013). *Грађанско процесно право, књига прва, Парнично процесно право*, Београд: Мегатренд

Станковић, Г., Мандић, Љ., (2013). *Ванпарнично процесно право*, Косовска Митровица: „Свен“ – Ниш

Станковић, Г., Мандић, Љ., (2013). *Организационо грађанско процесно право*. Косовска Митровица: “Свен” – Ниш

Станковић, Г., (2014). *Закон о ванпарничном поступку, Објашњења, тумачења и стварни регистар*, пето издање, Београд: Службени гласник

Станковић, Г., (2014). *Закон о парничном поступку, Објашњења, тумачења и стварни регистар*, пето издање, Београд: Службени гласник

Упутство о вођењу матичних књига и обрасцима матичних књига. *Сл. гласник РС*. Бр. 109 (2009), 4(2010), 10(2010)

Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, Бр. 98 (2006)

**Gordana Stanković, LL.D.**

Full Professor,  
University of Niš

## **LEGAL PROTECTION OF THE LEGALLY INVISIBLE PERSONS**

### **Summary**

*“Legally invisible persons” are natural persons who are not recognized as legal subjects considering that, for different reasons, they have not been entered into the birth registers and do not possess the official documents which can prove their identity, residency and citizenship. As such, people falling in this special category of natural persons have an unfavorable legal position and are, therefore, discriminated. Given the fact that these natural persons are not recognized as legal entities, they cannot enjoy and exercise the all the rights that the citizens of one country are entitled to, nor do they have an opportunity to protect their personal integrity, rights and interests as parties in judicial proceedings. In order to resolve the legal status of these legally invisible persons (who are the most vulnerable social group) and suppress their discrimination, the legislator has introduced some amendments in the Non-Contentious Procedure Act of 2012, which regulates a special statutory non-contentious procedure governing the proof of birth and identifying them as legal persons, thus providing a possibility to enter them in birth registers. The registration of these persons in birth registers is the first and initial step in the process of providing for the legal protection of this category of persons; being recognized as legal subjects, they will be eligible to exercise the basic human rights which all natural persons are entitled to.*

**Key words:** legal personality, party legitimacy, proof of birth, non-contentious procedure.

**Др Невена Петрушић,\***  
Редовна професорка Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 347.9:347.15/.17-056.26](497.11)

Рад примљен: 30.06.2015.

Рад прихваћен: 03.12.2015.

## **ПОСТУПАК ЗА ЛИШЕЊЕ ПОСЛОВНЕ СПОСОБНОСТИ У ПРАВУ СРБИЈЕ У КОНТЕКСТУ МЕЂУНАРОДНИХ СТАНДАРДА О ПРАВИМА ОСОБА СА ИНВАЛИДИТЕТОМ\*\***

**Апстракт:** У раду је анализиран новелирани поступак за лишење пословне способности у светлу савремених међународних стандарда о заштити права особа са инвалидитетом. Елаборирана су најважнија законска решења којима је овај посебан ванпарнични поступак редизајниран, у контексту законских услова под којима особа може у потпуности или делимично бити лишена пословне способности. Полазећи од нове парадигме једнакости особа са инвалидитетом, у раду је указано на одступања од високих правозащитних постулата које поступак за лишење пословне способности треба да задовољи, имајући у виду деликатну природу предмета одлучивања.

**Кључне речи:** особе са инвалидитетом, лишење пословне способности, ванпарнични поступак за лишење пословне способности.

### **1. Уводна разматрања**

У Србији, као и у другим деловима света, ментално здравље има тренд погоршања,<sup>1</sup> чему доприносе вишегодишњи кумулирани стрес узрокован

\* nevena@prafak.ni.ac.rs

\*\* Рад је резултат истраживања на пројекту „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу, у периоду 2013–2018. године.

1 Према истраживању које је 2004. године спровела Светска здравствена организација на узорку од 60.000 одраслих особа у 14 земаља света, 9–17% испитаника имало је неку епизоду менталног поремећаја у протеклој години, свака четврта особа у неком периоду свог живота бива погођена неким менталним проблемом, а очекује се да ће до 2020. године на глобалном нивоу депресија бити други узрок укупног оболевања и један од водећих проблема јавног здравља. Retrieved 15 September 2015 from <http://www.wfmh.org>.

економском кризом, ратовима у региону, санкцијама, као и сиромаштво, социјално искључивање и константна несигурност.<sup>2</sup> Велики је и број особа са физичким, сензорним, интелектуалним или психосоцијалним инвалидитетом дугорочног или пролазног карактера, који у интеракцији са различитим препрекама омета њихово пуно и ефикасно учешће у друштву равноправно са другима.

У потрази за адекватним одговором на проблеме са којима се суочавају особе са инвалидитетом (ОСИ), државе последњих година спроводе опсежне реформе у различитим правним областима.<sup>3</sup> Томе подстицај дају бројни међународни документи, који државама пружају јасан путоказ за побољшање положаја ОСИ и заштите њихових људских права. На универзалном плану посебан значај има *Конвенција УН о правима особа са инвалидитетом*, са пратећим *Факултативним протоколом* из 2006. године<sup>4</sup>, која промовише социјални модел инвалидности занован на људским правима<sup>5</sup> и у потпуности мења парадигму у приступу особама са инвалидитетом: особе са инвалидитетом не сагледавају се као „објекти заштите“, већ као „субјекти права“, а од држава се очекује да уклоне препреке које их онемогућавају у уживању права. Тиме се у друштвеном третману ОСИ прави отклон у

---

2 Стратегија развоја заштите менталног здравља, 2007. год. Retrieved 15 September 2015 from <http://www.zdravlje.gov.rs/tmpmz-admin/downloads/zakoni1/Strategija%20Razvoja%20Zastite%20Mentalnog%20Zdravlja.pdf>

3 Последњих година реформе су нарочито интензивне у области заштите особа са проблемима менталног здравља. За државе ЕУ, видети: *Involuntary placement and involuntary treatment of persons with mental health problems*, FRA, European Union Agency for Fundamental Rights, 2013. Retrieved 15 September 2015 from, <http://fra.europa.eu/en/publication/2012/involuntary-placement-and-involuntary-treatment-persons-mental-health-problems>. Нове законе о заштити особа са менталним сметњама донеле су Хрватска, Македонија, Босна и Херцеговина, Црна Гора и Словенија.

4 Convention on the Rights of Persons with Disabilities, усвојена на заседању Генералне скупштине 13. децембра 2006. Србија је потврдила ову Конвенцију 2009. године, заједно са Факултативним протоколом уз ову Конвенцију. (“Сл. гласник РС – Међународни уговори”, бр. 42/2009). О процесу доношења Конвенције и њеном значају (Tatić: 2004: 57).

5 Најједноставније речено, социјални модел инвалидности подразумева да се инвалидитет посматра у односу на начин како је друштво организовано, а не у односу на нечије оштећење или различитост. Потребно је уклонити препреке које ограничавају животне изборе особа са инвалидитетом, а када се оне уклоне, ОСИ постају самосталне и једнаке у друштву. Социјални модел инвалидности снажно промовишу и раније усвојени документи из круга тзв. меког права: Principles for the Protection of Persons with Mental Illnesses and the Improvement of Mental Health Care од 19. децембра 1991, U.N. Doc. A/46/49 (1991), Annex (188 – 92), U.N. Doc. A/46/49 and Standard rules on equalization of opportunities for persons with disabilities, Resolution 48/96, annex, of 20 December 1993 Retrieved 15 September 2015 from [www.unhcr.ch/html/menu3/b/68.htm](http://www.unhcr.ch/html/menu3/b/68.htm). Шире (Rosenthal, E. Rubenstein, S. L. 2003: 257).



односу на медицински модел и модел социјалне помоћи (добробити), који су владајући у већини система (Marković, 2012: 68; Bekker: 2014: 12). Када је у питању пословна способност, Конвенција је заснована на ставу да је она људско право које припада свима, што захтева потпуно укидање института лишења пословне способности и његову замену механизмима који се заснивају на пружању подршке у остваривању пословне способности, коју у пуној мери контролише сама особа са инвалидитетом (Dhanda, 2014: 42). Основно полазиште је да ОСИ остварују пословну способност равноправно са другима у свим аспектима живота а, уколико постоје животне ситуације у којима им је потребна подршка, држава је у обавези да им подршку обезбеди, што подразумева да уместо тзв. *заменског одлучивања* обезбеди *доношење одлука уз подршку*.<sup>6</sup> Мера за остваривање пословне способности обезбеђује да се поштују права, воља и приоритети конкретне особе, спрече сукоб интереса и непримерени утицаји, а евентуална ограничења морају бити пропорционална, орочена и бити предмет редовног преиспитивања у поступку пред судом или другим независним телом.<sup>7</sup>

У окриљу Савета Европе усвојена је, поред Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода из 1955. год.<sup>8</sup>, и Ревидирана европска социјална повеља<sup>9</sup>, којом је предвиђено да „*особе са инвалидитетом имају право на независност, социјалну интеграцију и пуно учешће у животу друштвене заједнице*”<sup>10</sup>, као неколико препорука директно усмерених на заштиту људских права и достојанства особа са менталним и психосоцијалним инвалидитетом<sup>11</sup>.

---

6 Шире о упоредноправним моделима доношења одлука уз подршку (*Poslovna sposobnost kao ljudsko pravo – vodič kroz domaću praksu i moguće alternative starateljstvu; 2012, 21–42*).

7 Чл. 12 Конвенције о правима особа са инвалидитетом. Шире: Ђирић Миловановић, Шимоковић, 2012: 2–11; Бекер, 2014: 11).

8 Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (“Службени лист СЦГ – Међународни уговори”, бр. 9/2003 од 26. 12. 2003. године). Република Србија је Конвенцију преузела као правни сукцесор државне заједнице Србија и Црна Гора.

9 Закон о потврђивању Ревидиране европске социјалне повеље (“Сл. гласник РС – Међународни уговори”, бр. 42/2009).

10 Чл. 15 Ревидиране европске социјалне повеље.

11 Recommendation No. Rec(2004)10 of the Committee of Ministers to member States concerning the protection of the human rights and dignity of persons with mental disorder, Recommendation No: Rec (90) 22. on the protection of the mental health of certain vulnerable groups in society, Recommendation No. R (83)2 to member States on legal protection of persons suffering from mental disorder placed as involuntary patients, Recommendation

Са извесним закашњењем, Србија се прикључила државама које су реформисале своје системе заштите ОСИ. Усвојена је *Стратегија унапређења положаја особа са инвалидитетом у Републици Србији (2007–2015)*, а донети су *Закон о сузбијању дискриминације особа са инвалидитетом* из 2006. год.<sup>12</sup>, *Закон о забрани дискриминације* из 2009. год.<sup>13</sup>, *Закон о запошљавању и професионалној рефабилитацији особа са инвалидитетом*<sup>14</sup> и други прописи.<sup>15</sup> Када је реч о заштити права особа са интелектуалним и психосоцијалним инвалидитетом, донета су два закона којима је унапређен положај ових особа. Најпре је 2013. год. усвојен *Закон о заштити права лица са менталним сметњама*<sup>16</sup>, којим је, поред осталог, реформисана добровољна и принудна хоспитализација особа са менталним сметњама (Петрушић, 2013: 323–344), да би наредне, 2014. год. био усвојен *Закон о изменама и допунама*

---

No. 1235 (1994) on psychiatry and human rights. Retrieved 15 September 2015 from <http://www.coe.int>.

12 Овим законом први пут је утврђена свеобухватна дефиниција особа са инвалидитетом у складу са социјалним моделом инвалидности. У чл. 3, ст. 1 прописано је да су особе инвалидитетом „особе са урођеном или стеченом физичком, сензорном, интелектуалном или емоционалном онеспособљеношћу које услед друштвених или других препрека немају могућности или имају ограничене могућности да се укључе у активности друштва на истом нивоу са другима, без обзира на то да ли могу да остварују поменуте активности уз употребу техничких помагала или служби подршке“.

13 „Сл. гласник РС“, бр. 22/2009.

14 „Службени гласник РС“, број 36/09.

15 О правном оквиру заштите права особа са инвалидитетом, шире: Посебан извештај о дискриминацији особа са инвалидитетом, Повереник за заштиту равноправности, Београд, 2013. Retrieved 15 September 2015 from <http://www.ravnopravnost.gov.rs/sr/izve%C5%A1taji>.

16 “Сл. гласник РС“, бр. 45/13. Према наводима из Образложења, циљ овог закона био је да успостави адекватан систем заштите менталног здравља, да промовише људска права и недискриминацију особа са менталним сметњама и подстакне њихово веће социјално укључивање. Закон је, такође, усмерен на стварање услова за примену савременог приступа у лечењу, које се спроводи у најмање рестриктивном окружењу, што подразумева развијање адекватних ванболничких програма лечења у заједници и постепену деинституционализацију и затварање психијатријских установа азилантског типа у којима су услови живота алармантни. Шире: Национални механизам за превенцију тортуре, Извештај за 2012. годину, Заштитник грађана, Београд, 2013, стр. 27, Retrieved 15 September 2015 from [http://www.ombudsman.rs/attachments/2902izvestaj%20NPM\\_%202012.pdf](http://www.ombudsman.rs/attachments/2902izvestaj%20NPM_%202012.pdf)). Видети и: *Људска права у Србији*, Београдски центар за људска права, Београд, 2013, стр. 78–87. Retrieved 15 September 2015 from [http://www.bgcentar.org.rs/images/stories/Datoteke/Ljudska\\_prava\\_u\\_Srbiji\\_2012.pdf](http://www.bgcentar.org.rs/images/stories/Datoteke/Ljudska_prava_u_Srbiji_2012.pdf).

*Закона о ванпарничном поступку*<sup>17</sup>, којим је новелиран поступак за лишење пословне способности.

Овај рад посвећен је новим законским решењима којима је редизајниран поступак за лишење пословне способности. У немогућности да се у раду овакве врсте целовито анализира овај поступак, указаћу само на најважније измене и на она законска решења која је законодавац пропустио да усклади са правозаштитним постулатима који се испуњење очекује у овој специфичној области цивилне процедуре. Да би се правилно оценио квалитет процесних правила, која су инструменталне природе, у првом делу рада укратко сам изложила разлоге за лишење пословне способности у контексту нових међународних стандарда успостављених Конвенцијом о правима особа са инвалидитетом, док је други део рада посвећен процесним решењима.

## 2. Разлози за лишење пословне способности

Упркос томе што је Србија ратификовала Конвенцију о правима особа са инвалидитетом и обавезала се да своје законодавство усклади са конвенцијским стандардима, у српском праву и даље постоји потпуно и делимично лишење пословне способности.<sup>18</sup>

Према чл. 146, ст. 2 Породичног закона,<sup>19</sup> потпуно се лишава пословне способности пунолетна особа која „због болести или сметњи у психофизичком развоју није способна за нормално расуђивање те због тога није у стању да се сама стара о себи и о заштити својих права и интереса“.<sup>20</sup> Пословна способност особе која је потпуно лишена пословне способности изједначена је са пословном способношћу млађих малолетника, а то су деца испод 14 година, која могу предузимати правне послове којима се прибављају искључиво права, правне послове којима се не стичу ни права ни обавезе, као и правне послове малог значаја.<sup>21</sup> Пунолетна особа делимично се лишава пословне

---

17 „Сл. гласник РС“, бр. 55/2014.

18 У литератури се срећу различите дефиниције пословне способности. Тако поједини теоретичари пословну способност дефинишу као “способност лица да својом изјавом воље закључује правне послове и предузима друге правне радње. (Ковачевић Куштримовић, Лазић, М, 2008: 115). Неки теоретичари наглашавају да пословна способност подразумева способност правног субјекта да својим изјавама воље заснива, преноси, мења и гаси права и обавезе, као и да својим изјавама производи таква правна дејства у односу на друге. (Водинелић: 1999: 31).

19 „Сл. гласник РС“, 18/2005 (у даљем тексту: ПЗ).

20 Чл. 146, ст. 1 ПЗ.

21 Чл. 64, ст. 1 ПЗ. О пословној способности деце: (Петрушић, 2008: 35–56).

способности ако „због болести или сметњи у психофизичком развоју својим поступцима непосредно угрожава сопствена права и интересе или права и интересе других лица“.<sup>22</sup> Пословна способност особе којој је делимично одузета пословна способност једнака је пословној способности старијих малолетника,<sup>23</sup> а то су деца од 14 до 18 година, која могу предузимати све правне послове уз претходну или накнадну сагласност родитеља.<sup>24</sup> Судском одлуком о делимичном лишењу пословне способности одређују правни послови које лице делимично лишено пословне способности може, односно не може самостално предузимати.<sup>25</sup>

Евидентно је да су законски разлози за одузимање пословне способности, посебно могућност да особа буде потпуно лишена пословне способности, у директној супротности са Конвенцијом о правима особа са инвалидитетом и да не задовољавају услове под којима се ограничавање људских права може сматрати легитимним. То је и сама држава констатовала у Иницијалном извештају о примени Конвенције,<sup>26</sup> који је Комитету за права особа са инвалидитетом поднела још 2012. год. У овом извештају наводи се да „[...] законске норме којима се уређује старатељство и лишење пословне способности нису модификоване и представљају одређену препреку у поштовању права ОСИ“ (...) да је „већина (их је) донета у периоду када су особе са инвалидитетом [...] биле искључене из друштва“ [...], те да „постоји јасно опредељење Републике Србије да унапреди режим лишавања пословне способности“. С друге стране, ако се посматрају у контексту Устава Републике Србије,<sup>27</sup> одредбе о лишењу пословне способности, које представљају

22 Чл. 147, ст. 1 ПЗ.

23 Чл. 147, ст. 3 ПЗ.

24 Чл. 64, ст. 2 ПЗ.

25 Чл. 147, ст. 3 ПЗ. Ова одреба је недовољно прецизна јер оставља могућност да судска одлука садржи попис послова које особа може самостално да предузима или попис послова које не може самостално да предузима. ЗВП је у том погледу јаснији јер належе суду да у одлуци наведе врсту послова које особа може самостално предузимати (чл.40, ст. 3 ЗВП). Чини се да су оба законска правила неадекватна јер су супротна суштини делимичног лишења пословне способности. Ако се одлуком о делимичном лишењу пословне способности особа ограничава у могућности да својим изјавама воље склапа правне послове и предузима друге радње, једино што би одлука могла да садржи јесте попис правних послова и радњи које особа не може самостално да предузима. Тих правних послова и радњи свакако је знатно мање у односу на оне који су у домену правностваралачке воље особе делимично лишене пословне способности.

26 Иницијални извештај о примени Конвенције о правима особа са инвалидитетом, Влада Републике Србије, 2012. Retrieved 15 September 2015 from [http://www.ljudskaprava.gov.rs/images/konvencije/inicijalni\\_izvestaj\\_na\\_srpskom\\_jeziku.pdf](http://www.ljudskaprava.gov.rs/images/konvencije/inicijalni_izvestaj_na_srpskom_jeziku.pdf).

27 „Сл. гласник РС“, бр. 98/2006.

нужно прописивање начина остваривања права на пословну способност (Драшкић, 2010: 365), потребно је да буду усклађене са Уставом и међународним стандардима, што захтева прописивање правила која би додатно обезбедила да суштина зајемченог права на пословну способност остане очувана (Драшкић, 2010: 365).

Упркос томе што су државни органи свесни да је установа лишења пословне способности супротна стандардима у домену заштите људских права и права особа са инвалидитетом, законски разлози за лишење пословне способности ни до данас нису измењени. Због тога су ментални и психосоцијални инвалидитет и даље легални основ за одузимање пословне способности, што је директно супротно прописима садржаним у Конвенцији о правима особа са инвалидитетом, која од држава захтева да уместо одузимања пословне способности обезбеде доступну подршку<sup>28</sup> за њено остваривање.<sup>29</sup>

Иако прописи о условима за лишење пословне способности нису измењени, дошло је до промена у погледу самог поступка за лишење пословне способности. У редовима који следе анализирани су кључне новине у процесном режиму.

### **3. Поступак за лишење пословне способности као процесни метод**

Поступак за лишење пословне способности регулисан је Законом о ванпарничном поступку<sup>30</sup>, као један од посебних поступака који се односе на уређење личних стања (Станковић: 2007, 73). Као и други ванпарнични

---

28 О могућим облицима подршке, детаљно: Општи коментар члана 12 Конвенције о правима особа са инвалидитетом Комитет за права особа са инвалидитетом УН-а. Retrieved 15 September 2015 from <http://pescanik.net/opsti-komentar-clana-12-konvencije-o-pravima-osoba-s-invaliditetom/>.

29 О јазу који постоји између домаћих прописа и савремених међународних стандарда у домену права на пословну способност сведочи и чињеница да је лишење пословне способности пројектовано и као својеврсни механизам притиска на особе оболеле од алкохолизма или болести зависности. Наиме, када су ове особе у питању, суд може одложити доношење решења о делимичном лишењу пословне способности на период од шест до 12 месеци, ако се „основано може очекивати“ да ће се оне суздржати од злоупотребе алкохола или других опојних средстава или ако се подвргну лечењу у одговарајућој здравственој установи. Међутим, суд лако може опозвати одлуку о одлагању ако лице прекине лечење или буде „отпуштено из здравствене установе због нарушавања реда (подвукла Н.П.)“ (чл. 41 ЗВП).

30 Закон о ванпарничном поступку (“Сл. гласник СРС”, бр. 25/82 и 48/88 и “Сл. гласник РС”, бр. 46/95 – др. закон, 18/2005 – др. закон, 85/2012, 45/2013 – др. закон, 55/2014 и 6/2015) – у даљем тексту: ЗВП.

поступци, и овај поступк регулисан је применом уобичајене легислативне технике у домену ванпарничног процесног права: прописана су општа ванпарнична процесна правила,<sup>31</sup> која се примењују у свим ванпарничним поступцима, као и специфична ванпарнична процесна правила која се примењују само у поступку за лишење пословне способности,<sup>32</sup> с тим што је прописана сходна примена одредаба Закона о парничном поступку у свим оним процесним ситуацијама које нису на посебан начин регулисане ЗВП.<sup>33</sup>

Приликом редизајнирања поступка за лишење пословне способности законодавац није одступио од уобичајеног процесног метода. Наиме, за разлику од лишења родитељског права, које је пребачено у парнични поступак (Петрушић, 2009: 94), поступак за лишење пословне способности задржао је своју природу. То је и даље ванпарнични поступак, који се у овој врсти правних ствари на територији Србије примењује више од 140 година, од усвајања *Правила о поступању у неспорним (ванпарничним) делима* из 1872. године.

У литератури је изражен став (Гавриловић, 2015: 1) да ванпарнични поступак није примерен метод за поступање у правним стварима које се тичу лишења пословне способности јер њихово решавање подразумева расправљање о чињеницама, које су, по правилу, спорне, а сам ванпарнични поступак прилагођен је решавању неспорних ствари. Сматрам да овакав став није утемељен. Без намере да дубље анализирам комплексне критеријуме на основу којих се врши избор метода правне заштите, јер би то превазишло предмет овог рада, указаћу само на чињеницу да је ванпарнични поступак, као метод цивилне процедуре, сложена процесна творевина састављена од веома разноврсних и хетерогених поступака (Rakić-Vodinić, 1989: 25) и да се он деценијама успешно примењује и у континентозним правним стварима, чије решавање подразумева утврђивање спорних правно-релевантних чињеница, какав карактер имају и правне ствари које се тичу лишења пословне способности. Искуство показује да ванпарнични поступак, који је у односу на парнични поступак флексибилнији, бржи, мање формалан и оријентисан на помоћ, ако је ваљано регулисан, представља адекватан метод за пружање правне заштите управо са оним правним стварима у којима постоји потреба за заштитом личности или правних интереса особа којима је потребна подршка друштвене заједнице, какав је случај и са лишењем пословне способности. У државама у којима ванпарнични поступак представља традиционалан метод правне

---

31 Чл. 1–30. ЗВП.

32 Чл. 31–44 ЗВП.

33 Чл. 30, ст. 2 ЗВП.

заштите, какав је случај са Аустријом и Немачком, ови поступци чине само „језгро ванпарничног поступка“ (Marković, 1972: 83–98). Због тога не изненађује што је у овим државама, након што су темељно реформисале своје ванпарнично процесно право (Maganić, 2006: 465-497),<sup>34</sup> ванпарнични поступак у „победничкој офанзиви“; У његовом „окриљу“ данас су скоро сви поступци у вези са личним стањима и породичним односима, укључујући и поступке који се тичу пословне способности и старатељства (Петрушић, 2013а: 164; Maganić, 2006: 468).

Иако се законодавцу не може приговорити што је задржао ванпарнични поступак као метод за пружање правне заштите у стварима лишења пословне способности, може му се и те како замерити што још увек није реформисао застарело и превазиђено ванпарнично процесно право и ускладио га са принципима правне државе и савременим стандардима правичног суђења. Свеобухватна реформа домаћег ванпарничног процесног права, која се више не сме одлагати, омогућила би да и Србија, следећи тренд трансфера правних ствари из парнице у ванпарнични поступак, многе правне ствари које се тичу личног статуса и породичних односа пребаци у ванпарнични поступак, како је то учинила, на пример, Аустрија,<sup>35</sup> чији су процесни закони били узор у изградњи домаће цивилне процедуре.

#### **4. Новине у поступку за лишење пословне способности**

##### ***4.1. Временско ограничење и преиспитивање мере лишења пословне способности***

Једна од важних новина у области лишења пословне способности огледа се у томе што је законодавац процесним законом делимично модификовао овај институт тако што је лишење пословне способности конципирао као меру заштите и прописао да се она одређује максимално на три године.<sup>36</sup> Након истека рока на који је мера одређена („време проверавања“), који се уноси у решење суда, суд је дужан да по службеној дужности (пре)

---

34 Аустрија је то учинила усвајањем Bundesgesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen (AußStrG) од 12. 12. 2003. (BGBl I 112), који је ступио на снагу 1. 1. 2005. год., а Немачка, усвајањем Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) од 17. 12. 2008 (BGBl. I S. 2586, 2587).

35 Према AußStrG, у ванпарничном поступку одлучује о пореклу детета, о издржавању малолетног детета и сродника у првој линији, даје се одобрење за усвајање детета, одлучује о споразумном разводу итд.

36 Чл. 40, ст. 2 ЗВП.

