
UDK 34(058)



ISSN 0350-8501

UNIVERZITET U NIŠU
PRAVNI FAKULTET

**ZBORNİK RADOVA PRAVNOG
FAKULTETA U NIŠU**

BROJ 70 | GODINA LIV | 2015

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

N^o 70 | YEAR LIV | 2015

NIŠ, 2015.

ZBORNİK RADOVA PRAVNOG FAKULTETA U NIŠU

Niš, 2015.

Izdavač

Pravni fakultet u Nišu

Za izdavača

Prof. dr Miroslav Lazić, dekan

Glavni i odgovorni urednik

Prof. dr Irena Pejić

Urednici broja

Prof. dr Miroslav Lazić

Prof. dr Milena Jovanović Zattila

Članovi Redakcionog odbora iz zemlje

Prof. dr Dragan Čorbić Prof.
dr Mirko Živković Prof. dr
Nevena Petrušić Prof. dr Saša
Knežević Prof. dr Srđan
Golubović Prof. dr Goran
Obradović

Članovi Redakcionog odbora iz inostranstva Prof.

dr Michael Geistlinger, profesor Univerziteta, Salzburg,
Austrija

Prof. dr Ivanova Svetlana Anatoljevna, dekan
Pravnog fakulteta Finansijskog univerziteta Vlade
Ruske federacije

Prof. dr Sašo Georgijevski, profesor Pravnog
fakulteta Justinijan Prvi, Skoplje, Makedonija
Grucina Людмила Югъевна, doktor pravnih nauka,
Katedra građanskog prava Finansijskog univerziteta
Vlade Ruske federacije

Prof. dr Anatoliĭ Kapustin, profesor
Finansijskog univerziteta Vlade Ruske
federacije

Prof. dr Isabel S. Marcus, profesor Pravnog fakulteta
Univerziteta Bafaloa, Bafalo, SAD Selivon Nikolaĭ
Fedosoviĭ, akademik, predsednik Međunarodnog
trgovinskog arbitražnog suda pri Privredno-
industrijskoj komori Ukrajine

Prof. dr Šagieva Rozalina Vasiljevna, prorektor
Akademije advokature i notarijata Ruske federacije

Sekretar Redakcionog odbora: doc. dr Dušica Miladinović-Stefanović

Prevodi: Gordana Ignjatović (engleski)

Lektura: Aleksandra Gojković **Tehnički**

urednik: Nenad Milošević **Štampa:** Punta,

Niš

Od 1. marta 2014. godine Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu
pod nazivom *Collection of papers, Faculty of Law, Nis* je u punom tekstu dostupan u
EBSCO bazi Legal Source.

CENTAR ZA PUBLIKACIJE Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu
18 000 Niš, Trg kralja Aleksandra 11, tel. +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 Ivanova Svetlana Anatol'evna, 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 Grucina Lyudmila Yur'evna, Civil Law Department,
Faculty of Law, Finance University of the Government of
the Russian Federation, Moscow, Russian Federation

Prof. dr Anatoliy Kapustin, Faculty of Law, Finance Univer-
sity of the Government of the Russian Federation, Moscow,
Russian Federation

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

Selivon Nikolay Fedosovich, Academician, Chairman of the
International Trade Arbitration Court, Ukrainian Chamber
of Commerce and Industry, Ukraine

Prof. dr Šagieva Rozalina Vasil'evna, 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 Website:

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

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

SADRŽAJ

I ČLANCI

Uvodna reč.....	17
Michael GEISTLINGER, The EU-Neighbourhood Policy and the Case of Transnistria....	21
Rodoljub ETINSKI, Concept of Indirect Discrimination under Article 14 of the European Convention on Human Rights	41
Vesna KNEŽEVIĆ PREDIĆ, Zaštita žrtava oružanih sukoba: 150 godina Ženevske konvencije za poboljšanje sudbine ranjenika na bojnopolju	59
Zoran RADIVOJEVIĆ, Sudska zaštita službenika u Evropskoj uniji.....	81
Darko SIMOVIĆ, Rodna ravnopravnost u svetlosti ostvarivanja slobode veroispovesti	101
Nebojša RAIČEVIĆ, Zaštita dece u međunarodnom humanitarnom pravu	119
Maja NASTIĆ, Izborno pravo osoba sa invaliditetom.....	137
Slaviša KOVAČEVIĆ, Društveni okvir „prava slabijeg“	157
Todor KALAMATIEV, Aleksandar RISTOVSKI, Subordinacija u radnom pravu i savremeni izazovi razgraničenja ugovora o radu i ugovora o delu	171
Milan PETROVIĆ, Prilog učenju o osnovnim pojmovima trijalističke teorije prava i države.....	195
Predrag DIMITRIJEVIĆ, Dejan VUČETIĆ, Ostvarivanje prava na službenu upotrebu jezika i pisama prilikom upravnog postupaња u Republici Srbiji	229

Srdan GOLUBOVIĆ, Uloga narodne banke Srbije u očuvanju i jačanju finansijske stabilnosti.....	253
Goran OBRADOVIĆ, Zaštitna funkcija zakonodavstva o radu	269
Marina DIMITRIJEVIĆ, Pravičnost i aktuelno modeliranje poreskih sistema u svetu.....	277
Vanja VALKADINOVA, Административные аспекты защиты от дискриминации людей с ограниченными возможностями в соответствии с болгарским законодательством.....	293
Marko DIMITRIJEVIĆ, Upravljanje javnim zajmom: pravno-ekonomske posledice po položaj države kao dužnika.....	311
Štefan PIRNER, Zaštita okrivljenih i optuženih u krivičnom postupku u svetlu specifičnih uslova pravne transformacije ...	329
Miodrag N. SIMOVIĆ, Marina M. SIMOVIĆ, Vladimir M. SIMOVIĆ, Postupak za izdavanje kaznenog naloga u krivičnom procesnom zakonodavstvu i praksi u Bosni i Hercegovini	353
Vojislav ĐURĐIĆ, Zakonske garancije prava na pravično suđenje u krivičnom postupku Srbije	373
Dragan JOVAŠEVIĆ, Odgovornost i kažnjivost za zločin genocida.....	391
Miomira KOSTIĆ, Filip MIRIĆ, Dvostruki odraz nepismenosti – viktimogena predispozicija i/ili kriminogeni faktor.....	409
Darko DIMOVSKI, Restorativna pravda u funkciji zaštite od nasilja u porodici	423

Dušica MILADINOVIĆ STEFANOVIĆ, Zaštita manjinskih grupa od govora mržnje - Preispitivanje kapaciteta krivičnog zakonodavstva Srbije -.....	439
Nadezhda KRUSTEVA, Deviant child behavior: A child as a victim or an offender....	459
Ivan ILIĆ, Primena principa In dubio pro reo u krivičnom postupku	467
Dragan BOLANČA, Pravni položaj člana posade broda	483
Dušan NIKOLIĆ, Legal protection of the weaker side in Private law of the Republic of Serbia	499
Rodna ŽIVKOVSKA, Tina PRŽESKA, Dragi RAŠKOVSKI, The legal status of the owner of the expropriated property in the Republic of Macedonia	517
Zoran PONJAVIĆ, Porodična prava dede i babe prema unucima	535
Miroslav LAZIĆ, Zaštita hipotekarnog dužnika od nepravinih klauzula.....	555
Dragor HIBER, Miloš ŽIVKOVIĆ, Zaštita korisnika kredita od jednostrane izmene visine ugovorene kamate	573
Đorđe L. NIKOLIĆ, Mihajlo CVETKOVIĆ, Pojam predugovora u prednacrtu građanskog zakonika Republike Srbije	587
Marija IGNJATOVIĆ, Osvrt na pravni položaj deteta u rimskom pravu	605
Nataša HADŽIMANOVIĆ, Zwang versus Freiheit: Vertrauliche und anonyme Geburt auf dem Prüfstein	615

Radenko JOTANOVIĆ, Pravo građenja	637
Tina PRŽESKA, The legal status of the mortgage creditor and the mortgage debtor	657
Ivana SIMONOVIĆ, Privatna autonomija i zabrana diskriminacije u građanskopravnim odnosima	677
Milica VUČKOVIĆ, Mesna uobičajenost korišćenja nepokretnosti i teorija preokupacije u sistemu imisione građanskopravne zaštite	703
Silvija PETRIĆ, Temeljna obilježja prava zaštite potrošača Republike Hrvatske u svjetlu novog Zakona o zaštiti potrošača.....	719
Aleksandar ĆIRIĆ, Predrag CVETKOVIĆ, Načelo specijalnog i diferencijalnog tretmana u pravu Svetske trgovinske organizacije.....	737
Milena JOVANOVIĆ ZATTILA Pravo potrošača na povlačenje iz ugovora.....	755
Zlatan MEŠKIĆ, Novine u procesnopravnoj zaštiti potrošača u prekograničnim sporovima u Evropskoj uniji	767
Mustafa YASAN, Consumers protection against general terms in banking contracts as unfair competition practices according to turkish law.....	785
Anita PETROVIĆ, Novo pravno uređenje finansijskih usluga u BiH – koliko su korisnici stvarno zaštićeni?.....	801
Georgios PANOPOULOS, The influence of the e-commerce directive on conflict-of laws and jurisdiction rules regarding the protection of tort victims and consumers.....	823

Alehandra E. DOUGA, Consumer protection in greece, especially in insurance contracts	841
Dejan BODUL, Ivan RUBINIĆ, Draft of the croatian consumer bankruptcy act: Legal Protection Instrument for Over-indebted Consumers or Prolongation of the Status Quo?	863
Gordana STANKOVIĆ, Pravna zaštita tzv. pravno nevidljivih lica	885
Nevena PETRUŠIĆ, Postupak za lišenje poslovne sposobnosti u pravu Srbije u kontekstu međunarodnih standarda o pravima osoba sa invaliditetom	903
Aleksandar MOJAŠEVIĆ, Parnica nasuprot neposrednom pregovaranju: ekonomska analiza.....	921
Gunnar FRANCK, Injured parties and personal liability insurance: Legal protection in European Private International Law	941
Vassiliki KOUMPLI, Some considerations on the position of vulnerable parties in mediation	961
Anđelija TASIĆ, Zaštita od pozivanja na odgovornost u antidiskriminacionom pravu – nacionalni i evropski standardi	979
Uputstvo za autore	991

CONTENTS

Editor's Introductory Note	19
----------------------------------	----

I ARTICLES

Michael GEISTLINGER Susedska politika Evropske unije i Slučaj Transnistrije	21
Rodoljub ETINSKI Novi koncept posredne diskriminacije prema članu 14. Evropske konvencije o ljudskim pravima	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

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

Darko DIMOVSKI, The Role of Restorative Justice in the Protection against Domestic Violence	423
Dušica MILADINOVIĆ STEFANOVIĆ, Protection of minority groups from hate speech: Re-assessing the Capacities of the Serbian Criminal Legislation.....	439
Nadezhda KRUSTEVA, Devijantno ponašanje dece: dete kao žrtva ili počinitelj.....	459
Ivan ILIĆ, Application of the In dubio pro reo Principle in Criminal Procedure.....	467
Dragan BOLANČA, Legal Position of Ship Crew Members	483
Dušan NIKOLIĆ, Pravna zaštita slabije strane u privatnom pravu Republike Srbije	499
Rodna ŽIVKOVSKA, Tina PRŽESKA, Dragi RAŠKOVSKI, Pravni položaj vlasnika eksproprijisanog zemljišta u Republici Makedoniji	517
Zoran PONJAVIĆ, Grandparents' Family Rights regarding Grandchildren	535
Miroslav LAZIĆ, Protection of the Mortgage Debtor from Unfair Clauses.....	555
Dragor HIBER, Miloš ŽIVKOVIĆ, Protection of Credit Users from Unilateral Changes in the Contracted Interest Rate	573
Đorđe L. NIKOLIĆ, Mihajlo CVETKOVIĆ, The Concept of Preliminary Agreement in the Preliminary Draft of the Serbian Civil Code.....	587
Marija IGNJATOVIĆ, Legal Status of the Child in Roman Law.....	605

Nataša HADŽIMANOVIĆ, Prinuda ili sloboda: Poverljivi i anonimni porođaj	615
Radenko JOTANOVIĆ, Right to build	637
Tina PRŽESKA, Pravni status hipotekarnog poverioca i hipotekarnog dužnika.....	657
Ivana SIMONOVIĆ, Private Autonomy and Non-Discrimination in Civil Law ...	677
Milica VUČKOVIĆ, The Standard of Customary Local Usage of Land and the Theory of First Occupancy in the Civil Law Protection against Emissions	703
Silvija PETRIĆ, General Features of Consumer Protection Law in the Republic of Croatia in the context of the new Consumer Protection Act	719
Aleksandar ĆIRIĆ, Predrag CVETKOVIĆ, The Principle of Special and Differential Treatment in the WTO Law.....	737
Milena JOVANOVIĆ ZATILA The Consumer's Right to Withdraw from the Contract	755
Zlatan MEŠKIĆ, 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
Mustafa YASAN, Zaštita potrošača protiv opštih uslova ugovaranja kao primera nelojalne konkurentske prakse banaka u pravu Turske	785
Anita PETROVIĆ, The New Legal Regulation of Financial Services in B&H: How much are the users really protected?	801

Georgios PANOPOULOS, Uticaj Direktive o elektronskoj trgovini na izbor merodavnog prava i normi o nadležnosti za zaštitu slabije strane (lica oštećenih po osnovu vanugovorne odgovornosti i potrošača)	823
Alehandra E. DOUGA, Zaštita potrošača u Grčkoj, naročito u ugovorima o osiguranju	841
Dejan BODUL, Ivan RUBINIĆ, Nacrt Zakona o stečaju potrošača Republike Hrvatske: Instrument pravne zaštite za prezadužene potrošače ili produženje status quo?.....	863
Gordana STANKOVIĆ, Legal Protection of the Legally Invisible Persons	885
Nevena PETRUŠIĆ, The Procedure for Deprivation of Contractual Capacity in Serbian Legislation in light of international standards on the rights of people with disabilities	903
Aleksandar MOJAŠEVIĆ, Litigation vs. Direct Negotiation: An Economic Analysis	921
Gunnar FRANCK, Oštećene strane i osiguranje od lične odgovornosti: Pravna zaštita u Evropskom međunarodnom privatnom pravu	941
Vassiliki KOUMPLI, Neka zapažanja o položaju slabije strane u Medijaciji.....	961
Anđelija TASIĆ Prohibition of Invoking Liability in Anti-Discrimination Legislation: National and European standards.....	979
Instruction for Authors	993

Uvodna reč

Zbornik radova koji je pred vama, nastao je kao rezultat učešća velikog broja inostranih i domaćih stručnjaka na međunarodnoj naučnoj konferenciji „Pravo u funkciji zaštite slabijeg“. Konferencija je održana 18. i 19. Maja 2015. godine u organizaciji Centra za pravna i društvena istraživanja Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu, u sklopu obeležavanja 55. godišnjice rada. Izbor teme konferencije izraz je namere pravne nauke da doprinese poboljšanju nepovoljnog pravnog položaja određenih kategorija lica u raznorodnim pravnim odnosima, kao što su deca, stariji, osobe sa invaliditetom, žrtve nasilja, žrtve rata, pripadnici manjina, okrivljeni, potrošači i drugi „slabiji“ ugovarači, pacijenti, ekonomski zavisni subjekti i dr. Ovakva tema vrlo je aktuelna imajući u vidu rastuće razlike i nejednakost među ljudima na svetskom i lokalnom nivou. Pravo može da ponudi smernice kako bi se njihove perspektive makar kretale u istom, pozitivnom smeru.

Na konferenciji je učestvovalo 70 autora sa 63 referata, kojima se ovom prilikom zahvaljujemo na njihovom ličnom angažovanju. Posebnu zahvalnost upućujemo inostranim referentima koji su predstavili: Pravni fakultet Univerziteta u Salzburgu (Austrija), Max Planck institut za uporedno i međunarodno privatno pravo (Nemačka), Pravni fakultet Univerziteta Sakarya (Turska), Helenski institut za međunarodno i inostrano pravo (Grčka), Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu i Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci (Hrvatska), Pravni fakultet „Justinijan Prvi“ Univerziteta „Sveti Ćirilo i Metodije“ (Makedonija), Pravni fakultet Univerziteta u Zenici i Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli (Bosna i Hercegovina), Nemačku fondaciju za međunarodnu pravnu saradnju (IRZ). Konferenciju su uveličali i renomirani domaći autori sa Pravnog fakulteta i Fakulteta političkih nauka Univerziteta u Beogradu, Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu, Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu, Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci i Kriminalističko-policijske akademije. Raznovrsno geografsko i profesionalno poreklo učesnika (univerzitetski radnici, istraživači, sudije, advokati) obezbedilo je izuzetne uslove za naučnu diskusiju.

Treba pomenuti i pisani doprinos uvaženih kolega sa Finansijskog univerziteta Vlade Ruske Federacije, Ruske akademije advokature i notarstva, kao i Univerziteta „Družba narodov“. Iako nisu prisustvovali, oni su poslatim radovima nadogradili međunarodni karakter konferencije. Isto važi i za autore sa bugarskog Univerziteta „Neofit Rilski“.

Rad konferencije odvijao se u dve odvojene, simultane sesije. Javnopravna sesija objedinila je radove iz ustavnog, radnog, upravnog i krivičnog prava, uključujući i pravnoekonomska pitanja. Privatnopravna sesija obuhvatila je radove iz domena građanskog materijalnog prava, trgovinskog prava i zaštite potrošača, kao i građanskog procesnog prava sa međunarodnim privatnim pravom. Objavljivanje ovog Zbornika izraz je nastojanja da se rezultati istraživanja učine dostupnim široj javnosti, kako bi se podstakla naučna i stručna rasprava o teorijskim i praktičnim problemima vezanim za pojedina područja pravnog sistema, čime se ostvaruje i deo postavljenih ciljeva same konferencije.

Održavanje konferencije finansijski je pomoglo Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije. Opšti je zaključak da je konferencija protekla veoma uspešno i u sadržinskom i u organizacionom smislu, pa je tako na primerenom akademskom nivou obeležen jubilej Fakulteta.

UREDNICI

Prof. dr Milena Jovanović Zattila
Upravnica Centra za pravna i
društvena istraživanja

Prof. dr Miroslav Lazić
Dekan Pravnog fakulteta

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 14th 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.”¹ 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; Levstchev, 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.² 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 1989³ and, thus, before the end of the Soviet Union, a manifest reason for a war on secession would not have been given.⁴

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 Cigany (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 (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.⁵ 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.⁶ 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).⁷ 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.⁸ 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 (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.⁹ 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 solutions¹⁰ 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.¹¹ 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 Georgia¹² 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,¹³ 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 1990th 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.¹⁴ 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,¹⁵ 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 2003.¹⁶ 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 14th Soviet army and parts of the 5th 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 reason¹⁷ (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.¹⁸ 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*”.¹⁹ 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.²⁰ 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.²¹

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 2006.²² 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;²³

The armed conflict between Moldova and Transnistria, which escalated in December 1991 and culminated in spring 1992, was ended by intervention of the 14th 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.²⁴

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.²⁵ 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 Ukraine²⁶ and by Moldova²⁷ 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.²⁸ Just like Joint Staff Working Document on the Implementation of the European Neighbourhood Policy - Eastern Partnership Implementation Report of 25 March 2015,²⁹ 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.³⁰ 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;³¹ 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.³² 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.³³ 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 Pridnestrov'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 rossiiyan*. [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

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

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

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/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 (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,

Redovni profesor,

Odsek za međunarodno javno pravo,

Pravni fakultet, Univerzitet u Salzburgu, Austrija

SUSEDKA POLITIKA EVROPSKE UNIJE I SLUČAJ TRANSNISTRIJE

Rezime

Oružani sukob u Istočnoj Ukajini izazvan je agresivnom susedskom politikom Evropske unije, koja je Ukrajinu dovela u situaciju da bira između dva zla. U senci te politike, Evropska unija i Republika Moldovija otvorile su još jedno sporno pitanje potpisivanjem Sporazuma o pridruživanju, koji obuhvata Produblvenu i sveobuhvatnu zona slobodne trgovine (AA/ DCFTA) ustanovljenu 27. Junu 2014. godine. Pojedini delovi ovog Sporazuma o pridruživanju počeli su se privremeno primenjivati od 1. Septembra 2014. godine. Zaključivanjem ovog ugovora, Evropska unija je na teritoriji bivšeg Sovjetskog saveza nastavila svoju politiku zanemarivanja sukoba, izbegavanja principa nepristrasnosti i zauzela stav kojim se podržavaju države i vlade naklonjene Evropskoj uniji, pri čemu se zanemaruje istorijski kontekst sukoba, interesi sukobljenih strana i opasnost stvaranja novih nesuglasica sa Ruskom Federacijom.

Time je Evropska unija doprinela stvaranju osetljivih i ugroženih grupa. Najnoviji primer su stanovnici Transnistrije, koji koriste ruski kao maternji jezik. Uvođenjem rumunskog/moldavskog jezika (i latiničnog pisma) kao jedinog jezika u službenoj upotrebi, rumunski/moldavski nacionalistički pokret je 1989. godine potpuno ignorisao prava ovog dela stanovništva Moldavije. Nakon proglašenja Transnistrijske (pridnjestrovске) Moldavske Socijalističke Sovjetske Republike 1990.godine, usledio je kratak oružani sukob koji je okončan oružanom intervencijom jedinica 14. Sovjetske Armije. Statistički podaci pokazuju da se od ukupnog broja stanovnika Transnitrije (oko 600.000), od tada, oko 34% građana izjašnjavaju kao Moldavci, 28% kao Rusi i 26% kao Ukrajinci koji još uvek koriste ruski jezik kao službeni jezik uporedo sa ukrajinskim i moldavskim jezikom. Prema članu 12. Ustava Moldavske Republike Transnistrije, ovoj populaciji je neophodno obezbediti pravnu zaštitu kako bi se njihovi interesi uzeli u obzir prilikom rešavanja sukoba sa vladom Republike Moldavije, koju podržava Evropska Unija.

Ključne reči: *Transnistrijski sukob, Evropska unija i Sporazum o pridruživanju Republike Moldavije, susedska politika Evropske unije za Istočnu Evropu, Transnistrijska (pridnjestrovска) Moldavska Republika.*

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.¹ 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. 12.² 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* case³ 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.⁴ 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*.⁵ 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.*”⁶

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.⁷ (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.⁸ (See further development in Etinski, Krstić, 2009: 97-103.) Later, EU anti-discriminatory directives developed a legislative definition of indirect discrimination.⁹ 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.¹⁰

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*.¹¹ The Czech Republic had a tradition of special schools for children with “mental deficiencies.”¹² According to the School Act of 1984, the educational psychology centers tested a child’s intellectual capacity.¹³ 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.¹⁴ 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.¹⁵ 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.*¹⁶ The Chamber explains that the margin of appreciation in education allows Parties to establish *different types of school for children with difficulties.*¹⁷ It found that different treatment of children was objectively justified by different learning abilities.¹⁸ 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.*¹⁹ 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.²⁰

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 1.²¹ 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.²² 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.²³ The interveners in the proceedings before the ECtHR, Human Rights Watch and Interights, exposed the concept of indirect discrimination.²⁴ 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.²⁵ 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*.²⁶ However, referring to *Hugh Jordan*, the Chamber repeated that statistics alone was not sufficient to disclose discrimination.²⁷ 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.*²⁸

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*.²⁹ 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.³⁰ 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.*³¹

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 *Hoogendijk* and *Zarb Adami*,³² 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.*³³

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.³⁴ 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.*³⁵ 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.*³⁶ Insufficient intellectual capacity of Roma children, established by psychological tests, was justification offered by the Government.³⁷ 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.³⁸ 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.*³⁹ Consent of parents was also rejected as justification.⁴⁰ 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.⁴¹ 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.*⁴²

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 2004.⁴³ 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.⁴⁴ 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.⁴⁵ They alleged that the teaching in Roma-only classes was significantly reduced in comparison to the regular curriculum.⁴⁶ 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.*⁴⁷ 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.⁴⁸ The local court dismissed the claims as non-grounded.⁴⁹ The appeal court confirmed the judgment of the first-instance court.⁵⁰ In February 2007 the Constitutional Court dismissed the applicants' complaint.⁵¹ 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.*⁵²

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.*⁵³

The Chamber compared this case with *D.H. and Others v. the Czech Republic* and found they were not comparable.⁵⁴ 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.*⁵⁵ 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.⁵⁶ 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.⁵⁷ 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. 1.⁵⁸ The Grand Chamber agreed with the Chamber that statistics in this case did not suffice to prove indirect discrimination.⁵⁹ In just one of the schools, a majority of Roma children was separated in Roma-only classes.⁶⁰ But, the Grand Chamber stated that indirect discrimination might be proved without statistical evidence.⁶¹ 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.⁶² 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.⁶³ *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.*⁶⁴ Then, the Grand Chamber carefully examined relevant circumstance of the case. The legal basis for separation of children was not clear.⁶⁵ The tests used for measuring knowledge of language were not specially designed for that purpose.⁶⁶ The tests were prepared for measuring psycho-physical abilities of children, not evaluating their knowledge of the Croatian language in particular.⁶⁷ 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.⁶⁸ 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.⁶⁹ 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.⁷⁰ 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.⁷¹ If the curriculum was reduced by 30%, the Grand Chamber did not understand how the reduction served to overcome the language problem.⁷² 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.*⁷³

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.⁷⁴ There was no prescribed and transparent monitoring procedure to record a progress in learning Croatian language.⁷⁵ The Council of Europe bodies reported *the poor school attendance of Roma children and their high drop-out rate* in Croatia.⁷⁶ 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.⁷⁷

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.⁷⁸ 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.*⁷⁹

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,⁸⁰ the ECtHR extended protection against indirect discrimination to an ethnic group, but in other cases the protected individuals were members of sex group.⁸¹

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).⁸² Concerning an “*objective and reasonable justification*” of different treatment as an element which excludes discrimination,⁸³ in *D. H and Others*,⁸⁴ 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*,⁸⁵ 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.*⁸⁶

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*,⁸⁷ 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

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

⁸⁷ *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*⁸⁸ 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.*⁸⁹

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

Dr Rodoljub Etinski,
Redovni profesor,
Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu

NOVI KONCEPT POSREDNE DISKRIMINACIJE PREMA ČLANU 14. EVROPSKE KONVENCIJE O LJUDSKIM PRAVIMA

Rezime

Evropski sud za ljudska prava je izgradio koncept posredne diskriminacije relativno nedavno. U presudi DH i drugi protiv Češke (2007), Evropski sud za ljudska prava je eksplicitno istakao da: "se dokazi podnosica predstavke mogu smatrati dovoljno pouzdanim i značajnim za potvrđivanje pretpostavke o postojanju posredne diskriminacije". Koncept prikrivene ili posredne diskriminacije je prvi put upotrebio Evropski sud pravde u slučaju Sotgiu protiv Deutsche Bundespost (1974), da bi prevazišao ograničenja zabrane diskriminacije po osnovu nacionalne pripadnosti. Kada drugačiji tretman nije zasnovana na nacionalnoj osnovi ali ima nesrazmeran uticaj na položaj stranih državljana, radi se o slučaju prikrivene diskriminacije. U kasnijem periodu, koncept posredne diskriminacije je korišćen za zaštitu ugroženih/osetljivih grupa u anti-diskriminacionom pravu Evropske unije. Budući da član 14. Evropske konvencije o ljudskim pravima sadrži otvorenu listu pravnih osnova za diskriminaciju, Evropski sud za ljudska prava se ne može suočiti sa problemom kakav je postojao u slučaju Sotgiu. Međutim, Evropski sud za ljudska prava je ispravno zaključio da posredna diskriminacija takođe postoji ukoliko se različit tretman zasniva na kriterijumu koji se ne odnosi isključivo na članove zaštićene grupe ali ima nesrazmeran uticaj na položaj članova grupe. Evropski sud za ljudska prava razvio je koncept posredne diskriminacije pod uticajem anti-diskriminacionog prava EU, čija je zajednička svrha zaštita osetljivih grupa.

Ključne reči: posredna diskriminacija, zabrana diskriminacije, član 14 Evropske konvencije o ljudskim pravima, sudska praksa Evropskog suda za ljudska prava.

Dr Vesna Knežević Pređić,*
Redovni profesor Fakulteta političkih nauka,
Univerzitet u Beogradu

originalni naučni članak

UDK: 341.33

Rad primljen: 30.06.2015.
Rad prihvaćen: 03.12.2015.

ZAŠTITA ŽRTAVA ORUŽANIH SUKOBA: 150 GODINA ŽENEVSKE KONVENCIJE ZA POBOLJŠANJE SUDBINE RANJENIKA NA BOJNOM POLJU

Apstrakt: Svekoliki, danas respektabilni korpus normi međunarodnog javnog prava koji štiti posebno ugrožene kategorije lica začet je davne 1864. godine kada je sačinjena Konvencija za poboljšanje sudbine ranjenika na bojnopolju. Značaj Konvencije se ne iscrpljuje u činjenici da je ona prvi multilateralni ugovor legislativnog karaktera humanitarnog, u ono doba ratnog prava. Niti pak u činjenici da je to prvi multilateralni ugovor legislativnog karaktera u međunarodnom pravu uopšte. Podjednako je značajno, ako ne i značajnije, da su osnovni principi koji su postavljeni ovim aktom skromnog obima – tek deset članova – preživeli i nadživeli svakovrsna iskušenja kojima su tokom prethodnih 150 godina bili izloženi. Oni su danas temelj zaštite ne samo ranjenih i bolesnih pripadnika oružanih snaga, što je bio personalni domen Konvencije, već temelj zaštite i drugih zaštićenih lica u oružanim sukobima. U traganju za odgovorom na pitanje šta je ključ stabilnosti ovog režima autor ovog teksta razmatra kontekst u kome je ona usvojena, identifikuje glavne aktere koji su učestvovali u procesu njenog nastanka od inicijative do ratifikacije konvencije, sadržinu konvencije, kao i njenu sudbinu. Ne pretendujući da ponudi konačan i potpun odgovor autor zaključuje da su na trajnost režima presudno uticali različiti faktori: promena koncepta oružanih snaga; preovlađujuća idejna, duhovna i naučna klima toga doba; pojava i rastuća uloga nedržavnih činilaca kadrih i voljnih da potraže i pronađu optimalni odnos sa nesporno dominantnom ulogom države; jednostavni, jasni i logični principi na kojima sistem zaštite počiva; i, na kraju, ali nikako najmanje važno, inovativan i fleksibilan sistem nadzora nad implementacijom Konvencije.

Ključne reči: zaštita, žrtve oružanih sukoba, ugrožene kategorije, Ženevska Konvencija.

* vesna.knezevicpredic@fpn.bg.ac.rs

1. Uvod: u potrazi za „svetim gralom”

Iako to može izgledati paradoksalno, respektabilni korpus pravila međunarodnog javnog prava koja štite posebno ugrožene kategorije lica svoje poreklo duguje pravilima stvorenim da se primenjuju u oružanim sukobima između država. Mnogo pre no što je proces humanizacije zahvatio međunarodno pravo tako da ono zaštiti žene, izbeglice, apatride, migrante, lica sa posebnim potrebama – da nabrojimo tek neke kategorije – međunarodno pravo će se postarati da zaštiti žrtve rata: civile pod vlašću neprijatelja, ratne zarobljenike, brodolomnike, bolesnike i – od njih je sve počelo – vojnike ranjene na bojnopolju.¹

Začetak tog procesa se sa neuobičajenom preciznošću može utvrditi. Te 1864. godine u Ženevi je potpisana Konvencija za poboljšanje sudbine ranjenika na bojnopolju (u daljem tekstu Konvencija).²

Značaj Konvencije se ne iscrpljuje u činjenici da je ona prvi multilateralni ugovor legislativnog karaktera međunarodnog humanitarnog prava (u daljem tekstu MHP) u doba ratnog prava.³ Niti pak u činjenici da je to prvi

1 O senioritetu protektivne funkcije ratnog prava posebno rečito govori činjenica su se prve norme međunarodnog prava o zabrani stavljanja u ropski položaj i nekih oblika prakse slične ropstvu razvijaju najpre u njegovim okvirima. One ugovornu formu dobijaju u Haškim konvencijama, preciznije u drugom poglavlju Pravilnika uz drugu Hašku konvenciju o pravilima i običajima rata na kopnu koja je zaključena 1889. godine, a potom u istom poglavlju Pravilnika uz četvrtu Hašku konvenciju koja je zaključena 1907. i koja zamenjuje drugu. Relevantne odredbe garantuju zaštitu od porobljavanja i prinudnog rada civilima i borcima tokom međunarodnih oružanih sukoba i okupacije. Šire o tome videti: (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 Iako je reč o jednoj od najstarijih grana međunarodnog prava, ne postoji jedna opšteprihvaćena definicija međunarodnog humanitarnog prava. Prema jednom od najsveobuhvatnijih mišljenja reč je o grani međunarodnog prava koja „ograničava upotrebu nasilja u oružanim sukobima tako što: a) štiti lica koja ne učestvuju ili više direktno ne učestvuju u neprijateljstvima; b) svodi ga na meru koja je neophodna da bi se postio cilj sukoba koji – nezavisno od uzroka zbog kojih se borba vodi – može biti samo slabljenje vojnog potencijala neprijatelja”. Citat (Sassoli, Bouvier, Quintin, 2011: 1). O pojmu MHP videti šire: (Knežević Predić, 2007: 37–48). Kako smo već ukazali, pravila koja se primenjuju u oružanim sukobima razvijala su se kroz dva relativno nezavisna korpusa: pravila o zaštiti žrtava rata i pravila ratovanja. U drugoj polovini XX veka dolazi do njihovog približavanja, a potom i spajanja u jedinstvenu celinu, kako je konstatovao Međunarodni sud pravde u Savetodavnom mišljenju o legalnosti pretnje upotrebom ili upotrebe nuklearnog naoružanja 1996: „Ove dve grane prava koje se primenjuju u oružanim sukobima su postale tako blisko povezane da se smatra da su postepeno formirale jedan jedinstveni kompleksni sistem, danas poznat kao međunarodno humanitarno pravo.” Advisory Opinion on the

multilateralni ugovor legislativnog karaktera u međunarodnom javnom pravu uopšte.⁴ Podjednako je značajno, ako ne i značajnije, da su osnovni principi i instituti koji su postavljeni ovim aktom skromnog obima – tek deset članova – preživeli i nadživeli svakovrsna iskušenja kojima su tokom prethodnih 150 godina bili izloženi. Oni su, šta više, ostali temelj zaštite ne samo ranjenika i bolesnika već su ugrađeni u osnove svih drugih protektivnih režima MHP – ratnih zarobljenika, civila.⁵

Sama stabilnost ovog režima koja se može uporediti još jedino sa diplomatskim pravom, nužno budi radoznalost i prosto vapi da se identifikuju njene determinante. Razume se da njena sadržina, kako je kreirana 1864, nije jedini mogući odgovor budući da je ona dopunjavana u meri koju njeni tvorcii nisu mogli ni naslutiti. Ono što naprosto zahteva istraživačku pažnju koju, čini se, nije dobilo u doktrini kako našoj tako stranoj, izuzimajući istraživanja pod okvirom Međunarodnog komiteta Crvenog krsta (u daljem tekstu MKCK), jestu drugi činiooci koji su uticali na izgradnju režima Konvencije.

U traganju za tajnom dugovečnosti instituta i principa zapisanih u Konvenciji, za „svetim gralom“ Konvencije, sledićemo tri osnovna pravca. Prvi od njih tiče se konteksta u kome je Konvencija nastala. U fokusu će biti praksa i pravila u oblasti zaštite ranjenih i bolesnih vojnika do usvajanja Konvencije kako na spoljnjem tako i na unutrašnjem planu. Drugi pravac u kome će se kretati naše istraživanje prati proces nastaka Konvencije – od Konvencije kao ideje, preko Konvencije kao inicijative, izrade nacrtu, pregovora o nacrtu i njegovog usvajanja do konačne izjave država da njome budu obavezane. U trećem delu razmotrićemo sudbinu Konvencije: njeno stupanje na snagu, revizije, prestanak važenja.

Ne pretendujući da damo kompletan i konačan odgovor na pitanje šta je to učinilo režim kreiran konvencijom tako dugovečnim, pokazaćemo da su na trajnost režima presudno uticali različiti faktori: promena koncepta oružanih snaga; preovlađujuća idejna, duhovna i naučna klima toga doba; pojava i rastuća uloga nedržavnih činilaca kadrih i voljnih da potraže i pronađu optimalni odnos sa nesporno dominantnom ulogom države; jednostavni, jasni i logični principi na kojima sistem zaštite

Legarlit y 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> Posećeno 24. 6. 2015.

4 Videti e.g. (Bougnon, 2012: 1227); (Holland, 1980: 2).

5 Uprkos u čestalim i intenzivnim revizijama, Konvencija je uspela da ostane izuzetno dugovečna. Naime, Konvencija iz 1864. godine je ostala na snazi sve do 1966. godine kada je poslednja strana ugovornica, Republika Koreja, pristupila Prvoj ženevskoj konvenciji iz 1949. godine. (Schindler, Toman, 2004: 366, 365)

počiva; i, na kraju, ali nikako najmanje važno, inovativan i kompleksan sistem implementacije i nadzora nad implementacijom Konvencije.

2. Kontekst u kome nastaje konvencija

Po sebi se razume da humanost ne počinje sa Konvencijom. Ideje i težnje da se ranjeni vojnik zbrine i da mu se pruži medicinska pomoć i nega rađale su se i razvijale iz dva naizgled suprotstavljena pravca. Prvi je sila kojoj borci duguju odanost, kojoj pripadaju. Drugi izvor je protivnička sila pod čiju vlast potpadnu posle ranjavanja ili bolesti.

Arheolozi tvrde da su ranjenici zbrinjavani već u neolitskoj epohi. O lečenju bolesnih govori i egipatski spis „Sedam dela pravog milosrđa“ i čak nalaže da se oslobode zatvorenici, a spale mrtvi (Pictet, 1985: 6–7). Egipat otkriva i formuliše ekonomiju spasavanja života profesionalnih vojnika shvatajući da su oni zapravo skupa i značajna investicija države koju valja zaštititi kada je ona ugrožena. Rimljani će u doba principata uvesti redovne medicinske odrede koji su imali zadatak da brinu o ranjenicima kako na kopnu tako i na moru (Haller, 2011: 8). Sa njegovom propašću nastupiće, nažalost, i sunovrat organizovane pomoći i brige o ranjenim vojnicima i tek će centralizacija državnog aparata i sa njim profesionalizacija vojske vratiti ova pitanja na dnevni red. Izgubljena ekonomija spašavanja života profesionalnih vojnika vraća se na velika vrata sa apsolutnim monarhijama. U XV veku pojavljuju se posebne vojne formacije obučene i opremljene da evakušu ranjenike i pruže im prvu pomoć. Broj medicinskog osoblja značajno raste, a gotovo da se revolucionišu sredstva koja im stoje na raspolaganju. Smatra se da je kraljica Izabela I od Španije prvi evropski monarh koji je naložio organizovanje pomoći ranjenicima tokom bitke. Luj XIV će otići znatno dalje i 1674. godine će podići prvu stalnu vojnu bolnicu, čuveni *Hotel Royal des Invalides*, a nešto kasnije podići čak 51 vojnu bolnicu širom Francuske.

U osamnaestom veku staranje o zdravlju vojnika, ranjenika i bolesnika je ušlo u isključivi domen evropskih država i uključivalo medicinski pregled regruta, posebnu regulativu koja je uređivala funkcionisanje vojnih bolnica, izdavanje naredbi i izveštaja o higijeni. Ratna hirurgija je toliko napredovala da se XVIII vek i danas naziva njenim zlatnim dobom. Imajući u vidu takav odnos prema životu i zdravlju sopstvenih vojnika, ne čudi što je upravo Luj XV, kraljevski kako mu i dolikuje, u predevečerje bitke kod Fontenoja (Fontenoy) 1745. na pitanje kako da se postupa sa

ranjenim neprijateljem mogao da odgovori: „Baš isto kao sa našim ljudima jer kada su ranjeni, oni nisu više naši neprijatelji.”⁶

Naravno da je i primera milosrđa prema ranjenim neprijateljima bilo otkako je ratovanja samog. Da pomenemo ovom prilikom častan postupak Saladina koji je po osvajanju Jerusalima u XI veku dozvolio opaticama da leče ranjene zarobljene krstaše i da se bezbedno vrate na krstašku stranu. Počev od XVI veka vojni zapovednici zaključuju sporazume, tzv. kartele, u kojima propisujnu pravila o postupanju sa ranjenicima. Osamnaesti i devetnaest vek svedoče i o sporazumevanju zaraćenih strana na višem nivou. Predstavnici *Ancien Regime* običavali su da lokacije sanitetskih objekata unapred dogovore kako ne bi bile napadane (Bougnon, 2012: 1312). Pojavljuju se i bilateralni ugovori kojim se, kako će se videti, propisiju pravila koja će biti ugrađena u Konvenciju. Njima se garantuje neutralnost lekarima, apotekarima, sveštenicima, a nešto kasnije i samim ranjenim i bolesnim vojnicima, pa se čak neutraliziju i banjska mesta koje pod svojom vlašću drže zaraćene strane kako bi se omogućio nesmetani oporavak.⁷ Ponekad se ti ugovori odnose i na kategorije lica koje Konvencija neće obu hvatiti. Tako Sjedinjene Države zaključuju ugovor sa Prusijom koji propisuje postupanje sa ratnim zarobljenicima u slučaju rata.⁸

Visoki standardi koje su Luj XV i drugi vladari postavili predstavljali su vrhunac posle koga je sledio sunovrat. Ne samo, možda ne ni pre svega, kada je o staranju o neprijatelju reč, već i kada je reč o staranju o sopstvenim vojnicima. Ovaj sunovrat dolazi – i tu se ne tako mnogobrojni istoričari međunarodnog prava potpuno slažu – sa buržoaskim revolucijama.⁹ Na mesto profesionalnih vojnika prema kojima revolucionari gaje duboko nepoverenje, u istoriju ratovanja stupa narodna vojska, masovna, nedovoljno obučena ili potpuno neobučena, nošena i vođena pre revolucionarnim zanosom nego veštinom i umećem. Logična posledica toga je desetkovanje i degradiranje sanitetskih službi i iskrena sumnja da njih treba

6 Luj XV je naredio da se unapred pripremi 4.000 ležajeva za ranjenike koje će 1.200 kola evakuisati sa poprišta i smestiti ih u adekvatno opremljene bolnice gde je obučeno medicinsko osoblje preuzelo brigu o njima. Od 3.790 francuskih i 2.368 evakuisanih ranjenika u naredne tri nedelje je umrlo 583 lica. Pikte primećuje da Anri Dinan ne bi imao šta da zapiše i predloži, da je umesto poprišta u Solferinu posetio Fonteni (Pictet, 1985: 22).

7 Detaljnije o tome videti: (Boissier, 1985:147–165, a posebno 148–153).

8 Član XXIV Ugovora o trgovini i prijateljstvu između Sjedinjenih Američkih Država i Prusije, zaključen 1785. Navedeno prema: (Dot y, 1999: 227).

9 Detaljnije o tome videti e.g: (Boissier, 1985: 121– 139, posebno 131–134).

zadržati kao deo vojnih snaga. Tragični gubici i stradanja vojske u doba Napoleonovih ratovanja – pomenimo e.g. stradanja francuske vojske pri povlačenju iz Rusije – neće promeniti stav Francuske, a ni ostalih evropskih država.¹⁰ Višedecenijski period mira kojim se Zapadna Evropa tako ponosila, potisnuće pitanje vojnog saniteta na samo dno liste vlada. Izuzimajući Veliku Britaniju, ni jedna od učesnica Krimskog rata, koji evropljani i nisu smatrali evropskim, uprkos strahovitim gubicima prouzrokovanim pre svega bolestima, a mnogo manje ranama na bojnopolju, neće biti podstrek da se ponovo otvori pitanje zbrinjavanja bolesnih i ranjenih vojnika.¹¹ Uprkos činjenici da razvoj naoružanja, posebno artiljerije i pojava nove municije prouzrokuje sve veće i ozbiljnije žrtve.

Vredi zapaziti da ni rastući nacionalni zanos neće popraviti stanje stvari. Ne samo da je saosećanje degradirano prema neprijatelju već i prema saborcu. Jasno je šta vojnici duguje *patria*-i, ali ne i šta ona njemu duguje kada u njenu slavu dopadne bolesti ili rana. Kada Napoleon III krene u pomoć Pijemonu tokom borbe za oslobođenje od Habzburške vlasti – tzv. Drugi italijanski rat za nezavisnost – njegova sanitetska služba daje čak manje nade ranjenom ili bolesnom vojniku da preživi no što je to bio slučaj u doba Napoleona I, a da i ne pominjemo zlatno doba Luja XV.¹² Poslednja bitka u ovom nedugom ratu dogodila se za sve zaraćene

10 Napoleon je napao Rusiju 11/12 odnosno 23/24 juna 1812. godine najbrojnijim vojnim snagama ikada okupljenim do tada. Od 600.000 ljudi koliko je brojala francuska vojska na početku rata, 100.000 njih je ušlo u Moskvu, a tek 20.000 njih je preživelo povlačenje iz Rusije. Dominantna većina žrtava život je izgubila usled smrzavanja, gladi, bolesti, nelečenih rana. O tome šire e.g. (Stone, 2006: 101–106). Pa ipak, upravo je u okviru saniteta Napoleonovog doba rođena ideja o posebnom statusu sanitetskog osoblja. Neu tralizaciju medicinskog osoblja prvi zagovara francuski doktor u Napoleonov vojsci Pierre Francois Percy koji je organizovao po jedan korpus hirurga u svakoj diviziji i dizajnirao pokretnu bolnicu (Haller, 2011: 15,16).

11 Za razliku od Engleske kojoj su u žasni gubici, koji su nastupili kao rezultat bolesti i infekcija, a u prvom redu potpuno nespremnom sanitetskom slu žbom, bili povod da organizaciju sanitetske službe povere Florans Najtingejl. Energične mere koja je ona sa grupom od trideset osam bolničarki sproveda počev od novembra 1854 oborile su stopu smrtnosti među engleskim snagama sa 293 od 1000 vojnika na tek 25 od 1000. (Haller, 2011: 17– 21). O strahotama Krimskog rata videti: (Boissier, 1985: 143– 139); (Stone, 2006: 118– 125).

12 Prvim ratom smatraju se sukobi tokom 1848–1849. godine u kojima Habzburško carstvo nastoji da zadrži pod svojom vlašću teritorije na Apeninskom poluostrvu. Drugi rat za oslobođenje Italije započinje ulitimatmom koji je Franc Jozef uputio vladi Pijemonta 19. aprila 1859. koji je vlada Pijemonta odbacila četiri dana potom. Pijemontu će se pridru žiti i Francuska koja se ugovorom zaključenim u julu 1858.

strane potpuno neočekivano 24. juna 1859. godine.¹³ U njoj je učestvovalo oko 150.000 austrijskih vojnika sa jedne i 130.000 vojnika savezničkih snaga Pijemonta i Francuske sa druge strane, na osam milja dugoj liniji fronta u okolini gradića Solferino. Gubici Francuza su iznosili oko 12.700 ljudi, Austrijanci su izgubili 23.300 vojnika, a Pijemonćani 5.500 (Paoletti, 2008: 108). Poraženi Franc Jozef rado je prihvatio Napoleonovu ponudu za primirje 6. jula, a 10. jula Franc Jozef i Napoleon su se sreli u Vilafranki „zagrlili se priznajući svoje stvarno i uzajamno prijateljstvo i za nekoliko minuta u opštim crtama dogovorili mirovni sporazum“ (Boissier, 1985: 33). Baš na dan kada se u rodnu Ženevu vratio čovek čije će “Sećanje na Solferino” pokrenuti najpre Evropu, a potom i druge kontinente da započnu stvaranje međunarodno-pravnog okvira zaštite žrtava rata.

Anri Dinan je u gradić Kasteljone stigao 24. juna 1859. godine, samo nekoliko časova pošto je završena bitka kod Solferina. Na put u ratom zahvaćenu Lombardiju odvažio se kako bi Napoleonu III izložio probleme na koje je naišao pri realizaciji svog ekonomskog poduhvata u Alžiru, i od njega zatražio rešenja koje francuska administracija nije bila voljna da mu izda.¹⁴ Ono što je zatekao na bojnopolju nagnalo ga je da odloži

godine obavezala da će intervenisati u slučaju Austrijske agresije. O tome šire videti e.g. (Coppa, 2013: 5, 23–40, 74–11) ili (Paoletti, 2008:102–109).

13 Posle bitke kod Magente 4. jula Austrijanci se povlače, a Francuzi ih prate sporo i izdaleka; očekuje se da će se nova bitka održati nekoliko dana kasnije i to na drugoj strani reke Mincio koja teče oko sedam kilometara dalje od Solferina, a koju su austrijanci već prešli; zahvaljujući lošem izviđanju iz dirižabla Francuzi pogrešno tumače namere Austrijanaca koji se vraćaju ponovo prelaze reku i zauzimaju Solferino, stratešku tačku u oblasti u kojoj su oni inače izvodili godišnje manevre i poznavali odlično. Navodno je Napoleon to saznao dok je obuvao čarape. O bitci kod Solferina videti detaljnije e.g. (Boissier, 1985: 17–33). O bitci kod Solferina Fransoa Bunjon ka že: „Retko je u vođenju velikih bitaka pokazana tako pogubna kratkovidost, improvizacija i nemar.“ (Bougnon, 2012: 1300).

14 Anri Dinan 1853. odlazi da privremeno preuzme upravu nad švajcarskom kolonijom Setif u Alžiru. Na relativno malo posedu koji je kupio na francuskom delu teritorije gradić mlin sa idejom da ga koriste starosedelci za mlevenje žita koje će početi da proizvode. Uspeva da obezbedi vodu koja će mlin pokretati, ali ne i posed na kome bi se pšenica gajla. Francuska administracija ignoriše njegove zahteve zbog njegovog otvorenog atikolonijalnog i antirobovskog stava. Da bi zaobišao ličnu nesklonost, formira se u Ženevi društvo/kompaniju koja okuplja veoma ugledne ljude iz Ženeve, a što je bilo krajnje neuobičajeno, unapred garantuje godišnji dobitak imaćima akcija u iznosu od 10%. Ipak, francuske vlasti 1859. godine koncesije dodeljuju drugom licu. Očajan, na rubu bankrota, Dinan shvata da je jedina ličnost koja može da poništi odluke sam Napoleona III. Dinan kreće na put da ga nađe, a sa sobom nosi i knjigu „Rimsko carstvo – da Napoleon III treba da iz Pariza, prestonice sveta,

svoju potragu za vladarom koji je preuzeo na sebe ulogu glavnokomandujućeg. Posle petnaest časova duge bitke koja se smatra najkrvavijom bitkom posle Vaterloa, na bojnopolju je ostalo 6.000 mrtvih i čak 40.000 ranjenih vojnika. Potpuno nespremnom sanitetu – Francuzi su, na primer, imali četiri veterinara na 1.000 konja, a samo jednog lekara na isti broj vojnika – trebalo je šest dana da sa bojnopolja evakuise oko 10.000 ranjenika. Tri dana i tri noći Dinan se, zajedno sa lokalnim stanovništvom koje je uspelo da prevaziđe strah od odmazde što pomoć pruža ranjenicima obe zaraćene strane bez diskriminacije,¹⁵ nastojao da pruži negu, staranje ili bar utehu ranjenicima koji su ostali na bojnopolju. Imperatora nije uspeo da sretne, kao što neće uspeti da zaboravi strahote kojima je svedočio.

3. Konvencija kao ideja, nacrt i ugovor

Po povratku u svoju rodnu Ženevu Dinan se povlači radi oporavka, a deo oporavka koristio je i pisanje knjige "Sećanje na Solferino" čiji će odjek daleko nadmašiti njegov požrtvovani angažman na poprištu. Osim što je izvanredno svedočanstvo o onima koji su se hrabro borili za otadžbinu i od nje bili napušteni kada zbog rane i bolesti to više nisu mogli činiti, knjiga je nudila Dinanove predloge o tome šta treba učiniti da se strahote Solferina nikada više ne ponove. Predlozi su: da se već u doba mira u državama formiraju dobrovoljna društva koja će obučavati posvećene volontere da pruže pomoć ranjenicima u ratu; da se na međunarodnom kongresu „formulišu neki međunarodni principi, sankcionisani konvencijom nepovredivog karaktera, koji bi, jednom dogovoreni i ratifikovani, mogli predstavljati osnov društvima za pomoć ranjenicima u različitim državama Evrope“.¹⁶

Knjiga je izašla iz štampe novembra 1862. godine u tiražu od 1.600 primeraka od kojih 400 primeraka nije bilo namenjeno za prodaju. Svoje „otvoreno pismo vođama“ Dinan je poslao svojim prijateljima, rođacima, ali i suverenima, ministrima evropskih vlada, generalima, piscima i

obuzda revolucionarni duh, postigne eru prosperiteta koja počiva na trajnom miru i, uz pomoć svoje bistrine i umerenosti, ujedini čitavu Evropu pod svojom vlašću“. Šire o tome videti: (Boissier, 1985: 7–33).

15 Kada je lokalno stanovništvo pomislilo da se austrijska vojska vraća, počelo je da izbacuje iz svojih kuća francuske ranjenike koje su ugostili strah ujući od odmazde. (Boissier, 1985: 26).

16 Henry Dunant, A Memory of Solferino, dostupno na <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> Posećeno 24.6.2012

poznatim filantropima svog vremena. „Sećanje na Solferino” je doživelo neslućeni uspeh, potreba za njom dovela je do novih izdanja, prevedena je na strane jezike – danski, intlijanski, nemački, a pojedini delovi i na engleski jezik. Pristizala su pisma podrške kako od zvaničnika tako i od drugih istaknutih i uticajnih ljudi. No, presudna podrška doći će od Dinanovih sugrađana, okupljenih oko lokalnog dobrotvornog društva, Ženevskog javnog društva za blagostanje, prvenstveno od njegovog predsednika Gustava Moainea (Gustave Moynier).

Formiranje dobrotvornih, filantropskih društava jedna je od karakteristika samoorganizovanja prevashodno građanskog sloja u Evropi i Americi XIX veka. Ova dva kontinenta zapravo su prožeta gustom mrežom organizacija stvorenih da pruže pomoć i prikupljaju novac u korist onih kojima je preko potreban.¹⁷ Radeći na ostvarenju postavljenih ciljeva ova društva stižu svojevrsni *“know how”*, ovladavaju tehnikama i veštinama za njihovo postizanje i uspostavljaju kontakte i saradnju sa istomišljenicima preko granica svojih država. I upravo se Moaine, pravnik i pragmatičar, pokazao kao izvanredan primer te sinteze vrednosnog i operativnog. Moaine je taknut knjigom, ali i potpuno iznenađen saznanjem da Dinan nema nikakvu strategiju za ostvarenje svojih predloga. Stoga Moaine nudi da prvi korak bude njihovo predstavljanje Generalnoj komisiji Ženevskog društva. Isprva će one naići na dosta hladan prijem. Komisija će konstatovati da one daleko nadilaze delokrug Društva. Ovaj neuspeh neće obeshrabriti Moainea. On će preformulisati predlog i predložiti da Ženevsko javno društvo Dinanove predloge uputi Međunarodnom kongresu o blagostanju koji je trebalo da se održi u septembru 1863. godine u Berlinu. Ovaj put je Generalna komisija predlog prihvatila, a formiran je i komitet sa zadatkom da sačini nacrt saopštenja. Osim Moainea i Dinana, u komitet su ušla i dva doktora, Luj Apia (Louis Appia) i Teodor Meno (Theodore Maunoir), i konačno, ali nikako najmanje važno, general Difur (Dufour). Difur je komitetu, a kasnije i Crvenom krstu i Ženevskoj konvenciji, iako isprva pomalo skeptičan,¹⁸ dao posebnu težinu u javnosti Švajcarske, ali i čitave Evrope. On je bio glavnokomandujući švajcarske vojske, čovek koji je uspeo da u građanskom ratom zahvaćenoj Švajcarskoj uspostavi mir u roku od tri nedelje, i to tako da, zahvaljujući najvišim standardima humanosti koje je postavio svojim vojnicima, omogućiti stvarno i trajno pomirenje. Uz sve to, Difur je

17 Definicija prema Oxford dictionaries, <http://www.oxforddictionaries.com/definition/english> posećeno 23.5.2015 O tome šire videti e.g. (Robbins, 2006: 13–31).

18 Difur je sumnjao da je moguće osnovati stalna udruženja za pomoć ranjenicima u miru. Videti: (Bougnon, 2012: 1311).

još kao inženjer u Francuskoj vojsci iskusio bolno iskustvo zarobljenog ranjenika koga je zaobišla adekvatna medicinska nega. I na kraju, Difur je bio jedan od oficira koji su školovali Luja Napoleona Bonapartu, budućeg Napoleona III.¹⁹

Komitet je 17. februara 1863. godine održao svoj prvi sastanak i doneo pomalo neočekivanu odluku da se konstituiše kao Stalni međunarodni komitet za pomoć ranjenim vojnicima.²⁰ Dinanovi predlozi su razmotreni i predlog da se već u miru formiraju dobrotvorna društva koja bi regrutovala i obučavala medicinsko osoblje kako bi, ako to situacija bude zahtevala i prema propisima koji bi države usvojile u doba mira, u ratu pružili neophodnu pomoć vojnom sanitetu u zbrinjavanju i negovanju ranjenih i bolesnih vojnika, je prihvaćen. U slučaju da njihove države ne učestvuju u oružanom sukobu, neutralna društva bi mogla da ponude svoju pomoć „sestrinskim” društvima zaraćenih strana. Članovi Komiteta su se saglasili i da je za nesmetan i efikasan rad ovih volontera neophodno da budu prepoznatljivi, te su predložili da se usvoji znak raspoznavanja koji bi nosili. Saglasnost, međutim, nije mogla biti postignuta o Dinanovom predlogu da se ovim dobrovoljcima garantuje status neutralnosti, odnosno da im se garantuje zaštita od napada na bojnopolju. Stavovi Komiteta jasno će biti izraženi u „nacrtu konkordata” koji će sačiniti Moaine i Dinan i odaslati ga na različite adrese početkom septembra. Naime, kongres u Berlinu je otkazan i Komitet je odlučio da sam sazove kongres na kome bi se raspravljalo o njegovom predlogu za oktobar 1863. Dinan koji prisustvuje Međunarodnom statističkom kongresu, ponet podrškom na koju je njegova ideja o neutralizaciji naišla, bez konsultacija sa ostalim članovima Komiteta, a u njihovo ime, odašilje novi poziv koji uključuje i predlog za neutralizaciju ranjenika, ambulanti, bolnica vojnog saniteta i medicinskog osoblja priznatih dobrovoljnih društava. Povratak u Ženevu vodiće ga kroz Drezden, Beč, Minhen, Štutgart, Darmštadt i Karlsruhe gde nailazi na izvanredan prijem. Kolege iz Komiteta dočekaće ga u bitno drugačijem raspoloženju: neutralizacija neće biti predmet razmatranja na Međunarodnoj konferenciji za razmatranje načina za prevazilaženje neadekvatnosti vojne medicinske službe na bojnopolju koju general Difur otvara 26. oktobra 1863. godine.²¹

19 O članovima Komiteta videti detaljnije (Boissier, 1985: 33–55).

20 Za zapisnik sa prvog sastanka Komiteta videti IRRC, vol. 94, No.88, 2012, str. 1136–1138.

21 O događajima koji su prethodili sazivanju Konferencije 1863. godine videti šire: (Boissier, 1985: 45–70). O toku same Konferencije ibid, str. 70–83.

U radu konferencije je, pored članova Komiteta, učestvovalo osamnaest predstavnika četrnaest vlada, šest predstavnika različitih dobro- tvornih društava i sedam lica u ličnom svojstvu. Iako su u debati izrečena različita stanovišta o svrsishodnosti osnivanja društava za pomoć ranjenicima, neka od njih neshvatljiva sa današnjeg stanovišta, preovladalo je uverenje o njihovoj svrsishodnosti.²² Delegati su usvojili deset rezolucija – preporuka, koje su bile bazirane na nacrtu Komiteta. Od vlada se, između ostalog, očekivalo da u miru uspostave odnose sa nacionalnim društvom kako bi njihovi kapaciteti mogli biti efektivno korišćeni kada nastupi potreba.²³ Dobrovoljno medicinsko osoblje je na zahtev ili pristanak vojnih vlasti moglo biti poslato na bojno polje i stavljeno pod vojnu komandu.²⁴ Za njih je propisan i jedinstveni znak raspoznavanja – crveni krst na belom polju.²⁵ Jedna od preporuka predviđala je periodične sastanke nacionalnih komiteta u cilju razmene iskustava i usvajanje mera koje će unaprediti njihov rad.²⁶ Članom 10 preporuka je predviđeno da komunikacija između društava različitih država odvija „privremeno posredstvom Ženevskog komiteta”.