испита да ли и даље постоје разлози због којих је лице лишено пословне способности.<sup>37</sup>

Наведена законска правила несумњиво представљају значајан помак у односу на ранија правила која су омогућавала да особа буде лишена пословне способности на неодређено време, што је у пракси најчешће значило да је особа трајно лишена једног од основних људских права (Beker, 2014: 58). Временско ограничење трајања мере лишења пословне способности мотивисано је настојањем да се отклоне пропусти на које је указао Европски суд у пресуди донетој 2009. год. у предмету *Салонтаји-Дробњак против Србије*<sup>38</sup> утврдивши да у овом случају поступак одузимања пословне способности није задовољио стандарде правичног суђења, те да је једна од мањкавости домаћег права непостојање обавезне периодичне провере стања лица којем је одузета пословна способност (Адамовић, 2010: 225–240). Основни недостатак новог законског решења огледа се у томе што законодавац није прописао критеријуме на основу којих суд одређује трајања мере унутар трогодишњег рока. Због тога се може очекивати да ће по аутоматизму одређивати максимални трогодишњи рок, независно од тога да ли је неспособност особе која се лишава пословне способности трајног или пролазног карактера. Иако постоји могућност да се пре истека рока на који је мера лишења пословне способности покрене поступак за враћање пословне способности, било би, свакако, корисније да је законодавац прописао руководна правила која би суду омогућила да рок трајања мере усклади са околностима конкретног случаја и да по истеку рока *ef officio* спроведе нови поступак у коме ће утврдити постојање разлога за лишење пословне способности.

ЗВП прописано је: „*Кад истекне време проверавања, суд по службеној дужности испитује да ли и даље постоје разлози због којих је лице лишено пословне способности*“.<sup>39</sup> У прелазним и завршним одредбама ЗВП прописано је да је дужност суда да по службеној дужности „испита“ постојање разлога за лишење пословне способности у односу на сва лица која су лишена пословне способности према ранијим прописима, и то у року од три године од дана правноснажности одлука за оне одлуке које су донете две године пре ступања на снагу нових прописа, односно у року од годину дана за одлуке које су раније донете.<sup>40</sup>

---

37 Чл. 42 ЗВП.

38 *Salontaji-Drobnjak v. Serbia*, Application no. 36500/05, Retrieved 15 September 2015 from <http://www.vk.sud.rs/salontajn.html>.

39 Чл. 42, ст. 1 ЗВП.

40 Чл. 56, ст. 2 ЗВП.



У вези са одредбама које налажу суду да по службеној дужности „испита да ли и даље постоје разлози због којих је лице лишено пословне способности“, најпре треба указати да се не ради ни о каквом посебном поступку „испитивања“, већ о новом поступку који суд покреће *ex officio* и у коме доноси нову одлуку у погледу пословне способности особе лишене пословне способности. Овај поступак се у свему има спровести према прописима којима је регулисан поступак у којем се одлучује о пословној способности, што укључује утврђивање чињеница, извођење одговарајућих доказа и предузимање свих других потребних радњи које се предузимају и када се први пут одлучује о лишењу пословне способности. Самим законом детаљно су регулисани могући исходи новог поступка: суд може утврдити да не постоје услови за враћање пословне способности, када утврђује ново „време провере“, може вратити пословну способност, уместо потпуног одредити делимично лишење, али и обрнуто, а такође је овлашћен и да смањи, односно повећа обим послова које особа може самостално да предузима, поред оних послова на које је законом овлашћена.<sup>41</sup>

ЗВП одређује да суд покреће поступак за „испитивање постојања разлога за лишења пословне способности“ после истека рока на који је ова мера одређена. Овакво законско решење је неадекватно из најмање два разлога. Пре свега, оно је супротно правилу да мера лишења пословне способности може трајати највише три године, јер ће, у суштини, мера трајати онолико дуго колико траје поступак преиспитивања разлога за њен опстанак, од његовог покретања, до правноснажног окончања. С друге стране, ово правило игнорише правно дејство правноснажне судске одлуке којом се привремено ограничава пословна способност као једно од основних људских права. Ова одлука престаје да важи истеком рока на који је мера лишења пословне способности одређена, тако да престаје свако ограничење, а особа стиче пун пословни капацитет. О овим околностима законодавац очигледно није водио рачуна, јер да јесте, предвидео би дужност суда да покрене и оконча поступак за „испитивање разлога за лишење пословне способности“ пре него што истекне „време проверавања“.

#### **4.2. Процесни положај и овлашћења особе о чијој се пословној способности одлучује**

Лице о чијој се пословној способности одлучује има положај странке, независно од тога да ли је поступак покренут предлогом овлашћених субјеката или по службеној дужности. То подразумева да особа о чијој се пословној способности одлучује има право на контрадикторан судски поступак

---

41 Чл. 42 и 42а ЗВП.

(*adversarial trial*). Ово елементарно процесно људско право (Galič, 2005: 41–58) спречава да у судском поступку особа о чијим се правима одлучује буде сведена на објекат поступања. Остваривање овог права кључна је гаранција да ће особа моћи активно да суделује у поступку и изношењем чињеница, доказа и правних ставова и изјашњавањем о процедурној грађи, утиче на садржину судске одлуке. Због тога право на контрадикторан поступак, које се обично везује за двостраначке (парничне) поступке, постоји и у когниционим ванпарничним поступцима. Сагласно томе, остваривање овог права мора бити обезбеђено и у поступку за лишење пословне способности, и то независно од тога да ли је он покренут по службеној дужности, као једностраначки поступак, или предлогом овлашћеног субјекта, када има карактер двостраначког поступка.

И ранијим, као и новим правилима, прописана је дужност суда да особу према којој се поступак води лично саслуша, с тим што се саслушање обавља у здравственој установи ако се у време спровођења поступка особа тамо налази, где се одржава и само рочиште (чл. 36, ст. 1 ЗВП). Разлика у формулацији није суштинског карактера: према ранијим правилима, у оваквој ситуацији особа се по правилу саслушава у здравственој установи а, према новим правилима, обавезно се саслушава у тој установи. (истакла Н.П.). Највећу забринутост изазива, међутим, чињеница да је законодавац задржао правило које суду пружа могућност да одустане од саслушања лица према коме се поступак води само ако би то могло да буде штетно по његово здравље или ако саслушање уопште није могуће с обзиром на душевно или физичко стање тог лица (чл. 36, ст. 3 ЗВП). Очигледно је да су ова правила недовољно јасна и отварају простор за произвољно тумачење. Сама могућност да суд одустане од саслушања особе о чијој пословној способности одлучује јер је проценио да би то могло да буде штетно по њено здравље може бити изговор да се особи ускрати право да буде саслушана и да се њена реч чује у поступку. Досадашња пракса је то јасно потврдила: истраживање спроведено током 2011. год. на узорку 889 предмета лишења пословне способности показало је да у 87% случајева суд није саслушао особу, а да у 84% случајева судија није чак ни видео особу коју лишава пословне способности (Лазаревић, Ћирић Миловановић, Шимоковић, 2012: 19).

Ради унапређења положаја особа о чијој се пословној способности одлучује законодавац је прописао да суд „*уважава мишљење и ставове лица према коме се поступак води, у мери у којој је то могуће с обзиром на стање његовог менталног здравља*“<sup>42</sup>. Иако је мотивисана добрим намерама, ова одредба није операционализована, па се чини да је више израз настојања да се

42 Чл. 36, ст. 3 ЗВП.

закону да модерна нота него што је резултат искрене намере да се особи заиста пружи прилика да изрази свој став, који може остварити одређени утицај на садржину одлуке. Да је таква намера постојала, законодавац би (макар) прописао дужност суда да у образложењу одлуке наведе разлоге због којих није „уважио“ мишљење и ставове особе коју је лишио пословне способности.

Коначно, једна од значајних новина огледа се у томе што је законодавац особи према којој се поступак води признао овлашћење да против прво-ступене одлуке којом је лишено пословне способности изјави жалбу у року од осам дана од дана достављања одлуке, и то без обзира „на стање свог менталног здравља“. Ово правило је реакција на погрешну правну праксу у којој се уобичајило да се првоступене одлуке уопште не достављају особама које су лишене пословне способности, иако су оне, све до правноснажности одлуке о лишењу пословне способности, процесно способне и могу пуноважно предузимати све радње у поступку.

### **4.3. Заступање**

Један од озбиљних пропуста законодавца огледа се у томе што је пропустио прилику на адекватан начин регулише заступање особе о чијој се пословној способности одлучује. Наиме, међу посебним одредбама о поступку за лишење пословне способности и даље постоји само одредба којом је прописано да је суд дужан да саслуша стараоца, односно привременог заступника,<sup>43</sup> с тим што се може применити и општа одредба ЗВП којим је прописана могућност да суд постави привременог заступника сваком учеснику у поступку кад су испуњени услови под којима парнични суд дужан туженом поставља привременог заступника.<sup>44</sup> У конкетсту поступка за лишења пословне способности случајеви у којима се особи према којој се овај поступак води може поставити приврмени заступник ако нема свог законског заступника и ако се у току поступка покаже да би редован поступак око постављања законског заступника дуго трајао, па би због тога за њу могле да настану штетне последице, као и онда кад суд констатује да између ње и њеног законског заступника постоји колизија интереса.

У поступку за лишење пословне способности особа о чијој се пословној способности одлучује процесно је способна и може лично да предузима процесне радње или да ангажује пуномоћника. Уколико се поступак води према особи која је већ лишена пословне способности и којој је одређен старатељ, он се појављује и као њен законски заступник. Проблематична

---

43 Чл. 37 ЗВП.

44 Чл. 6 ЗВП у вези са чл. 81 ЗПП.

ситуација настаје када је поступак за лишење пословне способности покренуо орган старатељства, који је особи о чијој се пословној способности одлучује поставио привременог старатеља, најчешће неког од запослених у органу старатељства. У том случају постоји потенцијални сукоб интереса. До сличног сукоба интереса долази и када се као предлагач јавља члан породице који је истовремено и старатељ особе према којој се поступак води. За ове и друге ситуације законодавац није прописао адекватна решења, нити је одредио, макар примера ради, индикаторе за препознавање сукоба интереса. Због тога постоји опасност да особа суштински нема заступника који ће је на адекватан начин заступати и штитити њене интересе. С друге стране, непостојање адекватних правила отвара исувише широк простор за могуће злоупотребе, што је недопустиво, посебно ако се има у виду да је утврђивање сукоба интереса изузетно комплексан и суптилан задатак, с обзиром на то да интерес законског заступника није увек јасан, већ је често „маскиран“ и тешко препознатљив.

Решење свакако треба тражити у прописивању правила о обавезном адвокатском заступању, што би подразумевало дужности суда да особи о чијој се пословној способности одлучује постави бесплатног заступника ако нема средстава да плати адвоката, јер је то гаранција да ће право на контрадикторан поступак бити делотворно, а сам поступак испунити стандарде правичности. У прилог таквом ставу говори и пракса Европског суда за људска права, који приликом испитивања тзв. *процесне законитости* оваквог типа одлука одлучно стоји на становишту да су националне власти дужне да обезбеде „специјалне процесне гаранције“ кад се поступак води према лицу које није у стању да штити своја права и интересе,<sup>45</sup> што подразумева да се таквој особи мора обезбедити стручна правна помоћ, односно квалификовани заступник, ако је то потребно да би њена права и интереси били заштићени. Према схватању Европског суда, право на бесплатног заступника није опште право свих особа према којима се поступак води, већ да то право припада само оним особама које нису способне да „*изнесе аргументе у своју корист и схвате правна питања која се у поступку појављују*“, али је задатак суда да о томе перманентно води рачуна током читавог поступка.<sup>46</sup> Поред тога, Европски суд очекује да национална судска власт обезбеди квалитетно заступање и нарочито истиче да само именовање квалификованог заступника није довољно, те да је суд дужан да перманентно контролише како постављени заступник

---

45 Winterwerp v. the Netherlands, (Application no. 6301/73), одлука од 24. 10. 1979, пар. 60. Retrieved 15 September 2015 from <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57597>.

46 Megyeri v. Germany (Application no. 13770/88), одлука од 12. 05. 1992, пар. 23. Retrieved 15 September 2015 from <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57785>

врши своју улогу.<sup>47</sup> Важећи прописи, међутим, не омогућавају да се особи о чијој се пословној способности одлучује постави бесплатни адвокат, чак и када она то изричито тражи, јер се, сагласно чл. 170 ЗПП, који се у ванпарничном поступку сходно примењује, бесплатни адвокат може поставити само странци која је ослобођена претходног плаћања трошкова поступка, а у поступку за лишење пословне способности особа према којој се поступак води не сноси трошкове, па се ова одредба не може применити.

## 5. Закључне напомене

После више од три деценије Република Србија је маја 2014. године трансформисала поступак за лишење пословне способности. Непосредни повод за законодавну интервенцију било је настојање да се уклоне она анахрона законска решења због којих овај поступак није испуњавао ни минимум стандарда правичног суђења, док је само лишење пословне способности, у суштини било трајна мера. Анализа прописа којима је редизајниран поступак за лишење пословне способности, у контексту услова под којима се ова мера може применити, показује да је, упркос извесним побољшањима, овај поступак и даље у нескладу са савременим правозаштитним постулатима у овој деликатној области цивилне процедуре. Иако је Србија 2009. године ратификовала Конвенцију о правима особа са инвалидитетом и тиме преузела обавезу да своје законодавство усклади са конвенцијским постулатима, иако је исте те године Европски суд за људска у предмету Салонтаји-Дробњак против Србије утврдио да су поједина законска решења супротна европским стандардима о људским правима, то нису били довољни разлози да законодавац приступи озбиљној реформи поступка за лишење пословне способности у духу нове парадигме једнакости особа са инвалидитетом. Медицински приступ лишењу пословне способности, неадекватна решења у погледу процесне позиције и заступања лица према којем се поступак води, неадекватни механизми за препознавање сукоба интереса и спречавање злоупотреба, само су део негативних карактеристика због којих је нови поступак за лишење пословне способности још увек у нескладу са стандардима и постулатима правичног суђења.

## Литература

Адамовић, А. (2010) Лишење пословне способности – Србија у поступку пред Европским судом за људска права, у: Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике

---

47 Videti odluku u predmetu Pereira v. Portugal, Application no 44872/98, 26 February 2002, <http://echr.ketse.com/doc/44872.98-en-20020226/view/>

Србије: тематски зборник радова, Књ. 5 (Невена Петрушић, ур.), Центар за публикације Правног факултета, Ниш

Beker, K. (2014) Лишење пословне способности, закони и пракса у Републици Србији, Иницијатива за права особа са менталним инвалидитетом MDRI-S, Београд

Vodinelić, V. (1999) Функције пословне способности малолетника, Право – теорија и пракса, бр. 3

Gavrilović, B. (2015) Законодавство као козметика, Retrieved 15 September 2015 <http://pecanik.net/zakonodavstvo-ka-kozmetika/>

Galič, A. (2005) Наčело контрадикторности у парничном поступку: ставови словеначког уставног суда и Европског суда за људска права, Правни живот, бр. 12

Dhanda, A. (2014) Утицај Конвенције УН-а о правима особа са инвалидитетом на законодавне измене: како треба изменити закон да препозна право садржано у члану 12. Конвенције, у: Пословна способност и живот у заједници, Зборник радова и препорука (ур. Biljana Janjić, Kosana Beker, Milan M. Marković), Иницијатива за права особа са менталним инвалидитетом (MDRI-S), Београд

Драшкић, М. (2010) Нови стандарди за поступак лишења пословне способности: актуелна пракса европског суда за људска права, Анали Правног факултета у Београду, година LVIII, бр. 2

Involuntary placement and involuntary treatment of persons with mental health problems, FRA, European Union Agency for Fundamental Rights, 2013. Retrieved 15 September 2015 from, <http://fra.europa.eu/en/publication/2012/involuntary-placement-and-involuntary-treatment-persons-mental-health-problems>

Иницијални извештају о примени Конвенције о правима особа са инвалидитетом у Републици Србији (2012), Retrieved 15 September 2015 [http://www.ljudskaprava.gov.rs/images/konvencije/inicijalni\\_izvestaj\\_na\\_srpskom\\_jeziku.pdf](http://www.ljudskaprava.gov.rs/images/konvencije/inicijalni_izvestaj_na_srpskom_jeziku.pdf)

Извештај за 2012. годину, Заштитник грађана, Београд, 2013, Retrieved 15 September 2015 from [http://www.ombudsman.rs/ attachments/2902izvestaj%20NPM\\_%202012.pdf](http://www.ombudsman.rs/attachments/2902izvestaj%20NPM_%202012.pdf)

Kovačević Kuštrmović, R. Lazić, M. Uvod u грађанско право, Punta, Niš

Lazarevic, S. Ćiric Milovanovic, D. Šimokovic, L. (2012) Универзалност права у пракси: анализа примене конвенције Уједињених нација о правима особа са инвалидитетом у односу на особе са интелектуалним теškoћама у Србији, Иницијатива за права особа са менталним инвалидитетом MDRI – Sand people in need, Београд

Људска права у Србији (2013) Београдски центар за људска права, Београд, Retrieved 15 September 2015 from [http://www.bgcentar.org.rs/ images/stories/Datoteke/Ljudska\\_prava\\_u\\_Srbiji\\_2012.pdf](http://www.bgcentar.org.rs/images/stories/Datoteke/Ljudska_prava_u_Srbiji_2012.pdf)

Maganić, A. (1991) Nužnost reforme hrvatskog izvanparničnog prava. Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 27, 1/2006

Marković, M. (1972) Mogućnost vanparnične delatnosti u stvarima sa elementom inostranosti, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, XI sveska

Marković, M. M. (2012) Poslovna sposobnost kao univerzalno ljudsko pravo i determinanta društvenog položaja lica sa mentalnim invaliditetom, Stanovništvo br. 2

Petrušić, N. (2008) Granice poslovne sposobnosti deteta, u: Aktuelna pitanja građanske kodifikacije: zbornik radova (Radmila Kovačević Kuštrimović, Miroslav Lazić, ur.), Pravni fakultet, Niš

Петрушић, Н. (2009), Поступак за лишење родитељског права, Билтен судске праксе, бр. 30. Окружни суд, Ниш

Petrušić, N. (2013) Novine u postupku za prinudnu hospitalizaciju osoba sa mentalnim smetnjama, Pravni život: tematski broj, Pravo i dostojanstvo, Udruženje pravnika Srbije, Beograd, God. 62, br. 9, tom 1

Петрушић, Н. (2013а), Аустријски модел помоћи и подршке детету у поступку за уређивање родитељског старања и личног контакта, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 65

Посебан извештај о дискриминацији особа са инвалидитетом, Повереник за заштиту равноправности, Београд, 2013. Retrieved 15 September 2015 from <http://www.ravnopravnost.gov.rs/sr/izve%C5%A1taji>

Rakić-Vodinelić, V. (1989) (Ne)potrebnost vanparničnog postupka – onakav kakav, možda, jeste, Vanparnični i izvršni sudski postupak, Knjiga o građanskom sudskom postupku, II tom, Beograd

Rosenthal, E. Rubenstein, S. L. (1993) International Human Rights Advocacy under the Principles for the Protection of Persons with Mental Illness, International Journal of Law and Psychiatry, 16, 257

Стратегија развоја заштите менталног здравља од 19. јануара 2007. године. Retrieved 15 September 2015 from [http://www.zdravlje.gov.rs/tmpmz-admin/downloads/zakoni1/Strategija %20Razvoja%20Zastite%20 Mentalnog %20 Zdravlja.pdf](http://www.zdravlje.gov.rs/tmpmz-admin/downloads/zakoni1/Strategija%20Razvoja%20Zastite%20Mentalnog%20Zdravlja.pdf)

Tatić, D. (2004), Konvencija UN o pravima osoba sa invaliditetom, Hereticus, br. 3

Ćirić Milovanović, D. Šimoković, I. (2012) Poslovna sposobnost kao ljudsko pravo – vodič kroz domaću praksu i moguće alternative starateljstvu, Inicijativa za prava osoba sa mentalnim invaliditetom (MDRI-S), Beograd

**Nevena Petrušić, LL.D.**

*Full Professor,*

*Faculty of Law, University of Niš*

**THE PROCEDURE FOR DEPRIVATION OF CONTRACTUAL CAPACITY  
IN SERBIAN LEGISLATION IN LIGHT OF INTERNATIONAL  
STANDARDS ON THE RIGHTS OF PEOPLE WITH DISABILITIES**

**Summary**

*In May 2014, after more than three decades, the Republic of Serbia changed the legal provisions governing the procedure for depriving a person of contractual capacity. The immediate reason for this legislative intervention was an attempt to remove the anachronous legal solutions due to which the non-contentious proceedings did not meet even the minimum standards of a fair trial while the deprivation of contractual capacity amounted to a permanent revocation of one of the most important human rights. In light of the requirements governing the application of this measure, analysis of current legislation on the procedure governing the deprivation of contractual capacity shows that, irrespective of certain improvements, this procedure is still inconsistent with the contemporary standards of justice in this area.*

*In 2009, the Republic of Serbia ratified the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, thus assuming the obligation to harmonize its legislation with the Convention provisions. In *Salontaji-Drobnjak v. Serbia* (2009), the European Court of Human Rights found that some legal solutions were contrary to the European human rights standards; regardless of this fact, there was no serious reform of the procedure for depriving a person of contractual capacity in the spirit of the new paradigm of equality in the exercise of human rights of persons with disabilities. The medical approach to the deprivation of contractual capacity, the inadequate solutions on the procedural position and the defendants' legal representation, as well as the lack of mechanisms for identifying conflicts of interest and preventing abuse are only some of the reasons for which the domestic proceedings for deprivation of contractual capacity must be thoroughly reformed without any further delay.*

**Key words:** *persons with disabilities, deprivation of contractual capacity, non-contentious proceedings.*



**Др Александар Мојашевић,\***  
Доцент Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 347.91/95:33

Рад примљен: 30.06.2015.

Рад прихваћен: 03.12.2015.

## **ПАРНИЦА НАСУПРОТ НЕПОСРЕДНОМ ПРЕГОВАРАЊУ: ЕКОНОМСКА АНАЛИЗА\*\***

**Апстракт:** Предмет овог рада јесте компарација парнице и непосредног преговарања, односно правне и економске димензије ових двају различитих метода решавања грађанскоправних спорова. У теоријском делу рада биће изложени најважнији аргументи у прилог парнице, као редовног метода, попут: једнаког третмана странака, посебно оних са нижим материјалним статусом; могућности улагања правних лекова; задовољења принципа потпуне накнаде штете; постизања правичног решења, и других; као и аргументи који говоре у прилог непосредног преговарања, као посебног АДР метода, као што су: уштеда трошкова, времена и других ресурса; избегавање ризика губитка у парници; постизање мирног решења, итд. На бази наведених теоријских аргумената, биће спроведено пилот-истраживање на узорку студентске популације у сврху испитивања њихових ставова о предностима и недостацима парнице и непосредног преговарања (зависна варијабла). Структура узорка сачињена је од подједнаког броја студената завршних година Правног, Економског и Филозофског факултета у Нишу, те припадност факултету представља независну варијаблу. Општи циљ истраживања јесте установити да ли, генерално гледано, постоји статистички значајна разлика у преферирању парнице у односу на непосредно преговарање студената права наспрам студената економије и студената психологије. Полази се од тога да студенти права фаворизују парницу у односу на непосредно преговарање, руководећи се првенствено неекономским параметрима у процени двају метода, као последица едукације правника. Но, генерални закључак овог истраживања јесте да не

\* mojasevic@prafak.ni.ac.rs

\*\* Овај чланак је резултат рада у оквиру пројекта под називом „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, финансираног од стране Министарства просвете и науке Републике Србије (референтни број 179046).

*постоји статистички значајна разлика у преферирању парнице, односно непосредног преговарања студента права у односу на студенте економије и психологије.*

**Кључне речи:** парница, непосредно преговарање, компарација, ефикасност.

## 1. Теоријски оквир истраживања

У страној правној теорији (Fiss, 1984) одавно су истакнута четири кључна разлога у *прилог парнице* и пратеће политике њеног промовисања. При том, ови разлози истовремено су уперени *против поравнања*, као исхода преговарања, које се у оквиру економских модела најчешће приказује као пожељнија алтернатива у односу на парницу. Реч је о следећим аргументима: неравнотежи моћи између страна у спору; проблему добијања сагласности на закључени споразум о поравнању; недостатку правног основа споразума о поравнању за континуирану судску интервенцију; и непостизању правичног решења путем преговора. У наставку текста елаборираћемо сваки од ових разлога посебно.

Прво, поједини економски модели (Cooter, Marks, Mnookin, 1982) посматрају преговарање и поравнање у *сенци права*, тј. у сенци очекиваног суђења и судске пресуде као његовог исхода. У тим моделима полази се од базичне претпоставке да странке имају *једнако богатство*. Но, иако богатство странака не мора нужно утицати на преговарачку моћ странака и, последично, исход преговора, постоје случајеви у којима је оно пресудно. На пример, у случају спора између радника и велике корпорације због повреде на раду или у вези с радом, очит је дисбаланс у материјалној, и консеквентно, преговарачкој снази двеју страна. С тим у вези, Фис (Fiss, 1984: 1076) наводи три начина како неједнака расподела богатства може утицати на исход преговора. Прво, богатија странка је спремнија да *прикупи и обради информације* које су јој неопходне за антиципирање исхода суђења. То практично значи да је богатија странка у предности над сиромашнијом странком у току преговора око склапања поравнања, будући да може прецизније да предвиди исход суђења као алтернативу преговорима. Друго, сиромашнија странка може прихватити нижи износ поравнања у односу на онај износ новца који би добила на основу судске пресуде, због *хитне потребе за новцем или извршењем неке обавезе*. То не мора нужно бити спорно, али ако богатија странка (у улози туженог) искористи ту хитну потребу за новцем сиромашније странке како би издејствовала плаћање нижег износа поравнања, може се говорити о злоупотреби. Треће, богатија

странка (у својству туженог) може искористити чињеницу да сиромашнија странка (у улози тужиоца) нема довољно средстава да изнесе ствар на суђење како би у преговорима снизила износ поравнања. Знајући ову чињеницу, богати тужени може у току преговора снизити поравнање за износ парничних трошкова које тужилац не би могао да плати на суђењу.

Имајући у виду речено, Фис промовише парницу с обзиром на то да судија, као непристрасно треће лице, може отклонити последице дисбаланса у материјалним могућностима странака, коришћењем одређених процесних механизма, попут допуне одбране (сиромашног) тужиоца, позивања сводока, итд (Fiss, 1984: 1077).

Други Фисов аргумент у корист парнице везан је за тзв. *принципал-агент проблем* (Fiss, 1984: 1078–1082). Наиме, с обзиром на то да постоји могућност да агент не поступа у интересу свог клијента, већ у сопственом интересу у току преговора око склапања поравнања, јасно је да склопљено поравнање може бити на штету клијента (приципала). Овај проблем нарочито се усложњава када су у питању одређене *организације или групе*. Управо се код њих може поставити питање овлашћења за заступање чланова у преговорима око склапања поравнања са трећим лицима, као и питање сагласности са садржином склопљеног поравнања. Чак и уколико се зна ко је овлашћен да заступа одређену организацију, не значи да ће то лице (агент) поступати у најбољем интересу чланова организације приликом преговора око склапања поравнања са трећим лицима. Рецимо, менаџер акционарског друштва може склопити поравнање које је у његовом интересу, а не у интересу власника друштва. Сличан резон важи и за синдикалне представнике и чланове синдиката. С друге стране, као пример неформалних група којима недостају прецизна правила о процедури која прописују начин добијања сагласности на закључене споразуме са трећим лицима, Фис наводи етничке или расне мањине, групе бивших осуђеника и друге групе. Коначно, и код тзв. *групних парница (class actions)* испољава се проблем добијања сагласности ради обезбеђења пуноважности споразума о поравнању.

Треће, овај аутор (Fiss, 1984: 1082) истиче да се у одређеним економским моделима (Posner, 1973; Shavell, 1982; Priest, 1982) поравнање посматра као савршен супститут пресуди, без узимања у обзир чињенице да се пресудом у првом степену не окончава парнични поступак, као и да након правноснажности пресуде некада постоји потреба за праћењем наложених мера. Фис наводи пример (Fiss, 1984: 1083) бракоразводних парница у којима постоји потреба за континуираном судском интервенцијом. Осим тога, постоји могућност и да се околности промене након склапања

споразума о поравнању. Те измењене околности захтевају да суд, по поднетом захтеву за модификацију споразума, промени услове склопљеног споразума. Међутим, у већини случајева то је немогуће, јер нема довољно чињеничног и правног основа да суд процењује о нечему о чему претходно није одлучивао (Fiss, 1984: 1083).

Коначно, Фис доследно стаје у одбрану *правде*, а не мира, тј. правичног, а не мирног решења спора. Полазећи од чињенице да заговорници АДР метода протежирају поравнање, будући да се њиме, а не пресудом, постиже мирно решење спора уз ниже укупне друштвене трошкове парнице, Фис истиче (Fiss, 1984: 1085) да адјудикацију ваља посматрати у ширем смислу. Наиме, по његовом мишљењу, (вероватно и мишљењу већине правника), судије представљају јавне службенике који свој легитимитет црпе из воље представника народа, попут носилаца извршне и законодавне власти. Надлежност судија дефинисана је нормама јавног права, а не нормама приватног права, те су дужни да подстичу оне вредности које су прописане уставом и законима. Фис види парницу више као јавноправну установу, за разлику од АДР заступника који на парницу гледају као на приватноправну установу. Ти различити погледи на парницу управо чине линију раздвајања између Фиса и његових истомишљеника, с једне стране, и АДР заступника, с друге стране. Наиме, АДР заступници виде парницу само као један од метода решавања спорова и, сходно томе, ако би број парница био изнад друштвеног оптимума, то би указивало да овај метод није ефикасан. Из тог разлога, требало би прибећи другим методима решавања спорова, првенствено преговарању. С друге стране, заступници парнице придају адјудикацији шири смисао, који се огледа у томе да би стварност требало приближити одређеним идеалима, наравно, уз помоћ државне принуде. Није дужност судије, према мишљењу Фиса, да максимизира циљеве (користи) појединачних странака, нити да осигурава мир међу странкама у спору. „*Бити против поравнања* [подвукао А. М.] сугерише једино да уколико се странке поравнају, друштво добија мање него што се чини, и у погледу цене, [друштво] не зна да за то [закључење споразума о поравнању] плаћа. Странке се могу поравнати, остављајући правду по страни. Поравнање у неком спору у школи може осигурати мир, али не и расну једнакост. [...], и иако таква мирна коегзистенција може бити нужан предуслов [за остварење] правде, [...], она није правда сама по себи. Поравнати се за нешто значи прихватити мање од неког идеала.“

Поред наведених основних аргумената у корист парнице, у теорији (Coleman, Silver, 110–119) наводи се још неколико разлога који доводе у питање политику која промовише преговарање и поравнање. Реч је о томе да се судским пресудама боље штити јавни поредак; затим, да споразум о по-

равнању може генерисати негативне екстерне ефекте на (трећа) лица ван споразума; као и да судске пресуде генеришу позитивне екстерне ефекте на трећа лица, односно да судске пресуде представљају неку врсту *јавних добара*.

С друге стране, постоје одређени, махом, *економски разлози* због којих би за странке у спору било корисније да изаберу непосредно преговарање и, последично, склапање поравнања у односу на суђење, односно наставак парничног поступка до доношења правоснажне пресуде. Прво, парница је *скупљи* метод решавања спорова у односу на непосредно преговарање јер изискује виши ниво материјалних издатака са индивидуалног и друштвеног аспекта. Другим речима, склапањем поравнања штеде се трансакциони трошкови суђења, првенствено судски парнични трошкови и трошкови адвоката. Затим, склапањем поравнања, странке и други учесници у поступку (судије и адвокати) *штеде време* које могу искористити за друге продуктивне делатности, што значи да избор поравнања генерише нижи ниво опортунитетних трошкова у односу на суђење. Даље, уколико се поравнају, странке избегавају *ризик губитка у парници*, који је нарочито изражен у правном систему, попут нашег, у којем странка која изгуби у парници сноси укупне парничне трошкове (тзв. *принцип ризика*).<sup>1</sup> Сходно томе, странка која има аверзију према ризику, рецимо ако је сиромашна, бива подстакнута на склапање поравнања. Додајмо и то да је поравнање пожељније од судске пресуде будући да почива на *аутономији воље странака*, а не на принуди која је карактеристика државног (судског) апарата који спроводи парнични поступак и доноси пресуду.

## 2. Методолошки приступ

### 2.1. Проблем, предмет и значај истраживања

Узимајући у обзир истакнуту дихотомију између парнице и непосредног преговарања, отвара се питање *избора* између ова два метода решавања спорова. Будући да је реч о типичним правним институтима, не треба да чуди због чега ово питање побуђује пажњу правних теоретичара. Но, откуд интересовање економске науке за ову тему? Одговор је једноставан. Чим постоји *избор* између две или више алтернатива, отвара се простор за *економску анализу*, у овом случају, анализу ефикасности различитих

---

1 У теорији се принцип ризика назива и *енглеским правилом* у вези са алокацијом укупних парничних трошкова, наспрот *америчком правилу*, по којем свака страна сноси своје трошкове. Различитим методама алокације парничних трошкова најдетаљније бавио се Стивен Шавел (Shavell, 1982).

метода решавања спорова са аспекта максимизације друштвеног благостања. Будући да је парница *скупљи* метод решавања спорова у односу на непосредно преговарање, то би био потребан, вероватно и довољан разлог за неког ко економски резонује<sup>2</sup> да се определи за „алтернативу“. С друге стране, фактор исплативости непосредног преговарања вероватно не би представљао довољан разлог због кога би се типичан правник „одрекао“ парнице, *као основног и редовног метода решавања спорова*. С обзиром на то да иза овог метода стоји *држава* са својим апаратом принуде, требало би да парница правницима улива више поверења. Сматрамо да је овакав став, између осталог, последица едукације правника. Како то добро примећује проф. Кнежевић (Кнежевић, 2006, стр. 136), *едукатори често пренаглашавају значај и улогу државе и права у људским животима, што може имати за последицу искривљену слику стварности*.

У овом раду полазимо од тога да је непосредно преговарање између странака у спору<sup>3</sup> ефикаснији метод у односу на парницу, самим тим, и да је политика подстицања преговарања *пожељнија* са аспекта минимизације укупних друштвених трошкова парничног поступка. Но, познато је да се већина правника не руководи уопште, или само, ефикасношћу у случају било ког избора, па и избора између различитих метода решавања спорова. Зато се отвара питање: *да ли већина правника, у нормативном смислу, прихвата преговарање као пожељнији метод?* Наша претпоставка јесте да у правничкој популацији доминира већински став у корист парнице, а који је превасходно последица едукације ове струке. Другим речима, већина правника перципира парницу (суђење) као *форум за задовољење правде, за потпуно обештећење*, а то је вредност која је супериорнија у односу на ефикасност, односно минимизацију трошкова поступка. Да бисмо проверили нашу хипотезу, спроводимо пилот-истраживање ставова студената Правног факултета у Нишу о предностима и недостацима парнице и непосредног преговарања, свесни чињенице да се добијени резултати не могу уопштити и применити на целокупну правничку популацију. Зато је овде реч о *пилот-истраживању* са намером да се у будућности спроведе слично истраживање на широј популацији правника. Иначе, теоријски значај овог истраживања огледао би се у унапређењу досадашњих сазнања о односу

2 То не мора нужно бити економиста, будући да је све више правника који користе „економски резон“ у сагледавању правних питања. До тога је дошло захваљујући експанзији нове научне дисциплине *Економске анализе права*, којој и аутор овог рада припада.

3 Када треће лице учествује у преговарању, реч је о *посредном преговарању*. Најтипичнији облик јесте *медијација*. Но, у овом раду изостављамо медијацију и друге сличне алтернативне методе, будући да се фокусирамо на парницу и *непосредно преговарање између странака у спору након покретања поступка*.

парнице и непосредног преговарања и, нарочито, економској димензији тог односа. Практични значај огледао би се у примени добијених резултата у сврху побољшања едукације правника о ефикасности наведених метода.

## **2.2. Циљ и хипотезе истраживања**

*Општи циљ истраживања јесте установити да ли, генерално гледано, постоји статистички значајна разлика у преферирању парнице у односу на непосредно преговарање студената права наспрам студената економије и студената психологије.*

С обзиром на општи циљ истраживања, полазна претпоставка јесте да студенти права радије бирају парницу у односу на непосредно преговарање, односно радије бирају наставак поступка у односу на понуђено поравнање, за разлику од студената економије и психологије.

Но, поред општег циља, истраживање обухвата и неколико специфичних циљева. *Први специфични циљ истраживања јесте установити да ли, и у којој мери, студенти права, за разлику од студената економије и психологије, узимају у обзир одређене економске параметре, попут: трошкова, времена, личног напора или ризика, приликом избора између парнице и преговарања.* Из овог циља истраживања произилази неколико посебних хипотеза:

Студенти права, за разлику од студената економије и психологије, радије ће бирати наставак парничног поступка ради потпуног обештећења него што би поравнањем пристали на нижи износ накнаде штете, занемарујући уштеду времена, новца или ризик губитка у парници.

Студенти права, за разлику од других група, радије ће бирати наставак парничног поступка чак и у случају када је вредност поравнања виша у односу на очекивану вредност од пресуде, док ће студенти економије, за разлику од других група, радије бирати поравнање у овој ситуацији.

Студенти права, за разлику од студената економије и психологије, радије ће изабрати наставак парничног поступка очекујући нижи степен личног ангажовања него што би се упустили у преговарање које изискује више напора и ангажовања.

*Други специфични циљ истраживања јесте установити да ли, и у којој мери студенти права, за разлику од студената економије и психологије, у одређеним специфичним ситуацијама, радије бирају парницу него преговарање због: једнаког третмана и боље правне заштите у судском поступку; постизања правичног, а не мирног решења спора; и избегавања заступања од стране*

*другог лица у преговорима.* Из овог циља произилазе следеће посебне хипотезе:

Студенти права, за разлику од студената економије и психологије, радије ће бирати парницу него преговарање због очекиваног једнаког третмана у судском поступку.

Студенти права, за разлику од студената економије и психологије, радије ће бирати парницу него преговарање због очекиване боље правне заштите у судском поступку. Студенти права, за разлику од студената економије и психологије, радије ће бирати парницу него преговарање због избегавања принципал-агент проблема у преговорима.

Студенти права, за разлику од студената економије и психологије, радије ће бирати парницу него преговарање због потпуног обештећења и заштите угрожених права у судском поступку.

*Трећи специфични циљ истраживања јесте установити да ли, и у којој мери, постоје одступања у погледу односа према ризику од стране студената права у односу на студенте економије и психологије.* Конкретније речено, базични налаз теорије изгледа да појединци испољавају *аверзију према ризику* у ситуацији када избор укључује *сигуран добитак* (позитиван оквир), али да променом оквира из позитивног у негативни (у ситуацији када избор укључује *сигуран губитак*) испољавају *склоност ка ризику* (Kahneman, Tversky, 1979), стављамо у контекст избора између парнице и преговарања и испитујемо однос студената према ризику. Посебна хипотеза од које полазимо јесте да ће променом оквира (из позитивног у негативни), правници, у односу на економисте и психологе, испољити статистички значајну разлику у избору парнице и поравнања и показати већу склоност ка ризику.

### **2.3. Варијабле истраживања**

Будући да у овом истраживању превасходно испитујемо ставове студентске популације правника у односу на ставове студената економије и психологије, *припадност факултету* представљаће прву *независну варијаблу*, у односу на коју ћемо испитати ставове студентске популације о преферирању парнице, односно непосредног преговарања (*зависна варијабла*).

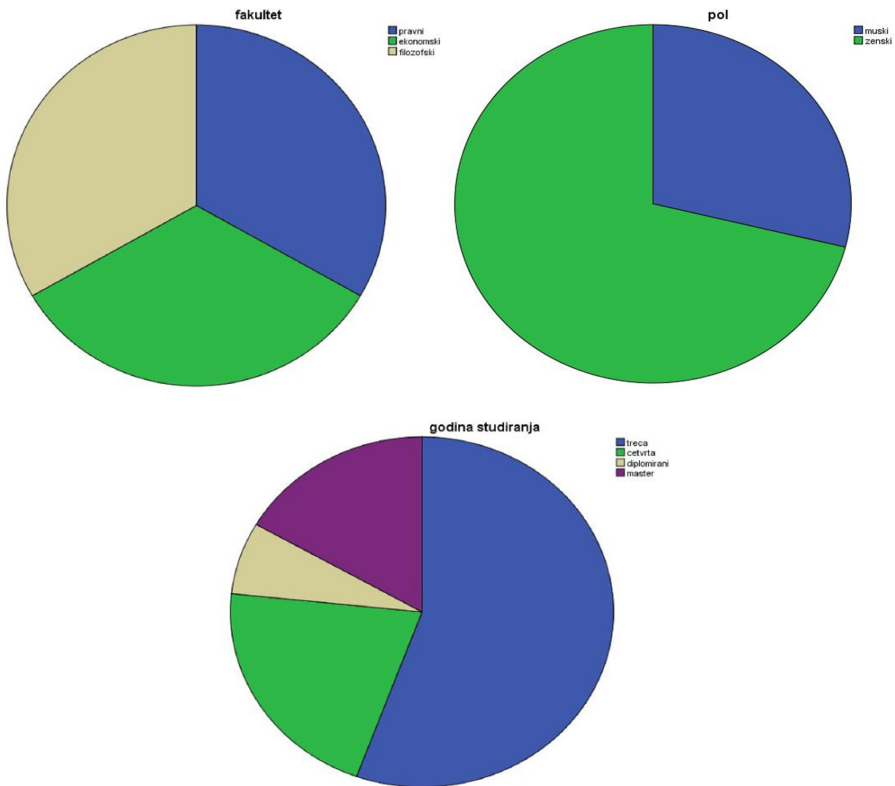
Но, поред припадности факултету, испитаћемо и ставове студената о преферирању парнице, односно непосредног преговарања у односу на *пол* (друга независна варијабла). Коначно, и *година студирања* представљаће



посебну независну варијаблу у односу на коју ћемо мерити ставове студената о истакнутом питању.

#### **2.4. Опис узорка, начин спровођења истраживања и план статистичке обраде података**

Истраживање је спроведено у Нишу марта 2015. године. Укупно је испитано 90 студената, и то по 30 (или 33,3%) студената Правног, Економског и Филозофског факултета у Нишу – Департмана за психологију. Од укупног броја испитаних, 64 или 71% биле су особе женског пола, а 26 или 29% особе мушког пола. Педесет студената или око 55% узорка чинили су студенти треће године, 19 студената или око 21% студенти четврте године, 15 студената или око 17% пете године и 6 студената или око 7% дипломираних. Просечна старост испитаника оба пола је око 23 године.



Графикон 1. Структура узорка према факултету, полу и години студирања.

Истраживање је спроведено стандардном техником научне методологије за прикупљање података – анкетним упитником. Упитник је састављен у сврху спровођења истраживања и састојао се од 11 питања која се односе на испитивање ставова студената о преферирању парнице или непосредног преговарања. Испитивање је организовано групно на пригодном узорку студената који су присуствовали часовима вежби или предавања. У прилогу рада налази се упитник.

За статистичку обраду прикупљених података користили смо програм SPSS, верзију 19.

### 3. Резултати истраживања са дискусијом

*Табела 1.* Избор између наставка поступка и прихватања поравнања у нижем износу.

	Преференција парнице	Преференција поравнања	Нисам сигуран	Укупно
Правни	11	17	2	30
Економски	15	15	0	30
Филозофски	11	12	7	30
Укупно	37	44	9	90

На постављено питање *да ли бисте изабрали наставак парничног поступка у којем бисте остварили пуну накнаду штете или бисте одмах прихватили поравнање, али у нижем износу*, добијена је статистички значајна разлика у преферирању парнице и поравнања између правника, економиста и психолога (0,034). Када се погледа дистрибуција одговора унутар сваке групе, види се да половина економиста преферира парницу (половина поравнање), 57% правника преферира поравнање (37% преферира парницу), док је код психолога резултат скоро идентичан у погледу избора између парнице и поравнања (36% према 40%), али има и 23% неодлучних (што је 77% од укупног броја неодлучних). Код овог питања, очекивали смо да ће правници исказати већу преференцију ка наставку парничног поступка у односу на обе групе, али се то није потврдило, јер је ова група исказала већу преференцију према поравнању.

Друго питање открива *разлоге због чега су у претходној ситуацији правници, али и друге групе испитаника, бирали поравнање*.<sup>4</sup> Наиме, 52% од-

<sup>4</sup> Ваља узети у обзир и то да је дата могућност да један испитаник заокружи више разлога у прилог поравнања. Од ретко навођених *других* разлога у корист поравнања, издваја се по један одговор „очување психичког здравља“ из групе психолога, односно

говора правника односило се на уштеду времена, а 44% на избегавање ризика губитка у парници и плаћања укупних парничних трошкова (дакле, уштеду трошкова), као разлог за избор поравнања. Затим, 59% одговора психолога односило се на уштеду времена, а 35% на уштеду трошкова као разлог за тај избор. Коначно, 69% одговора економиста односило се на уштеду трошкова, а 25% на уштеду времена. Следи да је мањи број економиста (25%) навео уштеду времена као разлог за избор поравнања у односу на правнике и психологе, код којих је резултат приближан (52%, односно 59%). Приметно је то да је већи проценат економиста (скоро 70%) навео избегавање ризика губитка у парници и плаћање трошкова као разлог за одабир поравнања у односу на друге две групе (44% правника, односно 35% психолога).

Дакле, економисти преферирају поравнање идентично као и парницу, а од оних економиста који су изабрали поравнање, као разлог за тај избор највећи проценат истакао је *аверзију према ризику губитка и плаћања трошкова у парници*. С друге стране, *највише правника* определило се за поравнање, а као кључне разлоге навело је *уштеду времена и аверзију према ризику губитка и плаћања трошкова у парници*. Психолози преферирају поравнање скоро идентично као и парницу, али је код њих доминантан разлог *уштеда времена*.

Узимајући у обзир овакве резултате, следи да је оповргута прва посебна хипотеза да ће правници, у односу на друге групе испитаника, радије бирати парницу због потпуне накнаде штете него поравнање у нижем износу, занемарујући економске параметре, попут уштеде времена или избегавања ризика губитка у парници и плаћања трошкова. Управо супротно очекиваном, правници су највише бирали поравнање и, у већој мери, у односу на економисте, узимали у обзир уштеду времена као разлог за тај избор.

*Табела 2.* Избор између пресуде ниже очекиване вредности и поравнања веће вредности.

	Преференција парнице	Преференција поравнања	Нисам сигуран	Укупно
Правни	15	15	0	30
Економски	22	6	2	30
Филозофски	15	13	2	30
Укупно	52	34	4	90

правника, као и одговор да је „одлика нашег правног система да ћу изгубити у парници“ од стране једног економисте.

На треће питање добијени су врло интересантни резултати, али не постоји статистички значајна разлика између појединих група испитаника (0,098). Наиме, код овог питања очекивало се да ће највећи проценат економиста бирати поравнање будући да је вредност поравнања од 4.000 евра била већа у односу на очекивану вредност од пресуде у износу од 3.800 евра (80% x 5.000 – 20% x 1.000). Наша претпоставка била је да ће економисти радије бирати поравнање, знајући да израчунају очекивану вредност од пресуде, а да ће правници радије бирати наставак парничног поступка. Резултат је такав да је 20% економиста бирало поравнање (73% наставак поступка), а 50% правника наставак поступка (друга половина поравнање). Код психолога резултат је скоро изједначен са правницима – 43% бирало је поравнање, а 50% наставак поступка.

Дакле, економисти су радије бирали наставак парничног поступка него поравнање, док су правници, слично као и психолози, били подељени приликом овог избора. Но, будући да на овом питању не постоји статистички значајна разлика између различитих група испитаника, оповргнута је хипотеза да ће студенти права, за разлику од других група, радије бирати наставак парничног поступка чак и у случају када је вредност поравнања виша у односу на очекивану вредност од пресуде, док ће студенти економије, за разлику од других група, радије бирати поравнање у датој ситуацији.

Табела 3. Избор између парнице уз мање ангажовање и преговарања уз већи напор.

	Преференција парнице	Преференција преговарања	Нисам сигуран	Укупно
Правни	15	15	0	30
Економски	10	16	4	30
Филозофски	10	17	3	30
Укупно	35	48	7	90

Код четвртог питања пошли смо од тога да ће студенти права, за разлику од студената економије и психологије, радије изабрати наставак парничног поступка очекујући нижи степен личног ангажовања него што би се упустили у преговарање које изискује више напора и ангажовања. Но, добијени резултати указују на то да нема статистички значајне разлике између различитих група испитаника у погледу датог избора (0,261), чиме је горенаведена хипотеза оповргнута. Педесет посто правника бирало

је парницу (50% преговарање), 33,3% економиста и психолога бирало је парницу, а 53% економиста, односно 57% психолога бирало је преговарање у датој ситуацији.

Табела 4. Избор између парнице и поравнања у случају сиромаштва.

	Преференција парнице	Преференција преговарања	Нисам сигуран	Укупно
Правни	16	11	3	30
Економски	18	6	6	30
Филозофски	22	4	4	30
Укупно	56	21	13	90

Код петог питања увели смо *фактор сиромаштва*, очекујући да ће правници у улози сиромашног тужиоца, за разлику од других група, радије бирати парницу, јер им је у њој гарантован једнак третман у односу на другу страну у спору. Резултат је такав да не постоји статистички значајна разлика између појединих група испитаника у погледу избора између парнице и преговарања (0,215), чиме хипотеза није потврђена.

Табела 5. Избор између парнице са бољом правном заштитом и поравнања

	Преференција парнице	Преференција поравнања	Нисам сигуран	Укупно
Правни	15	12	3	30
Економски	18	10	2	30
Филозофски	18	9	3	30
Укупно	31	51	8	90

Код шестог питања претпоставили смо да ће студенти права, за разлику од студената економије и психологије, радије бирати парницу него преговарање због *очекиване боље правне заштите у судском поступку*. Све групе испитаника, а не само правници, радије су бирале парницу и резултат не показује статистички значајну разлику (0,901).

Табела 6. Избор између парнице и преговарања уз ангажовање принципала

	Преференција парнице	Преференција преговарања	Нисам сигуран	Укупно
Правни	26	3	1	30
Економски	24	4	2	30
Филозофски	22	3	5	30
Укупно	72	10	8	90

Код седмог питања, пошли смо од тога да ће студенти права, за разлику од студената економије и психологије, радије бирати парницу него преговарање како би избегли *принципал-агент проблем у преговорима*. Но, резултат указује на то да не постоји статистички значајна разлика у изборима између ових група испитаника (0,436). Висок проценат правника (87%) заиста је бирао наставак поступка, али је висок проценат присутан и код економиста (80%) и психолога (74%).

Табела 7. Однос према ризику – позитиван оквир.

	Преференција парнице	Преференција поравнања	Нисам сигуран	Укупно
Правни	9	16	5	30
Економски	7	17	6	30
Филозофски	8	17	5	30
Укупно	24	50	16	90

Код осмог питања пошли смо од тога да студенти права неће бирати сигуран износ поравнања у односу на ризик добитка идентичног износа на име пресуде у парници, за разлику од студената економије и психологије. Резултат је такав да нема статистички значајне разлике (0,981), јер је дистрибуција одговора по групама готово идентична. С друге стране, у укупној популацији испитаника, 55,5% њих бирало је сигурно поравнање у односу на несигуран износ пресуде идентичне вредности.

Табела 8. Однос према ризику – негативан оквир.

	Преференција парнице	Преференција поравнања	Нисам сигуран	Укупно
Правни	11	10	9	30
Економски	14	12	4	30
Филозофски	8	11	10	30
Укупно	34	33	23	90

Девето питање било је у негативном оквиру и пошли смо од тога да ће правници радије пристати да прихвате ризик губитка у парници него што би пристали на сигуран губитак идентичне вредности, за разлику од студената економије и психологије. Другим речима, пошли смо од тога да ће правници у већој мери испољити *аверзију према губитку* и, сходно томе, бирати парницу. Но, резултат је такав да нема статистички значајне разлике у изборима ових група испитаника (0,407). С друге стране, у укупној популацији испитаника, 38% њих испољило је *аверзију према губитку* и изабрало парницу, односно 37% њих бирало је поравнање. Приметно је и то да скоро сваки четврти испитаник није био сигуран приликом овог избора.

Табела 9. Мирно решење спора насупрот правичном решењу спора.

	Преференција парнице	Преференција поравнања	Нисам сигуран	Укупно
Правни	20	10	0	30
Економски	20	8	2	30
Филозофски	15	11	4	30
Укупно	55	29	6	90

Десето питање било је усмерено на то да провери ли ће правници радије преферирати парницу због потпуног обештећења и заштите угрожених права, за разлику од друге две групе, за које се очекивало да ће бирати мирно решење спора. Но, код овог питања није добијена статистички значајна разлика у изборима различитих група испитаника (0,249). Правници јесу радије бирали наставак поступка, али су то чинили и економисти и психолози. У укупној популацији испитаника, 62% њих бирало је наставак парничног поступка. Од 32% испитаника који су бирали поравнање, најчешће су као разлог наводили „очување међуљудских односа“.

Коначно, када се узму у обзир резултати по групама испитаника који се односе на *доминантан одговор на сва питања у упитнику*, види се да не постоји статистички значајна разлика између правника, економиста и психолога (0,337). Чињеница је да је доминантан одговор код свих група испитаника у правцу преферирања парнице, али он није статистички значајан. Затим, резултати указују на то да нема статистички значајне разлике између различитих група у погледу доминантног одговора према *години студирања* (0,473), као и према *полу* (0,846).

Табела 10. Доминантан одговор према групи испитаника.

	Доминантна преференција парнице	Доминантна преференција поравнања	Доминантна неодлучност	Укупно
Правни	16	11	0	27
Економски	18	10	2	30
Филозофски	17	8	4	29
Укупно	51	29	6	86

Табела 11. Доминантан одговор према години студирања.