O neutralnosti, koja je ipak razmatrana na Kongresu, govore preporuke koje su upućene vladama. Kongres je, naime, zauzeo stanovište da ono nadilazi njegov mandat. Ipak, vladama je preporučeno da tokom rata proglase neutralnost ambulanti i vojnih bolnica, vojnog medicinskog osoblja i dobrovoljnog sanitetskog osoblja, stanovništva koje pruža pomoć ranjenicima i ranjenika samih. Takođe je preporučeno usvajanje jedinstvenog znaka prepoznavanja za vojni sanitet i zastave za prepoznavanje ambulanti i bolnica (Bougnon, 2012: 1320). Pretvaranje ovih preporuka u obavezujuće odredbe zahtevalo je sazivanje novog kongresa, ovog puta kongresa predstavnika vlada. Njega, uz podršku Francuske, saziva Švajcarska vlada i on će biti održan u Ženevi od 8.

22 Tako je, na primer, francuska delegacija osporavala potrebu za njima. Njeno je stanovište bilo da civile ne treba pripuštati na bojno polje. Namesto dobrovoljnih bolničarki koje nisu u stanju da podnesu nedaće ratovanja i strogu vojnu disciplinu, potrebno je obezbediti veći broj mazgi. „Mazge, mazge, to je Gorgijev čvor u ovoj stvari“ (Bougnon, 2012: 1317).

23 Čl. 3. Za tekst videti: (Schindler, Toman, 2004: 362).

24 Čl. 6. Ibid.

25 Čl. 8. Iako se često tvrdi da je ovaj znak odabran kako bi se odala počast švajcarskoj vladi, zapravo nema dokaza da su delegati na Kongres u bili time motivisani. Relativno brzo će se pokazati da on nije univerzalno prihvatljiv, svakako ne za pripadnike drugih veroispovesti.

26 Čl. 9. Ibid.

do 22. avgusta. Prisustvovali su delegati šesnaest država.²⁷ Pregovori su vođeni na bazi predloga koji je izradio i prethodno dostavio Komitet, zapravo Moaine i Difur. Bez prevelikih rasprava usvojene su odredbe o neutralnosti ambulanti i vojnih bolnica kada se u njima nalaze ranjenici i bolesnici (čl. 1); neutralnosti osoblja bolnica i ambulanti, uključujući i administrativno i transportno osoblje, kao i versko osoblje dok se staraju o ranjenicima i bolesnicima (čl. 2); njima je dopušteno da obavljaju svoju funkciju i posle okupacije u ambulantama i bolnicama ili da se pridruže snagama strane kojoj pripadaju (čl. 3); stanovništvu koje pruža pomoć ranjenicima garantovano je poštovanje i sloboda; oni koji pruže utočište ranjenicima izuzeti su od kontribucija i pružanja obaveznog smeštaja vojske (čl. 5); ustanovljena je obaveza prikupljanja i staranja o ranjenicima bez diskriminacije; izlečeni ranjenici koji nisu podobni za vojnu službu, imali su biti vraćeni strani kojoj pripadaju; a i drugi su mogli biti pušteni pod uslovom da daju reč da neće više učestvovati u oružanom sukobu (čl. 6); crveni krst na belom polju je usvojen kao zaštitni znak (čl. 7); obaveza glavnokomandujućih oružanih snaga je da obezbedi primenu Konvencije sledeći uputstva svojih vlada i u skladu sa principima koje Konvencija propisuje (čl.8). Glavni kamen spoticanja bila je neutralnost dobrovoljnog medicinskog osoblja društava za pomoć ranjenicima, budući da je francuska delegacija istakla da nije ovlašćena da potíše konvenciju u kojoj se ova kategorija osoblja pominje. Kompromis je postignut tako što se oni ne pominju u Konvenciji izričito, već se, budući da su podvrgnuti vojnoj komandi, kada prate oružane snage, smatraju delom vojnog saniteta i tako uživaju zaštićeni status.²⁸

4. Sudbina konvencije

Konvenciju je tog 22. avgusta potpisalo dvanaest država, a stupila je na snagu 22. juna 1865. godine (Boissier, 1985: 169) (Schindler, Toman, 2004: 365). Prva država koja ju je ratifikovala bila je Francuska 22. septembra 1863, a u roku od dve godine ratifikovale su je i Švajcarska, Belgija, Holandija, Italija, Španija, Švedska, Norveška, Danska, Veliko vojvodstvo Baden, Grčka, Velika Britanija, veliko vojvodstvo Meklenburg-Šverin, Prusija, Turska, Vitemberg. Austrougarska nije to učinila, te se činilo da Konvencija, koja je sadržala *si omnes* klauzulu, neće biti primenjena u prvom oružanom sukobu koji će izbiti na tlu Evrope po njenom zaključivanju,

27 Poziv da prisustvuju je upućen vladama svih evropskih država, uključujući i Otomansko Carstvo, kao i Sjedinjenim Američkim Državama, Brazilu i Meksiku.

28 Za tekst videti: (Schindler, Toman, 2004: 366, 367).

ratu Austrougarske i Pruske 1866. godine. Ipak, kralj Vilhem I obavestio je MKCK da će Prusija primenjivati jednostrano odredbe Konvencije. Austrougarska je izjavila da će poštovati humanitarne principe, ali će se tokom vojnih operacija ponašati kao da Konvencija ne postoji (Boissier, 1985: 179, 183). Tako je Konvencija ipak doživela prvi test na bojnom polju. Čini se da je taj test uspešno prošla. Neposredno po okončanju ovog kratkotrajnog, ali ipak krvavog rata, Konvenciji će pristupiti Veliko vojvodstvo Hesena, Bavarska, pa i sama Austrougarska (Boissier, 1985: 184–187).

Naredna prilika za primenu Konvencije u praksi ukazaće se 1871. godine kada izbija Francusko-pruski rat. Na žalost, bila je to pre pokazna vežba za tragične posledice nepostojanja funkcionalnog nacionalnog društva i adekvatnih mera implementacije na unutrašnjem planu.²⁹

MKCK se neće zaustaviti samo na informativnoj funkciji zarad koje je 1869. godine osnovan *Bulletin International des Societes du Secours aux Militaires blesses*, danas Međunarodna revija Crvenog Krsta. Tek što je rat završen, Moaine piše studiju „Ženevska konvencija tokom Francusko-pruskog rata” u kojoj predlaže stvaranje međunarodne institucije koja bi istraživala kršenja Konvencije i međunarodnog prava, kako bi bilo moguće kažnjavanje njihovih počinilaca. Biće to jedan od impulsa koji će dovesti do formiranja Instituta za međunarodno pravo, koji i danas, pre svega na insistiranje Moainea, okuplja najistaknutije poslenike međunarodnog prava, a ne predstavnike država, a koji će, kako ćemo videti, igrati značajnu ulogu u razvoju MHP.³⁰

Jedna od preporuka koja je usledila posle Francusko-pruskog rata, i koja je upućena državama, zahtevala je od njih da usvoje adekvatne nacionalne mere implementacije, između ostalog i mere koje će urediti odnos nacionalnih društava i vojske. To će učiniti Francuska, Nemačka, Italija i Rusija, ali ne i Turska (Haller, 2011: 67–73). Rezultati ili bolje rečeno posledice toga videće se u sukobima na Balkanu 1875. i 1876. godine i Rusko-turskom ratu 1877–1878. godine. Ovi će sukobi ukazati i na potrebu fleksibilnosti u pogledu zaštitnog znaka: crveni krst na belom polju nije bio prihvatljiv pripadnicima muslimanske veroispovesti kao zaštitni znak, te u upotrebu ulazi crveni polumesec na belom polju. MKCK, oličen u Moaineu, ponovo je osetio potrebu da razmotri i oceni poštovanje Konvencije. „Da li Ženevska konvencija poštovana u ratu u Srbiji?” jedan je od pisanih doprinosa u borbi za

29 O sudbini Konvencije u Francusko-pruskom ratu videti šire Pierre Boissier, *History of the International Committee of the Red Cross*, str. 241- 269.

30 Detaljnije o tome videti e.g. (Durand, 1994: 543–563).

njeno poštovanje.³¹ Inače, istorija Konvencije na Balkanu je ponešto specifična. Crna Gora, a ubrzo potom i Srbija, uputiće zahtev za prijem u red članica Konvencije 1875. godine. Iako će nezavisnost steći dve godine potom, na Berlinskom kongresu 1878. godine, Srbija i Crna Gora će 1876. formirati nacionalna društva i biti prihvaćene u red strana ugovornica Konvencije. Inače, smatra se da je Konvencija po prvi put bila dosledno primenjena u Srpsko-bugarskom ratu 1886. godine.³²

Uprkos nedostatnosti u implementaciji, usvajanje Konvencije se smatralo nesumnjivim uspehom. Ipak, njenim usvajanjem MKCK ipak nije postigao sve ono što je prvobitno želeo. Naime, nacrt koji je poslat uz poziv za konferenciju 1864. godine sadržao je i jedanaesti član: „Prethodne odredbe koje se po analogiji primenjuju na pomorsko ratovanje mogu biti predmet kasnije konvencije među zainteresovanim stranama.”³³ Sa tim ciljem je sazvana nova konferencija koja je otpočela sa radom 5. Oktobra 1868. godine u Ženevi. Pokušaj da se odredbe Konvencije prilagode ratovanju na moru *prima facie* je bio uspešan. Na predlog posebnog komiteta bez diskusije su usvojena pravila o zaštiti ranjenika u pomorskom ratu. Ove dodatne odredbe, na žalost, neće biti ratifikovane. Iako je odsustvo pravila o zaštiti ranjenika i bolesnika odnelo hiljade žrtava, morale su se sačekati Haške konferencije kako bi 1899. godine bila usvojena Konvencija III o prilagođavanju principa Ženevske konvencije na pomorski rat,³⁴ odnosno Konvencija X iz 1907. kojom je ona zamenjena³⁵ kako bi pravila o zaštiti žrtava rata na moru dobila ugovornu formu.

Sedamdesetih godina XIX veka pojavljuje se inicijativa da se Konvencija poveže sa pravilima ratovanja. Na inicijativu Rusije, u Briselu je 27. jula 1874. počela sa radom konferencija čiji je cilj bio da se izradi jedan potpuniji kodeks ratovanja. Prema prvobitnoj inicijativi, na dnevnom redu konferencije nalazio se i nacrt predloga revizije Konvencije koji je, po mišljenju Moainea, predstavljao korak nazad u odnosu na Konvenciju.

31 Detaljnije o tome videti e.g. (Durand, 1994: 557–559).

32 O tome šire: (Boissier, 1985: 313–318).

33 O tome šire e.g. (Boissier, 1985: 190).

34 Konvencija je stupila na snagu 1900. godine. Sadržala je 14 članova. Srbija je konvenciju potpisala 1899, a ratifikovala 1901. godine. Interesantno je primetiti da je vlada SFRJ notom od 27. marta 1969. godine obavestila depozitara, Ministarstvo spoljnih poslova Holandije, da sebe smatra stranom ugovornicom ugovora i deklaracija koje su usvojene na Haškoj konferenciji 1899, a koje je Srbija ratifikovala.

35 Konvencija koja je obuhvatala duplo više članova, 28, stupila je na snagu 1910. godine, a zamenjena je Konvencijom iz 1949. godine. Srbija je Konvenciju potpisala 1907, ali je nije ratifikovala.

Smatrajući, takođe, da se time rizikuje i nestanak Konvencije kao posebnog pravnog akta, MKCK se obraća nacionalnim društvima i poziva ih da izvrše uticaj na svoje vlade kako bi se rasprava o Konvenciji skinula sa dnevnog reda. Pošto je predsedavajući pročitao pismo, doneta je odluka da se o sadržini Konvencije ne vodi rasprava. Briselska deklaracija koja, na žalost, nije stupila na snagu budući da nije ratifikovana, poslužila je osnov za razmatranje Institutu za međunarodno pravo, koji će 1880. godine usvojiti Pravilnik o zakonima i običajima ratovanja koji, takođe, ne dira u samostalnost Konvencije.

Konvencija je prvi put revidirana 1906. godine. Ne dirajući u osnovne principe, tvorcima konvencije su ih detaljnije uredili i usvojili precizniju terminologiju što je rezultovalo utrostručavanjem broja članova. Unete su odredbe o sahranjivanju mrtvih i prosleđivanju informacija. Uz to, po prvi put se izričito pominju nacionalna društva za pomoć čime oni stiču međunarodnopravni osnov delovanja.³⁶ Sledeća revizija izvršena 1929. godine i inspirisana je iskustvima Prvog svetskog rata. Klauzula *si omnes* nestaje iz teksta konvencije, crveni polumesec biva priznat kao zaštitni znak, ali se odustaje od obaveze repatrijacije medicinskog osoblja kada ono padne pod vlast neprijatelja.³⁷ Posle Drugog svetskog rata, 1949. godine, usvojena je Konvencija koja je i danas na snazi i koja spada u red najprihvaćenijih međunarodnih ugovora: broj država članica dosegao je cifru od 196.³⁸ Dopunski protokoli, usvojeni uz Konvenciju, zaokružiče pravni poredak zaštite ranjenika i bolesnika.³⁹

Revizije koje su usledile posle Drugog svetskog rata, učinile su korpus pravila o zaštiti ranjenika i bolesnika jednim od najobimnijih i najdetaljnijih. Ženevska konvencija za poboljšanje položaja ranjenika i bolesnika sadrži 64 člana i dva Aneksa, dok Ženevska konvencija za

36 Konvencija za poboljšanje položaja ranjenika na bojnopolju je stupila na snagu 1907. godine, a zamenjena je Konvencijom iz 1929. godine. Među tim, ostala je na snazi kada je i poslednja država – Kostarika – pristupila Konvenciji 1949. godine. (Schindler, Toman, 2004: 385). Srbija je konvenciju potpisala 1906. godine, a ratifikovala je 1909. godine.

37 Za tekst videti *ibid.* str. 411. Kraljevina Jugoslavija potpisala je konvenciju 1929. godine, a ratifikovala je 1931 (*ibid.* str. 419). Konvencija je zamenjena Prvom ženevskom konvencijom iz 1949. godine.

38 Podaci prema <https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/INTRO/365?OpenDocument> Posećeno 21. 6. 2015.

39 Prvi dopunski protokol o zaštiti žrtava međunarodnih oružanih sukoba ima 174, dok drugi dopunski protokol o zaštiti žrtava nemeđunarodnih oružanih sukoba ima 168 strana ugovornica. Podaci prema <https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/INTRO/365?OpenDocument> Posećeno 21. 6. 2015.

poboljšanje položaja ranjenika, bolesnika i brodolomnika ima tek član manje.⁴⁰ I druge dve konvencije usvojene 1949. godine sadrže odredbe posvećene medicinskoj nezi i zaštiti: Konvencija o postupanju sa ratnim zarobljenicima⁴¹ i Konvencija o zaštiti građanskih lica za vreme rata.⁴²

Dopunski protokoli uz ove konvencije, usvojeni 1977. godine, dopunili su ovaj korpus ne samo u kvantitativnom već i u kvalitativnom smislu,⁴³ dok Protokol III usvojen 2005. predviđa novi znak raspoznavanja, crveni kristal.⁴⁴ Ženevske konvencije spadaju u red najšire prihvaćenih konvencija. Broj strana ugovornica koji je čak premašuje broj članica Ujedinjenih nacija potpuno opravdava zaključak da je reč o pravnom režimu koji, iako začet u Evropi, danas ima univerzalno važenje.⁴⁵

Implementacija preporuka iz 1863. godine je započela pre potpisivanja Konvencije 1864. godine. Prvo društvo za pomoć ranjenim vojnicima formira se već u decembru 1893. godine u Štutgartu za tadašnji Virtemberg. Ubrzo potom osnivaju su društva u velikom vojvodstvu Oldenburgu, Belgiji i Pruskoj, zatim u Italiji i Francuskoj.⁴⁶ Posle Austrijsko-pruskog rata nacionalna društva formiraju i Rusija i Holandija. Stiču se uslovi da se pristupi izvršenju još jedne preporuke – preporuke o saradnji među društvima. Na inicijativu Ženevskog komiteta u Parizu se 1873. godine okupljaju predstavnici nacionalnih društava i predstavnici država potpisnica Konvencije da razmotre pitanja relevantna za njenu primenu i njenu budućnost.⁴⁷ Periodična

40 Za tekst videti: (Knežević Predić, Avram, Ležaja, 2007: 1, 26).

41 Videti e.g. čl. 15, 29–33. Za tekst videti Izvori, str. 46.

42 Videti e.g. čl. 13–24, 56, 57, 91, 92. Za tekst videti Izvori, str. 116.

43 Videti članove 8–32 Dopunskog protokola I o zaštiti žrtava međunarodnih oružanih sukoba i čl. 7–12 Dopunskog protokola II o zaštiti žrtava nemeđunarodnih oružanih sukoba. Tekst Izvori, str. 182 i 249.

44 Protokol je stupio na snagu 2007. godine. Za tekst videti Izvori, str. 259.

45 Ženevske konvencije je prihvatilo 196 država. Videti <https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Treaty.xsp?docUmentId=4825657B0C7E6BF0C12563CD002D6B0B&action=openDocument> posećeno 21.6.2015. Protokole su nešto manje prihvaćeni. Prvi dopunski protokol je prihvatilo 174, a drugi 168 država. Najmanje prihvaćen je treći protokol sa 72 strane ugovornice. Videti <https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Treaty.xsp?docUmentId=8BC1504B556D2F80C125710F002F4B28&action=openDocument> Posećeno 21. 6. 2015.

46 Francois Bugnion, Birth of an idea, str. 1321. Videti šire Stefani Haumer, 1863: the creation of the first National Society at the beginning of the Movement's history, IRRIC, Vol. 94, No. 888, 2012, str. 1339 i passim.

47 Konferenciji su prisustvovali delegati 16 nacionalnih komiteta, predstavnici devet država potpisnica, dva viteška reda i tri ili četiri lica u privatnom svojstvu i Ženevskog komiteta. Jedan od onih koji je prisustvovao u ličnom svojstvu

susretanja u ovom – hibridnom – sastavu su nastavljena i traju do današnjih dana, ali u bitno izmenjenom institucionalnom kontekstu.

Kako smo videli, MKCK je nastao kao malobrojno, nacionalno – čak lokalno – i konfesionalno homogeno udruženje, po svemu istovetno sa postojećim dobrotvornim društvima, osim po internacionalnosti svojih ciljeva i domašaju aktivnosti. Izvorno, njegov karakter je deliberativan i informativan, a polje delovanja ograničeno domašajem Konvencije. Relativno brzo – iako ne bez dilema, napredovanja i povlačenja – Ženevski komitet će preuzeti i operativne funkcije, naći će se na bojnopolju, kao što će se založiti i za zaštitu drugih žrtava rata. Komitet će već 1880. godine promeniti naziv u Međunarodni komitet Crvenog krsta, a osobenost njegovog pravnog karaktera – *sui generis* – ozvaničiće Švajcarski građanski zakonik iz 1907. godine. Danas je MKCK „nepriistrasna, neutralna i nezavisna organizacija čija je isključivo humanitarna misija da zaštiti živote i dostojanstvo žrtava oružanih sukoba i drugih nasilnih situacija i da im obezbedi pomoć” (Clapham, Gaeta, 2014: 20), a čiji je mandat, između ostalog, zasnovan i na međunarodnim ugovorima, Ženevskim konvencijama. Osim iz sedišta u Ženevi MKCK deluje posredstvom preko 80 misija i delegacija širom sveta, a broj njegovih poslanika je odavno prešao cifru od 10.000.⁴⁸

Saradnja nacionalnih društava odvijala se, kako smo istakli, kroz periodične konferencije. Prvi svetski rat ukazao je, međutim, na potrebu stvaranja stalnog institucionalnog okvira. Stoga na predlog američkog Crvenog krsta dolazi do osnivanja Lige društava Crvenog krsta 1919. godine. Godine 1983. Liga okuplja osim društava Crvenog krsta i društva Crvenog polumeseca, da bi 1991. godine bila preimenovana u Federaciju Crvenog krsta i Crvenog polumeseca koja okuplja 189 nacionalnih društava. Pravni osnov delovanja Federacije je Ustav kako je izmenjen 2007. godine.⁴⁹ MKCK zajedno sa državama članicama Ženevskih konvencija Federacija čini Pokret Crvenog krsta i Crvenog polumeseca čiji je najviši organ Međunarodna konferencija. Iako svaki od elemenata Pokreta zadržava samostalni identitet, njihovo delovanje uređuju zajednički Osnovni principi usvojeni pre tačno 50 godina, na XX Međunarodnoj konferenciji Crvenog krsta i Crvenog polumeseca u Beču 1965. godine.

bio je i Dinan čije se veze sa Ženevskim komitetom već bile prekinu te. Videti šire: (Boissier, 1985: 205–213).

48 O profilu MKCK rečito govori Izveštaj ove organizacije za 2014. godinu koji obuhvata preko 600 strana teksta. Videti <https://www.icrc.org/en/document/ICRC-annual-report-2014> Posećeno 26. 6. 2015.

49 Videti www.ifrc.org

5. Misija izvršena?

Iako je čovečno postupanje prema ranjenicima u ratu staro koliko i rat sam, konsolidovana pravila običajnog prava i standardizovani ugovori između vladara se nisu razvili sve do druge polovine XIX veka. *Prima facie*, unutrašnja regulativa je obećavala više. Počev od XV veka, vladari – u prvom redu zapadnoevropskih država – ustrojavaju vojni sanitet i grade sistem za pomoć i staranje o vojnicima koji su ranjeni ili oboleli u njihovoj službi. I dok pravila ponegde istrajavaju i tokom XIX veka, implementacione mere i neophodni resursi očigledno nedostaju. Objašnjenje treba tražiti u činjenici – iako ne nužno samo u njoj – da je pravni režim građen na bazi koncepta relativno malobrojnih profesionalnih vojski koje, sa buržoaskim revolucijama i pokretima za nacionalnu emancipaciju, nestaju sa istorijske scene i mesto ustupaju masovnim narodnim vojskama. Države, naprosto, nisu u stanju da već u miru obezbede i održavaju vojni sanitet onog obima koji će biti potreban u slučaju eventualnog oružanog sukoba. Time je otvoren prostor za involviranje nedržavnih aktera i u tako osetljivoj oblasti, kao što je oružani sukob između država.

Da postoji potreba za delovanjem nedržavnih aktera u različitim sferama društvenog života unutar državnih granica, znalo se od ranije. Insitucionalni odgovor na tu potrebu je razvijen i konsolidovan u formi dobrotvornih društava. Taj se model, međutim, nije mogao primeniti i na zbrinjavanje ranjenih i bolesnih vojnika bez značajnih modifikacija. Prva takva modifikacija odnosila se upravo na odnos dobrovoljnih, dobroćinih društava i države. Od njih se očekivalo da stvore onu „dodatnu vrednost” koju država ne može stvoriti i održati u miru, a neophodna joj je u ratu. Takav pristup implicira da ova društva imaju poseban, od države odvojen, i identitet i subjektivitet. Ali je tesna veza sa državom u institucionalnom, pravnom i drugom smislu nužna kako bi društva mogla da ostvare svoju svrhu.

Druga nužna modifikacija proistekla je iz same prirode rata. Rat je sukob između dve ili više država što dobroćina društva „izvlači” iz nacionalnog konteksta i vezuje iz za međunarodni, pa i međunarodnopravni kontekst. Otuda društva imaju i moraju imati sopstveni i od države nezavistan međunarodni subjektivitet i identitet. No, kao i na unutrašnjem planu, taj je identitet i subjektivitet tek relativno nezavistan. Jer, za ispunjenje postavljenog cilja, a to je da se olakšaju patnje ranjenika i bolesnika, neophodno je usaglašeno delovanje i državnih i nedržavnih aktera, na nacionalnom, kao i na međunarodnom planu. U prepoznavanju značaja tog strateškog partnerstva i

postavljanju njegovih pravnih temelja leži ključ dugovečnosti Konvencije, preciznije osnovnih principa koji su njom definisani. Polazeći od nje stvaran je bogati korpus pravila raznovrsnog pravnog karaktera: međudržavni ugovori i nacionalna regulativa, akti nacionalnih društava i njihovih asocijacija na međunarodnom planu, svi usmereni prema jedinstvenom cilju. Profilirala se uloga državnih i nedržavnih aktera ne samo u postupku nastanka ovih pravila već i u postupku njihove implementacije i nadzora nad implementacijom.

Literatura

- 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
- Knežević Predić V. (2007). *Ogled o međunarodnom humanitarnom pravu*. Beograd: Fakultet političkih nauka

Knežević Predić V., Avram S, Ležaja Ž. (2007). *Izvori međunarodnog humanitarnog prava*. Beograd: Fakultet političkih nauka

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.*

Dr Zoran Radivojević,*
Redovni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

originalni naučni članak

UDK: 341.649(4-672EU)

Rad primljen: 30.06.2015.

Rad prihvaćen: 03.12.2015.

SUDSKA ZAŠTITA SLUŽBENIKA U EVROPSKOJ UNIJI**

Apstrakt: Za razliku od drugih međunarodnih organizacija, Evropske zajednice su od samog osnivanja uspostavile sistem sudske zaštite svojih službenika, mada je nadležnost za rešavanje službeničkih sporova do sada više puta menjana. U prvo vreme ovi sporovi bili su u nadležnosti Suda pravde, ali su zbog njegove preopterećenosti velikim brojem predmeta prešli u nadležnost u međuvremenu osnovanog Prvostepenog suda. Poslednja izmena izvršena je osnivanjem Službeničkog tribunala Evropske unije u čiju su nadležnost preneti svi službenički sporovi, dok je Opšti (raniji Prvostepeni) sud postao nadležan da odlučuje o žalbama protiv odluka ovog Tribunala. Konačne odluke koje po žalbi donese Opšti sud mogu izuzetno biti predmet preispitivanja od strane Suda pravde ukoliko postoji ozbiljna opasnost po jedinstvo i usklađenost prava Unije. Posle razmatranja ustrojstva i organizacije Službeničkog tribunala EU, centralni predmet ovog rada je analiza kruga službenika koji imaju pravo na podnošenje tužbe, uslova za dopuštenost tužbe, kao i drugih osobenosti postupka rešavanja ove vrste sporova. Rasprava o sudskoj zaštiti službenika u EU završava se osvrtom na dejstvo presude i pravne lekove koji se mogu podneti protiv konačnih odluka Službeničkog tribunala i Opšteg suda.

Ključne reči: međunarodni službenici, službenički sporovi, aktivna legitimacija, dopuštenost tužbe, sudska zaštita, upravni sudovi, Službenički tribunal, Opšti sud, Sud pravde, Evropska unija.

* zoranr@prafak.ni.ac.rs

** Rad je rezultat istraživanja na projektu „Usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske unije“, koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu u periodu 2013–2018. godina.

1. Uvod

Uporedo sa porastom broja međunarodnih službenika nastala je potreba za sudskom zaštitom u slučajevima povrede njihovih prava od strane funkcionera i organa međunarodne organizacije. U prvo vreme sporovi ove vrste rešavani su unutar organizacije, i to isključivo administrativnim putem (Lapaš, 2008: 120). Nezadovoljni službenik imao je obavezu da se prvo obrati neposredno višem starešini, a tek nakon toga mogao je da podnese žalbu posebno formiranom upravnom organu za rešavanje radnih sporova. Budući da su ovi organi, obično sastavljeni od predstavnika šefa sekretarijata i službenika, imali savetodavni karakter, njihova mišljenja nisu bila pravno obavezujuća kako za organizaciju, tako ni za samog službenika. Stoga je za konačno rešenje službeničkih sporova bila potrebna obavezna i nepristrasna odluka koju je mogao da donese samo sudski organ (Schermers, Blokker, 2003: 382).

Sudovi država članica, kao što se vrlo brzo uvidelo, nisu pogodni za rešavanje sporova između službenika i organizacije iz najmanje dva razloga. Pre svega, merodavno pravo za radnopravne odnose unutar organizacije nije moglo da bude nacionalno pravo države sedišta organizacije niti članice čiji je državljanin službenik u sporu. Ovi odnosi podvrgnuti su jednom posebnom pravnom sistemu, a to je unutrašnje pravo svake međunarodne organizacije čiji su izvori njen konstitutivni akt, pravilnici o službenicima i individualni ugovori o radu zaključeni između zaposlenih i organizacije kao poslodavca (Dimitrijević, Račić, 2011: 192). Uz to, međunarodnim organizacijama priznat je imunitet od svih oblika pravnih postupaka pred sudovima država članica. Praktično to znači da su nacionalni sudovi nenadležni za tužbe koje bi protiv organizacije podneli njeni službenici.

S druge strane, postojeći međunarodni sudovi nisu davali mogućnost pojedincima da se pred njima pojave kao strane u sporu, jer su parničnu sposobnost priznavali samo državama. Kako iz ovih razloga međunarodni službenici čija su prava povređena ne bi ostali bez ikakve sudske zaštite, tj kako bi se sprečilo uskraćivanje pravosuđa (*dêni de justice*)¹, pribeglo se stvaranju posebnih upravnih sudova. Oni su formirani unutar

1 Polazeći od materijalnog faktora, Evropski sud za ljudska prava je u poznatom slučaju Waite i Kennedy protiv Nemačke (Application no. 26083/94, Judgment of 18 February 1999, 2000) ocenio da dopuštenost imuniteta međunarodne organizacije od jurisdikcije nacionalnih sudova prema Evropskoj konvenciji zavisi od toga da li je podnosilac predstavke imao na raspolaganju razumna alternativna sredstva radi efektivne zaštite svojih prava garantovanih ovom Konvencijom. Isti stav Sud

samih organizacija sa isključivim ciljem da rešavaju službeničke sporove. Prvi takav sud osnovan je još 1927. godine u okviru Društva naroda za potrebe te organizacije i Međunarodne organizacije rada². Nakon drugog svetskog rata on deluje kao Upravni sud Međunarodne organizacije rada, dok je Organizacija UN svoj Upravni sud osnovala 1949. godine³. Ova dva suda koristi niz specijalizovanih agencija iz sistema Ujedinjenih nacija koje nemaju sopstvene upravne sudove i to na osnovu posebno zaključenih sporazuma⁴. Slične upravne sudove imaju i neke regionalne organizacije.⁵

Za razliku od drugih međunarodnih organizacija, Evropske zajednice su od samog osnivanja uspostavile sistem sudskog rešavanja radnih sporova službenika, mada je nadležnost u ovim sporovima do sada više puta menjana. U prvo vreme službenički sporovi bili su u nadležnosti Suda pravde, ali su zbog preopterećenosti ogromnim brojem predmeta prešli u nadležnost Prvostepenog suda koji je osnovan 1989. godine. Poslednja izmena izvršena je osnivanjem Službeničkog tribunala Evropske unije, koji je obrazovan odlukom Saveta od 2004. godine, a u čiju su nadležnost preneti svi službenički sporovi (Čavoški, Knežević-Bojović, Popović, 2006: 95).

Nakon razmatranja ustrojstva i organizacije Službeničkog tribunala EU, predmet pažnje u ovom radu biće analiza kruga službenika koji imaju pravo na podnošenje tužbe, uslova za dopuštenost tužbe, kao i drugih osobenosti postupka rešavanja ove vrste sporova. Rasprava o sudskoj zaštiti službenika u Evropskoj uniji završava se osvrtnom na dejstvo presude i pravne lekove koji se mogu podneti protiv konačnih odluka Službeničkog tribunala i Opšteg suda donetih u službeničkim sporovima.

je zauzeo u slučaju Beer i Regan protiv Nemačke (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 Upravni sud UN koriste službenici Međunarodne organizacije za civilno vazduhoplovstvo (ICAO) i Međunarodne pomorske organizacije (IMO), dok je Upravni sud Međunarodne organizacije rada (ILO) nadležan za službenike Organizacije za ishranu i poljoprivredu (FAO), Svetske zdravstvene (WHO) i meteorološke organizacije (WMO), UNESCO-a, Svetskog poštanskog saveza (UPU), Međunarodne unije za telekomunikacije (ITU), Svetske trgovinske organizacije (WTO), Međunarodne agencije za atomsku energiju (IAEA), Međunarodnog fonda za poljoprivreni razvoj (IFAD), Svetske organizacije za intelektualnu svojinu (WIPO), Svetske turističke organizacije (WTO) i Organizacije UN za industrijski razvoj (UNIDO).

5 Upravne sudove do sada su, između ostalog, osnovale Organizacija za ekonomsku saradnju i razvoj (OECD), Arapska liga (LAS) i Organizacija američkih država (OAS).

2. Službenički tribunal

Službenički tribunal EU konstituisan je i počeo je sa radom 2005. godine kao sudski panel predviđen Ugovorom iz Nice⁶. Posle stupanja na snagu Lisabonskog ugovora, on deluje kao jedini specijalizovani sud u okviru pravosudnog sistema Unije. Pravila o sastavu i organizaciji rada Službeničkog tribunala sadržana su u Aneksu I koji je pridodat Statutu Suda pravde EU⁷. Njegova pravila su dopunjena i razrađena Poslovníkom koji je doneo sam Službenički tribunal uz saglasnost Suda pravde i odobrenje Saveta⁸.

Službenički tribunal sastoji je od sedam sudija, uz mogućnost da se broj sudija poveća. Odluku o tome donosi Savet kvalifikovanom većinom na zahtev Tribunala. Sudije se biraju na period od šest godina. Sudije kojima je istekla dužnost mogu biti ponovo birane⁹. Pre preuzimanja dužnosti izabrane sudije polažu zakletvu pred Sudom pravde¹⁰.

Sudije bira Savet jednoglasnom odlukom nakon konsultovanja komiteta koji se posebno obrazuje u tu svrhu. Prilikom izbora uzima se u obzir geografski kriterijum i srazmerna zastupljenost različitih pravnih sistema. To znači da se mora obezbediti, ukoliko je moguće, zastupljenost sudija iz što više različitih država članica, ali se istovremeno mora voditi računa o pravnim sistemima iz kojih ove sudije potiču.

Sudije se biraju među kandidatima koji se prijavljuju za izbor na to mesto. Pored uslova predviđenih osnivačkim ugovorom, kandidati za sudije moraju biti građani Evropske unije. Pre izbora obrazuje se poseban komitet sa zadatkom da ispita da li prijavljeni kandidati ispunjavaju uslove i da preporuči njihov izbor. Komitet se sastoji od sedam članova koji se biraju iz reda ranijih

6 Član 220 Ugovora o Evropskoj zajednici (dalje: UEZ), izmenjen Ugovorom iz Nice. Koristeći ovo ovlašćenje, Savet je na predlog Komisije, posle konsultovanja Evropskog parlamenta i Suda pravde, doneo 2. novembra 2004. godine odluku u o formiranju Službeničkog tribunala; videti: Official Journal, L 333/9-11, 9. 11. 2004.

7 Aneks I Statuta nosi naslov „Službenički tribunal Evropske unije“ (dalje: Aneks); videti: Official Journal, L 228/ 2012.

8 Poslovník Službeničkog tribunala (dalje: Poslovník ST); videti: Official Journal, L 225/2007; poslednja izmena: Off. Journal EU, L 206/2014.

9 Član 2 Aneksa.

10 Član 3 Poslovníka ST.

sudija Suda pravde i Opšteg suda i pravnik priznate stručnosti. Uz svoje mišljenje komitet prilaže i listu najpodobnijih kandidata sa najvećim stepenom iskustva. Ova lista mora da sadrži imena najmanje dvostruko više kandidata od broja sudija koje imenuje Savet¹¹.

Službenički tribunal ima predsednika koga biraju same sudije na period od tri godine. Mandat predsednika se može obnoviti. Predsednik upravlja radom Tribunala, obezbeđuje uredan rad njegovih službi i predstavlja Tribunal. Predsednik, takođe, odlučuje o zahtevima za obustavu primene i izvršenja akta institucije EU ili za određivanje drugih privremenih mera.¹²

Pravilo je da Tribunal zaseda u tročlanim većima. Postoji mogućnost da Tribunal radi u plenumu i većima od pet sudija, a u određenim sporovima može da sudi i sudija pojedinac. Poslovníkom je predviđeno da će se predmet uputiti plenarnoj sednici ili petočlanom veću ukoliko to opravdava složenost pravnih pitanja, važnost predmeta ili posebne okolnosti slučaja. S druge strane, predmeti koji imaju ograničenu važnost ili u kojima ne postoje složena pravna i činjenična pitanja ili druge posebne okolnosti mogu se dodeliti sudiji pojedincu.

Službenički tribunal u svom sastavu nema opšte pravobranioce. Po tome je sličan sa Opštim sudom koji, takođe, nema opšte pravobranioce. Međutim, za razliku od Opšteg suda, ne postoji mogućnost da se jednom od sudija Tribunala poveri dužnost pravobranioaca u nekom predmetu (Lenaerts, Maselis, Gutman, 2014: 34).

Tribunal bira svog sekretara koji ima slična ovlašćenja kao i sekretari Suda pravde i Opšteg suda. Prema Poslovníku sekretar se imenuje na osnovu oglasa koji se objavljuje u Službenom listu EU. Sekretar se bira tajnim glasanjem sudija na period od šest godina uz mogućnost ponovnog izbora. Po istom postupku Tribunal može imenovati zamenika sekretara koji mu pomaže u radu i zamenjuje ga u slučaju odsutnosti ili sprečenosti. Sekretar je odgovoran za proceduralna pitanja: sva dokumenta upućena Tribunalu stižu njemu i on ih prosleđuje sudijama Tribunala, kao što dostavlja dokumenta stranama u postupku i čuva celokupnu dokumentaciju. On se u isto vreme nalazi na čelu celokupne sudske uprave. Službenici i ostali zaposleni odgovorni su sekretaru koji radi pod nadzorom predsednika Tribunala.¹³

11 Član 3 Aneksa.

12 Član 4, stav 1 Aneksa i čl. 7–9 Poslovníka ST.

13 Član 6, stav 2 Aneksa i čl.16–20 Poslovníka ST.

3. Pravo na tužbu

Službenici EU tužbe podnose protiv Unije, odnosno njenih organa, tela ili agencija čijim su delovanjem, tj. aktima ili pasivnim držanjem, tj. neusvajanjem akata koje su bili u obavezi da donesu, nastale po njih negativne posledice (Radivojević, 2014: 43). Predmet tužbe mogu biti različite pojedinačne odluke u vezi sa prijemom, postupkom zapošljavanja, unapređenjima, premeštajem, disciplinskim kaznama, penzionisanjem, platama, penzijama i drugim naknadama (Čavoški et al., 2006: 95).

Ovo je tužba koju podnose isključivo fizička lica. Sud pravde stoji na stanovištu da pravna lica, kao što su sindikati ili druga udruženja koja zastupaju interese službenika, nemaju aktivnu legitimaciju u ovom postupku.¹⁴ Njima na raspolaganju stoje druge direktne tužbe, kao što su tužba za poništaj ili tužba za naknadu štete. Uz to, oni se mogu pojaviti kao umešači na strani fizičkog lica koje je podnelo tužbu.¹⁵ Ovakav stav Sud je zauzeo tumamačeći relevantne propise¹⁶ Unije koji ovu tužbu tretiraju kao pravno sredstvo isključivo namenjeno zaštititi konkretnog službenika, a ne kolektivnih interesa određenog broja lica.

Pravo na podnošenje ove vrste tužbe imaju dve kategorije službenika zaposlenih u organima Evropske unije. U prvoj se nalaze zvaničnici ili funkcioneri čiji su položaj, prava i obaveze regulisani Regulativom o službenicima zvaničnicima. Prema slovu ove Regulative, zvaničnicima se smatraju službenici koji su pismenim rešenjem ovlašćenog lica primljeni u radni odnos na neko radno mesto u jednom od organa Unije.¹⁷

Drugu kategoriju aktivno legitimisanih lica čine ostali službenici čiji je radnopravni položaj regulisan posebnim aktom pod nazivom Uslovi zapošljavanja. Ovi službenici se zapošljavaju na osnovu ugovora radi obavljanja određenih poslova dok postoji potreba za njihovim

14 Videti slučajeve: 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 Saglasno članu 40, stav 2 Statuta Suda. Za primer mešanja sindikata na strani službenika videti slučaj: T-84/91, *Meskens v. European Parliament* (1992)

16 Član 270 UFEU i član 91 Regulative o službenicima zvaničnicima i Uslova zapošljavanja ostalih službenika (Staff Regulations of Officials and the Conditions of Employment Other Servants No 259/68) koja je u izvornom obliku doneta 29. februara 1968. godine (Official Journal, Spec. Ed. I, 30) i do sada više puta menjana i dopunjavana; poslednja izmena 29. oktobra 2013. godine (Official Journal L 287/15).

17 Član 1a i 91 Regulative o službenicima zvaničnicima.

angažovanjem.¹⁸ Bez obzira na ove razlike, Sud pravde nadležan je da odlučuje kako u radnim sporovima zvaničnika, tako i ostalih službenika. Izuzetak predstavljaju članovi lokalnog osoblja zaposleni na poslovima i dužnostima izvan Unije za čije su sporove nadležni domaći sudovi u skladu sa važećim nacionalnim pripisima ili arbitraža ukoliko je predviđena ugovorima o radu.¹⁹

Krug aktivno legitimisanih lica Sud je u praksi znatno proširio nastojeći da ovo sredstvo konkretne pravne zaštite pojedinaca učini dostupnijim i delotvornijim. Tako je pored lica koja su zasnovala radni odnos u nekom od organa EU, pravo na tužbu priznao kandidatima za određena radna mesta uz obrazloženje da i odluke konkursnih komisija o prijemu mogu biti predmet osporavanja pred Sudom.²⁰ Kao ovlašćene tužioce prihvatao je, takođe, penzionisane funkcionere, njihove naslednike i druga lica koja traže priznavanje određenih prava. iako se formalno ne smatraju zvaničnicima.²¹ Sud se čak smatrao nadležnim da odlučuje po tužbama koje podnose njegovi zaposleni odstupajući tako od načela *nemo iudex in causa sua*²². Međutim, Sud nije prihvatio kao ovlašćene tužioce članove porodice službenika koji su tražili naknadu štete pretrpljene zbog uticaja ponašanja institucije na njegovu karijeru uz obrazloženje da je sam službenik imao mogućnost da ospori zakonitost odluke institucije u pitanju.²³

4. Dopuštenost tužbe

Dopuštenost tužbe u službeničkim sporovima pretpostavlja ispunjenje nekoliko uslova. Neki od njih su izričito propisani pomenutom Regulativom o službenicima, dok je druge u praksi formulisao sam Tribunal, odnosno raniji Prvostepeni sud. Pre svega, podnošenju tužbe prethodi poseban, dvostepeni administrativni postupak koji se

18 Članovi 46, 73, 117 i 124 Uslova zapošljavanja ostalih službenika.

19 Član 122 Uslova zapošljavanja ostalih službenika. U pogledu nadležnosti sudova i merodavnog prava za sporove članova lokalnog osoblja videti slučaj C-165/01 *Betriebsrat der Vertretung der Europäischen Kommission in Österreich* (2003).

20 Videti slučajeve 130/86 *Du Besset* (1986) i 81-88/74 *Marenco v. Commission* (1975)

21 Videti slučajeve 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) i T-177/94 *Altman* (1994).

22 Videti slučaj 2/80, *Dautzenberg v. Court of Justice*, ECR, 1980, 3107. Više o tome: Brown et al., 2000: 195.

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

sprovodi u okviru institucije Unije.²⁴ Nezadovoljni službenik, naime, mora da prvo uputi pritužbu ili zahtev nadležnom organu ili telu. Taj organ ili telo ima rok od četiri meseca da odluči o podnetoj pritužbi ili zahtevu službenika. Ukoliko se on u ovom periodu ne oglasi, smatra se da je zahtev odbijen, odnosno negativno rešen.

Nakon toga nezadovoljni službenik može da podnese žalbu drugostepenom organu u okviru institucije u roku od tri meseca. Organ nadležan za žalbe ima, takođe, na raspolaganju rok od četiri meseca da donese konačnu odluku. Kao i u prethodnom slučaju, neoglašavanje žalbenog tela u ovom roku smatra se odbijanjem žalbe.

Službenik koji nije zadovoljan donetom odlukom ili njenim izostankom stiče pravo da se obrati Tribunalu. Rok za podnošenje tužbe je tri meseca.²⁵

Izuzetak su slučajevi kada se od Tribunala traži obustavljanje izvršenja akta institucije ili donošenje privremene mere. Tada službenik može podneti tužbu ne čekajući istek roka za odgovor nadležnog organa. Tribunal će u ovom slučaju zastati sa postupkom u glavnoj stvari dok organ ne odluči o žalbi.²⁶

Drugi uslov dopuštenosti tužbe ustanovljen je u praksi i tiče se identičnosti zahteva u administrativnom i sudskom postupku. Stav je ranijeg Prvostepenog suda da između žalbe i tužbe mora postojati paralelizam u pogledu merituma, tako da predmet spora može da bude samo ono što je službenik već tražio od nadležnog organa ili tela.²⁷ Prvostepeni sud nije insistirao na potpunoj istovetnosti ovih podnesaka, već je smatrao dovoljnim da postoji tesna veza između njih.²⁸ U skladu sa ovakvim fleksibilnim pristupom dopuštao je da se u tužbi navedu novi ili dopunski zahtevi pod uslovom da se njima ne menja suština i osnov prethodne žalbe. Tako je u nekoliko slučajeva prihvatio zahtev službenika za naknadu štete prouzrokovane osporenim aktom, iako o njemu nije bilo govora u prethodnom, administrativnom

24 Član 90, stav 2 Regulative o službenicima zvaničnicima.

25 Član 91, stav 3 Regulative.

26 Član, stav 4.

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

28 Videti slučajeve 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).

postupku.²⁹ Međutim, samostalna tužba za naknadu štete podneta Sudu bez prethodnog obraćanja nadležnom organu ne bi se smatrala dopuštenom.³⁰

Poslednji uslov dopuštenosti tužbe svodi se na zahtev da osporeni akt ima neposredno nepovoljno dejstvo u odnosu na zainteresovanog subjekta, tj. po njegove interese. Smatra se da je kriterijum nepovoljnog dejstva ispunjen ukoliko akt u pitanju negativno utiče na pravni položaj tužioca. Tom prilikom raniji Prvostepeni sud je neposredno i pojedinačno pravno dejstvo akta ocenjivao na sličan način kao i kod direktne tužbe za poništaj (Lenaerts, Arts, Maselis, 2006: 475–476). Sam tužilac mora da ima lični interes da njegov tužbeni zahtev bude usvojen. Tužba podneta radi poštovanja prava EU ili u interesu neke institucije neće biti dopuštena.³¹ Interes službenika ogleda u prednosti koju će on ostvariti ukoliko Tribunal svojom presudom poništi osporeni akt. Taj interes mora da bude konkretan, legitiman i sadašnji (Isaak, Blanquet, 2012: 630), a ne budući ili hipotetički³².

Tribunal će odbaciti tužbu službenika kao nedopuštenu ako nađe da neki od ovih uslova nije ispunjen. Ukoliko to nije slučaj prelazi na razmatranje spora u meritimu.

5. Osobnosti postupka

Postupak pred Službeničkim tribunalom načelno je uređen Naslovom III Statuta Suda pravde, sa izuzetkom čl. 22 i 23. Potpunija i detaljna pravila postupka sadržana su u Poslovniku koji je doneo Službenički tribunal u saglasnosti sa Sudom pravde i uz odobrenje Saveta.

U postupku pred Tribunalom mogu se koristiti svi službeni jezici Evropske unije, s tim da se jezik konkretnog postupka određuje prema jeziku na kome je podneta tužba (Misita, 2009: 284). Ova odredba iz Poslovnika Opšteg suda primenjuje se *mutatis mutandis* na Službenički tribunal.³³

29 Videti slučajeve 54/77 *Herples v. Commission* (1978) i 224/87 *Koutchoumoff v. Commission* (1989).

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

31 Videti slučajeve: 85/82 *Schloh v. Council* (1983) i T-163/89 *Sebastian v. European Parliament* (1991).

32 Videti slučajeve: 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 Član 7, stav 2 Aneksa.

U pozadini ovog pravila nalazi se ideja da organi, tela i agencije Unije koji se u službeničkim sporovima pojavljuju kao tužena strana nasuprot tužiocima fizičkim licima mogu koristiti bilo koji službeni jezik.

Postupak pred Službeničkim tribunalom odvija se u osnovi na isti način kao i postupak po direktnim tužbama pred drugim pravosudnim organima EU. Taj postupak se u principu deli na pismeni i usmeni. Pismeni deo postupka sastoji se od podnošenja tužbe i odgovora na tužbu tužene strane, dostavljanja dokaznih spisa i isprava, kao i prethodnog izveštaja koji sudija izvestilac priprema za usmenu raspravu. Usmeni postupak obuhvata održavanje rasprave, nakon čega sledi većanje sudija, za koje sudija izvestilac priprema obrazloženje odluke, te donošenje presude koja se saopštava na javnoj sednici Tribunala.³⁴

Osobenost pismenog dela postupka ogleda se u tome što je po pravilu moguća samo jedna razmena podnesaka između stranaka. Prema tome, ova faza postupka ograničena je na podnošenje tužbe i odgovora na tužbu uz izostavljanje replike (odgovora) tužioca i duplike (odgovora na odgovor) tuženog. Izuzetno Službenički tribunal može po službenoj dužnosti ili na osnovu obrazloženog zahteva tužioca odlučiti da je potrebna druga razmena podnesaka kako bi se dopunili spisi predmeta. Tom prilikom Tribunal je ovlašćen da drugu razmenu podnesaka ograniči samo na ona činjenična i pravna pitanja koja je odredio.³⁵

U slučaju da dođe do druge razmene podnesaka, a Službenički tribunal oceni da održavanje rasprave nije potrebno, presuda se može doneti bez usmenog ročišta. Cilj ovog rešenja je da se ubrza postupak po tužbama službenika. Međutim, za odluku Tribunala o izostavljanju usmene rasprave potrebna je saglasnost stranaka.³⁶ U suprotnom postupak pred Službeničkim tribunalom uključuje raspravu kao obaveznu fazu.

Druga karakteristika ovog postupka je nastojanje Tribunala da podstakne stranke na traženje sporazumnog rešenja spora. U tom cilju Tribunal može u svakom stadijumu postupka, uključujući i trenutak podnošenja tužbe, razmotriti mogućnost za postizanje mirnog rešenja dela spora ili celog spora između tužioca i tuženog ili olakšati da se dođe do takvog rešenja.³⁷

Zadatak da ispita mogućnost mirnog rešenja spora poverava se sudiji izvestiocu kome pomaže sekretar. Sudija izvestilac ovlašćen je da

34 Članovi 49–66 Poslovnika ST.

35 Član 7, stav 3 Aneksa i čl.55, stavovi 1 i 2 Poslovnika ST.

36 Član 7, stav 3 Aneksa i čl.59, stav 2 Poslovnika ST.

37 Član 7, stav 4 Aneksa.

predloži jedno ili više rešenja za okončanje spora, kao i da donese pogodne mere koje bi podstakle njegovo mirno rešavanje. On posebno može pozvati stranke na sastanak radi pregovora o eventualnom poravnanju, imati odvojene kontakte sa svakom od strana, ako one na to pristanu, i predložiti strankama određivanje izmiritelja.

Ukoliko tužilac i tuženi pred sudijom izvestiocem postignu poravnanje kojim se okončava spor, sadržaj tog poravnanja utvrđuje se aktom koji potpisuju sudija izvestilac i sekretar. Ovaj se akt dostavlja strankama i predstavlja javnu ispravu. Na osnovu njega predsednik Tribunala donosi obrazloženo rešenje kojim se predmet briše iz upisnika. Ukoliko pak stranke sklope poravnanje izvan Službeničkog tribunala i navedu da odustaju od svojih zahteva, predsednik, takođe, određuje brisanje predmeta. Službenički tribunal i stranke ne mogu u okviru sudskog postupka koristiti mišljenja, predloge, tvrdnje i ustupke koji su dati ili učinjeni, kao i dokumente koji su sastavljeni u cilju mirnog rešavanja spora.³⁸

Postupak pred Službeničkim tribunalom specifičan je i po načinu snošenja troškova. U sporovima između Unije i njenih službenika svojevremeno je važilo pravilo prema kome institucija kao poslodavac snosi svoje troškove i u slučaju da službenik ne uspe sa tužbom.³⁹ Ukoliko je pak podneo žalbu na odluku Prvostepenog suda, službenik je rizikovao da u slučaju njenog neuspeha snosi ukupne troškove postupka. Međutim Sud pravde mogao je i tada odlučiti da, ukoliko to pravičnost zahteva, deo troškova snosi institucija – poslodavac.⁴⁰

Posle osnivanja Službeničkog tribunala, Aneksom I Statuta predviđeno je da troškove postupka snosi strana koje izgubi spor ako Tribunal tako odluči, pod uslovom da posebnim odredbama poslovnika nije drugačije predviđeno.⁴¹ U novom poslovniku Tribunala prihvaćeno je, takođe, kao opšte pravilo da stranka koja ne uspe u postupku snosi svoje, kao i troškove druge strane koje joj je prouzrokovala, ukoliko ova druga to zahteva.⁴² Posebnim pravilima propisano je da iz razloga pravičnosti Službenički tribunal može odlučiti da stranka koja ne uspe u postupku snosi sopstvene troškove, ali da samo delimično snosi troškove druge strane ili da uopšte nije dužna da ih snosi po tom osnovu. Međutim,

38 Članovi 90–92 Poslovnika ST.

39 Član 88 Poslovnika ranijeg Prvostepenog suda.

40 Članovi 70 i 122 Poslovnika.

41 Član 7, stav 5 Aneksa.

42 Član 102 Poslovnika ST.

strani koja je uspjela u postupku može se naložiti da pored svojih troškova preuzme delimično ili potpuno troškove druge strane ako se to čini opravdanim na osnovu njenog ponašanja, posebno kada je drugoj strani prouzrokovala troškove koji su ocenjeni kao nepotrebni ili su nastali zloupotrebom prava.⁴³ Ukoliko stranke delimično uspeju u svojim zahtevima, svaka strana snosi sopstvene troškove. Ipak, i ovde poslovnik ostavlja prostor za diskrecionu ocenu Službeničkog tribunala koji može, ukoliko smatra da razlozi pravičnosti to zahtevaju, odlučiti da je jedna strana dužna da, pored sopstvenih troškova, preuzme i deo troškova druge strane.⁴⁴

6. Dejstvo presude i pravni lekovi

Zavisno od rezultata razmatranja spora u meritumu, Službenički tribunal može svojom presudom tužbu odbiti kao neosnovanu. Ukoliko pak utvrdi da je povređeno neko pravo službenika, presudiće u njegovu korist i poništiti odluku koja je predmet spora. Pored toga, može se dosuditi naknada materijalne ili nematerijalne štete, zajedno sa odgovarajućim kamatama, kada je u konkretnom slučaju to opravdano.⁴⁵ U sporovima finansijske prirode, koji su vezani za pitanja (ne)isplate plata i drugih naknada ili novčanih kazni, Tribunal na osnovu izričite odredbe ima punu jurisdikciju, pa u presudi može odrediti neke finansijske mere (Lenaerts et al., 2014: 666). Međutim, Službenički tribunal nije ovlašćen da odluči umesto institucije čiji je akt poništen, već samo ima pravo da joj ukaže na mere koje treba preuzeti u cilju izvršenja njegove presude.⁴⁶

Pored ovog neposrednog dejstva, presude Službeničkog tribunala mogu imati posredan uticaj na zakonitost pravnih akata organa EU (Čavoški et al., 2006: 99). Do toga obično dolazi kada odluka koja je predmet spora bude poništena zbog toga što je Tribunal ustanovio da su odredbe pravnog akta Unije, na osnovu koje je ona doneta, nezakonite. U ovim slučajevima Tribunal je od nadležnih organa zahtevao da otklone

43 Član 102 Poslovnika ST.

44 Član 103 Poslovnika ST.

45 U jednom od prvih službeničkih sporova (7/56 i 3-7/57 *Algera and Others v. Assembly* 1957–1958). Sud je obavezao Zajednicu da na ime nematerijalne štete tužiocu isplati simboličnih 50 italijanskih lira, da bi u nekim kasnijim slučajevima dosuđena naknada isnosila i do 3.000 evra

46 Videti slučajeve: 225/82 *Vetzyck v. Commission* (1983); T-37/89 *Hanning v. European Parliament* (1990); T-73/89 *Barbi v. Commission* (1990); T-588/93 *G v. Commission* (1994).

utvrđene nezakonitosti, što su oni do sada redovno činili usvajanjem potrebnih izmena spornog pravnog akta.⁴⁷

Kao redovan pravni lek procesno pravo Unije dopušta pravo na žalbu protiv presuda Službeničkog tribunala (Radivojević, Knežević-Predić, 2014: 812–814). U ovom slučaju o žalbi odlučuje Opšti sud kao viša instanca. Izuzetak predstavlja mogućnost da se zatraži preispitivanje od strane Suda pravde konačnih odluka koje po žalbama donese Opšti sud. Ovakvo trostepeno suđenje (Misita, 2009: 263) predviđeno je samo pod uslovom da postoji ozbiljna opasnost za jedinstvenost i usklađenost prava EU.

Žalba se podnosi protiv konačnih odluka Službeničkog tribunala. Pravo na žalbu ima svaka od stranaka koja u potpunosti ili delimično nije uspela u sporu pred Službeničkim tribunalom. Žalbu mogu podneti i svi umešači, koji nisu države članice ili institucije Unije, pod uslovom da odluka Službeničkog tribunala neposredno na njih utiče.⁴⁸

Žalbe Opštem sudu protiv odluka Službeničkog tribunala ograničene su samo na pravna pitanja.⁴⁹ Osnovi za žalbu su isti i svode se na nenadležnost Tribunala, povredu pravila postupka na štetu žalioca i kršenje prava Unije od strane Službeničkog tribunala. Rok za podnošenje žalbe iznosi dva meseca od prijema odluke Tribunala. Kod žalbe protiv odluke o odbijanju mešanja rok je kraći i iznosi dve nedelje od njenog dostavljanja. Žalba ne odlaže izvršenje osporene odluke Službeničkog tribunala.

Postupak po žalbi sastoji se iz pismenog i usmenog dela. Usmena rasprava održava se samo na izričit zahtev stranaka. Poslovnik dopušta mogućnost da se usmena faza postupka potpuno izostavi. Takvu odluku Opšti sud donosi na predlog sudije izvestioca pošto predhodno sasluša opšteg pravobranioca i stranke u sporu.⁵⁰

Ukoliko utvrdi da je žalba osnovana, Opšti sud će ukinuti odluku Službeničkog tribunala i sam doneti konačnu presudu. Predmet se može vratiti Tribunalu na ponovno rešavanje ako stanje postupka

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

48 Čl. 9–11 Aneksa I Statuta

49 Čl. 11 Aneksa I

50 Čl. 137–143 Poslovnika Opšteg suda (dalje: Poslovnik OS), Official Journal L 92/2010; poslednja izmena: Official Journal L 173/2013.

ne dozvoljava Opštem sudu da konačno presudi spor. U tom slučaju Tribunal je vezan odlukom Opšteg suda o pravnim pitanjima.⁵¹

Odluke koje donese Opšti sud po žalbama su konačne. Izuzetno, one mogu biti predmet preispitivanja od strane Suda pravde. Uslov za to je postojanje ozbiljne opasnosti za jedinstvo ili usklađenost prava Unije.⁵²

Pravo da predloži preispitivanje odluke Opšteg suda ima samo prvi opšti pravobranilac. Po tome se ovo pravno sredstvo razlikuje od žalbe koju, po pravilu, podnose nezadovoljne stranke u postupku. Predlog za preispitivanje prvi opšti pravobranilac mora podneti u roku od mesec dana od datuma objavljivanja odluke Opšteg suda, dok Sud pravde u daljem roku od mesec dana od prijema predloga odlučuje da li treba preispitati ovu odluku.⁵³

Ukoliko Sud pravde utvrdi da odluka Opšteg suda utiče na jedinstvo ili usklađenost prava Unije, predmet se vraća ovom Sudu. Tada je Opšti sud vezan odlukom Suda o pravnim pitanjima. U slučaju potrebe Sud može navesti koja se dejstva odluke Opšteg suda imaju smatrati konačnim za strane u sporu. Međutim, Sud pravde može sam doneti konačnu odluku ako ishod postupka očigledno proizilazi iz činjeničnog stanja na kome se zasniva odluka Opšteg suda. Kada se utvrdi da odluka Opšteg suda utiče na jedinstvo i usklađenost prava Unije, odluka Suda pravde o pitanju koje je podvrgnuto preispitivanju zamenjuje odluku Opšteg suda.⁵⁴

Pored žalbe kao redovnog pravnog sredstva, protiv konačnih odluka Službeničkog tribuna predviđeni su drugi pravni lekovi o kojima odlučuju isti ovaj Tribunal (Radivojević et al., 2014: 814–820). Prema slovu poslovnika, neki od njih su kvalifikovani kao vanredna pravna sredstva, dok drugi imaju izuzetan i procesni karakter. U prvu kategoriju spadaju prigovor trećeg koji nije bio strana u sporu protiv presude i zahtev za reviziju presude. Druga grupa pravnih lekova obuhvata zahteve strana u sporu za tumačenje, ispravku i dopunu presude.