	Доминантна преференција парнице	Доминантна преференција поравнања	Доминантна неодлучност	Укупно
III	25	19	3	47
IV	13	5	1	19
Дипломирани	3	3	0	6
Мастер	10	2	2	14
Укупно	51	29	6	86

Табела 12. Доминантан одговор према полу.

	Доминантна преференција парнице	Доминантна преференција поравнања	Доминантна неодлучност	Укупно
Мушки	14	8	1	23
Женски	37	21	5	63
Укупно	51	29	6	86



#### 4. Закључак

Једина статистички значајна разлика у преферирању парнице, односно непосредног преговарања, између ових група испитаника, испољила се код првог питања. Та разлика је таква да правници, за разлику од других група, у већој мери преферирају *поравнање* у односу на наставак парничног поступка, а као кључне разлоге навели су *уштеду времена* и *аверзију према ризику губитка и плаћања укупних парничних трошкова*. Овакав резултат указује на то да правници, супротно нашем очекивању, препознају и уважавају одређене економске параметре приликом избора између парнице и поравнања. Штавише, више правника навело је уштеду времена као разлог за одабир поравнања у односу на економисте. Затим, треће питање, код кога је дистрибуција одговора на граници статистичке значајности, указује на то да економисти, опет супротно нашем очекивању, нису бирали поравнање, иако је то било рационално у датој ситуацији. Потребно је било израчунати очекивану вредност од пресуде, а то смо очекивали пре свега од економиста, и јасно увидети да је избор поравнања рационалнији у односу на наставак парничног поступка. С друге стране, половина правника изабрала је поравнање, а наше очекивање било је да ће знатно мање правника направити такав избор. У сваком случају, могуће је да би се на већем узорку испољила статистички значајна разлика између правника и економиста код овог питања. Даље, питања четири, пет, шест, седам и десет су била усмерена на то да провере да ли ће правници, за разлику од других група, бирати парницу због мањег личног ангажовања, боље правне заштите, једнаког третмана, избегавања принципал-агент проблема у преговорима, пуне накнаде штете услед очигледне повреде права. Очекивали смо да ће, пре свега правници, као последица едукације, препознати ове факторе као подстицајне за избор парнице. Одговори правника јесу ишли у том смеру, али није испољена статистички значајна разлика у односу на друге две групе испитаника. Очито је то да су економисти и психолози препознали одређене правне категорије, попут једнаког третмана у судском поступку због присуства трећег лица (судије), боље правне заштите (пре свега због могућности улагања правних лекова) или потпуне компензације, које су их мотивисале у правцу одабира парнице. Коначно, осмим и деветим питањем желели смо да испитамо однос према ризику, ослонивши се на познату теорију изгледа. У укупној популацији испитаника обистинила су се предвиђања теорије изгледа. Наиме, у позитивном оквиру, 55,5% испитаника бирало је сигурно поравнање у односу на несигуран износ пресуде идентичне вредности, док је у негативном оквиру 37% њих бирало поравнање. Дакле, променом оквира смањио се проценат испитаника који су бирали поравнање, што значи да се повећао

број испитаника који су испољили спремност на ризик, а што је у складу с предвиђањем споменуте теорије. Но, променом оквира није испољена статистички значајна разлика у изборима различитих група испитаника. Наша претпоставка је била да ће, променом оквира, правници испољити већу склоност ка ризику, што се и обистинило, али су већу склоност према ризику исказали и економисти и психолози. Овај налаз у складу је с налазом другог истраживања у нашој земљи које се посебно бавило темом одлучивања у условима ризика с циљем испитивања динамике склоности и одбојности према ризику (Миличевић, Павличић, Костић, 2007: 157). Додајмо и то да је вероватно да би дистрибуција одговора на ово питање била другачија да није било опције „нисам сигуран/а“, јер је управо код овог питања било највише несигурних (скоро сваки четврти испитаник).

Када се сагледа *доминантан одговор на сва питања у упитнику* према групама испитаника, генерално гледано, закључак овог истраживања јесте да не постоји статистички значајна разлика у преферирању парнице, односно непосредног преговарања студената права у односу на студенте економије и психологије. Следи да је оповргнута полазна претпоставка да студенти права, за разлику од студената економије и психологије, радије бирају парницу у односу на непосредно преговарање, односно радије бирају наставак парничног поступка у односу на понуђено поравнање. Штавише, правници су испољили и одређен степен економске логике приликом избора између парнице и поравнања, у смислу укључења економских параметара, попут уштеде времена и трошкова, у тај избор. Један од могућих узрока оваквог резултата јесте да едукација на правном факултету није усмерена *само* на промовисање вредности правде и правичности. Присуство одређених традиционалних предмета у Наставном плану Правног факултета у Нишу, а који обрађују и алтернативне методе решавања спорова, попут Арбитражног права или Грађанско-процесног права, али и увођење нових предмета, попут Метода решавања спорова или Економске анализе права, потенцијално указује на то да су студенти права добро информисани о економској димензији алтернативних метода решавања спорова, у које спада и непосредно преговарање. Но, то не значи да даље не треба развијати ове и друге предмете који ће допринети развијању „личности“ правника у правцу веће рационалности која обухвата, између осталог, и економску ефикасност као вредност.

## Литература

- Coleman, J. Silver, C. (1986). Justice in Settlements. *Social Philosophy & Policy*. 4 (1). 102–144
- Cooter, D. R. Marks, S. Mnookin, R. (1982). Bargaining in the Shadow of the Law: A Testable Model of Strategic Behavior. *Journal of Legal Studies*. 11. 225–251
- Fiss, M. O. (1984). Against Settlement. *Yale Law Journal*. 93 (6). 1073–1090
- Kahneman, D. Tversky, A. (1979). Prospect Theory: An Analysis Decision under Risk. *Econometrica*. 47. 263–291
- Кнежевић, Г. Павић, В. (2010). *Арбитража и АДП*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду
- Миличевић, А. Павличић, Д. Костић, А. (2007). Одлучивање у условима ризика и теорија изгледа. *Психологија*. 40 (1). 147–164
- Posner, A. R. (1973). An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration. *Journal of Legal Studies*. 2. 399–458
- Priest, L. G. (1982). Regulating the Contest and Volume of Litigation: An Economic Analysis. *Supreme Court Economic Review*. 1. 163–183
- Shavell, S. (1982). Suit, Settlement and Trial: A Theoretical Analysis under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs. *Journal of Legal Studies*. 11 (1). 55–81

**Aleksandar Mojašević, LL.D.**

*Assistant Professor,*

*Faculty of Law, University of Niš*

**LITIGATION VS. DIRECT NEGOTIATION:  
AN ECONOMIC ANALYSIS**

**Summary**

*The aim of this paper is to compare direct negotiation and litigation by examining the legal and economic aspects of these two different methods for resolving civil disputes. In the theoretical part of the paper, the first author explores the most significant arguments in favour of litigation as a regular dispute resolution method, such as: equal treatment of litigants, particularly those of lower financial standing; the possibility of pursuing legal remedies; the principle of full compensation for damage; the possibility of pursuing just satisfaction, and others. Then, the author presents the arguments in favour of direct negotiation as a special ADR method, such as: cost-efficiency, time-effectiveness and savings on other resources; avoiding the risk of losing the lawsuit; a peaceful dispute settlement, etc.*

*On the basis of these theoretical arguments, the author will conduct a pilot-research on a student population sample in order to explore students' attitudes on the advantages and disadvantages of litigation and direct negotiation (the dependent variable). The study sample is made of an equal number of senior students of the Faculty of Law and Faculty of Economics in Niš (the independent variable). The starting assumption is that law students will favour litigation over negotiation, considering that their assessment of the two methods may be primarily driven by non-economic factors and largely based on their legal education. The theoretical significance of this research is reflected in promoting general knowledge on the correlation between the two methods, particularly regarding the economic aspect of this relationship. The practical significance of this research is reflected in using the findings for the purpose of promoting the awareness and education of prospective legal professionals about the effectiveness of these two dispute resolution methods.*

**Key words:** *litigation, direct negotiation, comparison, effectiveness.*

**Dr Gunnar Franck,\***  
Senior Research Fellow,  
Max Planck Institute for Comparative  
and International Private Law,  
Hamburg (Germany)

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 341.9:368](4-672EU)

Раѓ примљен: 30.06.2015.

Раѓ прихваћен: 03.12.2015.

## **INJURED PARTIES AND PERSONAL LIABILITY INSURANCE: LEGAL PROTECTION IN EUROPEAN PRIVATE INTERNATIONAL LAW**

**Abstract:** *The far-reaching mobility of people, goods, services and capital within the European Union (EU) entails that various private and professional activities cause numerous events of damage having cross-border implications. The legal situation becomes even more complicated if the incurred damage is covered by liability insurance, given that this means the participation of an additional party. Despite this rather complicated situation, it should be guaranteed that the injured party receives effective and fair compensation for its loss. As concerns EU Member States, competence rests with the European legislature to enact rules governing conflicts that may arise in respect of the applicable law or jurisdiction. The article examines the mechanisms existing in European private international law which protect injured parties in cases of damage covered by personal liability insurance. Here one finds that the protection of the injured party is realized on several levels through a number of conflict-of-law measures. The paper first describes the legal status quo in case of liability insurance, then examines the private international law in relation to the existence of a direct claim of the injured party, analyzes the applicable jurisdiction in cross-border damage cases and finally discusses the questions concerning the particularities of a direct claim of the injured party.*

**Key words:** *injured party, damage, direct claim, liability insurance, conflict of laws, Rome II Regulation, insurance law, jurisdiction, Brussels I-bis Regulation, Private International Law.*

---

\* franck@mpipriv.de

## 1. Introduction

The freedom of movement guaranteed within the territory of the European Union means that many events of damage, either in professional or private areas of life, will have cross-border implications. The coverage of an event of damage by liability insurance is in principle positive for both the damaging and the injured party, although the settlement will initially become more complex given the participation of a third party, the insurer. This is only more true for international events of damage. With the aim of providing a better overview of the salient questions arising in this context, the present article will first describe the legal status quo in cases featuring liability insurance (2.) Then, the relevant rules of private international law will be examined in view of determining the existence of a direct claim of the injured party (3.). This will be followed by an analysis of the competent jurisdiction in cross-border damage cases (4.). Finally, questions concerning the particularities of an injured party's direct claim will be discussed (5.).

## 2. Liability insurance

### 2.1. Purpose, objective and application

Our modern world of work and economic interaction entails enormous liability risks (cf. Kötz, Wagner, 2013: sec. 1 et seq.). The higher the level of technology in a society, the larger the potential damage that may be incurred. Planes can crash, factories can pollute rivers and ground water, nuclear power plants can explode, and lawyers as well as tax accountants can give erroneous advice. But tremendous risks also lurk in the personal arena. One can cause a traffic accident, damage the laptop of a colleague or cause fire in an apartment building by forgetting to turn off the stove. If we continuously thought of the various types of damage we could cause in daily life, we would not have a minute's rest. In order to nevertheless enable entrepreneurial and private initiative, the phenomenon of *liability insurance* makes it possible for the individual to take account of his/her liability risk (cf. Merkin, 2010: sec. 1-010).

By concluding a liability insurance agreement, the insured protects himself against the economic consequences of potential liability to third parties (Merkin, 2010: 20-006; Armbrüster, 2013: 476). If a damage covered by liability insurance occurs, it is the insurer who ultimately compensates the loss. Furthermore, it lies in the nature of liability insurance that not just the insured but also the injured party benefits as the enforcement of his claim for damages is guaranteed. Thus,

liability insurance strengthens the aim of compensation in the event of damage and also assumes a social purpose (Wandt, 2010: 353; Armbrüster, 2013: 476). The legislator takes advantage of this phenomenon with compulsory liability insurance provisions (Merkin, 2010: 20-001; Armbrüster, 2013: 482), the most prominent example of this probably being motor vehicle liability insurance.<sup>1</sup>

## ***2.2. Functioning and mechanism***

As mentioned above, the insured takes liability insurance as protection against the economic consequences of a potential liability to third parties. Through the liability insurance contract, the insured attains two rights against his insurer. First, the insurer has to relieve the policyholder from any claims asserted by a third party on the basis of the policyholder's responsibility; second, he has to defend the policyholder against non-legitimate claims inside as well as outside of court (Merkin, 2010: 20-043 et seq.; Wandt, 2010: 362 et seq.).<sup>2</sup> In order to enable the insurer to fulfil these obligations, the insured generally grants the insurer power of attorney in the insurance policy (Merkin, 2010: 20-046; Wandt, 2010: 365). The insurer hence becomes the focal point of the claim settlement.

## ***2.3. Legal position of the injured party***

Although the insurer generally organises the claim settlement for the insured, the injured party cannot normally bring his/her claim directly against the insurer as liability insurance is not regarded as a third-party beneficiary contract (Birds, 2010: 74; Basedow, Fock, 2002: 108). In the event of damage, the injured party can take action only against the insured. Direct action against the insurer is only possible where such a right is provided by law. On the one hand, such a right to raise a direct claim is desirable as it helps protect the injured party and makes claim settlement more efficient (Franck, 2014: 44 et seq.; Merkin, 2010: 21-002). On the other hand, it runs counter to the principle of privity of contract. In particular, it has to be guaranteed that the right to bring a direct claim does not interfere with the insurer's legitimate interests. In this context, the most relevant question is whether the objections the insurer could raise against the insured can also be raised against the injured party.

---

1 In addition, there are many other examples of compulsory liability insurances, e.g. the liability insurance required of lawyers and other professionals. Great differences are encountered in Europe; for example, while Sweden has about a dozen types of compulsory liability insurance, Germany has roughly 100 (Franck, 2014: 20).

2 This is expressly laid down in e.g. §§ 100, 101 of the German Insurance Contract Act 2008; otherwise, it follows mostly from the insurance policy.

## **2.4. Legal situation within the EU**

Within the European Union (EU), the legal situation in the Member States regarding a right of a direct claim differs considerably. Some legal systems provide for a general right of direct claims in all types of liability insurance. Among them are France,<sup>3</sup> the country of origin of the *action directe*, Belgium<sup>4</sup> and Spain<sup>5</sup>, as well as Norway<sup>6</sup>, which is outside the EU but within the European Economic Area (EEA). Some other states provide for a direct claim in connection with all mandatory liability insurance and in exceptional situations for voluntary insurances, too. For example, this is the case in the Netherlands,<sup>7</sup> Sweden<sup>8</sup> and Finland.<sup>9</sup> Finally, there is a group of legal systems including countries such as Germany,<sup>10</sup> the UK<sup>11</sup> and Austria<sup>12</sup>, which are quite sceptical towards direct claims and provide for them only in exceptional situations.

However, it is not just the scope of direct claims that differs considerably. The same is true concerning the question to what extent the insurer may raise objections against the injured party that he is entitled to raise against the insured (Micha, 2010: 77 et seq.; Basedow, Fock, 2002: 109). All the Member States of the EU are, however, obliged by a directive<sup>13</sup> to require compulsory motor vehicle insurance, and here the insurer is generally not entitled to raise objections against the injured party that could have been raised against the insured (Merkin, 2010: 22-001 et seq.; Micha, 2010: 68 et seq.).

## **2.5. Liability insurance and cross-border damages**

Within the EU, the free movement of people, services, goods and capital is comprehensively guaranteed and practised by citizens. This leads to an increased

---

3 Art. L 124-3 *Code des assurances*.

4 Art. 150-1 *Wet betreffende de verzekeringen*.

5 Art. 76 *Ley de Contrato de Seguro*.

6 Kap. 7 § 6 *Lov om forsikringsavtaler*.

7 Art. 7-954 *Burgerlijk Wetboek Boek*.

8 Kap. 9 § 7 *Försäkringsavtalslag*.

9 § 67 *Lag om försäkringsavtal*.

10 § 115 Abs. 1 (German) *Versicherungsvertragsgesetz*.

11 Section 1 Third Parties (Rights Against Insurers) Act 1930.

12 § 157 (Austrian) *Versicherungsvertragsgesetz*.

13 Directive 2009/103/EC of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 relating to insurance against civil liability in respect of the use of motor vehicles, and the enforcement of the obligation to insure against such liability, Official Journal of the European Union, L 263/11, 7 October 2009.



number of cross-border events of damage involving a conflict of laws. This will be illustrated by providing three examples:

- (1) A German from Hamburg is on a city trip to Paris (France) by car. On the roundabout of *Place de la Concorde*, a Spanish car bumps into him and damages the German's car.
- (2) A Briton from London travels to Stockholm (Sweden) for business. There, a dog owned by a Swede bites him and the Briton's leg is injured.
- (3) A Belgian company based in Brussels plans an investment in the Netherlands. The company's Dutch lawyer from Amsterdam gives faulty advice that leads to pecuniary damages being suffered by the Belgian company.

Assuming that the Spaniard has a motor vehicle insurance, that the Swede has a liability insurance covering the dog bite and that the Dutchman maintains a professional liability insurance, several questions arise regarding the conflict of laws:

1. Which law decides whether the injured party may raise a direct action against the insurer?
2. Which state has jurisdiction over such a direct claim?
3. Which law decides the content, the modalities and the conditions of the direct claim, e.g. the limitation period? Which law decides on the question whether the objections the insurer could raise against the insured can also be raised against the injured party?

These questions will be answered in the following discussion. It will be assumed that the tortfeasor is insured by an insurance company residing in his home country. For the EU Member States, the decisive sources of law in this respect arise from European Union law. After the Amsterdam Treaty entered into force on 1 May 1999, the EU has competence regarding the rules applicable in the Member States concerning any conflict of laws and international jurisdiction.<sup>14</sup>

### **3. Right of a direct claim in cases of cross-border events of damage**

#### ***3.1. Legal ground***

The first question to be settled is which legal system will decide whether the injured party in a cross-border event of damage can raise a claim directly against the insurer of the liable party. The central conflict-of-law rule for determining the

---

<sup>14</sup> Now Art. 81(2)(c) Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), Official Journal C 326, 26 October 2012 p. 1 – 390.

applicable law for a direct action against the insurer of the liable person is Art. 18 Rome II Regulation.<sup>15</sup> It states that the person having suffered damage may bring his or her action directly against the insurer of the liable person in order to claim compensation if the law applicable to the non-contractual obligation or the law applicable to the insurance contract so provides.

### ***3.2. Legal nature of the underlying liability claim***

It is agreed that Art. 18 Rome II Regulation applies to direct claims arising from a *non-contractual* claim against a tortfeasor (Gruber, 2011: Art. 18 Rome II sec. 11; Hartenstein, 2013: 25). In the above-given examples the liability caused by the car accident (Example 1) and by the dog bite (Example 2) come under this statute. However, some scholars argue that Art. 18 Rome II Regulation is not applicable if the direct action is based on a *contractual* claim of the injured party because these cases do not fall within the scope of the Regulation, which is limited according to Art. 1(1) to non-contractual obligations (Gruber, 2011: Art. 18 Rome II sec. 20; Junker, 2015: Art. 18 Rom II sec. 8). Hence, the claim based on the lawyer's liability in Example 3 would not be covered by Art. 18 Rome II Regulation. This assumption misjudges, though, that the "non-contractual obligation" in terms of Art. 1(1) Rome II Regulation is not the underlying claim for damages but the right of the injured party – granted by the law – to bring his or her claim directly against the insurer (Hartenstein, 2013: 26; Micha, 2010: 160 et seq.). The right of a direct claim is based upon an order of law and not upon a party agreement. The obligation of the insurer is not freely assumed in either case; therefore, Art. 18 Rome II Regulation applies to direct actions based on both non-contractual and contractual claims (Hartenstein, 2013: 26; Micha, 2010: 82). Thus, Examples 1-3 are without exception covered by Art. 18 Rome II Regulation.

Indeed, one has to admit that the European legislator apparently acted on the assumption that normally a direct claim will be based on a non-contractual obligation. Otherwise, instead of concerning the law specifically applicable to a "non-contractual obligation", the first alternative would relate to the law that is generally applicable to an "obligation" of the insured. However, this should not lead to the conclusion that Art. 18 Rome II Regulation does not cover contractual obligations; rather, it suggests that the legislator acted somewhat narrow-mindedly.

---

15 Regulation (EC) 864/2007 of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), Official Journal of the European Union, 31 July 2007, L 199/40.

### **3.3. The applicable legal orders**

It is easy to recognise that Art. 18 Rome II Regulation contains a genuine *alternative* conflict rule (Altenkirch, 2011: Art. 18 Rome II sec 8; Gruber, 2011: Art. 18 Rome II sec. 5). As stated above, the injured party has a right of direct action if such a right is granted either by the law applicable to the *non-contractual obligation* or the law applicable to the *insurance contract*.

#### *3.3.1. The law applicable to the non-contractual obligation*

The law applicable to non-contractual obligations is in a majority of cases determined by the Rome II Regulation. Art. 4(1) states as a general rule that the law applicable to a non-contractual obligation arising out of a tort/delict shall be the law of the country in which the damage *occurs*, irrespective of the country in which the event giving rise to the damage occurred and irrespective of the country or countries in which the indirect consequences of that event occur. Decisive is thus the place of *occurrence* of the damage (the so-called *lex loci damni*), not the place of the event giving rise to the damage. Very often, though, the place of occurrence will be identical to the place of the event giving rise to the damage. In Example 1 (traffic accident), this leads to the application of French law; in Example 2 (dog bite), it leads to the application of Swedish Law. However, in Example 3 (faulty legal advice), the first alternative of Article 18 Rome II Regulation fails to provide an applicable law because the lawyer's liability is based on contract, not on tort.

In addition to the general rule in Art. 4(1) Rome II Regulation, the parties may also *choose* the applicable law. According to Art. 14(1) Rome II Regulation, the parties to the tort/delict may agree to submit non-contractual obligations to the law of their choice: (a) by agreement entered into *after* the event giving rise to the damage occurred, or (b) where all the parties are pursuing a *commercial activity*, also by agreement freely negotiated before the occurrence of the event giving rise to the damage. Moreover, the injured party is protected against a prejudicial choice of law as Art. 14 Rome II Regulation orders that the choice must not prejudice the rights of third parties and the parties may not depart from national (subsection 2) and European (subsection 3) mandatory provisions (see Plender, Wilderspin, 2009: 29-029 et seq.; Bach, 2011: Art. 14 Rome II sec. 31 et seq.).

### 3.3.2. *The law applicable to the insurance contract*

The law applicable to the insurance contract is determined by the provisions of the Rome I Regulation.<sup>16</sup> The Regulation sets out a differentiating ruling that distinguishes between mass risks and large risks, risks situated in the EU and outside the EU, and between voluntary and mandatory insurance. The Rome I Regulation is based on the principle of freedom of choice (cf. Art. 3(1)), a principle that – with some restrictions – also applies to insurance contracts. Normally, the conditions of a liability insurance contract include a choice of law provision. In most cases, the applicable law is thus determined by a prior choice of law (cf. Art. 3, 7(2)-(4) Rome I Regulation).

A restricted freedom of choice is provided for mass risks situated within the EU. According to Art. 7(3), the parties may choose in particular: (a) the law of any Member State where the *risk is situated*, and (b) the law of the country where the *policy holder has his habitual residence*. According to Art. 7(6), the country in which the risk is situated will be determined as follows: in case of a motor vehicle insurance, the Member State of *registration* where the insurance relates to vehicles of any type; in cases involving some other liability insurance, the Member State where the policy-holder has his *habitual residence* or, if the policy-holder is a legal person, the Member State where the latter's establishment, to which the contract relates, is situated (cf. Staudinger, 2014: Art. 7 Rome I sec. 55 et seq.; Plender, Wilderspin 2009: sec. 6-055 et seq.).

Where the parties fail to choose a jurisdiction, the applicable law for *mass risks* is determined by Art. 7(3) subsection 3, namely the law of the Member State in which the risk is situated at the time of conclusion of the contract. For cases involving *large risks*, the Rome I Regulation provides a comprehensive freedom of choice. In the absence of a choice by the parties, Art. 7(2) subsection 2 states that the insurance contract shall be governed by the law of the country where the insurer has his habitual residence. As for insurance contracts covering risks for which a Member State imposes an obligation to take out insurance, a Member State may by way of derogation lay down that the insurance contract will be governed by the law of the Member State that imposes the obligation to take out insurance. Germany, for instance, made use of this option in Art. 46c (2) EGBGB<sup>17</sup>.

In the above-given examples, the law applicable to the insurance contract would hence be German law in Example 1, Swedish law in Example 2 and Dutch law in Example 3.

---

16 Regulation (EC) No 593/2008 of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), Official Journal of the European Union, L 177/6, 4 July 2008.

17 Introductory Code of the Civil Code, in the version promulgated on 21 September 1994, Federal Law Gazette [Bundesgesetzblatt] I p. 2494, last amended by Article 12 of the Act of 23 May 2011, Federal Law Gazette I p. 898.

### ***3.4. The law more favourable to the injured party***

Regarding Art. 18, the drafters of the Rome II Regulation decided in favour of alternative connecting factors beneficial to the injured party. This method favours the injured party as he or she has two potential legal systems from which to derive a right of direct action. If the two applicable laws stipulate different provisions, the law most favourable to the injured party is applicable (Gruber, 2011: Art. 18 Rome II sec. 5). This technique is an example of the employment of conflict-of-law rules to achieve a certain result (cf. Basedow, 2012: 39). Although the given approach is at the expense of the insurer, it is justified as the insurance company has to be prepared for the application of both laws at any rate.

In the examples given above, the injured party in Example 1 (traffic accident) has a right of direct action in French law as well as in German law; in Example 2 (dog bite), there is no such right according to the applicable Swedish law because insurance taken out in respect of the dog is voluntary insurance and the insured is not bankrupt (cf. Franck, 2014: 96 et seq.); and in Example 3 (faulty legal advice), the applicable Dutch law provides a right of direct claim because insurance for lawyers is mandatory.

### ***3.5. Interim findings***

Art. 18 Rome II Regulation comprehensively includes all rights of a direct claim provided by law regardless of whether the underlying claim is a non-contractual or a contractual claim. The injured party has a direct claim if either the law applicable to the non-contractual obligation or the law applicable to the insurance contract so provides. In case of a contractual obligation, solely the law applicable to the insurance contract can give rise to a direct claim.

## **4. Jurisdiction**

The next question for examination is in which countries' courts an injured party can take direct legal action against the insurer.

### **4.1. Key sources of the law**

The determinative key source of law for actions within the EU is the instrument known as the Brussels I-bis Regulation.<sup>18</sup> It replaces the earlier Brussels I Regulation as of 2015.<sup>19</sup> With regard to jurisdiction in matters relating to insu-

---

18 Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, Official Journal L 351, 20 December 2013, pp. 1-32.

19 Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, Official Journal

rance, the recast version did not bring any modifications. The Regulation applies in principle (Art. 4(1), 6(1)) to actions against persons either domiciled or having a place of business in a Member State of the EU. The Brussels I-bis Regulation does not apply directly in relation to the EU Member State of Denmark (see recital 41), but the application of the Brussels I-bis Regulation has been agreed upon through a special treaty between the EU and Denmark.<sup>20</sup> In relation to the EFTA-states of Norway, Switzerland and Iceland, the Lugano Convention<sup>21</sup> is applicable since 2007. The Lugano Convention and the Brussels I Regulation are almost identical. It is the “domicile” of the insurer that decides which of these three sources of law applies. According to Art. 63(1) Brussels I-bis Regulation and Art. 60(1) Lugano Convention, it is: (a) the statutory seat, or (b) the central administration, or (c) the principal place of business of the company.

#### **4.2. Jurisdiction according to the Brussels Ibis Regulation**

Jurisdiction with regard to insurance matters is laid down in Arts. 10-16 Brussels I-bis Regulation. The injured party can bring an action in three different jurisdictions in cases where a direct claim exists.

##### *4.2.1. Jurisdiction at the domicile of the insurer*

According to Art. 11(1)(a) Brussels I-bis Regulation, an insurer domiciled in a Member State may be sued in the courts of the Member State where he is *domiciled*. According to the reference in Art. 13(2), this also applies to actions brought by the injured party directly against the insurer. This jurisdiction corresponds to the general principle *actor sequitur forum rei* laid down in Art. 4(1) (cf. Vlas, 2012: Art. 2 Brussels I sec. 3), and it is not surprising. Transferred to the examples given above, Art. 13(2) and Art. 11(1) Brussels I-bis Regulation provide for jurisdiction in Spain in Example 1, in Sweden in Example 2 and in the Netherlands in Example 3.

##### *4.2.2. Jurisdiction at the place of the harmful event*

Furthermore, Art. 12 alternative 1 Brussels I-bis Regulation provides for a special jurisdiction in cases involving liability insurance. Accordingly, in case of liability insurance, the insurer may additionally be sued in the courts of the

---

L 12, 16 January 2001, pp. 1-23.

<sup>20</sup> Agreement between the European Union and the Kingdom of Denmark on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, Official Journal L 240, 18 August 2014, p. 1.

<sup>21</sup> Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, Official Journal L 339, 21 December 2007, p. 3.

place where the harmful event *occurred*. This specific jurisdiction is also due to the reference in Art. 13(2) applicable to cases of direct actions. The reason for this special place of jurisdiction is the close connection between the liability insurance and the underlying damaging event (Kropholler, von Hein, 2011: Art. 10 EuGVO sec.1).

This special jurisdiction contributes to the protection of the injured party. If the harmful event stretches over two or more countries, the claimant may – due to the open wording of Art. 12 alternative 1 Brussels I-bis Regulation – choose whether the law of the place where the tortious act took place or where the damage eventually occurred will be applicable (Heiss, 2012: Art. 10 Brussels I sec. 2).

In our examples, Art. 12 alternative 1 and Art. 13(2) lead to jurisdiction in France in Example 1 (traffic accident), in Sweden in Example 2 (dog bite) and in the Netherlands or, alternatively, Belgium in Example 3 (faulty legal advice).

#### *4.2.3. Jurisdiction at the domicile of the injured party*

As indicated, Art. 13(2) Brussels I-bis Regulation declares that “Articles 10, 11 and 12 shall apply to actions brought by the injured party directly against the insurer, where such direct actions are permitted”. Without any doubt, the injured party may accordingly raise a direct action against the insurer at the courts of the state where the insurer is domiciled (Art. 11(1)(a)), where the policyholder, the insured or a beneficiary is domiciled (Art. 11(1)(b)) and eventually where the harmful event occurred (Art. 12 alternative 1).

##### *4.2.3.1. Jurisdiction of the ECJ*

When the Brussels I Regulation came into force in 2002 (recalling that the now applicable Brussels I-bis Regulation did not amend any provisions relevant to the present inquiry), it was unclear whether the reference in Art. 11(2) Brussels I Regulation (identical to Art. 13(2) Brussels I-bis Regulation) additionally led to jurisdiction at the courts of the domicile of the injured party in case of a direct claim (cf. Kropholler, von Hein, 2010: Art.11 EuGVO sec. 4).

In 2007, in its first key decision on this issue raised in case C-463/06 *FBTO Schadeverzekeringen NV v Jack Odenbreit*<sup>22</sup>, the European Court of Justice (ECJ) held that “The reference in Article 11(2) of Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters to Article 9(1)(b) of that regulation is to be interpreted as meaning that the injured party may bring an action directly

---

<sup>22</sup> Case C-463/06, Judgment of the Court of 13 December 2007, ECR 2007 I-11321.

against the insurer before the courts for the place in a Member State where that injured party is domiciled, provided that such a direct action is permitted and the insurer is domiciled in a Member State". The ECJ reasoned that Art. 9(1)(b) Brussels I Regulation (identical with Art. 11(1)(b) Brussels I-bis Regulation) establishes the general rule that an injured party may bring a direct claim at the court where he or she is domiciled.<sup>23</sup> The wording of Art. 11(2) Brussels I Regulation (identical with Art. 13(2) Brussels I-bis Regulation) gives evidence of this rule.<sup>24</sup> Additionally, the ECJ relies upon the sense and function of the reference. In cases involving a direct claim it gives the injured party the same privileges as provided for policyholders, insured parties and beneficiaries in Art. 9(1)(b) Brussels I Regulation (identical with Art. 11(1)(b) Brussels I-bis Regulation).<sup>25</sup> These privileges result from the goal mentioned in recital 18, given that in insurance matters weaker parties should be protected by rules of jurisdiction more favourable to their interests than the generally applicable rules.<sup>26</sup>

In 2009, the ECJ affirmed the view expressed in *Jack Odenbreit* in its second key judgment on this issue, in case *Vorarlberger Gebietskrankenkasse v WGV-Schwäbische Allgemeine Versicherungs AG*.<sup>27</sup> There, the ECJ made it clear that the statutory assignee of the rights of a directly injured party should generally also be able to benefit from the special rules on jurisdiction laid down in those provisions.<sup>28</sup>

#### 4.2.3.2. Criterion of the "weaker party"

The ECJ stated in its *Jack Odenbreit* judgment that the injured party should obtain the more favourable protections intended for weaker parties.<sup>29</sup> It remains unclear whether the court meant that the special jurisdiction requires as an unwritten condition that the injured party in fact be the weaker party in each individual case, or whether it was just a means of construing Art. 11(2) Brussels I Regulation in that the injured party is always to be regarded as a "weaker", irrespective of the individual case. In the *Vorarlberger Gebietskasse* case, the court then ruled that a social security institution acting as statutory

---

23 Case C-463/06, Judgment of the Court of 13 December 2007, ECR 2007 I-11321 para. 25.

24 Case C-463/06, Judgment of the Court of 13 December 2007, ECR 2007 I-11321 para. 26.

25 Case C-463/06, Judgment of the Court of 13 December 2007, ECR 2007 I-11321 para. 26 et seq.

26 Case C-463/06, Judgment of the Court of 13 December 2007, ECR 2007 I-11321 para. 18.

27 Case C-347/08, Judgment of the Court of 17 September 2009, ECR 2009 I-08661 para 30.

28 Case C-347/08, Judgment of the Court of 17 September 2009, ECR 2009 I-08661 para 44.

29 Case C-463/06, Judgment of the Court of 13 December 2007, ECR 2007 I-11321 para 28 with reference to recital 28 of the Brussels I Regulation.



assignee of the rights of the directly injured party in a motor accident *cannot* sue at the head of jurisdiction pursuant to the combined provisions of Arts. 11(2) and 9(1)(b) Brussels I Regulation.<sup>30</sup> The ECJ made it clear that both the injured party and any legal successor will only be a beneficiary of the special place of jurisdiction when they are the *weaker party*<sup>31</sup> (cf. Lüttringhaus, 2010: 185 et seq.; Hartenstein, 2013: 22 et seq.). In order to determine the weaker party, the court asks whether the claimant in the direct action is “economically weaker and legally less experienced” than the civil liability insurer.<sup>32</sup> This is to be rejected in the case of a social security institution.<sup>33</sup>

However, it does not follow from *Vorarlberger Gebietskasse* that each case is to be considered individually in order to determine whether the special jurisdiction applies to the direct claim. Arts. 10 et seqq. Brussels I-bis Regulation operate with a generalised assumption of the need for protection. The special jurisdiction pursuant to Art. 11(1)(b) Brussels I-bis Regulation is based upon the assumption that policy holders, insured parties and beneficiaries are in general all worthy of protection against the insurer. These individuals receive protection even in cases where the insurance is, for example, taken out for a large risk or by a major company, i.e. instances where the insured might not actually be in need of protection. The reference provision in Art. 13(2) Brussels I-bis Regulation extends this protection to include the injured party when bringing a direct action. Therefore, even large corporations will be entitled to this special jurisdiction when injured – without the need for a special analysis of the individual case. Such an analysis is as inapt under Art. 13(2) Brussels I-bis Regulation as it is under Art. 11(1)(b) Brussels I-bis Regulation. This assessment can also be reconciled with the ruling of the ECJ in its *Vorarlberger Gebietskasse* judgment, as direct actions brought by other insurers by way of recourse do not as such fall under Arts. 13(2) and 11(1)(b) Brussels I-bis Regulation, for they are not “matters relating to insurance” in the meaning of Art. 10 Brussels I-bis Regulation (Mankowski, 2015: 119 et seq.; Lüttringhaus, 2010: 185 et seq.).

#### 4.2.3.3. *Type of liability insurance*

It is doubtful whether the jurisdiction that the ECJ provides for the injured party at the court where he or she is domiciled is limited to *motor vehicle liability insurance*, which is mandatory under European law, namely pursuant to Art. 18 of the

---

30 Case C-347/08, Judgment of the Court of 17 September 2009, ECR 2009 I-08661 para 43.

31 Case C-347/08, Judgment of the Court of 17 September 2009, ECR 2009 I-08661 para 40 et seq.

32 Case C-347/08, Judgment of the Court of 17 September 2009, ECR 2009 I-08661 para 42.

33 Case C-347/08, Judgment of the Court of 17 September 2009, ECR 2009 I-08661 para 42.

6<sup>th</sup> Motor Insurance Directive.<sup>34</sup> Considering such a limitation as in the two leading cases stated above, one may think that the ECJ's discussion was undertaken with reference to the respective Motor Insurance Directives and the direct claim provided therein.<sup>35</sup> Indeed, both cases were based on the direct claims. Hence, some scholars argue that the ECJ's judgments were implicitly limited to direct claims arising from the Motor Insurance Directive (Micha, 2011: 123 et seq.). Nonetheless, in both decisions the ECJ speaks of the admissibility of a direct action against "the insurer" in general.<sup>36</sup> The provisions of the Motor Insurance Directive are at all times used solely for illustrative remarks.<sup>37</sup> Additionally, the wording of Art. 13(2) Brussels I-bis Regulations ("actions brought [...] against the insurer") fails to imply a distinction made on the type of liability insurance. Last but not least, the notion under Art. 13(2) Brussels I-bis Regulation whereby an injured party is, in principle, structurally inferior to the insurer and therefore more worthy of protection<sup>38</sup> is true for all kinds of insurance and not limited to compulsory motor vehicle insurance. Accordingly, it can be assumed that the special jurisdiction granted by the ECJ at the domicile of the claimant is not limited to compulsory motor vehicle insurance but applies to other liability insurance as well and, therefore, in particular to voluntary liability insurance (Fuchs, 2008: 107).

#### 4.2.3.4. *Interim conclusion*

It can be concluded that a damaged party domiciled in one Member State and entitled to a statutory direct claim may, according to the ECJ jurisprudence, sue a civil liability insurer domiciled in another Member State at the place where *the claimant* is domiciled pursuant to Arts. 13(2) and 11(1)(b) Brussels I-bis Regulation. The jurisdiction of the court depends neither on the type of liability insurance nor on whether the injured party is insofar worthy of protection as

34 Directive 2009/103/EC of the European Parliament and the Council of 16 September 2009 relating to insurance against civil liability in respect of the use of motor vehicles, and the enforcement of the obligation to insure against such liability, Official Journal of the European Union L 263, 7 October 2009, p. 11-31.

35 Case C-463/06, Judgment of the Court of 13 December 2007, ECR 2007 I-11321 para 29; Case C-347/08, Judgment of the Court of 17 September 2009, ECR 2009 I-08661 para 31.

36 Case C-463/06, Judgment of the Court of 13 December 2007, ECR 2007 I-11321 para 26, 30; Case C-347/08, Judgment of the Court of 17 September 2009, ECR 2009 I-08661 para 30.

37 This becomes especially clear in the *Vorarlberger Gebietskasse* judgment (Case C-347/08, Judgment of the Court of 17 September 2009, ECR 2009 I-08661). In para. 31 thereof, the ECJ states: "With regard to the insurance of the civil liability arising from motor accidents (...). Therefore, the previous notes in para. 30 had a general meaning for all types of liability insurance."

38 Case C-463/06, Judgment of the Court of 13 December 2007, ECR 2007 I-11321 para 26.

the “weaker party” in the particular case. However, recourse actions brought by another insurer are not subject to this special jurisdiction as these are not “matters relating insurance” pursuant to Art. 10 Brussels I-bis Regulation.

As for the three examples given above, the injured party in question may bring a direct action against the foreign insurer in Hamburg (Example 1), London (Example 2) and Brussels (Example 3).

## **5. Content of the direct claim and objections of the insurer**

As argued above, it is undisputed that Art. 18 Rome II Regulation governs the question concerning the existence of a statutory direct claim, i.e. whether the injured party possesses an immediate claim against the civil liability insurer.

### **5.1. Content of the direct claim**

#### *5.1.1. Scope of Art. 18 Rome II Regulation*

Furthermore, it is agreed that Art. 18 Rome II Regulation is also decisive in regards to the question of the modalities of the direct claim, i.e. the specific content and scope of the claim (Thorn, 2015: Art. 18 Rom II sec. 1; Junker, 2015: Art. 18 Rom II sec. 13; Gruber, 2011: Art. 18 Rome II sec. 26; Jakob, Picht, 2011: Art. 18 Rom II sec. 5). This is not to be confused with the separate question of whether the injured party is entitled to a claim for damages against the insured, and – if so – up to what amount (Micha, 2010: 166). The content also entails such questions as: what kind of claims can be raised in the form of a direct action (e.g. whether claims for pain and suffering are permissible), in what form compensation can be claimed (in kind or in damages), and what the limitation period is.

#### *5.1.2. Determining the most favourable connection*

When only one of two jurisdictions provides for a direct claim, determining the most favourable connection is easy: the law of the jurisdiction allowing the direct claim is applicable for all questions concerning the direct claim. However, when both jurisdictions provide a direct claim, determining the governing jurisdiction is not as straightforward.

The general rule is that the law of the jurisdiction providing the most favourable law for the injured party will be applicable. The situation is similarly straightforward where both jurisdictions provide a direct claim but one of them is *clearly* favourable for the claimant; for example, both Swedish and German law provide a direct claim covering the full damages but the limitation period in Sweden is 10

years<sup>39</sup> while in Germany it is but 3 years<sup>40</sup> – in this case, Swedish law will govern the direct claim. When, however, one jurisdiction is more favourable than the other on one point but less favourable on another point, then the court cannot simply apply the more favourable jurisdictions separately for each question. This approach would lead to an unjustified cherry picking. The damaged party should not be overcompensated just because the case has a cross-border dimension.

## ***5.2. Objections arising under insurance law***

### *5.2.1. Possible objections of the insurer*

Likewise, it needs to be determined which law governs the problem as to which objections, and to what extent, the insurer is entitled to raise against the insured under the insurance relationship. These objections include the characteristic insurance law objections, e.g. the non-observance of an obligation, an aggravation of risk, an intentional causing of the insured event or a delayed payment of insurance premiums. The question whether and to what extent these objections arise has no relation to the question of the direct claim and is, therefore, *not* governed by Art. 18 Rome II Regulation. Due to the close connection of these objections with the insurance contract, they are subject to the law governing the contract (Micha, 2010: 188 relating to motor vehicle insurance; 194 relating to mandatory liability insurance in general; 196 relating to voluntary liability insurance; Thorn, 2015: Art. Rom II sec. 1; Gruber, 2011: Art. 18 Rome II sec. 27).

### *5.2.2. Third-party effect of the insurer's objections*

Last but not least, it remains to be determined which law governs the question whether the insurer may also bring these objections in court against the injured party who is entitled to a direct claim, or whether these objections do not have a third-party effect to the detriment of this party. The extent to which the insurer's objections against the insured also have third-party effect against the damaged party varies greatly in the legal systems of the Member States of the EU and the EEA (for an overview cf. Micha, 2010: 13 et seqq.).

The question of a third-party effect of the insurer's objections is not a problem specific to a direct claim but becomes relevant also where the law of the applicable jurisdiction fails to provide a direct claim and the injured party tries to obtain compensation in a different way. Accordingly, the various jurisdictions do not tend to tie this question to the existence of a direct claim but to other

---

39 Kap. 7 § 4(1) *Försäkringsavtalslag*.

40 § 115(2)(1) *Versicherungsvertragsgesetz*, § 195 *Bürgerliches Gesetzbuch*.

criteria, such as whether the liability insurance is compulsory or voluntary. As a consequence, Art. 18 Rome II Regulation does not decide the law applicable to a defence; instead, it is decided by the law governing the insurance contract for which Art. 7 Rome I Regulation will in most cases be decisive (Thorn, 2015: Art. 18 Rom II sec. 1; Junker, 2015: Art. 18 Rom II sec. 14; offering a differing opinion: Gruber, 2011: Art. 18 Rome II sec. 28, who wishes to subject the question of defences to Art. 18 Rome II Regulation without limitation; slightly differing: Micha, 2010: 194, 196, who differentiates between compulsory and voluntary insurance and subjects defences relating to the former to the law of the direct claim and those relating to the latter to the law of the insurance contract).

## 6. Conclusion

The legal protection of injured parties is realised on several levels in European private international law. Particularly noteworthy are the alternative connecting factors beneficial to the injured party in Article 18 Rome II Regulation and the jurisdiction at the domicile of the injured party according to the ECJ judgements.

Detailed examination shows that Art. 18 Rome II Regulation governs the question whether an injured party is entitled to a direct claim against a mandatory liability insurer domiciled in the EU in a cross-border case. The same goes for damage claims arising under a contract. In such cases, it is sufficient when a direct claim is provided by the law of one of the several jurisdictions applicable according to Art. 18 Rome II Regulation.

An injured party domiciled in the EU or in a state party to the Lugano Convention may bring a direct claim against a foreign liability insurer at the courts of his/her place of residence. This jurisdiction exists regardless of whether the injured party is the “weaker party” relative to the insurer in the given case. The right to bring a direct claim is not limited to compulsory motor vehicle insurance but is applicable to all kinds of liability insurance.

Art. 18 Rome II Regulation is also decisive to the question of the law governing the modalities of a direct claim. Where the applicable laws are inconsistent, the law more favourable to the injured party is applicable.

By contrast, Art. 18 Rome II Regulation is not relevant in determining the law applicable to the question whether an insurer is entitled to raise objections against his insured. This issue is regulated by the law governing the insurance contract. The same holds true for the law applicable to the question whether the insurer’s objections have a third-party effect.

## References

- Altenkirch, M. (2011). In: Huber, P. (ed.), Rome II Regulation. Munich: Sellier
- Armbrüster, C. (2013). Privatversicherungsrecht. Tübingen: Mohr Siebeck
- Bach, I. (2011). In: Huber, P. (ed.), Rome II Regulation. Munich: Sellier
- Basedow, J. (2012). The Law of Open Societies: Private Ordering and Public Regulation of International Relations: General Course on Private International Law. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers
- Basedow, J., Fock, T. (2002). Europäisches Versicherungsvertragsrecht. Vol. 1. Tübingen: Mohr Siebeck
- Beckmann, R. M. (2013). In: Bruck, E./Möller, H. (founder), VVG-Kommentar, Vol. 4. 9<sup>th</sup> edition. Berlin/Boston: Walter de Gruyter
- Birds, J. (2010). Birds' modern insurance law. 8<sup>th</sup> edition. London: Sweet & Maxwell
- Franck, G. (2014). Der Direktanspruch gegen den Haftpflichtversicherer. Tübingen: Mohr Siebeck
- Fuchs, A. (2008). Internationale Zuständigkeit für Direktklagen, in: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax) 2008, pp. 104-107. Bielefeld: Giesecking
- Gruber, U. (2011). In: Callies, G.-P. (ed.), Rome Regulations: Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer
- Hartenstein, O. (2013). Gerichtsstand und anwendbares Recht bei Direktansprüchen gegen den Versicherer, in: Transportrecht 2013, pp. 20-27, Köln: Wolters Kluwer
- Heiss, H. (2012). In: Magnus, U./Mankowski P. (ed.), Brussels I Regulation. 2<sup>nd</sup> edition. Munich: Sellier
- Jakob, D., Picht, P., (2011). In: Rauscher (ed.), Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Vol. Rom I-VO, Rom II-VO. München: Sellier
- Junker, A. (2015). In: Münchener Kommentar zum BGB, 6<sup>th</sup> edition, Vol. 10. Munich: C.H. Beck
- Kötz, H. Wagner, G. (2013). Deliktsrecht. 12<sup>th</sup> edition. München: Vahlen
- Kropholler J., von Hein, J. (2011). Europäisches Zivilprozessrecht, 9<sup>th</sup> edition, Frankfurt am Main: Verlag Recht und Wirtschaft
- Lüttringhaus, J. (2010). Der Direktanspruch im vergemeinschafteten IZVR und IPR nach der Entscheidung EuGH VersR 2009, 1512 (Vorarlberger Gebietskrankenkasse), in: Zeitschrift für Versicherungsrecht 2010, pp. 183-190. Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft

- Mankowski, P. Internationales Versicherungsprozessrecht: Professioneller Leasinggeber als Geschädigter und Typisierung statt konkreter Prüfung der Schutzbedürftigkeit, in: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax) 2015, pp. 115-119. Bielefeld: Gieseking
- Merkin, R. (2010). Colinvaux's Law of Insurance. 9<sup>th</sup> edition. London: Thomson Reuters
- Micha, M. (2010). Der Direktanspruch im europäischen Internationalen Privatrecht. Tübingen: Mohr Siebeck
- Plender, R., Wilderspin, M. (2009). The European Private Law of Obligations. 3<sup>rd</sup> edition, London: Thomson Reuters
- Staudinger, A. (2011). In: Rauscher, T. (ed.), Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht. Munich: Sellier
- Staudinger, A. (2014). In: Ferrari (ed.), Rome I Regulation. Munich: Sellier
- Thorn, C. (2015). In: Palandt, O. (founder), Bürgerliches Gesetzbuch, 74<sup>th</sup> edition. München: C.H. Beck
- Vlas, P. (2012). In: Magnus, U./Mankowski P. (ed.), Brussels I Regulation. 2<sup>nd</sup> edition. Munich: Sellier
- Wandt, M. (2010). Versicherungsrecht, 5<sup>th</sup> edition. Köln: Carl Heymanns

**Dr. Gunnar Franck,**

*Научно-истраживачки сарадник,*

*Max Planck Институт за упоредно и међународно приватно право,*

*Хамбург, Немачка*

**ОШТЕЂЕНЕ СТРАНЕ И ОСИГУРАЊЕ ОД ЛИЧНЕ ОДГОВОРНОСТИ: ПРАВНА  
ЗАШТИТА У ЕВРОПСКОМ МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ**

**Резиме**

*Општа мобилност људи, роба, услуга и капитала у оквиру Европске уније (ЕУ) подразумева да разне приватне и професионалне активности имају за последицу бројне догађаје који узрокују прекограничну штету и утичу на прекограничне односе. Правна ситуација се додатно компликује у случајевима када је начињена штета покривена осигурањем од одговорности, које подразумева учешће треће стране у спору. Упркос овој прилично сложеној ситуацији, оштећена страна мора имати гаранције да ће добити ефикасну и правичну накнаду штете. Што се тиче земаља чланица ЕУ, Унија је надлежна за уређење материје сукоба закона и сукоба јурисдикција.*

У чланку се разматрају механизми Европског међународног приватног права за заштиту оштећених страна у случају штете покривене осигурањем од личне одговорности. У том погледу, заштита оштећеног остварује се на више нивоа, низом колизионих мера које уређују материју сукоба закона. Аутор најпре указује на правни *status quo* у случајевима осигурања од одговорности, затим разматра различито уређење питања директних тужби у међународном приватном праву, након чега анализира питање надлежности и меродавног права у случајевима прекограничних спорова за накнаду штете и, на крају, разматра специфичне карактеристике директне тужбе.

Детаљна анализа показује да члан 18. Регулative Рим II уређује права оштећеног на подношење директне тужбе против обавезног осигуравача са пребивалиштем у Европској унији. Исти закључак важи и за накнаду штете која поистиче из уговора. У таквим случајевима, довољно је да је директна тужба дозвољена бар једним од неколико меродавних права која се могу применити на основу члана 18. Регулative Рим II.

Оштећени који има пребивалиште у ЕУ или у некој од држава чланица Луганске конвенције може поднети директну тужбу против страног обавезног осигуравача пред судовима државе свог пребивалишта. Надлежност постоји без обзира на то да ли је у кокретном случају оштећени "слабија стана" у односу на осигуравача. Право на подношење директне тужбе није ограничено на обавезно осигурање моторних возила већ се може применити на све врсте осигурања од одговорности.

Члан 18. Регулative Рим II уједно одређује и меродавно право за различите модалитете директне тужбе. У случајевима када је меродавно право неконсистентно, примењује се право које је повољније за оштећеног. Насупрот томе, члан 18. Регулative Рим II није релевантан за одређивање меродавног права по питању да ли осигуравач има право да уложи приговор против свог осигураника. Ово питање је регулисано меродавним правом за уговор о осигурању. Исто важи и у погледу меродавног права за дејства приговора осигуравача према трећим лицима.

**Кључне речи:** оштећена страна, штета, директна тужба, осигурање од одговорности, сукоб закона, Регулative Рим II, право осигурања, надлежност, одговорност.



**Vassiliki Koumpli**,  
Research Associate,  
Hellenic Institute of International and Foreign Law,  
Attorney at Law, Athens Bar Association, Greece

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 347.918

Раџ примљен: 30.06.2015.

Раџ прихваћен: 03.12.2015.

## **SOME CONSIDERATIONS ON THE POSITION OF VULNERABLE PARTIES IN MEDIATION**

**Abstract:** *This paper discusses the position of vulnerable parties in mediation. Further to describing the legal framework of the new institution in Greece and identifying the 'vulnerable parties' therein, the paper examines whether mediation actually constitutes a threat to the procedural rights of vulnerable parties, and whether particular rules of procedural fairness could assure that such parties will be afforded adequate protection in accordance with their rights under constitutional law. The analysis includes the assessment of the parties' positions at two procedural stages: first, at the stage of accessing a mediation process, with particular reference to the current legal aid regime; second, at the stage of conducting a mediation process, with specific reference to the role of the mediator. Subsequently, by focusing on the recent developments in the field of consumer dispute resolution, the paper examines whether and to what extent mediation itself can be an instrument for protecting vulnerable parties. The paper ends summarising the author's concluding remarks.*

**Key words:** *mediation, vulnerable parties, legal aid, mediator, independence, impartiality, confidentiality, consumers, ADR, ODR.*

### **1. Introduction**

Mediation is a recent trend in conflict resolution in almost all jurisdictions. Although it is primarily a philosophical concept known to most civilisations (Αντωνέλος, Πλέσσα, 2014: 1-12), its promotion nowadays is based on a policy choice concerning the governance of the state and the administration of justice.