Prvo sredstvo koje po tekstu poslovnika ima karakter vanrednog pravnog leka je postupak po prigovoru trećeg lica koje nije učestvovalo u postupku (*third party proceedings; tierce opposiotion*), a koja smatra da je presuda doneta na štetu njegovih prava, odnosno da ih prejudicira. U ulozi trećeg može se pojaviti fizičko i pravno lice, organ Unije ili država članica.

51 Čl. 13 Aneksa I

52 Čl. 256, stav 2 UFEU

53 Čl. 62-62b Statuta

54 Čl. 62a i 62b Statuta

Da bi moglo da podnese prigovor, treće lice mora da dokaže štetan uticaj presude na njegova prava, kao i da navede razloge zbog kojih nije učestvovalo u osnovnom postupku.⁵⁵ Prvi uslov koji se odnosi na prejudicijelni uticaj presude zadovoljen je ako je ona štetna po prava trećeg lica. Sama šteta može biti materijalne ili moralne prirode.⁵⁶ Kod drugog uslova podnosilac prigovora mora navesti uverljive razloge zbog kojih nije bio u stanju da učestvuje u osnovnom postupku u svojstvu umešača.⁵⁷

Prigovor se podnosi protiv svih stranaka u postupku iz čega proističe osporena presuda. Rok za pokretanje postupka je dva meseca od dana objavljivanja presude u Službenom listu Unije. U slučaju da prihvati prigovor, Tribunal će novom presudom izmeniti presudu u onim tačkama u kojima je usvojio zahteve trećeg lica. Original preinačene presude priključuje se izvorniku prvobitne presude i na njoj se o tome sastavlja odgovarajuća beleška.⁵⁸

Drugo pravno sredstvo koje je u sudskim poslovnicima izričito predviđeno kao vanredni pravni lek je zahtev za reviziju presude. Može se podneti samo ako se otkrije nova činjenica od odlučujućeg značaja koja u vreme donošenja presude nije bila poznata ni Sudu ni stranci koja traži obnovu postupka.⁵⁹ Potrebno je da je ta činjenica već postojala u vreme donošenja presude bez obzira na to što je ona bila nepoznata strankama i Sudu.⁶⁰ Zahtev za reviziju podnosi se u roku od tri meseca od dana kada je podnosilac saznao za činjenicu na kojoj zaniva svoj zahtev za reviziju (subjektivni rok). Po proteku deset godina od dana donošenja presude ne može se zahtevati obnova postupka (objektivni rok).⁶¹

Postupak po zahtevu za reviziju ima dve faze (Schermers, Waelbroek, 2001: 748–749). Kada se zahtev podnese, Tribunal prvo odlučuje o dopuštenosti revizije na zatvorenoj sednici uzimajući u obzir mišljenja stranaka dostavljena u pismenom obliku. Ako usvoji pozitivnu odluku, koja se takođe donosi u obliku presude, Tribunal u drugoj fazi prelazi na meritorno odlučivanje. Posle sprovedenog postupka donosi se nova presuda koja se

55 Čl. 42 Statuta

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

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

58 Čl. 117, stav 3 Poslovnika ST

59 Čl. 44 Statuta

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

61 Čl. 44, stav 3 Statuta

priključuje izvorniku osporene presude. Na margini te presude mora se staviti beleška da je doneta presuda po zahtevu za reviziju.⁶²

Posebno pravno sredstvo procesnog karaktera predstavlja zahtev za tumačenje presude. Ovaj zahtev podnosi se ukoliko nije jasan smisao ili domašaj donete presude ili eventualno nekog rešenja. Pitanja koja nisu rešena presudom, ne mogu biti predmet ovog zahteva. Poslovníkom Službeničkog tribunala nije propisan poseban rok u kome se zahtev za tumačenje presude mora podneti. Iako nije izričito predviđeno, smatra se da podnošenje zahteva za tumačenje presude nema suspenzivno dejstvo, tj. ne odlaže njeno izvršenje (Schermers et al., 2001: 744). Pre donošenja odluke strankama se mora omogućiti da podnesu svoja mišljenja o zahtevu za tumačenje. Odluku o tumačenju Tribunal donosi u formi presude (interpretativna presuda). Ona se prilaže originalu presude čije se tumačenje tražilo i na njoj se o tome sačinjava odgovarajuća beleška.⁶³

Drugo procesno pravno sredstvo koje se može koristiti je ispravka presude Službeničkog tribunala. Ispravka je moguća samo ukoliko presuda sadrži greške u pisanju, računanju ili druge očigledne omaške. Presudu ispravlja Tribunal na sopstvenu inicijativu ili na zahtev stranaka. Rok za traženje ispravke iznosi dve nedelje od donošenja presude ili dostavljanja rešenja. Službenički tribunal odluku o ispravci donosi u obliku rešenja posle saslušanja stranaka. Original rešenje o ispravci prilaže se izvorniku ispravljene presude. Beleška o tom rešenju stavlja se na margini izvornika presude koja je ispravljena.⁶⁴

Dopuna presude predstavlja poslednje pravno sredstvo koje se ponekad smatra samo posebnim oblikom zahteva za ispravku presude Službeničkog tribunala. (Schermers et al., 2001: 744). Ona se traži u slučaju kada je Tribunal propustio da odluči o određenom delu zahteva ili o troškovima postupka. U tom slučaju svaka strana može u roku od mesec dana od datuma dostavljanja presude zatražiti da Tribunal dopuni presudu. Prilikom dopune presude sprovodi se isti postupak kao i za njenu ispravku. Zahtev za dopunu presude dostavlja se drugoj strani i predsednik određuje rok u kome ona može podneti svoje pismene primedbe. Posle dostavljanja pismenih primedbi Tribunal odlučuje istovremeno o dopuštenosti i osnovanosti zahteva za dopunu presude.⁶⁵

62 Čl. 119, stav 3 Poslovníka ST

63 Čl.118 Poslovníka ST

64 Čl.84 Poslovníka ST

65 Čl.85 Poslovníka ST.

Literatura

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 Commission* (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 *Hanning v European Parliament*, (1990) ECR II-463

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

Case T-73/89 *Barbi v Commission*, (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 Commission*) (1994) ECR-SC II-875
- Case T-85/94OPPO *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
- Čavoški, A., Knežević Bojović, A., Popović, D. (2006). *Evropski sud pravde*. Beograd: Institut za uporedno pravo.
- Dimitrijević, V., Račić, O. (2011). *Međunarodne organizacije*. Beograd: Službeni glasnik. Pravni fakultet Univerziteta Union.
- Isaac, G., Blanquet, M. (2012). *Droit générale de 'Union européenne*. Paris: Sirey
- Joined Cases 42 and 59/59 *Breadbrand v Société des Acières 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.

Radivojević, Z. (2014). Zaštita prava pojedinaca pred Sudom pravde Evropske unije. *Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru*. Knjiga 4. 31–52.

Radivojević, Z., Knežević-Predić, V. (2014). Pravni lekovi u postupku pred sudom pravde Evropske unije. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 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

organization 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.*

Dr Darko Simović, Vanredni profesor,
Kriminalističko-policijska akademija u
Beogradu

originalni naučni članak

UDK: 342.724:305-055.2

Rad primljen: 30.06.2015.

Rad prihvaćen: 03.12.2015.

RODNA RAVNOPRAVNOST U SVETLOSTI OSTVARIVANJA SLOBODE VEROISPOVESTI

Apstrakt: Bez obzira na sve veću težnju ka postizanju faktičke rodne ravnopravnosti, sfera religioznog života ljudi obiluje nizom primera polne diskriminacije. Pojedine jevrejske škole primaju isključivo učenike muškog pola; u katoličkoj i pravoslavnoj crkvi sveštenečki poziv je rezervisan isključivo za muški pol; posao profesora na pojedinim katoličkim univerzitetima rezervisan je isključivo za muškarce; šerijatsko pravo dopušta višeženstvo. Zbog ovakvih primera koji ne dopuštaju razvijanje društvene svesti u pravcu nužnosti postizanja pune rodne ravnopravnosti, sve je više dilema o tome čemu treba dati prednost: zabrani polne diskriminacije ili slobodi veroispovesti. Osim toga, sve je aktuelnije pitanje gde treba postaviti granice ostvarivanja slobode veroispovesti.

Jedan od mogućih načina ostvarivanja slobode veroispovesti je i javno manifestovanje sopstvenog verskog opredeljenja koje se kod muslimanki ogleda u prekrivanju lica. Ovakva praksa naišla je na ograničenja u pojedinim zapadnoevropskim državama. Francuska je otišla najdalje u toj sferi zabranjujući nošenje burki na javnim mestima. Takva odluka motivisana je, između ostalog, nastojanjem da se spreči praksa koja je jasna manifestacija podređenosti žena. S druge strane, ističe se da je reč o zadiranju u lična prava građana, kao i o onemogućavanju izražavanja verskog ubeđenja. U tom kontekstu, sve je više pokušaja u cilju odgonetanja dileme na koji način treba izbalansirati načelo jednakosti, kao osnovni princip ostvarivanja ljudskih prava, i slobodu veroispovesti. Odgovori na ovu dilemu pronalaze se u bogatoj jurisprudenciji Evropskog suda za ljudska prava, ali i u sudskoj praksi sve većeg broja država.

Ključne reči: rodna ravnopravnost, sloboda veroispovesti, restriktivne mere, militantni sekularizam, Evropski sud za ljudska prava, burka, nikab, hidžab.

* darko.simovic@kpa.edu.rs

** Ovaj rad je rezultat realizovanja naučnoistraživačkog projekta koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije pod brojem 179045.

1. Uvod

Ukoliko se XX vek mogao smatrati periodom internacionalizacije i konačne afirmacije ljudskih prava, XXI vek je nesumnjivo otvorio poglavlje borbe za potpuno afirmisanje jednakog uživanja ljudskih prava. Budući da je diskriminacija po osnovu pola snažno ukorenjena, sve snažnija su nastojanja da princip rodne ravnopravnosti, kao jedan od osnovnih postulata savremene pravne države, bude dosledno otelovljen u stvarnosti.

Pod diskriminacijom žena se podrazumeva svako razlikovanje, isključenje ili ograničenje u pogledu pola, što ima za posledicu ili cilj da ugrozi ili onemogući priznanje, ostvarenje ili vršenje od strane žena, ljudskih prava na političkom, ekonomskom, društvenom, kulturnom, građanskom ili drugom polju, bez obzira na njihovo bračno stanje, na osnovu ravnopravnosti muškaraca i žena. (član 1 Konvencije o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena). Nakon ovako određenog pojma diskriminacije žena, jasno je da religija predstavlja jednu od bitnijih prepreka konačnom prevazilaženju faktičkih nejednakosti između polova. Jer, tradicionalne religije su zasnovane na fundamentalnoj nejednakosti žena i muškaraca (Charlesworth, 2004: 409).

Bez obzira na to što se građansko i krivično pravo primenjuju na verske organizacije, one zadržavaju autonomiju u primeni svojih internih pravila kojima se značajno krši princip rodne ravnopravnosti (Sunstein, 2009: 129). Primera radi, obavljanje svešteničkog poziva je rezervisano isključivo za muški pol, kako u katoličanstvu tako i u pravoslavlju. Proforski poziv je, takođe, često nedostupan za žene u obrazovnim ustanovama verskih zajednica. Savremeni demokratski sistemi uglavnom tolerišu praksu pojedinih verskih zajednica, prevashodno muslimana, koje podređuju žene i u pogledu nametnutog načina oblačenja. No, ne nameće samo islam poseban kodeks oblačenja za žene, jer takva praksa, primera radi, odlikuje i hinduse i Jevreje. Ipak, unekoliko dalekosežnije posledice po rodnu ravnopravnost ima raširena praksa ugovaranja brakova među muslimanima za još nepunoletne devojčice. Ujedno, žene su i u samom braku u podređenom položaju, jer se mogućnost poligamije vezuje za muški pol, a muški pol je privilegovan i u aspektu razvoda braka.

Kao poseban kuriozitet može se navesti i to da na tlu Evropske unije postoji osobena „teokratska monaška republika“ (Avramović, 2013: 431), Sveta Gora kao samoupravni deo grčke države, čiji suverenitet prema Ustavu ostaje netaknut (član 105). Reč je o svojevrsnoj „monaškoj državi“ koja u okviru svoje autonomije predviđa rešenja koja drastično odstupaju od dostignutog civilizacijskog nivoa poštovanja pojedinih ljudskih

prava. Između ostalog, postojeći pravni režim na Svetoj Gori narušava princip ravnopravnosti polova, jer je na ovom poluostrvu zabranjen pristup ženama.

Međutim, postojeća diskriminatorna praksa verskih zajednica za posledicu ima psihološki efekat „internacionalizovanja normi subordinacije“. Upravo to, posredno dejstvo diskriminatornih normi verskih zajednica bitnije doprinosi konzerviranju društvene svesti koja toleriše rodnu neravnopravnost. Da bi država na delotvoran način mogla da štiti ljudska prava, a među njima i rodnu ravnopravnost, kao nužna pretpostavka se nameće ustanovljavanje načela sekularizma. Prava sloboda ne može biti ostvarena bez slobode od religije i tradicije (Bacquet 2011: 3). Država, radi postizanja i održavanja potrebne društvene kohezije, širi određene zajedničke, laičke i verski neutralne vrednosti, poput ideja slobode, tolerancije i rodne ravnopravnosti (Marinković, 2011: 377–378).

Ostaje dilema na koji način ustanoviti ravnotežu između s jedne strane ostvarivanja slobode veroispovesti i, s druge strane legitimne potrebe države da preduzima afirmativne mere za postizanje realne, a ne samo nominalno proklamovane, rodne ravnopravnosti. Imajući u vidu kompleksnost slobode veroispovesti, zbog prirode i obima ovog rada, rodna ravnopravnost će biti sagledana isključivo kroz jedan aspekt njenog ostvarivanja koji je dovoljno ilustrativan da ukaže na bitnije probleme pri pokušaju postizanja pune jednakosti između polova. Naime, pokušaj suzbijanja diskriminatorne prakse će biti sagledan u svetlosti odnosa države prema ostvarivanju slobode veroispovesti od strane žena muslimanske veroispovesti kroz nošenje marama kojima se prekriva lice (hidžab, nikab i burka)¹.

2. Muslimanske marama: simbol podređenosti i neravnopravnosti žena ili dopušteni vid ostvarivanja slobode veroispovesti?

Posmatrano u evropskom kontekstu, Švajcarska se među prvima u praksi suočila sa neophodnošću harmonizovanja odnosa između ostvarivanja slobode veroispovesti, načela svetovnosti države i rodne ravnopravnosti. Slučaj nastavnice kojoj je početkom devedesetih godina zabranjeno nošenje hidžaba u javnoj školi je svoj konačni epilog dobio na Evropskom

¹ Hidžab označava muslimansku maramu koja prekriva kosu i vrat, dok lice ostavlja vidljivim. Nikab je muslimanska marama koja izuzev očiju prekriva i lice, dok burka podrazumeva potpuno prekrivanje lica maramom, pri čemu su i oči sakrivene ispod prozirne mrežice.

suđu za ljudska prava (ubuduće: Evropski sud). Reč je o slučaju *Dahlab v. Switzerland (2001)* u kome je Evropski sud utvrdio da u ovom slučaju nije došlo do povrede člana 9 Evropske konvencije. Naime, Evropski sud je dopustio ovakvo ograničenje ostvarivanja slobode veroispovesti uz obrazloženje da je interes države da „štiti prava i slobode drugih i da štiti javni red i bezbednost“. Zabrana ovakvog vida izražavanja verskog ubeđenja je motivisana nastojanjem da se predupredi potencijalni uticaj na verska osećanja učenika i kršenje verske neutralnosti u školama. Usvojeno je gledište koje slobodu veroispovesti podređuje potrebi „očuvanja religiozne harmonije“ među učenicima. Budući da se muslimanski veo doživljava kao snažan religiozni simbol, Evropski sud je apostrofirao da je nametanje verskih pravila teško pomirljivo sa rodnom ravnopravnošću, jednakošću i nediskriminacijom.

Francuska je, sa svojom praksom militantnog sekularizma, posebno inspirativna za analizu na ovom polju. U Francuskoj, sekularizam ne pretpostavlja pasivan i tolerantan odnos države prema verskim zajednicama, već on podrazumeva aktivnu „ulogu države u zaštiti pojedinca od religije“ (Wallach Scott, 2007: 97–98). Zaštita pojedinca od religije zahteva sekularnu i neutralnu javnu sferu, nastojanje da se suzbije „klerikalni i religiozni uticaj na državu, kao i da se uspostavi uniformno, nereligiozno građanstvo i nacionalnost“ (Ahdar, Leigh, 2005: 73). Upravo zbog takve uloge države, koja je na sebe preuzela obavezu da preduzima sve mere u cilju zaštite pojedinca od religije, ovaj model se naziva militantnim sekularizmom. Princip svetovnosti države u Francuskoj podrazumeva da je sloboda veroispovesti zajemčena na način da se svima pod jednakim uslovima omogućava da izražavaju svoju veru, ali se pojedinci istovremeno štite od religioznih pritisaka svake vrste. Neutralnost nosilaca javnih ovlašćenja se obezbeđuje tako što je manifestovanje verskih uverenja ili nošenje religioznih simbola zabranjeno za one koji rade za državu, uključujući policiju, nastavnike, ministre, zaposlene u lokalnim samoupravama, zdravstvene radnike u javnim zdravstvenim ustanovama itd. (Bacquet, 2011: 4–5).

Dosledno sprovođenje principa sekularizma, kao jedne od osnovnih republikanskih vrednosti, karakteriše Francusku i pri dodeli državljanstva ove zemlje. Ilustrativan je slučaj *Faiza M.* koji se odnosio na Marokanku Faizu Silmi koja se udala za francuskog državljanina i preselila u Francusku 2000. godine (Hirschl, 2011: 423). U međuvremenu je rodila troje dece i korektno naučila francuski jezik. Prema francuskim zakonskim rešenjima, nakon dve godine braka sa francuskim državljaninom dopušteno je apliciranje supružnika za dobijanje državljanstva ove

zemlje. Međutim, u maju 2005. godine francuska administracija je odbila ovaj zahtev istakavši da je njeno religijsko opredeljenje „nespojivo sa fundamentalnim vrednostima francuske zajednice, a posebno sa principom ravnopravnosti polova“. U žalbenom postupku, Državni savet je potvrdio donetu odluku uz obrazloženje da ona u javnosti nosi burku, da izuzetno retko napušta svoj dom bez supruga i da živi u odnosu koji podrazumeva podređenost muškarcu. Ove činjenice su ukazivale da je držanje Marokanke Silmi takvo da ne dopušta integrisanje u francusko laičko društvo.

Devedesete godine minulog veka obeležili su brojni incidenti u francuskim javnim školama, kao i neujednačena praksa školskih uprava u pogledu limita ostvarivanja slobode veroispovesti, koja se prvenstveno odnosila za devojčice muslimanske veroispovesti. Budući da je to bio ozbiljan društveni problem koji pretilo da eskalira, Žak Širak (*Jacques Chirac*) je obrazovao Stasi komisiju (*La commission Stasi*) koja je trebalo da identifikuje pojave koje su omogućavale manjinama da žive u samodovoljnim zajednicama bez želje da se integrišu u francusko društvo. Komisija je podela izveštaj 11. decembra 2003. godine i u njemu je konstatovano da su mlade žene žrtve seksizma i da su izložene verbalnom, psihološkom i fizičkom pritisku i nasilju (Bacquet, 2011: 9). Na osnovu tog izveštaja, 10. februara 2004. godine, donet je zakon koji je zabranio nošenje bilo kakvih upadljivih verskih obeležja u javnim školama. Zakon je doživljavao kao promovisanje jednakosti i zaštita sekularne države i učenika od socijalnih i religioznih pritisaka (Bacquet, 2011: 10). Prema republikanskom paternalističkom stanovištu, hidžab nije samo simbol religioznog pijeteta, već on predstavlja prepreku slobodnom razmišljanju i učenju (Laborde, 2012: 400).

Premda je preovladalo stanovište da škola treba da ostane neutralni forum i mesto gde se ohrabruje razvijanje kritičkog duha, ovaj zakon je imao i svoje negativne posledice. Naime, njegova primena je navela religioznije studente da se premeste u verske škole ili da se opredele za studiranje na daljinu što ih je još više izolovalo i njihov proces integracije učinilo unekoliko težim (Bacquet, 2011: 11). Sasvim opravdano se postavljalo pitanje da li je državni razlog superiorniji od individualne volje pojedinca? Oni koji su podržavali zakonska rešenja isticali su da su ona zasnovana na sledećim idealima: 1) individualnoj autonomiji, koja podrazumeva da žena mora biti emancipovana od okrutnih zahteva religioznog ubeđenja; 2) sekularnoj jednakosti, koja podrazumeva da je javna sfera oslobođena od religijskog uticaja najbolji način da se ukaže na poštovanje svim građanima, bez obzira na njihovo versko

opredeljenje; 3) nacionalnoj koheziji, koja religiozne simbole određuje kao razmetljiva obeležja podela i uzrok nepotpune integracije manjina u nacionalnu zajednicu (Laborde, 2012: 398–399).

Budući da praksa militantnog sekularizma neprestano dovodi u pitanje granice ostvarivanja slobode veroispovesti, Evropski sud je bio u prilici da se izjasni o francuskoj politici istiskivanja religije iz javne sfere. Ilustrativan je slučaj *Dogru v. France* (2008), koji se odnosio na isključenje iz škole jedanaestogodišnje muslimanske devojčice koja je odbila da skine maramu za vreme časova fizičkog vaspitanja. Odluka je bila zasnovana na školskom pravilu da će neupadljivi znaci manifestovanja religioznog opredeljenja učenika biti poštovani, ali da se fizičko vaspitanje obavlja u sportskoj opremi. Prema odluci Državnog saveta iz 1989. godine, isticanje znakova religioznog opredeljenja ne sme da ugrožava zdravlje ili bezbednost, da ometa obrazovni proces i obrazovnu ulogu nastavnika, da utiče na red u školi ili normalno funkcionisanje javnog servisa.²

Evropski sud je utvrdio da je „uloga države da bude neutralni i nepristrasni organizator ostvarivanja različitih vera i ubeđenja“ i da država ima obavezu da „obezbedi međusobnu tolerantnost između suprotstavljenih grupa“. Prema stanovištu Evropskog suda, pluralizam i demokratija moraju biti zasnovani na dijalogu i kompromisnom duhu, koji podrazumeva različite ustupke od strane pojedinca da bi se očuvali i unapredili ideali i vrednosti demokratskog društva. Ovaj slučaj je, prema jurisprudenciji Evropskog suda, potvrdio da država na ovom polju raspolaže širokim poljem slobodne procene u odnosu na postizanje odgovarajuće ravnoteže između suprotstavljenih interesa. U Francuskoj ostvarivanje slobode veroispovesti u javnoj sferi, a posebno isticanje religioznih simbola u školi, direktno je povezano sa principom sekularizma na kome je zasnovana Republika, a posredno i sa principom rodne ravnopravnosti.

U nastojanju da očisti javnu sferu od neprimerenog načina ostvarivanja slobode veroispovesti Francuska je otišla i korak dalje. Te još radikalnije korake je sredinom 2009. godine najavio Sarkozy (*Nicolas Sarkozy*) uverenjem da je nošenje burke protivno republikanskom principu dostojanstva žene. Na osnovu istraživanja koje je prethodilo donošenju novih zakonskih rešenja, utvrđeno je da prekrivanje celog lica nije zahtev religije, već je reč o kulturnom običaju koji ima za cilj da isključi žene iz socijalnog života. Postojalo je nastojanje francuskih zvaničnika da

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

se minimalizuje religiozni značaj burke, apostrofiranjem činjenice da je ona zasnovana na manjinskom i spornom tumačenju Kurana i muslimanske tradicije (Tourkochoriti, 2012: 845). U tom smislu, burka prevashodno ima kulturološki i politički značaj, a manje religiozni, jer je ona nastala pre pojave islama, a svoj puni značaj je dobila tek početkom XX veka usled promovisanja od strane intelektualnih krugova Saudijske Arabije.

U septembru 2010. godine donet je zakon koji je zabranio potpuno pokrivanje lica u javnosti uz obrazloženje da takva praksa narušava republikanske vrednosti, posebno laicitet, jednakost muškaraca i žena, građanstvo, kao i slobodu veroispovesti (Bacquet, 2011: 11). Za kršenje ove zakonske norme propisane su stroge sankcije, za ženu 150 evra, a za muškarca koji je prisiljava da nosi burku i do 30.000 evra i jednogodišnji zatvor. Gotovo istovremeno i Belgija usvaja slična zakonska rešenja. Francuska i Belgija su jedine dve države koje su na nacionalnom nivou zabranile nošenje burki na javnim mestima.

Zabrana nošenja burki ima za cilj da žene zaštiti od njih samih, jer njihovo opredeljenje da nose burku je posledica društvenog pritiska o tome kakvo bi njihovo ponašanje u javnosti trebalo da bude. Burka narušava pravo žene da se oblači prema sopstvenom nahođenju, zbog čega ova zabrana deluje oslobađajuće po žene. Ova zabrana je opravdavana i zahtevom ljudskog dostojanstva, budući da u hrišćanstvu lice predstavlja „suštinu ličnosti“ i „uzvišen deo tela“. Mada je donošenje ove mere inicirano željom da se zaštite žene muslimanske veroispovesti, ističe se da je ovaj zakon doprineo da manjine budu stigmatizovane, kao i da on vodi u još veću izolaciju od šire društvene zajednice, jer su te žene osuđene na samoizolaciju i život u svoja četiri zida. Takođe, ističe se da se ova zabrana može smatrati i atakom na identitet žena koje samovoljno nose burke. Nošenje burke može biti i posledica slobodne volje žene, znak „religioznog hiperindividualizma“ žene koja želi da ima distancu u odnosu na šire društvo koje ona može doživljavati koruptivnim (Tourkochoriti, 2012: 848). Protivnici ove zabrane su naglašavali da se dijalogom, a ne zabranom, izražava poštovanje digniteta žene (Tourkochoriti, 2012: 849). Ustavni savet Francuske je potvrdio ustavnost ovih zakonskih rešenja, jer je, uz zahtev zaštite javne bezbednosti, naglasio da su „žene koje prekrivaju lice, dobrovoljno ili ne, dovedene u situaciju isključenosti i podređenosti, što je nespojivo s ustavnim načelima slobode i jednakosti“ (Davis, 2011: 128).

Posmatrano isključivo u kontekstu evropskog kontinenta, jedino se još Turska, uz Francusku, može svrstati među države koje neguju praksu

militantnog sekularizma. Ugroženost svetovnosti države usled bujanja političkog islamizma u poslednje tri decenije, nametala je radikalan odgovor. Dostojan zaštitnik Ustava, u političkom ambijentu u kome su predstavnički organi najveća opasnost po svetovnost države, mogao je biti samo nepolitički i neutralni sudski forum, poput Ustavnog suda Turske. Njegova odbrana demokratskog sekularnog poretka bila je usmerena ka zabrani islamističkih političkih stranaka i zabrani nošenja islamskih simbola od strane žena (Simović, 2015: 338–339). Tradicionalno, turska vlada je zabranjivala nošenje potpunog muslimanskog vela ženama zaposlenim u javnom sektoru, uključujući tu profesore, advokate i parlamentarce. Početkom osamdesetih godina značajno je porastao broj studentkinja koje su negovale takvu praksu, pa je pomenuta zabrana naknadno proširena i na univerzitetske studente.

Zbog takvih restrikcija u manifestovanju verskog ubeđenja, studentkinja medicine Lejla Šahin (*Leyla Sahin*) se obratila Evropskom sudu jer je smatrala da takva odluka turske vlade narušava član 9 Konvencije, koji jamči slobodu veroispovesti. Odlučujući u predmetu *Sahin v. Turkey* (2005), Evropski sud je potvrdio da u „demokratskim društvima, u kojima postoji nekoliko religija u okviru iste populacije, može biti neophodno ustanoviti ograničenja slobode manifestovanja nečije vere ili ubeđenja u cilju usklađivanja interesa različitih grupa i obezbeđivanja da svačija uverenja budu poštovana“. Sud zaključuje da „član 9 ne štiti svaki akt motivisan ili inspirisan religijom ili uverenjem i ne garantuje u svim slučajevima pravo da se u javnoj sferi ponaša na način koji nameće versko uveđenje“. Neophodnost zabrane je zasnovana na „razumnom odnosu proporcionalnosti između zabrane i cilja koji je usmeren ka očuvanju sekularne prirode univerziteta“. Prema tome, državama je ostavljeno široko polje slobodne procene u usklađivanju slobode veroispovesti i drugih interesa koji mogu biti ugroženi njenim manifestovanjem. U tom smislu, ostvarivanje slobode veroispovesti u multikonfesionalnom društvu može biti suženo da bi se zaštitio demokratski poredak, kao i da bi se zaštitila lica drugačijeg verskog opredeljenja (Calo, 2010: 104–105).

Ipak, odluka Evropskog suda nije doneta jednoglasno. Sudija Tulkens (*Françoise Tulkens*) iz Belgije se složila sa neophodnošću sprečavanja radikalnog islamizma, ali je uputila ozbiljnu primedbu zbog načina na koji se to čini.³ Prema njenom mišljenju, samo nošenje muslimanske marame se ne može povezati sa fundamentalizmom i bitno je razlikovati one koji nose marame i „ekstremiste“ koji nameću nošenje marama.

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

Nisu sve žene koje maramama prekrivaju lice fundamentalisti i ne postoji ništa što bi studentkinju Šahin povezalo sa fundamentalizmom. Njen lični interes u ostvarivanju slobode veroispovesti, koji se ogleda u manifestovanju svojih verskih uverenja spoljašnjim simbolima, ne može u potpunosti biti apsorbovan javnim interesom borbe protiv ekstremizma.⁴ Bez obzira na uverljivost ovih stavova, zabrana nošenja muslimanskog vela nije samo mera koja treba da promoviše sekularizam, već je takođe i preventivna mera preduzeta od strane države usmerena na borbu protiv sve realnijih pretnji po demokratiju Turske (Macklem, 2012: 581). Očuvanje demokratskog poretka je pretežnija vrednost od pojedinačnog interesa studentkinje da nosi muslimanska verska obeležja i tako javno izražava svoje versko ubeđenje.

Kada je reč o Engleskoj, ne postoje institucionalne pretpostavke za praksu militantnog sekularizma, jer ova zemlja institucionalizuje državnu crkvu, Anglikansku crkvu. No, to ipak ne znači da postoji diskriminacija građana drukčijeg verskog ubeđenja, jer i njima država jamči ostvarivanje pune slobode veroispovesti. U tom smislu i u Engleskoj je postavljeno pitanje granica ostvarivanja slobode veroispovesti u javnim školama.

Ilustrativan je slučaj *R (Begum) v. Governors of Denbigh High School* iz 2006. godine koji se odnosio na četrnaestogodišnju učenicu Šabinu Begam (*Shabina Begum*), koja je u septembru 2002. godine, suprotno školskim pravilnikom određenom načinu oblačenja, došla sa hidžabom. Inače, reč je o srednjoj školi u Lutonu koja je pravi primer ustanove obrazovanja u multikulturalnom društvu. Većinu od približno 80% učenika čine deca muslimanske veroispovesti, ali je bilo učenika i drugih vera, među njima hrišćana i hindusa. Upravo zbog toga školska uprava je, u dogovoru sa islamskim velikodostojnicima, ustanovila nekoliko verzija školske uniforme za devojčice muslimanske vere. Uz uniformu je bilo dopušteno i nošenje marame, ali uz određene restrikcije u pogledu načina njenog nošenja. Šabina je dve godine poštovala školska pravila, ali je na početku nove školske godine, u pratnji brata i njegovog druga došla sa hidžabom. Uprava škole joj je naložila da se preobuče, međutim njen brat joj nije dopuštao da se vrati u školu na drukčiji način. Zbog takve zabrane Šabina je izgubila približno dve godine od svog obrazovanja.

Prema prvoj odluci suda, školska uprava je ispravno postupila. Međutim, apelacioni sud je ovakvu odluku školske uprave okvalifikovao kao povredu slobode veroispovesti, jer je učenica imala iskreno ubeđenje da religija od nje zahteva da nosi hidžab u periodu puberteta i da školska

4 *Ibid.*

pravila nisu bila neophodna u demokratskom društvu kao što to zahteva član 9 Evropske konvencije. Međutim, Dom lordova (*House of Lords*) je preinačio odluku suda smatrajući da politika škole ne narušava ljudska prava. Lord Hofman (*Lord Hoffmann*) je izričito istakao da član 9 Evropske konvencije ne omogućava neograničeno ostvarivanje slobode veroispovesti. Uostalom, isticano je da Šabina može da se opredeli za drugu školu koja dopušta nošenje hidžaba. Apostrofirano je i to da je ovaj događaj izazvao strepnju kod mnogih drugih devojčica, jer bi dopuštanje nove prakse izazvalo socijalne pritiske da i one nose hidžab.

U Nemačkoj ne postoji opšta zabrana nošenja verskih obeležja, ali u nekim državama postoji zabrana nošenja islamskih marama u školama. Što se tiče punog islamskog vela, on je zabranjen za vreme javnih skupova, jer sprečava identifikaciju, kao i prilikom vožnje, jer to ograničava vidno polje vozača i njegovu sposobnost za manevrisanje (Treneska-Deskoska, 2014: 70).

Kada je reč o ostvarivanju slobode veroispovesti u praksi, Ustavni sud Nemačke se 2003. godine izjašnjavao o ustavnoj žalbi žene kojoj je Viša uprava za škole Štuttgart odbila zaposlenje kao nastavnice u osnovnim školama, u statusu državnog službenika na probi, sa obrazloženjem da nije podobna za ovu službu zbog izjavljene namere da u školi nosi maramu (*Kopftuch*).⁵ Reč je o nemačkoj državljanke muslimanske veroispovesti koja je rođena u Avganistanu. Marama, koju je ona nameravala da nosi, vlasti pokrajine su doživele kao izraz kulturološke izdvojenosti i politički, a ne religiozni simbol. Takvo izražavanje verskog ubeđenja koje za posledicu ima kulutrološku dezintegraciju, nije u skladu sa zahtevom za neutralnošću države. Međutim, Ustavni sud je utvrdio da je ovakvim pristupom povređeno pravo apelantkinje na jednak pristup svakoj javnoj službi u vezi s pravom na slobodu veroispovesti, bez postojanja potrebnih, dovoljno određenih zakonskih osnova.

Budući da je reč o ograničenju jednog od osnovnih ljudskih prava i to od strane državne uprave, Ustavni sud je stao na stanovište apelantkinje utvrdivši da ova zabrana nema uporište u zakonodavstvu pokrajine Baden-Virtemberg. Prema Ustavnom sudu Nemačke, društvene promene koje su povezane sa pojačanim religioznim pluralitetom mogu podstaknuti zakonodavca da nanovo odredi meru prihvatljivosti religioznih odnosa u školi. Naime, za rešavanje napetosti koje su neizbežne u uslovima zajedničkog obrazovanja dece različitih veroispovesti, neophodno je iznaći uravnotežen model koji uzima u obzir zahtev za tolerantnost

5 BVerfGE 108, 282

kao izraz ljudskog dostojanstva. Sloboda izražavanja sopstvenog verskog ubeđenja u vidu nošenja marame u školi je suprotstavljena negativnoj slobodi veroispovesti učenika i učenica. Obaveza je zakonodavca da pronađe kompromise između pozitivne slobode na izražavanje sopstvenog verskog ubeđenja, i državne obaveze na neutralnost u ovoj sferi, roditeljskog prava na vaspitanje dece, kao i negativne slobode veroispovesti učenika (Šarčević, 2010: 230–235). Dakle, ograničenja ostvarivanja slobode veroispovesti su moguća, ali ona moraju biti zakonom ustanovljena i primenjena samo pod uslovom ako se na taj način štiti neka pretežnija vrednost. Prema tome, Nemačka je pokazala daleko liberalniji stav prema nošenju muslimanskih marama, jer ovaj vid izražavanja verskog opredeljenja nije analizirala u kontekstu rodne ravnopravnosti.

Posmatrano u kontekstu SAD, prihvaćeno je načelo svetovnosti, ali uz državnu neutralnost koja podrazumeva pasivan stav prema ostvarivanju slobode veroispovesti. U tom smislu, nasuprot praksi militantnog sekularizma, zakon koji sadrži rešenja kao u Francuskoj o zabrani nošenja burki, bio bi smatran neustavnim u SAD. Prema federalnoj jurisprudenciji, zabrana isticanja religioznih simbola u školi predstavljala bi povredu prava studenata zajemčenih Prvim amandmanom (Tourkochoriti, 2012: 791). Zabrana pokrivanja lica u školi može biti opravdana jedino ukoliko je lična komunikacija između studenata neophodna u cilju efektivnosti obrazovnog procesa, a takođe i da bi se obezbedio red u školi u slučaju realnog straha ili nereda (na primer od bandi) (Tourkochoriti, 2012: 821). Kada je reč o nastavnicima u javnim školama, samo dve države, Pensilvanija i Nebraska, su zakonom zabranile nošenje religiozne odeće.

Unekoliko drugačiji i znatno iznijansirani pristup odlikuje Kanadu, a njega je najbolje sagledati kroz slučaj *R. v. N.S.* iz 2012. godine pred Vrhovnim sudom. U ovom slučaju se postavilo pitanje da li se od svedokinje koja iz religioznih razloga nosi nikab može zatražiti da ga ukloni tokom svedočenja. Reč je o direktnom sukobu dva prava. S jedne strane, svedok raspolaže slobodom veroispovesti, dok je, s druge strane, pravo optuženog na pravično suđenje, čije pravo na odbranu može biti ugroženo ukoliko je lice svedoka u potpunosti prekriveno.

Da bi se otklonila dilema čemu treba dati prednost, Vrhovni sud Kanade je tokom odlučivanja postavio četiri pitanja. Prvo, da li će zahtev upućen svedokinji da ukloni nikab u toku svedočenja ugroziti njenu slobodu veroispovesti? Drugo, da li će svedočenje sa nikabom ozbiljno ugroziti pravičnost suđenja? Treće, da li postoji način da se ova dva prava usklade i da se izbegne konflikt među njima? Četvrto, ukoliko nije moguće

uskладiti dva sukobljena prava, da li će korisni efekti prevladati ukoliko se od svedokinje zatraži da ukloni nikab u odnosu na negativne efekte ukoliko se to ne učini?

Kada je reč o prvom pitanju, neophodno je utvrditi da li bi uklanjanje nikaba povredilo iskrena religiozna ubeđenja svedokinje. Dakle, sud bi u svakom konkretnom slučaju trebalo da utvrdi iskrenost, a ne jačinu religioznosti. Imajući u vidu značaj izraza lica svedoka tokom unakrsnog ispitivanja, uz neophodnost tačne procene kredibiliteta svedoka, prihvaćeno je stanovište da je jedan od osnovnih zahteva *common law*-a mogućnost da se vidi lice svedoka kao jedan od bitnih elemenata pravičnog sudskog postupka. Međutim, ukoliko nošenje nikaba ne pretpostavlja ozbiljnu smetnju za ostvarivanje pravičnosti postupka, u tom slučaju svedokinja može da nosi nikab. Sud je potvrdio da je neprihvatljivo stanovište prema kome se od svedokinje nikada ne može zatražiti da skine nikab. Dakle, dve su neophodne pretpostavke da bi se od svedokinje, koja iz iskrenih verskih ubeđenja želi da nosi nikab tokom svedočenja, zatražilo da otkrije svoje lice: prvo, neophodno je da postoji ozbiljan rizik od povrede pravičnosti suđenja; i drugo, pozitivni efekti zahteva da otkrije lice tokom svedočenja, moraju biti veći od negativnih efekata ukoliko se to od nje ne bi zatražilo.

Ova odluka je značajna iz nekoliko razloga (Narain, 2015: 55). Odbijeno je gledište prema kome je sudnica neutralan prostor, jer se naglašava da uklanjanje religije iz sudnice nije u kanadskoj tradiciji. Potvrđen je princip dotadašnje kanadske jurisprudencije koji potencijalne konflikte između slobode veroispovesti i drugih vrednosti rešava u pravcu poštovanja verskog ubeđenja i njegovog potpunog uvažavanja ukoliko je to moguće.

Istaknuto je da bila izazvana daleko veća socijalna šteta ukoliko bi se, bez izuzetka, zahtevalo od žene da otkrije svoje lice tokom svedočenja. Naime, moglo bi se očekivati da bi u takvim okolnostima žene koje su žrtve nasilja, odustajale od prijave takvih krivičnih dela da ne bi došle u situaciju da moraju da postupaju protiv svojih verskih ubeđenja u sudnici. Sekularizam, prema stanovištu koje je prihvaćeno u jurisprudenciji Vrhovnog suda Kanade, ne podrazumeva odbacivanje religije bez opravdanog razloga (Narain, 2015: 59). Takvo gledište se bitnije razlikuje od prakse militantnog sekularizma Francuske i Turske koje nastoje da bezuslovno proteraju religiju iz javne sfere.

Ipak, ne treba da ostane neprimećeno da sudije nisu bile jednodušne pri donošenju ove odluke. Bilo je i stavova da adekvatno balansiranje

jednakosti i slobode veroispovesti sa načelom svetovnosti i državne neutralnosti u javnoj sferi neminovno vodi zahtevu da nikabu nije mesto u sudnici.

3. Zaključak

Preovladava stanovište da je religija jedna od glavnih prepreka za unapređenje rodne ravnopravnosti u XXI veku (Bennoune, 2007: 373). U tom smislu, nastojanje da se dosledno ostvari odvojenost prava i religije predstavlja jednu od najznačajnijih ovovremenih borbi na polju ljudskih prava, posebno za žene (Bennoune, 2007: 373–374). Ne ističe se slučajno da je svetovnost države jedan od najbitnijih progressa u ljudskoj istoriji. To je jedini put koji omogućava toleranciju, koegzistenciju i demokratiju u okviru države (Bennoune, 2007: 374).

Ipak, ove reči ne podrazumevaju nužnost istiskivanja religije iz javnog života. Naprotiv. O značaju slobode veroispovesti svedoči stanovište Evropskog suda izraženo u odluci *Kokkinakis v. Greece* (1993): „... sloboda misli, savesti i veroispovesti (je) konstitutivni element demokratskog društva i njegovog pluralističkog karaktera. Ona je od suštinskog značaja za identitet vernika i zaštitu njihovog životnog stava, ali je od neprocenjive vrednosti i za ateiste, agnostike, skeptike i nezainteresovane.“ Dakako, osnovni značaj ove odluke je u identifikovanju slobode veroispovesti kao sredstva za zaštitu i unapređenje demokratskog pluralizma (Calo, 2010: 102). Međutim, ostvarivanje slobode veroispovesti može biti u neskladu sa ostvarivanjem nekih drugih ljudskih prava, pa i sa ostvarivanjem same slobode veroispovesti drugih lica. Takođe, ostvarivanje slobode veroispovesti može istovremeno protivrečiti nekim drugim društvenim vrednostima, kao što su, primera radi, razvijanje duha tolerancije, očuvanje javnog reda, društvenog mira i bezbednosti. Prema tome, neophodno je uravnotežiti zahteve religioznosti, koji su zasnovani na slobodi veroispovesti, i drugih ljudskih prava, među kojima je od posebnog značaja rodna ravnopravnost. Dosadašnji nesklad između slobode veroispovesti i principa jednakosti, uglavnom je posledica naglašavanja slobode veroispovesti na uštrb značaja slobode od religije (Bennoune, 2007: 374–376).

Svetovnost države podrazumeva sklad između slobode veroispovesti i jednakog dostojanstva svih građana. Ta dva principa svetovnosti ostvaraju se odvajanjem Crkve od države, ali i neutralnošću države prema religijama (Raguž, 2013: 693). Međutim, ukoliko bi država u potpunosti zadržala neutralan stav prema verskim zajednicama, to bi značilo

ignorisanje jednog od najznačajnijih savremenih generatora društvenih problema, među kojima se po dalekosežnosti posledica izdvaja očuvanje prakse polne diskriminacije. S jedne strane snažniji uticaj religije u društvu otežava integrisanje religioznih manjina u društvenu zajednicu, a s druge strane snažnije prisustvo religije ugrožava temelje moderne ustavne države – neutralnost i sekularizam (Lobeira, 2014: 386). Upravo iz tog razloga je i razumljivo da se ostvarivanje slobode veroispovesti u javnoj sferi ograničava u meri u kojoj je neophodno da bi se zaštitila neka pretežnija vrednost. Uostalom, prema Konvenciji o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena (CEDAW), države imaju obavezu da utiču na religiozne prakse u cilju suzbijanja rodne neravnopravnosti. Prema tome, zabrana nošenja potpunog muslimanskog vela u javnoj sferi može se smatrati opravdanom, jer nije reč samo o religioznom simbolu, već o simbolu koji ima izrazito snažnu socijalnu i političku komponentu. Prema pojedinim mišljenjima, nošenje muslimanskih marama u ovom političkom trenutku znači izbor za isticanje „znaka muške dominacije nad ženinim telima i životima“ (Bennoune, 2007: 390). Potpuno je pogrešno muslimanski veo posmatrati isključivo kroz religioznu vizuru. „Trebalo bi imamo u vidu da je to prevashodno sredstvo ugnjetavanja, otuđivanja i diskriminacije, kao i instrument muškarčeve moći nad ženom. Nije slučajno da muškarci ne nose veo.“ (*Fadela Amara*) (Bennoune, 2007: 391).

Razume se, ne sme se otići u drugu krajnost koja bi podrazumevala „opasnost da se laička država, u borbi za svoju neutralnost prema religijskim uverenjima, pretvori u državu koja je načelno protiv religije i koja zapravo podržava sekularna uverenja“. Drugačije iskazano, država bi izgubila svojstvo neutralnosti i postala bi sekularni ekvivalent same religije (Raguž, 2013: 692). U tom kontekstu treba imati u vidu pravno neobavezujuću Preporuku br. 1927 Saveta Evrope iz 2010. godine koja preporučuje državama članicama da ne donose opštu zabranu muslimanskog potpunog vela ili druge verske odeće, jer će narušiti slobodu veroispovesti garantovanu članom 9 Evropske konvencije u slučaju kada ih žene koriste po slobodnom izboru (Treneska-Deskoska, 2014: 70). Ipak, u slučaju sukoba između ostvarivanja slobode veroispovesti i zahteva za eliminisanjem polne diskriminacije, nema dileme da treba dati prednost rodnoj ravnopravnosti. Jer, sloboda veroispovesti jeste osnovno ljudsko pravo, ali je suštinska jednakost, uključujući i sferu pola, fundamentalno načelo ostvarivanja ljudskih prava.

Literatura

- Avramović, D. (2013). Sveta Gora – između autonomnosti i državnosti. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*. Vol. 47. No. 2. 431–447
- Ahdar, R., Leigh, I. (2005). *Religious Freedom in the Liberal State*. Oxford: Oxford University Press
- Bacquet, 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, Crucifix 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
- Marinković, T. (2011). Prilog za javnu raspravu o ustavnosti Zakona o crkvama i verskim zajednicama. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*. 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

Simović, D. (2015). Ustavni model militantnog sekularizma. *Pravni sistem i zaštita od diskriminacije*. Zbornik radova – druga sveska. Pravni fakultet Univerziteta u Prištini, Kosovska Mitrovica. 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 medjunarodna 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

Treneska-Deskoska, R. (2014). Sloboda veroispovesti kao deo `ideologije` Evropske unije. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. br. 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.*

Dr Nebojša Raičević,*
Vanredni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

originalni naučni članak

UDK: 341.233-053.6

Rad primljen: 30.06.2015.
Rad prihvaćen: 03.12.2015.

ZAŠTITA DECE U MEĐUNARODNOM HUMANITARNOM PRAVU**

Apstrakt: Međunarodno humanitarno pravo sadrži veći broj pravila o zaštiti dece u oružanim sukobima. Prva grupa tih pravila odnosi se na zabranu regrutovanja dece radi njihovog učešća u oružanim sukobima. Važeće norme zabranjuju regrutaciju dece mlađe od 15 godina, a postoje i određena ograničenja koja se odnose na decu starosti od 15 do 18 godina. Drugi set pravila posvećen je regulisanju položaja dece boraca. U pitanju je tek nekoliko pravila, pošto je položaj dece boraca, u načelu, izjednačen sa položajem odraslih boraca. Treća grupa pravila pruža zaštitu deci koja u oružanim sukobima imaju status civila. Pored opšte zaštite koja im pripada kao delu civilnog stanovništva, deca uživaju i posebnu zaštitu pošto predstavljaju naročito osetljivu grupu u oružanim sukobima. Pravila o specijalnoj zaštiti sadržana su u četvrtoj Ženevskoj konvenciji iz 1949. godine i Dopunskim protokolima iz 1977. godine.

Ključne reči: deca, međunarodno humanitarno pravo, regrutovanje, borci, civili, specijalna zaštita.

1. Uvod

U međunarodnom humanitarnom pravu (dalje: MHP) postoje brojna pravila koja štite decu od štetnih posledica oružanih sukoba. Ta pravila nisu grupisana na jednom mestu već se nalaze u većem broju ugovora iz oblasti MHP, i to: Ženevskoj konvenciji o zaštiti civila iz 1949. godine, Ženevskoj konvenciji o zaštiti ratnih zarobljenika iz iste godine i Dopunskim

* raicko@prafak.ni.ac.rs

** Rad je rezultat istraživanja na projektu „Usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske unije“, koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu u periodu 2013–2018. godina.

protokolima I i II iz 1977. godine. Upravo će ta pravila MHP biti predmet analize u ovom radu. Pored njih, biće razmotrene i neke norme o zabrani angažovanja dece u oružanim sukobima sadržane u ugovorima o ljudskim pravima, jer one suštinski predstavljaju pravila MHP koja su inkorporisana u ugovore o ljudskim pravima.

Norme MHP koje štite decu u oružanim sukobima mogu se grupisati u tri celine: a) pravila koja zabranjuju (ograničavaju) regrutaciju dece; b) pravila koja regulišu položaj dece boraca; i, v) pravila koja štite decu civile. Upravo je na toj podeli bazirana i sistematizacija u ovom radu, tako da su tri njegova glavna dela posvećena svakoj od navedenih celina.

2. Zabrana regrutovanja dece

Zbog upotrebe oružja i načina ratovanja koji su zahtevali veliku fizičku snagu, deca vekovima nisu bila pogodna za učešće u ratnim borbama. Međutim, nakon Drugog svetskog rata, pojavom lakog automatskog oružja sa velikom ubojnom moći i jednostavnim rukovanjem, dolazi do značajnog angažovanja dece u neprijateljstvima. Zbog toga se nametnula potreba za međunarodnopravnim ograničenjem učešća dece u oružanim sukobima, što je učinjeno pravilima MHP, ali i nekim ugovorima iz oblasti ljudskih prava.

2.1. Međunarodno humanitarno pravo

Ženevske konvencije usvojene 1949. godine ne sadrže pravila o ograničavanju regrutovanja dece u oružane snage. Za to postoji više razloga. Prioritet kod te kodifikacije bila je zaštita civila od zločina kakvi su vršeni u Drugom svetskom ratu, dok zabrana regrutovanja dece nije bila predmet interesovanja u tom momentu (Happold, 2005: 55). Drugi razlog izostanka pravila o zabrani regrutacije dece je koncept prema kojem Ženevska konvencija o zaštiti civilnih lica u ratu (u daljem tekstu: ŽK IV) prvenstveno štiti pojedince od akata država čiji oni nisu državljani, a ne meša se u odnose države prema sopstvenim državljanima (Happold, 2000: 30).

Za razliku od Ženevskih konvencija iz 1949. godine, Dopunski protokoli iz 1977. godine sadrže pravila o ograničavanju regrutovanja dece radi njihovog učešća u oružanim sukobima. Razlog za tu novinu bilo je rasprostranjeno učešće dece u oružanim sukobima vođenim šezdesetih i sedamdesetih godina prošlog veka.

Dopunski protokol I o zaštiti žrtava međunarodnih oružanih sukoba (dalje: DP I) u čl. 77, st. 2 predviđa:

„Strane u sukobu preduzeće sve moguće mere da deca koja nisu navršila 15 godina ne učestvuju direktno u neprijateljstvima i one će se, naročito, uzdržavati od njihovog regrutovanja u svoje oružane snage. Prilikom regrutovanja lica koja su navršila 15 godina, ali nisu navršila 18 godina života, strane u sukobu nastojeće da daju prioritet onima koji su najstariji.“

Može se videti da DP I sadrži izričitu i apsolutnu zabranu regrutacije u oružane snage dece mlađe od 15 godina. Pri tome, on ne pravi razliku između obavezne i dobrovoljne regrutacije, već se zabrana podjedanko odnosi i na jednu i na drugu vrstu regrutacije. Pošto starosna granica za zabranu regrutacije nije mogla biti podignuta na 18 godina, usvojeno je kompromisno rešenje prema kojem su strane u sukobu dužne da prilikom regrutovanja dece uzrasta 15–18 godina, prvo regrutuju one najstarije.

DP I nameće stranama u sukobu još jednu obavezu. Od njih se zahteva da preduzmu „sve moguće mere“ kako deca mlađa od 15 godina ne bi uzimala direktno učešće u neprijateljstvima. Ova dodatna zabrana odnosi se na decu mlađu od 15 godina koja su učenici vojnih škola, članovi paravojnih omladinskih organizacija, provladinih gerilskih i partizanskih pokreta ili su deo stanovništva neokupirane teritorije koje se podiglo na ustanak (Happold, 2000: 35). Kod formulisanja ove obaveze, upotrebljena je blaža formulacija kojom se od strana u sukobu traži da preduzmu „sve moguće mere“ kako deca mlađa od 15 godina ne bi direktno učestvovala u neprijateljstvima, a odbijen je predlog MKCK da se zahteva preduzimanje „svih neophodnih mera“ radi ostvarenja tog cilja (Dutli, 1990: 423). Takođe, nije prihvaćen ni predlog te organizacije da se kod formulisanja ove obaveze izostavi reč „direktno“, jer norma koja je ušla u tekst čl. 77(2) ne isključuje indirektno akte učešća dece u neprijateljstvima koji, isto tako, mogu biti opasni po život kao i direktne borbe.¹

I Dopunski protokol II o zaštiti žrtava nemeđunarodnih oružanih sukoba (dalje: DP II) sadrži zabranu regrutacije dece i njihovog učešća u neprijateljstvima, propisujući da „deca koja nisu navršila 15 godina života neće biti regrutovana u oružane snage ili grupe, niti će im se dozvoliti da učestvuju u neprijateljstvima“.² Može se videti da DP II, kao i DP I, zabranjuje u potpunosti obe vrste regrutacije dece mlađe

1 Na primer, prik upljanje informacija, prenošenje naredbi, transportovanje municije ili hrane, vršenja sabotaža (Sandoz, Swinarski, Zimmermann, 1987: 1380).

2 Čl. 4, st. 3 (c).

od 15 godina (obaveznu i dobrovoljnu). Kada je pak u pitanju učešće u neprijateljstvima, DP II sadrži zabranu koja je stroža od one predviđene DP I. Najpre, on nameće apsolutnu zabranu učešća dece u neprijateljstvima, ne uslovljavajući je „postojanjem mogućnosti“ kao što to čini DP I. Pored toga, DP II deci ispod 15 godina zabranjuje bilo kakvo angažovanje u neprijateljstvima (direktno i indirektno), a ne samo direktno kao što propisuje DP I.

2.2. Ugovori o ljudskim pravima

Pravila o zabrani (ograničenju) regrutovanja dece nalaze se i u pojedinim ugovorima o ljudskim pravima, i to: Konvenciji o pravima deteta, Opcionom protokolu uz Konvenciju o pravima deteta o učešću dece u oružanim sukobima i Konvencija MOR-a br. 182 o najgorim oblicima dečjeg rada.

Konvencija o pravima deteta u čl. 38 sadrži pravila o ograničenju učešća dece u oružanim sukobima. Međutim, ona nije donela nikakvo poboljšanje u odnosu na Dopunske protokole iz 1977. godine. Kod međunarodnih oružanih sukoba, ona je samo ponovila ograničenja već sadržana u čl. 77 (2) DP I. Kada su u pitanju nemeđunarodni oružani sukobi, Konvencija čak ide korak unazad, jer zabranjuje samo direktno učešće dece u neprijateljstvima (mlađe od 15 godina), dok DP II zabranjuje i direktno i indirektno učešće te dece u neprijateljstvima. Pored toga, Konvencija zabranu učešća u neprijateljstvima čini zavisnom od volje država, dok DP II sadrži bezuslovnu zabranu (Popovski, 2008: 398). Međutim, blaže norme Konvencije od onih sadržanih u DP II nemaju negativne posledice po ograničenje učešća dece u oružanim sukobima. Pošto čl. 38(1) Konvencije obavezuje države ugovornice da poštuju pravila MHP koja štite decu, a imajući u vidu i *lex specialis* karakter MHP, čl. 4 DP II ima prednost u odnosu na odredbe Konvencije (Dutli, Bouvier, 1996:186).

Opcioni protokol uz Konvenciju o pravima deteta sadrži dva seta pravila o regrutaciji dece i njihovom učešću u neprijateljstvima. Prvi krug pravila odnosi se na države ugovornice, a drugi na druge naoružane grupe.

Kada su u pitanju oružane snage država ugovornica, Protokol pravi razliku između obavezne i dobrovoljne regrutacije. Obavezna regrutacija lica mlađih od 18 godina u državne oružane snage apsolutno je zabranjena (čl. 2). Kod dobrovoljne regrutacije nije napravljen toliki pozitivan iskorak (čl. 3). Protokol implicitno potvrđuje zabranu dobrovoljne regrutacije dece mlađe od 15 godina sadržanu u Konvenciji o pravima deteta, namećući državama dodatnu obavezu podizanja starosne granice

određene Konvencijom.³ Države koje i dalje budu dopuštale dobrovoljnu regrutaciju lica mlađih od 18 godina, mora da obezbede najmanje sledeće garancije: a) regrutacija mora biti stvarno dobrovoljna; b) regrutacija mora biti sprovedena uz izričiti pristanak roditelja ili zakonskih staratelja maloletnog lica; c) regruti u potpunosti moraju biti informisani o obavezama koje proizlaze iz vojne službe; i d) regruti pre prijema u vojnu službu moraju obezbediti pouzdan dokaz o svom uzrastu.⁴

Što se tiče učešća u neprijateljstvima, Protokol zahteva od država ugovornica da „preduzmu sve moguće mere“ kako pripadnici njihovih oružanih snaga mlađi od 18 godine ne bi učestvovali u direktnim neprijateljstvima.⁵ Može se videti da ova zabrana nije apsolutna, već ostavlja mogućnost državama koje regrutuju dobrovoljce mlađe od 18 godina da ih u nekim situacijama upotrebe u borbi. Pored toga, države mogu dobrovoljno regrutovane vojnike mlađe od 18 godina uvek upotrebljavati za indirektno učešće u neprijateljstvima.