---

\* vkoumpli@hiifl.gr

Traditionally, it has been considered that it is a duty of the sovereign to protect, as far as possible, every member of the society from the injustice or oppression of every other member of society (Kulms, 2013: 206). By applying this principle, Article 6 of the European Convention on Human Rights as well as Article 20 of the Greek Constitution guarantee access to justice in litigation and fair trial. In this sense, the constantly increasing number of disputes has been welcomed as a sign of democratisation and a decisive step towards the cultural and social emancipation of the citizen (Νίκας, 2012: 338). However, the court workload and the crisis-related budget constraints have driven regulators towards mediation schemes, which are grounded on efficiency reasons. Thus, such ‘privatisation of justice’ aims primarily at offering cost-effective procedures to settle cases without trial<sup>1</sup>.

Within this framework, on 4 April 2008, the European Parliament enacted Directive 2008/52/EC on certain aspects of mediation in civil and commercial disputes (hereafter: the Mediation Directive)<sup>2</sup>. Greece has been one of the first EU Member States to implement the Mediation Directive by enacting Law 3898/2010<sup>3</sup> (hereafter: the Greek Mediation Act), which applies to both cross-border and domestic mediations (see, among others, Diamantopoulos, Koumpli, 2014: *passim*; Κλαμαρής, 2015: *passim*, with further references). Mediation is defined as a structured process, however named or referred to, whereby two or more parties to a dispute attempt by themselves, on a voluntary basis, to reach an agreement on the settlement of their dispute with the assistance of a mediator<sup>4</sup>. Mediation obviously differs from any other out-of-court or conciliatory dispute resolution process due to the mandatory participation of the mediator, namely a third person in relation to the parties, who is asked to conduct mediation. The parties may in principle agree to have recourse to mediation before or during the pendency of a suit (mediation *ex voluntate*)<sup>5</sup>; they may also be invited by the

1 From the perspective of the economic theory, the product of judicial decision-making has the attributes of a public good, which is accessible to everybody. The exact administration of justice requires a policy decision on the allocation of public funds for subsidising judicial rule-making. The excessive use of public goods (‘tragedy of the commons’), which will decrease the benefits for all users, is addressed by their (partial) privatisation: market mechanisms are thought to usher in a more efficient use (Kulms, 2013: 209).

2 Directive 2008/52/EC of the European Parliament and the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, OJ C 286, 17.11.2005, 1.

3 Law 3898/2010. Mediation in civil and commercial matters, Government Gazette A 211 [in Greek: Νόμος 3898/2010. Διαμεσολάβηση σε αστικές και εμπορικές υποθέσεις, ΦΕΚ Α 211].

4 Article 4. Law 3898/2010. Mediation in civil and commercial matters, Government Gazette A 211.

5 Article 3(1)(a). Law 3898/2010. Mediation in civil and commercial matters, Government Gazette A 211.

court to do so during the pendency of a suit (mediation *ex judicio*)<sup>6</sup>; mediation may further be ordered by another EU court<sup>7</sup> as well as be imposed by another provision of law (mediation *ex lege*)<sup>8</sup>. The above-mentioned legal framework applies to private law disputes, which can be referred to mediation upon agreement of the parties, provided that they have the right to dispose of the relative rights and obligations<sup>9</sup>. Revenue, customs or administrative law matters as well as matters concerning the liability of the state for acts or omissions in the exercise of state authority (*acta iure imperii*) are currently excluded from the scope of the mediation regulation in Greece<sup>10</sup> (Ανθιμος, 2010: 475). It should be highlighted that, at the moment, only in the field of over-indebted individuals does mediation in the strict sense, as established by the Greek Mediation Act, explicitly apply on a voluntary basis by reference of Article 2 of the Greek Mediation Act<sup>11</sup>.

Apart from the provisions of the Greek Mediation Act, a judicial mediation procedure is provided by Article 214B of the Greek Code of Civil Procedure<sup>12</sup> (see, among others, Θάνου-Χριστοφίλου, 2013: 937 et seq.; Φράγκου, 2014: 15 et seq.). This scheme is also voluntary and conducted exclusively by judges. Recourse to judicial mediation may take place before filing a suit or during *lis pendens*. In the latter case, the court –when it considers it appropriate and having taken account of all circumstances of the case– may invite the parties at any stage of the proceedings to use judicial mediation. Once the parties agree, the court shall adjourn the case for a hearing on a short date, which shall not exceed six months.

6 Article 3(1)(b). Law 3898/2010. Mediation in civil and commercial matters, Government Gazette A 211.

7 Article 3(1)(c). Law 3898/2010. Mediation in civil and commercial matters, Government Gazette A 211.

8 Article 3(1)(d). Law 3898/2010. Mediation in civil and commercial matters, Government Gazette A 211.

9 Article 2 Law 3898/2010. Mediation in civil and commercial matters, Government Gazette A 211.

10 Explanatory Report to Law 3898/2010. Mediation in civil and commercial matters, Government Gazette A 211 (Article 2).

11 Law 3869/2010. Debt arrangements for over-indebted individuals and other provisions, Government Gazette A 130 [in Greek: Νόμος 3869/2010. Ρύθμιση οφειλών υπερχρεωμένων φυσικών προσώπων και άλλες διατάξεις, ΦΕΚ Α 130], as amended by Law 4161/2013. Programme to facilitate borrowers, amendments in Law 3869/2010 and other provisions, Government Gazette A 143 [in Greek: Νόμος 4161/2013. Πρόγραμμα διευκόλυνσης για ενήμερους δανειολήπτες, τροποποιήσεις στο ν. 3869/2010 και άλλες διατάξεις, ΦΕΚ Α 143].

12 Article 214B was added to the Greek Code of Civil Procedure (Presidential Decree 503/1985, Government Gazette A 182; in Greek: Κώδικας Πολιτικής Δικονομίας. ΠΔ 503/1985, ΦΕΚ Α 182) by Article 7(1). Law 4055/2012. Fair trial and reasonable duration thereof, Government Gazette A 51 [in Greek: Νόμος 4055/2012. Δίκαιη δίκη και εύλογη διάρκεια αυτής, ΦΕΚ Α 51].

The procedure of judicial mediation contains separate and joint hearings and discussions among the attorneys of the parties and the mediator judge, who may offer the parties non-binding suggestions as regards the resolution of the dispute.

This paper aims to consider the position of vulnerable parties in mediation proceedings in Greece. In legal theory, consumers, passengers, employees, insurance policyholders, maintenance creditors, especially minors, as well as financially weak persons are generally perceived to be vulnerable parties as compared to their contracting counterparts. The sources of their perceived vulnerability can be their economic weakness, their economic or social dependence, their informational disadvantage in comparison with their counterparts, or even their mental or intellectual disadvantage (cf. Rühl, 2014: 340-346). Given that the constitutionally provided procedural guarantees in litigation, such as the right of access to justice and the right to a fair trial<sup>13</sup>, are not considered to apply to mediation proceedings, one may wonder whether such proceedings will ultimately constitute a serious risk for the position of vulnerable parties. At the same time, it should also be borne in mind that particular mediation schemes can have a significantly lower cost –or even no cost at all– for the parties, thus constituting an easily accessible means of dispute resolution for weaker parties.

Under these circumstances, part 2 of this paper examines whether mediation actually constitutes a threat to the rights of vulnerable parties and whether particular rules of procedural fairness could assure that such parties will be afforded adequate protection in accordance with their rights under constitutional law. Subsequently, focusing on consumer dispute resolution, part 3 examines whether and to what extent mediation itself can be an instrument for protecting vulnerable parties. Part 4 provides the author's concluding remarks<sup>14</sup>.

## **2. Mediation as a threat to the rights of vulnerable parties?**

It is well established that the absence of procedural guarantees in mediation constitutes a threat to the rights of the parties, particularly the vulnerable ones. In this respect, section 2.1. deals with the access of vulnerable persons to a mediation process, focusing on the issue of the availability of legal aid for such cases, whereas section 2.2. deals with the issue of fairness of the mediation process and how it could be ensured.

---

13 As provided by Article 6 of the European Convention on Human Rights and Article 20 of the Greek Constitution.

14 The present analysis is necessarily limited to regulated mediations. Greek law, however, does not exclude the so-called 'wild' mediations (Esplugues, 2014: 584), which fall outside the scope of the Greek Mediation Act and do not fulfil the requirements envisaged therein.

### **2.1. Access to the mediation process**

Recourse to mediation is strongly encouraged at the EU level and in Greece. Parties to a dispute are incited to use it on the grounds that it is speedy, cost-effective and likely to adapt to their needs. At the same time, nevertheless, mediation is a private justice device entailing costs for those using it. In fact, such costs could sometimes be higher than those incurred by referring the dispute to the courts, depending on the complexity of the particular case (Anthimos, 2012: 161; Esplugues, 2014: 685). Inevitably, this gives rise to the issue of availability of legal aid for the parties involved.

In Greece, the mediators' remuneration is to be calculated on an hourly basis and their engagement cannot exceed 24 hours, including preparation time. The parties and the mediator, however, can agree otherwise as regards the mediator's remuneration method (Klamaris, Chronopoulou, 2013: 592; Kourtis, 2013: 213)<sup>15</sup>. The mediator's remuneration shall be borne by the parties in equal shares, unless otherwise agreed by the parties. The parties shall also bear the fees of their attorneys<sup>16</sup>. The particular determination and adjudication of the hourly-based mediator's remuneration shall be made by the Minister of Justice<sup>17</sup>. It is to be noted that there is no provision about the mediator's remuneration in case of judicial mediation<sup>18</sup>. Apart from the mediator's remuneration, in both cases of mediation<sup>19</sup>, when the mediator submits the original document of the settlement agreement to the court of first instance of the jurisdiction where the mediation took place, the interested party shall pay a relevant fee<sup>20</sup>.

---

15 Article 12(1). Law 3898/2010. Mediation in civil and commercial matters, Government Gazette A 211.

16 Article 9(2). Law 3898/2010. Mediation in civil and commercial matters, Government Gazette A 211.

17 Article 12(3). Law 3898/2010. Mediation in civil and commercial matters, Government Gazette A 211. By virtue of Decision of the Minister of Justice, Transparency and Human Rights Nr. 1460/ οικ./27.1.2012. Determination of mediator's fees, Government Gazette B 281 [in Greek: Απόφαση Υπουργού Δικαιοσύνης, Διαφάνειας και Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων υπ' αριθ. 1460/ οικ./27.1.2012. Καθορισμός αμοιβής διαμεσολαβητή, ΦΕΚ Β 281], the mediator's hourly based remuneration has been determined at the amount of 100,00 euros.

18 Under Article 214B. Greek Code of Civil Procedure.

19 Under Law 3898/2010. Mediation in civil and commercial matters, Government Gazette A 211, and under the Article 214B. Greek Code of Civil Procedure.

20 Article 9. Law 3898/2010. Mediation in civil and commercial matters, Government Gazette A 211. Decision of the Ministers of Finance and Justice, Transparency and Human Rights Nr. 85485 οικ./18.9.2012. Determination of administrative fees for mediation, Government Gazette B 2693 [in Greek: Απόφαση Υπουργών Οικονομικών και Δικαιοσύνης, Διαφάνειας και Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων υπ' αριθ. 85485 οικ./18.9.2012. Καθορισμός παραβόλων διαμεσολάβησης, ΦΕΚ Β 2693] has set the relevant fee at the amount of 100,00 euros.

Neither the Greek Mediation Act nor other special legislation contains provisions dealing with legal aid for the mediation process in particular. The general provisions of Articles 194 et seq. of the Greek Code of Civil Procedure on the ‘benefit of poverty’ and Law 3226/2004 on legal aid in civil and commercial disputes<sup>21</sup> could only be applicable to mediation where recourse to mediation is required by the law or ordered by the court<sup>22</sup>. In this case, legal aid could cover all mediation costs, including the remuneration of attorneys and mediators. If mediation is conducted on a totally voluntary basis, legal aid cannot be granted under the existing legal framework.

Particular mention should be made of Article 10(c) of Law 3226/2004, which provides that “in case of cross-border disputes legal aid may also consist in the appointment of a legal adviser to assist with the settlement of the dispute before the commencement of a court proceeding”. It has been argued that this provision could be understood as also covering the attorney’s remuneration in case of mediation, but it could not be considered as covering the mediator’s remuneration and other costs of mediation (Ανθιμος, 2010: 480-481; Anthimos, 2012: 154; Ανθιμος, 2014: 45). One should take into account, nonetheless, that this legal aid scheme aims at covering out-of-court procedures (such as mediation) only “where recourse to them is required by the law or ordered by the court”. In this sense, a provision on granting legal aid for pre-litigation advice with a view to reaching a settlement prior to bringing legal proceedings could hardly be understood as also covering the attorney’s remuneration in case of voluntary mediation<sup>23</sup>.

21 Law 3226/2004. Legal aid to citizens with low income etc., Government Gazette A 24 [in Greek: Νόμος 3226/2004. Νομική βοήθεια σε πολίτες χαμηλού εισοδήματος κ.λπ., ΦΕΚ Α 24] has been promulgated to implement Directive 2002/8/EC of the Council of 27 January 2003 to improve access to justice in cross-border disputes by establishing minimum common rules relating legal aid for such disputes, EE L 26, 31.1.2003, 41. It introduced a complete system of legal aid for civil and commercial matters covering both internal disputes as well as disputes with cross-border implications when the parties are citizens of a Member State of the European Union or have their domicile or residence in a Member State. After its enactment, the application of the provisions of Articles 194 et seq. Greek Code of Civil Procedure in case of civil and commercial disputes has been limited to legal entities as well as to individuals who are not citizens of a Member State of the European Union and have their domicile or residence outside the European Union (Yessiou-Faltsi, 2011: 206).

22 Given that such provisions also apply to actions that do not constitute “trial” (Article 196(1). Greek Code of Civil Procedure; Article 8(1). Law 3226/2004. Legal aid to citizens with low income etc., Government Gazette A 24), but their operation should be required by the law (e.g. in case of enforcement processes) or ordered by the court (e.g. when the court orders the production of evidence on the content of the foreign law applicable; see, instead of others, Ορφανίδης, 2010: 437).

23 See Recitals (11) and (21) and Article 10. Directive 2008/52/EC of the European Parliament and the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial

That said, it should be clear that under the current regime in Greece legal aid can be granted in mediation proceedings only when recourse to it is ordered by the court (since there is no law requiring recourse to mediation so far) as well as in case of judicial mediation. Of course, there is no doubt that legal aid can be granted under the provisions of Articles 194 et seq. of the Greek Code of Civil Procedure and Law 3226/2004 for the enforcement of authentic instruments embodying a mediation agreement. It is unknown whether the omission of the Greek legislator to address the issue is deliberate. In an attempt to assess the existing legal framework, one can easily come to a conclusion that weaker parties are by no means encouraged to refer their disputes to mediation. Especially with regard to the dispute resolution concerning small claims, mediation seems to be a 'pretty luxurious means' (Anthimos, 2012: 161).

Obviously, the access of vulnerable parties to mediation is closely associated with the funding of mediation. The desire to foster recourse to mediation by providing legal aid to the parties or even public funding for particular mediation schemes has to balance the policy choice of reducing public spending on the administration of justice (Hopt, Steffek, 2013: 32-33; Esplugues, 2014: 687). The situation does not seem to be favourable in Greece. The relatively low court costs (on the one hand), in combination with significant delays in the state-administered justice and difficulties concerning the enforcement of court decisions (Anthimos, 2012: 158) on the other hand, have not prevented claimants and defendants respectively from preferring Greek courts to solve their disputes. Increasing the cost for recourse to the courts and lowering the mediation cost could be an incentive for litigants to switch proceedings. In any case, it seems that the state will initially have to bear a part of funding of the mediation processes so as to ensure the access of vulnerable parties to mediation. In the long term, this does not appear to be a serious burden for the state budget as compared with the funding of the state administered justice given the complexity of its procedures and the instances of jurisdiction available.

## ***2.2. Fairness of the mediation process***

It is a general principle of the Mediation Directive that the mediator shall conduct the mediation in an effective, impartial and competent way<sup>24</sup>. As a consequence, the mediator has a duty to disclose any circumstances which could constitute

---

matters, OJ C 286, 17.11.2005, 1.

24 Article 3(b). Directive 2008/52/EC of the European Parliament and the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, OJ C 286, 17.11.2005, 1; Section 2. European Code of Conduct for Mediators.

a conflict of interest or affect his impartiality. In addition, an obligation of confidentiality exists both during and after the mediation<sup>25</sup>.

Applying the European regime, the Greek Mediation Act<sup>26</sup> refers to the Greek Code of Conduct for Mediators<sup>27</sup>, which provides for the independence and impartiality of the mediator. If there are any circumstances that may, or may be seen to, affect a mediator's independence or give rise to a conflict of interests, the mediator must disclose those circumstances to the parties before acting or continuing to act – this duty being a continuing obligation throughout the mediation process. Such circumstances include any personal or business relationship with one or more of the parties, any financial or other interest, direct or indirect, in the outcome of the mediation, as well as the mediator or a member of his firm having acted in any capacity other than a mediator for one or more of the parties. In such cases, the mediator may only agree to act or continue to act if he is certain of being able to carry out the mediation in full independence in order to ensure complete impartiality, and the parties explicitly consent. Mediators are also obliged at all times to act, and endeavour to be seen to act, with impartiality towards the parties and be committed to serve all parties equally with respect to the process of mediation.

Moreover, both the Greek Mediation Act<sup>28</sup> and the Greek Code of Conduct for Mediators provide for the duty of confidentiality. Accordingly, the mediator must keep confidential all information arising out of or in connection with the mediation (including the fact that the mediation is to take place or has taken place), unless compelled by law or grounds of public policy to disclose it. Any information disclosed in confidence to mediators by one of the parties must not be disclosed to the other parties without permission, unless compelled by law.

---

25 As a result, the mediator cannot be summoned as a witness before a national court or arbitral tribunal. Article 7. Directive 2008/52/EC of the European Parliament and the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, OJ C 286, 17.11.2005, 1; Section 4. European Code of Conduct for Mediators.

26 Article 7(2)(b). Law 3898/2010. Mediation in civil and commercial matters, Government Gazette A 211.

27 Decision of the Minister of Justice, Transparency and Human Rights Nr. 109088 οικ./12.12.2011. Procedure for recognition of mediators' accreditation – Adoption of Code of Conduct for Accredited Mediators and Determination of sanction for infringements thereof, Government Gazette B 2824 [in Greek: Απόφαση Υπουργού Δικαιοσύνης, Διαφάνειας και Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων υπ' αριθ. 109088 οικ./12.12.2011. Διαδικασία αναγνώρισης τίτλων διαπίστευσης διαμεσολαβητών – Θέσπιση Κώδικα Δεοντολογίας διαπιστευμένων διαμεσολαβητών και Καθορισμός κυρώσεων για παραβάσεις αυτού, ΦΕΚ Β 2824].

28 Article 10. Law 3898/2010. Mediation in civil and commercial matters, Government Gazette A 211.



In case of breach of his duties the mediator is only liable for fraud<sup>29</sup> (by contrast with arbitrators, who are also liable for gross negligence<sup>30</sup>). Furthermore, the Minister of Justice, Transparency and Human Rights can impose the sanction of temporary or permanent suspension of the mediator's accreditation<sup>31</sup>.

In theory, the existing legal framework providing for relevant due process criteria could be considered adequate for the protection of vulnerable parties. In practice, however, some additional considerations should be made. First, as mediator's impartiality arguably consists in abstaining from giving legal advice to the parties, the latter, and particularly the weaker ones, are unlikely to suffer only as long as they are represented by counsels. On this ground, the Greek legislator has provided that the parties shall attend the mediation process with an attorney<sup>32</sup>. But this necessarily incurs significant additional costs for the parties, which can eventually prevent them from resolving their dispute in cases where mediation could be the only opportunity to obtain procedural justice when they cannot afford a trial with attorney representation.

Secondly, one can note that the trustworthiness of the mediator, which is essentially based on his independence and impartiality, seems to be regulated so as to resemble the independence and impartiality of the judge in an attempt to give an equivalent prestige to the former and authority to the latter. It should be taken into account, nonetheless, that the independence and impartiality of the judge is actually a constitutional obligation intrinsically associated with his institutional role, whereas the independence and impartiality of the mediator is mostly a matter of professional intelligence and good professional conduct. The provision of strict conditions and sanctions in this respect could be a serious deterrent factor for the flexibility and, ultimately, the problem-solving ability of the mediator (Κολτσάκη, 2014: 82).

Thirdly, sometimes the confidentiality of the mediation process can entail negative effects to third parties (often vulnerable ones) who are not directly participating in the process. For instance, environmental disputes settled by agreement may have a negative impact on the inhabitants of a region; patent disputes settled by agreement may have anticompetitive effects on consumers; product liability settlements may also create negative effects by abolishing a

---

29 Article 8(4). Law 3898/2010. Mediation in civil and commercial matters, Government Gazette A 211.

30 Article 881. Greek Code of Civil Procedure.

31 This sanction is provided by the Greek Code of Conduct for Mediators.

32 Article 8(1). Law 3898/2010. Mediation in civil and commercial matters, Government Gazette A 211.

warning function for consumers (see in this respect Kulms, 2013: 224-225). In such cases, a certain degree of transparency seems to be necessary.

### **3. Mediation as a means of protecting vulnerable parties?**

Having analysed the implications concerning the access to mediation processes and their overall fairness as regards vulnerable parties, this section focuses on the latest developments in the field of mediation dealing with consumers, who are arguably the paradigmatic example of weaker parties. Section 3.1. contains a succinct presentation of the new EU regime embodied in the EU Directive on Alternative Dispute Resolution (ADR) and the EU Regulation on Online Dispute Resolution (ODR) for consumer disputes, whereas section 3.2. attempts to provide a short assessment thereof<sup>33</sup>.

#### ***3.1. An overview of the new EU regime on ADR and ODR for consumer disputes***

Recently, an important step has been made at EU level concerning consumer dispute resolution. Directive 2013/11/EU on alternative dispute resolution for consumer disputes<sup>34</sup> has been enacted so as to apply to both domestic and cross-border ADR proceedings (hereafter: the ADR Directive). It is intended to apply horizontally to all types of ADR procedures, including mediation as provided by the Mediation Directive<sup>35</sup>. The ADR Directive shall be transposed to Greek law by 9 July 2015<sup>36</sup>. Its aim is to ensure access to simple, efficient, fast and low-cost ways of resolving disputes arising from sales or service contracts. The permanent ADR entities that will be established according to the ADR Directive should conclude online and offline dispute resolution proceedings in an effec-

---

33 In Greece, Article 11 of Law 2251/1994 on consumer protection provides a special scheme for the resolution of consumer complaints, which is funded by the state. Such scheme does not prevent the parties from referring their disputes to mediation or to the court (Law 2251/1994. Consumer Protection, Government Gazette A 191; in Greek: Νόμος 2251/1994. Προστασία των καταναλωτών, ΦΕΚ Α 191).

34 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) 2006/2004 and Directive 2009/22/EC, OJ L 165, 18.06.2013, 63.

35 Article 3(2). 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) 2006/2004 and Directive 2009/22/EC, OJ L 165, 18.06.2013, 63.

36 Article 25(1). 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) 2006/2004 and Directive 2009/22/EC, OJ L 165, 18.06.2013, 63.

tive<sup>37</sup> and fair<sup>38</sup> way. The parties should have access to such procedures without being obliged to retain a lawyer; at the same time, however, the parties should not be deprived of their right to get independent advice or to be represented or assisted by a third party at any stage of the procedure. The parties should also have the possibility to withdraw from the proceedings at any stage if they are dissatisfied with the performance or the operation of the proceedings.

The ADR Directive is accompanied by Regulation (EU) No 524/2013<sup>39</sup> on online dispute resolution for consumer disputes (hereafter: the ODR Regulation), which is applicable from 9 January 2016<sup>40</sup>. The ODR Regulation aims to create an ODR platform at the Union level. This should take the form of an interactive website offering a single point of entry to consumers and traders seeking to resolve disputes out-of-court in case they have arisen from online transactions. The ODR platform should have the following functions: (a) it should provide general information regarding the out-of-court resolution of contractual disputes between traders and consumers arising from online sales and service contracts; (b) it should allow consumers and traders to submit complaints by filling in an electronic complaint form available in all the official languages of the institutions of the Union and to attach relevant documents; (c) it should transmit complaints to an ADR entity competent to deal with the dispute concerned; (d) it should offer, free of charge, an electronic case management tool which enables ADR entities to conduct the dispute resolution procedure with the parties through the ODR platform<sup>41</sup>.

---

37 Article 8. 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) 2006/2004 and Directive 2009/22/EC, OJ L 165, 18.06.2013, 63.

38 Article 9. 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) 2006/2004 and Directive 2009/22/EC, OJ L 165, 18.06.2013, 63.

39 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) 2006/2004 and Directive 2009/22/EC, OJ L 165, 18.06.2013, 1.

40 Article 22(2). 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) 2006/2004 and Directive 2009/22/EC, OJ L 165, 18.06.2013, 1.

41 Recital 18. 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) 2006/2004 and Directive 2009/22/EC, OJ L 165, 18.06.2013, 1.

### ***3.2. An assessment of the new EU regime on ADR and ODR for consumer disputes***

Admittedly, the basic innovation of the new EU regime consists in the introduction of online dispute resolution. An assessment thereof, thus, necessarily presupposes a reference to existing online dispute resolution schemes. ODR is defined as the resolution of a dispute through the use of technology, which involves no face-to-face contact but does involve the possibility of using a neutral third party to resolve the dispute (Komninos, 2013, 419 et seq.; Komninos, 2014: 31 et seq.). Only few individuals (and particularly consumers) in Greece have any idea what ODR entails. However, the resolution of disputes online is nothing new to the majority of online shoppers abroad. For instance, Amazon uses an ODR type platform called A-to-Z Guarantee that allows unsatisfied customers the opportunity to initiate a dispute with an Amazon-based merchant. In addition, other e-commerce sites such as China-based Alibaba Group have tested the use of panelists, drawn from website users, to resolve a narrow type of sale-related dispute (Raymond, Stemler, 2015: 373-375). At the same time, it is well demonstrated that many platforms are launched only to fail, due to cost associated with their maintenance, upkeep and service. It has been argued in this respect that the solution is no other than to reduce costs by automating as much of the system as possible, which also means to remove the human, neutral decision-maker, who is considered to be the most costly factor (Shackelford, Raymond, 2014: 618-619). Such unregulated ODR schemes could raise concerns about their transparency and procedural fairness, particularly when they are launched or funded by the individual trader. The ADR Directive seems to adequately ensure the transparency of the provided ADR schemes and the fairness of the process since it establishes an extended and strict framework of requirements regarding the expertise, independence and impartiality of the natural persons in charge of ADR, transparency of ADR entities and effectiveness and fairness of ADR processes<sup>42</sup>.