Kada su, pak, u pitanju nedržavne oružane grupe, njima nije dopušteno da regrutuju lica mlađa od 18 godina, bilo prinudno bilo dobrovoljno. Takođe, tim grupama nije dopušteno da lica mlađa od 18 godina koriste u direktnim ili indirektnim neprijateljstvima (čl. 4, st. 1). Na taj način države su potencijalne protivnike obavezale strožim pravilima od onih koje su bile spremne da same prihvate (Harvey, 2003: 28).

Konvencija MOR-a br. 182⁶ pod pojam „najgorih oblika dečjeg rada“, između ostalog, podvodi „prisilno i obavezno regrutovanje dece radi njihove upotrebe u oružanim sukobima“.⁷ Ovaj ugovor pod detetom podrazumeva svaku osobu mlađu od 18 godina. Dakle, Konvencija smatra regrutovanje dece ispod 18 godina života oblikom dečjeg rada, što nameće obavezu državama da prekinu sa takvom praksom. Pored toga, u Preporuci br. 190 koja prati ovu Konvenciju, državama se preporučuje da regrutovanje dece mlađe od 18 godina proglaše krivičnim delom.

3 Protokol nije propisao uzrast na koji treba podići starosnu granicu za dobrovoljnu regrutaciju, ali se u doktrini smatra da to mora biti makar 16 godina (Happold, 2005: 78).

4 Čl. 3, st. 3.

5 Čl. 1.

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

7 Čl. 3(a).

3. Zaštita dece boraca

Mnogo dece i dalje učestvuje u oružanim sukobima. Neka od njih su angažovana u skladu sa važećim međunarodnim pravilima (deca uzrasta od 15 do 18 godina), ali značajan broj dece učestvuje u oružanim borbama protivno napred navedenim pravilima. Postavlja se pitanje kakav je položaj dece koja kao borci učestvuju u oružanim sukobima – da li ih MHP tretira na isti način kao i punoletne borce, ili im, zbog njihovog uzrasta, pruža neke dodatne privilegije.

3.1. Međunarodni oružani sukobi

MHP koje reguliše međunarodne oružane sukobe ne sadrži starosnu granicu za sticanje statusa borca. Dakle, sva deca, bez obzira na uzrast, koja učestvuju u neprijateljstvima u međunarodnim oružanim sukobima, imaće status borca ukoliko ispune uslove propisane i za punoletna lica (čl. 4A ŽK III).⁸

Deca borci, u načelu, imaju isti tretman kao i odrasli borci. To znači da ona mogu preduzimati vojne akcije protiv neprijatelja, ali i ona postaju legitimna meta neprijateljskih napada. Deca koja ispunjavaju potrebne uslove za status borca, nisu krivično odgovorna za sam čin borbe. Naravno, kao i odrasli borci, i ona će odgovarati ukoliko tokom oružanog sukoba prekrše pravila MHP. Ukoliko padnu pod vlast neprijatelja, deca borci postaju ratni zarobljenici, na osnovu čega im pripadaju brojne garancije propisane MHP.

Samo neke odredbe Ženevskog prava priznaju povoljniji položaj deci borcima u odnosu na punoletna lica sa tim statusom. ŽK III sadrži dve takve odredbe. Prva od njih je načelne prirode i dopušta odstupanje od jednakog tretmana svih ratnih zarobljenika, dozvoljavajući strani ugovornici da pruži povoljniji tretman zarobljenicima na osnovu njihovog uzrasta (tzv. pozitivna diskriminacija).⁹ Druga odredba konkretizuje to opšte pravilo, propisujući da se prilikom korišćenja ratnih zarobljenika za rad moraju uzeti u obzir njihove godine života (čl. 49), što znači da se zarobljenoj deci ne mogu davati poslovi koji nisu u skladu sa njihovim fizičkim i mentalnim sposobnostima. I DP

8 Ukoliko deca koja učestvuju u neprijateljstvima ne ispunjavaju potrebne uslove za status borca, ona će uživati zaštitu na osnovu ŽK IV, ukoliko potpadaju pod zaštićena lica koja ta konvencija štiti. Ukoliko deca koja učestvuju neprijateljstvima nemaju status borca niti potpadaju pod kategoriju lica koja štiti ŽK IV, onda će ona, shodno čl. 45(3) DP I, u živati zaštitu predvičenu čl. 75 DP I („Osnovne garancije“).

9 Čl. 16 ŽK III.

I sadrži jednu odredbu koja privileguje maloletne borce, zabranjujući izvršenje smrtno kazne nad licima mlađim od 18 godina za krivična dela počinjena u vezi sa oružanim sukobom (čl. 77, st. 5).

Iako boravak u ratnom zarobljeništvu može vrlo štetno uticati na maloletnike, a mnogi od njih su možda tamo dospeli nakon prinudne regrutacije, ŽK III i DP I ne predviđaju nikakve povoljnosti za repatrijaciju zarobljene dece. Ipak, u doktrini ima zalaganja da maloletne zarobljenike treba osloboditi još tokom oružanog sukoba, analognom primenom pravila o oslobađanju teško povređenih i obolelih lica (Dutli, 1990: 429).

3.2. Nemeđunarodni oružani sukobi

Pravo nemeđunarodnih oružanih sukoba ne poznaje status borca. Lica koja učestvuju direktno u neprijateljstvima, uključujući i decu, predstavljaju legitimnu metu napada. Ukoliko ta lica padnu u ruke protivničke strane, ona uživaju zaštitu predviđenu zajedničkim čl. 3 ŽK, koji štiti lica koja su prestala da uzimaju direktno učešće u neprijateljstvima. Deca koja se više ne bore, dodatnu zaštitu pružaju čl. 4(3) i 6(4) DP II (o kojoj će biti više reči kod zaštite dece civila). U nemeđunarodnim oružanim sukobima, deca, kao i svi pobunjenici, podležu krivičnoj odgovornosti za sam čin borbe, prema zakonima države protiv koje se bore. Međutim, deca mlađa od 15 godina neće imati dodatnu odgovornost zbog toga što su učestvovala u sukobima odstupivši od starosnih ograničenja predviđenih međunarodnim pravom.

4. Zaštita dece koja imaju status civila

MHP sadrži brojna pravila koja štite decu civile u oružanim sukobima. Ona se mogu svrstati u dve celine: a) pravila koja pružaju opštu zaštitu deci kao delu civilnog stanovništva; i, b) pravila koja pružaju posebnu zaštitu deci kao naročito osetljivoj grupi u oružanim sukobima.

4.1. Opšta zaštita dece kao dela civilnog stanovništva

U međunarodnim oružanim sukobima civil je svako lice koje nije borac. Civili uživaju zaštitu sve dok ne uzmu direktno učešće u neprijateljstvima. Ukoliko postoji sumnja da li je neko lice civil ili borac, ono će se smatrati civilom dok se ne dokaže suprotno.¹⁰ ŽK IV i DP I garantuju civilima humani tretman, zabranjujući nasilje nad životom,

¹⁰ Čl. 50 DP I.

zdravljem i fizičkim i moralnim integritetom, a naročito ubistva, mučenje, telesno kažnjavanje, vređanje ljudskog dostojanstva, uzimanje talaca, kolektivne kazne i represalije.¹¹

I u nemeđunarodnim oružanim sukobima civilima koji ne uzimaju direktno učešće u neprijateljstvima priznata je opšta zaštita.¹² Prema zajedničkom čl. 3 ŽK, licima koja ne učestvuju direktno u neprijateljstvima zabranjeno je ugrožavati pravo na život, nanositi povrede telesnom integritetu i ličnom dostojanstvu, izricati kazne bez prethodnog pravičnog suđenja i držati ih kao taoce. DP II proširuje krug nedozvoljenih radnji, zabranjujući silovanje, prinudnu prostituciju, ropstvo, trgovinu robljem i pljačku.

Civile u oružanim sukobima štite i pravila o vođenju neprijateljstava. Među njima je svakako najvažnije načelo razlikovanja, koje od strana u sukobu zahteva da uvek prave razliku između boraca i civila i između vojnih i civilnih objekata. Napadi smeju biti usmereni samo na borce i vojne objekte, a nikako na civile i civilne objekte.¹³ Za zaštitu civila važno je i načelo proporcionalnosti koje zabranjuje vojne napade koji bi doveli do smrti ili povrede civila ili oštećenja civilnih objekata ukoliko su štetne posledice po civile nesrazmerne u odnosu na konkretnu i direktnu vojnu korist očekivanu od tih napada. Cilj ovog načela je sprečavanje nepotrebne „kolateralne štete“ po civile prouzrokovane borbenim dejstvima. Oba ova načela primenjuju se kako u međunarodnim, tako i u nemeđunarodnim oružanim sukobima.¹⁴

U MHP ne postoje odredbe koja deci civilima pružaju dodatnu zaštitu tokom izvođenja neprijateljstava. Napadač nema obavezu da preduzima neke naročite mere kako bi izbegao napade na objekte gde se mogu naći deca. U toj situaciji deca se tretiraju na isti način kao i svi drugi civili.

4.2. Posebna zaštita dece civila

Pravila o posebnoj zaštiti dece civila u međunarodnim oružanim sukobima sadržana su u dva ugovora iz oblasti MHP, i to ŽK IV i DP I. Pri tome, njihov pristup je donekle različit. Iako ŽK IV sadrži niz

11 Čl. 27–34 ŽK IV i čl. 75 DP I.

12 Čl. 13 DP II.

13 Čl. 51(2) i 52(2) DP I i čl. 13(2) DP II.

14 Čl. 51(5)b i 57 DP I. Ovo načelo nije eksplicitno pomenu to u DP II, ali se smatra da ono kao običajno pravilo važi i u nemeđunarodnim sukobima (Henckaerts, Doswald-Beck, 2009: 48–49).

pojedinačnih odredbi posvećenih zaštiti dece, ona ne proklamuje opšti princip posebne zaštite dece. Za razliku od toga, DP I u čl. 77 sadrži takav princip, eksplicitno ističući da će se „prema deci postupati s posebnim poštovanjem i da će ona biti zaštićena od svakog oblika nedoličnog napada. Strane u sukobu brinuće o njima i pružiti im pomoć koja im je potrebna zbog njihovog uzrasta ili iz bilo kog dugog razloga“. Uz to, DP I sadrži niz konkretnih pravila kojima pruža posebnu zaštitu deci u međunarodnim oružanim sukobima.

Kada je u pitanju zaštita dece u nemeđunarodnim oružanim sukobima, DP II ima sličan pristup kao i DP I. On u čl. 4 najpre sadrži načelno pravilo koje predviđa da će „deci biti pružena nega i pomoć koja im je potrebna“, a potom formuliše niz konkretnih pravila koja štite decu u pojedinim situacijama.

U nastavku ovog dela rada biće analizirana konkretna pravila MHP koja pružaju posebnu zaštitu deci civilima. Tom prilikom biće predstavljena kako pravila koja važe u međunarodnim, tako i pravila koja važe u nemeđunarodnim oružanim sukobima.

4.2.1. Stvaranje zona bezbednosti

U čl. 14 ŽK IV predviđena je mogućnost stvaranja zona bezbednosti u koje se, između ostalih, mogu skloniti deca mlađa od 15 godina, kao i majke sa decom ispod sedam godina. Stvaranje ovih zona može se dogovoriti još u doba mira ili pak tokom trajanja oružanog sukoba. Zone bezbednosti mogu biti ustanovljene na sopstvenoj ili okupiranoj teritoriji. MKCK i sila zaštitnica mogu pružiti dobre usluge radi lakšeg i bržeg stvaranja tih zona.

4.2.2. Očuvanje porodice na okupu i zaštita siročadi i dece odvojene od porodice

MHP je prepoznalo značaj porodice za decu tokom oružanih sukoba. U ŽK IV i Dopunskim protokolima postoji više odredbi kojima se deci obezbeđuje život sa svojom porodicom. Čl. 82 ŽK IV predviđa da u slučaju interniranja članova iste porodice, a naročito roditelja i deca, oni moraju biti smešteni na istom mestu. Privremeno odstupanje od ovog pravila dozvoljeno je jedino ukoliko to zahtevaju zdravstveni razlozi, potreba rada ili izvršenje krivične, odnosno disciplinske kazne. Internirani roditelji mogu zahtevati da njihova deca koja su na slobodi ostala bez roditeljskog nadzora budu internirana zajedno sa njima.

Uvek kad je to moguće, internirani članovi jedne porodice treba da budu smešteni u istim prostorijama i odvojeno od ostalih interniranih lica. Prema čl. 49 ŽK IV, okupaciona sila je dužna da očuva porodicu na okupu i u slučaju evakuacije civilnog stanovništva.¹⁵

Pored ovih pravila usmerenih na očuvanje porodice na okupu prilikom interniranja i evakuacije, MHP zahteva da strana u sukobu na svaki mogući način olakšaju ponovno okupljanje porodica čije je razdvajanje prouzrokovano posledicama oružanog sukoba.¹⁶ Radi ostvarenja tog cilja, od strana u sukobu traži se da omoguće i podstiču rad humanitarnih organizacija koje se bave tim aktivnostima.¹⁷ Takođe, i DP II koji reguliše nemeđunarodne oružane sukobe, zahteva preduzimanje potrebnih mera kako bi se olakšalo ponovno okupljanje privremeno razdvojenih porodica.¹⁸

Dok su članovi porodice razdvojeni, garantovano im je pravo da jedni drugima šalju informacije lične prirode.¹⁹ Ukoliko je komunikacija redovnim poštanskim putem onemogućena, strane u sukobu obratiće se nekom neutralnom posredniku (npr. Centralnoj agenciji ili nacionalnim društvima Crvenog krsta) radi omogućavanja komunikacije između članova porodice.

U DP I postoje i dve odredbe koje štiteći žene u oružanim sukobima, indirektno štite i pravo dece na odrastanje u porodici sa majkom. Naime, čl. 76, st. 2 zahteva da se prilikom rešavanja slučajeva majki sa malom decom koje su uhapšene, pritvorene ili internirane postupa sa najvišim prioritetom, dok st. 3 istog člana traži od strana u sukobu da u najvećoj mogućoj meri izbegavaju izricanje smrtne kazne majkama sa malom decom za krivična dela izvršena u vezi sa oružanim sukobom.

ŽK IV (čl. 24) sadrži posebna pravila o zaštiti siročadi i dece odvojene od porodice koja su u to stanje dovedena usled ratnih posledica.²⁰ Strane

15 Čl. 49, po pravilu, zabranjuje evakuaciju civilnog stanovništva. Potpuno ili delimično evakuisanje dozvoljeno je jedino kada to zahteva bezbednost stanovništva ili imperativni vojni razlozi.

16 Kao posledica rata vođenog u Ruandi 1994. godine, registrovano je oko 37000 dece odvojene od svojih porodica (Dutli, Bouvier, 1996: 183).

17 Čl. 26 ŽK IV i čl. 74 DP I.

18 Čl. 4, st. 3(b).

19 Čl. 25 ŽK IV.

20 Deca čiji su roditelji su umrli pre rata ili su odvojena od svojih porodica na osnovu krivičnih ili građanskih presuda, ne potpadaju pod domašaj čl. 24, već brigu o toj deci treba da vode ostali članovi porodice ili državne socijalne ustanove u skladu sa mirnodopskim pravilima u toj državi (ICRC, 1958: 186-187).

u sukobu dužne su da preduzmu potrebne mere kako ova deca mlađa od 15 godina ne bi ostala prepuštena sama sebi i kako bi se olakšalo njihovo izdržavanje, ispovedanje vere i vaspitanje.²¹ Izdržavanje ove dece podrazumeva obezbeđivanje smeštaja, ishrane, odeće i obuće, kao i lečenje u slučaju bolesti. Njihovo vaspitanje uključuje fizički i moralni odgoj, podršku u školskom obrazovanju i versko podučavanje. Vaspitanje ove dece, po mogućstvu, treba poveriti licima slične kulturne tradicije. Ukoliko u slučaju okupacije domaće vlasti nisu u stanju da ispune svoje obaveze iz čl. 24, a ne postoje bliski rođaci ili prijatelji koji bi se starali o deci obu hvaćenoj tim članom, okupaciona sila je dužna da preduzme mere u cilju obezbeđenja njihovog izdržavanja i vaspitanja.²²

4.2.3. Staranje o deci

ŽK IV sadrži posebna pravila o staranju o deci, kako onoj na okupiranoj teritoriji, tako i o deci koja žive na teritoriji protivničke strane. Pored toga, ŽK IV reguliše i dopremanje humanitarne pomoći ugroženoj deci, što dodatno potvrđuje i DP I.

Prema čl. 50, st. 1 ŽK IV, okupaciona sila dužna je da u saradnji sa domaćim vlastima olakša rad ustanova namenjenim zbrinjavanju i obrazovanju dece. Pored toga, vlasti okupacione sile ne smeju sprečavati primenu mera usvojenih pre okupacije koje privileguju decu mlađu od 15 godina i majke sa decom do 7 godina u pogledu ishrane, medicinske nege i zaštite od posledica rata.²³

Deca mlađa od 15 godina i majke sa decom ispod 7 godina starosti koji žive na teritoriji protivničke strane u sukobu imaju pravo na povlašćeni položaj u istoj meri kao i korespondirajuće kategorije domaćih državljana.²⁴ Taj povlašćeni položaj podrazumeva one beneficije date pojedinim osetljivim kategorijama domaćeg stanovništva kako bi im se olakšao život u oskudnim ratnim uslovima. To mogu biti različite mere, kao što su dodeljivanje dodatnih bonova za ishranu, pogodnosti kod medicinskog i bolničkog lečenja, posebne mere zbrinjavanja, izuzimanje od pojedinih oblika rada, zaštitne mere od posledica rata, evakuacija, transfer u neutralnu zemlju, smeštanje u sanitetske zone i zone bezbednosti, itd. (ICRC, 1958: 248–249).

21 Pošto se čl. 24 nalazi u II delu Konvencije, navedena obaveza odnosi se na svu decu ove kategorije koja žive na teritoriji strane u sukobu, bilo da su ona njeni državljani ili stranci.

22 Čl. 50, st. 3 ŽK IV.

23 Čl. 50, st. 5 ŽK IV.

24 Čl. 38 ŽK IV.

Države ugovornice dužne su da dopuste slobodan prolaz humanitarne pomoći (hrane, odeće, sredstava za jačanje dece) namenjene deci mlađoj od 15 godina, trudnim ženama i porodiljama.²⁵ Prilikom raspodele humanitarne pomoći upućene civilnom stanovništvu, prednost će imati deca, trudnice, žene na porođaju i majke dojilje.²⁶

4.2.4. Evakuacija dece

Čl. 17 ŽK IV zahteva od strana u sukobu da zaključe sporazume o evakuisanju dece iz opsednutih ili opkoljenih oblasti.²⁷ Tvorci Konvencije nisu odredili uzrast dece na koju se evakuacija odnosi, tako da su strane u sukobu slobodne da prilikom zaključenja sporazuma utvrde taj uzrast. Ipak, one ne bi trebalo da spuštaju tu granicu ispod 15 godina, s obzirom na to da se najveći broj beneficija u MHP odnosi na decu tog uzrasta. Čl. 17 ne propisuje ni način evakuacije već prepušta da i njega odrede same strane u sukobu, onako kako to najviše odgovara konkretnim okolnostima. DP I uvodi jedno ograničenje kod evakuacije, zabranjujući strani u sukobu da evakuiše decu koja nisu njeni državljani (državljanke protivničke strane, apatride, izbeglice) u stranu zemlju.²⁸ Samo se izuzetno može odstupiti od ove načelne zabrane i izvršiti privremena evakuacija navedene kategorije dece, ukoliko postoji neki od sledećih razloga enumerativno navedenih u čl. 78: a) zaštita zdravlja dece; b) medicinski tretman dece; ili, c) razlozi dečje bezbednosti. Poslednji navedeni razlog ne može biti opravdanje za evakuaciju dece koja se nalaze na okupiranoj teritoriji. DP I ograničava evakuaciju dece u stranu zemlju radi sprečavanja zloupotreba koje tom prilikom mogu biti izvršene (premeštanje dece u državu u kojoj postoji drugačiji sistem vaspitanja, obrazovanja i verskih shvatanja, raskidanje (slabljenje) veze sa porodicom, pripreme za uključivanje u oružane snage države koja vrši evakuaciju, itd). Zbog straha od takvih događaja, ugrožena bezbednost dece na okupiranoj teritoriji nije prihvaćena kao razlog za evakuaciju, jer su mnogi smatrali da je opasnost zloupotrebe evakuacije od strane okupacione sile mnoga veća od opasnosti kojoj će deca biti izložena ukoliko ne budu evakuisana (Sandoz et al., 1987: 912).

25 Čl. 24 ŽK IV.

26 Čl. 70 DP I.

27 Pored dece, beneficijari ove odredbe su još ranjenici, bolesnici, žene na porođaju, nemoćni i starci.

28 Čl. 78.

Čl. 78 DP I sadrži i niz garancija za sprečavanja zloupotrebe prilikom dozvoljene evakuacije. Najpre, traži se pismena saglasnost roditelja ili staratelja za evakuisanje svakog deteta, a ako se oni ne mogu pronaći, onda se traži saglasnost lica koja su po zakonu ili običajnom pravu odgovorna za brigu o detetu. Pored toga, evakuacija se mora vršiti pod nadzorom sile zaštitnice. Takođe, od države organizatora evakuacije i države gde se evakuacija vrši, zahteva se izrada identifikacionog kartona za svako dete koji sadrži njegovu fotografiju i relevantne lične podatke. Glavna svrha tog kartona je olakšavanje kasnijeg povratka evakuisane dece. Na kraju, evakuisanoj deci mora se obezbediti i obrazovanje, uključujući moralno i versko vaspitanje, kako bi se ona socijalno razvijala i očuvala svoj identitet.

I DP II sadrži pravila o evakuaciji dece. On nameće obavezu sprovođenja privremene evakuacije dece sa područja u kojem su izbila neprijateljstva u bezbednija područja unutar zemlje. Za ovu evakuaciju neophodan je pristanak roditelja ili lica odgovornih za staranje o deci.²⁹

4.2.5. Mere za identifikovanje dece i zabrana menjanja njihovog ličnog statusa

Ženevsko pravo predviđa niz mera za lakšu identifikaciju dece. Čl. 24, st. 3 ŽK IV nameće stranama u sukobu obavezu staranja da sva deca mlađa od 12 godina nose pločice sa podacima o svom identitetu. Ova obaveza odnosi se na svu decu, a ne samo razdvojenu decu i siročad, jer i deca koja žive sa porodicom mogu usled posledica rata biti odvojena od svoje porodice ili postati siročići. Imajući u vidu činjenicu da mala deca nisu u stanju da daju podatke o svom identitetu, poštovanje ove obaveze doprineće mnogo lakšem kasnijem povratku razdvojene dece u svoje porodice. Čl. 50, st. 2 nameće sličnu obavezu okupacionoj sili, zahtevajući od nje da olakša lokalnim vlastima preduzimanje mera potrebnih za identifikaciju dece i upisivanje podataka o njihovom poreklu. Od okupacione sile se ne očekuje da preuzima neke pozitivne mere, već samo da ne sprečava preduzimanje mera od strane lokalnih organa.

Okupacionoj sili izričito je zabranjeno da menja lični status dece (čl. 50, st. 2). Dakle, ona ne sme menjati podatke o nacionalnosti, etničkom poreklu, porodici i veroispovesti. Takođe, okupacionoj sili je zabranjeno da uključuje decu u organizacije ili formacije koje su njoj podčinjene, kako bi se sprečila praksa primenjivana tokom Drugog svetskog rata kada su deca učlanjivana u organizacije i pokrete koji su imali političke

²⁹ Čl. 4, st. 3(e) DP II.

ciljeve (Plattner, 1984: 147). U stavu 4 istog člana propisano je da nacionalni Biro za obaveštavanje stvoren od strane okupacione sile ima obavezu da preduzme sve potrebne mere radi utvrđivanja identiteta one dece čiji identitet nije utvrđen ili postoji sumnja u njegovu tačnost.

Kao što je već rečeno, čl. 78 DP I predviđa niz mera kod evakuacije dece koje treba da omoguće njihov kasniji lakši povratak u zemlju porekla, uključujući i mere usmerene na utvrđivanje identiteta.

4.2.6. Internacija

Kao i odrasli civili, i deca mogu tokom oružanog sukoba biti internirana ukoliko protivnička strana oceni da predstavljaju opasnost po njenu bezbednost. Međutim, MHP predviđa određene privilegije kako bi se olakšao položaj dece tokom internacije i uvažile posebne potrebe diktirane njihovim uzrastom. Kao što je napred rečeno, ukoliko su internirani članovi iste porodice, naročito roditelji i deca, oni treba da budu smešteni zajedno. Radi zaštite telesnog zdravlja, osobe mlađe od 18 godina ne smeju biti prinuđene na rad (čl. 51, st.1 ŽK IV), a deca mlađa od 15 godina treba da dobijaju dodatne obroke koji odgovaraju njihovim fiziološkim potrebama.³⁰ Radi zadovoljavanja socijalnih potreba internirane dece, mora im se omogućiti učenje i pohađanje škole. Ukoliko ne postoji odgovarajuća škola u kampu za internirce, deci se mora omogućiti pohađanje škole izvan kampa.³¹

Na kraju, kako bi deca što pre napustila kamp za internirana lica, MHP propisuje da strane u sukobu treba tokom oružanog sukoba da zaključe sporazume na osnovu kojih će internirana deca i majke sa malom decom biti oslobođeni ili smešteni u neutralnu zemlju.³²

4.2.7. Smrtna kazna

Čl. 68 ŽK IV propisuje da smrtna kazna ne može biti izrečena licu koje je momentu izvršenja krivičnog dela bilo mlađe od 18 godina. DP I potvrđuje tu zabranu, propisujući da smrtna kazna za dela u vezi sa oružanim sukobom ne može biti izvršena nad licem koje nije navršilo 18 godina u momentu izvršenja tih dela.³³ Sličnu odredbu sadrži i DP II, zabranjujući izricanje smrtne kazne licu koje u momentu izvršenja

30 Čl. 89(5) ŽK IV.

31 Čl. 94 ŽK IV.

32 Čl. 132, st. 2 ŽK IV.

33 Čl. 77, st. 5 DP I.

krivičnog dela nije napunilo 18 godina, kao i majkama sa malom decom (čl. 6, st. 4). Može se videti da je odredba DP II naprednija jer zabranjuje „izricanje“, za razliku od DP I koji zabranjuje „izvršenje“ smrtne kazne.

4.2.8. Ugovori o zabrani oružja

Protokol II o zabranama ili ograničenjima upotrebe mina, mina iznenađenja i drugih sredstava iz 1980. godine (čl. 6, st. 1(b)v), i revidirana verzija tog ugovora iz 1996. godine (čl. 7, st. 1e), sadrže izričitu zabranu upotrebe mina iznenađenja spojenih ili povezanih sa „dečjim igračkama i drugim pokretnim objektima ili proizvodima posebno namenjenim za ishranu, zdravlje, higijenu, odevanje ili obrazovanje dece“. Pored ove odredbe, i sve ostale zabrane i ograničenja sadržane u navedenim protokolima značajno su doprinele zaštiti dece od štetnih posledica mina, kako tokom oružanih sukoba, tako i po njihovom okončanju.³⁴ Zaštita dece bila je vrlo važan faktor i kod usvajanja nekih drugih ugovora o zabrani pojedinih oružja, među kojima posebno treba istaći Konvenciju o antipersonalnim minama i Konvenciju o kasetnoj municiji.³⁵

5. Zaključak

Nakon Drugog svetskog rata usvojen je veći broj međunarodnih pravila o zaštiti dece tokom oružanih sukoba. U tom setu pravila naročito su značajna ona koja zabranjuju ili ograničavaju regrutaciju dece radi učešća u oružanim sukobima. Takođe, bitno je unapređena i zaštita dece koja zadržavaju status civila, dok je najmanji iskorak načinjen na planu zaštite maloletnika koji u oružanim sukobima imaju status borca.

Najveći problem kod pravila o zaštiti dece u oružanim sukobima, kao inače i kod celokupnog MHP, predstavlja njihovo nepoštovanje. Zato je vrlo važno da se međunarodna zajednica istinski založi za poštovanje postojećih pravila. Međutim, to zalaganje ne sme se svesti samo na podsećanje na postojanje pravila o zaštiti dece u oružanim sukobima i ukazivanje na njihovo kršenje, već se moraju preduzeti konkretne mere za adekvatno kažnjavanje počinioca tih povreda. Dok traju neprijateljstva, teško je prinuditi strane u sukobu i pojedince na poštovanje pravila o zaštiti dece. Međutim, po okončanju sukoba, međunarodna zajednica mora biti istrajna u nastojanju da se pred međunarodnim i nacionalnim

34 O domašaju zabrana i ograničenja sadržanim u tim ugovorima videti: Raičević, 2012: 187–207.

35 O razlozima usvajanja ove Konvencije videti: Raičević, N., 2013: 275–276.

sudovima kazne lica odgovorna za kršenje tih pravila. Pored represivne, to kažnjavanje imaće i preventivnu funkciju jer će uticati da se takva kršenja što manje ponavljaju u budućim oružanim sukobima.

S obzirom na to da pravila o zaštiti dece nisu grupisana na jednom mestu, već se nalaze u većem broju ugovora iz oblasti MHP, naredni korak koji međunarodna zajednica treba da preduzme jeste usvajanje posebne konvencije o zaštiti dece u oružanim sukobima (međunarodnim i nemeđunarodnim). Pored objedinjavanja postojećih pravila, ta buduća konvencija treba da donese i neke novine u ovoj oblasti. Tom prilikom prioritet treba dati apsolutnoj zabrani regrutovanja osoba mlađih od 18 godina i njihovog učešća u neprijateljstvima (direktnim i indirektnim), kao i uvođenju dodatnih ograničenja kod izvođenja oružanih napada u kojima žrtve u većem broju mogu biti deca civili.

Literatura

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. 61–167

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

Raičević, N. (2013). Da li Srbija treba pristupiti Konvenciji o kasetnoj municiji? *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. Vol. 65. 273–291

Raičević, N. (2012). Status kopnenih mina u međunarodnom humanitarnom pravu. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 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.*

Dr Maja Nastić,*
Docent Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

originalni naučni članak

UDK: 342.81-056.26

Rad primljen: 30.06.2015.
Rad prihvaćen: 03.12.2015.

IZBORNO PRAVO OSOBA SA INVALIDITETOM**

Apstrakt: Princip jednakog prava glasa, kao jedan od elementarnih principa izbornog sistema, podrazumeva da izborni proces treba svim građanima da obezbedi da se njihovi glasovi jednako uzimaju u obzir. U kontekstu ostvarivanja proklamovane jednakosti u radu se posebna pažnja posvećuje ostvarivanju izbornog prava osoba sa invaliditetom. Imajući u vidu složenu prirodu izbornog prava, neophodno je izborni proces u svakom od njegovih aspekta prilagoditi tako da obuhvata osobe sa invaliditetom. Polaznu osnovu u radu predstavljaju relevantni međunarodni dokumenti. Takav pristup se dopunjuje rešenjima u uporednom pravu. Posebna pažnja usmerena je ka rešenjima koja postoje na nacionalnom nivou, sa ciljem da se ukaže na moguće nedostatke i eventualna prilagođavanja sa međunarodnim standardima.

Ključne reči: osobe sa invaliditetom, izborno pravo, princip jednakog biračkog prava.

1. Uvod

Izborno pravo je elementarno političko pravo koje omogućuje učešće građana u kreiranju političke vlasti. Izborno pravo leži „u srcu građanskog identiteta i osećanja pripadnosti demokratskoj zajednici“ (Day, Shaw, 2003: 211). Ono je neodvojivo je od demokratije, kao što je i izborni proces u kome se ovo pravo ostvaruje, i jedno je od najznačajnijih političkih prava. U grupu političkih prava pravna teorija uključuje ona ustavom

*maja@prafak.ni.ac.rs

** Rad je rezultat istraživanja na projektu „Usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske unije“, koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu u periodu 2013–2018. godina.

garantovana prava koja omogućuju učestvovanje u obrazovanju državne volje. Ona se označavaju i kao „politička prava učestvovanja“¹ i prema klasifikacionom modelu Geoga Jelineka čine *status activus* (Stojanović, 1989: 35). Politička prava zajedno sa građanskim pravima obrazuju klasičan korpus prava čoveka, odnosno „prvu generaciju“ ljudskih prava, koja se smatraju tekovinama liberalne demokratije. Izborno pravo, kao osnovno političko pravo, omogućava učešće u vršenju vlasti, ali se tretira i kao granica koju vlast ne bi smela da prekorači. „Prava i slobode nisu nešto što se po volji vlasti sužava i širi, već je to opšti okvir u odnosu na koji svaka vlast mora biti ograničena u svom delovanju“ (Stanovčić, 1993: 1068).

Izborno pravo je svoje mesto našlo u prvim deklaracijama o pravima čoveka i u prvim ustavnim aktima. Ali, od tada do danas, značajno je promenilo svoje „ruho“. Izborno pravo, kao retko koje drugo pravo, bilo je podvrgnuto raznim ograničenjima i dugo čuvano od širih narodnih slojeva. Razvojni put izbornog prava je, u stvari, razvojni put demokratije, koji se različitom brzinom kretao u različitim državama. U nekim državama je taj razvoj bio vrlo dinamičan, ali i neujednačen i krivolinijski sa usponima i padovima. U drugim državama evolucija izbornog prava je bila mirnija i odvijala se kroz više postepenih reformi izbornih zakonodavstava. Međutim, iako su izbori i izborno pravo vrlo dinamični po svojoj prirodi i pokazuju niz osobenosti od države do države, od jednog do drugog vremenskog perioda, mogu se uočiti izvesni principi koji su prisutni u svakom sistemu. To su princip opšteg i jednakog biračkog prava, princip slobodnog i tajnog glasanja, uz obavezu redovnog, periodičnog održavanja izbora.

2. Princip jednakog prava glasa

Jednako pravo glasa je izraz jednakosti građana i neposredno se oslanja na princip opšteg biračkog prava. U osnovi jednakog biračkog prava je dobro poznati princip „jedan čovek – jedan glas“. Ovaj princip je narušen ukoliko je nekim biračima omogućeno da glasaju više puta ili na više biračkih mesta. Princip jednakog biračkog prava podrazumeva da izborni proces treba da svim građanima obezbedi da se njihovi glasovi jednako računaju, sem ako postoje opravdani razlozi zbog kojih se može prihvatati nejednak tretman. Pošto je svaki građanin jednako vezan zakonom i autoritetom, koji proizilazi iz lidera izabranih na izborima, svaki građanin treba da uzme učešće u sastavljanju zakona i izboru

1 Politiche teilberechte

lidera na jednakoj osnovi. Kao i principi pravde u opštem smislu, tako se i principi izborne pravde zasnivaju na ideji da demokratski proces treba da tretira građane kao slobodne i jednake osobe (Thompson, 2002: 8). Zahtev za jednakim biračkim pravom istovremeno je istaknut sa zahtevom za opštim biračkim pravom u buržoaskoj revoluciji. Ali, kao što je bio postepen prelaz od ograničenog ka opštem biračkom pravu, takav razvoj obeležio je prelaz iz nejednakog ka jednakom biračkom pravu.

Danas, jednako biračko pravo je u osnovi svih savremenih izbornih sistema i potpuno su iščezli svi oblici izričite nejednakosti biračkog prava. Međutim, prikrivena ili faktička nejednakost biračkog prava, do koje dolazi posredno, uprkos proklamovanoj jednakosti biračkog prava, nije uvek isključena. U cilju ostvarivanja jednakog biračkog prava posebna pažnja mora biti posvećena ostvarivanju prava glasa osoba sa invaliditetom. Reč je o osobama koje su zbog svog fizičkog, intelektualnog ili senzornog invaliditeta, podložne svim oblicima diskriminacije što ih čini jednom od najranjivijih društvenih grupa. Ove osobe čine oko 15 % ukupnog svetskog stanovništva i predstavljaju jednu od najvećih manjina na svetu.² Stvaranje uslova za aktivno uključivanje svih građana u politički život. pretpostavka je demokratije. Stoga, uključivanje osoba sa invaliditetom u politički život nije ustupak ranjivoj grupi nego znak političke ravnopravnosti svih građana.

Pravo glasa osoba sa invaliditetom se aktuelizira tokom svakih izbora i često se raznim „instant“ rešenjima mogu postići kratkoročne koristi. Međutim, vrlo je važno u međuizbornom periodu učiniti napor da se sistemski reše problemi ove grupe birača.

Treba napomenuti da osobe sa invaliditetom ne predstavljaju homogenu grupu, te se mere za njihovo olakšano uključivanje u izbore razlikuju prema tome da li je reč o senzornom, fizičkom ili psihičkom invaliditetu. Osobama sa fizičkim invaliditetom glavnu prepreku u realizaciji izbornih prava predstavljaju arhitektonske prepreke, zbog čega im je onemogućen ili veoma otežan pristup biračkim mestima. Osobama sa senzornim invaliditetom fizičke prepreke ne moraju da predstavljaju poseban problem, ali je bitno da izborni proces bude prilagođen njihovom načinu komunikacije. Naime, to se može postići omogućavanjem korišćenja znakovnog jezika ili upotrebom Brajevog pisma, koji se mogu smatrati jezikom kojim se služe pripadnici manjinskih zajednica. Ako pođemo od toga da su osobe sa senzornim invaliditetom u sličnoj situaciji, kao i pripadnici manjina, onda treba da imaju i jednak tretman (Quinn, Degener, 2002: 44).

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

U odsustvu pristupačnih biračkih mesta osobe sa invaliditetom primorane su da se služe drugim mogućim načinima glasanja van biračkog mesta ili da budu oslonjene na pomoć drugih lica. Glasanje van biračkog mesta i uz pomoć drugog lica mogu biti „korisne alatke“ da se poveća obuhvat osoba u izbornom postupku, ali ne predstavlja potpuno jednaku zamenu za dostupna biračka mesta, na kojima mogu glasati zajedno sa svojim sugrađanima (Waterstone, 2003: 367).

Prilagođavanje biračkih mesta osobama sa invaliditetom je samo jedan aspekt ostvarivanja njihovog izbornog prava. Radi potpune političke participacije ovih osoba neophodno je njihovo uključivanje u svim fazama izbornog postupka. Izborni pravo pojavljuje se kao složeno pravo, koje u sebi obuhvata više srodnih prava. Aktivno biračko pravo je najvidljiviji oblik izražavanja ovog prava i vezuje se za sam izborni dan. Ali, pre i posle toga, govorimo o drugim, značajnim, segmentima izbornog prava. Na početku izbornog procesa, važna je realizacija prava na upis u birački spisak, jer samo lica koja su u biračkom registru mogu glasati. Vrlo je važno da sistem registracije birača bude koncipiran tako da obuhvati osobe sa invaliditetom. Zatim je potrebno odrediti kandidate, što nas vodi pravu kandidovanja (aktivnom i pasivnom) i pasivnom biračkom pravu, nastavlja se pravom na informisanje o izborima, i na kraju, nakon što se izbori okončaju, do narednih izbora treba štititi ostvareno biračko pravo.

Poseban problem predstavlja ostvarivanje pasivnog biračkog prava i prava kandidovanja osoba sa invaliditetom. Ključnu ulogu u realizaciji ovog prava imaju političke partije, što podrazumeva da osobe sa invaliditetom budu njihovi aktivni članovi. Praksa pokazuje da su osobe sa invaliditetom u velikom procentu uključene u organizacije koje se bave njihovim problemima, ali da je njihova uključenost u rad političkih partija na vrlo niskom nivou. Razlozi se mogu naći u nedostatku samopouzdanja, apatiji i nedovoljnoj zainteresovanosti osoba sa invaliditetom, ali i nedovoljnoj spremnosti političkih partija da ih kandiduju. U nekim državama uvode se kvote kako bi se OSI omogućilo prisustvo u parlamentu (Equal Access: how to include Persons with disabilities in Elections and Political Processes, 2014: 53).

Pravo birača na informisanje podrazumeva da se biračima pružaju informacije o kandidatima i partijama, učesnicima izborne utakmice, ali i samim izborima i načinu realizacije biračkog prava. Obaveštenost birača mora se zasnivati na istinitim, pouzdanim i potpunim informacijama. Osnovni izvori informacija su sredstva masovnog

obaveštavanja, javna istupanja kandidata na zborovima, mitinzima, konferencijama za štampu, proglosti, plakati (Nikolić, 1967: 2). Navedene sadržaje treba učiniti dostupnim osobama sa invaliditetom na način na koji oni to mogu razumeti.

Polaznu osnovu u analizi izbornih prava osoba sa invaliditetom čine međunarodni dokumenti, koji se bave ovom tematikom, kao i rešenja koja postoje u relevantnim uporednim sistemima. Posebna pažnja usmerena je ka rešenjima koja postoje u pravnom sistemu Srbije. Namera je da se utvrdi u kojoj meri rešenja u našem pravu odgovaraju postojećim standardima, odnosno u kom smeru treba preduzeti eventualna prilagođavanja.

3. Međunarodni dokumenti o pravima osoba sa invaliditetom

Značaj političke participacije osoba sa invaliditetom prepoznat je na međunarodnom planu, a implementiranje takvih rešenja u nacionalnim zakonodavstvima dovelo je istinskih pomaka u ostvarivanju prava glasa osoba sa invaliditetom.

Najznačajniji međunarodni dokument koji reguliše ovu oblast jeste Konvencija Ujedinjenih nacija o pravima osoba sa invaliditetom.³ Cilj Konvencije je da unapredi, zaštiti i osigura puno i jednako uživanje svih ljudskih prava i osnovnih sloboda svim osobama sa invaliditetom. Osnovna načela proklamovana Konvencijom su: poštovanje urođenog dostojanstva, individualna samostalnost, uključujući slobodu vlastitog izbora i nezavisnost osoba, zabrana diskriminacije, puno i efikasno uključivanje u društvo, uvažavanje razlika i prihvatanje osoba sa invaliditetom kao dela ljudske raznolikosti i čovečanstva; jednake mogućnosti, dostupnost, ravnopravnost žena i muškaraca, uvažavanje razvojnih sposobnosti dece sa invaliditetom, kao i poštovanje prava dece sa invaliditetom na očuvanje svog identiteta.

Učešće osoba sa invaliditetom u političkom i javnom životu posebno je apostrofirano Konvencijom (čl. 29). Naime, prepoznajući neophodnost stvaranja prilika za aktivno učešće osoba sa invaliditetom u procesima političkog odlučivanja, države ugovornice treba da garantuju ovim osobama politička prava, ali i da stvaraju mogućnosti da ih uživaju na ravnopravnoj osnovi sa drugima. Osobe sa invaliditetom moraju imati mogućnosti da efikasno i potpuno učestvuju u političkom i javnom životu,

3 Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) usvojena je na 61. zasedanju Generalne skupštine Ujedinjenih nacija, na sednici održanoj 13. decembra 2006. godine u Njujorku.

ravnopravno kao i drugi, neposredno ili preko slobodno izabranih predstavnika, uključujući pravo i mogućnost da biraju i da budu birane. To podrazumeva obavezu države da ne postavlja nerazumna ograničenja u pogledu uživanja biračkog prava. Neka ograničenja su legitimna, posebno kada se odnose na osobe sa intelektualnim poteškoćama i osobama sa problemima mentalnog zdravlja.

Potpuno ostvarivanje izbornog prava, kao složenog i višedimenzionalnog prava, koje u svom punom kapacitetu dolazi do izražaja tokom izbora, podrazumeva da su ispunjeni određeni prethodni uslovi. To su: postojanje partijskog pluralizma, odnosno uživanje slobode političkog udruživanja, kao i slobode misli, izražavanja mišljenja, slobode govora, javnog istupanja. U kontekstu ostvarivanja izbornog prava osoba sa invaliditetom neophodno je da, pored navedenog, postoji i podsticajno okruženje, a da sam izborni proces bude „inkluzivan“, odnosno takav da može da obuhvati u što je moguće većoj meri i ove osobe. Stoga, države su obavezne da aktivno unapređuju okruženje u kome osobe sa invaliditetom mogu efikasno i potpuno da učestvuju u obavljanju javnih poslova, bez diskriminacije i ravnopravno sa drugima; da podstiču njihovo učešće u javnim poslovima, uključujući i učešće u nevladinim organizacijama i udruženjima koja se bave pitanjem javnog i političkog života zemlje, ali i osnivanje i priključivanje organizacija osoba sa invaliditetom u cilju njihovog predstavljanja na međunarodnom, nacionalnom, regionalnom i lokalnom nivou.

Države su obavezne da štite prava osoba sa invaliditetom da tajno glasaju, da se kandiduju na izborima, da efikasno obavljaju dužnosti i sve javne funkcije na svim nivoima vlasti; omogućavaju korišćenje tehnologije za pomoć i novih tehnologija gde je to moguće. Istovremeno, države treba da obezbede da procedure glasanja, sredstva i materijali budu prikladni, pristupačni i laki za razumevanje i korišćenje.

Pravo glasa je garantovano čl. 3 Protokola br. 1 uz Evropsku konvenciju. Iako izostaje eksplicitno pominjanje ostvarivanje prava glasa osoba sa invaliditetom, takav kontekst je prepoznat u praksi Evropskog suda za ljudska prava. Naime, povodom slučaja *Alajos Kiss v. Hungary*⁴, Evropski sud je razmatrao povezanost poslovne sposobnosti i biračkog prava. Sud prihvata da je ovo oblast u kojoj, opšte uzev, nacionalnom zakonodavstvu treba odobriti široko polje slobodne procene prilikom utvrđivanja

4 Case of *Alajos Kiss v. Hungary* (appl. no. 38832/06) Podnosilac predstavke se žalio da je oduzimanjem prava glasa jer se nalazi pod delimičnim starateljstvom zbog manijakalne depresije predstavlja neopravdano lišenje prava glasa, i da je po svojoj prirodi diskriminatorna.

da li ograničenja prava glasa mogu biti opravdana u savremenom dobu. Sud, međutim, ne može da prihvati automatsko isključivanje osoba pod starateljstvom u pogledu uživanja biračkog prava, bez uzimanja u obzir stvarne sposobnosti konkretnog lica. Oduzimanje prava glasa bez posebnog sudskog vrednovanja i utemeljeno isključivo na mentalnom invaliditetu, koji iziskuje delimično lišenje poslovne sposobnosti, ne može se smatrati usklađenim sa legitimnom osnovom za ograničenje prava glasa. Neophodno je da postoji veza između mentalne bolesti i biračke sposobnosti. Ukoliko takve veze nema, a mentalno stanje u kome se lice nalazi ne onemogućuje ga da odlučuje o političkim pitanjima, nema razloga za lišenje biračkog prava. Ovaj pristup postoji i u drugim međunarodnim instrumentima međunarodnog prava, poput Kodeksa dobre prakse u izbornim stvarima, Preporuke R(2006)5 Komiteta ministara o Akcionom planu SE za unapređenje prava i punog učešća OSI u društvu. Stoga, Sud zaključuje da se nasumično oduzimanje prava glasa bez pojedinačne sudske ocene, zasnovano isključivo na nekom psihičkom invaliditetu, koji iziskuje delimično starateljstvo, ne može smatrati kompatibilnim sa legitimnim osnovama za ograničavanje prava glasa.

Savet Evrope je razvio brojne instrumente „*soft law*“ i političke dokumente koji se odnose na pravo političke participacije. Polaznu osnovu predstavlja Akcioni plan o invalidnosti za period 2006–2015. u kome je sadržana Smernica za učestvovanje u političkom i javnom životu. Ciljevi Akcionog plana su: aktivno podsticanje okruženja u kome će osobe sa invaliditetom moći da pod jednakim uslovima učestvuju u radu političkih stranaka; povećanje učestvovanja osoba sa invaliditetom u političkom i javnom životu na svim nivoima, da bi se u potpunosti predstavile raznolikosti društva. Ključnu ulogu u realizaciji pomenutih ciljeva imaju države članice, od kojih se očekuje da u svojim nacionalnim zakonodavstvima regulišu ova pitanja, ali i da preduzmu neke konkretne aktivnosti, npr. da se pobrinu da postupak glasanja i biračka mesta budu prikladni i dostupni osobama sa invaliditetom, a prema potrebi, pružiti i pomoć prilikom glasanja. Države treba da se pobrinu da nijedna osoba sa invaliditetom ne bude lišena učešća u izbornom procesu samo iz razloga svoje invalidnosti, kao i da informacije o izborima budu raspoložive i dostupne u svim alternativnim, lako razumljivim oblicima. Vrlo je važna uloga države u podsticanju političkih stranaka i drugih organizacija civilnog društva da pružaju informacije i organizuju javna okupljanja na pristupačan način.

U Preporuci Saveta Evrope o učešću osoba sa invaliditetom u javnom životu⁵ ističe se da sve osobe sa invaliditetom, bez obzira da li imaju fizički, senzorni ili intelektualni invaliditet, teškoće u oblasti mentalnog zdravlja ili hronične bolesti, imaju pravo da biraju na istim osnovama kao i ostali građani. Ovo pravo ne sme biti uskraćeno zakonom koji ograničava poslovnu sposobnost osoba sa invaliditetom, sudskom ili drugom odlukom ili bilo kojom drugom merom koja se zasniva na invaliditetu, kognitivnom funkcionisanju ili pretpostavljenom kapacitetu.

Politika Evropske unije o invalidnosti izgrađena je na socijalnom modelu invalidnosti, jednakim mogućnostima, aktivnom učešću u životu zajednice i ljudskim pravima. Evropska unija je ratifikovala Konvenciju UN o pravima osoba sa invaliditetom, i to je prvi međunarodni instrument o ljudskim pravima koji je ratifikovala jedna regionalna organizacija. Svoju posvećenost poboljšanju položaja osoba sa invaliditetom Evropska unija potvrđuje i kroz Strategiju za osobe sa invaliditetom 2010–2020. Ova Strategija predstavlja okvir za delovanje na nivou Evrope, kao za aktivnosti koje države preduzimaju na nacionalnom planu.

4. Izorno pravo osoba sa invaliditetom – uporedni prikaz

Pravni okvir za ostvarivanje izbornog prava osoba sa invaliditetom na unutrašnjem planu postavljen je nacionalnim zakonodavstvom. Osnovni cilj je olakšati ostvarivanje biračkog prava, pre svega, tako što će se osigurati pristup biračkim mestima, utvrditi jasne i jednostavne procedure glasanja, uz poštovanje tajnosti glasanja. U dosadašnjem razvoju, fokus ostvarivanja izbornog prava osoba sa invaliditetom odnosi se na realizaciju aktivnog biračkog prava. To podrazumeva uvođenje više mogućih načina glasanja i njihovo prilagođavanje prirodi invaliditeta. Ali, pre toga, neophodno je postarati se da biračka mesta budu pristupačna osobama sa invaliditetom. Pristupačnost i uklanjanje arhitektonskih barijera jedan je od osnovnih preduslova za ravnopravno učešće osoba sa invaliditetom u procesu glasanja. Omogućavanjem osobama sa invaliditetom da glasaju na biračkim mestima na kojima to čine i njihovi sugrađani, potvrda je njihove uključenosti u politički život zajednice. Time se ne isključuje mogućnost osnivanja biračkih mesta u bolnicama, gerontološkim centrima i uopšte u ustanovama u kojima su

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. Preuzeto 16.03.2015 <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1871285&Site>.

smeštene osobe sa invaliditetom, a kako bi im se olakšala politička participacija. Pretpostavka efikasne realizacije biračkog prava osoba sa invaliditetom jeste i dodatna edukacija članova biračkih odbora za sprovođenje ovih načina glasanja.

Kada je reč o biračima koji imaju telesni invaliditet, a koji mogu pristupiti biračkom mestu, oni najčešće glasaju uz pomoć druge osobe. Takvo rešenje postoji u Bugarskoj, Češkoj, Finskoj, Nemačkoj, Slovačkoj, Švedskoj, Estoniji, Letoniji. U Austriji, na primer, biračko mesto može biti postavljeno u blizini ustanova koje služe za smeštaj navedenih lica. Osobe sa invaliditetom, koje su pokretne, mogu glasati samostalno, dok se nepokretnim osobama izdaje glasačka kartica sa kojom glasaju pred posebnim izbornim organima. U Bugarskoj, takođe, postoji mogućnost osnivanja biračkih mesta u bolnicama i gerontološkim centrima, u kojima je prisutno najmanje 20 birača. U Češkoj je predviđeno glasanje van biračkog mesta uz prisustvo dva člana biračkog odbora i mobilne glasačke kutije, i ovom pogodnošću se mogu koristiti osobe sa invaliditetom. Kada je reč o slepim i slabovidim osobama, samostalno glasanje je moguće pomoću odgovarajućih uređaja⁶ ili pak putem glasačkih listića sastavljenih na Brajevom pismu (Španija, Island, Hrvatska). U cilju olakšane realizacije pasivnog biračkog prava osoba sa invaliditetom, bilo bi korisno omogućiti i podnošenje kandidature putem obrazaca na Brajevom pismu (The right to political participation for persons with disabilities, 2010).

Kada govorimo o glasanju osoba sa invaliditetom, koje ne mogu pristupiti biračkom mestu, prihvatljivi su i drugi načini glasanja, koji se mogu odvijati u „kontrolisanim“ i „nekontrolisanim“ sredinama. Glasanje u „kontrolisanim“ sredinama označava glasanje koje se sprovodi uz prisustvo članova biračkog odbora u bolnicama, domaćinstvima, gerontološkim centrima. To nisu standardna biračka mesta, ali se stvaraju tehničko- materijalni uslovi za glasanje, kako bi se izborni proces približio što širem broju građana. Glasanje u „nekontrolisanim“ sredinama odvija se bez prisustva članova izborne administracije. Ovakav vid glasanja obuhvata glasanje putem pošte, elektronsko glasanje, glasanje preko punomoćnika. Dok je glasanje putem pošte i elektronsko glasanje, po pravilu, dostupno svim biračima, glasanje preko punomoćnika, prvenstveno je „namenjeno“ starijim, bolesnim, odnosno biračima koji zbog svog invaliditeta nisu u stanju da dođu do biračkog mesta. Prednost glasanja preko punomoćnika je u tome što je tehnički lako ostvariv, ne zahteva visoke administrativne

⁶ Takva praksa je razvijena u Ujedinjenom Kraljevstvu, gde svako biračko mesto raspolaže taktilnim uređajem za glasanje.

i druge troškove. Međutim, treba pomenuti da je ovakav način glasanja problematičan u demokratskoj teoriji jer ne postoji garancija da će punomoćnik izraziti pravu volju birača. Punomoćnik može da iskoristi ovaj postupak da dobije dodatni glas i time povredi princip jednakog biračkog prava (Nohlen, Grotz, 2007: 68).

Kada je reč o osobama sa intelektualnim invaliditetom, politička participacija je znatno teže ostvariva. Većina država članica Evropske unije, pravo političke participacije povezuje sa poslovnom sposobnošću pojedinca. Misli se na osobe koje su potpuno ili delimično lišene poslovne sposobnosti, bez obzira na njihov stvarni i/ili intelektualni nivo funkcionalne sposobnosti ili bez obzira na to da li imaju intelektualni invaliditet ili probleme sa mentalnim zdravljem. Odredbe o „automatskom“ isključivanju takvih osoba nalazimo u ustavima i izbornom zakonodavstvu Bugarske, Danske, Estonije, Mađarske, Grčke, Poljske. Nekoliko država članica Evropske unije (Češka, Finska, Francuska, Slovenija, Španija) nastojale su da promene dotadašnji pristup i da uvedu individualnu procenu intelektualnih mogućnosti. U Francuskoj je 2007. godine izmenjen izborni zakon, tako da sud odlučuje da li će pojedinac sa takvim smetnjama zadržati pravo glasa ili neće. Slično rešenje postoji i u Španiji. U Češkoj, pravo glasa je povezivano sa poslovnom sposobnošću, i poslovno nesposobna lica su lišena biračkog prava. Međutim, Ustavni sud ove države je 2009. godine doneo odluku da samo u slučaju potpune poslovne nesposobnosti pojedinac može biti lišen prava glasa. Ukoliko je poslovna sposobnost ograničena, moraju se uzeti u obzir sve okolnosti konkretnog slučaja kako bi se odredilo da li to lice može da uživa pravo glasa i druga politička prava. U Sloveniji, nacionalno zakonodavstvo je zabranjivalo učešće u izbornom procesu osobama lišenim poslovne sposobnosti. Kako prema shvatanju Ustavnog suda, biračka sposobnost ne treba da se izjednačava sa poslovnom sposobnošću, to je dovelo do izmena zakona (The right to political participation of persons with mental health problems and persons with intellectual disabilities, 2010). Manji broj država je uklonio sva ograničenja u pogledu političke participacije osoba sa intelektualnim poteškoćama. Za politiku bez isključenja opredelile su se Austrija, Holandija, Švedska, Finska.

5. Normativni okvir ostvarivanja izbornog prava osoba sa invaliditetom u Srbiji uočeni nedostaci

U Srbiji, normativni okvir za ostvarivanje izbornog prava osoba sa invaliditetom postavljen je Ustavom Srbije, koji uvodi princip zabrane diskriminacije, kao jedan od osnovnih principa na kome se

bazira koncept ljudskih prava. Ustavom je izričito zabranjena svaka diskriminacija, neposredna ili posredna, po bilo kom osnovu, a naročito po osnovu rase, pola, nacionalne pripadnosti, društvenog porekla, rođenja, veroispovesti, političkog ili drugog uverenja, imovnog stanja, kulture, jezika, starosti, psihičkog ili fizičkog invaliditeta (čl. 21). Republika Srbija je potpisala i ratifikovala Konvenciju Ujedinjenih nacija o pravima osoba sa invaliditetom i Opcioni protokol, čime se obavezala da ispunjava standarde proklamovane njima. Osim toga, Vlada Srbije usvojila je Strategiju prevencije i zaštite od diskriminacije za period od 2013–2018. godine, a jedan od najvažnijih segmenata odnosi se na položaj osoba sa invaliditetom. Imajući u vidu broj osoba sa invaliditetom⁷ procenjuju se da je broj osoba koje imaju biračko pravo približan cenzusu.

Zakon o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom⁸ je prvi antidiskriminacioni zakon u Srbiji. Ovim zakonom je regulisan opšti režim zaštite od diskriminacije na osnovu invaliditeta, posebno slučajeva diskriminacije osoba sa invaliditetom, postupak zaštite osoba izloženih diskriminaciji, mere koje država preduzima radi podsticanja ravnopravnosti i socijalne uključenosti osoba sa invaliditetom, kao i sudska zaštita.

Zakon o zabrani diskriminacije⁹ je opšti i osnovni antidiskriminacioni zakon koji ustanovljava sveobuhvatan sistem zaštite od diskriminacije, a u kome centralnu ulogu ima Poverenik za zaštitu ravnopravnosti. Ovim zakonom je kao poseban slučaj diskriminacije na osnovu ličnog svojstva utvrđena diskriminacija osoba sa invaliditetom. Ova vrsta diskriminacije postoji ako se protivno načelu poštovanja jednakih prava i sloboda osoba sa invaliditetom u političkom, ekonomskom, kulturnom i drugom aspektu javnog, profesionalnog, privatnog i porodičnog života. Kao poseban slučaj diskriminacije utvrđena je i diskriminacija u postupcima pred organima javne vlasti. Naime, svako ima pravo na jednak pristup i jednaku zaštitu svojih prava pred sudovima i organima javne vlasti (čl. 15). U osnovi ovog vida diskriminacije

7 U Republici Srbiji prema popisu stanovništva iz 2011. godine koji je objavio Republički zavod za statistiku 7,96% odnosno 571.780 stanovnika izjasnilo se kao osoba sa invaliditetom, od ukupno 7.186.862 stanovnika. Prema vrsti invaliditeta najveći procenat je onih koji imaju problema sa kretanjem, a najmanje osoba koje imaju probleme u komunikaciji. Prosečna starost osobe sa invaliditetom je 67 godina, a u ukupnoj populaciji sa invaliditetom veće je učešće žena (58,2%).

8 *Sl. glasnik RS*, 33/06

9 *Sl. glasnik RS*, 22/09

je organ vlast kao potencijalni „kršilac“ diskriminacije, odnosno službeno lice organa javne vlasti kao „počinitelj“ diskriminatorskog postupanja (Milenković, 2010: 34). Ovim zakonom postavljen je dobar okvir za regulisanje pristupačnosti izbornog procesa za osobe sa invaliditetom. Naime, jedinice lokalne samouprave se obavezuju da preduzmu mere sa ciljem da se fizička sredina, zgrade, javne površine i prevoz učine dostupnim osobama sa invaliditetom (čl. 33). Organi javne vlasti dužni su da obezbede ravnopravnost osoba sa invaliditetom u postupcima pred tim organima.

Kada je reč o centralnom izbornom zakonu, Zakonu o izboru narodnih poslanika¹⁰, u njemu su sadržana pravila koja regulišu način glasanja slepog, invalidnog i nepismenog lica. Ova lica smatraju se biračima koji nisu u mogućnosti da na biračkom mestu lično glasaju, te imaju pravo da povedu lice koje će umesto njih, na način na koji oni odrede, ispuniti glasački listić, odnosno obaviti glasanje. Međutim, time što se onemogućava osobama sa invaliditetom da lično i samostalno glasaju, krši se princip ličnog glasanja i narušava njihovo dostojanstvo. Navedeni način glasanja jeste jedini samo za pojedine osobe sa invaliditetom, npr. osobe sa amputiranim delovima tela, ali to nije slučaj sa slepim i slabovidim osobama. Ovim osobama bi upotrebom materijala i glasačkih listića štampanih Brajevim pismom bilo omogućeno suštinsko ostvarivanje ustavom garantovanog prava na lično i tajno glasanje. Kada je reč o gluvim i nagluvim osobama, da bi oni mogli da nesmetano ostvaruju biračko pravo, potrebno je omogućiti im korišćenje srpskog znakovnog jezika. Nedavno usvojen Zakon o upotrebi znakovnog jezika¹¹, između ostalog, reguliše upotrebu znakovnog jezika u političkom životu¹², kao i postupku pred državnim organom, organom jedinica lokalne samouprave, te se njegovi pozitivni efekti mogu očekivati i kada je reč o izbornom postupku.

Izbornim zakonom su utvrđena posebna pravila za glasanje nemoćnih lica, koja mogu glasati kod svoje kuće uz dolazak članova biračkog odbora. Međutim, pored terminološki nekorektnog izraza „nemoćno“ lice, koji podržava društvene stereotipe o nemogućnosti i izjednačavanju svih osoba sa invaliditetom, još su važnije suštinske posledice koje ovakav način glasanja izaziva. Odvajanje osoba sa invaliditetom od ostalih birača i njihovo „izmeštanje“ sa biračkih mesta, ne može biti prihvatljivo

10 *Sl. glasnik RS*, 35/00

11 *Sl. glasnik RS*, 38/15

12 Gluva osoba koja učestvuje u političkom životu – na sastancima i sednicama organa javne vlasti, ima pravo na upotrebu znakovnog jezika.

rešenje. Takvo postupanje je posebno neprihvatljivo kada je reč o osobama sa fizičkim invaliditetom koje se kreću u invalidskim kolicima i koje bi nesmetano i samostalno mogle da glasaju na biračkom mestu kada bi ono bilo pristupačno. Kao i kod uživanja ostalih prava, i kod biračkog prava pristupačnost je jedan od osnovnih preduslova za ravnopravno učešće osoba sa invaliditetom. Nepristupačnost javnih površina i objekata, osobe sa invaliditetom dovode u situaciju, u kojoj im je ili onemogućeno ili veoma otežano, ostvarivanje osnovnih ljudskih prava, koja su dostupna svim drugim građanima. U tom smislu neophodno je preduzeti mere kako bi što veći broj biračkih mesta bio pristupačan ovoj kategoriji birača. Posebno je ohrabrujuće pravilo iz Uputstva za sprovođenje izbora za narodne poslanike doneto povodom izbora održanih 2014. godine, u kome se navodi da će se prilikom određivanja biračkog mesta voditi računa da biračko mesto bude pristupačno osobama sa invaliditetom (čl. 30). Kada je reč o osobama sa senzornim invaliditetom od pomoći mogu biti glasački listići alternativnog formata prilagođenog ovim osobama, čime bi bila obezbeđena tajnost glasanja i lično glasanje.

Zakon o jedinstvenom biračkom spisku¹³ omogućava glasanje osoba sa invaliditetom koje su smeštene u zdravstvenim ustanovama i ustanovama socijalne zaštite, određujući da birač može da glasa i prema mestu svog boravišta. Ali, imajući u vidu njihov invaliditet, kao i nedovoljan pristup informacijama, teško je očekivati da će ove osobe uspeti da ostvare svoje biračko pravo. Istovremeno, politička participacija osoba sa intelektualnim invaliditetom u Srbiji gotovo da ne postoji. Naime, osobe sa intelektualnim i psihosocijalnim invaliditetom su ili lišene poslovne sposobnosti ili je nad njima produženo roditeljsko pravo, a u oba slučaja to povlači i gubitak biračkog prava. Ali, i kada nisu lišene poslovne sposobnosti suočavaju se sa preprekama u ostvarivanju biračkog prava jer se tradicionalno posmatraju osobama kojima nedostaje mentalni kapacitet za donošenje odluka. U kontekstu olakšane političke participacije ovih osoba, vrlo je važno da izborne procedure, materijali i informacije o javnim politikama i političkim aktivnostima budu pisane jednostavnim jezikom.

Kada je reč o ostvarivanju prava glasa osoba sa psihičkim invaliditetom, važeći izborni propisi se ne bave time posebno. Osim toga, Ustavom i pratećim izbornim zakonima uslovom za sticanje biračkog prava smatra se poslovna sposobnost. Lica lišena poslovne sposobnosti lišena su i izbornog prava. Postupak lišenja poslovne sposobnosti regulisan je Zakonom o vanparničnom postupku. U ovom postupku sud, prema stepenu

13 *Sl. glasnik RS*, 104/09 i 99/11

sposobnosti za normalno rasuđivanje, ispituje da li je punoletno lice u stanju da samo brine o sebi i svojim interesima. Shodno tome, sud donosi odluku o potpunom ili delimičnom lišenju poslovne sposobnosti, što za posledicu ima nemogućnost uživanja prava glasa. U dosadašnjoj praksi često se olako primenjivalo potpuno lišenje poslovne sposobnosti i stavljanje osobe pod starateljstvo, a da pritom osoba nad kojom se ove mere primenjuju nije imala pristup sudu. Takva praksa nije u skladu sa savremenim pristupom u oblasti ljudskih prava i neophodno je menjati je. Uostalom, na neadekvatnost postojećih rešenja u tom domenu ukazao je i Evropski sud za ljudska prava u predmetu *Salontaji-Drobnjak protiv Srbije*.¹⁴ Posebna zamerka Suda je u činjenici da domaće zakonodavstvo ne predviđa periodično ponovno razmatranje stanja podnosioca predstavke od strane suda, umesto toga ključnu, skoro neograničenu, ulogu u vezi sa ovim daje Centru za socijalni rad.

Izmenama Zakona o vanparničnom postupku, koje su nedavno usvojene, uvedena je obaveza suda da lično sasluša lice prema kome se vodi postupak lišenja poslovne sposobnosti, kao i da uvaži mišljenje i stavove ovog lica u meri u kojoj je to moguće s obzirom na stanje mentalnog zdravlja. Takođe, sud će prilikom donošenja odluke o lišenju poslovne sposobnosti utvrditi rok u kome će proveriti da li i dalje postoje razlozi za dalje trajanje izrečene mere. Pozitivni efekti ovih izmena posredno će uticati i na smanjenje broja osoba lišenih poslovne sposobnosti, a time i lišenih biračkih prava.

Zakon o vanparničnom postupku predviđa institut delimičnog lišenja poslovne sposobnosti, pri čemu je, shodno odredbama Porodičnog zakona (čl. 147, st. 2), poslovna sposobnost ovih osoba jednaka poslovnoj sposobnosti starijeg maloletnika. To podrazumeva da su ove osobe lišene prava glasa. U pogledu lica delimično lišenih poslovne sposobnosti, sud može, na osnovu rezultata medicinskog veštačenja, odrediti vrstu poslova koje to lice može preduzimati samostalno pored poslova na koje je zakonom ovlašćeno, što je u skladu sa Porodičnim zakonom. Međutim, uživanje biračkog prava kao elementarnog političkog prava ne može se podvesti pod „pravne poslove“ o kojima sud odlučuje. Osim toga, kako Ustavom, kao

¹⁴ U konkretnom slučaju Sud primećuje da ograničenje poslovne sposobnosti podnosioca predstavke bez sumnje predstavlja mešanje u njegov „privatni život“. Čak i pod pretpostavkom da je ovo mešanje „u skladu sa zakonom“ i da domaći organi teže „legitimnom cilju“, u smislu čl. 8, st. 2, Sud je mišljenja da upotrebljena sredstva nisu proporcionalna ciljevima kojima se teži. Posebno, dok je ograničenje poslovne sposobnosti podnosioca predstavke veoma ozbiljno, postupak na osnovu koga su domaći sudovi doneli takve odluke je sam po sebi bio fundamentalno manjkav.

ni izbornim zakonodavstvom, nije načinjena razlika između osoba koje delimično i onih koje su potpuno lišene poslovne sposobnosti, nije jasno da li sud može osobi koja je delimično lišena poslovne sposobnosti da „prizna“ biračko pravo. Dosadašnja praksa ne govori u prilog tome. Međutim, valjalo bi razmisliti o mogućnosti davanja biračkog prava osobama koje su delimično lišene poslovne sposobnosti i kreirati adekvatan pravni okvir za realizaciju toga.

Poseban problem je ostvarivanje pasivnog biračkog prava osoba sa invaliditetom. Jednostavan pokazatelj toga je činjenica da je od ponovnog uvođenja višepartijskog sistema 1990. godine, zabeleženo prisustvo samo jedne osobe sa invaliditetom u najvišem predstavničkom telu i to nakon parlamentarnih izbora održanih 2007. i 2008. godine.¹⁵ Nakon parlamentarnih izbora održanih 2012. i 2014. godine nije se našla u parlamentu nijedna osoba koja se u javnosti percipira kao osoba sa invaliditetom. Tome verovatno doprinosi činjenica da relevantne političke partije uglavnom u svojim dokumentima ne posvećuju posebnu pažnju osobama sa invaliditetom u smislu njihovog aktivnog uključivanja u politički život. Takođe, možemo primetiti da su osobe sa invaliditetom u velikom broju uključene u udruženja koja se bave poboljšanjem njihovog položaja, ali da se taj nivo aktivizma ne prenosi na druge organizacije, poput političkih organizacija. Političke stranke bi trebalo da svoj prostor učine pristupačnim za osobe sa invaliditetom, ali i da ih u svoj rad više uključe i da održavaju kontinuiranu komunikaciju u cilju unapređenja normativnog okvira.

U kontekstu izbora značajna pretpostavka za ostvarivanje biračkog prava je i postojanje adekvatne informisanosti birača. To podrazumeva obavezu emitera da medijske sadržaje emituju u formatu koji je prilagođen osobama sa invaliditetom. Javni servisi (RTS1, RTS 2 i RTV) ispunjavaju navedenu obavezu, ali je učešće programa prilagođenog i namenjenog

15 Gordana Rajkov je prva i za sada jedina osoba sa invaliditetom koja je postala narodni poslanik u sazivima 2007. i 2008–2012. Ona je birana kao nestranački kandidat na listi G17 plus. Izvor: <http://www.otvoreniiparlament.rs/politicari/gordana-rajkov> pristupljeno 19.12.2014. „Kada sam ja postala narodna poslanica, u Skupštinu, u plenarnu salu u Kralja Milana, uopšte nisam mogla da dodem, jer je do sale bilo šest–sedam mermernih stepenika. I pri prvom odlasku u Skupštinu petoro ljudi me je snosilo niz stepenice i nosilo gore, a toalet koji je bio na tom istom nivou isto je imao nekih četiri stepenika. To sam odmah iznela kao problem i poslala zahtev da mi se omogući nesmetan pristup. Pre samog konstituisanja Skupštine pored stepenica je postavljena pokretna platforma koja sada omogućava nesmetan pristup svim salama na tom nivou <http://www.izbornareforma.rs/wordpress/wpcontent/uploads/2011/02/Izve%C5%A1tajpristupa%C4%8Dnosti-izbora.pdf>.

osobama sa invaliditetom izuzetno malo u ukupnom emitovanom programu.¹⁶ Obim programa pristupačnog osobama sa invaliditetom trebalo bi da se poveća i sadržajno obogati, kako na javnim servisima, tako i na programima komercijalnih TV stanica, čemu bi trebalo da doprinese i usvojen „set“ medijskih zakona (Zakon o elektronskim medijima, Zakon o javnim medijskim servisima, Zakon o upotrebi znakovnog jezika). Osim toga, u nedavno usvojenom Zakonu o znakovnom jeziku, pružaoci medijskih usluga dužni su da sagledaju mogućnosti i rade na stvaranju uslova za omogućavanje praćenja audio-vizuelnih medijskih usluga gluvim osobama. U kontekstu izbora poseban doprinos adekvatnom informisanju osoba sa invaliditetom predstavljalo je obavezujuće uputstvo emiterima radi omogućavanja nesmetanog informisanja gledalaca sa oštećenim sluhom u toku predizborne kampanje. Ovim uputstvom propisano je da su Radiodifuzna ustanova Srbije, Radiodifuzna ustanova Vojvodine, emiteri lokalnih ili regionalnih zajednica i emiteri civilnog sektora koji emituju predizborni program, dužni da ga učine dostupnim gledaocima sa oštećenim sluhom posredstvom korišćenja titlova ili srpskog znakovnog jezika. Za punu participaciju osoba sa oštećenim sluhom potrebno je da se najveći mogući deo političkog sadržaja prilagodi i prevede na srpski znakovni jezik, a da se na političkim skupovima i mitinzima obezbede tumači.

6. Zaključak

Imajući u vidu da osobe sa invaliditetom, zbog prirode svog invaliditeta, nisu homogena grupa, ne postoji jedan mehanizam koji bi svima njima podjednako odgovarao (one-size-fits-all). Međutim, uklanjanje kako arhitektonskih tako i pravnih barijera svakako će dati pozitivne rezultate i povećati obuhvat osoba sa invaliditetom u izbornom postupku.

Uključenost osoba sa invaliditetom u izborni postupak podrazumeva prepoznavanje njihove specifičnosti u svakoj od faza; počev od upisa u birački spisak, preko kandidovanja, do glasanja na biračkim mestima i ostvarivanja pasivnog biračkog prava.

Međunarodni dokumenti i postojeća rešenja u relevantnim izbornim sistemima jasno ukazuju da osobe sa invaliditetom moraju imati jednake

¹⁶ Od pet komercijalnih televizija sa nacionalnom frekvencijama samo TV Prva emituje program pristupačan osobama sa invaliditetom, dok se ostale pozivaju na zakon koji ih ne obavezuje na proizvodnju i emitovanje ove vrste programa. TV Prva ima i najveće učešće program pristupačnog osobama sa invaliditetom u odnosu na ukupno emitovano vreme. Izvor: <http://www.rra.org.rs/uploads/useruploads/izvestaji-o-nadzoru/Programi-namenjeni-osobama-sa-invaliditetom.pdf>

mogućnosti da budu uključene u izborni proces poput ostalih birača. Kakav će mehanizam biti primenjen određeno je, pre svega, vrstom invaliditeta birača, te se konkretne mere razlikuju u zavisnosti od toga da li je reč o telesnom, senzornom ili nekom drugom invaliditetu. Posebno osetljivo je pitanje ostvarivanja izbornog prava osoba sa psihičkim (mentalnim) invaliditetom. Relevantna praksa Evropskog suda u tom domenu može biti od pomoći nacionalnim sistemima.

Kada govorimo o Srbiji, primetan je značajan napredak u stvaranju uslova za olakšano ostvarivanje izbornog prava osoba sa invaliditetom. Ratifikovani su mnogi međunarodni dokumenti, koji se bave pravima osoba sa invaliditetom, a usvojeni su i relevantni opšti zakoni. Pohvalno je što se o olakšanom ostvarivanju biračkog prava osoba sa invaliditetom vodi računa u Uputstvu za sprovođenje izbora, što nesumnjivo ima pozitivne posledice. Međutim, pravila sadržana u Uputstvu nemaju trajni karakter i zato je važno da budu sadržana u izbornom zakonu. Odredbe koje se tiču olakšane političke participacije osoba sa invaliditetom u izbornom zakonodavstvu su vrlo štire i ne obuhvataju sve kategorije osoba sa invaliditetom, niti se odnose na sve aspekte izbornog prava. Izborni zakon, međutim, ne treba da se bavi samo ostvarivanjem aktivnog biračkog prava, već treba da obuhvata mere za olakšano ostvarivanje i svih drugih prava koja čine biće izbornog prava: pasivno biračko pravo, pravo kandidovanja, pravo informisanja, pravo na pravnu zaštitu.

Literatura

Day, S., 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). Preuzeto 31. 05. 2015. https://www.ndi.org/files/Equal-Access_How-to-include-PWD-in-elections-political-processes.pdf

Milenković, D. (2010). *Vodič kroz Zakon o zabrani diskriminacije*. Beograd: Helsinški odbor za ljudska prava u Srbiji

Nikolić, P. (1967). Problemi informisanosti birača u izbornom procesu. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 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

Stanovčić, V. (1993). Slobode i prava čoveka i građanina. U *Enciklopedija političke kulture*, Beograd: Savremena administracija, 1056–1085

Stojanović, D. (1989). *Osnovna prava čoveka: ljudska prava i slobode u ustavima evropskih država*. Niš: Centar za pravna i društvena istraživanja

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

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.*

Dr Slaviša Kovačević,* Docent
Pravnog fakulteta, Univerzitet
u Nišu

originalni naučni članak

UDK: 342.726:316.343

Rad primljen: 30.06.2015.

Rad prihvaćen: 03.12.2015.

DRUŠTVENI OKVIR „PRAVA SLABIJEG“

Apstrakt: Izraz „pravo slabijeg“ autor pojmovno razmatra u fizičko-biološkom, socijalno-psihološkom, formalno-pravnom i sociološko-pravnom značenju i utvrđuje njihova normativna ishodišta. U istraživanju autor polazi od tri metodološko-teorijska stanovišta: pravno-sociološkog metoda, antropo-solidarističke teorije prava i doktrine socijalnih prava sa ciljem utvrđivanja generalizacija o faktorima i okolnostima faktičke nejednakosti i nemoći pojedinaca i grupa u ostvarivanju svojih ljudskih prava i sloboda. Dihotomija jak-slab uvek se javlja u diferenciranom društvu koga „proždiru“ prirodne i društvene nejednakosti i stanje nemoći pojedinaca, a ako se to razlikovanje kulturno i ideološki opravdava, onda se formatira posebna autoritarna i paternalistička svest koja takvo stanje održava. Autor u radu razmatra pravo slabijeg u kontekstu nefunkcionalnog prava, posebno prava zemalja u tranziciji. Pravo slabijeg smešteno je u okvir faktičkih društvenih, kulturnih, ekonomskih i političkih okvira u kojima se ono stvara, primenjuje i ostvaruje: „pravo slabijeg“ od pravnog teksta do društvenog konteksta. Pravna zaštita i pravna sigurnost „slabijeg“ određeni su, pre svega, normativno-pravnim kapacitetom i faktičkom izvesnošću ostvarivanja funkcije prava u zaštiti slabijeg. Pretežne karakteristike društva i stvarne nemogućnosti primene prava utiču i na stepen implementacije čovekovih prava. Siromašno i nerazvijeno društvo smešteno u anomični društvenih ambijent predstavljaju nepovoljan kontekst za ostvarivanje prava slabijeg.

Ključne reči: jak-slab, moć-nemoć, sila-pravo, društveni kontekst, društvena svest, pravda, solidarnost.

* slavisa@prafak.ni.ac.rs

1. Uvod u pravo slabijeg

Izraz slabiji se razmatra kao sinonim na nemoć, nemogućnost, nejednak pristup pravu i javnim dobrima, dok izraz slabe grupe koristiće se sinonimično za marginalne grupe, ranjive grupe, osetljive grupe. Izraz slab, odnosno nemoćan ima nekoliko relevantnih značenja. Prvo treba poći od biološkog odnosno fiziološkog značenja, dakle u pitanju su lica slabijih telesnih i psihičkih moći čije poreklo može biti genetsko ili stečeno tokom života. Invalidnost bilo da je organsko-fiziološke ili psihičke prirode jeste generator nemoći posebno ako društvo odnosno država nisu obezbedili adekvatnu moralnu, socijalnu i egzistencijalnu zaštitu. Materijalni, moralni i emocionalni kapacitet društva je pretpostavka i preduslov za ostvarivanje njihovih prava. Ovo značenje nije predmet ovog rada, mada ne umanjuje značaj ovog aspekta ranjivosti pojedinaca u društvu. Osnovni predmet ovog rada je socijalno, političko i pravno značenje nemoći. Imajući u vidu slojevitost predmeta koji se razmatra, osnovno semantičko-značenjsko polazište autora je da je prikladniji izraz nemoć nego slabost, jer slabost više ukazuje na fizikalno-medicinsko značenje, dok nemoć, pored tog, implicira obuhvatnije sociološko, psihološko, politikološko i pravno značenje i logički je šireg opsega.

Položaj čoveka u istoriji češće je bio podređen, inferioran, zavistan, nego slobodan. Hegelova teza da svaka nova epoha znači veći stepen oslobođenja čoveka, a moderna epoha najveći stepen slobode više je primenljiva kontekstualno, jer istorijsko nasleđe i realnost sveta ne potvrđuju univerzalnost ove teze u komparativnom smislu. Mogućnosti čoveka u današnjem svetu zavise koliko od ukupne razvijenosti toliko od društvenog konteksta i materijalnih i kulturnih standarda života.

Društvene okolnosti mogu imati pozitivne odnosno negativne implikacije na ostvarivanje prava i sloboda čoveka i građanina, pa prema tome, i na pravo slabijeg. Imajući u vidu činjenicu da je pravo u tranzicionim društvima nefunkcionalno, postavlja se pitanje koji su to faktori i činioci koji obesnažuju socijalni položaj čoveka i čine ga zavisnim od institucionalnih okolnosti.

Kako će i koliko pravo biti u funkciji slabijeg ako je i ono, dakle pravo, nemoćno, da ne kažem slabo, u odnosu na moć (političku, ekonomsku), ako je ostvarivanje prava i sloboda uslovljeno političkom moći, a svaki odnos zavisnosti uvek znači nemoć prava i moć ne-prava. Paradoks savremenog prava se izražava u pretežnoj inkongruenciji između norme i stvarnosti: koliko god da se osvaja prostor zaštite čovekovih prava,

toliko se s druge strane pokazuje čovekova nesigurnost i zavisnost u odnosu na moćne strukture i aktere društva.

Još je Trazimah, lik u Platonovoj državi, govorio da pravo nije ništa drugo do prednost, odnosno pravo jačeg (Platon, 2013: 121). I ova tvrdnja ima empirijska uporišta tokom istorije ljudskih društava uključujući i moderne tokove: koliko god da je pravo po normativnom postulatu nastojalo da zaštiti slabijeg, uvek je moć nastojala da racionalizuje i opravda nemoć pojedinca. Uvek se nemoć opravdavala „moćnom rukom“ jačeg. Žan Žak Ruso je rekao da „najjači nikad nije dovoljno jak ako moć ne pretvori u pravo a pokoravanje u dužnost“ (Ruso, 1993:13). Ako ovu tezu okrenemo i invertujemo, onda tvrdimo da najslabiji nikada ne bi bio toliko slab da se nije dobrovoljno pokoravao moći i da svoj društveni položaj nije učinio podaničkim. Sam osećaj nemoći se racionalizovao negativnom projekcijom pojedinaca da nešto ne može postići ili biti.

Teorije društvenog ugovora i kontraktualistička doktrina prava, stanje nemoći i slabosti smestili su u prirodno, predgrađansko, preddržavno, predpolitičko, neuređeno stanje društva. Prirodno stanje i iz njega proizašlo prirodno pravo dopušta da imovina slabijeg i nemoćnijeg treba da pripadne jačem, dok je prirodom data sloboda osujećena silom jačeg. Pravedno je da jači ima više od slabijeg. Stoga je i funkcija stvaranja društva i pravnog poretka da prevaziđe prirodno stanje, a građansko ili društveno stanje treba da obezbedi pravnu zaštitu i sigurnost slabijem. Obnovu klasičnog kontraktualizma nalazimo kod Džona Rolsa i njegove neoktraktualističke, liberalno-egalitarne teorije pravde (Glintić, 1995: 19). Osnove uređenja društva Rols nalazi u dva suštinska principa. Prvi je princip jednakih mogućnosti koji se sastoji u tome da svaki pojedinac treba da ima jednako pravo na što obuhvatniji sistem jednakih sloboda, koji su saglasni sa sistemom sloboda drugih.

Drugi princip je princip razlike koji se sastoji u tome da nužne i neophodne nejednakosti u društvu treba da budu limitirane postojanjem jednakih nepristrasnih mogućnosti i da takve produktivne nejednakosti budu korisne članovima društva koji su u najnepovoljnijem položaju (Rols, 1989: 70–71). U kontekstu naših razmatranja, naročiti značaj ima drugi princip koji treba da obezbedi što pravičniju distribuciju dobara i vrednosti u korist najlošije stojećih slojeva društva, da stvori „najviši mogući minimum“, ili „*maximin*“ onima sa najmanjim izgledima u društvu. Značaj drugog Rolsovog principa pravde sastoji se u tome što on koriguje socijalno-ekonomske nejednakosti i postavlja donju granicu egzistencijalnog dostojanstva čoveka i građanina.

2. Generisanje prava slabijeg

Jedna od dominantnih karakteristika ne samo našeg već i globalnog društva jeste sve veća zavisnost čoveka od autoriteta, institucija, tržišta, politike, okolnosti. A što je veća zavisnost to je manja sloboda i sigurnost čoveka, a nemoć ukorenjenija i izvesnija. Posebno ekonomska i duhovna zavisnost umanjuje autonomiju i nezavisnost čoveka u stihiji savremenosti. Sa druge strane, imajući u vidu civilizacijsku potenciju prava, ali i osvojen protektivni legalni prostor, nalazimo stanovitu inverziju: umesto da bude u funkciji slabijeg, pravo je pretežno ili učestalo u funkciji jačeg odnosno moćnijeg.

Generisanje prava slabijeg se razmatra iz četiri konteksta: pravnog, društvenog, političkog i međunarodnog. Pravno generisana nemoć posmatra se sa stanovišta normativne generisanosti kada sama norma proizvodi nemoć pojedinaca. Ova vrsta određenosti stvara se na dva načina, sa jedne strane kao instrumentalna moć prava, i sa druge strane kao problem primene već osvojenog normativnog prostora prava kada je pisana norma čak i na strani slabijeg, ali se takva norma ne implementira odnosno selektivno primenjuje ili ne primenjuje. Pravo slabijeg i nedostupnost pravdi generisana je takođe zakonskim redukcijama ustavnog okvira koji se često selektivno implementira i tumači u skladu sa interesima moćnih grupa. Bitna karakteristika našeg prava je problem tumačenja, a posebno implementacije norme, pri čemu se misli na nefunkcionalnost i neefikasnost naročito pravosudnog sistema.

Društveno generisana nemoć pojedinca podrazumeva pravno-sociološko utvrđivanje bazičnih svojstava društva u kome pravo funkcioniše. Dihotomija jak-slab uvek se javlja u diferenciranom društvu koga „razdiru“ prirodne i društvene nejednakosti (Haralambos, 2002: 25) i egzistencijalno stanje nemoći pojedinaca, a ako se postojeće razlikovanje kulturno i ideološki opravdava, onda se formatira posebna autoritarna i paternalistička svest koja takvo stanje održava i protežira. Danas su bazični odnosi u društvu, bez obzira na nacionalni ili međunarodni okvir, odnosi moći. Vertikalna struktura društva uvek generiše nad-moć i ne-moć. Dakle, to je objektivna zadatost i datost koja je i inspirisala konstitucionalnu doktrinu o ograničenju moći. Koliko god da je pravo uspelo da ograniči moć, sa druge strane moć je uvek nalazila načine ne samo da zaobiđe pravo, već i da ga potčini sebi. Empirijski su jasno vidljive relacije: nemoć manjine u odnosu na većinu, nemoć radnika u odnosu na vlasnika, građanina u odnosu vlast, slabiji u odnosu na jači pol, nemoć većine u odnosu na moćnu manjinu.

Društvene nejednakosti, društveno raslojavanje, (posebno ekonomske nejednakosti i raslojavanje) nejednake mogućnosti za pristup pravdi i pravosuđu stvaraju osećaj nemoći pojedinaca i grupa (Popović, 1974:38). Dakle, limitirajući faktor nisu samo objektivne okolnosti već i subjektivno shvatanje i doživljaj tih okolnosti. Društvene predrasude i tradicionalni autoritarni mentalitet generišu shvatanja da je čovek nemoćan u stihiji društvenog procesa. Siromaštvo i ekonomska stagnacija generiše i društveni položaj odnosno materijalni status. Pravno i društveno neregulisan prostor sticanja materijalnih dobara kao i izrazito nejednaka distribucija materijalnih dobara u društvu uvek ima za posledicu egzistencijalno-socijalnu nemoć.

Koliko su prava slabijeg generisana samom strukturom društva i politike toliko su i rezultat subjektivnih osećaja nemoći koji se posebno manifestuje kao pasivizam i povlačenje umesto aktivnosti. Ovaj pasivizam i otuđenje od prava rezultat je velikog raskoraka između očekivanja od prava, s jedne strane, i stvarnog postignuća prava u funkciji slabijeg sa druge strane.

Pravo slabijeg treba posmatrati i istraživati u kontekstu nefunkcionalnog prava, posebno prava zemalja u tranziciji, naravno i našeg. Pravo slabijeg smešteno je u okvir faktičkih društvenih, kulturnih, ekonomskih i političkih okvira u kojima se ono stvara, primenjuje i ostvaruje: „pravo slabijeg“ ne treba proučavati samo u okviru pravnog teksta već, pre svega, u okviru društvenog konteksta. Pravna zaštita i pravna sigurnost „slabijeg“ određeni su, takođe, normativno-pravnim kapacitetom i faktičkom izvesnošću ostvarivanja funkcije prava u zaštiti slabijeg. Pretežne karakteristike društva i stvarne nemogućnosti primene prava utiču i na stepen implementacije čovekovih prava. Siromašno i nerazvijeno društvo smešteno u anomični društvenih ambijent predstavlja nepovoljan kontekst za ostvarivanje prava slabijeg.

Tranzicioni uslovi praktikovanja prava slabijeg su izuzetno nepovoljni. Svaka tranzicija, a posebno je to izoštreno u našim uslovima, ima više gubitnika nego dobitnika. Kreatori politike i prava nisu prevideli dalekosežne socijalno-pravne posledice privatizacije, a dominantna neoliberalna doktrina koja sve više postaje normativno-pravna konstanta, ne ide u prilog ostvarivanju socijalno-ekonomskih prava, posebno prava radnika u odnosu na prava poslodavaca. To je vladajuća ideologija koja nužno generiše nejednakosti i nemoć pojedinaca. Ekonomska i materijalna zavisnost čini čoveka nemoćnim i slabim u društvu konkurencije, i dominacije kapital-odnosa.

Tradicionalistička (za)datost društva naročito je generisana kroz autoritarni mentalitet društva i pasivnu reaktivnu patrimonijalnost društva. Tradicionalistička zadatost nemoći pojedinaca i grupa naročito je izražena u našoj prelaznoj pravnoj kulturi. Autoritarno pravo ili autoritarni karakter prava je posebno izražen u postkomunističkim društvima, ali je posebno karakterističan i za međunarodno pravo, a ogleda se u prevalenciji autokratske političke samovolje u odnosu na pravo. Autoritarno pravo je suprotno konstitucionalnoj doktrini i predstavlja izrazitu zavisnost prava posebno pravosudnog sistema u odnosu na političku i ekonomsku moć. Reaktivna, pasivna patrimonijalnost izražena je kao osećaj zavisnosti i sigurnosti u odnosu na tradicionalni iracionalni autoritet. I autoritarnost i patrimonijalnost pretpostavljaju nejednak odnos između objekta i nosioca autoriteta i nužno uslovljavaju odnos nemoći i slabosti. Obe crte društvenog i politikog mentaliteta u našoj tradiciji imaju koliko dispozitivni, relativno trajni karakter, toliko i situacioni odnosno kontekstualni; koliko su relativno trajna konstanta kod pretežnog dela populacije toliko su i situacionog karaktera kod emancipovanog građanstva koje pritiskaju okolnosti opšte krize.

3. Demokratski okvir prava slabijeg

Demokratija se ili idealizuje do mitotvorstva ili se osporava do političkog i kulturnog nihilizma. I jedna i druga predrasuda dovodi do negativnih posledica. Idealizacija dovodi do razočaranja i disolucija, a negacija do učvršćivanja antidemokratskih formi i sadržaja politike.

Demokratija se od neposredne i ekskluzivne atinske demokratije transformisala u reprezentativnu, inkluzivnu demokratiju koja se svodi na vladavinu od naroda izabrane reprezentativne manjine, koja treba da vlada u interesu većine. Izabrana manjina može biti manje ili više reprezentativna, manje ili više responsivna i odgovorna, manje ili više otuđena od društva, manje ili više kompetentna odnosno sposobna da vlada i upravlja društvenim interesima. Slabosti ili nedostaci u funkcionisanju demokratije mogu podstaći diferenciju društva na slabe i jake, moćne i nemoćne i na taj način sistemski generisati nejednak pristup pravu i pravdi.

Demokratija treba da bude osnovni društveni i normativni okvir za ostvarivanje prava čoveka i građanina. Ona obezbeđuje da se izjednačavanjem građanskog statusa i jednakim mogućnostima za sve, obezbedi da pravo

slabijeg bude garantovano i zaštićeno. Stoga, valja ukazati na neke protivrečnosti i paradokse demokratije koji obesnažuju ostvarivanje prava i sloboda čoveka i građanina. Generisanje nemoći pojedinaca i grupa svakako proizilazi iz konteksta protivrene demokratske prakse, pa ćemo, stoga, ukazati na najznačajnije paradokse i napetosti unutar demokratskog procesa koje na posredan ili neposredan način utiču na smanjenu delotvornost pravnog sistema.

Građansko društvo, u kojoj je primarna figura građanin, ostvaruje primarnu funkciju svojim uticajem na političku vlast i centre političkog odlučivanja. Građansko društvo, politički organizovano, predstavlja aktivni potencijal političkog društva u celini. Još dvadeseti vek je označen kao vek „participativne revolucije“. Politika postaje masovna pojava sa mnoštvom subjekata, aktera, organizacija. Opšte pravo glasa, ulazak masa u politiku, sloboda političkog i društvenog delovanja, doprineli su afirmaciji i značaju političke participacije. Politička inkluzija je bitna odrednica savremenog društva. Za razliku od ranijih epoha u kojima nisu svi imali politička prava i slobode (primer: antika i srednji vek), danas ne samo što su svi uključeni u politiku na ovaj i onaj način, nego se politizuje čitavo društvo.

Bez obzira što je participativni potencijal pojedinca i društva najviše bio funkcionalan sredinom, odnosno u drugoj polovini dvadesetog veka, značaj građaninove participacije danas sve više opada. Time dolazimo do prvog paradoksa demokratije: građanska participacija sve više postaje apstraktna forma. Ovde imamo obrnutu srazmernost: što je veća participativna inkluzija građana u politički i izborni proces to je manji stvarni delotvorni uticaj građana. Ono što je uslov bez koga demokratija ne može opstajati, krajnje je marginalizovano, jer je građansko društvo postalo upravljano, oblikovano, manipulirano kao objekt političke vladavine. Umesto da građansko društvo deluje na političku vlast, politička vlast delotvorno oblikuje građansko društvo birača. Umesto da demokratska vladavina ostvaruje volju većine, ona se pretvorila u promociju interesa manjine. Ova stanovita inverzija političkih toposa demokratije (volja naroda i vlast) dovodi do toga da volja naroda, manipulativno oblikovana, nije njena stanovita volja, a predstavničke institucije više ne predstavljaju interesne preferencije naroda nego parcijalne interese posebnih grupa i lobija.

Iz ovoga proizilazi da demokratija često generiše kako *nemoć većine* tako i *nemoć manjine*. Ukoliko je demokratska većina koja učestvuje u političkom životu difuzna, astrukturalna, pasivna, nekritička, bez

realne mogućnosti uticaja na vlast, oblikovana i manipulirana, ona doista predstavlja nemoćnu većinu koja nema snagu i potencijal da utiče na politiku i pravo države. Koliko većina može da bude nemoćna u odnosu na vladajuću manjinu, što svakako zvuči paradoksalno, toliko s druge strane i manjine mogu biti slabe, obespravljene i nemoćne, uključujući tu i pojedinca. Nemoć manjine može se izraziti kako u odnosu na većinu tako i u odnosu na otuđenu vlast većine. Radi se o toliko poznatom i prepoznatljivom fenomenu „tiranije većine“, odnosno autokratije izabrane manjine koja ne obezbeđuje zaštitne mehanizma prava manjina, ne samo političkih i ideoloških manjina već i manjina u etničkom, ekonomskom i drugom smislu.

Drugi paradoks demokratije se izražava u (ne)mogućnosti odnosno neophodnosti imunizacije demokratije u odnosu na druge i suprotne političke oblike i sadržaje odnosno njena ranjivost u odnosu na autokratske uplive. To možemo nazvati autokratskom elitizacijom demokratije. Njena propustljivost autokratskim, elitističkim i ekonomskoprofitnim uplivima urušava njene elementarne temelje. Bez obzira na to što danas nema čistih političkih oblika i bez obzira na to što su današnji politički sistemi mešovitog karaktera, i u ideološkom i formativno-političkom smislu, tendencije učestale i prevalentne autokratizacije, korumpiranja i plutokratizacije demokratije urušavaju njenu fundamentalnu suštinu. Antidemokratski procesi postaju sve više sadržaj formalne demokratske procedure. Demokratija sve više gubi identitet u najezdi i bujanju drugačijih političkih identiteta i interesa. Njena persistencija zavisi od toga koliko je ona sposobna da se samoreprodukuje i ostane samostalan entitet u odnosu na drugačije političke oblike i sadržaje.

Treći paradoks demokratije je onaj koga je ustanovio Entoni Gidens, koji se izražava s jedne strane kao širenje demokratije u celom svetu, a sa druge strane u društvima sa značajnom demokratskom tradicijom postoji veliko razočarenje u demokratske procese, odnosno indiferencija ili nezadovoljstvo u odnosu na politički sistem (Gidens, 2005:95). Naime, danas je široko rasprostranjena vera u demokratiju, njene vrednosti, ideje, njenu komparativnu prednost u odnosu na autokratske metode vladanja na jednoj strani, i opadanje poverenja u političke institucije i nosioce institucionalnih uloga, političke autoritete vlasti na drugoj. Raskorak između normativnog demokratizma i političkog realizma izražava se u raskoraku između vere u demokratiju kao poredak, i nezadovoljstva njenim funkcionisanjem, odnosno njenom delotvornošću. Na iskustvenoj ravni, kriza demokratije se sve više izražava kao nepoverenje u demokratski

izabrane elite koje nose institucionalne uloge. Neefikasna država, „lenja“ i nestručna administracija i birokratska samovolja nije povoljan okvir ostvarivanje prava pojedinaca i grupa. Ako se, pored toga, imaju u vidu uslovi u kojima ne postoji funkcionalan, nezavistan i samostalan pravosudni sistem, onda je prostor ostvarivanja prava još više sužen. Dakle, nefunkcionalna demokratija implicira probleme u i funkcionalnosti prava, jer delotvorno pravo je pokazatelj demokratskog karaktera države i društva.

Četvrta napetost ili paradoks demokratije je nesrazmera između dva osnovna elementa demokratije: liberalnog i socijalnog; dakle, između principa slobode i principa jednakosti (Matić, 2002: 182-3). Liberalizam i socijal-demokratizam dve dominantne ideologije koje se sve više nalaze u procesu konvergencije. Kao nužna korekcija i nadgradnja „liberalnog koncepta slobode“ javlja se načelo (socijalne) jednakosti kao izjednačavanja ljudi u stepenu slobode. Na taj način konstituiše se celovito načelo: sloboda jednakog građanskog statusa odnosno jednake ili približno jednake mogućnosti i uslovi za praktikovanje prava i sloboda. Približavanjem i susretom slobode i socijalne jednakosti stvara se bazični model političke pravde.

Javni poredak prava i sloboda podrazumeva odgovarajući odnos slobode i jednakosti. Ako je jednakost pretežna i jača, naročito ako je ekstremno favorizovana, onda se ograničava i uprošćava sloboda, podstiču kolektivističke ili totalitarne pretenzije, sputava kreativnost, kritičnost i mogućnost izbora. Sa druge strane, sloboda bez jednakosti stvara atomizaciju, anarhiju, neodgovornost, nejednakost i pravnu nesigurnost. Neproduktivno je proklamovati ili garantovati slobodu u uslovima stvorenih socijalnih razlika. Ni jednakost nema smisla ako su instrumentima političke moći sputani sloboda izbora i autonomija volje.

Zahtevi za jednakošću jačaju razne vrste ograničenja u liku paternalističke države, postavljaju granicu slobodi, proizvode uniformnost i dovode u pitanje samu legitimnost zajenice. Prekomerna afirmacija slobode produbljuje nejednakosti i stvara društvo privilegovanih. Kombinacija načela liberalne demokratije i aktivne participacije često je imperativ za izlaz iz ove neravnoteže. Osvojena prava na jednaku slobodu moraju biti zaštićena da bi demokratski proces bio delotvoran, a vlast legitimna. Afirmacija demokratskog principa znači slobodu u umerenoj jednakosti i odgovornosti. Još je Kant govorio o onoj vrsti političkog uređenja koje „dopušta najveću moguću slobodu saglasno

zakonu po kome se sloboda svakog pojedinca može pomiriti sa slobodom svih drugih" (Sartori, 2001: 194).

Socijalna prava i slobode obezbeđuju materijalnu egzistenciju čoveka i zaštitu od „rizika i nepravdi slobode“. Stihija tranzicionog društveno-ekonomskog procesa koja je stvorila neizvesnost i nesigurnost, uticala je da ljudi žrtvuju slobodu zarad socijalno-ekonomske sigurnosti. Ovakvo opredeljenje ljudi formira i sistem očekivanja od države. Tako je socijalna i ekonomska politika postala osnovna strategijska funkcija savremene države, a političko poverenje građana uslovljeno je ostvarivanjem ove funkcije. Politička i pravna delatnost državne političke vlasti usmerena je na stvaranje i primenu tzv. socijalnih programa kao skupa normi socijalnog zakonodavstva ili kroz konkretne mere i aktivnosti kojima se interveniše u sferu bazičnih društvenih odnosa sa ciljem da se stvori lično, ekonomsko i kulturno dobro i neophodni standard građana.

Nesrazmera između ova dva elementa u korist liberalnog, slabi socijalni supstrat demokratije, odnosno produkuje socijalno-ekonomske nejednakosti. Tržišni izazov demokratiji može produkovati negativne implikacije, a posebno plutokratizaciju društva, nezaposlenost, niske plate, što stvara nejednakosti, a time i polarizaciju društva tri trupe: moćne grupe, grupe srednjeg sloja i siromašne, slabe, ranjive, osetljive grupe. Nejednakost i siromaštvo su osnovni determinišući generator slabosti i nemoći čoveka u tranzicionom društvu.

4. Globalna određenost prava slabijeg

Recepcija liberalnog modela demokratije u procesu tranzicije od komunizma ka kapitalizmu nije uvažila navedene slabosti i nedostatke demokratije u zemljama uzorima, odnosno liberalni model demokratije nije shvaćen i praktikovan kontekstualno i saobrazno karakteristikama konkretnih društava. Dogmatska unifikacija politike u tranzicionim zemljama nije pošla od same krize liberalne demokratije u zemljama njenog porekla.

Ne samo karakteristike društva i političkog uređenja već i međunarodni odnosi i konstelacija moći bitno određuju prirodu pravnog sistema i njegovog funkcionisanja. Posmatrano sa stanovišta međunarodnog i geostrateškog strukturiranja, jasno se diferenciraju moćne i nemoćne, jake i slabe, bogate i siromašne države, centralni i periferni narodi i civilizacije. Međunarodni politički i ekonomski položaj država i naroda određuje i njihovu moć.

Procesi globalizacije sve više generišu unutrašnja uređenja država i društava. Globalizacija menja naše živote. Globalizacija donosi demografsku, kulturnu i tržišnu mobilnost po prirodi stvari. Sve ređe umiremo tamo gde smo rođeni. Proces iskorenjivanja čoveka iz svoje lokalne i srodnične okoline je evidentan jer čovek gubi svoje prirodno vezivno tkivo i sve više se oseća „bez korena”. Narod, grupe, primarne zajednice su postale amorfni agregati i nisu više organske celine koji su etničari obogotvorili. Sve manje su primarne grupe važne, ljudi su postali atomizovani, nepovezani, flukturirajući. Takvo društvo je masovno i mobilno i njime se lako manipuliše.

Globalizam uništava nacionalne kulture, smanjuje upravljački kapacitet nacionalne države, uvećava nejednakost u savremenom svetu. Tehničko-tehnološka i ekonomska superiornost deli svet na siromašne i bogate, pobednike i gubitnike, jake i slabe, na bogato i razvijeno jezgro koje napreduje i većinsku periferiju koja ostaje podređena globalnom kosmopolitskom tržištu kapitala i moći. Rastuća i destruktivna nejednakost je najveći problem sa kojim se suočava čovečanstvo, generišući različite vidove nepravde, urušavanja dostojanstva pojedinaca, grupa i naroda i protežira istorijsku i tradicionalnu zdatost nemoći i zavisnosti čoveka.

5. Zaključak

Pravo slabijeg je dominantno generisano tradicionalnim, društvenim, političkim, pravnim i globalnim okolnostima: tradicionalnim navikama i predrasudama, pretežnim karakteristikama društva i zajednice, antinomijama demokratskog političkog uređenja, pravno regulativnim redukcijama bazičnih pravnih normi i globalnim konstelacijama moći i uticaja. Nije dovoljna samo legalna pravna zaštita, već stvaranje ujednačenih mogućnosti razvoja ličnosti, obrazovanja, zapošljavanja i kulturnog uzdizanja čoveka. Pravna norma je funkcionalna, efikasna tek ako postoje povoljne i neophodne podržavajuće okolnosti za njenu primenu. Standard jednakih mogućnosti pojedinaca, grupa i društva u celini predstavlja potreban uslov za praktikovanje ljudskih prava i sloboda.

Objašnjenje i razumevanje društvenog i teorijskog okvira prava slabijeg predstavlja uvodni i prethodni istraživački napor kako bi se na sveobuhvatno i pravičan način normirala stvarnost nejednakih mogućnosti.

Literatura

- Godens, E. (2005). *Odbegli svet*, Beograd: Stubovi kulture
- Glintić, T. (1995). *Pravda, sloboda, jednakost*. Beograd: FDS Matić, M. (2002). *Liberalizam, populizam i demokratija*. Beograd: Službeni list Srbije
- Platon, (2002). *Država*. Beograd: BIGZ
- Popović, M. (1974). *Problemi društvene strukture*. Beograd: BIGZ
- Ruso, (1993). *Društveni ugovor*. Beograd: Filip Vipnjić
- Rols, Dž. (1989). *Teorija pravde*. Podgorica: CID
- Sartori, Đ. (2001). *Demokratija – šta je to?* Podgorica: CID
- Haralambos, 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.*

Dr Todor Kalamatiev,*
Redovni profesor Pravnog fakulteta „Justinijan I“
Univerziteta „Sv. Kiril i Metodij“, Skoplje
Mr Aleksandar Ristovski,*
Asistent Pravnog fakulteta „Justinijan I“
Univerziteta „Sv. Kiril i Metodij“, Skoplje

originalni naučni članak

UDK: 349.22:331.106

Rad primljen: 30.06.2015.
Rad prihvaćen: 03.12.2015.

SUBORDINACIJA U RADNOM PRAVU I SAVREMENI IZAZOVI RAZGRANIČENJA UGOVORA O RADU I UGOVORA O DELU

Apstrakt: Subordinacija, shvaćena kao „podređenost i nadređenost“ između ugovornih strana predstavlja ključni pravni instrument razgraničavanja opštih pojmova radnog prava (radni odnos/ugovor o radu/radnik) od njihovih pandama u opštem ugovornom pravu. Otuda, ovaj rad proučava strukturu i sadržinu subordinacije kao diferentia specifica ugovora o radu u poređenju sa ugovorom o delu. U uvodnim napomenama, autori ilustruju globalne društveno-ekonomske uslove, koji utiču na vidne izmene ugovornih odnosa povodom i u vezi sa radom i minimalizaciju razlika između ugovora o radu i ugovora o delu. Drugi deo namenjen je analizi subordinacije (kao bitnom elementu radnih odnosa i ugovora o radu). Autori stavljaju poseban akcent na pravnu sadržinu subordinacije i njena glavna obeležja (upravljačka, normativna i disciplinska vlast). Oni objašnjavaju i koncept „ekonomske zavisnosti“ i to kroz prizmu relacijskih ugovora i novih hijerarhijskih struktura tržišta. Teći deo je fokusiran na opredeljivanje pojma „subordinacije“ i prikazivanje njenih svojstava, kroz prizmu makedonskog radnopravnog sistema. Centralno mesto u ovom delu posvećuje se različitim obeležjima i karakteristikama koji razgraničavaju ugovor o radu i ugovor o delu.

Ključne reči: subordinacija, radni odnosi, ugovor o radu, ugovor o delu, hijerarhijska struktura, ekonomska zavisnost.

* tonikalamatijev@yahoo.com

* alek272@yahoo.com

1. Uvod

Radnopravni sistem razvijenih zemalja, u najdužem periodu XX veka (a posebno nakon Drugog svetskog rata) ističe parametre tzv. *arheotipnog* modela standardnog rada. Model pretpostavlja: zaključivanje ugovora o radu na neodređeno vreme, bipartitni radni odnos sa punim radnim vremenom u standardnim intervalima i rad u prostorijama poslodavca (McCann, D., 2008: 4–5). Nadalje, arheotipni model standardnog rada karakteriše se tim da: standardni radnici izvršavaju precizno utvrđene radne zadatke u okvirima velikih proizvodnih jedinica koje se nalaze u subordiniranom položaju u odnosu na njihove poslodavce (Bronstein, A., 2009: 9). U periodu dominacije arheotipnog modela radnih odnosa, individualni i kolektivni radni odnosi u evropskim zemljama karakterišu stabilni socijalni protekcionizam. Individualni radni odnosi u najvećem delu zasnivaju se na zaključivanju ugovora o radu na neodređeno vreme i sa punim radnim vremenom, dok kolektivni radni odnosi (industrijski odnosi) karakterišu se relativno visokom sindikalnom gustom koja se kreće od 40 do 50% od ukupnog broja zaposlenih (Lesch, H., 2004: 13). *Zlatni period kapitalizma* završava sa prvom naftnom krizom 1974. godine, koja je *inter alija* označila i kraj jeftine energetske ere. Ona je inicirala i promene u kursu ortodoksne ekonomske ideologije, koja je izazvala otvorenu debatu usmerenu ka modeliranju zakonskih propisa u razvijenim zemljama, uključujući i radno zakonodavstvo.

Novo ekonomsko okruženje bilo je razlog za značajnije promene u regulaciji (odnosno deregulaciji) institucija tržišta rada i normiranja radnih odnosa, kao refleksija: globalizacije, promene u strukturi ekonomskih delatnosti (povećanje zastupljenosti uslužnih delatnosti), tehnoloških promena, promena u organizaciji proizvodnje i fleksibilnosti i deregulaciji tržišta. Svi navedeni faktori imali su i još uvek imaju jak uticaj na proces redefinisavanja neprikosnovene unitarnosti ugovora o radu, kao jedinstvenog pravnog osnova za zasnivanje radnog odnosa, koji počiva na osnovnom elementu – subordinaciji.

Globalizacijom državne granice i geografska udaljenost gube ključnu ulogu u organizaciji proizvodnje, kao i na ponudu i tražnju dobara i usluga. Globalizacija je direktno povezana sa međunarodnom konkurencijom. U tom smislu, jedan od osnovnih ekonomsko-socijalnih parametara međunarodne konkurencije predstavlja i jaz u prihodima između razvijenih zemalja i zemalja u razvoju. Međunarodna konkurencija vrši direktno suočavanje globalnog tržišta između zemalja u razvoju u kojima radnici

imaju relativno niže prihode i razvijenih zemalja u kojima postoje viši prihodi radnika.

Drugi relativni razlog odnosi se na nove izazove koji se postavljaju pred radno pravo i arheotipni radni odnos koji *inter alia* počiva na konceptu *subordinacije*, predstavljaju *povećano učešće uslužnih delatnosti* u nacionalnim prihodima razvijenih zemalja ili tzv. tercijalizacija. Tradicionalno, nacionalne ekonomije se sastoje iz tri glavna sektora: *poljoprivreda, industrija i usluge*.¹ U fazi *industrijalizacije* (tj. supstitucije zemljoradnje kao dominantne ekonomske delatnosti, industrijom), potražnja za hranom kao primarnim dobrom koja je dostigla potencijalni limit suprotstavila se uvećanju potražnje za industrijskim dobrima. Istovremeno, uvođenje novih mehanizama i tehnika za proizvodnju hrane impliciraju povećanje produktivnosti rada u sektoru zemljoradnje u poređenju sa sektorom industrije. Ovakva situacija zahteva srazmernu distorziju tržišta rada, umanjujući potrebu zemljoradnika na račun radnika u sferi industrije. U sledećoj fazi *postindustrijalizacije* (tj. fazi u kojoj započinje dominacija uslužnog sektora), uvećani prihodi radnika utiču na supstituciju njihovih materijalnih potreba (hrana, odeća, sredstva za egzistenciju), koji su karakteristični za prethodne faze, potražnjom za nematerijalne usluge (zdravstvo, obrazovanje, razonoda i rekreacija i sl.).

Struktura zapošljavanja u razvijenim zemljama koje su uspešno prešle iz faze industrijalizacije u fazu postindustrijalizacije ili deindustrijalizacije, obuhvata dominantne kategorije radnika u sferi uslužnog sektora. To potvrđuju i statistički pokazatelji koji ukazuju da približno 70% od ukupnog broja zaposlenih u Evropskoj uniji radi u uslužnom sektoru, na račun agrara i proizvodnje (primarni i sekundarni sektor) (Bagić, D., 2010: 44)². Napuštanje primata primarnog i sekundarnog sektora, kao ekonomskog sektora koji apsorbuje najveći broj radnika i preusmeravanje radnika ka tercijalnom sektoru, utiče

1 Prema radnim dokumentima OECD, pod *poljoprivredom* se podrazumevaju aktivnosti: uzgajanje kultura, stočarstvo, šumarstvo, lov i ribolov; *industrija* obu hvata sledeće delatnosti: proizvodnju, rudarstvo, građevinarstvo, energetiku, vodosnabdevanje i gas; *sektor usluga* obu hvata sve ostale ekonomske delatnosti uk ljuču jući tu i: trgovinu, transport, komunikacije, javne usluge, finansijske i poslovne usluge, lične, socijalne i društvene usluge.

2 Ova analiza u tvrđuje da šest zemalja iz reda najznačajnijih evropskih ekonomija (Nemačka, Velika Britanija, Švedska, Francuska, Španija i Italija) beleže umanjenje udela zaposlenih u sektoru industrije u periodu od 1984. do 1994. godine, i to od 6,4% u Italiji do 12,6% u Velikoj Britaniji. Istovremeno, ove zemlje beleže porast udela zaposlenih u uslužnom sektoru u rasponu od 1,9% u Nemačkoj do 20,3% u Španiji.

na zamenu fizičkog za ljudski kapital, odnosno zamenu mehanizacija veštinama i sposobnostima radnika u uslužnom sektoru. U ovakvim uslovima zavisni (subordinirani) rad i standardne forme rada (koje su karakteristične za zapošljavanje u industriji), sve češće ustupaju svoje mesto nezavisnom radu (samozapošljavanju) i nestandardnim formama rada kao što su rad na određeno vreme, rad sa nepunim radnim vremenom, povremeni i privremeni rad i sl.

Tehnološke promene, u poslednje četiri decenije, mogu se posmatrati kroz dve dimenzije. Prva dimenzija konvergira kroz supstituciju rada – intenzivno sa kapitalnim u intenzivni metod proizvodnje (zamena ljudskog faktora savremenim tehnikama proizvodnje i robotikom). Druga dimenzija odnosi se na uvođenje savremenih informatičko-telekomunikacijskih tehnologija u proces rada. Tehnološke promene uspostavljaju radikalno novi pristup u organizaciji rada i izvršavanju poslovno-proizvodnih procesa.

Promene u organizaciji poslovno-proizvodnih aktivnosti predstavljaju direktnu posledicu tehnološkog progresa koji vidno menja situaciju na tržištu rada, a sa tim i samo pravnu prirodu radnih odnosa. Promene u načinu organizacije poslovno-proizvodnih aktivnosti obu hvataju kratak evolutivni opus koji započinje u jeku industrijalizacije (na kraju IX i početkom XX veka). Ovaj period karakteriše proces *eksternizacije*³ koji pretpostavlja prenos redovnih poslovnih aktivnosti (funkcija i procesa) preduzeća na eksterne vršioce usluga, koji se na osnovu (najčešće) dugoročnih (obligaciono-pravnih i trgovinskih) ugovora obavezuju da vrše određene usluge za preduzeća koja su ih je angažovala (Chamberland. D., 2003: 73). Zajedničko obeležje procesa eksternalizacije je odstupanje određenih segmenata sa poslovno-proizvodnih procesa preduzeća na eksterno treće lice koje upravlja sopstvenim rizikom i pored toga što često upotrebljava sredstva za proizvodnju ustupioca. Eksternalizacija obuhvata širok spektar aktivnosti i ona stvara konkurentsku prednost u svakodnevnom poslovnom saobraćaju.

3 U teoriji i praksi figuriše više različitih termina koji mogu da se tretiraju kao supstituti. Na primer termin „outsorsing“ (eng. outsourcing) je karakterističan za zemlje koje su pod uticajem aglosaksonskog poslovnog prava; termin „eksternalizacija“ (fra. externalization) upotrebljava se u Francuskoj; termin „tercijalizacija“ (špa. terciarización) je karakterističan za Španiju. U okvirima ovog rada koristimo paralelnu upotrebu ovih termina koji imaju identično značenje. Termin *eksternalizacija* ima generalno značenje i ekstezivnu primenu i upotrebljavamo ga kao institut koji objedinjuje sve prakse i varijante outsorsing na poslovno-proizvodnih aktivnosti, kao i „poddogovaranje“ (eng. subcontracting) i „odstupanje“ (eng. leasing) radnika.

Konačno, krajnje posledice strukturnih promena koje su uticale na preispitivanje arhitektonike radnih odnosa inspirisali su institucionalizaciju *fleksibilnosti i deregulaciju tržišta rada*. Osnovni cilj fleksibilnosti i deregulacije tržišta rada predstavlja uvećanje konkurentnosti preduzeća, koja sama po sebi utiče na uvećanje zaposlenosti, odnosno umanjenje stope nezaposlenosti. Fleksibilnost radnih odnosa predstavlja polivalentnu kategoriju koja obuhvata nekoliko različitih aspekata radnog odnosa (Kalamatiev, Ristovski, 2013: 78–79). Fleksibilnost radnog odnosa je uzročno-posledično povezana sa deregulacijom tržišta rada. Deregulacija tržišta rada se pojavljuje u uslovima neprikosnovene opravdanosti neoliberalne doktrine u uređivanju globalne ekonomske politike.