The ADR Directive also addresses cost concerns providing that ADR procedures should preferably be free of charge for consumers. In the event that costs are applied, they should not exceed a nominal fee so that the procedure remains accessible, attractive and inexpensive<sup>43</sup>. To that end, it is up to the Member States to decide on an appropriate form of funding for ADR entities on their territories.

---

42 Articles 5-12. 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) 2006/2004 and Directive 2009/22/EC, OJ L 165, 18.06.2013, 63.

43 Recital (41) and Article 8(c). 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) 2006/2004 and Directive 2009/22/EC, OJ L 165, 18.06.2013, 63.

The ADR Directive should be without prejudice to the question of whether ADR entities are publicly or privately funded or funded through a combination of public and private funding. Nevertheless, ADR entities should be encouraged to specifically consider private forms of funding and to utilise public funds only at Member State's discretion. In this respect, businesses or professional associations could possibly fund ADR entities<sup>44</sup>.

In view of the foregoing considerations, it is expected that the implementation will initially be a challenge, especially in EU Member States such as Greece, where minimal ADR systems are in existence. In the long run, however, the new framework including the ADR Directive and the ODR Regulation is expected to substantially facilitate consumer dispute resolution, ensuring both rights-protection and cost-effectiveness at the same time.

#### **4. Conclusion**

The analysis has shown that the issue of the position of vulnerable parties in mediation and their protection is closely associated with the funding of mediation proceedings. The state will initially have to bear a part of the funding of mediation processes so as to ensure the access of vulnerable parties to mediation proceedings. In the long term, this does not seem to be a serious burden for the State budget as compared with the funding of the state administered justice, given the complexity of the proceedings and the instances of jurisdiction available.

It has also been shown that the current regime providing for certain due process criteria could be generally considered to be protective of vulnerable parties. However, the strict adherence to the principles of independence, impartiality and confidentiality can sometimes lead to unfair situations for weaker parties and deprive mediation of its role as a flexible problem-solving tool.

Finally, we could be more optimistic about the future of mediation in consumer dispute resolution after the implementation of the provisions of the ADR Directive and the ODR Regulation. The said regime is expected to significantly facilitate recourse of consumer disputes to mediation schemes in a convenient, fast and cost-effective way for both interested parties and the state. It remains to be seen how the Greek legislator will implement this legal regime.

---

44 Recital (46). 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) 2006/2004 and Directive 2009/22/EC, OJ L 165, 18.06.2013, 63.

## References

### In English

Antimos, A. (2012). Greece. In De Palo, G., Trevor, M. (eds), *EU Mediation. Law and Practice* (pp. 148-161). Oxford: Oxford University Press

Diamantopoulos, G., Koumpli, V. (2014). On mediation law in Greece. *Revue hellénique de droit international*. 67 (1). 361-394

Esplugues, C. (2014). Civil and Commercial Mediation in the EU after the Transposition of Directive 2008/52/EC. In Esplugues, C. (ed.), *Civil and Commercial Mediation in Europe. Cross-Border Mediation. Volume II* (pp. 485-771). Cambridge/Antwerp/Portland: Intersentia

Klamaris, N., Chronopoulou, C. (2013). Mediation in Greece: A Contemporary Procedural Approach to Resolving Disputes. In Hopt, K., Steffek, F. (eds), *Mediation. Principles and Regulation in Comparative Perspective* (pp. 585-604). Oxford: Oxford University Press

Kourtis, V. (2013). Greece. In Esplugues, C., Iglesias, J.L., Palao, G. (eds), *Civil and Commercial Mediation in Europe. National Mediation Rules and Procedures. Volume I* (pp. 193-216). Cambridge/Antwerp/Portland: Intersentia

Kulms, R. (2013). Privatising Civil Justice and the Day in Court. In Hopt, K., Steffek, F. (eds), *Mediation. Principles and Regulation in Comparative Perspective* (pp. 205-243). Oxford: Oxford University Press

Raymond, A., Stemler, A. (2015). Trusting Strangers: Dispute Resolution in the Crowd. *Cardozo Journal of Conflict Resolution*. (16). 357-394

Rühl, G. (2014). The Protection of Weaker Parties in the Private International Law of the European Union: A Portrait of Inconsistency and Conceptual Truancy. *Journal of Private International Law*. 10 (3). 335-358

Shackelford, S., Raymond, A. (2014). Building the Virtual Courthouse: Ethical Considerations for Design, Implementation, and Regulation in the World of ODR. *Wisconsin Law Review*, 615-657

Yessiou-Faltsi, P. (2011). Greece. In Blanpain, R., Taelman, P. (eds), *International Encyclopaedia of Laws. Civil Procedure*. The Netherlands: Kluwer.

### In Greek

Άνθιμος, Α. (2010). Η έλευση ενός «νέου» θεσμού – Διαμεσολάβηση. Αρμενόπουλος. 469-493 [in English: Anthimos, A. (2010). The advent of a 'new' institution: mediation. Armenopoulos, 469-493]

Άνθιμος, Α. (2014). Οικονομικές πτυχές της διαμεσολάβησης. In Α. Καΐσης (επιμ.), Δογματικά προβλήματα και εκφάνσεις της διαμεσολάβησης (pp. 45-48). Θεσσαλονίκη: Διεθνές Πανεπιστήμιο της Ελλάδος [in English: Anthimos, A. (2014). Financial aspects of mediation. In A. Kaissis (ed.), Problems and aspects of mediation (pp. 45-48). Thessaloniki: International Hellenic University]

Αντωνέλος, Σ., Πλέσσα, Ε. (2014). Διαμεσολάβηση σε αστικές και εμπορικές υποθέσεις. Αθήνα/Θεσσαλονίκη: Εκδόσεις Σάκκουλα [in English: Antonelos, S., Plessa, E. (2014). Mediation in civil and commercial cases. Athens/Thessaloniki: Sakkoulas Publications]

Θάνου-Χριστοφίλου, Β. (2013). Δικαστική μεσολάβηση (άρθ. 214B ΚΠολΔ). Ελληνική Δικαιοσύνη, 937-939 [in English: Thanou-Christofilou, V. (2013). Judicial mediation (Art. 214B CCP). Elliniki Dikaiosyni (Hellenic Justice), 937-939]

Κλαμαρής, Κ. (2015). Η Διαμεσολάβηση ως τρόπος επιλύσεως των ιδιωτικών διαφορών. Χρονικά Ιδιωτικού Δικαίου, 81-92 [in English: Klamaris, K. (2015). Mediation as a way of private law dispute resolution. Chronica Idiotikou Dikaiou (Chronicles of Private Law), 81-92]

Κολτσάκη, Ε. (2014). Ουδετερότητα και ανεξαρτησία του διαμεσολαβητή. Θεωρία και πράξη. In Α. Καΐσης (επιμ.), Δογματικά προβλήματα και εκφάνσεις της διαμεσολάβησης (pp. 79-85). Θεσσαλονίκη: Διεθνές Πανεπιστήμιο της Ελλάδος. [in English: Koltzaki, E. (2014). Mediator's impartiality and neutrality. Theory and practice. In A. Kaissis (ed.), Problems and aspects of mediation (pp. 79-85). Thessaloniki: International Hellenic University]

Κόμνιος, Κ. (2013). ONLINE διαμεσολάβηση. Εφαρμογές Αστικού Δικαίου, 419-424 [in English : Komnios, K. (2013). ONLINE mediation, Efarmoges Astikou Dikaiou (Implementations of Civil Law), 419-424]

Κόμνιος, Κ. (2014). ONLINE διαμεσολάβηση. In Α. Καΐσης (επιμ.), Δογματικά προβλήματα και εκφάνσεις της διαμεσολάβησης (pp. 31-44). Θεσσαλονίκη: Διεθνές Πανεπιστήμιο της Ελλάδος. [in English: Komnios, K. (2014). ONLINE mediation. In A. Kaissis (ed.), Problems and aspects of mediation (pp. 31-44). Thessaloniki: International Hellenic University]

Νίκας, Ν. (2012). Εγχειρίδιο πολιτικής δικονομίας. Αθήνα/Θεσσαλονίκη: Εκδόσεις Σάκκουλα [in English: Nikas, N. (2012). Manual of Civil Procedure. Athens/Thessaloniki: Sakkoulas Publications]

Ορφανίδης, Γ. (2000). Άρθρο 196. In Κεραμεύς, Κ., Κονδύλης, Δ., Νίκας, Ν. (επιμ.), Ερμηνεία Κώδικα Πολιτική Δικονομίας (pp. 436-437). Θεσσαλονίκη: Εκδόσεις Σάκκουλα [in English: Orphanidis, G. (2000). Article 196. In Kerameus,

K., Kondilis, D., Nikas, N. (eds), Code of Civil Procedure: Article-by-Article Commentary (pp. 436-437). Thessaloniki: Sakkoulas Publication

Φράγκου, Κ. (2014). Δικαστική μεσολάβηση. In Α. Καϊσης (επιμ.), Δογματικά προβλήματα και εκφάνσεις της διαμεσολάβησης (pp. 15-22). Θεσσαλονίκη: Διεθνές Πανεπιστήμιο της Ελλάδος [in English: Fragkou, K. (2014). Judicial mediation. In A. Kaissis (ed.), Problems and aspects of mediation (pp. 15-22). Thessaloniki: International Hellenic University]

### **Legal documents**

European Convention on Human Rights 1950, from <http://conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/Html/005.htm>

Το Σύνταγμα της Ελλάδας 1975, from <http://www.hellenicparliament.gr/UserFiles/8c3e9046-78fb-48f4-bd82-bbba28ca1ef5/SYNTAGMA.pdf> [In English: Greek Constitution 1975]

Κώδικας Πολιτικής Δικονομίας. ΠΔ 503/1985, ΦΕΚ Α 182 [in English: Code of Civil Procedure. Presidential Decree 503/1985, Government Gazette Α 182]

Directive 2002/8/EC of the Council of 27 January 2003 to improve access to justice in cross-border disputes by establishing minimum common rules relating legal aid for such disputes, EE L 26, 31.1.2003, 41

Directive 2008/52/EC of the European Parliament and the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, OJ C 286, 17.11.2005, 1

Νόμος 2251/1994. Προστασία των καταναλωτών, ΦΕΚ Α 191 [in English: Law 2251/1994. Consumer protection, Government Gazette Α 191]

Νόμος 3226/2004. Νομική βοήθεια σε πολίτες χαμηλού εισοδήματος κ.λπ., ΦΕΚ Α 24 [in English: Law 3226/2004. Legal aid to citizens with low income etc., Government Gazette Α 24]

Νόμος 3898/2010. Διαμεσολάβηση σε αστικές και εμπορικές υποθέσεις, ΦΕΚ Α 211 [in English: Law 3898/2010. Mediation in civil and commercial matters, Government Gazette Α 211]

Νόμος 3869/2010. Ρύθμιση οφειλών υπερχρεωμένων φυσικών προσώπων και άλλες διατάξεις, ΦΕΚ Α 130 [in English: Law 3869/2010. Debt arrangements for over-indebted individuals and other provisions, Government Gazette Α 130]

Νόμος 4055/2012. Δίκαιη δίκη και εύλογη διάρκεια αυτής, ΦΕΚ Α 51 [in English: Law 4055/2012. Fair trial and reasonable duration thereof, Government Gazette Α 51]



Νόμος 4161/2013. Πρόγραμμα διευκόλυνσης για ενήμερους δανειολήπτες, τροποποιήσεις στο ν. 3869/2010 και άλλες διατάξεις, ΦΕΚ Α 143 [in English: Law 4161/2013. Programme to facilitate borrowers, amendments in Law 3869/2010 and other provisions, Government Gazette A 143]

Απόφαση Υπουργού Δικαιοσύνης, Διαφάνειας και Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων υπ' αριθ. 109088 οικ./12.12.2011. Διαδικασία αναγνώρισης τίτλων διαπίστευσης διαμεσολαβητών – Θέσπιση Κώδικα Δεοντολογίας διαπιστευμένων διαμεσολαβητών και Καθορισμός κυρώσεων για παραβάσεις αυτού, ΦΕΚ Β 2824 [in English: Decision of the Minister of Justice, Transparency and Human Rights Nr. 109088 οικ./12.12.2011. Procedure for recognition of mediators' accreditation – Adoption of Code of Conduct for Accredited Mediators and Determination of sanctions for infringements thereof, Government Gazette B 2824]

Απόφαση Υπουργού Δικαιοσύνης, Διαφάνειας και Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων υπ' αριθ. 1460/ οικ./27.1.2012. Καθορισμός αμοιβής διαμεσολαβητή, ΦΕΚ Β 281 [in English: Decision of the Minister of Justice, Transparency and Human Rights Nr. 1460/ οικ./27.1.2012. Determination of mediator's fees, Government Gazette B 281]

Απόφαση Υπουργών Οικονομικών και Δικαιοσύνης, Διαφάνειας και Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων υπ' αριθ. 85485 οικ./18.9.2012. Καθορισμός παραβόλων διαμεσολάβησης, ΦΕΚ Β 2693 [in English: Decision of the Ministers of Finance and Justice, Transparency and Human Rights Nr. 85485 οικ./18.9.2012. Determination of administrative fees for mediation, Government Gazette B 2693]

European Code of Conduct for Mediators, from [http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr\\_ec\\_code\\_conduct\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.pdf)

**Vassiliki Koumpli,**

*Научно-истраживачки сарадник,*

*Хеленски институт за међународно и страно право,*

*Атина, Грчка*

## **НЕКА ЗАПАЖАЊА О ПОЛОЖАЈУ СЛАБИЈЕ СТРАНЕ У МЕДИЈАЦИЈИ**

### **Резиме**

Медијација представља пре свега филозофски концепт који је познат у готово свим цивилизацијама. У савременом друштву, промоција овог концепта се у великој мери заснива на извесним политичким одлукама у погледу начина управљања државом, који је првенствено усмерен ка важним економским и буџетским питањима, функционисању правосудног система као и трошковима које тај систем подразумева за цело друштво. С обзиром да је медијација релативно нови тренд у правосудном систему, можемо се запитати да ли се и у којој мери још увек примењују традиционалне процесне гаранције. У том погледу, од великог је значаја сагледати положај осетљивије или слабије стране у поступку медијације. Поред покушаја идентификације „осетљиве или слабије“ стране у процесу медијације, сврха овог рада је да процени положај „слабије стране“ у оквиру две специфичне фазе процеса медијације: а) у фази приступања процесу медијације, са посебним освртом на могуће режими правне помоћи, и б) у фази спровођења поступка медијације, са посебним освртом на улогу медијатора и евентуалну потребу да правни заступници странака присуствују процесу и помажу станкама. На основу дате анализе, аутор изводи одређене закључке.

**Кључне речи:** медијација, осетљива/слабија страна, правна помоћ, медијатор, независност, непристрасност, поверљивост, потрошачи, алтернативно решавање спорова, online решавање спорова.

**Анђелија Тасић,**  
Асистенткиња Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 347.9:342.72/.73

Рад примљен: 30.06.2015.

Рад прихваћен: 03.12.2015.

## **ЗАШТИТА ОД ПОЗИВАЊА НА ОДГОВОРНОСТ У АНТИДИСКРИМИНАЦИОНОМ ПРАВУ – НАЦИОНАЛНИ И ЕВРОПСКИ СТАНДАРДИ**

**Апстракт:** Предмет овог рада јесте грађанскоправна заштита од дискриминације у случајевима позивања на одговорност, тзв. виктимизација. Сва три антидискриминациона закона – Закон о забрани дискриминације, Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом и Закон о равноправности полова садрже одредбу о забрани позивања на одговорност, чиме се законодавац угледао на два значајна акта ЕУ у овој области – Директиву ЕУ о расној једнакости и Директиву ЕУ о једнакости при запошљавању. Циљ рада јесте критичка анализа законских прописа о заштити од виктимизације, са посебним освртом на проблем (прерасподеле) терета доказивања. У којој мери су правила о виктимизацији усклађена са европским стандардима, а у ком делу би требало да буду другачија, јаснија или прецизније конципирана, питања су на која овај рад треба да понуди одговоре.

**Кључне речи:** виктимизација, антидискриминационе парнице, поступак у парницама за заштиту од дискриминације.

### **1. Уводне напомене**

Приликом конципирања законских решења на законодавцу лежи терет изградње ваљаног правног оквира који превасходно има за циљ да заштити појединца од угрожавања, оспоравања или повреде неког његовог права. Задатак законодаваца је, сем тога, да појединца (или групу лица)

---

\*andjelija@prafak.ni.ac.rs

\*\* Рад је резултат истраживања на пројекту: „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу, у периоду 2013–2018. године.

заштити и од свих оних (штетних) последица које може да трпи због тога што ужива права која су му правним прописима призната. Чини се да тај изазов постаје још већи када је реч о потпуно новим законским прописима, каквим се антидискриминациони прописи у Србији могу сматрати.

Антидискриминациони правни оквир, уз Устав Републике Србије<sup>1</sup>, чине и Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом<sup>2</sup>, Закон о равноправности полова<sup>3</sup> и Закон о забрани дискриминације<sup>4</sup>. Сва три закона садрже правила материјалноправне природе, као и правила којима се уређује поступак за пружање правне заштите. Циљ ових правних прописа јесте забрана дискриминације, што је право који представља темељ савременог демократског друштва. Да би се ово право остварило, појединцу на располагању стоје различити механизми правне заштите – уставноправна, кривичноправна, грађанскоправна и прекршајноправна заштита, као и заштита пред независним државним органом – Повереником за заштиту равноправности. Може се, међутим, десити да намера да се појединац или група заштите од дискриминације заправо буде основ за ново неједнако поступање према њима. Управо ће норме антидискриминационих прописа које се односе на забрану позивања на одговорност – виктимизацију бити предмет критичке анализе у овом раду. Остваривање принципа равноправности биће сагледано кроз призму одредаба националних и међународних докумената о заштити од виктимизације, а резултати анализе ових правних прописа биће усмерени на предлоге за унапређење постојећих законских решења и решавање дилема која се у пракси могу јавити.

## 2. Виктимизација – појам и нормативни оквир

Закон о забрани дискриминације, тзв. кровни антидискриминациони закон, у чл. 9 издваја забрану позивања на одговорност као посебан облик дискриминације, уз непосредну и посредну дискриминацију, повреду начела једнаких права и обавеза, удруживање ради вршења дискриминације, говор мржње, узнемиравање и понижавајуће поступање и тешке

---

1 Устав Републике Србије, *Сл. гласник РС*, 98/2006.

2 Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом, *Сл. гласник РС*, 33/06, у даљем тексту и ЗЗД.

3 Закон о равноправности полова, *Сл. гласник РС*, 104/09, у даљем тексту и ЗРП.

4 Закон о забрани дискриминације, *Сл. гласник РС*, 22/2009, у даљем тексту и ЗЗД.

5 Ова три закона представљају три кључна, системска закона којима је уређена област заштите од дискриминације. Сем њих, бројни други законски прописи фрагментарно се бави и питањем једнакости (Опширније: Судска грађанскоправна заштита од дискриминације, 2012: 111–129).

облике дискриминације<sup>6</sup>. Овим законом прописано је да дискриминација постоји ако се према лицу или групи лица неоправдано поступа лошије него што се поступа или би се поступало према другима, искључиво или углавном због тога што су тражили, односно намеравају да траже заштиту од дискриминације или због тога што су понудили или намеравају да понуде доказе о дискриминаторском поступању.<sup>7</sup>

Већ у 4. члану ЗРП, истом оном у коме се дефинише појам дискриминације, наглашава се да се дискриминацијом сматра и ако се према лицу неоправдано поступа лошије него што се поступа према другоме, искључиво или углавном што је тражио или намерава да тражи правну заштиту од дискриминације или је понудио или намерава да понуди доказе о дискриминаторском поступању.

Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом, такође, у чл. 6 прописује да дискриминација постоји и у случају да се према дискриминисаном поступа горе него што се поступа или би се поступало према другоме, искључиво или углавном због тога што је дискриминисани тражио, односно намерава да тражи правну заштиту од дискриминације или због тога што је понудио или намерава да понуди доказе о дискриминаторском поступању.

Правила о виктимизацији јесу правила материјалноправне природе. Њима је, стога, место у делу закона у коме су уређени појам и облици дискриминације. Овој систематизацији прибегавају и упоредна законодавства из региона, са изузетком босанскохерцеговачког антидискриминационог закона који виктимизацију уређује у делу који се тиче судске грађанскоправне заштите од дискриминације<sup>8</sup>.

Виктимизација се може јавити у два вида – као она која је усмерена на непосредну жртву дискриминације и она која је усмерена на друга лица. У првом случају се лице које је већ претрпело дискриминацију ставља у неоправдано гори положај, а у другом случају се то чини лицу које на неки начин помаже жртви дискриминације .

---

6 У литератури се наводи да постоје два основна облика дискриминације – непосредна и посредна дискриминација, и да се сви остали облици дискриминације могу квалификовати као један од та два облика (Петрушић, Крстић, Маринковић, 2014: 36–37).

7 Виктимизација се углавном везује за сферу радноправних односа, па се као тужилац најчешће јавља запослени, а као тужени послодавац који виктимизацију врши повредом неког права из области радног права.

8 *Zakon o zabrani diskriminacije, Sl. glasnik BiH, 59/09, čl. 18.*

Разлог из кога је уведена норма о забрани виктимизације јесте, са једне стране, потреба да се пружи најшира правна заштита жртви дискриминације, а, са друге стране, да се охрабре жртва и сведоци дискриминације да пријаве сваку недозвољену дискриминаторску радњу. Ова правна норма одговор је на виктимизацију која представља врсту недопуштеног притиска или одмазде (Nezirović, 2012: 20).

Две најзначајније директиве Европске уније у погледу дискриминације, Директива 2000/78/ЕЦ којом се успоставља општи оквир за једнако поступање у вези са запошљавањем и професијом (чл. 11)<sup>9</sup> и Директива 2000/43/ЕЦ о имплементацији принципа једнаког поступања према људима без обзира на расно или етничко порекло (чл. 9)<sup>10</sup> забрањују виктимизацију. Одредбама ових директива од држава чланица тражи се да уведу неопходне мере како би се појединци заштитили од било каквог неповољног третмана или штетних последица насталих као реакција на притужбу или на поступке који имају за циљ поштовање начела једнаког поступања.<sup>11</sup>

Европска законодавства углавном су преузела дефиницију виктимизације коју садрже наведене директиве. Ипак, нека законодавства (Шпанија, Луксембург) ограничила су виктимизацију само на сферу радноправних односа, док се у Белгији заштита не пружа свим лицима (на пример она која пружају подршку или помоћ жртвама дискриминације) већ само жртвама и непосредним сведоцима виктимизације. Са друге стране, у Великој Британији је, пре доношења Закона о равноправности 2010. године, за виктимизацију био одговоран и послодавац који не жели да запосли лице које је пријавило претходног послодавца због дискриминације, а не само непосредни учесник догађаја (претходни послодавац) (Developing Anti-Discrimination Law in Europe, 2014: 104–106).

---

9 Council Directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, Official Journal of the European Communities, L 303 (у даљем тексту и Директива о запошљавању).

10 Council Directive 2000/43/EC implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, Official Journal of the European Communities, L 180 (у даљем тексту и Директива о расној и етничкој равноправности).

11 Иако Србија још увек није чланица Европске уније, документи ове организације од значаја су за њу будући да је 2008. године потписала Споразум о стабилизацији и придруживању, а марта 2012. године добила статус кандидата за чланство у овој организацији.

### 3. Елементи виктимизације

Елементи виктимизације јесу: 1) постојање претходне дискриминаторске радње; 2) захтев за правном заштитом од дискриминације (или намера да се она тражи), или, алтернативно, нуђење доказа о постојању дискриминације (или намера да се докази понуде); и 3) неоправдано горе поступање према лицу које тражи или намерава да тражи правну заштиту или је понудило или намерава да понуди доказе о дискриминаторском поступању.

Постојање претходне дискриминаторске радње представља први услов за постојање виктимизације. Законодавац је, дакле, виктимизацију ограничио на случајеве који се тичу пријављивања искључиво радње дискриминације, а не било ког противправног понашања туженог. Уколико би неоправдано горе понашање туженог уследило након што га је тужилац, на пример, пријавио због кршења прописа из области заштите животне средине,<sup>12</sup> или намеравао да понуди доказе о томе, више се не би говорило о виктимизацији као о посебном облику дискриминације. То, пак, не би искључило могућност да тужилац води парницу против туженог јер је неоправдано горе поступао према њему искључиво због тога што је пријавио његово незаконито поступање.

Постоје различити облици правне заштите који дискриминисаном лицу стоје на располагању. Грађанскоправна заштита од дискриминације може се тражити тужбом, као иницијалном парничном радњом којом се покреће поступак у парницама за заштиту од дискриминације (чл. 41 ЗЗД). Даље, кривичном пријавом може се тражити кривичноправна заштита од дискриминације, будући да је Кривичним закоником<sup>13</sup> регулисан одређен број кривичних дела у вези са дискриминацијом. Прекршајном пријавом покреће се прекршајни поступак, такође регулисан Законом о забрани дискриминације (глава VIII ЗЗД). Уставноправна заштита остварује се

---

12 Ово правило може се упоредити са правилима Закона о заштити узбуњивача (*Сл. гласник РС*, 128/14). Овим законом таксативно су набројане информације на које се заштита од узбуњивања односи. Тако, законодавац санкционише откривање информација о кршењу прописа, кршењу људских права, вршењу јавног овлашћења противно сврси због које је поверено, опасности по живот, јавно здравље, безбедност, животну средину, као и ради спречавања штете великих размера. Забрањено је свако чињење или нечињење у вези са узбуњивањем којим се узбуњивачу или лицу које има право на заштиту као узбуњивач угрожава или повређује право, односно којим се то лице ставља у неповољнији положај.

13 *Сл. гласник РС*, 85/05, 88/05-испр, 107/05-испр, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13 и 108/14. Овим законом инкриминисана су три кривична дела у вези са дискриминацијом: повреда равноправности (чл. 128), повреда права употребе језика и писма (чл. 129) и расна и друга дискриминација (чл. 387), као и читав низ кривичних дела против људских права и слобода која у себи садрже и елементе дискриминације.