2. Subordinacija i njena sadržina

Subordinacija se može definisati na različite načine i na osnovu različitih pravnih izvora koji su sastavni deo sveukupnog radnopravnog sistema jedne zemlje. Etimološki pojam *subordinacija* potiče od srednjovekovnog latinskog termina *subordinatio* (sub – pod i ordinare – činiti, stavljati pod kontrolu).⁴ U makedonskom jeziku pojam subordinacije označava odnos zavisnosti nižeg od višeg; potčinjenost; podređenost u hijerarhiji jedne sredine.⁵ Otuda, može se izvesti objašnjenje da subordinacija predstavlja odnos između dva subjekta koji su međusobno nejednaki i od kojih jedan ima manji značaj ili ovlašćenje i u položaju je zavisnosti od drugoga koji se javlja kao nadređeni subjekat. U pravnoj teoriji, pod pojmom subordinacije uobičajeno se podrazumeva faktičko izvršavanje radnih aktivnosti radnika pod uticajem poslodavca, koji sa svoje strane ima više različitih prerogativa u odnosu na radnika (Rosioru. F, 2013: 1).

Sadržina subordinacije u radnom odnosu se ispunjava kroz potčinjavanje radnika u okviru vlasti poslodavca i ona se najčešće sastoji od upravljačkih, normativnih i disciplinskih ovlašćenja poslodavca koja mogu da se tretiraju kao *osnovna obeležja pravne subordinacije*. Pored njih, determinatori pravne subordinacije mogu da budu i druga *sporedna (supsidijarna) obeležja* koja se nazivaju indikatori, testovi, kriterijumi, indicije i slično. Nacionalna zakonodavstva, radnopravna teorija i praksa prepoznaju veći broj indikatora pomoću kojih se vrši

4 Outline Etymology Dictionary, <http://www.etymonline.com/index.php?term=subordinate>, 4. mart 2015.

5 Digitalni rečnik makedonskog jezika, <http://www.makedonski.info>, 4. mart 2015.

razgraničenje radnih odnosa i ugovora o radu od njihovih pandama u sferi opšteg ugovornog prava.

2.1. Pravna sadržina subordinacije

Pravna sadržina je uslov *sine qua non* svakog radnog odnosa. Kroz nju identifikuju se razlike između ugovora o radu i ostalih ugovora iz sfere obligacionog i trgovinskog prava. Istovremeno, pravna subordinacija predstavlja ključno obeležje za razgraničavanje rada koji izvršavaju podređeni radnici u okvirima radnog odnosa i rada koji izvršavaju samostalni radnici u formi samozapošljavanja ili honorarnog rada (Rosioru. F, 2013: 1). Inkorporisanje subordinacije u okvirima osnovnih, koncepcijskih pojmova radnog prava (radni odnos, ugovor o radu, radnik) prisutna je kako u zemljama koje pripadaju korpusu civilnog tzv. kontinentalnog prava, tako i u zemljama u kojima preovlađuje običajno tzv. aglosaksonsko pravo. Zajednički imenitelj u determinisanju subordinacije između različitih pravnih sistema predstavlja njezina sadržina, preko koje može da se klasifikuje „vlast“ poslodavca u odnosu na radnika u sledećim oblicima: upravljačka vlast (fra. le pouvoir de direction; eng. directional power), normativna vlast (le reglement interieur) i disciplinska vlast (le pouvoir disciplinaire, eng. disciplinary power). Otuda pravna subordinacija se sastoji od podređivanja radnika u odnosu na autoritet poslodavca koji ima nadležnost da upravlja načinom vršenja rada (upravljačka vlast), da donosi opšte akte kojima reguliše pravila rada (normativna vlast) i da sankcioniše neadekvatno odnošenje radnika preduzimanjem disciplinskih mera (disciplinska vlast) (Rivero, Savatier, 1970: 117).

Upravljačka vlast u radnim odnosima se iscrpljuje kroz pravo poslodavca da delegira radne zadatke i da izdaje naredbe i uputstva radnicima za realizaciju procesa rada. Ona može da se manifestuje u dva smera. *Prvi* se odnosi na ovlašćenje poslodavca u sprovođenju individualnih i generalnih politika preduzeća, dinamike proizvodnje, uvođenja nove opreme za rad i zapošljavanja, odnosno otpuštanja radnika. *Drugi smer* obuhvata naredbodavnu vlast poslodavca koja se sastoji u davanju naloga i uputstava radnicima za vršenje rada iz radnog odnosa. Praktikovanje upravljačke vlasti upućuje na određene, suptilne razlike u ovlašćenjima poslodavca u odnosu na izdavanje naloga i uputstava za vršenje rada u okviru radnih odnosa. Otuda teorija pravi razliku između *upravljačkih ovlašćenja u odnosu na izvršenje prestacija u okviru rada i upravljačkih ovlašćenja u odnosu na same uslove za rad* (Kovačević, Lj., 2013: 147). Upravljačka ovlašćenja u odnosu na izvršenje prestacija u okviru rada

se sastoji od prava na izdavanje naloga i uputstava koja se odnose na izvršavanje radnih zadataka. S druge strane, upravljačka ovlašćenja za uslove rada pretpostavljaju pravo poslodavca da izdaje naloge i uputstva koja se odnose na uslove rada radnika, kao što su vreme izvršenja radnih zadataka, nošenje opreme za zaštitu pri radu ili radnih uniformi i slično. Upravljačka vlast poslodavca sadrži i kontrolnu, odnosno nadzornu funkciju koja omogućava monitoring načina izvršenja rada i rezultata rada zaposlenog (Casale, G. 2011: 18).

Druga komponenta pravne subordinacije, normativna vlast, jeste u uzročno-posledičnoj vezi sa upravljačkom vlašću, ali i sa disciplinskom vlašću poslodavca. Određeni deo upravljačkih ovlašćenja poslodavca može da proizilazi i iz autonomnih izvora koji proizilaze iz normi koje se odnose na određene aspekte radnog odnosa. Kolektivni karakter u organizovanju poslovno-proizvodnih aktivnosti i podela rada u okvirima preduzeća vodi ka uspostavljanju sistema internog regulisanja radnih odnosa opštim aktima i unutrašnjim propisima (Rivero, Savatier, 1970: 120). Normativna vlast poslodavca najčešće može da se operacionalizuje kroz dva vida akata, a to su: akti kojima se regulišu radni odnosi i akti rukovođenja preduzećem. Najkarakterističniji opšti pravni akti kojima se vrši normativna vlast poslodavca su pravilnici. Pravilnici predstavljaju jednostrani pravni akt poslodavca koji proizilazi iz njegovog normativnog ovlašćenja u radnim odnosima. Pravilnicima mogu da se uređuju različiti segmenti radnih odnosa, uključujući i mere od značaja za zdravlje i bezbednost pri radu, raspoređivanje radnih aktivnosti, pa čak i samu radnu disciplinu radnika. Unutrašnjim pravilnicima poslodavci praktikuju normativnu vlast i kroz donošenje drugih pisanih akata kao što su *uputstva o radu, izveštaji o vršenju službe, naredbe zaposlenima, cirkularna pisma i slično*.

Disciplinska vlast kao posebna i specifična ingerencija poslodavca proizilazi iz pravne subordinacije u radnim odnosima. Ona se sastoji iz prava na sankcionisanje aktivnosti i delatnosti radnika koje nisu u skladu sa usmerenjima i uputstvima o radu, odnosno opštim aktima poslodavca. Ona se sastoji od kažnjavanja i korekcija u postupanju radnika kojim se ugrožava funkcionisanje radnih aktivnosti u određenoj radnoj sredini, dok za slučaj najtežih povreda radnih obaveza, disciplinska vlast, koja proizilazi iz pravne subordinacije, omogućuje sankcionisanje postupanja radnika otkazivanjem ugovora o radu. Otuda, preliminarni zaključak u odnosu na disciplinsku vlast u radnim odnosima sastoji se u utvrđivanju tendencija za *postepenost*, tzv. gradaciju u sankcionisanju zaposlenih, koja se kreće u rasponu od

opomene poslodavca do prestanka radnog odnosa (Kovačević, Lj., 2013: 178). Disciplinska vlast je u direktnoj međuzavisnosti sa upravljačkom i normativnom vlašću poslodavca. Disciplinska sankcija se nameće kao nužna, ukoliko radnici ne poštuju individualne naloge i uputstva, kao i unutrašnja pravila i propise o organizaciji rada. Ipak, ekstezivno tumačenje disciplinske vlasti, tzv. neograničena disciplinska ovlašćenja poslodavca, može da dovede do mnogo ozbiljnih zloupotreba sigurnosti radnog odnosa. Otuda, radna zakonodavstva treba da pristupe ka utvrđivanju margina disciplinske vlasti poslodavca i da ograniče moć poslodavca za sankcionisanje aktivnosti radnika u okvirima radnog odnosa. Originalnost disciplinske vlasti u radnim odnosima ogleda se i u mogućnosti poslodavca da sankcioniše neadekvatno postupanje radnika u okvirima tzv. internog disciplinskog postupka. U tom smislu, disciplinski postupak može da se tretira i kao svojevrsna supstitucija uobičajenog „eksternog“ sudskog postupka, koji pretpostavlja uvećanje troškova poslodavca. To nas navodi na zaključak da se ova komponenta pravne subordinacije praktikuje na privatnopravnoj osnovi, što znači da je disciplinski postupak nezavisan od postupka za zaštitu prava iz radnih odnosa, koji se pokreće pred nadležnim sudom (Casale, G. 2011: 18). Unikatnost disciplinske vlasti poslodavca u okvirima privatnog prava i ugovornim odnosima se reflektuje i kroz mogućnost za sankcionisanje povreda prava i obaveza iz ugovora o radu, bez prekidanja radnog odnosa, kao poslednje instance u gradiranju odgovornosti radnika. Otuda, možemo da zaključimo da disciplinska ovlašćenja poslodavca odvrćaju radnike od kršenja radnog reda i discipline, sankcionišući njihov radni učinak koji nije saglasan naredbama i uputstvima za vršenje poslova iz radnog odnosa.

2.2. Subordinacija i hijerarhijska struktura tržišta

Pravna subordinacija kao svojstvo podređenosti radnika u odnosu na upravljačku, normativnu i disciplinsku vlast poslodavca predstavlja nomotehničku formulu za determinisanje radnih odnosa. Ipak, pravna subordinacija i indikatori koji predodređuju njezino postojanje, nisu nezavisni od šire ekonomsko-socijalne realnosti. To znači da pravna subordinacija uobičajeno je simetrična sa hijerarhijskom strukturom upravljanja i organizacije u preduzeću, a hijerarhijski odnosi između radnika i poslodavca mogu se poistovetiti sa klasičnim radnim odnosima. Intenzitet podređenosti i nadređenosti između subjekata hijerarhijskog (tj. radnog) odnosa može da utiče na stepen zavisnosti/autonomije radnika u njihovim odnosima sa poslodavcem.

U uslovima povećanog razvoja novih tehnologija, više veština i stručnih kvalifikacija radnika, izraženije mobilnosti u okvirima preduzeća, fleksibilizacije radnog vremena i radnog mesta, sve je više se autonomije (samostalnosti) radnika u okviru radnih odnosa. Ovakva situacija vodi ka transformaciji tradicionalnog vertikalnog ili hijerarhijskog upravljanja ka savremenom horizontalnom upravljanju, koje podrazumeva promene u načinu vršenja upravljačke vlasti poslodavaca prema radnicima.

Hijerarhijska struktura ili tzv. vertikalna integracija iz koje proizilazi pravna subordinacija radnih odnosa može se analizirati i kroz prizmu troškova, kao osnovnih ekonomskih parametara. Sa ekonomskog aspekta, identifikovanje razloga za postojanje hijerarhijske strukture upravljanja, a sa tim i pravne subordinacije koja determiniše postojanje radnog odnosa, može da se prikaže kroz prizmu tzv. *transakcijskih troškova*.⁶ Transakcijski troškovi suštinski predstavljaju troškove koji proizilaze iz poslovnog prometa, odnosno pravnog saobraćaja. Potreba za umanjivanjem troškova tržišnih transakcija (transakcijskih troškova) jeste osnovni razlog zbog kojeg postoje forme (hijerarhije, tzv. hijerarhijske strukture) (Coase, R. H., 1990: 386–405). Otuda „borba“ za umanjivanjem transakcijskih troškova suočava preduzeća sa izborom u organizaciji i načinu upravljanja ljudskim resursima, odnosno razrešavanje dilema da li preduzeće treba da primeni horizontalni, tj. tržišni pristup, ili vertikalni, tj. hijerarhijski pristup u organizaciji i vršenju poslovno-proizvodnog procesa (Muehlburger, U., 2007: 81). U teoriji se ističe da su transakcijski troškovi mnogo manji ukoliko preduzeća internacionalizuju resurse (drugim rečima, preduzeća treba da zapošljavaju radnike prema kojima će nametnuti svoju upravljačku, normativnu i disciplinsku vlast, a ne da angažuju lica spolja, prema kojima ne mogu da „uživaju“ permanentnu i kontinuiranu vlast). Organizacija poslovno-proizvodnog procesa u okvirima samog preduzeća (tj. hijerarhijska organizaciona struktura) jeste efikasniji način poslovnih aktivnosti od nastupanja na otvorenom tržištu i angažovanja „perifernih“ radnika (Williamson, O. E., 1979: 22–61). Preliminarni zaključak koji može da se izvede iz odnosa između hijerarhijske strukture i transakcijskih troškova vodi ka konstataciji da hijerarhijski odnos između poslodavca i radnika, koji se kreću kroz čvrstu pravnu subordinaciju, umanjuje transakcijske troškove u organizacijama poslovno-proizvodnih procesa. Ipak, transakcijski troškovi nisu

⁶ Pojam *transakcijski troškovi* pripisuje se britanskom ekonomisti Ronaldu Koazeu, i njegovom delu „Teorija firme“ iz 1937. godine.

jedini vid troškova koji utiču na način i organizaciju poslovno-proizvodnih aktivnosti i modela uređivanja odnosa između poslodavca i radnika. Nova ekonomsko-socijalna realnost u periodu osamdesetih godina prošlog veka, koja se karakteriše uvećanjem eksternalizacije u procesu rada, prepoznaje i tzv. *organizacijske troškove*. Organizacijski troškovi mogu da se definišu kao troškovi sa kojima se suočavaju organizacije u procesu izvršavanja poslovno-proizvodnih aktivnosti i u njih spadaju: troškovi koji proizilaze iz organizovanja metoda i tehnika koordinacija zaposlenih, troškovi hijerarhijskog nadzora, troškovi organičenih hijerarhijskih ovlašćenja poslodavca prema radnicima koji su rezultat širokog opsega prava radnika iz radnih odnosa i slično (Casale, G., 2011: 17). Otuda poslodavci smatraju da ekstezivno radno i socijalno zakonodavstvo limitira njihova hijerarhijska ovlašćenja prema radnicima, istovremeno umanjujući fleksibilnost u organizaciju u poslovno-proizvodnom procesu. U poređenju sa *teorijom transakcijskih troškova*, koja favorizuje *hijerarhijsku strukturu* (internacionalizaciju), a sa tim i pravnu subordinaciju kao sine qua non za postojanje radnih odnosa, *teorije organizacijskih troškova* naglašavaju potrebu poslodavca za angažovanjem „perifernih“ radnika (eksternalizacije) i to zaključivanjem ugovora koji uobičajeno pripadaju sferi obligacionog, odnosno trgovinskog prava. Ekonomska logika u selektovanju najoptimalnijeg modela poslovno-proizvodnih aktivnosti (internacionalizacija ili eksternalizacija), proizilazi iz ravnoteže između transakcijskih i organizacijskih troškova.

Nove tendencije u ekonomskim analizama troškova preduzeća i novi odnosi između poslodavca i radnika u savremenim tržištima rada, koji u krajnjoj instanci vode ka stvaranju i realizaciji tzv. *ekonomske zavisnosti* između ugovornih strana, objašnjavamo kroz teoriju *relacijskih ugovora*. Pojam *relacijski ugovor* je organizacijsko-sociološki pojam koji obuhvata sve neformalne dogovore i nepisane kodekse postupanja, koji imaju značajnu ulogu na odnošenje pojedinaca u okvirima preduzeća i odnošenje preduzeća između sebe (Baker, G., Gibbson R., Murphy, K. J., 2001: 3). Relacijski ugovori u okvirima preduzeća (interni relacijski ugovori) sastoje se iz neformalnih odnosa u datim uslovima (quid pro quos) između saradnika, kao i nepisana pravila odnošenja između nadređenih i podređenih, u izvršavanju radnih zadataka, sprovođenje horizontalne i vertikalne mobilnosti u okvirima radne organizacije i donošenje odluka o prestanku radnog odnosa. Relacijski ugovori između preduzeća (eksterni relacijski ugovori) obuhvataju dugoročnu saradnju, uzajamnost i stabilnost između ugovornih strana. Dok se interni relacijski ugovori

uvek odvijaju u okvirima jedne hijerarhijske strukture, bez obzira na stepen i intenzitet subordinacije između radnika i poslodavaca, eksterni relacijski ugovori mogu da obuhvataju dve različite situacije. *Prva situacija* obu hvata tzv. vertikalne relacijske ugovore koji se uspostavljaju između preduzeća i njihovih dugoročnih snabdevača dobrima i uslugama (samozaposleni snabdevači, honorarni radnici, franšizeri i slično), dok *druga situacija* inkorporiše horizontalne relacijske odnose koji se odvijaju između samih preduzeća u okvirima određene biznis mreže (zajednički poslovni podu hvati, poslovni partneri i slično). Zajednička karakteristika svih relacijskih ugovora (interni, eksterno-vertikalni i eksterno-horizontalni ugovori) jeste očekivanje budućeg benefita od dugotrajnog odnosa (Muehlburger, U., 2007: 86). U tom smislu, očekivanje za postojanje dugotrajnog odnosa između ugovornih strana više ne predstavlja odliku koju karakteriše samo interni relacijski ugovor (tj. ugovori o radu), već to postaj i eksterni relacijskim ugovori, a posebno u eksterno-vertikalni ugovori, među kojima se ubrajaju i ugovori koji nominalno pripadaju sferi građanskog ili trgovinskog prava, ali u suštini se svode na čvrstu ekonomsku zavisnost (subordinaciju) između radnika (vršioca rada) i poslodavca (naručioca, klijenta) koja je karakteristična za ugovore o radu. Eksterno-vertikalni relacijski ugovori su uzročno povezani i sa tzv. *industrijskim investicijama*.⁷ To su one investicije čija relokacija je nemoguća zbog njihovih povezanosti sa određenim, konkretnim poslovnim vezama. One postoje kod internih relacijskih ugovora (tj. ugovora o radu), no, postoje i kod eksterno-vertikalnih relacijskih ugovora (tj. ugovora o delu kroz koji se uspostavlja odnos ekonomske zavisnosti između ugovornih strana). Otuda, ove investicije i nedostatak tržišne alternative mogu da proizvedu tzv. *asimetrične relacije* između ugovornih strana na eksterno-vertikalnim relacijskim ugovorima, pri čemu jedna strana ugovornica (i pored njezine formalne samostalnosti) može da se nađe u zavisnoj i slabijoj ekonomskoj poziciji u odnosu na drugu stranu, slično kao i u odnosu između strana internih relacijskih ugovora. Ovakva okolnost vodi ka stvaranju tzv. *monoklijentne situacije*, koja se odlikuje ekonomskom subordinacijom jedne ugovorne strane (vršioca poslova koji uobičajeno zaključuje ugovor o delu) u odnosu na njegovog

⁷ Idiosinkratske investicije mog u da bud u materijalne (specijalna oprema, specijalne prostorije ili poslovno-proizvodni kapaciteti u blizini lokacija druge ugovorne strane); nematerijalne (specijalna obuka, veštine know-how i sl); simetrične (ukoliko obe strane snose troškove indiosinkratskih investicija) i asimetrične (ukoliko jedna strana u celosti ili u najvećem delu snosi troškove idiosinkratskih investicija).

jedinstvenog klijenta, a to je druga ugovorna strana (poslodavac ili naručilac). Monoklijentna situacija, može da ima ozbiljne implikacije u odnosu na realne jednakosti između ugovornih strana. Ona može da izazove jednostrano opredeljenje sadržine ugovora od strane ekonomski snažnije strane, nametanjem rigidnih standarda za vršenje konkretnih usluga, a u krajnjoj liniji može da dovede i do situacije prestanka (likvidacije, stečaja ili ekonomske propasti) slabije ugovorne strane, u uslovima jednostranog otkazivanja ugovora (Casale, 2011: 21). U takvim uslovima više nego očigledna je pozicija hijerarhije jedne (snažnije) strane u odnosu na drugu (slabiju) stranu i pored „slobodnog ugovaranja“ između strana na otvorenom tržištu. Savremeni privredno-proizvodni odnosi u velikoj meri poprimaju upravo takve karakteristike. Termin koji se upotrebljava da se opiše ovaj nepravilni odnos koji sadrži karakteristike hijerarhijske strukture (karakteristične za interne relacijske odnose) i slobodno tržište (karakteristično za eksterne relacijske odnose) naziva se *hijerarhijski tržišni odnos*. Ukoliko je jača strana veće preduzeće, ono može da uspostavi više različitih hijerarhijsko-tržišnih odnosa sa različitim snabdevačima, honorarnim radnicima, franšizerima i slično. Otuda je cilj zakonodavstva, uopšte, da propiše pravičnije mehanizme uređivanja ovakvih ugovornih odnosa kao što su: poništavanje i ukidanje jednostranih odredbi za izmenu propisanih uslova, zabrana neosnovanog otkazivanja ugovora i slično (Casale, 2011: 22). Konačno, ključni zaštitni mehanizam treba da se odnosi na zabranu zloupotrebe ekonomske zavisnosti slabije u odnosu na jaču ugovornu stranu, koja implicitno ograničava mogućnost slabije strane da pronade drugu poslovnu alternativu. Ekonomska zavisnost odslikava realnost koja se nalazi u pozadini pravne subordinacije kao kriterijuma za razgraničavanje radnih odnosa od ostalih ugovornih odnosa. Ona pretpostavlja materijalnu zavisnost radnika od lica koje mu obezbeđuje posao i egzistenciju. Možemo da zaključimo da ekonomska zavisnost ima univerzalnu vremensku dimenziju za razliku od pravne subordinacije koja menja svoju sadržinu i oblike u istorijskom razvoju i sve češće je predmet kritika od strane radnopravne teorije. Definisane pravne subordinacije kao tehničko potčinjavanje radnika u odnosu na usmerenja i uputstva poslodavaca je tipičan primer za adaptiranje pravne zaštite podređenih lica u periodu nastanka radnog prava (Supiot, A, 2001: 14). Otuda činjenica potčinjavanja radnika u odnosu na usmerenja i uputstva poslodavca (pravna subordinacija) je odigrala veću ulogu u opredeljivanju sistema zaštite prava od faktora materijalne zavisnosti i potrebe za zaštitom radnika u odnosu sa poslodavcem (ekonomska subordinacija). Istorijsko-evolutivna dimenzija

subordinacije u radnom pravu upućuje na zaključak da ekonomska zavisnost inspiriše radnopravnu teoriju i radno zakonodavstvo da uvedu prezumciju formiranja pravne subordinacije koja i danas predstavlja jedinstven merodavan kriterijum za opredeljivanje radnog odnosa (Perulli, A, 2011: 139).

3. Subordinacija – bitan element radnog odnosa i ugovora o radu u makedonskom radnopravnom sistemu

Uloga, značenje i suština subordinacije kao bitnog elementa radnog odnosa u okvirima makedonskog radnog zakonodavstva ogleđa se u samom definisanju pojma radnog odnosa. Prema Zakonu o radnim odnosima, *radni odnos* se definiše kao *ugovoran odnos između radnika i poslodavca, u kojem se radnik ugovorno uključuje u organizovani proces rada kod poslodavca, za platu i druga primanja, lično i neprekidno izvršava poslove prema uputstvima i pod nadzorom poslodavca.*⁸ Normativna anatomija ove definicije nas upućuje na postojanje nekoliko bitnih elemenata radnog odnosa, koji zaokružuje skicu jednog savremenog pravnog odnosa povodom i u vezi sa radom, koji je osnovni predmet regulisanja radnog prava. U tom smeru ZRO upućuje na sledeće elemente radnog odnosa: *dogovornost; bilateralnost; dobrovoljnost; plaćenost; lične veze; kontinuiranost i subordinacija.* Taksativno navođenje subordinacije kao poslednjeg bitnog elementa pojma radnog odnosa ne umanjuje ulogu i značaj ovog elementa u integralnoj analizi iz prvog dela ovog rada. Subordinacija predstavlja jedno od ključnih obeležja radnog odnosa i *diferentia specifica* ugovora o radu, u odnosu na sve ostale ugovore povodom i u vezi sa radom, koji su predmet regulisanja drugih pravnih disciplina.

Analiza subordinacije, kao bitnog elementa radnog odnosa koji proizilazi iz njegove definicije, vršimo kroz prizmu njenih obeležja. Naime, ZRO implicitno upućuje na dva obeležja subordinacije, a to su *uključivanje (radnika) u organizacioni proces rada kod poslodavca i vršenje poslova (od strane radnika) prema uputstvima i pod nadzorom poslodavca.* Ova obeležja subordinacije inkorporisana u okvire definicije radnog odnosa postavljena su u obrnutom redosledu u poređenju sa dominantnim pristupom radnopravne doktrine u kontinentalnom komparativnom pravu. Ipak, to ne umanjuje njenu ulogu i važnost u opredeljivanju subordinacije kao bitnog elementa radnog odnosa. Otuda možemo da zaključimo da obeležje *vršenja rada prema uputstvima i pod nadzorom poslodavca* upućuje na postojanje integralnog obeležja *kontrole i instrukcije u radu*, koje je karakteristično za kontinentalnu Evropu i

⁸ Zakon o radnim odnosima (Sl.vesnik na RM, br. 62/05), član 5, stav 1.

radnopravni sistem koji je pod uticajem *civilnog prava*. Zakon o radnim odnosima verifikuje ovo obeležje, tj. indikatore subordinacije u radnom odnosu. Naime, ZRO utvrđuje da je radnik dužan da poštuje zahteve i uputstva poslodavca u vezi sa ispunjavanjem radnih obaveza iz radnog odnosa.⁹ Dalje razlaganje obeležja *rada prema uputstvima i pod nadzorom poslodavca*, od strane makedonske pravne doktrine, upućuje na određena svojstva kao što su vršenje rada na određenom mestu, odnosno vršenje rada u određeno radno vreme (Starova, G, 2005: 242). U tom smislu, ZRO predviđa da je radnik dužan u potpunosti da izvršava rad na radnom mestu za koje je zaključio ugovor o radu, u vreme i na mestu koji su određeni za izvršenje rada, poštujući organizaciju posla i poslovne aktivnosti poslodavca.¹⁰

Obeležje *uključivanja u organizovani proces rada kod poslodavca* saglasno sa obeležjem *integracije radnika u organizacioni proces rada* koji je karakterističan za kontinentalnu Evropu i radnopravne sisteme koji su pod uticajem *civilnog prava*. Pri tome, ova obeležja pretpostavljaju da radnik prilikom vršenja rada treba da se brine samo o rezultatima i efektima svoga rada, pridržavajući se pri tom načinu i organizaciji rada od strane poslodavca. Pozitivno-pravnu potvrdu za ovaj indikator pronalazimo u identičnoj odredbi ZRO, koju prikazujemo kao odredbu kojom se verifikuje indikator za kontrolu i instrukciju u radu. Radnik je dužan da savesno izvršava poslove na radnom mestu za koje je zaključio ugovor o radu, ...poštujući organizaciju rada i poslovne aktivnosti poslodavca.¹¹

Analiza pozitivnopravne određenosti subordinacije upućuje na zaključak da radno pravo Republike Makedonije prepoznaje jedino pravnu, ali ne i ekonomsku subordinaciju, prema kojoj određivanje postojanja radnog odnosa bi zavisilo od ekonomskih veza između radnika i poslodavca. Ekonomska subordinacija suštinski znači da su zavisni, odnosno subordinirani radnici, ona lica koja rade a ne pridržavaju se pravila rada utvrđenih od strane poslodavca. Ipak, u Republici Makedoniji preovlađuje stav da pravna subordinacija predstavlja jedinstveni pravilni i precizni kriterijum za determinisanje ugovora o radu bez kojeg bi bilo nemoguće njegovo razlikovanje od ostalih ugovora po osnovu kojih se takođe vrši određeni rad i primaju određene naknade, kao što su na primer ugovor o delu (Starova, G. i Beličanec, T., 1996: 129–130).

9 O ovome vidi: član 31 ZRO.

10 O ovome vidi: član 30, stav 1 ZRO.

11 O ovome vidi: član 30, stav 1 ZRO.

3.1. Rad koji se vrši po osnovu posebnih ugovora i razgraničenje ugovora o radu od ugovora o delu

Određivanje opsega, karakteristika i pravnog režima koji se primenjuje na različite ugovore povodom i u vezi sa radom, predstavlja tradicionalni i kontinuirani izazov pravne teorije, prakse i jurisprudencije. Pokušaj za razgraničavanje ugovora o radu od ugovora o delu (kao što je to bilo prikazano i u prvom delu ovog rada), predstavlja kompleksan proces kako kroz istorijsku dimenziju tako i u sadašnjoj pravnoj perspektivi. U periodu liberalnog kapitalizma, većina evropskih zemalja (posebno grupa zemalja sa kontinentalnom pravnom tradicijom) uspostavljalo je takav sistem građanskog prava u kojem je bio inaugurisan institut *ugovora o radu* u najširem smislu te reči. Ugovor o radu se definisao kao ugovor kojim se jedna ugovorna strana, u zamenu za platu ili bez nje, obavezuje da izvrši određeni rad u korist druge ugovorne strane (Baltić, A. i Despotović, M. 1971: 194).

Sa savremenih stanovišta, pojam ugovora o radu predstavlja predmet proučavanja samo radnog prava i u tom smislu, ne može da se stavi znak jednakosti između njega i ostalih građanskopravnih ugovora koji imaju imovinskopravnu komponentu, kao što su ugovor o delu, ugovor o nalogu, ugovor o ortakluku, autorski ugovor i slično. Međutim, moramo da napomenemo, da je istorijska isprepletenost između ugovora o radu i ugovora o delu prisutna i u okvirima savremene prakse. U tom smislu, pozitivnopravni propisi, teorija i sudska praksa predlažu različite kriterijume za razgraničenje ugovora o radu i ugovora o delu. Razgraničenje između ugovora o radu i ugovora o delu izvršićemo preko paralelnog definisanja tretiranih pojmova, njihovih osnovnih karakteristika, odnosno elemenata i suštinskih kriterijuma koji razdvajaju ova dva ugovora, opredeljujući ih kao poseban pravni osnov za zasnivanje rada, odnosno drugog ugovornog odnosa povodom i u vezi sa radom.

Ugovor o radu nije definisan u makedonskom radnom zakonodavstvu. Otuda, definicija i pojam ugovora o radu nalazimo u pravnoj doktrini. Prema *Starova, G. i Beličanec, T.*, ugovor o radu predstavlja ugovor pomoću koga se jedno lice angažuje da radi za račun drugog lica uz određenu naknadu (Starova, G. i Beličanec, T., 1996: 128). *Kalamatiev, T.* utvrđuje da je ugovor o radu centralni institut radnog prava, koji je bio i ostao dominantan pravni osnov za zasnivanje radnog odnosa (Kalamatiev, T., 1996: 242).

Ugovor o radu ima sledeće karakteristike: *konsenzualnost* (nastaje u momentu kada ugovorne strane postignu saglasnost volja o bitnim elementima ugovora, a to su vid rada i plata);

dvostrana obaveznost (iz njega proizilaze prava i obaveze za obe ugovorne strane); *teretnost* (za obavljanje rada radnik stiće platu); *komutativnost* (prava i obaveze ugovornih strana su unapred određene i poznate); *formalnost* (zaključuje se u pismenoj formi); *imenovanost* itd. Pored karakteristika ugovora o radu (koji analiziramo kroz prizmu opšteg ugovornog prava), radnopravna doktrina upućuje na nekoliko elemenata ugovora o radu od kojih su najprihvatljiviji: *vršenje određenog rada*; *naknade za izvršeni rad i subordinacije, odnosno podređenosti*. Prva dva elementa su elementi obaveza i to s jedne strane radnika da izvrši određeni rad i s druge strane poslodavca da mu isplati određenu naknadu, a treći element predstavlja vezu, odnosno povezanost, između radnika i poslodavca, koja služi kao osnovni kriterijum za razgraničenje ugovora o radu od drugih njemu sličnih ugovora (Starova, G. i Beličanec, T., 1996: 242). Otuda možemo zaključiti da za razliku od ostalih elemenata, koji se susreću i kod ostalih (ličnih) ugovora povodom i u vezi sa radom, element subordinacije (pravne subordinacije) predstavlja element koji je svojstven samo za ugovor o radu (Kovačević, Lj., 2013: 268).

Ugovor o delu definisan je Zakonom o obligacionim odnosima Republike Makedonije.¹² Prema ovom zakonu, ugovor o delu je takav ugovor kojim se vršilac poslova (izvođač radova) obavezuje da izvrši određeni rad za naručioca, kao što je izrada ili popravka nekog predmeta ili izvršavanje nekog fizičkog ili intelektualnog rada i slično, a naručilac se obavezuje da mu za to plati naknadu za izvršeni rad.¹³ Definicija ugovora o delu implicitno upućuje na karakteristike i elemente ovog ugovora. Karakteristike ugovora o delu su: *dvostrana obaveznost* (zato što proizilazi obaveza za obe ugovorne strane); *ekvivalentnost* (prava i obaveze koje proizilaze za obe strane su približno jednake); *teretnost* (zato što se izvršeni rad plaća naknadom); *komutativnost* (zato što prava i obaveze ugovornih strana su unapred opredeljene i poznate) i *kauzalnost* (zato što poručilac zaključuje ovaj ugovor sa ciljem da mu bude izvršen određeni rad, a vršilac rada zaključuje ovaj ugovor da bi dobio naknadu za izvršeni rad) (Galev, G i J. Dabović, 2008: 501). Nadalje, s obzirom na njegovu prirodu, bitni (suštinski elementi) ugovora o delu su izvršavanje rada i plaćanje naknade. Tako, predmet obaveze vršioca rada mogu da budu: izrada određenog predmeta, popravka predmeta, vršenje fizičkog rada i vršenje intelektualnog rada. Vršenje intelektualnog rada je tesno povezano sa izradom autorskog dela (umetnički portret, skulptura, pesma, roman, simfonija, film, razne studije,

12 Zakon o obligacionim odnosima (Sl. vesnik na R. Makedonija, br.18/01)

13 Zakon o obligacionim odnosima, član 619.

projekti i slično), što se javlja kao rezultat narudžbine naručioca za izradu budućeg dela koje je regulisano ugovorom o narudžbi autorskog dela (Dabović, J. i Pepeljugoski, V., 2008: 202). U drugim slučajevima ona je tesno povezana sa vršenjem određenih pravnih poslova. Ipak, mora se potencirati činjenica da se ugovori o delu odnose na vršenje fizičkih ili intelektualnih poslova.

Vršenje određenih pravnih poslova, predstavlja predmet regulisanja *ugovora o nalogu*, koji se definiše kao ugovor kojim se nalogoprimac obavezuje prema nalogodavcu da za njegov račun preduzme određene pravne poslove, a ovaj ga ovlašćuje za to (Babić, I., 2006: 173). Konačno, treba istaći da protekom vremena i razvoja društveno-ekonomskih odnosa i poslovno-proizvodnih aktivnosti, ugovori o delu doživljavaju svoje širenje iz sfere građanskog ka sferi trgovinskog prava. Takvi ugovori po svojoj genezi i nadalje zadržavaju osnovna obeležja koja su karakteristična za ugovor o delu, međutim, njihov predmet i sadržina obu hvataju posebne imenovane ugovore kao što su: *ugovor o građenju, ugovor o prevozu, ugovor o kontroli robe i usluga, ugovor o organizovanju putovanja* i sl. (Babić, I., 2006: 173). U odnosu na plaćanje naknade može se zaključiti da ugovor o delu izvršiocu daje pravo da traži da mu bude plaćena naknada za izvršeni rad, a naručiocu posla obavezu da plati nadoknadu. Po pravilu, naknada se izražava u novčanom iznosu, međutim ona može da se odredi i na bilo koji drugi način.

Preliminarni zaključak koji može da se izvede iz pojma i obeležja ugovora o radu i ugovora o delu upućuje na konstataciju da ovi ugovori imaju više međusobnih sličnosti kao što su obaveza za vršenje određenog rada, vršenje rada u korist drugog lica, primanje instrukcija za vršenje rada, pravo na odgovarajuću nadoknadu kao protivprestaciju za uloženi trud i slično (Kovačević, Lj., 2013: 268). U pravnom sistemu ova dva ugovora nalaze se na dve različite strane i na njih se primenjuju dva različita pravna režima (radnopravni i opšteg ugovornog prava). Ipak, u praksi postoji veliki broj slučajeva u kojima postavljanje jasnih demarkacionih linija između ugovora o radu s jedne i ugovora o delu sa druge strane predstavlja veoma složen zadatak. Prvi kriterijum za razgraničenje između ugovora o radu i ugovora o delu je *pravna subordinacija*. Zaposleno lice kod ugovora o radu dužno je da vrši rad po osnovu naredbi i uputstava poslodavaca i pod njegovim nadzorom, a vršitelj rada kod ugovora o delu može da prima samo opšte naloge za rad od strane naručioca posla, čije pravo na vršenje nadzora i davanje uputstava se ograničava samo na slučajeve

kada to odgovara prirodi poslova.¹⁴ Kod ugovora o delu vršilac rada se ne obavezuje da stavi svoj fizički i intelektualni rad na raspolaganje poslodavcu. (Babić, I., 2006: 174). *Argumentum a contrario*, ugovor o radu pretpostavlja postojanje *upravljačke vlasti poslodavca*, koja se sastoji od ovlašćenja za organizovanje poslovno-proizvodnog procesa i vršenja neposrednog nadzora nad načinom rada zaposlenog lica. Nadalje, jedno od značajnijih obeležja ugovora o radu je i *disciplinska vlast poslodavca*, koja ne postoji kod ugovora o delu i predstavlja posebno važan indikator u međusobnom razgraničenju ova dva ugovora. Vršilac rada (izvođač radova) kod ugovora o delu nije zavisian (subordiniran) subjekat i on vrši ugovorene obaveze samostalno i nezavisno od naručioca rada. U okvirima ugovora o delu ne postoji klasičan odnos zavisnosti između naručioca i vršioca rada. Suprotno kod ugovora o radu, radnik se nalazi u položaju kontinuirane zavisnosti od poslodavca koja se sastoji od njegovog uključivanja u proces rada i potčinjavanja u odnosu na uslove rada i radnu disciplinu (Babić, I., 2006: 174).

Zavisnost, odnosno nezavisnost u vršenju ugovorenih poslova (pravna subordinacija) jeste kriterijum koji je tesno povezan sa narednim obeležjem, a to je *podnošenje rizika rada*. Kod ugovora o radu celokupni rizik rada ima poslodavac, dok kod ugovora o delu rizik pada na teret vršioca rada. Vršilac rada je slobodan da organizuje rad na način za koji smatra da je najbolji, pa otuda je on i jedinstveni nosilac ekonomskog rizika i potencijalne štete koja može da proizađe iz načina vršenja delatnosti (Baltić, A. i Despotović, M., 1971: 175). Suprotno, radnik ne može da snosi ekonomski rizik od vršenja svoje delatnosti, budući da se on nalazi u podređenom položaju u odnosu na poslodavca, nema slobodu u vršenju rada i ne organizuje proizvodni proces.

Naredni kriterijum za razgraničavanje između ugovora o radu i ugovora o delu nalazimo u njihovom *predmetu* i *cilju*. Dok predmet ugovora o radu predstavlja sam rad radnika, odnosno kontinuirano vršenje dogovorenih radnih aktivnosti, predmet ugovora o delu predstavlja delo, odnosno rezultat uloženog rada (Ruždjak, M., 2005: 44). Nadalje, cilj ugovora o radu je usmeren ka organizovanju samog procesa rada i redovnog korišćenja radne aktivnosti na život i tekući rad preko kojih se dolazi do postizanja određenih rezultata.¹⁵ Za razliku od cilja ugovora

14 Naručilac ima pravo da vrši nadzor nad izvršavanjem rada i da daje uputstva kada ona odgovaraju prirodi posla, a vršilac rada je dužan da mu to omogući (čl. 622 ZOO).

15 Određeni teoretičari ističu upravo korišćenje radnih aktivnosti radnika/vršioca poslova u funkciji (ne)postizanja određenih rezultata, kao saglasnog

o delu, koji se sastoji u postizanju samog rezultata, bez obzira na način vršenja rada (Popović, T., 1980: 57). U teoriji postoje različiti stepeni prihvatljivosti rezultata rada, kao predmeta i cilja ugovora o delu i kriterijuma za razgraničenje ovog ugovora od ugovora o radu.

U teoriji nalazimo i druge kriterijume za razgraničenje ugovora o radu od ugovora o delu kao što su: *način plaćanja, obaveza ličnog vršenja rada i vreme trajanja ugovora*. Za ove kriterijume, podeljena su mišljenja u pogledu njihove prihvatljivosti kao čvrstog indikatora na osnovu koga treba i može da se izvrši neophodno razgraničavanje. Uobičajeno, radnik zarađuje *platu* koja se isplaćuje u određenim vremenskim intervalima, dok vršilac rada dobija jednokratnu *naknadu* za celo delo (Ruždjak, M., 2005: 45). Ova shvatanja nisu dovoljno samo po sebi. Prva kritika u pogledu *uobičajenosti* tretmana načina i plaćanja se odnosi na razliku u pojmanju *zarade*, odnosno *plate* i *nagrade*. Dok zarada, odnosno plata predstavlja jedno od osnovnih prava iz radnog odnosa i ona je imenitelj samog radno-pravnog statusa radnika, nagrada koju prima vršilac rada nema svojstvo zarade, odnosno plate, već ona predstavlja naknadu koja se plaća za izvršeni rad koji proizilazi iz ugovora o delu. Drugi kriterijum odnosi se na opštu prihvatljivost dinamike plaćanja lica koje zaključuje ugovor o radu, odnosno ugovor o delu. U tom smislu praksa zaključivanja i implementiranja ugovora o delu, slično kao i ugovora o radu, upućuje na mogućnost plaćanja ugovorene naknade u formi periodičnih isplata (akontacija) srazmerno izvršenim fazama dogovorenog posla (tj. situaciona plaćanja) (Baltić, A. i Despotović, M., 1971: 174). U ovom slučaju uobičajeno se govori o vršenju većih dela, čija izrada može da traje duži vremenski period (na primer, gradnja broda) (Ruždjak, M., 2005: 45). Konačno treća kritika u odnosu na plaćanje kao kriterijum za razgraničavanje ugovora o radu od ugovora o delu ne odnosi se na sam način plaćanja već na način određivanja visine plaćanja. Uobičajeno, visina plate radnika se određuje srazmerno vremenu koje provodi na radu (tj. vremensko plaćanje) (Kalamatiev, T., Mitrevski Ž., i Ristovski, A., 2011: 41–42).

pravnog kriterijuma za razgraničavanje ugovora o radu i ugovora o delu. U tom smislu, teorija upućuje na dva oblika korišćenja radnih aktivnosti: neposredan i posredan. Ugovor o radu se karakteriše neposrednim korišćenjem radne sposobnosti drugih lica, pri čemu postizanje određenih rezultata nije bitno za opstanak ovog ugovora i obima ugovornih obaveza, već se oni javljaju kao posledica angažovanja radnika i izvršavanja ugovorenih radnih zadataka. Suprotno, ugovor o delu je onaj ugovor čiji prvenstveni cilj je usmeren ka postizanju određenih rezultata, a korišćenje radnih sposobnosti vršilaca rada, kao takvih, predstavljaju posredan cilj ovog ugovora (vidi: Baltić, A. i Despotović, M., supra. br. 716, 177).

Grupa kriterijuma za razgraničenje ugovora o radu i ugovora o delu upućuje na razlike koje se odnose na *obaveze za lično vršenje rada*. Ugovor o radu predstavlja ugovor u kojem dolazi do izražaja lična veza između radnika i poslodavca. To znači da ugovor o radu proizilazi iz ličnih svojstava radnika koji predstavljaju lično vršenje poslova iz radnog odnosa. Kod ugovora o delu vršilac rada može da poveri izvršenje posla trećem licu, što znači da ovaj subjekat ugovora o delu nema obavezu za ličnim vršenjem rada. Ipak, ugovor o delu može da bude lični ugovor (*intuitu personae*) koji predviđa obavezno lično vršenje poslova, u zavisnosti od karaktera i samog rada i njegove povezanosti sa ličnošću i stručnim svojstvima izvršioca (Popović, T., 1980: 57–58). U tom smislu je i odredba Zakona o obligacionim odnosima koja propisuje da, ukoliko iz ugovora ili prirode rada ne proizilazi nešto drugo, vršilac rada nije dužan da posao izvrši lično.¹⁶

Konačno, poslednji kriterijum za razgraničavanje ugovora o radu i ugovora o delu je *vreme trajanja ugovora*. I ovaj kriterijum, kao i deo od prethodno navedenih kriterijuma, nije do kraja relevantan indikator za razrešavanje spomenutih dilema. U teoriji se susreću shvatanja da ugovor o radu predstavlja trajni (u relativnom smislu) ugovor, dok ugovor o delu ima privremeni karakter (Baltić, A. i Despotović, M., 1971: 173). Načelni argument za ovu tezu pronalazimo i u Zakonu o obligacionim odnosima, koji utvrđuje da je vršilac rada dužan da izvrši delo za određeno vreme, ako to nije određeno, tada za vreme koje je razumno potrebno za takve poslove.¹⁷ Kritika ovog stava locira se u konstataciji da vreme trajanja, odnosno dužina vršenja određenih poslova ne predstavlja karakteristiku niti ugovora o radu niti ugovora o delu.

Sličnosti između ugovora o radu i ugovora o delu ne ostaje neprimećena i u radnom zakonodavstvu Republike Makedonije i „matičnom“ Zakonu o radnim odnosima. Zakon o radnim odnosima Republike Makedonije ne predviđa postojanje posebnog dela zakona namenjenog regulisanju tzv. *rada koji se vrši van radnih odnosa*. S druge strane, u praksi Republike Makedonije, neretko se angažuju lica po osnovu ugovora o delu, koji u izvesnoj meri počinje da se poistovećuje sa ugovorom o radu ili da ga supstituiše (Starova, G, 2005: 254). Otud, Zakon o radnim odnosima je pristupio regulisanju instituta „posebni ugovori“, čiji cilj se sastoji u potrebi razdvajanja ugovora o radu i ugovora o delu koji u praksi često se (zlo) upotrebljava kao *pravni osnov za zasnivanje radnog odnosa*. Zakon o radnim odnosima, predviđa opisanu definiciju pojma *posebnog*

¹⁶ Član 629 ZOO.

¹⁷ Član 626, stav 2 ZOO.

ugovora. Tako, poslodavac može sa određenim licem da zaključi ugovor radi vršenja rada koji su van delatnosti poslodavca, a koji ima za predmet samostalnu izradu ili popravku određenih stvari, samostalno izvršavanje određenih fizičkih ili intelektualnih poslova.¹⁸ Nadalje, Zakon utvrđuje da ovakav ugovor može da se zaključi i za kulturno- umetničke poslove sa licima koja vrše kulturno-umetničke delatnosti.¹⁹

Analiza ovog instituta nas upućuje na nekoliko zaključaka. *Prvo*, čini se da opis *posebnih ugovora* čiji predmet je samostalna izrada ili popravka određenih predmeta i samostalno izvršavanje određenih fizičkih ili intelektualnih poslova je komplementarna opisu ugovora o delu koji je regulisan Zakonom o obligacionim odnosima. Ipak, u poređenju sa klasičnim ugovorom o delu *koji se zaključuje između vršioca rada (izvođač radova) i naručioca za vršenje određenog rada posebni ugovor se zaključuje između poslodavca i određenog lica, radi vršenja rada koji je van delatnosti poslodavca*. Otuda, razlika između ova dva ugovora locira se u: ugovornim stranama i predmetu ugovora. Dok, ugovorne strane ugovora o delu (regulisane ZOO) jesu vršilac rada (izvođač radova) i naručilac, strane *posebnog ugovora* (regulisane ZRO) jesu poslodavac i određeno lice. Smatramo da razlika u subjektima između kojih se zaključuju ovi ugovori ima čisto nominalno značenje i ona nema veću ulogu u determinisanju ugovornih odnosa i njihovoj sadržini. Ipak, ključna razlika može se locirati u predmetu ugovora i opsegu primene. U tom smislu, za razliku od ugovora o delu koji se zaključuje za vršenje određenih poslova, nezavisno od njihovog predmeta i opsega primene, *posebni ugovori se zaključuju za vršenje rada koji je van delatnosti poslodavca*. Ograničavanje zaključivanja *posebnih ugovora* samo na one poslove koji su van delatnosti poslodavca praktično onemogućava angažovanje ugovora o delu određenog lica za vršenje poslova koji spadaju u delatnost poslodavca stimulišući zaključivanje ugovora o radu tamo gde postoji redovna i kontinuirana potreba za angažovanjem radnika. Ovim rešenjem Zakon o radnim odnosima onemogućava poslodavca da zaključuje *posebne ugovore* (ugovore o delu) sa ciljem da izbegne troškove koji proizilaze iz zasnivanja radnog odnosa. *Drugi zaključak* koji proizilazi iz instituta *posebnog ugovora* se odnosi na eksplicitne mogućnosti obuhvatanja lica koja vrše kulturno-umetničku delatnost. To znači da poslodavac pri angažovanju lica za vršenje kulturno-umetničkih poslova zaključuje *poseban ugovor* sa ovim licima koji ne predstavlja ugovor o radu kao pravni osnov za zasnivanje radnog odnosa. Otuda, generalni zaključak koji može da se izvede iz

18 Član 252, stav 1 ZRO.

19 Član 252, stav 2 ZRO.

analize *posebnih ugovora* (regulisanih ZRO) sastoji se u konstataciji da se ovi ugovori izjednačavaju sa ugovorom o delu (regulisanih ZOO), ili predstavljaju njihovu podgrupu. S druge strane, može se zaključiti da odredbe Zakona o radnim odnosima kojima su obuhvaćeni ovi ugovori predstavljaju posebne, specijalne odredbe (*lex specialis*) u odnosu na generalne odredbe, regulisane Zakonom o obligacionim odnosima.

Literatura

- Allen, W. D. (1999). *Transaction Costs*. Paper Number 0740. 893–926
- Babić, I. (2006). *Ugovori građanskog prava*. Beograd: Pravni Fakultet Univerziteta Union u Beogradu
- Bagić, D. (2010). *Industrijski odnosi u Hrvatskoj*. Zagreb: TIM press
- Baltić, A. Despotović, M. (1971). *Osnovi radnog prava Jugoslavije – sistem radnih odnosa – i osnovni problemi sociologije rada*. Beograd: 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.
- Dabović-Anastasovska, J., Pepeljugoski, V. (2008). *Pravo na intelektualna sopstvenost*, Skopje: Praven fakultet „Justinijan Prvi“
- Digitalen rečnik na makedonski jzik, <http://www.makedonski.info>
- Galev, G., Dabović-Anastasovska, J. (2008). *Obligaciono pravo*. Skopje: Univerzitet „Sv. Kiril i Metodij“, Praven fakultet „Justinijan Prvi“
- Kalamatiev, T. (1996). *Zasnivanje na raboten odnos*. Skopje: Univerzitet „Sv. Kiril i Metodij“, Skopje, Praven fakultet
- Kalamatiev, T., Ristovski, A. (2013). *Fleksibilnost i sigurnost radnog odnosa u radnom zakonodavstvu Republike Makedonije (razvoj i perspektiva)*.

Beograd: Radno i socijalno pravo, časopis za teoriju i praksu radnog i socijalnog prava, godina XVII, Br.1/2013. 75–99.

Kalamatiev, T., Mitrevski, Ž., Ristovski, A. (2011). *Prava od radnoten odnos na ženite i mladite vo Republika Makedonija*. Skopje: Fondacija „Fridrih Ebert” – Kancelarija vo Makedonija, Skopje

Kovačević, Lj. (2013). *Pravna subordinacija u radnom odnosu i njene granice*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

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.

Starova, G. (2005). *Trudovo pravo*. Skopje: Prosvetno delo A.D. Skopje Starova,

G., Beličanec, T. (1996). *Trudovo pravo*. Skopje: Univerzitet „Sv. Kiril i Metodij”, Skopje, Praven fakultet

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.

Zakon za obligacionite odnosi. *Sl. vesnik na R. Makedonija*. Br. 18 (2001) Zakon za rabotnite odnosi, *Sl. vesnik na R. Makedonija*. Br. 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.*

PRILOG UČENJU O OSNOVNIM POJMOVIMA TRIJALISTIČKE TEORIJE PRAVA I DRŽAVE

Apstrakt: *Tekst izlaže osnovne pojmove trijalističke teorije prava i države kao nove opšte teorije prava i države, čiji su elementi pravna statika, pravna dinamika (teorija kružnoga stvaranja pravnog poretka) i pravna teleologija (teorija pravnih principa). Bitno novo u toj teoriji je oživljavanje i nova interpretacija objektivnoga duha kao materijalnog izvora prava, kao i teorija kružnoga (cikličnoga) stvaranja pravnog poretka, u okviru koje se država sagledava kao jedinstvo aktualnoga (u smislu pravnih akata) i realnog pravnog poretka.*

Ključne reči: *Pravna statika, pravna dinamika (teorija kružnoga stvaranja pravnog poretka), pravni principi, objektivni duh kao materijalni izvor prava.*

Ovaj spis ima određenu predistoriju. Pre kratkog vremena ukazali smo na mogućnost zasnivanja trijalističke teorije prava kao jedne nove opšte teorije prava i države, odnosno filosofije pozitivnoga prava (Petrović, 2013, 183 idd.). Ta teorija obuhvata pravnu statiku (materijalno pravo, "spoljašnji" pravni sistem, biće prava), pravnu dinamiku (kružno ili ciklično stvaranje pravnoga poretka, procesno pravo, bivanje prava) i pravnu teleologiju (osnovne pravne principe, pravnu aksiomatiku, "unutrašnji" pravni sistem, pravno trebanje ili trebovanje). Ti konstitutivni elementi, koji zajedno čine pravo u celini ili pravni poredak, javljaju se kao „regioni” u smislu Huserlove filosofije (Husserl, I, 1950, 26 idd.) kojima pripadaju različite kategorije ili osnovni pojmovi, no kojima odgovaraju i tri elementa Hegelove "nauke logike" (Hegel, I, 1951, 49 idd., 67 idd., 119 idd.): biće (Sein), bivanje (Werden) i trebanje ili trebovanje (Sollen).

* milan@prafak.ni.ac.rs

Osobenost ili "sudbina" trijalističke teorije jeste da nastaje postepeno i fragmentarno, zavisno od intelektualnoga sazrevanja i životnih prilika njenoga tvorca. Tako je najteži i najoriginalniji njen deo, pravna dinamika kao kružno ili ciklično stvaranje pravnoga poretka, gotovo u celini izložen već u jednom našem radu iz 2010. godine (Petrović, 2010, 188 idd.), dok se izvesni delovi pravne statike nalaze još u našoj doktorskoj disertaciji (v. Petrović, 1981, 14 idd.). Ovaj rad predstavlja produženje puta na izgradnji i "pročišćavanju" pojmova te teorije. Svaki deo trijalističke teorije ima, kao što smo primetili, svoje osnovne pojmove. No, njihovo ishodište nalazi se u pravnoj statici kao učenju o biću prava koje se, kao region, javlja kao osnova ili pretpostavka drugih regiona pravnog poretka. Usled toga, postoje, unutar pravne statike, osnovni pojmovi koji važe u celini pravnog poretka. To su opšti osnovni pravni pojmovi. Osnovni pravni pojmovi ostalih regiona s toga su posebni osnovni pravi pojmovi. Međutim, postoje izvesni osnovni pojmovi pravne statike koji do osobenog izražaja dolaze samo u njoj, dok se u pravnoj dinamici i pravnoj teleologiji ili samo pretpostavljaju ili dobivaju preobražen vid. Zato te osnovne pravne pojmove i nazivamo posebnim osnovnim pravnim pojmovima pravne statike.

Jedno razučeno, i kadšto zamršeno učenje o pravnim pojmovima izlaže i Toma Živanović u svom "Sistemu sintetičke pravne filozofije", u njenom delu koji naziva "Formalnom sintetičkom filozofijom prava" (Živanović, 1959, 7 idd.). No, uopšte uzev, zasluga je opšte teorije prava, koja se javlja u drugoj polovini 19. veka, što je u središte svojih ispitivanja stavila, u stvari, osnovne pravne pojmove. Ovde, u prvom redu, valja spomenuti Birlingovu "Kritiku osnovnih pravnih pojmova" (Bierling, I,1877, II,1883). Štaviše, izvesni autoriteti iz ove oblasti Opštu teoriju prava naprosto poistovećuju sa „Sistemom osnovnih pravnih pojmova“ (v. na primer: Nawiasky, 1948, 3 idd.). Opet, Živanovićevo prekrštavanje opšte teorije prava u "formalnu" sintetičku filozofiju prava predstavlja promašaj. Jer, postoje dakako formalističke opšte teorije prava, kao što je Šomlova (Somló) ili Kelzenova (Kelsen). Ali, nisu sve takve. Recimo, veličanstvena Digijeva (Duguit) teorija države i prava skroz-naskroz je "materijalna".

Opet, Živanović kao osnovni pravni pojam uzima "pravo kao normu" ("pravo u logičkom smislu") i "pravo kao skup normi" ("pravo u ekstenzivnom smislu") (Živanović, 1959, 11 idd.). To je takođe greška jer se ne vidi zašto i neki drugi osnovni pravni pojam koji Živanović navodi, ne bi bio pravo, recimo subjektivno pravo i pravna dužnost (Živanović, 1959, 157 idd.). No, ova greška Živanovićevo shvatanje prava razotkriva

i kao normativistički dogmatizam, koji naša trijalistička teorija najodlučnije otklanja. Samo, ta teorija nije ni "sociologistička". Neokantovska dilema: "normativizam" ili "sociologizam" – za nju je mrtva i sahranjena. Jer, njen osnovni pojam nije samo pravno pravilo i institucija, već i objektivni duh kao materijalni izvor prava, koji je, s neokantovske tačke gledišta, nepojmljiv. Ako bismo trijalističku teoriju prava i države morali da svrstamo u neki od tokova pravne misli, onda bi ona bila, uz sve opasnosti koje definisanje nosi sa sobom, jedna vrsta "neoistorijske pravne škole".

Niz opštih osnovnih pravnih pojmova započinjemo sa državom kao subjektom pravnog poretka (videćemo da postoje još dva osnovna, ali posebna, pojma države: država kao institucija i država kao jedinstvo realnog i aktualnog pravnog poretka). Našem pojmu "subjekta pravnog poretka" u osnovi odgovara pojam "vrhovnog vlastodršca" koji je izložio Valter Jelinek. On kaže (W. Jellinek, 1913, 28): "Ako je u ljudskoj zajednici prisutan vrhovni vlastodržac (bilo da je to narod, bilo monarh, bilo neka posebna društvena klasa itd.), onda ono što on naredi, treba da se izvršava." Ovo je, po tom piscu, "najviše pravilo pravnog poretka". On ističe (ibid.): "Ovo pravilo ima istu nepovredivost kao prirodni zakon; ono je kao ovaj nezavisno od stvarnosti, stvarnosti su samo slučajevi primene opšteg zakona; revolucije, stvaranje država, uništenja država, ustavni zakoni, i tome slično, su činjenična stanja na koja najviše pravilo nadovezuje dejstva." Doduše, ovo shvatanje potiče od velikog engleskog mislioca, naročito države, iz 18. veka, Tomasa Hobsa (Thomas Hobbes). No, Hobs dotično najviše pravilo naziva "zapovešću ispravnog razuma" (Dictamen rectae rationis) (Hobbes, 2004, I, 14, II, 1). Valter Jelinek, naprotiv, ne shvata ga kao praktično pravilo, već kao teorijsko objašnjenje pravne stvarnosti (W. Jellinek, 1913, 28 adn. 58). Isto tako i mi.