путем контроле уставности и законитости закона и других општих аката као и одлучивањем по уставној жалби. Притужбом Поверенику за заштиту равноправности покреће се поступак пред посебним државним органом установљеним ЗЗД који, између осталог, даје мишљења и препоруке у конкретним случајевима и изриче меру опомене и обавештавања јавности о изреченој опомени (чл. 33 и 40 ЗЗД).<sup>14</sup> Постоји дилема да ли се под заштитом од дискриминације подразумева и, на пример, заштита коју жртва дискриминације тражи од послодавца у погледу дискриминације коју трпи од њега или другог запосленог.<sup>15</sup>

Законом није предвиђено да је услов за постојање виктимизације и да је дискриминација заиста утврђена одлуком суда или другог државног органа. У литератури се наводи да би условљавање заштите од виктимизације успехом у доказивању дискриминације било супротно сврси виктимизације и лишило би је њене ефикасности (Нанушић: 22–23). Сматрам, ипак, да се не би свако пријављивање дискриминације могло сматрати разлогом за виктимизацију, већ само оно које *није* усмерено на злоупотребу прописа о заштити од дискриминације и *није* поткрепљено информацијом за коју тужилац зна да није истинита.

Како је намера да се заштита од дискриминације тражи или да се понуде докази о постојању дискриминације још један од основа за виктимизацију, а законодавац није даље разрадио овај појам, сматрам да она мора бити или саопштена тако да туженом није могла да остане непозната или да произлази из конклюдентних радњи тужиоца (прикупљање доказа, информисање о правима поводом виктимизације). Свакако, ово је једно од подручја које треба бити прецизније уређено *de lege ferenda*.

Неоправдано горе поступање према лицу које је тражило заштиту од дискриминације или понудило доказе о дискриминаторском поступању

---

14 Приликом конципирања различитих механизма за заштиту од дискриминације, законодавац је омогућио да се поводом истог акта дискриминације паралелно води већи број различитих антидискриминационих поступака. То отвара бројна спорна питања, међу којима су и литиспенденција или решавање претходног питања. О овом проблему у контексту поступка по притужбама пред Повереником за заштиту равноправности и других антидискриминационих поступака опширније: Петрушић, Грубач, 2014: 69–87.

15 Пример из данског права показује да је за постојање виктимизације довољно било и то што је стјуардеса једне авио компаније поднела притужбу управи компаније да је дискриминисана на основу расне припадности. Компанија јесте узела притужбу у разматрање, али је пропустила да обавести стјуардесу о исходу дисциплинског поступка. Како је стјуардеса одбила да учествује у поступку медијације, компанија је то искористила као разлог да јој не продужи уговор (Farkas, 2011: 39).



(или имало такву намеру) утврђује се у поступку у парницама за заштиту од дискриминације.

#### **4. Поступак у парницама за заштиту од дискриминације у случајевима виктимизације**

Законом о заштити од дискриминације прописан је посебан парнични поступак за заштиту од дискриминације. То је непотпун поступак којим су, углавном, прописана одступања од општих правила парничне процедуре, а на питања која нису регулисана овим законом сходно се примењују одредбе Закона о парничном поступку<sup>16</sup>.

Да се жртви виктимизације пружа могућност да заштиту тражи у поступку у парницама за заштиту од дискриминације регулисаним ЗЗД у складу је, између осталог, и са одлуком Европског парламента у којој је истакнуто да би се делотворно остваривање принципа равноправности поспешило уколико би се правила о прерасподели терета доказивања у парничном и управном поступку проширила и на заштиту од виктимизације<sup>17</sup>.

##### **4.1. Облици грађанскоправне заштите у случајевима виктимизације**

Тужилац у парници може да тражи: забрану извршења радње од које прети дискриминација, забрану даљег вршења радње дискриминације, односно забрану понављања радње дискриминације; утврђење да је тужени дискриминаторски поступао према тужиоцу или другоме; извршење радње ради уклањања последица дискриминаторског поступања; накнаду материјалне и нематеријалне штете и објављивање пресуде (чл. 43 ЗЗД).

Виктимизација, као облик дискриминације, може бити повод за истицање свих правозащитних захтева предвиђених ЗЗД.

Титулари права на заштиту од виктимизације јесу: 1) лице (група лица) које је тражило заштиту од дискриминације; 2) лице (група лица) које намерава да тражи заштиту од дискриминације; 3) лице (група лица) које је понудило доказе о дискриминаторском понашању и 4) лице (група лица) које намерава да понуди доказе о дискриминаторском поступању. Титулари су, дакле, жртва дискриминације која је тражила или намерава да

---

16 Закон о парничном поступку, *Сл. гласник РС*, 72/2011, 49/2013-одлука УС, 74/2013-одлука УС и 55/2014, у даљем тексту и ЗПП.

17 European Parliament resolution of 27 September 2007 on the application of Council directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin.

тражи заштиту од дискриминације као и особа која помаже или намерава да помогне дискриминисаном лицу у остваривању његовог права.

#### **4.2. Терет доказивања у парницама за заштиту од дискриминације у случајевима виктимизације**

Терет доказивања један је од најзначајнијих правних института у анти-дискриминационим парницама. Уважавајући специфичан положај жртве дискриминације, која ретко на располагању има доказна средства којима би доказала своје тврдње, законодавац је прописао правила о прерасподели терета доказивања. Према овим правилима, садржаним у чл. 45 ЗЗД, ако је суд утврдио да је извршена радња непосредне дискриминације<sup>18</sup> или је то међу странкама неспорно, тужени се не може ослободити од одговорности да није крив. Уколико тужилац учини вероватним да је тужен извршио акт дискриминације, терет доказивања да услед тог акта није дошло до повреде начела једнакости, односно повреде начела једнаких права и обавеза сноси тужени.

У контексту заштите од виктимизације поставља се питање ко са каквим степеном вероватноће треба да докаже коју од својих тврдњи.

Лице које је тражило заштиту од дискриминације треба да увери суд: 1) да је тражило заштиту од дискриминације и 2) да је услед тога трпело штетне последице. Доказивање првог навода не би требало да ствара потешкоће тужиоцу. Уколико је поступак против туженог покренут или већ окончан, тужилац ће као доказно средство приложити иницијални акт или одлуку суда или другог органа. Чак и да је том одлуком утврђено да до дискриминације није дошло, то не би требало да представља препреку за вођење поступка за заштиту од виктимизације. На доказивање околности да је тужилац тражио заштиту од дискриминације примениће се правила општег парничног поступка о терету доказивања, док ће се на доказивање постојања дискриминације применити правила о прерасподели терета доказивања.

Лице које намерава да тражи заштиту од дискриминације, треба, пак, да увери суд: 1) да је до дискриминације дошло; 2) да је због тога намеравало да тражи заштиту; 3) да је тужени знао за његову намеру и 3) да услед навода под 1), 2) и 3) трпи штетне последице. Остаје дискутабилно да ли је заиста потребно да је утврђено постојање дискриминације или је довољно

---

<sup>18</sup> Према чл. 6 ЗЗД непосредна дискриминација постоји ако се лице или група лица због његовог односно њиховог личног својства у истој или сличној ситуацији, било којим актом, радњом или пропуштањем, стављају или су стављени у неповољнији положај, или би могли бити стављени у неповољнији положај.

да тужилац оправдано верује да се понашање туженог може квалификовати као акт дискриминације. Питање постојања дискриминације поставило би се, сматрам, као претходно питање у овој парници.

Како антидискриминациони закони немају посебна правила о решавању претходног питања, сходно се примењују одредба ЗПП. Према чл. 12 ЗПП, ако одлука зависи од претходног решења питања да ли постоји неко право или правни однос, а о том питању није донео одлуку суд или други надлежни орган, суд може сам да реши то питање ако посебним прописима није другачије прописано. Одлука суда о претходном питању има правно дејство само у парници у којој је то питање решено. На решавање претходног питања потребно је применити правила о прерасподели терета доказивања, те ће на тужиоцу бити да учини вероватним да је до дискриминаторског поступања дошло а на туженом да услед тог акта није дошло до повреде начела једнаких права и обавеза.

Уколико суд нађе да до дискриминације није дошло, „отпао“ би један од услова за постојање виктимизације па се неоправдано различито понашање туженог више не би могло квалификовати као овај облик дискриминације, што не значи нужно да оно не би било санкционисано по неком другом основу. Нешто теже јесте доказивање чињенице да је тужилац намеравао да тражи заштиту од дискриминације (и да је тужени о томе био обавештен). Ово се, такође, мора доказати, јер указује на узрочно-последичну везу између (намераваног) понашања дискриминисаног лица и новог акта дискриминације. Овде ће се, чини се, применити стандардна правила доказивања – ко нешто тврди, то треба и да докаже, те ће на тужиоцу бити да докаже да је послодавац знао да он намерава да тражи правну заштиту, тј. да докаже мотив послодавца<sup>19</sup>. Напослетку, потребно је да се докаже да услед тога што је намераво да тражи правну заштиту трпи дискриминаторско поступање. На доказивање последњег се, свакако, примењују правила о прерасподели терета доказивања.

Нешто је сложенија ситуација у којој заштиту од дискриминације тражи лице које је понудило доказе о дискриминаторском понашању. То лице, дакле, није било непосредна жртва дискриминаторског поступања већ је својим поступањем допринело доказивању случаја дискриминације. На њему је да, у случају виктимизације, докаже: 1) да је понудило доказе о дискриминаторском поступању и 2) да услед тога трпи штетне последи-

---

19 „Мотив“ није термин својствен антидискриминационим парницама, већ дискриминатор врши дискриминацију због одређеног личног својства које дискриминисани има. Ипак, како се за разлог вршења дискриминације у овом случају не може користити термин „лично својство“, сматрала сам да је и термин „мотив“ одговарајући.

це. Питање је да ли се у овој парници постојање дискриминације за коју је тужилац понудио доказе јавља као претходно питање. Чини се да, самим тим што акт понуде доказа може да се докаже, нема потребе да се доказује и постојање дискриминације јер то није од значаја за исход поступка о виктимизацији.

Најзахтевнија је ситуација у којој се налази лице које намерава да понуди доказе о дискриминаторском поступању. За постојање виктимизације од значаја је: 1) да је тужилац намеравао да понуди доказе о дискриминаторском поступању; 2) да је тужени знао за ту чињеницу; 3) да тужилац трпи штетне последице услед навода под 1) и 2). За разлику од претходног случаја, овде може бити важно и да ли је до дискриминације заиста дошло или је бар код тужиоца постојало уверење да је до дискриминације дошло. Да дискриминације није било, онда би се намера тужиоца да понуди доказе могла сматрати и шиканозним понашањем, а основ виктимизације, односно различитог понашања јер је тужилац намеравао да понуди доказ о дискриминаторском поступању, отпао би. Свакако, на тај начин не би била доведена у питање могућност да је тужени неоправдано различито поступао према тужиоцу, само би основ због кога је то радио био другачији.

Поступак у парницама за заштиту од дискриминације је хитан. Да би се спречила ненадокнадива штета, тужилац може тражити изрицање привремене мере.

## **5. Закључне напомене**

Сва три антидискриминациона закона као посебан облик дискриминације издвајају и забрану позивања на одговорност – виктимизацију. Уношењем ове норме у законски текст законодавац је показао да следи европске трендове, како оне диктиране директивама Европске уније, тако и решењима из упоредног законодавства. Иако је законодавац обухватио широк круг активно процесно легитимисаних субјеката, стиче се утисак да није сагледао практичне проблеме који се могу појавити приликом примене прописа о виктимизацији. Недовољно јасни услови под којима се може тражити заштита од виктимизације, отварање претходног питања и прерасподела терета доказивања само су нека од подручја која се у пракси могу јавити као спорна. Из тих разлога, законодавац би убудуће требало да посвети више пажње овом облику дискриминације и прецизније и детаљније уреди ову област.

## Литература

*Developing Anti-Discrimination Law in Europe.* (2014). Luxembourg: Publication Office of the European Union

Farkas, L. (2011). *How to Present a Discrimination Claim: Handbook on seeking remedies under the EU non-discrimination Directives.* Luxembourg: Publication Office of the European Union

Nežirović, G. (2012). *Postupci za zaštitu od diskriminacije*, Преузето: 22.9.2015. [www.rs.cest.gov.ba](http://www.rs.cest.gov.ba)

Петрушић, Н. Грубач, М. (2014). Узајамни однос поступка пред Повереником за заштиту равноправности и других антидискриминационих поступака. *Зборник радова Правног факултета у Нишу.* 66 (2014). 69–87

Петрушић, Н. Крстић, И. Маринковић, Т. (2014). *Коментар Закона о забрани дискриминације.* Београд: Правосудна академија

*Судска грађанскоправна заштита од дискриминације.* (2012). Београд: Повереник за заштиту равноправности

Hanušić, A. (2013). *Sudska zaštita od diskriminacije u Bosni i Hercegovini (Analiza zakonskih rješenja i prakse u svjetlu prvih predmeta u ovoj oblasti).* Sarajevo: Analitika – Centar za društvena istraživanja

European Parliament resolution of 27 September 2007 on the application of Council directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin

Закон о забрани дискриминације, *Службени гласник РС*, Бр. 22. 2009

Закон о забрани дискриминације, *Службени гласник БиХ*, Бр. 59. 2009

Закон о заштити узбуњивача, *Службени гласник РС*. Бр. 128. 2014

Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом, *Службени гласник РС*. Бр. 33. 2006

Закон о равноправности полова, *Службени гласник РС*. Бр. 104. 2009

Закон о парничном поступку, *Службени гласник РС*, Бр. 72. 2011, 49. 2013 – одлука

УС, 74. 2013 – одлука УС и 55. 2014

Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, Бр. 98. 2006

Council Directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, Official Journal of the European Communities, L 303

Council Directive 2000/43/EC implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, Official Journal of the European Communities, L 180

**Anđelija Tasić, LL.B.**

*Teaching Assistant,*

*Faculty of Law, University of Niš*

**PROHIBITION OF INVOKING LIABILITY IN ANTI-DISCRIMINATION  
LEGISLATION: NATIONAL AND EUROPEAN STANDARDS**

**Summary**

*The adoption of systemic legislative acts in the field of anti-discrimination law has resulted in introducing definitions of new legal instruments which are significant for providing a more substantial protection not only to persons who were subjected to some form of discrimination but also to third parties who are involved in combating against discrimination and who contribute to this cause one way or another. With reference to the Directive EU 2000/43/EC and Directive 2000/78/EC, the Serbian Anti-Discrimination Act, the Gender Equality Act and the Act on the Prevention of Discrimination against Persons with Disabilities explicitly prescribe the prohibition of invoking liability. The ban refers to the persons or groups who are unjustifiably exposed to inadequate treatment (which is more excessive as compared to the treatment received by others), exclusively or predominantly on the grounds that they have sought or intend to seek protection against discrimination, or because they have provided or are about to provide evidence about discriminatory conduct. In this paper, the author first compares the legal solutions envisaged in the national legislation with the legal solutions in the comparative law. Thereupon, the author provides a critical analysis of the positive legislation for the purpose of exploring the potentials for improving the existing legal provisions.*

**Key words:** *anti-discrimination lawsuits, prohibition of invoking liability, victimization.*

## ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ (M51)

### УПУТСТВО АУТОРИМА

<b>Опште напомене</b>	Рукопис рада компјутерски обрадити коришћењем програма <i>Word</i> , у фонту <i>Times New Roman</i> ћирилица (Serbian-Cyrillic), (осим оригиналних латиничних навода), <b>величина фонта 12 pt</b> , размак између редова 1,5. Формат странице треба да
<b>Обим рада</b>	Један ауторски табак - рад не треба да има више од <b>40.000</b> карактера.
<b>Језик и писмо</b>	Језици на којима се могу објављивати радови су српски, енглески, руски, француски и немачки.
<b>Наслов рада</b>	<b>Наслов рада</b> куцати величином фонта <b>14 pt, bold</b> , Times New Roman
<b>Аутор(и)</b>	Име и презиме аутора, назив и пуна адреса институције у којој аутор ради, контакт е-mail адреса (величина фонта 12 pt). Све податке о ауторима, титула и институција,
<b>Подаци о пројекту или програму*</b>	На дну прве странице текста, треба навести у фусноти следеће: Назив и број пројекта, назив програма, назив институције која финансира пројекат.
<b>Подаци о усеном саопштењу рада*</b>	Ако је рад био изложен на научном скупу у виду усеног саопштења под истим или сличним називом, податак о томе треба навести у
<b>Апстракт</b>	Апстракт садржи 100-250 речи.
<b>Кључне речи</b>	Не више од 10 кључних речи на српском и енглеском језику (Key words).
<b>Структура текста</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Увод</li> <li>2. Поднаслов 1 <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1. Поднаслов 2 <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1.1. Поднаслов 3</li> </ol> </li> </ol> </li> <li>3. Поднаслов 2</li> <li>4. Закључак</li> </ol> <p>Наслови и поднаслови пишу се фонтом 12 pt, <b>bold</b>.</p>
<b>Литература (References)</b>	Пише се након текста, као посебна секција. Поређати све јединице азбучним редом по презимену аутора, а код истог аутора, по години издавања (од најновије до најстарије). Молимо ауторе да искључе команду numbering, тј. без бројева испред. (Погледати табелу на крају упутства).
<b>Резиме (Summary)</b>	Пише се на крају текста после Литературе, дужине до 2 000 карактера
<b>Табеле, графикони, слике</b>	Табеле урадити у Wordу или Excelу. Фотографије, графикони или слике доставити у формату jpg.
<b>Ауторска права</b>	Аутори радова потписују сагласност за пренос ауторских права. Изјаву преузети <a href="#">овде</a> .
<b>Достава радова</b>	Радови се достављају у електронском облику (као <i>attachment</i> ) на следећу адресу: <a href="mailto:zbornik@prafak.ni.ac.rs">zbornik@prafak.ni.ac.rs</a>
<b>Огледни примерак рада</b>	Овде можете преузети ОГЛЕДНИ ПРИМЕРАК РАДА

\* Ови подаци уносе се само у случају да рад испуњава наведене услове (пројекат или саопштење)

## УПУТСТВО ЗА ЦИТИРАЊЕ ЛИТЕРАТУРЕ

Навођење цитата треба урадити у тексту, као што је наведено у упутству. **Фус ноте** користити само када је неопходно пружити додатно објашњење или пропратни коментар, као и у случају позивања на нормативни акт, службена гласила и одлуке судова.

**Цитати и позиви на литературу у тексту и листа библиографских јединица на крају текста морају се у потпуности слагати.** Сваки цитат из текста и позив на литературу мора да се нађе на листи библиографских јединица, односно, свака библиографска јединица наведена у литератури мора да се нађе у тексту. Позив на библиографске јединице наводи се у оригиналном писму, без превођења.

Врста рада	Референце – литература	Цитирање у тексту
Књига, 1 аутор	Келзен, Х. (2010). <i>Ониа теорија права и државе</i> . Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.	(Келзен, 2010: 56)
Књига, Више аутора	Dimitrijević, V. Popović, D. Papić, T. Petrović, V. (2007). <i>Međunarodno pravo ljudskih prava</i> . Београд: Београдски центар за људска права.	<b>Прво цитирање у тексту:</b> (Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 128) <b>Наредно цитирање у тексту:</b> (Dimitrijević et al. 2007: 200)
Колективно ауторство	<i>Oxford Essential World Atlas</i> . (1996). 3.ed. Oxford: Oxford University Press.	(Oxford, 1996: 245)
Рад или део књиге која има приређивача	Nolte, K. (2007). <i>Zadaci i način rada nemačkog Bundestaga</i> . U Pavlović, V. i Orlović, S. (Prir.). <i>Dileme i izazovi parlamentarizma</i> . Београд: Konrad Adenauer Stiftung. 279-289.	(Nolte, 2007: 280)
Чланак у часопису	Марковић, Р. (2006). Устав Републике Србије из 2006 – критички поглед. <i>Анали Правног факултета у Београду</i> . 2(LIV). 5-46	(Марковић, 2006: 36)
Енциклопедија	Pittau, J. (1983). <i>Meiji constitution</i> . In <i>Kodansha encyclopedia of Japan</i> . Vol. 2. Tokyo: Kodansha. 1-3.	(Pittau, 1983: 3)
Институција као аутор	Републички завод за статистику. (2011). <i>Месечни статистички билтен</i> . Бр. 11.	(Републички завод за статистику, 2011)
Прописи	Закон о основама система васпитања и образовања. <i>Службени гласник РС</i> . Бр. 62. 2004.	<b>Фус нота:</b> Чл. 12. Закона о основама система васпитања и образовања, <i>Сл. гласник РС</i> , 62/04
Судске одлуке	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905 или <i>Otojudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10 или Одлука Уставног суда IY-197/2002. <i>Службени гласник РС</i> . Бр. 57. 2003.	<b>Фус нота:</b> Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] или Одлука Уставног суда IY-197/2002
Електронски извори	Wallace, A.R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Преузето 15.11.2005. <a href="http://www.gutenberg.org/etext/2530">http://www.gutenberg.org/etext/2530</a> или European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Преузето 24.5.2007. <a href="http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>	<b>Навођење у тексту:</b> (Wallace, 2001)  <b>Фус нота:</b> European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Преузето 24.5.2007. <a href="http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>



# Journal of the Law Faculty, University of Niš (M51)

## GUIDELINES FOR AUTHORS

<b>General notes</b>	The paper shall be processed in <i>MS Word (doc.)</i> format: paper size A4; font <b>Times New Roman (Serbian-Cyrillic)</b> , except for papers originally written in <i>Latin</i> script; font size 12 pt; line spacing 1,5.
<b>Paper length</b>	The paper shall not exceed 16 pages. <b>An article</b> shall not exceed 40.000 characters (including spaces). <b>A review</b> shall not exceed 6.000 characters (including spaces).
<b>Language and script</b>	Papers may be written in Serbian, English, Russian, French and German.
<b>Paper Title</b>	<b>The paper title</b> shall be formatted in font <b>Times New Roman</b> , font size <b>14 pt, bold</b> . The title shall be submitted in English as well.
<b>Author(s)</b>	After the title, the paper shall include the name and surname of the author(s), the name and full address of the institution affiliation, and a contact e-mail address (font size 12 pt). The data on the author(s), academic title(s) and rank(s), and the institution shall be provided in English as well.
<b>Data on the project or program*(optional)</b>	In the footnote at the bottom of the first page of the text shall include: the project/program title and the project number, the project title, the name of the institution financially supporting the project.
<b>Data on the oral presentation of the paper*(optional)</b>	In case the paper has already been presented under the same or similar title in the form of a report at a prior scientific conference, authors are obliged to enter a relevant notification in a separate footnote at the bottom of the first page of the paper.
<b>Abstract</b>	The abstract shall comprise 100 - 250 words at the most
<b>Key words</b>	The list of key words following the abstract shall not exceed 10 key words. The key words shall be submitted in both Serbian and English.
<b>Text structure</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Introduction</li> <li>2. Chapter 1             <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1. Section 2                 <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1.1. Subsection 3</li> </ol> </li> </ol> </li> <li>3. Chapter 2</li> <li>4. Conclusion</li> </ol> <p>All headings (Chapters) and subheadings (Sections and Subsections) shall be in <i>Times New Roman</i>, font 12 pt, <b>bold</b>.</p>
<b>References</b>	At the end of the submitted text, the author(s) shall provide a list of References. All entries shall be listed in alphabetical order by author's surname, and each entry shall include the source and the year of publication. When referring to the same author, include the year of publication (from the most recently dated backwards). Please, see the table at the end of the <b>Guidelines for Authors</b> .
<b>Summary</b>	The summary shall be included at the end of the text, after the References. The summary shall not exceed 2.000 characters (including spaces) and it shall be submitted in both Serbian and English.
<b>Tables, graphs, figures</b>	Tables shall be prepared in <i>MS Word</i> or in <i>Excell</i> . Photos, graphs or figures shall be in <b>jpg</b> format.
<b>Copyright</b>	The authors are obliged to sign a written consent on the transfer of copyright. The Author's Statement may be downloaded <a href="#">here</a> .
<b>Paper submission</b>	The papers shall be submitted in electronic format (as an <b>attachment</b> ) to the following address: <b><a href="mailto:zbornik@prafak.ni.ac.rs">zbornik@prafak.ni.ac.rs</a></b>

\* The data shall be included only if the paper is subject to such circumstances.

## CITATION GUIDELINES

The citations should be included in the text, in line with the guidelines provided below. Footnotes shall be used only for additional explanation or commentary and for referring to the specific normative act, official journals, and court decisions.

In-text citations and reference entries shall fully comply with the list of bibliographic units in the References, provided at the end of the paper. Each in-text citation and reference entry shall be clearly cross-referenced in the list of bibliographic units and, vice versa, each bibliographic unit shall be entered in the text of the submitted paper. The referential sources shall be cited in the language and script of the original work (without providing an English translation).

Type of work	References	In-text citation
Book, (single author)	Келзен, Х. (2010). <i>Општа теорија права и државе</i> . Београд: Правни факултет Универзитета у Београду	(Келзен, 2010: 56)
Book, (a number of authors)	Dimitrijević, V., Popović, D., Papić, T., Petrović, V. (2007). <i>Međunarodno pravo ljudskih prava</i> . Београд: Београдски центар за људска права	<b>First in-text citation:</b> (Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 128) <b>A subsequent in-text citation:</b> (Dimitrijević et al., 2007: 200)
Joint authorship (a group of authors)	<i>Oxford Essential World Atlas</i> (3rd ed.). (1996). Oxford, UK: Oxford University Press	(Oxford, 1996: 245)
An article or a chapter in a book with an editor	Nolte, K. (2007). <i>Zadaci i način rada nemačkog Bundestaga</i> . U V.Pavlović i S.Orlović (Prir.), <i>Dileme i izazovi parlamentarizma</i> (str. 279-289). Београд: Konrad Adenauer Stiftung	(Nolte, 2007: 280)
Article in a journal	Марковић, Р. (2006). Устав Републике Србије из 2006 – критички поглед. <i>Анали Правног факултета у Београду</i> . 2(LIV). 5-46	(Марковић, 2006: 36)
Encyclopedia	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha encyclopedia of Japan</i> (Vol. 2, pp. 1-3). Tokyo: Kodansha	(Pittau, 1983: 3)
Institution as an author	Републички завод за статистику. <i>Месечни статистички билтен</i> . Бр. 11 (2011)	(Републички завод за статистику, 2011)
Legal acts and regulations	Закон о основама система васпитања и образовања. <i>Службени гласник РС</i> . Бр. 62 (2004)	<b>Footnote:</b> Чл. 12. Закона о основама система васпитања и образовања, <i>Сл. гласник РС</i> , 62/04
Court decisions	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905 или <i>Отојуди у УК</i> (2010) 51 EHRR 10 или Одлука Уставног суда IУ-197/2002, <i>Службени гласник РС</i> . Бр. 57 (2003)	<b>Footnote:</b> Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] или Одлука Уставног суда IУ-197/2002
Online sources	Wallace, A. R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Retrieved 15. November. 2005, from <a href="http://www.gutenberg.org/etext/2530">http://www.gutenberg.org/etext/2530</a> or European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24. May. 2007, from <a href="http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>	<b>In-text citation:</b> (Wallace, 2001) <b>Footnote:</b> European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24. May. 2007, from <a href="http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>