Sledeći opšti osnovni pravni pojam je pravni subjekt ("u subjektivnom smislu"). Subjektu pravnog pretka kao davaocu zapovesti nužno odgovara pravni subjekt (u subjektivnom smislu) kao njihov primalac. U pravu je Digi (Duguit, I, 1927, 452) kada kaže da pravni subjekt može biti – u prvom redu – samo individualni čovek imajući svesnu volju, jer jedino on može biti potčinjen objektivnom pravu. Po tom autoru, čovek nesvestan svojih radnji usled starosnog doba ili duševne boleti nije subjekt prava, kao što ni skupine ljudi, koje pravo naziva pravnim licima, nisu subjekti prava; u pogledu njih, radi se samo o tom da objektivno pravo priznaje i štiti njihove interese i ciljeve koje ostvaruju. S Digijem se slažemo utoliko što su izvorni subjekti prava, koje nazivamo pravnim subjektima u subjektivnom smislu, samo ljudi svesni svojih radnji.

Od njegovih shvatanja se razlikujemo utoliko jer smatramo da pravo u sekundarnom smislu (o kome će niže biti reči) – “konstruktivna pravna pravila” za razliku od “gradivnih zakona pravnog poretka” – može odrediti da i osobe nesvesne svojih radnji te ustanove i zadužbine mogu imati “svoju” volju, s tim što se ta volja javlja, prema izvrsnoj Vindšajdovoj formulaciji, kao “volja pravnog poretka” (Windscheid, I, 1984, 158). S toga tu drugu vrstu pravnih subjekata, izvedene, sekundarne subjekte prava, nazivamo i pravnim subjektima u “objektivnom smislu”. Inače, razliku između gradivnih zakona pravnog poretka i konstruktivnih pravnih pravila smatramo jednom od najtemeljnijih razlika u oblasti pravnih pojmova.

Pravna dužnost je takođe opšti osnovni pravni pojam. Ona s logičkom nužnošću proishodi iz pojma subjekta pravnog poretka. Jer, izvorno, pravna dužnost je obaveza pravnih subjekata da izvršavaju zapovesti subjekta pravnog poretka. Svaka pravna grana je mnoštvo pravnih dužnosti, sa izuzetkom upravnog i ustavnog prava gde je ravnoteža pravnih dužnosti i subjektivnih prava narušena u korist subjektivnih prava. Ovde ćemo pribeći samo osnovnom razvrstavanju pravnih dužnosti. Te dužnosti mogu biti bilo pozitivne, bilo negativne. Pozitivna pravna dužnost postoji kada država zahteva da pravni subjekt nešto određeno čini; negativna, kada država pravnom subjektu zabranjuje određeno činjenje. Dalje, pravna dužnost je relativna kada se sastoji u obavezi prema određenom licu, kao što je, u obligacionom pravu, obaveza zajmoprimca da određenom zajmodavcu isplati uzajmljenu svotu novca, ili, u upravnom pravu, obaveza vlasnika da ustupi eksproprisanu nepokretnost uz uzvratnu isplatu pravične naknade. Pravna dužnost je apsolutna kada je obvezniku zabranjeno da vređa bilo čije pravo svojine ili bilo čijih ličnih prava. Dužnost vernosti državljanina prema svojoj državi takođe je jedna apsolutna pravna dužnost.

Drugačije deobu na relativne i apsolutne dužnosti poima utemeljitelj anglosaksonske opšte teorije prava iz 19. veka, Ostin (Austin). Po njemu (Austin, I, 2002, 412 idd.), relativna dužnost odgovara izvesnom subjektivnom pravu, to jest, ona se ima izvršiti prema određenom licu ili određenim licima, različitim od obvezanika i suverena koji je nametnuo dužnost. Sve apsolutne dužnosti su krivično sankcionisane. One su: 1. dužnosti prema sebi (recimo, zabrana samoubistva, zabrana pijanstva, zabrana bludničenja); 2. dužnosti prema neodređenim licima ili prema suverenu koji je nametnuo dužnost; 3. dužnosti koje se ne odnose na lica, kao što su dužnosti prema Bogu i zabrana zlostavljanja životinja.

No, potonja anglosaksonska teorija prava smatra i te dužnosti relativnim dužnostima prema suverenu (v.: Holland, 2006, 1009). To polazište smatramo ispravnim, jer, kao što ćemo niže videti, država kao subjekt pravnog poretka ima, u stvari, vrhovna subjektivna prava.

Ovde takođe moramo zauzeti negativan stav i spram Živanovićeve razlike između “prava o pravu” i “prava o nepravu” kao osnovnim pravnim pojmovima (Živanović, 1959, 325 idd.). Po Živanoviću, “pravo o nepravu” obuhvata građansko deliktno pravo, čija je sankcija odšteta, i krivično pravo, čije su sankcije kazne i mere bezbednosti. Međutim, svaka povreda neke od pravnih dužnosti povlači za sobom određenu sankciju, predstavlja dakle nepravu.

Štaviše, ne svode se sve sankcije na odštetu te kazne i mere bezbednosti. Naročito su osobene upravnopravne dužnosti. Kada policija upotrebom fizičke sile rasturi javni skup koji se izrodio u remećenje javnog reda i mira, ili kad nasilno spreči duševno bolesno lice da izvrši samoubistvo, ili kada inspekcija zatvori ugostiteljsku radnju zbog nepoštovanja higijenskih propisa, radi se o sankcijama u vidu fizičke prinude, ali te sankcije nisu ni odšteta, ni kazna, ni mere bezbednosti. Sankcije za povredu upravnopravnih dužnosti srodne su, u stvari, nužnoj odbrani, jer njihova svrha nije reakcija na počinjeno nepravu – kao kod građanskog deliktnog i krivičnog prava – već suzbijanje istovremene protivpravne radnje ili sprečavanje da do takve radnje dođe.

Opšti osnovni pravni pojam je i subjektivno pravo. Vrhovna subjektivna prava jesu subjektivna prava države kao subjekta pravnog poretka. Iz prethodnog bi se moglo zaključiti da država nema pravnih dužnosti. No, kasnije ćemo pokazati da takve dužnosti nužno postoje. Prema Georgu Jelineku (Georg Jellinek), država ima sledeća osnovna subjektivna prava: pravo na poslušnost, pravo na priznanje i pravo na stvaranje prava (G. Jellinek, 191, 197 idd.). Ovde treba istaći i pravo države da kažnjava prekršiće svojih zapovesti. Odatle se vidi da je i savremeno krivično pravo “pravo o pravu”, kao i ostale pravne grane. Jer, ono se sastoji od, s jedne strane, izvesnih apsolutnih pravnih dužnosti i s druge strane, prava države da izrekne odgovarajuću sankciju, u vidu kazne i mere bezbednosti, protiv prekršilaca tih dužnosti. Recimo, Krivični zakonik Republike Srbije od 2005. godine propisuje u čl. 203, stav 1.: “Ko tuđu pokretnu stvar oduzme drugom u nameri da njenim prisvajanjem sebi ili drugom pribavi protivpravnu imovinsku korist, kazniće se novčanom kaznom ili zatvorom do tri godine.” Zavisna rečenica (“Ko tuđu...”) zabranjuje krađu formulišući dužnost: “Ne ukradi!”.

Nezavisna rečenica ("kazniće se...") izriče pak subjektivno pravo države da kazni kradljivca.

Subjektivna prava mogu se, s obzirom na svoju pravnu snagu, razvrstati na sledeći način: to su: prvo, subjektivna prava države kao subjekta pravnog poretka, koja proishode iz suštine države i koja smo maločas spomenuli; drugo, to su subjektivna prava koja država zajemčuje i uobličuje, ali nije njihov tvorac. Tako Laband (Laband, I, 191, 105, podvučeno u izvorniku), vodeći nemački teoretičar državnog prava iz doba Nemačkog carstva, kaže: "Izvesno je da suverena država može da ukine svojinu, feudalno pravo, valjanost izvesnih obligacija, očinsko pravo itd.; da svaki državljanin može da ima svako pojedino imovinsko pravo u obimu i toliko dugo koliko to država trpi. Ali bez obzira na to, bilo bi naopako shvatanje sva imovinska i porodična prava pojedinaca označiti izvedenim od države, prenesenim od nje; država nije pozitivno istočnik i vrelo, tvorac i nosilac tih prava, već je njena volja samo negativno iziskivanje da prava koja država ne trpi, ne mogu nastati ili dalje postojati." A pravni filozof neohegelovac Lason (Lasson, 1967, 208 idd., podvučeno u izvorniku) ističe: "Ovlašćenje je dakle ono što se samo po sebi razume, tek ograničenje potiče od prava; što nije zabranjeno, dopušteno je, i pod pukim stanovištem prava svako može da se toga drži kako hoće. Ali, u to ovlašćenje ne sme niko protiv ikoga da zadire; pravni zakon je zbog toga po svojoj suštini zabrana povrede: neminem laedere. Pravna dužnost ima negativno značenje, da je svakome zabranjeno da dotakne i ometa ovlašćenje drugoga." Kao treća vrsta subjektivnih prava javljaju se ona koja su stvorena propisima.

Normativisti priznaju postojanje samo te potonje vrste subjektivnih prava. Tako je, po Šomlu (Somló, 1917, 469), subjektivno pravo "pravnom normom stvoren zahtev". Prema Tomi Živanoviću (Živanović, 1959, 184; na str. 186 id. nalazi se šira, no suštinski istovetna definicija), subjektivno pravo "prema toma ima se definisati... kao pravnom normom (scil. propisom prinudljivim) dano ovlašćenje (moć) delati (t.j. na neku radnju)".

Uzrok normativističke zablude valja tražiti u divovskom kvantitativnom i kvalitativnom rastu sveta rada i kapitala počev od 19. veka. Taj svet uređen je bezbrojnim mnoštvom državnih i autonomnih propisa stvarajućih nedogled novih subjektivnih prava i pravnih dužnosti (v.: Ripert, 1949, 37 idd.; Ripert, 1951, 128 idd; Ripert, 1955, 191 idd.). Opčinjena tim orijaškim promenama, pravna je nauka postavila stvari s nogu na glavu, proglasivši propise, u prvom redu pisane zakone, jedinim izvorima

prava i "objektivnim pravom", a nenaučnim "prirodno pravo", "praktični um" i "narodni (objektivni) duh". Najveći kritičar normativizma, Karl Šmit (Carl Schmitt), ističe (Schmitt, 1985, 276): "Na toj podudarnosti prava i zakona počivalo je naposljetku sve što se tokom 19. veka razvilo u jedan još danas delotvoran sistem i inventar pojmova, formula i postulata pravne države. Država je zakon, zakon je država... Unapred utvrđena i pretpostavljena podudarnost i harmonija prava i zakona, pravednosti i zakonitosti, stvari i postupka gospodare do u svaku pojedinost pravnim mišljenjem legalističke države."

Nerešiv problem normativizma, na kome on u stvari pada, jesu pravni propisi koji nisu zaštićeni državnom sankcijom u vidu fizičke prinude, "leges imperfectae". Po Ostinu, na primer, pravo je nedeljivo trojedinstvo zapovesti, dužnosti i sankcije. Zato za njega "lex imperfecta" nije pravno pravilo, već je savet ili podsticaj koji viši upućuje nižem od sebe. Dodajmo da za Ostina ni međunarodno javno pravo nije pravo, već njegova pravila spadaju u "pozitivni međunarodni moral", koji nalaže "opšte mnenje", jer jedan suveren ne može da zapoveda drugome suverenu" (Austin, I, 2002, 94, 101, 186 idd.). Lukić takođe smatra da su pravne samo one norme koje "imaju sankciju državnog nasilja"; pošto norme ustavnoga prava takvu sankciju nemaju, onda su to norme koje imaju samo "moralnu, političku" sankciju. A ni norme međunarodnoga prava nisu, po njemu, pravne norme, jer su države kao subjekti međunarodnog prava jednake, i u tom pogledu se Lukić ne razlikuje od Ostina, pa jedna drugoj ne mogu zapovedati kao viši nižem (v.: Lukić, 3/II, 1995, 103 idd., 288). Samo, ima normativista koji stoje na sasvim suprotnom stanovištu, to jest, da su i "leges imperfectae" pravne norme u pravom smislu reči. Do ovakvoga zaključka Šomlo dolazi tako što sankciji odriče pojmovno obeležje pravne norme. Pravne norme, po njemu, potiču od vlastodršca kome stoji na raspolaganju prinuda, no koje se, kao i ta prinuda "uobičajeno" primenjuju (Somló, 1917, 143 idd.). No, kao što prvo gledište preterano sužava pojam prava, tako ga ovo drugo preterano širi. Jer, ma koliko bilo nerazumno isključiti iz prava nadležnost onih koji propisuju i primenjuju sankcije, što čini prvo gledište, jednako je nerazumno izbrisati razliku između pravnih normi, s jedne strane, i moralnih, konvencionalnih i običajnih normi, s druge strane, što sledi iz drugog.

Međutim, stvari dobivaju sasvim drugačiji, ispravan izgled, ako se mesto sankcije odredi uz subjektivno pravo, što će reći da je izvorno, primarno, sankcijom zaštićeno subjektivno pravo, i ne pravno pravilo. Uzmimo kao primer odredbu iz čl. 9 Ustava Republike Srbije od 2006. godine, koja glasi: "Glavni grad Republike Srbije je Beograd."

Za normativiste, ta odredba bi bila "lex imperfecta". Ali, ta odredba u stvari izražava subjektivno pravo najviših organa Republike Srbije da svoju delatnost obavljaju u Beogradu, te da mogu da upotrebe i fizičku prinudu protiv onih koji bi ih ometali u vršenju toga prava. "Leges imperfectae" spadaju bez daljeg u pravni poredak. Jer ti zakoni izražavaju, s jedne strane, subjektivno pravo subjekta pravnog poretka kao vrhovnog zakonodavca da ih donese i, s druge strane, subjektivno pravo pravnih subjekata na koje se odnose da ih primenjuju ili ne primenjuju.

Stariji klasici pravne nauke davali su takođe prvenstvo subjektivnom pravu pred pravnim propisima, bez obzira na to da li su smatrali da postoje izvesna predržavna subjektivna prava ili nisu. Tako Hegel očituje (Hegel, 1981, 75 id. §§ 40, 41, podvučeno u izvorniku): "Prava, kao porodica i država, koja za svoju pretpostavku imaju supstancijalne odnose... Osoba mora sebi dati spoljašnju sferu svoje slobode da bi bila ideja... tek u svojini osoba je postala um." Anselm Foerbah (Anselm von Feuerbach) razvrstava prava vlade u četiri razreda: pravo vrhovnog nadzora, pravo raspolaganja, pravo suđenja te pravo izvršenja svega što su ona tri prava opredelila (Feuerbach, 1798, 30 idd. §14, tačka 6). Danas, nažalost, zaboravljeni teoretičar države i prava, Švajcarac Haler, ističe da "prirodno stanje" i dalje postoji, i da u njemu važi "apsolutno ili prirodno privatno pravo". Država nastaje tako, što najmoćniji zemljovlasnik sa drugima zaključuje različite ugovore o službi, i tada se radi o monarhiji, ili kada više nezavisnih zemljovlasnika zaključuje među sobom zadružni ugovor, u kom slučaju se radi o republici (Haller, I, 1964, 340 idd.). On dalje veli (Haller, I, 1964, 463 idd.): "Države su dakle samo najviši stupanj prirodnih odnosa o službi i zadruzi ili takozvanih privatnih odnosa, i razlikuju se od njih samo nezavisnošću ili višom vlašću i slobodom svojih poglavara." Izvršno je i Halerovo poimanje odnosa svojine i države (Haller, II, 1964, 57); "Sledstveno tome, izvesno je da je svojina postojala pre svih ljudskih zakona, te da često još uvek postoji bez njih. Nijedan jedini zakonik nije nikada uveo ili propisao svojinu, naprotiv, zakoni su tek nastali iz svojine ili zbog nje, ne da bi je zasnovali, već da bi svakome što je moguće više obezbedili ono što je njegovo. Od tuda su takođe još stari nazvali božicu Cereru, personifikovanu ideju zemljoradnje, Ceres legifera, pošto su tek kroz zemljoradnju i svojinu podstaknuti zakoni. Tako takođe svojina nije proizašla iz država, već su, nasuprot tome, države ili gospodarstva proizašli iz svojine (urođene ili stečene)." Haleru se, ipak, može spočitnuti što je međunarodno javno pravo opredelio samo kao viši stupanj "apsolutnog privatnog prava" (Haller, I, 1964, 341).

Naime, kada jedna država stekne zemlju druge države putem ratne okupacije, što i Haler priznaje valjanim osnovom sticanja svojine kada se radi o “vojničkim državama” (Militärische Staaten) (Haller, III, 1964, 191 idd.), ne može se smatrati privatno- pravnim načinom sticanja.

Opšti osnovni pravni pojam jeste i objektivni duh kao materijalni izvor prava. Otkriće objektivnog duha dugujemo Hegelu (v.: Hegel, 1991, 389 idd., 483 idd.). No, u novije vreme je najpotpunije taj pojam razvio Nikolaj Hartman (Nicolai Hartmann) (Hartmann, 1962, 175 idd.). Pri svemu tome, premda nisu govorili o “objektivnom duhu”, izvesni veliki mislioci gradili su, ako ne sa njim istovetan, a ono srodan pojam. Takav jedan pojam je “perspektiva”, koji se javlja kao jedan od osnovnih pojmova Ničeove (Nietzsche) filosofije. Tako on govori o “perspektivnom karakteru postojanja” (Nietzsche, II, 1972, 523) kao i o “perspektivnom” kao “osnovnom uslovu svega života” (Nietzsche, III, 1972, 12). Na istoj ravni nalazi se i Huserlov (Husserl) “beskonačni vremenski horizont” sveta, pri čemu “svet” nije samo “svet stvari”, već i “svet dobara”, “praktični svet” (Husserl, I, 1950, 59, podvučeno u izvorniku). U svakom slučaju, po Hajdegeru (Heidegger), “horizont” i “perspektiva” nužno su povezani (Heidegger, I, 1961, 570 idd.). Dodajmo da objektivni duh ne vlada samo svetom prava, već celokupnim regionom duhovnog bića. Objektivni duh je takođe nosilac istorije, tvorac morala, institucija zajednice, obrazovanja, civilizacije i kulture.

Ako objektivni duh pojmimo kao materijalni izvor prava, onda postaje jasno da i država kao subjekt pravnog poretka, budući reprezentant objektivnog duha, takođe nužno mora imati i izvesne dužnosti. S tim u vezi, u pravu je Kant kada kaže da je prvi akt distributivne (raspodeljujuće) pravde u građanskom društvu uspostavljanje ličnog prava da se pred sudom ističe pravovaljanost poseda (Kant, VI, 1968, 300 idd.). Subjekt pravnog poretka može da se ponaša suprotno pravnoj perspektivi objektivnog duha; ali je tada njegovo ponašanje, premda spolja, formalno, pravovaljano, iznutra nelegitimno. Ovde valja rasuditi neobičnu Hegelovu izreku, iznesenu u Predgovoru njegove “Filosofije prava” (Hegel, 1981, 25): “Što je umno, to je stvarno i što je stvarno, to je umno.” Moglo bi se pomisliti da je, po ovoj misli, za Hegela svaka državna vlast “umna”, to jest legitimna. Zato se već Hegel osetio pobuđenim da dotičnu izreku pojasni. Po njemu, “stvarnost” o kojoj je reč, jeste stvarnosti ideje a ne ma kakvo postojanje ili egzistencija. U “Enciklopediji” (Hegel, 1991, 38 idd., § 6, podvučeno u izvorniku) on piše: “Što se filozofskog smisla tiče, treba pretpostaviti toliko obrazovanja da se zna,... da je postojanje uopšte delom pojava i samo delom stvarnost. Ali takođe već uobičajenom osećanju neće kakva slučajna egzistencija zasluživati naročito naglašen naziv nečeg stvarnog;

— nešto slučajno je egzistencija koja nema veću vrsnoću od nečeg mogućeg, koje isto onako može biti kao što ne mora... Stvarnost onoga što je umno već se suprotstavlja kako predstavi da su ideje, ideali dalje ništa doli himere i filosofija sistem takvih priviđenja, tako i obratno, da su ideje i ideali nešto odveć izvanredno da bi imali stvarnost, ili takođe nešto odveć nemoćno da bi je sebi pribavili.”

Sledstveno tome, zapovednik gusarske lađe ili kolovođa razbojničke bande može nad svojom družinom imati veću vlast nego apsolutni monarh ili diktator nad svojim podanicima, jer taj zapovednik, odnosno kolovođa, može za najmanju grešku da osudi na smrt, ali, za razliku od apsolutnog monarha ili diktatora, on ne stoji pod objektivnim duhom, već protiv njega, te je zato samo zločinac koji zaslužuje najtežu kaznu.

Pređimo na pitanje sadržine objektivnoga duha kao materijalnoga izvora prava.

Spomenimo najpre gradivne zakone pravnog poretka, o kojima smo govorili već u našoj doktorskoj disertaciji (v.: Petrović, 1981, 18 idd). Ovi gradivni zakoni imaju suštinsku sličnost sa “normativnim pravnim pravilima” ili “pravnim normama u vlastitom smislu reči” kako ih shvata Digi (Duguit, I, 1927, 106 idd.). On ta pravila smatra “imperativnim” isključivo u smislu da ona čine društveni statut koji nužno vezuje sve pojedince članove skupine; ona su “sam uslov održanja društvenog života”. Zato ih možemo nazvati i apsolutnim državnim ustavom. Jedno takvo pravilo je, po Digiju: “Ne smeš ubiti drugog čoveka ukoliko te nije napao.” Uz to on ističe da francuski Građanski zakonik (Code Napoléon), ako se ne uzme u obzir porodično pravo, sadrži samo tri pravne norme: “slobodu ugovaranja, poštovanje svojine i obavezu da se nadoknadi šteta koja je drugom skrivljeno prouzrokovana”. Pod njima stoje “konstruktivna ili tehnička pravna pravila”, o kojima Digi kaže (Duguit, I, 1927, 107) da su “ustanovljena da obezbede u mogućoj meri poštovanje i primenu normativnih pravnih pravila. Ona organizuju mere; ona donose dispozicije, ona propisuju nadležnosti, te kazano jednom rečju, ona otvaraju pravne puteve u svrhu obezbeđivanja sankcije pravne norme... Konstruktivna pravila takođe utvrđuju uslove pod kojima držalac sile može da interveniše; ona opredeljuju njegova ovlašćenja, dejstvo i domašaj njegovih odluka... Konstruktivna pravna pravila podrazumevaju postojanje države više ili manje u začetku.” Osnovna razlika između Digijevog i našeg shvatanja sastoji se u tome što Digi ne primećuje objektivni duh, i, umesto njega, govori o “pravnoj svesti”. Tako on kaže (ibid.): “Pojedinaac ima svest o tom pravilu (“pravnoj normi”, M.P.), više

ili manje nejasnu. Ali koliko god primitivan bio, on zna, on razume, on ima barem intuiciju da ako mu se ne podvrgne, cela društvena skupina će reagovati protiv njega i da ona može ustanoviti pravila koja neposredno ili posredno služe izvršenju norme. I to su upravo konstruktivna ili tehnička pravna pravila." Samo, mi takođe smatramo pravnu svest jednim od opštih osnovnih pravnih pojmova, s tim što je od najbitnijeg značaja utvrditi vezu koja postoji između pravne svesti i objektivnog duha. Među gradivne zakone pravog poretka ubrajamo i predmet "ustava kao skupne odluke o vrsti i obliku političkoga jedinstva", to jest, "pozitivnog pojma ustava", po shvatanju Karla Šmita (Carl Schmitt). Ti predmeti danas uglavnom jesu: demokratija, parlamentarno-reprezentativna forma zakonodavstva i vlade, građanska pravna država sa svojim principima: osnovnim pravima i razlikovanjem vlasti (v.: Schmitt, 1970, 23 idd.).

U sadržinu objektivnog duha kao materijalnog izvora prava ulaze i konkretni pravni tipovi. Oštro i razlučito poimanje tipa iznad svega je zasluga nemačkog filozofa Diltaja (Dilthey). A i savremena pravna nauka, koja se sve više udaljuje od normativizma, posvećuje mu rastuću pažnju (v., naročito: Engisch, 1968, 273 idd.; Larenz, 1991, 461 idd.). Tip predstavlja sintezu individualnog i opšteg, ali ne slučajnu i proizvoljnu. On je jedna celina koja ima svoje strukturalne zakonitosti. Diltaj, koji je ta obeležja tipa prvi istakao, govori, s tim u vezi, o "regularnom povezivanju individualno različitih crta u osnovne forme duševnog života" (Dilthey, 1924, 241) i taj obrt na drugom mestu tumači na sledeći način (ibid., 270): "U jednom takvom tipu na regularan način je međusobno povezano više obeležja, delova ili funkcija. Te crte, čije povezivanje čini tip, stoje jedne prema drugima u jednoj takvoj uzajamnoj relaciji da prisustvo jedne crte dopušta da se zaključi o drugima, varijacija u jednoj o varijaciji u drugoj. I ta tipična povezivanja obeležja jačaju u univerzumu u uspinjućem redu formi života, i dostižu u organskom i onda u psihičkom životu svoju najvišu tačku."

Logičkim operacijama tip se ne može otkriti, a niti se njegovi elementi mogu u potpunosti raščlaniti u pravne propise i apstraktne pojmove u njima sadržane. Ne može se, isto tako, pojedinačni slučaj supsumirati pod tip kao pod normu.

Pojedinačan slučaj može se tipu "podrediti" postepenom selekcijom relevantnih merila. To je upravo metod anglosaksonskih pravnika u primeni precedenata, koji u suštini nisu ništa drugo nego tipovi. Ideja tipa omogućuje da se stave u pravo svetlo izvesni neposredni i posredni veliki doprinosi teoriji prava iz prošlosti.

S tim u vezi, naročito valja misliti na Aristotelovu "pravu sredinu", koja prožima celu "Nikomahovu etiku" (Aristotel, *Ethica Nicomacheia*, 1103b, 1109a, 1134a) i koja u njegovoj "Politici" predstavlja merilo razlikovanja "normalnih" od "izopačenih" država, kao i na Kantovu "ideju normalnog" koju je ovaj, međutim, ograničio na estetiku (Kant, V, 1867, 237 idd., §17). To "normalno", koje ni u kom slučaju nije nešto indiferentno i ništa ne kazujuće, oslobodio je Diltaj okvira estetike. Kao na području estetike, tako nastaje, ističe on (Dilthey, 1924, 279), "za svaki deo ljudskih ispoljavanja života, jedan tip njihovoga primarnog izvođenja. Taj tip označava njegovu normu, koja leži između odstupanja na obe strane."

Tip u pravnom smislu javlja se dakle kao oblikujući element određene pravne situacije. Daleko od toga da budu korolari normi, proizvode tipovi norme iz svog sopstvenog poretka i za svoj sopstveni poredak. Nadovezujući se na jedan tip, mora norma, doduše, biti nezavisna od određene pravne situacije; ona treba da se uzdiže nad njom, pošto treba da reguliše mnoge slučajeve i ne jedan jedini. No, ona može da se izdigne iznad slučaja koji treba da reguliše, samo u jednom određenom okviru i u jednoj ograničenoj meri (v.: Schmitt, 2006, 19 id.). Ako tu meru prekorači, norma više ne pogađa situaciju; ona tada postaje neprimenljiva, čak besmislena. jer ona sledi situaciju u njenoj unutrašnjoj dinamici, i ne obrnuto. Ako je situacija koju treba regulisati postala sasvim drugačija ili anormalna, ako pretpostavljeni konkretni tip iščezne, jedna norma, ma koliko ona težila da bude nepovrediva ili večita, ne vlada više stanjem stvari. "Cessante ratione legis, cessat lex ipsa!" U tom je bitan smisao starog stava da samo aktuelno opravdanje, pronalaženje dovoljnog razloga (*ratio vera*) norme, može utemeljiti njeno dalje važenje.

Objektivni du h je živi istorijski du h, u stalnom bivanju i meni. No, šta je njegov unutrašnji pokretač? Na ovo pitanje Hartman (N. Hartmann) ne daje odgovor. Našli smo ga u pojmu "Gestalt" nemačkog mislioca, književnika i biologa Ernesta Jingera (Ernest Jünger). Na srpski se "Gestalt" može prevesti kao "prilika". No, to bi bilo doslovno značenje, koje ne odgovara suštini Jingerovog mišljenja. Toj suštini više bi, po nama, odgovarao aristotelovsko-filosofski izraz "entelehija". No napomenimo da kod Jingera nema ničeg o objektivnom duhu, te da njegov "Gestalt", pored pokretačkih snaga duha, "entelehija" kako ih mi shvatamo, obuhvata i prirodne pojave, kao što je "biljka", "ocean", "planina Kavkaz", to jest sve ono što neposredno proihodi iz "Nerazdeljenog", a to je za predsokratovca Jingera prvenstveno "Zemlja" kao prapočelo (v.: Jünger, 13, VII/I, 2001, 134 idd.).

Jinger je koncepciju entelehije predstavio 1932. godine u knjizi "Radnik" (Der Arbeiter), koja je smesta izazvala veliko zanimanje najširih krugova nemačkih čitalaca. Entelehija radnika zamenjuje građanskog pojedinca i označava provalu elementarnih snaga u građanski prostor (Jünger, 8, II/ II, 2000, 52 idd., 125 idd.). Posle Drugog svetskog rata Jinger se udaljuje od entelehije radnika, ona spada za njega u entelehije "katastrofa", "koja sigurno i bez stranputica korača ka svojim ciljevima. Oganj propasti samo je sve jasnije ističe. Još uvek ona svetluca u neizvesnom titanskom svetlu; ne slutimo u kojim kraljevskim gradovima, u kojim svetskim metropolama će podići svoj presto" (Jünger, 7, II/I, 2002, 301). No, u "njenoj pratnji stupaju druge entelehije – takođe i takve u kojima se patnja oplemenjuje. Među njih se ubraja Neznani junak, Bezimeni, koji upravo zato živi ne samo u svakom glavnom gradu, nego takođe i u svakom selu, u svakoj porodici... Neznani junak je još uvek heroj, savlađivač ognjenih svetova, koji uzima na sebe velike terete usred mehaničkih uništenja. Time je on istinski naslednik zapadnih vitezova" (Jünger, 7, II/I, 2002, 301 idd.) U red ovih potonjih entelehija spada i "prolaznik kroz šumu" (Waldgänger). "Šuma" ovde ima metafizičko značenje. Ona "jest luka, jest domovina, jest mir i bezbednost koje svako nosi u sebi... Šuma je nadvremensko biće... Uistinu je sve što se danas razvija kao tehnička moć, časovit sjaj iz riznica Bića. Ako čovek uspe da samo na nemerljive trenutke uđe u nju, dobiće sigurnost... Taj dobitak nazvali bismo hod kroz šumu, a čoveka koji ga postigne, prolaznik kroz šumu" (Jünger, 7, II/I, 2002, 315, 317 idd., podvučeno u izvorniku).

Ali bilo je sagledavanja entelehija i pre Jingera. Veliki ruski pesnik, Aleksandar Blok, koji je u oktobarskoj revoluciji 1917. godine video preokret svetske istorije, napisao je ep o toj revoluciji "Dvanaestorica", koji je preveden na sve kulturne jezike čovečanstva. Dvanaest crvenoarmejaca stupaju protiv stare Rusije koju simbolizuje "gladan pas". U epu stoji:

"Ti bez straha, druže, pušku stegni

I na Svetu Rusiju potegni

Na gazdinsku,

Domaćinsku,

Ugojenu."

"Ah, bez krsta, ah!...

...tako moćni idu snegom -

Gladni pas je – iza njih, Napred – s krvavim već stegom, Za
kuršume nedosežan,
S nežnim hodom nadmećavnim,
Snežnim biserima ravnim
S vencem belih ruža, čist –
Ispred svih je – Isus Hrist.”

Dakle entelehija Isusa Hrista predvodi dvanaesticu – broj dvanaest simbolizuje dvanaest apostola – koji hoće da sruše hrišćanstvo, posebno pravoslavno. Strašna misao! Napomenimo da i Jinger spominje Hrista kao “uzvišenu entelehiju”, ali kao predvodnika bezbrojnih hrišćana (Jünger, 13, VII/II, 144).

Nikolaj Hartman suštinu objektivnog duha vidi u “istorijskom važenju”. “Ono je”, veli on (Hartmann, 196, 195), “posedovanje moći nad osećanjima, stajanje u ugledu kod njih, vlast nad ljudima i njihovo uobličavanje putem važećeg... Biti živ nije ovde puka slika; ono izražava povesno postojanje duha, njegovo mesto u sadašnjosti, trajanje i stajanje u snazi. Ali, to postojanje i stajanje u snazi nije večito. Ono ima svoj kraj, kao i svoj početak u istoriji.” Samo, premda istorijski individu um, objektivni duh nema svoju svest, savest i slobodu volje. Njih ima samo pojedini ljudski subjekt. Tako Hartman kaže (Hartmann, 1962, 317): “Objektivni duh nije uopšte subjekt, već je objekt, nije svest, već je predmet moguće svesti.” I, opet, u vezi s pravom (Hartmann, 1962, 275): “I, s druge strane, samo pravo: Postoji li ono u formuli, propisu? Gde propis nije više živ u ljudima, kada ih više ne nosi njihova pravna svest i osećanje prava, tu zapravo više nema važećeg prava. Njegovo važenje postalo je spoljašnje; ali upravo ono nije više zbiljsko i unutrašnje važenje. Dogod određeni propis zbiljski ‘važi’ u izvesnoj ljudskoj zajednici, njega nosi živa pravna volja, on nije ništa drugo do njen izraz. To ne mora značiti da pojedinac svesno hoće određenu odredbu; no, svakako, da oni koji zajedno žive, u celini uzev, odobravaju postojeće pravo u celini i priznaju ga kao svoje.”

Svi navedeni uži pojmovi (“osećanje prava”, “pravna volja”) potpadaju pod “pravnu svest” kao nadpojam (v.i: Szabó, 1973, 225 idd.). I Digi ispravno smatra da ne postoji nikakva “društvena svet”, već samo jednodušno ili skoro jednodušno osećanje pojedinaca koji čine društvenu skupinu u pitanju da bi društvena solidarnost bila teško izložena pogibelji ako poštovanje pravnog pravila ne bi bilo zajemčeno upotrebom društvene

sile (Duguit, I, 1927, 123 idd., 149). No, kod Digija nema ni pomena o objektivnom duhu kao istorijskom uobličitelju pravne svesti. Ali, ako prihvatimo da je samo pojedinac nosilac pravne sveti, ne znači li to da može postojati onoliko pravnih svesti koliko postoji članova jedne zajednice? Odgovor na ovo pitanje je odrečan. To s toga, što svi članovi zajednice koji imaju pravnu svest, imaju istovetan ili u bitnom sličan pogled na svet.

U tom pravcu značenja govori Hegel u "Fenomenologiji duha" (Hegel, II, 1832, 453 idd.) o "moralnom pogledu na svet" (moralische Weltanschauung), a u njegovim predavanjima iz estetike reč je o tome da "načini pogleda na svet čine religiju, supstancijalni duh naroda i provlače se kako kroz umetnost, tako i kroz sva ostala područja svake žive sadašnjice" (Hegel, X/2, 1837, 229). Slično veli i Jaspers (Jaspers, 1971, 1) u svojoj "Psihologiji pogleda na svet": "...kada govorimo o pogledima na svet, onda mislimo ideje, poslednje i totalno čoveka, kako subjektivno kao doživljaj i snagu i ubeđenje, tako i objektivno kao predmetno oblikovani svet." Ovde se sme pomenuti kao srodan i Hajdegerov pojam "projekta" (Entwurf). O tom pojmu on kaže (Heidegger, 1972, 145): "Projekt je egzistencijalni bivstveni ustav prostora faktičke mogućnosti da se bude." U jednoj drugoj knjizi on piše (Heidegger, 1978, 146) da "čovek po svojoj suštini stoji u otvorenom projektu bića". Dakle, o subjektivizmu subjekta ne može biti reči kada se radi o pogledu na svet. Po našem mišljenju pogled na svet ukorenjen je u entelehiji, o kojoj je ranije bilo govora. Dakle, pravna svest utiče na važenje prava, a zauzvrat pogled na svet usmerava pravnu svest. Prema tome, radi se o kružnom kretanju unutar važećeg prava.

Pravne činjenice ili njihove sveze, pravna činjenična bića, jesu delovi stvarnosti čije je postojanje od značaja za pravo. To mogu biti ljudske dopuštene radnje, jednostrane, kao upravni akt, ili dvostrane, kao ugovor, te nedopuštene, kao što je krivično delo, ili događaji, koji nastupaju nezavisno od ljudske volje (rođenje, smrt). Pravne činjenice su i pravni predmeti, kao što su, naročito, telesne i bestelesne stvari. Živanović pod pravnim činjenicama razume samo okolnosti koje se javljaju kao osnov ili izvor subjektivnih prava i pravnih dužnosti" (Živanović, 1959, 218). To gledište je preusko. Recimo, obnarodovanje zakona je takođe pravna činjenica, ali na osnovu nje ne nastupaju promene u svetu subjektivnih prava i pravnih dužnosti, već samo zakon stupa na snagu. Pravne činjenice, uopšte uzev, nisu opšti osnovni pravni pojmovi. Takvi pojmovi su samo prostor i vreme.

Pravo važi unutar određenog prostora. No, u određenoj meri postoji i odstupanje od tog oblika važenja u vidu eksteritorijalnosti, ili u posrednom smislu, kao element inostranosti. Element eksteritorijalnosti ili inostranosti bitno je svojstvo svih grana međunarodnog prava (međunarodnog javnog prava, međunarodnog privatnog prava, međunarodnog krivičnog prava, međunarodnog upravnog prava, međunarodnog radnog prava, međunarodnog trgovinskog prava). Na veliki značaj prostora u pravu naročito je ukazao Karl Šmit. Po njemu, prazakon, za koji on upotrebljava grčku reč “nomos”, je “prostor konkretan, konstitutivan akt poretka i lokalizacije (Ortung)” (Schmitt, 1950, 13 idd., 47 idd.).

Pravo je u vremenu. Ono u vremenu nastaje i nestaje. U pravu važi načelo da kasniji zakon ukida raniji: “Lex posterior derogat legi priori”. O tom načelu biće posebno reči u pravnoj dinamici. Od velikog praktičnog značaja je i povratno (retroaktivno) dejstvo zakona, to jest primena propisa na činjenice nastale pre njegovog donošenja.

Osnovni pojmovi pravne statike (materijalnog prava) jesu objektivna pravna situacija, subjektivna pravna situacija i institucija.

Što se objektivne i subjektivne pravne situacije tiče, njihovu teoriju je najpre izložio Digi (v.: Duguit, I, 1927, 308 idd., 327 idd.). Ovde ćemo, uz nužna objašnjenja i odstupanja, izložiti njegovo shvatanje.

Objektivna pravna situacija proishodi neposredno iz pravne norme, to jest pozitivnoga zakona. Kasnije Digi, umesto pravnih normi, odnosno pozitivnih zakona, upotrebljava izraz “actes-règles”, “akti pravila”, što smatramo ispravnijim, ne samo zato što objektivne pravne situacije mogu nastati i iz drugih opštih pravnih akata, nego i zato što “akti-pravila”, kao pravni akti koji sadrže pravna pravila, ulaze u pravnu dinamiku kao formalni izvori prava. Objektivna pravna situacija je, u stvari, sadržina pravnog pravila, to jest, pravno pravilo samo. Ona je opšta, jer je obavezna za sve. Ona je trajna, jer opstaje posle svih njenih primena na pojedinačne slučajeve, sve dok ne bude izrično izmenjena ili ukinuta od strane zakonodavca ili ne bude izobičajena usled samorastućeg preobražaja unutar objektivnog prava. Primeri objektivnih pravnih situacija izuzetno su brojni kako u javnom tako i u privatnom pravu.

Kao primer iz javnog prava, Digi uzima (nekadašnji) francuski izborni zakon koji propisuje da svaki francuski državljanin koji je navršio 21 godinu života, muškog pola i koji nije potpao pod udar propisanih lišenja biračkog prava, jeste birač. Izravnom i neposrednom primenom toga zakona, svaki Francuz dostigavši propisano starosno doba postaje

birač. Od tog časa, službena lica su dužna da intervišu kako bi mu dozvolila da vrši svoje biračke funkcije. Svakome je zabranjeno da učini bilo šta što bi ga ometalo u tome i pravni putevi su otvoreni radi suzbijanja radnji koje bi imale to za cilj. Ta situacija je opšta kao zakon pošto se suprotstavlja svakom, kao što se zakon nameće svima. Birač ne gubi svoju situaciju kada je jedanput ili više puta vršio svoja biračka ovlašćenja; on će ih zadržati dogod nedirnut traje zakon koji ih je stvorio. No, situacija će se preobraziti u isto vreme kao i zakon, i poprimiće sve izmene koje je uneo u nju. Primer iz privatnog prava je objektivna situacija u kojoj se nalazi pojedinac rođen od roditelja sjedinjenih bračnom vezom. Samom činjenicom svoga rođenja taj pojedinac stiče zakonsku situaciju bračnog deteta, koja mu obezbeđuje ukupnost ovlašćenja koja može suprotstaviti svakome i koja će sačuvati dogod zakon koji ih je stvorio i uređio ne bude ukinut ili izmenjen. Ta situacija proishodi odatle, što zakon svakome zabranjuje da preduzme ma kakvu radnju koja je vređa i pravni put je otvoren u svrhu prestanka svake smetnje koja bi nastupila u pogledu vršenja ovlašćenja vezanih za dotičnu situaciju. Ona je opšta: Pravni put koji podrazumeva otvoren je protiv svakog ko je u ma kom vidu ometa i radi prestanka svake situacije koja bi se ustanovila u suprotnosti sa njom.

S druge strane, postoje situacije koje zacementiraju opšte i trajne pravne situacije, ali koje, mada proishode iz zakona, koji dodeljuje njihov domašaj i sadržaj, ipak nastaju pod uslovom da su preduzeti izvesni pojedinačni akti, koje iz tog razloga Digi naziva "aktima-uslovima" (actes-conditions). Ti akti mogu da potiču bilo od pojedinca, bilo od službenog lica, te usled toga dotična situacija nije rezultat neposredne primene zakona. Te situacije veoma su česte u javnom pravu. Digi na prvom mestu navodi kao primer situaciju činovnika, koja je izvesno opšta i trajna, no koja može postojati samo nakon što je došlo do imenovanja. I u privatnom pravu, objektivne situacije koje nastaju usled akta-uslova izuzetno su brojne. Stanje bračnih drugova je opredeljeno i uređeno zakonom. No, ono može nastati samo po zaključenju braka. Akt zaključenja braka uopšte ne stvara situaciju koja se pojavljuje usled njega. Ona je stvorena i uređena zakonom. Ali njena primena je potčinjena uslovu zaključenja braka. Digi naročito ukazuje na svojinu kao na prvorazrednu objektivnu situaciju, situaciju opštu i trajnu čiji je domašaj opredeljen zakonom i koja nastaje samo posle izvršenja izvesnog akta, akta koji se pogrešno naziva aktom sticanja i prenosa, no koji je prosto-naprosto uslov da bi se zakon o opštem režimu stvari primenio na označenu osobu i na određeno dobro. Digi, štaviše, savremenu svojinu,

posebno kapitalističku, naziva “društvenom funkcijom” (Duguit, I, 1927,448), i to shvatanje mu je pribavilo poznatost daleko van pravničkih krugova.

Za razliku od opštih i trajnih objektivnih situacija, subjektivno pravne situacije su specijalne i trenutne. One su specijalne u smislu da se na njih može pozvati samo jedna ili više individualno određenih osoba i da se mogu suprotstaviti samo jednoj osobi ili mnoštvu takođe individualno određenih osoba. One su trenutne u smislu da kada je izvršena radnja koja se za njih vezuje, kada je jedanput primenjen pravni put koji je sankcioniše, one netragom nestaju i više ne postoji pravni put koji može biti upotrebljen u cilju njihove zaštite. Ovde se radi o saznanju da li se stvaralački uzrok jedne takve situacije nalazi u objektivnom pravu ili u izjavi individualne volje usled koje je nastala; da li ta izjava ima isključivo predmet da opredeli domašaj situacije ili da li je ona još k tome i stvara. Za razliku od onoga što se tiče objektivne situacije, domašaj i sadržaj svake subjektivne pravne situacije je opredeljen individualnom manifestacijom usled koje se ona pojavljuje. Te manifestacije Digi naziva “subjektivnim aktima” (*actes subjects*).

Kao primer subjektivnih pravnih situacija, Digi najpre uzima one koje nastaju usled ugovora, budući da je ugovor najčešći i najtipičniji subjektivan akt. Take pravne situacije su specijalne, individualne, pošto se tiču samo dvojice saugovornika i pošto je pravni put otvoren samo između njih: Svi drugi pojedinci su strani u odnosu na situaciju i pravni put je za njih zatvoren, kao da ga nema. Situacija je trenutna i privremena jer kada je činidba koja je njenom predviđena, izvršena, bilo da je izvršena dobrovoljno ili pod prinudom kao posledicom pravnog puta, situacija iščezava; više nema nikakvog otvorenog pravnog puta i stvari stoje onako kao da situacija nikada nije postojala.

Digi naglašava da zakon nikada ne može biti retroaktivan, imati povratno dejstvo. U protivnom, on bi bio protivan “višem pravu” (Duguit, II, 1928, 238). Zakon se primenjuje samo na buduće činjenice i nikada ne može izmeniti subjektivnu pravnu situaciju. No, zakon menja sve objektivne pravne situacije, čak i ako su nastale ranije, pošto te situacije nisu ništa drugo do sam zakon u primeni i u tom pogledu zakon uopšte ne proizvodi povratno dejstvo. Situacija je izmenjena ili ukinuta prosto zato što je zakon, čije je ona puko očitovanje, izmenjen ili stavljen van snage. Polazeći od ovih zaključaka, rešava se i pitanje pravnosnažno presuđene stvari. Ako se usled presude pojavi objektivna (u tekstu: Duguit, I, 1927, 315, stoji pogrešno “subjektivna”) pravna situacija, ta sudska

odluka imaće opšti ili trajan domašaj kao pravna situacija koju je utvrdila ili čiji je nastanak uslovila.

Ovde se javlja potreba za izvesnim ispravkama Digijevo shvatanja. Postoje, naime, složeni pravni akti, ujedno subjektivni akti i akti-uslovi. Tako je pretpostavka prenosa prava svojine često dvostran subjektivni akt, ugovor o kupoprodaji, pri čemu u nekim pravima taj ugovor izravno prenosi pravo svojine na prodanoj stvari. Takva pretpostavka može biti i jednostran subjektivni akt, kakav je zaveštanje (testament). Posledica toga bi bila, da zakonodavac, na primer, može da ukine privatnu svojinu u izvesnoj grani narodne ekonomije. Ali, država bi tada morala da izvlašćenim sopstvenicima, kao kod eksproprijacije, isplati "pravičnu naknadu". Dalje, zakonsko nasleđivanje kao pravni osnov sticanja svojine je čista objektivna pravna situacija. No, ako bi zakonodavac ukinuo ili suzio zakonsko nasleđivanje te, po logici stvari, lišio prava svojine na nasleđenim stvarima bivše zakonske naslednike, onda bi država morala da ih obešteti, slično kao i u prethodnom slučaju. Jer, funkcija zakonskog nasleđivanja je očuvanje opstanka nadživelih članova porodice (v.: Hegel, 1981, 214 idd., §§178 idd.).

Rodonačelnik pojma institucije je Moris Oriu (Maurice Hauriou), francuski profesor javnog prava, Digijev savremenik i protivnik (v.: Petrović, 1978, 161 idd.). Imao je zapažene poštovaoce u oblasti nauke javnog prava i van Francuske: Karla Šmita u Nemačkoj i Santi Romana (Santi Romano) u Italiji. Oriu instituciju definiše kako sledi (Hauriou, 1923, 76): "Društvena institucija se suštinski sastoji od objektivne ideje preobražene u društveno delo od strane osnivača, ideje koja, zatim, regrutuje pristalice u neodređenom broju u društvenoj sredini i tako podvrgava svojoj službi subjektivne volje koje se beskonačno obnavljaju." Može postojati više institucija nacionalnog karaktera; državna uprava u Francuskoj je jedna od njih (Hauriou, 1933, 13 idd., 39 idd.).

No, sama država je vrhovna institucija; ona je, za Oriua, "institucija nad institucijama" ("l'institution des institutions") (Hauriou, 1916, 133). Za Santi Romana, institucija i "pravni poredak" su istovetni (Romano, 1975, 23): "Drugim rečima: Pravni poredak, tako široko shvaćen, je jedna celina koja se delimično pokreće u skladu s normama, ali pre svega sama pokreće norme, slično figurama na šahovskoj tabli. Tako su te norme pre predmet i sredstvo delatnosti pravnog poretka, umesto element njegove strukture. U izvesnom smislu može se čak reći da norme samo reakciono odgovaraju bitnim osobinama

pravnog poretka: Barem neke od normi mogu se menjati, dok sam pravni poredak, u svojim bitnim osobinama, ostaje očuvan.”

Prvenstveno naš doprinos teoriji institucije i opšte teorije prava i države je sagledavanje preobražaja države kao subjekta pravnog poretka u državu kao instituciju i time pravnog subjekta, odnosno, s tačke gledišta pravne dinamike (cikličnog stvaranja pravnog poretka) u državu kao jedinstvo aktualnog i realnog pravnog poretka. Taj preobražaj nazivamo samoobavezivanjem ili samoograničenjem države. Ti izrazi potiču od Georga Jelineka. No, on pod njima podrazumeva nešto sasvim drugo, a naime ograničenje države kao subjekta prema samoj sebi (v.: na primer: G. Jelinek, 1919, 195 idd., 234 idd.). Međutim, obvezivanje subjekta prema samom sebi je nešto nestvarno; njegova volja je i dalje slobodna.

Žarišnu tačku institucije uopšte i državne institucije napose obrazuje objektivno-subjektivna ideja. Tako Oriu govori o “ideji društvenog dela”, “ideji preduzeća”, “ideji države”, “ideji otadžbine” (Hauriou, 1916, 276). Svoje ideje država ostvaruje posredstvom javnih službi. Ovde se udaljujemo od Digija, koji kaže (Duguit, II, 1928, 59): “Država nije... vlast koja zapoveda, suverenitet...; ona je kooperacija javnih službi organizovanih i kontrolisanih od strane vladajućih.” Dakle, u državi, za Digija iza javnih službi i vladajućih ne stoji ništa više. Po nama, iza javnih službi stoji državna institucija i one su njeno puko oruđe. U pravu je Binj de Vilnev (M. de la Bigne de Villeneuve, 1954, 189 idd.), kada navodi sledeće nužne ili zbiljske državne javne službe: službe vlade, u užem smislu; službe bezbednosti, finansijske službe; predstavničke službe; zakonodavne službe, u pravom smislu; upravne službe.

I institucija je smrtna. Ona može da umire tako što se “prazni iznutra”; to jest, kada je napusti njena stvaralačka ideja i ona je mrtva; ono što ostaje samo je gola forma, obezdušeno telo, koje više ne nosi snaga, već uobičajenost (Hauriou, 1896, 194 idd.). Takođe, kada dođe do prekida u kontinuitetu institucije, ponovno uspostavljanje predašnjeg stanja nije više moguće (Schmitt, 1985, 180). Jedan značajan dograditelj teorije institucije veli (Renard, I, 1930, 293): “Ako je država samo gomila ili federacija ili pak sindikat javnih službi, ako, iznad javnih službi, od kojih svaka ima svoju sopstvenu svrhovitost i svoju unutrašnju hijerarhiju, ne postoji država koja koordiniše, asimilišući ih i potčinjavajući ih, posebnu svrhovitost i hijerarhiju javnih službi, ako država nije, pre svega, spoljašnja i vrhovna vlast nad javnim službama, koja u meri nužnoj za ostvarivanje jednoga glavnog cilja, ima sposobnost da zahvati u autonomiju različitih javnih službi, te da ih privede sebi, onda je

država samo etiketa, i više nema države...: Upravni sindikalizam tako shvaćen nije teorija države, on je negacija države.”

Počev od Francuske revolucije 1789. godine Zapadna Evropa se pretvara u “groblje institucija”. To je još krajem 19. veka uočio Niče (Nietzsche), koga sa odobravanjem navodi Hajdeger (Heidegger, 1971, 66, podvučeno u izvorniku): “Ceo Zapad nema više one instinkte iz kojih rastu institucije, iz kojih raste budućnost: Njegovom ‘modernom duhu’ možda ništa više ne kviri račune. Živi se za danas, živi se brzo, živi se veoma neodgovorno: Upravo to naziva se ‘slobodom’. Ono što pravi institucije institucijama, prezire se, mrzi se, odbija se: Veruje se da postoji opasnost jednog novog ropstva, gde se samo glasno izrekne reč ‘autoritet’.”

Pravnu dinamiku u vidu teorije kružnog (cikličnog) stvaranja pravnog poretka prvi put smo izložili u već spomenutoj studiji iz 2010. godine (Petrović, 2010, 155–200). Ovde ćemo je predstaviti u kraćoj, ali bitno potpunijoj formi. Navedimo najpre njene osnovne pojmove. To su: pravni akti, činjenične pravne radnje, država kao jedinstvo aktualnoga (prema pravnim aktima) i realnoga pravnog poretka te pravilo da „kasniji zakon ukida raniji“ (lex posterior derogat legi priori) kao zbiljska „pranorma“ („osnovna norma“) pravne dinamike.

Jednu veoma značajnu teoriju stvaranja pravnog poretka izložili su predstavnici “Bečke pravne škole” Merkl (Merkl) i Kelzen (Kelsen). To je teorija “stepenastog obrazovanja pravnog poretka” (Stufenbau der Rechtsordnung). Pored prihvatanja te teorije u delima niza pravnih pisaca: naročito austrijskih, švajcarskih i francuskih — bilo je i dosta pokušaja njenog opovrgavanja. Smatramo da su ti pokušaji bili bezuspešni pošto teorija “stepenastog obrazovanja” sadrži i istinite postavke. Zato, umesto pokušaja frontalnog opovrgavanja, naša teorija pravne dinamike nastoji da te postavke ugradi u sebe. Merkl, navodeći i svoga prethodnika Birlinga (E. R. Bierling) kaže (Merkl, 1923, 194 idd., podvučeno u izvorniku): “U sledstvu toga, što smo svako donošenje subordinisanih pravnih normi označili kao pravni posao, pokazuju se pravni poslovi privatnog prava, to jest ona donošenja normi kojima je nadređena jedna ili više normi jednog određenog građanskog prava, samo kao jedna vrsta pravnih poslova, pored koje kao dalje vrste nastupaju pravni poslovi javnog prava, čija valjanost počiva na nadređenim javnopravnim normama jedne određene države, kao i pravni poslovi crkvenog prava, međunarodnog prava i tako dalje... Takođe je i zakon, koji vladajuća doktrina uobičajeno, pored običajnog prava, označava kao jedini izvor prava, samo jedna istaknuta vrsta među pravnim poslovima javnog prava... Još odveć malo spoznata činjenica da

su zakon i uopšte naredba javne vlasti, s jedne strane, i sve moguće vrste privatnopravnih poslova, s druge, ne prosto po poslednjem osnovu svoga pravnog važenja, nego i s obzirom na vrstu svoga utemeljenja ili nastanka, suštinski istovrsne stvari, biće na najkraći i najudarniji mogući način okarakterisani ravnomernom upotrebom naslova 'pravni posao' za obe." Kelzen kaže (Kelsen, 1920/21, 68): "I ipak je generalni zakon samo jedan stepen, ni prvi ni poslednji stepen u procesu stvaranja prava, koji počinje ustavnom normom kao izvornim ili početnom, kao jednim pravilom za zakonodavstvo, i napreduje preko zakona, kao jednoga pravila za uredbe, presude, upravne akte, pravne poslove, do konkretizovanja prava – kao ekonomska produkcija od sirovine preko polufabrikata do gotove robe."

U dvama osnovnim pitanjima Merkl, međutim, misli ispravnije od Kelzena. Za ovoga potonjeg, kao čistog normativistu, pravni poredak čine isključivo, kako on kaže, "generalne" i "individualne" norme (Kelsen, 1960, 240 id.). Merkl, prvo, naprotiv govori o pravnim poslovima, pravnim aktima i formama u kojima se nalaze pravne norme, dakle o onome što smo nazvali "aktima-pravilima", "aktima-uslovima" i "subjektivnim pravnim aktima", koji sadrže norme, ali se sa njima ne poistovećuju, jer predstavljaju pojave realnog sveta. Merkl, s toga, ne može biti normativista kao Kelzen, a ovaj potonji uobražava da je normativista, a, u stvari, prihvatajući Merklovu teoriju, to nije i ne može biti. Merkl, drugo, pored pravnih akata koji sadrže norme, i radnje njihova izvršenja smatra sastavnim delom pravnog poretka, upotrebljavajući izraz "pravna pojava" kao nadpojam, čiji su podpojmovi, s jedne strane, pravni akti i, s druge strane, čisto činjenični akti njihova izvršenja ili primene (Merkl, 1923, 218 id.). Kao što ćemo kasnije videti, upravo ti činjenični akti predstavljaju pokretačku snagu kružnog (cikličnog) stvaranja pravnog poretka.

Predstavnici "Bečke pravne škole" stoje takođe na ispravnom stanovištu da je slobodna ocena nužan element konkretizacije pravnog poretka. S tim u vezi, Merkl zaključuje (Merkl, 1927 144, podvučeno u izvorniku): "Ako dakle slobodna ocena nije ma kakva samovoljno propisana ustanova pozitivnoga prava, kako se rado predočava, ali takođe nije nevoljna slabost zakonske tehnike, prevashodno jezika zakonodavstva, koji mora, kako se ponekad uobražava, da usled nedostatka sredstava i izražavanja ostavi mesta slobodnoj oceni, već je pravnoteorijski zasnovana nužnost u suštini izvršavanja kao konkretizacije apstraktne norme, onda je isključeno rezervisanje slobodne ocene za upravu, pa čak i samo prvenstveno administrativne slobodne ocene u odnosu na slobodnu ocenu u oblasti drugih funkcija." Dodajmo i ovo. Pravnom aktu, kao aktu volje,

svojestven je, kako ističe Duguit (Duguit, I, 1927, 322, 339 idd.), “opredeljujući cilj” (but déterminant). No, upravo u slobodnoj oceni opredeljujući cilj postaje pravno relevantan, u smislu da njegova protivpravnost povlači nevaljanost pravnog akta zbog “zloupotrebe ovlašćenja”. Zato smo i zauzeli stav da je izraz “ocena celishodnosti” ispravniji od izraza “slobodna ocena” ili “diskreciona vlast” (V.: Petrović, 1981, 49 id..).

Ujedno, nužan vid konkretizacije prava jeste i tumačenje prava. Doduše, kada se radi o pukom logičko-gramatičkom tumačenju, tumačenje je časovito i gubi se u aktu primene prava. No, pošto su pravna pravila, u celini gledano, nesavršena u odnosu na predmet svoga uređivanja, pošto se, s tim u vezi, neminovno javljaju “pravne praznine”, oni koji su pozvani da pravna pravila primenjuju, moraju da dopunjavaju njihovu sadržinu, da popunjavaju pravne praznine, posebno sistematskim i ciljnim (teleološkim) tumačenjem. Time oni postaju ne samo primenitelji, već i sustvaraoci prava. Značajan primer stvaranja prava putem tumačenja nudi judikatura Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država; u njoj je putem primenjivanja takozvane “široke konstrukcije” (broad construction), uveliko izmenjen prvobitno važeći Ustav te zemlje (v: Schmidhauser, 1958, 28 idd.). Napomenimo da u terminologiji anglosaksonske pravne i političke teorije, “konstrukcija”, nasuprot “interpretaciji”, označava popunjavanje pravnih praznina (Lieber, 2002, passim).

Potpunom individualizacijom i konkretizacijom prava završava se, po teoriji “stepenastog obrazovanja”, razvitak stvaranja prava (Merkl, 1923, 220 idd.). No, pored te nizlazne linije obrazovanja pravnog poretka, postoji i uzlazna linija obrazovanja prava, i otkriće i prikazivanje te uzlazne linije sa konsekvencama koje odatle slede, predstavlja doprinos naše teorije kružnog (cikličnog) obrazovanja pravnog poretka. Ako je jedan od aksioma teorije “stepenastog obrazovanja” da pravo samo uređuje uslove svog stvaranja (“samoobrazovanje prava”, Kelsen, 1925, 98, 234), onda jedino shvatanje kružnog toka u obrazovanju prava u potpunosti odgovara zahtevu sadržanom u tom aksiomu.

U savremenoj reprezentativno-stranačkoj državi, uzlazna linija stvaranja prava otpočinje izbornim radnjama političkih stranaka i birača. Političke stranke utvrđuju kandidate za predstavnička tela, dok birači, glasajući za jedne od tih kandidata, utvrđuju personalni sastav tih tela. Za teoriju “stepenastog obrazovanja” ovde se može raditi samo o primeni, odnosno izvršavanju izbornih zakona. Međutim, bez tih radnji, koje se pravno okončavaju u donošenju neke vrste zbirnog akta-uslova biračkog tela (Duguit, I, 1927, 367 idd.), nema ni ustavotvornih

ni zakonodavnih skupština, ni vlade, te prema tome ni stepenastog obrazovanja pravnog poretka. Ovde je sasvim u pravu Georg Jelinek (G. Jellinek, 1914, 554) kada kaže: "Ako američki narod u Uniji i sastavnim državama ne bi pristupio izborima koji mu pripadaju, posledica toga bi bila potpuna dezorganizacija Sjedinjenih Država, koje bi ostale bez Kongresa, predsednika i time bez ostalih organa."

Ovakva uzlazna linija stvaranja prava postoji u svakom tipu države. U apsolutnoj monarhiji, u kojoj ne postoji biračko pravo, u ličnosti vladara objedinjena je celokupna zakonodavna, izvršna i sudska vlast. No, da bi apsolutni monarh mogao da vrši navedene vlasti, morao bi da prethodno bude miropomazan, krunisan i ustoličen na presto, morali bi dakle da budu preduzeti dotični realni akti predviđeni ustavnom objektivnom pravnom situacijom o zakonskom nasleđivanju prestola ili subjektivnom pravnom situacijom utvrđenom zaveštanjem (testamentom) vladarevog preminulog prethodnika. Ukoliko ne bi bili ispunjeni uslovi utvrđeni dotičnom objektivnom ili subjektivnom pravnom situacijom, presto bi ostao upražnjen i nastupila bi dezorganizacija slična onoj o kojoj je govorio Georg Jelinek.

Za pojam kružnog toka obrazovanja prava izuzetno je značajna teorija policije. Normativistički posmatrano, policijska delatnost uglavnom se sastoji u izvršavanju određenih zakonskih i uredbenih akata-pravila. Ali, ako policija ne uspostavlja i ne održava "javni red i mir", "javni poredak", "ustavom utvrđeni poredak", što su sve pozitivnopravni izrazi za realni pravni poredak, nijedan državni organ ne bi mogao da donosi zakone, presude i upravne akte, niti bi subjekti građanskog prava mogli da zaključuju i izvršavaju ugovore. O policiji Hegel kaže (Hegel, 1981,

263, podvučeno u izvorniku): "Ovde se ne mogu dati čvrsta određenja niti povući apsolutne granice. Ovde je sve lično, nastupa subjektivno mnjenje, i du h ustava, opasnost vremena treba da saopšte bliže okolnosti. U ratnim vremenima se, primerice, mnogo toga što je inače bezopasno, ima smatrati štetnim. Usled tih strana, slučajnosti i samovolje ličnosti policija dobiva nešto omraženo... Ali, ma koliko škodljivo to stanje bilo, objektivno granična linija ovde se ne može povući."

Jedinstvo aktualnog (u smislu pravnih akata) i realnog pravnog poretka jeste država u smislu pravne dinamike (kružnog ili cikličnog stvaranja prava). Država i pravo su dakle isto, razume se ako se radi o pravu dotične države.

Doduše, i za Kelzena su države i pravo identični (v., na primer: Kelsen, 1999, 182 idd., 188 idd., 197 idd., 377). Samo, Kelzen pravo shvata

isključivo kao ukupnost, kao što smo već videli, opštih i pojedinačnih “pravnih normi”. Sledstveno tome, ni država nije za njega ništa drugo do jedan određeni normativni poredak. To gledište je za nas, kao što se iz rečenoga već moglo primetiti, sasvim neprihvatljivo. Ako bi se prihvatilo, posledice toga bile bi krajnje neprirodne i besmislene. Krivični zakonik koji držim u rukama, bio bi država ili njen deo. Cela država mogla bi da stane u police jedne manje biblioteke. Francuska, na primer, ne bi bila jedna država, već bi postojalo onoliko francuskih država koliko postoji odštampanih kompleta francuskog službenog glasnika. No, slika se sasvim menja kada krivičnom zakoniku u pitanju dodamo zakonodavno telo koje je vlasno da ga donosi i menja, policiju koja goni njegove prekršioce, sudove koji ih kažnjavaju i zatvore u kojima izdržavaju kazne na koje su osuđeni, kada dakle državu i pravo sagledamo kao jedinstvo njenog aktualnog i realnog poretka. Samo takvo gledište omogućava poimanje individualizacije prava u prostoru, vremenu i u pogledu lica za koja važi.

Pravnu dinamiku nužno je pojmiti i kao procesno pravo. Procesno pravo nije naprosto grana prava, odnosno šira pravna grana koja obuhvata više užih, i koja se poima kao puko sredstvo za ostvarivanje materijalnog prava, već je jedan od tri konstitutivna elementa pravnog poretka u celini. U studiji iz 2013. napisali smo (Petrović, 2013, 198 idd., podučeno u izvorniku): “Procedure nisu samo primene normi o nadležnosti i postupku. Ustavotvorni postupak samoorganizovanja države, zakonodavni i upravni postupak utvrđivanja javnog interesa, krivični i građanski postupak utvrđivanja istine, postupak zaključivanja i pristupanja ugovoru u građanskom i međunarodnom pravu, pre svega su sam pravni život.” Pre nas, izgleda da je samo Oriu uvideo ovakav značaj procesnog prava, to jest procedura (v.: Hauriou, 1916, 137 idd.).

U pravnoj dinamici nalazi se i ispravan odgovor na pitanje odnosa “akata-pravila” kao formalnih izvora prava. Statično-normativistička opšta teorija prava rešava ovo pitanje polazeći od shvatanja “hijerarhije pravnih akata”. Tako, na primer, Lukić kaže (Lukić, 3/II, 1995, 156): “Svi pravni akti i pravne norme u njima sadržane zauzimaju svoje mesto u pravnom poretku po načelu hijerarhije – sređuju se u jednu lestvicu viših i nižih akata, tako da na vrhu stoje najviši a u osnovi – najniži akti.” To je izraz postulata: “Viši zakon ukida niži” (Lex superior derogat legi inferiori). No, kada se u ovaj odnos unese vreme kao osnovni pojam pravne dinamike, pokazuje se da je taj postulat relativan i da veću snagu od njega ima postulat: “Kasniji zakon ukida raniji”

(Lex posterior derogat legi priori). Delovanje ovoga postulata dovodi i do takozvanog "protivpravnog stvaranja prava".

Laband ističe (Laband, II, 1911, 187): "Staro ius civile Rimljana podleglo je službenim uredbama pretora i edila, ius honorarium-u; staro narodno pravo germanskih plemena iščezlo je pred činovničkim instrukcijama koje su merovinški i karolinški kraljevi izdavali u svojim kapitularima; opšte zemaljsko pravo kasnijeg Srednjeg veka bilo je najtemeljnije preobraženo i u svim svojim delovima izmenjeno i dograđeno upravnim uredbama gradskih magistrata; pravo nasleđeno iz Srednjeg veka ustupilo je mesto sasvim novom pravu, koje je obrazovano instrukcijama i upravnim uredbama što su ih zemaljski gospodari upućivali svojim pristavima, svojim računovođama, svojim dvorskim i kamernim sudijama, rečju svojim činovnicima." Ono što daje razmernu trajnost odnosima između formalnih izvora prava, te tako protivdejtstvuje postulatu "Lex posterior derogat legi priori", jesu pravni principi, koje razmatramo u našoj pravnoj teleologiji.

Šta je bivstvo pravnih principa? Italijanski pravni filosof Del Vekio i austrijski pravni filosof Marčić izjednačuju opšte pravne principe sa prirodom stvari i prirodnim pravom (Del Vecchio, 1965, 388 idd.; Marcic, 1957, 19 idd.). Po nama, pravni principi odgovaraju prirodi stvari kao jedinstvu idealne suštine i njoj adekvatne realne kategorije i kao mestu susreta subjektivnog i objektivnog duha. I Hegel kaže (Hegel, 1991, 396 idd., §502, podvučeno u izvorniku): "Izraz prirodno pravo, koji je bio uobičajen za filozofsku teoriju prava, sadrži dvosmislenost da li je pravo prisutno u neposrednoj prirodnosti ili se misli tako kako je određeno po prirodi stvari, to jest pojmom. Ono se značenje nekad smatralo uobičajenim; tako da je ujedno bilo izmišljeno nekakvo prirodno stanje, u kome bi prirodno pravo trebalo da važi, nasuprot čemu bi stanje društva i države zahtevalo ograničenje slobode i žrtvovanje prirodnih prava, i nosilo ih sa sobom. Ali, u stvari, pravo i sve njegove odredbe zasnivaju se na slobodnoj ličnosti, samoodređenju, koje je baš suprotnost prirodnom određenju. Pravo prirode je od tuda postojanje sile i pribavljanja važnosti nasilju, te je prirodno stanje jedno stanje nasilništva i neprava o kome se ne može reći ništa istinitije doli da iz njega treba izaći. Društvo je, naprotiv, upravo jedino stanje u kome pravo ima svoju stvarnost; ono što treba ograničiti i žrtvovati jeste baš samovolja i nasilništvo prirodnog stanja."

Vrhovni pravni princip, kao izvor legitimiteta, jeste princip društvene solidarnosti. Filozof Maks Šeler (Max Scheler) ističe da

je princip solidarnosti moralni apriori istorije i zajednice kao i moralni skupni ideal čovečanstva (Scheler, 1966, 15, 284, 364, 523, 526, 530). Sa svoje strane, Digi ukazuje na društvenu solidarnost kao realnu kategoriju (Duguit, II, 1928, 60): "Državni upravljači, budući pojedinci poput drugih, obuhvaćeni su kao i drugi vezama društvene međuzavisnosti ili solidarnosti. Oni su dužni da ispunjavaju obaveze koje im nameće pravilo zasnovano na toj društvenoj međuzavisnosti ili solidarnosti..." I dalje (Duguit, II, 1903, 220): "Svuda gde postoji solidarnost, stanje udruživanja, nužno se obrazuje jedno pravno pravilo, objektivno pravo, čiji je osnov, mera i predmet samo to udruživanje, objektivno pravo koje podrazumeva objektivne dužnosti i ovlašćenja, koji upravo proističu iz tog udruživanja." Ovde spadaju i različite varijacije principa pravde.

Pored te legitimišuće, pravni principi imaju u pravnom poretku i stabilizujuću funkciju. Tako pravni principi zaštite stečenih prava, pravne sigurnosti, savesnosti i poštenja te podele vlasti ograničavaju povratno (retroaktivno) dejstvo zakona (v.: Scheerbarth, 1961, 33 idd.).

Napokon, pravni principi imaju i interpretativnu (tumačeću) ulogu u pravnom poretku. Ta se uloga osobito vezuje za otkriće "unutrašnjeg pravnog sistema", za šta zasluga prvenstveno pripada nemačkim profesorima građanskog prava, Larencu i Kanarisu (Larenz, 1991, 457 idd., 473 idd.; Canaris, 1983, 48 idd.). Dok je "spoljašnji" ili "apstraktno-pojmovni" pravni sistem uglavnom delo zakonodavca, dotle razvijanje "unutrašnjeg pravnog sistema", koji se sastoji od opštih pravnih principa kao "teleoloških", "konkretno-opštih pojmova" u Hegelovom smislu, predstavlja pre svega zadatak pravne nauke kao "poslednjeg azila" evropske pravne svesti. Tako Karl Šmit (Schmitt, 1985, 420 idd.). Betti ide još dalje i teorijsku i praktičnu jurisprudenciju opredeljuje kao "organ društvene svesti" (Betti, 1971, 324 idd.). Mi bismo ovde pribegli izvesnom sužavanju i pod "praktičnom jurisprudencijom" videli samo advokaturu. Jer, tek zahvaljujući njoj, primena pravnih principa postaje, po rečima severnoameričkog pravnog pisca Luelina (Llewellyn, 1962, 375 idd., 382), "liberalna umetnost" (u izvornom, antičko-srednjovekovnom značenju).

Literatura

Petrović, 2013 = M. Petrović, K pravnoj prirodi crkvenoga prava. Ujedno zasnivanje trijalističke teorije prava, poseban otisak iz Zbornika radova „1700 godina Milanskog edikta“, Niš 2013, 183 idd.

Husserl, I, 1950 = E. Husserl, Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie, I, herausg. v. W. Biemel, Haag 1950, 26 idd.

Hegel, I, 1951 = G.W.F. Hegel, Wissenschaft der Logik, I, 1934, unv. Abdruck, Leipzig 1951, 49 idd., 67 idd., 119 idd.

Petrović, 2010 = M. Petrović, O supremaciji izvršno-upravne vlasti u zapadnim zemljama i u Rusiji. Ujedno utemeljenje teorije kružnoga (cikličnoga) stvaranja pravnoga poretka, poseban otisak iz Tematskog zbornika radova „Aktuelne tendencije u razvoju i primeni evropskog kontinentalnog prava“, I, Niš 2010, 188 idd.

Petrović, 1981 = M. Petrović, Pravna vezanost i ocena celishodnosti državnih vlasti i organa, Beograd 1981, 14 idd.

Živanović, 1959 = T. Živanović, Sistem sintetičke pravne filozofije: 1. Sintetička filozofija prava. 2. Sintetička filozofija pravnih nauka, Beograd 1959, 7 idd.

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, 4th Ed. By R. Campbell, I, 1879, reprinted, Bristol 2002, 412 idd.

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 idd.

Laband, I, 1911 = P. Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, I, 5. Auf l., Tübingen 1911, 105, podvučeno u izvorniku.

Lasson, 1967 = A. Lasson, System der Rechtsphilosophie, 1882, Nachdruck, Berlin 1967, 208 id.

Somló, 1917 = F. Somló, Juristische Grunlehre, Leipzig 1917.

Ripert, 1949 = G. Ripert, Le déclin du droit. Etudes sur la législation contemporaine, Paris 1949, 37 idd; Ripert, 1951 = G. Ripert, Aspects juridiques du capitalism modern, 2-e éd., Paris 1951, 128 idd; Ripert, 1955 = G. Ripert, Les forces créatrices du droit, Paris 1955, 191 idd.

Schmitt, 1985 = C. Schmitt, Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954, 3. Auf l., Berlin 1985, 276.

Lukić, 3/II, 1995 = R. Lukić, Teorija države i prava, II. Teorija prava, Sabrana dela 3, Beograd 1995, 103 id., 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 id. §§ 40, 41, podvučeno u izvorniku.

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 idd., § 14, tač. 6.

Haller, I, 1964 = C.L. von Haller, Restauration der Staatswissenschaft, I, Neudruck der 2. Auf l., 1820, Aalen 1964, 340 idd.

Haller, II, 1964 = C.L. von Haller, Restauration der Staatswissenschaft, II, Neudruck der 2. Auf l., 1820, Aalen 1964, 57.

Haller, III, 1964 = C.L. von Haller, Restauration der Staatswissenschaft, Neudruck der 2. Auf l., 1821, Aalen 1964, 191 idd.

Hegel, 1991 = G.W.F. Hegel, Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften (1830), Herausg. v. F. Nicolin/O. Pöggeler, 8. Auf l., Hamburg 1991, 389 idd., §§ 483 idd.

Hartmann, 1962 = N. Hartmann, Das Problem des geistigen Seins. Untersuchungen zur Grundlegung der Geschichtsphilosophie und der Geisteswissenschaften, 3. Auf l., Berlin 1962, 175 idd.

Nietzsche, II, 1972 = F. Nietzsche, Die fröhliche Wissenschaft, in: Werke, herausg. v. K. Schlechta, 6. Auf l. (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. Auf l. (Nachdruck), Frankfurt a.M./Berlin/Wien 1972,

12. Heidegger, I, 1961 = M. Heidegger, Nietzsche, I, 2. Auf l., Pfullingen 1961, 570 idd. Kant, VI, 1968 = Kants Werke, Akademie-Textausgabe, Berlin 1968, 300 idd.

- Schmitt, 1970 = C. Schmitt, Verfassungslehre, 5. Aufl., Berlin 1970, 23 idd.
- Engisch, 1968 = K. Engisch, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 2. Aufl., Heidelberg 1968, 237 idd.; Larenz, 1991 = K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1991, 461 idd.
- 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 idd. § 17.
- Schmitt, 2006 = C. Schmitt, Ueber die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 3. Aufl., Berlin 2006, 19 id.
- 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 idd. 125 idd.
- 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 idd.
- 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 id., 47 id.).
- Duguit, II, 1928 = L. Duguit, Traité de droit constitutionnel, II, 3-éd., Paris 1928, 238.
- Petrović, 1978 = M. Petrović, M. Oriu i L. Digi kao osnivači savremene teorije i prava u Francuskoj, otisak iz Zbornika za teoriju prava SANU, I, Beograd 1978, 161 idd.
- Hauriou, 1923 = M. Hauriou, Précis de droit administrative et de droit public, 12-e éd., par A. Hauriou, Paris 1933, 13 idd.
- 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 idd.
- Hauriou, 1896 = M. Hauriou, Science sociale traditionnelle, Larose et Forcel, Paris 1896, 194 id.
- 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. Merkl, 1923 = A. Merkl, Die Lehre von der Rechtskraft, entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Eine Rechtstheoretische Untersuchung, Leipzig/Wien 1923, 194 id., podvučeno u izvorniku.
- 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 id.
- Merkl, 1927 = A. Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien/Berlin 1927, 144, podvučeno u izvorniku.
- Schmidhauser, 1958 = J.R. Schmidhauser, the Supreme Court as Final Arbiter in Federal=State Relations, Chapel Hill 1958, 28 id.
- 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, 3rd Printing, Clark, New Jersey 2004, passim.
- Kelsen, 1925 = H. Kelsen, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925, 98, 234.
- G. Jellinek, 1914 = G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Auf l. v. W. Jellinek, Berlin 1914, 554.
- Kelsen, 1999 = H. Kelsen, General Theory of Law nad State, 1945, Reprinted, Union, New Jersey 1999, 182 idd., 188 idd., 197 idd., 377.
- Laband, II, 1911 = P. Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Auf l., II, Tübingen 1911, 187.
- Del Vecchio, 1965 = G. Del Vecchio, Lezioni di filosofia del diritto, XIII ed., Milano 1965, 380 idd.; Marcic, 1957 = R. Marcic, Vom Gesetzesstaat zum Richerstaat, Wien 1957, 194 idd.
- Scheler, 1966 = M. Scheler, Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertetshik. Neuer Versuch der Grundlegung eines ethischen Personalismus, 5. Auf l., 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 idd.

Canaris, 1983 = Cl.-W. Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, 2. Aufl., Berlin 1983, 48 idd.

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 idd.

Llewellyn, 1962 = K.N. Llewellyn, Jurisprudence: Realism in Theory and Practice, Chicago/London 1962, 375 idd., 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.*

Dr Predrag Dimitrijević,*
Redovni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu
Dr Dejan Vučetić,*
Docent Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

originalni naučni članak

UDK: 342.725:35.077.92](497.11)

Rad primljen: 30.06.2015.
Rad prihvaćen: 03.12.2015.

OSTVARIVANJE PRAVA NA SLUŽBENU UPOTREBU JEZIKA I PISAMA PRILIKOM UPRAVNOG POSTUPANJA U REPUBLICI SRBIJI**

Apstrakt: Jedno od osnovnih načela upravnog procesnog prava u Republici Srbiji jeste načelo upotrebe jezika i pisama u postupku. Ovo načelo ima dve osnovne komponente. Prva komponenta jeste načelno određen službeni jezik na kojem se mora voditi postupak, a druga je pravo stranke da koristi svoj jezik u postupku. U Republici Srbiji se službena upotreba jezika i pisama još uvek ne ostvaruje u skladu sa zakonom, na šta ukazuju i pritužbe podnete Zaštitniku građana kojima građani traže zaštitu prava u ovoj oblasti.

Nakon razmatranja relevantnog pravnog okvira (Ustava Republike Srbije, Zakona o službenoj upotrebi jezika i pisama, Zakona o zaštiti prava i sloboda nacionalnih manjina, Zakona o opštem upravnom postupku i dr.), autori analiziraju osnovne probleme koji se prilikom postupanja uprave javljaju u vezi sa ostvarivanjem ovog načela, počevši od nedostatka tumača za određene jezike, problema upisa ličnog imena u putne isprave na jeziku i prema pravopisu manjine, izdavanja izvoda iz matičnih knjiga, izrade upravnih akata latiničnim pismom do nepostojanja ujednačene prakse upravnih organa u postupcima u kojima pripadnici nacionalnih manjina ostvaruju svoja prava. Autori se posebno bave pitanjem

* peca@prafak.ni.ac.rs

** dvucetic@prafak.ni.ac.rs

Ovaj članak je rezultat rada u okviru projekta pod nazivom „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“, finansiranom od strane Ministarstva prosvete i nauke Republike Srbije (referentni broj 179046).

nepostojanja zaokruženog sistema nadzora nad ostvarivanjem načela na službenu upotrebu jezika i pisama.

Na kraju, autori posebno izdvajaju pozitivna iskustva u ovoj oblasti sa ciljem da se poboljša normativni okvir službene upotrebe jezika i pisama, kao i da se ovo načelo ujednačenije primenjuje na celoj teritoriji Republike Srbije.

Ključne reči: *upravni postupak, službena upotreba jezika i pisama, prava manjina.*

1. Uvod

Pravo na službenu upotrebu jezika i pisama garantovano je, za Republiku Srbiju obavezujućim, osnovnim međunarodnim dokumentima o ljudskim pravima kao što su: Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (1966); Deklaracija UN o pravima pripadnika nacionalnih ili etničkih, verskih i jezičkih manjina (1992); Evropska povelja o regionalnim ili manjinskim jezicima (1992)¹; Okvirna konvencija za zaštitu nacionalnih manjina (1995)², i bilateralni ugovori o zaštiti manjina zaključeni sa Hrvatskom³, Mađarskom⁴. Makedonijom⁵ i

1 Videti: Zakon o ratifikaciji Evropske povelje o regionalnim ili manjinskim jezicima, *Sl. list SCG – Međunarodni ugovori*, br. 18/2005. Interesantno je to da Povelja primenjuje *a la carte* sistem, omogućavajući zainteresovanim državama da izaberu najmanje 35 mera koje će primenjivati, iz trećeg dela Povelje. Videti više u: Bašić, G., Đorđević Lj., 2010: 16.

2 Zakon o potvrđivanju Okvirne konvencije za zaštitu nacionalnih manjina, *Sl. list SRJ – Međunarodni ugovori*, br. 6/98. Nekadašnja Savezna Republika Jugoslavija joj je pristupila 2001. godine, a njene odredbe kasnije su bile razrađene u okviru odgovarajućih nacionalnih zakona, poput Zakona o zaštiti prava i sloboda nacionalnih manjina, Zakona o nacionalnim savetima i dr.

3 Zakon o ratifikaciji Sporazuma između Srbije i Crne Gore i Republike Hrvatske o zaštiti prava srpske i crnogorske manjine u Republici Hrvatskoj i hrvatske manjine u Srbiji i Crnoj Gori, *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, broj 3/05.

4 Zakon o ratifikaciji Sporazuma između Srbije i Crne Gore i Republike Mađarske o zaštiti prava mađarske nacionalne manjine koja živi u Srbiji i Crnoj Gori i srpske nacionalne manjine koja živi u Republici Mađarskoj, *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, broj 14/04.

5 Zakon o ratifikaciji Sporazuma između Srbije i Crne Gore i Republike Makedonije o zaštiti srpske i crnogorske nacionalne manjine u Republici Makedoniji i makedonske nacionalne manjine u Srbiji i Crnoj Gori, *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, broj 6/05.

Rumunijom⁶. Za predmet našeg rada od posebnog značaja su odredbe članova 9 i 10 Evropske povelje o regionalnim i manjinskim jezicima i odredbe članova 10 i 11 Okvirne konvencije za zaštitu nacionalnih manjina, koje Republika Srbija primenjuje, a sa čijim normama je, kako ćemo kasnije pokazati, naš pravni sistem formalno pravno usklađen.

Polazna osnova za određivanje jezika upravnog postupka data je u okviru prvog dela Ustava Republike Srbije (član 10) kojim su normirana osnovna ustavna načela: u Republici Srbiji u službenoj upotrebi je srpski jezik i ćirilčko pismo, a službena upotreba drugih jezika i pisama uređuje se zakonom, na osnovu Ustava. Dalje, u okviru drugog dela (ljudska i manjinska prava i slobode), od posebnog značaja za predmet našeg rada jeste odredba člana 75 Ustava, kojom se pripadnicima nacionalnih manjina garantuju dodatna individualna i kolektivna prava i slobode – kojom je predviđeno da oni, prilikom ostvarivanja svojih kolektivnih prava, odlučuju, između ostalog, i o pitanjima vezanim za službenu upotrebu jezika i pisama. U ovom, drugom delu Ustava (odredba člana 79) garantovano je i pravo na očuvanje posebnosti, prema kome pripadnici nacionalnih manjina imaju pravo: na izražavanje, čuvanje, negovanje, razvijanje i javno izražavanje nacionalne, etničke, kulturne i verske posebnosti; na upotrebu svojih simbola na javnim mestima; na korišćenje svog jezika i pisma; da u sredinama gde čine značajnu populaciju, državni organi, organizacije kojima su poverena javna ovlašćenja, organi autonomnih pokrajina i jedinica lokalne samouprave vode postupak i na njihovom jeziku; na školovanje na svom jeziku u državnim ustanovama i ustanovama autonomnih pokrajina; na osnivanje privatnih obrazovnih ustanova; da na svome jeziku koriste svoje ime i prezime; da u sredinama gde čine značajnu populaciju, tradicionalni lokalni nazivi, imena ulica, naselja i topografske oznake budu ispisane i na njihovom jeziku; na potpuno, blagovremeno i nepristrasno obaveštavanje na svom jeziku, uključujući i pravo na izražavanje, primanje, slanje i razmenu obaveštenja i ideja; na osnivanje sopstvenih sredstava javnog obaveštavanja, u skladu sa zakonom. Kao što vidimo, Ustav potencira da u sredinama u kojima pripadnici nacionalnih manjina predstavljaju značajan deo populacije, državni organi i organizacije kojima je povereno vršenje javnih ovlašćenja, kao i organi jedinica decentralizacije, postupak vode i na jeziku nacionalnih manjina. Kasnije u tekstu daćemo detaljno objašnjenje zakonskih propisa kojima je način realizacije ove ustavne norme regulisan. U vezi s predmetom našeg rada

6 Zakon o ratifikaciji Sporazuma između Savezne vlade SRJ i Vlade Rumunije o saradnji u oblasti zaštite nacionalnih manjina, *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, broj 14/04.

jeste i odredba člana 199 Ustava Republike Srbije koja propisuje sledeće: „Svako ima pravo da koristi svoj jezik u postupku pred sudom, drugim državnim organom ili organizacijom koja vrši javna ovlašćenja, kada se rešava o njegovom pravu ili obavezi“.

Napred navedene ustavne pravne regule dalje su razrađene čitavim nizom posebnih zakona, od kojih izdvajamo Zakon o službenoj upotrebi jezika i pisama⁷ i Zakon o zaštiti prava i sloboda nacionalnih manjina⁸. Norme ova dva zakonska teksta analiziraćemo detaljnije u nastavku rada.

Drugi zakoni kojima se zaokružuje pravni položaj nacionalnih manjina u Republici Srbiji jesu: Zakon o nacionalnim savetima nacionalnih manjina⁹, Zakon o lokalnoj samoupravi¹⁰, Zakon o matičnim knjigama¹¹, Porodični zakon¹², Zakon o ličnoj karti¹³, Zakon o putnim ispravama¹⁴, Zakon o opštem upravnom postupku¹⁵, Zakon o parničnom postupku¹⁶, Zakon o vanparničnom postupku¹⁷, Zakonik o krivičnom postupku¹⁸, Zakon o prekršajima¹⁹, Zakon o izboru narodnih poslanika²⁰, Zakon o lokalnim izborima²¹, Zakon o pečatu državnih i drugih organa²², i Zakon o ustavnom sudu²³.

7 *Sl. glasnik RS*, 45/91, 53/93, 67/93, 48/94, 101/2005 – dr. zakon i 30/2010.

8 *Službeni list SRJ*, 11/2002, *Službeni list SCG*, 1/2003 – *Ustavna povelja i Službeni glasnik RS*, 72/2009 – dr. zakon i 97/2013 – odluka US.

9 *Službeni glasnik RS*, 72/2009, 20/2014 – odluka US i 55/2014.

10 *Službeni glasnik RS*, 129/07.

11 *Službeni glasnik RS*, 20/2009.

12 *Sl. glasnik RS*, 18/2005 i 72/2011 – dr. zakon i 6/2015.

13 *Sl. glasnik RS*, 62/2006 i 36/2011.

14 *Sl. glasnik RS*, 90/2007, 116/2008, 104/2009, 76/2010 i 62/2014.

15 *Sl. list SRJ*, 33/97 i 31/2001, *Sl. glasnik RS*, 30/2010.

16 *Sl. glasnik RS*, 72/2011, 49/2013 – odluka US, 74/2013 – odluka US i 55/2014.

17 *Sl. glasnik SRS*, 25/82 i 48/88 i *Sl. glasnik RS*, 46/95 – dr. zakon, 18/2005 – dr. zakon, 85/2012, 45/2013 – dr. zakon i 55/2014 i 6/2015.

18 *Sl. glasnik RS*, 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014.

19 *Sl. glasnik RS*, 65/2013.

20 *Sl. glasnik RS*, 35/2000, 57/2003 – odluka USRS, 72/2003 – dr. zakon, 75/2003 – ispr. dr. zakona, 18/2004, 101/2005 – dr. zakon, 85/2005 – dr. zakon, 28/2011 – odluka US, 36/2011 i 104/2009 – dr. zakon.

21 *Sl. glasnik RS*, 129/2007, 34/2010 – odluka US i 54/2011.

22 *Službeni glasnik RS*, 101/07.

23 *Sl. glasnik RS*, 109/2007, 99/2011 i 18/2013 – odluka US, i 40/2015 – dr. zakon.

2. Pozitivno pravno određenje nacionalnih manjina i službene upotrebe njihovih jezika i pisama

Zakon o zaštiti prava i sloboda nacionalnih manjina (poslednja verzija iz 2013. godine) pojam nacionalne manjine određuje u odredbi člana 2, stav 1 kao svaku grupu državljana Republike Srbije (koji su nazvani ili određeni kao narodi, etničke i nacionalne zajednice, nacionalne i etničke grupe, nacionalnosti i narodnosti) koja je po brojnosti dovoljno reprezentativna, iako predstavlja manjinu na teritoriji Republike Srbije, a da tom prilikom pripada nekoj od grupa stanovništva koje su u dugotrajnoj i čvrstoj vezi sa teritorijom Republike Srbije i poseduje određene specifičnosti (jezik, kultura, nacionalna ili etnička pripadnost, poreklo, veroispovest) koje je diferenciraju od većinskog stanovništva. Pripadnici takve grupacije istovremeno treba da manifestuju jedan voljan, psihološki momenat kroz brigu o održavanju svog kolektivnog identiteta – kulture, tradicije, jezika ili religije.

Odredbom stava 3, člana 1 Zakona o službenoj upotrebi jezika i pisama iz 2010. godine normirano je da su u Republici Srbiji na onim područjima na kojima žive pripadnici nacionalnih manjina u službenoj upotrebi i njihovi jezici i pisma istovremeno sa srpskim jezikom.

S obzirom na to da li se u njima, pored srpskog jezika i pisma, koristi i jedan ili više drugih jezika i pisama, jedinice lokalne samouprave u Republici Srbiji mogu se podeliti u dve grupe. Prvu, koja obu hvata jedinice lokalne samouprave u kojima žive pripadnici nacionalnih manjina i gde su u službenoj upotrebi i jezici nacionalnih manjina i, drugu, koja obuhvata jedinice lokalne samouprave na čijem području nisu u službenoj upotrebi jezici nacionalnih manjina (Milkov, 2012: 89). No, bez obzira na ovu podelu, treba imati na umu to da u oba slučaja važi sledeće pravilo: ni u jednoj opštini ne može biti izostavljen srpski jezik iz službene upotrebe, već samo istovremeno sa njim može biti u upotrebi i jezik nacionalne manjine i odgovarajuće pismo!

Konkretno, odredbom stava 2, člana 11 Zakona o zaštiti prava i sloboda nacionalnih manjina propisana je obaveza uvođenja jezika nacionalne manjine u službenu upotrebu u jedinici lokalne samouprave, ako procenat pripadnika nacionalne manjine u ukupnom stanovništvu jedinice lokalne samouprave dostiže 15%, prema rezultatima poslednjeg popisa stanovništva. Opštine u kojima žive pripadnici nacionalnih manjina samostalno odlučuju, svojim najvišim opštim pravnim aktom – statutom, kad su i koji jezici nacionalnih manjina u službenoj upotrebi

na njihovoj teritoriji. Za područje autonomne pokrajine to se utvrđuje njenim statutom.

Odredbom člana 3 Zakona o službenoj upotrebi jezika i pisama naročito je precizirano šta se pod službenom upotrebom jezika i pisama podrazumeva. Službenom upotrebom jezika i pisama smatra se: usmeno i pismeno opštenje građana i organizacija i organizacija međusobno, vođenje postupaka za ostvarivanje i zaštitu prava, dužnosti i odgovornosti građana; vođenje propisanih evidencija od strane opštinskih organa i organizacija koje vrše javna ovlašćenja na teritoriji opštine; izdavanja javnih isprava kao i drugih isprava koji su od interesa za ostvarivanje Zakonom utvrđenih prava građana i ostvarivanje prava dužnosti i odgovornosti radnika iz rada ili po osnovu rada; upotreba jezika i pisama prilikom ispisivanja naziva mesta, trgova i ulica, organa, organizacija i firmi, geografskih naziva, objavljivanja javnih poziva, obaveštenja i upozorenja za javnost i ispisivanje drugih javnih natpisa. Odredbom člana 4 Zakona o službenoj upotrebi jezika i pisama normirano je da organi, organizacija ili drugi subjekti mogu svoj naziv, firmu ili drugi javni natpis da ispišu i latiničnim pismom (pored ćiriličkog).

Prema odredbi člana 3 Zakona o ratifikaciji Evropske povelje o regionalnim i manjinskim jezicima iz 2005. godine, regionalni i manjinski jezici su: albanski, bosanski, mađarski, rumunski, romski, rusinski, slovački, ukrajinski i hrvatski.

Nakon što smo prikazali sadržinu najvažnijih pravnih normi vezanih za pojam nacionalnih manjina, njihove jezike, kao i odgovarajuće norme Zakona o službenoj upotrebi jezika i pisama i Zakona o zaštiti prava i sloboda nacionalnih manjina, pogledajmo sada kako se one primenjuju na upravno postupanje, kao i kako su određene specifičnosti vezane za ova pitanja konkretno regulisane Zakonom o opštem upravnom postupku.

3. Službena upotreba jezika i pisama prilikom upravnog postupanja u Republici Srbiji

Načelo upotrebe jezika i pisma u postupku – jedno je od osnovnih načela upravnog procesnog prava u Republici Srbiji i u sebi sadrži dve osnovne komponente: načelno određen službeni jezik na kome se mora voditi postupak i pravo stranke da koristi svoj jezik u postupku (Tomić, 2009, 257; Milkov, 2012: 88; Lilić, 2013: 453; Dimitrijević 2014: 345).

Odredbom člana 16, stav 1 Zakona o opštem upravnom postupku načelno je predviđeno da se upravni postupak vodi na srpskom jeziku i da se u

tom postupku koristi ćirilčko pismo, a latinično pismo u skladu sa zakonom. Izuzetak od ovog pravila jesu područja na kojima je u službenoj upotrebi i jezik određene nacionalne manjine. Na tim područjima postupak se vodi i na jeziku i uz upotrebu pisma te nacionalne manjine.

O okviru člana 16 Zakon o opštem upravnom postupku dalje normira da se, ukoliko se postupak ne vodi na jeziku stranke koja je državljanin Republike Srbije, mora obezbediti prevođenje postupka preko tumača, kao i dostavljanje poziva i drugih pismena na njihovom jeziku i pismu. Ukoliko se kao stranke u upravnim postupcima javljaju strani državljani, predviđeno je pravo da tok postupka prate preko tumača i da u postupku upotrebljavaju svoj jezik (Dimitrijević, 2014: 345–346). Prema odredbi člana 6 Pravilnika o obrascima akata u upravnom postupku²⁴, u organima u kojima se postupak vodi i na jeziku i pismu nacionalne manjine, propisani obrasci, pored tekstova na srpskom jeziku i ćirilčkom pismu, uporedo sadrže i tekst na jeziku i pismu te nacionalne manjine, uz obavezu da obuhvate sve propisane elemente.

Odredbom člana 4 najnovije verzije Zakona o službenoj upotrebi jezika i pisama utvrđeno je pravo pripadnika nacionalne manjine da se republičkim organima mogu obratiti na svom jeziku, ukoliko njihov broj u odnosu na ukupan broj stanovnika Republike Srbije „dostiže najmanje 2% prema poslednjem popisu stanovništva“. Ukoliko je taj broj manji od 2% stanovništva, pravo na obraćanje republičkom organu na svom jeziku i dalje je garantovano, ali mu je dodato i pravo na dobijanje odgovora na svom jeziku „preko jedinice lokalne samouprave“ u kojoj je jezik te nacionalne manjine u službenoj upotrebi. Prevođenje i troškove prevođenja dopisa republičkom organu (odnosno odgovora republičkog organa) obezbeđuje jedinica lokalne samouprave u kojoj je jezik te nacionalne manjine u službenoj upotrebi.

Prema odredbi člana 12 Zakona o službenoj upotrebi jezika i pisama, prvostepeni upravni postupak u okviru koga se rešava o pravima, obavezama ili pravnim interesima stranke, vodi se, po pravilu, na srpskom jeziku. Postupak se može voditi i na jeziku nacionalnih manjina ukoliko je u službenoj upotrebi u organu odnosno organizaciji u kojoj građanin, pripadnik nacionalne manjine, ostvaruje neko svoje pravo (odnosno obavezu). Ukoliko je organ (ili organizacija) mesno nadležan za područje više opština, postupak se može voditi na jezicima onih nacionalnih manjina koji su u službenoj upotrebi u opštinama koje se nalaze na teritoriji koju obuhvata mesna nadležnost tog organa, ukoliko

24 *Sl. list SRJ*, br. 8/99, i 9/99 – ispr.

stranke imaju prebivalište u opštini u kojoj je u službenoj upotrebi jezik nacionalne manjine.

Jednostranački upravni postupci će se voditi na jeziku nacionalne manjine ukoliko je stranka, pripadnik nacionalne manjine, svojim zahtevom to i tražila (a taj jezik je već u službenoj upotrebi u okviru organa, odnosno organizacije koja vodi postupak).

Ukoliko se radi o višestranačkim postupcima, a jezici stranaka, pripadnika nacionalnih manjina, nisu isti, potrebno je da se stranke sporazumeju na kom jeziku će se voditi postupak. Ukoliko takav sporazum izostane, jezik postupka će odrediti organ odnosno organizacija koja odlučuje u postupku, izuzev ukoliko jedna od tih stranaka ne zahteva da se postupak vodi na srpskom jeziku – u kom slučaju će srpski jezik automatski postati i jezik postupka.

Prema odredbi člana 13 Zakona o službenoj upotrebi jezika i pisama utvrđivanje jezika postupka ima karakter prethodnog pitanja! Zakon predviđa dužnost službenog lica koje vodi postupak da upozna stranku (stranke) o službenim jezicima koji su u upotrebi u tom organu (organizaciji) i da zatraži od stranke izjašnjenje na kom jeziku želi da se vodi postupak. Dok se ne odluči o jeziku postupka, postupak se vodi na srpskom jeziku. O tome šta je stranka tražila, o načinu utvrđivanja jezika i o tome šta je odlučeno, ostavlja se zabeleška u zapisniku.

Zapisnik i odluke u prvostepenom postupku, kao i sporedne odluke u vezi sa vođenjem postupka, izrađuju se kao autentični tekstovi na srpskom jeziku i na jeziku nacionalne manjine, ako je na jeziku nacionalne manjine vođen postupak.

Drugostepeni upravni postupak uvek se vodi na srpskom jeziku (odredba člana 15), dok stranke imaju određena prava predviđena odredbama članova 16 i 17 Zakona o službenoj upotrebi jezika i pisama. Drugostepeno rešenje, zaključak, zapisnik i sve druge podneske, isprave i pismena na jezik prvostepenog postupka na kome je prvostepeni postupak vođen, prevešće prvostepeni organ (organizacija). Odredbe pomenutih članova 16 i 17 Zakona o službenoj upotrebi jezika i pisama regulišu prava pripadnika nacionalnih manjina u pogledu jezika i pisama na onim područjima gde njihovi jezici nisu u službenoj upotrebi. Norme ovih članova predviđaju dužnost organa (organizacije) koji vodi postupak da strankama, pripadnicima nacionalnih manjina, obezbede upotrebu svog jezika i pisma, podnošenje podnesaka i drugih pismena na svom jeziku, kao i dostavljanje otpravaka rešenja, svedočanstava, uverenja, potvrda i drugih akata kojima se rešava o njihovim pravima i obavezama na njihovom

jeziku. Preduslov je da su stranke to zahtevale u toku postupka. Odredba člana 17 Zakona normira da će dokazna sredstava, poimenice izjave stranaka, veštaka, svedoka i drugih lica koja učestvuju u postupcima koji se ne vode na jezicima nacionalnih manjina, a koje su date na jeziku nacionalne manjine, biti upisane u zapisnik na srpskom jeziku. Takođe, ovim članom predviđena je obaveza prevođenja na jezik nacionalne manjine zapisnika ili njegovog dela, na zahtev pripadnika nacionalne manjine – učesnika u postupku. Ukoliko službeno lice u dovoljnoj meri ne poznaje jezik nacionalne manjine, postupak će se voditi uz pomoć tumača, a troškove prevođenja snosiće organ (organizacija) koji vodi postupak.

Povreda prava na upotrebu jezika i pisma nacionalne manjine, kao bitnog upravnog procesnog prava, može biti isticana u žalbenom postupku i, prema odredbi člana 239, tačka 11 Zakona o opštem upravnom postupku biti razlog za podnošenje predloga za ponavljanje upravnog postupka, kao posebnog vanrednog pravnog sredstva.

4. Problemi u ostvarivanju prava na službenu upotrebu jezika i pisama

Devet godina nakon donošenja Ustava država nije postigla da se službena upotreba srpskog jezika i pisama u potpunosti ostvaruje u skladu sa odgovarajućim zakonskim normama. Na republičkom nivou, nema organa izvršne vlasti nadležnog da sistemski prati primenu odgovarajućih zakona, predlaže i preduzima potrebne mere za unapređenje stanja službene upotrebe jezika i pisama. Ovim pitanjima u svom radu najviše se bavi Zaštitnik građana. Međutim, njegove preporuke u vezi sa službenom upotrebom jezika i pisama još uvek nisu u potpunosti izvršene i ugrađene u srpski pravni sistem (Zaštitnik građana, 2014: 51–54).

4.1. Zloupotreba prava na službenu upotrebu jezika i pisma – slučaj bosanskog jezika

Pokazalo se da je u praksi dosta kontroverzi izazvao problem službene upotrebe jezika građana bošnjačke nacionalnosti u upravnom, sudskom i drugim postupcima pred državnim organima. Usled nedostatka sudskih tumača za bosanski jezik, ugrožena je zakonitost i pravilnost tih postupaka, posebno onih koji se vode pred Ministarstvom unutrašnjih poslova. Istovremeno, praksa je pokazala da se, u ovom slučaju, pravo građana na upotrebu svog jezika i pisma počinje da koristi (zloupotrebljava) kao sredstvo odbrane. Pojedini građani, kao stranke u postupku, pozivaju se

na to pravo, iako razumeju jezik postupka da bi izbegli ili odložili primenu pojedinih propisa koji bi za njih, u određenim okolnostima, bili nepovoljni. Postavlja se pitanje kako organi uprave treba da postupaju u slučaju jezika nacionalnih manjina koji su, poput bošnjačkog, lingvistički vrlo slični srpskom jeziku, pa se svakodnevna komunikacija građana (međusobno, i sa organima uprave) obavlja bez ikakvih problema na oba jezika (srpskom i bošnjačkom).

Nastavno-naučno veće Filozofskog fakulteta Univerziteta u Nišu, septembra 2014. godine, donelo je odluku kojom je usvojeno stručno mišljenje Departmana za srpski jezik da su srpski i bošnjački jezik bazično lingvistički isti jezici, tako da govornik bošnjačkog jezika može bez pomoći prevodioca da razume i govori srpski jezik (Milić, 2014). Iz toga proizlazi to da insistiranje na upotrebi jezika nacionalne manjine, u takvim situacijama, predstavlja *oblik zloupotrebe prava* na upotrebu jezika, jer dovodi do opstrukcije rada upravnih organa i u nekim slučajevima i zastarelosti određenih postupaka. Međutim, odluka Nastavno-naučnog veća Filozofskog fakulteta Univerziteta u Nišu tiče se odnosa srpskog i bošnjačkog jezika, a stranke su se u spomenutim postupcima pozivale na bosanski jezik, na čiju se upotrebu Srbija obavezala ratifikacijom Evropske povelje o regionalnim i manjinskim jezicima iz 2005. godine.

Tim povodom je Odbor za standardizaciju Instituta za srpski jezik Srpske akademije nauka i umetnosti avgusta 2015. godine doneo Odluku o statusu bosanskog ili bošnjačkog jezika koja je objavljena na internet stranici te ustanove (Srpska akademije nauka i umetnosti – Institut za srpski jezik, 2015). Ova odluka sadrži nekoliko zaključaka koji su od značaj za predmet našeg rada, te ćemo ih navesti u nastavku.

Prvo, prema tvorbenim pravilima srpskog jezika od naziv „bošnjački narod“ (a koji su izabrali sami Muslimani) moguće je izvesti jedino naziv „bošnjački jezik“, a nikako „bosanski jezik“. U odluci Odbora dalje se tim povodom navodi: „Naziv bošnjački jezik odgovara nazivu bošnjački narod, dok bi naziv bosanski jezik odgovarao terminu, nepostojećeg, bosanskog naroda“. Drugo i još važnije, „bosanski jezik“ „ne može imati ni lingvistički ni pravni – nego samo simbolički – status posebnog jezika, pa se na njegove govornike ne mogu primeniti ‘Ustavom i zakonom zagwarantovana prava da se sudski i upravni postupak vodi na maternjem jeziku stranke’, jer se postupak na tom jeziku vodi i kad se taj jezik zove npr. srpskim ili hrvatskim.“ Treće, napred navedeni zaključci kao posledicu mogu imati samo to da, kako se navodi u odluci Odbora:

„... nema nikakvog ni lingvističkog ni pravnog osnova proizvoditi nekakve ‘tumače za bosanski jezik’, niti pak izvoditi posebnu nastavu na ‘bosanskom/bošnjačkom’ jeziku, niti ima osnova praviti za taj lingvistički nepostojeći jezik posebne udžbenike, jer svi koji znaju srpski jezik znaju podjednako dobro i ‘bošnjački’, i obratno: svi koji znaju ‘bošnjački’ znaju i srpski! Državne institucije Republike Srbije i Republike Srpske moraju toga biti svesne, i u skladu s tim moraju i delovati“!

4.2. Problemi prilikom upisa ličnog imena pripadnika nacionalnih manjina u matične knjige na jeziku i prema pravopisu manjine kojoj pripadaju

Prilikom ostvarivanja prava na upis ličnog imena pripadnika nacionalnih manjina u putne isprave i matične knjige na jeziku i prema pravopisu manjine kojoj pripadaju postoje određene razlike (Bašić, Đorđević, 2010: 51–54).²⁵

Zakon o zaštiti prava i sloboda nacionalnih manjina reguliše ovo pravo u odredbi člana 9 tako što garantuje slobodu izbora i korišćenja ličnog imena pripadnicima nacionalnih manjina i njihovoj deci. Pored te slobode, pripadnici nacionalnih manjina imaju pravo na upis ličnog imena u javne isprave, službene evidencije i druge zbirke ličnih podataka prema svom jeziku i pravopisu. Prema novoj verziji Zakona o ličnoj karti iz 2011. godine²⁶ (odredba člana 9 st. 3) i Pravilnika o ličnoj karti iz 2014. godine²⁷, ime i prezime pripadnika nacionalnih manjina u ličnu kartu se upisuje istovremeno na jeziku i pismu nacionalne manjine i na srpskom jeziku, po srpskom pravopisu i ćiriličkim pismom. Ukoliko stranka to zahteva, moguće je da njeni lični podaci budu ispisani i latiničnim pismom (istovremeno sa ćiriličkim). Dakle, pravilo je da se u obrazac lične karte podaci o imenu i prezimenu upisuju u izvornom obliku, isto kao što su upisani u izvodu iz matične knjige rođenih. U napred navedenim situacijama, dolazi do tzv. *paralelnog upisa*.

Pravo na lično ime potpuno ostvarenje dobija prilikom upisa u matične knjige, jer se tek nakon upisa u matične knjige lično ime može koristiti u pravnom prometu. Prema odredbi člana 17 Zakona o matičnim knjigama iz 2009. godine, lično ime deteta, roditelja, supružnika i umrlog upisuje se na srpskom jeziku, ćiriličkim pismom, a pripadnici nacionalne manjine

25 Gradske i opštinske uprave nemaju ujednačenu praksu u postupcima u kojima pripadnici nacionalnih manjina ostvaruju ova prava.

26 *Sl. glasnik RS*, br. 62/2006, i 36/2011.

27 *Sl. glasnik RS*, br. 85/2014.

imaju pravo na upis ličnog imena prema jeziku i pravopisu pripadnika nacionalne manjine, što ne isključuje paralelan upis ličnog imena i na srpskom jeziku, ćiriličkim pismom. Lično ime deteta, roditelja, supružnika i umrlog državljanina Republike Srbije upisano u izvod iz matične knjige inostranog organa, prema pravilima jezika i pisma države izdavanja, upisuje se u matične knjige koje se vode prema Zakonu o matičnim knjigama u skladu sa pravilima srpskog jezika i ćiriličkog pisma. Lično ime stranog državljanina, pored upisa na srpskom jeziku, ćiriličkim pismom, upisuje se u matičnu knjigu venčanih, odnosno matičnu knjigu umrlih i prema pravilima jezika i pisma države čiji je državljanin, u obliku sadržanom u izvodu iz matične knjige rođenih inostranog organa. Prema Uputstvu o vođenju matičnih knjiga i obrascima matičnih knjiga:²⁸

„U jedinicama lokalne samouprave u kojima je statutom utvrđeno da je u službenoj upotrebi jezik pripadnika nacionalne manjine, obrasci izvoda iz matičnih knjiga iz tač. 134–136. ovog uputstva štampaju se i dvojezično, na srpskom jeziku ćiriličkim pismom i na jeziku i pismu one nacionalne manjine čiji je jezik u službenoj upotrebi. Tekst rubrika na jeziku i pismu pripadnika nacionalne manjine ispisuje se ispod teksta na srpskom jeziku, istim oblikom i veličinom slova.

Izvodi iz matičnih knjiga koji se štampaju dvojezično u skladu sa stavom 1. ove tačke nose oznaku: Obrazac 6a - izvod iz matične knjige rođenih, Obrazac 7a - izvod iz matične knjige venčanih i Obrazac 8a - izvod iz matične knjige umrlih.“

Radi sprovođenja navedene norme, Ministarstvo za ljudska i manjinska prava, državnu upravu i lokalnu samoupravu obezbedilo je prevode obrazaca izvoda iz odgovarajućih matičnih knjiga (rođenih, venčanih i umrlih) od strane stalnih sudskih tumača za jezike nacionalnih manjina (albanski, bugarski, mađarski, makedonski, rumunski, rusinski, slovački, hrvatski i češki jezik – izuzev bošnjačkog i ukrajinskog) i prosledilo ih Zavodu za izradu novčanica i kovanog novca na štampanje. Paralelno s tim, isto ministarstvo je jedinicama lokale samouprave uputilo mišljenje u kome se navodi da je tačkom 15a Uputstva o vođenju matičnih knjiga i obrascima matičnih knjiga propisano da se lično ime deteta, roditelja, supružnika i umrlog pripadnika nacionalne manjine upisuju u matičnu knjigu na jeziku i pismu nacionalne manjine posle upisa na srpskom jeziku ćiriličkim pismom, ispod njega istim oblikom i veličinom slova. U istom mišljenju dalje se navodi da se izvodi iz matičnih knjiga izdaju

28 Sl. glasnik RS, br. 109/2009, 4/2010 - ispr., 10/2010, 25/2011, 5/2013 i 94/2013.

na osnovu podataka sadržanih u njima, a ako je u matičnu knjigu lično ime deteta, roditelja, supružnika ili umrllog pripadnika nacionalne manjine upisano i na jeziku i pismu nacionalne manjine, u izvod iz matične knjige lično ime na jeziku i pismu pripadnika nacionalne manjine upisuje se posle upisa ličnog imena na srpskom jeziku ćiriličkim pismom, ispod njega istim oblikom i veličinom slova.

U slučaju da pripadnik nacionalne manjine, posle zaključenja osnovnog upisa u matičnu knjigu (u kojoj lično ime pripadnika nacionalne manjine nije upisano prema njegovom jeziku i pismu), podnese zahtev za upis ličnog imena i prema jeziku i pismu te nacionalne manjine izvršiće se naknadni upis tog podatka shodno odredbi člana 26 Zakona o matičnim knjigama, na osnovu odgovarajućeg upravnog akta nadležnog organa iz odredbe člana 6, st. 2 i 4 tog Zakona, donetog posle postupka sprovedenog po odredbama Zakona o opštem upravnom postupku.

Prema navodima iz Redovnog godišnjeg izveštaja Zaštitnika građana za 2014. godinu, uprave jedinica lokalne samouprave (gradova i opština) nemaju ujednačenu praksu „u postupcima u kojima pripadnici nacionalnih manjina ostvaruju prava na upis ličnog imena u matične knjige, na jeziku i prema pravopisu manjine kojoj pripadaju“ (Zaštitnik građana, 2015: 59). Taj podatak je zabrinjavajuć, s obzirom na to da su republički zaštitnik i pokrajinski ombudsman još 2011. godine uputili odgovarajuće preporuke i naložili ujednačavanje odgovarajućih praksi. Takođe, povodom ovog pitanja, Ministarstvo rada, zapošljavanja i socijalne politike donelo je mišljenje u vezi sa postupanjem opštinskih i gradskih uprava prilikom upisa ličnog imena deteta ili supružnika prema pravopisu jezika nacionalne manjine, u kome se ženski oblik prezimena upisuje dodavanjem određenog sufiksa, a isto ministarstvo je uputilo i mišljenje svim upravama jedinica lokalne samouprave „kako da postupaju u situacijama kada se određuje ili menja ime pripadnika nacionalne manjine“. Ministarstvo državne uprave i lokalne samouprave nekoliko puta je upućivalo mišljenje svim upravama jedinica lokalne samouprave o postupku i načinu upisa ličnog imena pripadnika nacionalne manjine u matične knjige, međutim, uprkos tome nije uspostavljena ujednačena praksa u radu nadležnih organa u lokalnim samoupravama pred kojima građani ostvaruju pravo na upis ličnog imena na jeziku i prema pravopisu nacionalne manjine kojoj pripadaju (Zaštitnik građana, 2015: 33).

4.3. Pitanje službene upotrebe jezika i pisama prilikom ispisivanja naziva naseljenih mesta, geografskih naziva i vlastitih imena sadržanih u javnim nazivima

U tesnoj vezi sa prethodnim problemom jeste i pitanje korišćenja tradicionalnog naziva nekog naseljenog mesta na manjinskom jeziku, ukoliko se on razlikuje od srpskog naziva. Kao što smo već naveli, prema odredbi člana 79, stav 1 Ustava Srbije, pripadnici nacionalnih manjina imaju pravo da (u onim sredinama gde čine odgovarajući deo stanovništva) tradicionalni lokalni nazivi, imena ulica, naselja i topografske oznake budu ispisane i na njihovom jeziku. Ova norma je kasnije razrađena odredbom člana 11, stav 5 Zakona o zaštiti prava i sloboda nacionalnih manjina – kojim je propisano da se ta imena i nazivi ispisuju prema tradiciji i pravopisu nacionalne manjine, i odredbama članova 11 i 19 Zakona o službenoj upotrebi jezika i pisama. Prema odredbi člana 93 Zakona o lokalnoj samoupravi, ovo pitanje je u nadležnosti skupština jedinice lokalne samouprave, koje odluke o nazivima donose uz prethodnu saglasnost resorno nadležnog ministarstva i mišljenje nacionalnog saveta odgovarajuće nacionalne manjine.

U ovoj oblasti kao čest problem javlja se ispisivanje naziva organa i organizacija koja vrše javna ovlašćenja, naročito ukoliko je njihov osnivač Republika – kada su njihovi nazivi ispisani isključivo na srpskom jeziku i ćiriličkim pismom, umesto na više jezika.

Kao poseban problem čije rešenje je dao Ustavni sud, a koje je kasnije, putem izmena i dopuna ugrađeno u Zakon o službenoj upotrebi jezika i pisama, pojavilo se pitanje može li opština prilikom ispisivanja svog naziva ili naziva naseljenog mesta, koristiti njihov tradicionalni naziv na jeziku i pravopisu nacionalne manjine – kada se oni razlikuju od srpskog naziva takve opštine, odnosno naseljenog mesta? Ustavni sud je u svojoj odluci²⁹ zauzeo stanovište da se u ovoj pravnoj situaciji Zakon o zaštiti prava i sloboda nacionalnih manjina primenjuje u skladu sa pravilom *lex posterior derogat legi priori* u odnosu na, u tom trenutku, ranije doneti Zakon o službenoj upotrebi jezika i pisma iz 1991. godine i priznao to pravo. U tom trenutku, neujednačenost u zakonskim rešenjima ogledala se u tome što prethodna verzija Zakona o službenoj upotrebi jezika i pisama nije propisivala mogućnost zamenjivanja geografskog naziva na srpskom jeziku drugim nazivom, iako se on piše „u skladu sa pravopisom jezika narodnosti“, dok je Zakon o zaštiti prava i sloboda nacionalnih

29 Odluka Ustavnog Suda Republike Srbije IU broj 446/2004 od 18. februara 2010. godine, objavljena u «Sl. glasniku RS», br. 36/2010 od 28. maja 2010. godine.

manjina normirao pisanje tih naziva na jeziku nacionalne manjine „prema njenoj tradiciji i pravopisu“! Dalje, za razliku od prethodne verzije Zakona o službenoj upotrebi jezika i pisama, ovaj drugi Zakon u odredbi stava 1, člana 3 predviđa mogućnost bližeg uređivanja pitanja iz njegove materije republičkim i pokrajinskim propisima.

Zbog toga je najnovijim izmenama Zakona o službenoj upotrebi jezika i pisama iz 2010. godine, odredbama članova 4 i 5 normirano da se geografski nazivi mogu zamenjivati drugim nazivima na jezicima nacionalnih manjina, a da se nazivi gradova, opština i naseljenih mesta, bez obzira na to što su utvrđeni kao takvi odgovarajućim zakonom i tako glase na srpskom jeziku mogu, na jeziku nacionalne manjine, pisati i drugačije – u izmenjenom obliku.

4.4. Problem upotrebe latiničnog pisma u radu upravnih organa

Pojedini organi i organizacije koje vrše javna ovlašćenja sa građanima pismeno komuniciraju i, prilikom odlučivanja o pravima i obavezama građana, rešenja donose na latiničnom pismu, suprotno Ustavu i odgovarajućim zakonima.

Republički fond za penzijsko i invalidsko osiguranje i dalje rešenja izrađuje na latiničnom pismu, iako je nakon prethodnog postupka pred Zaštitnikom građana preduzeo niz mera kako bi se otklonila nezakonita upotreba latiničnog pisma u radu ovog organa, uključujući i tehnička rešenja za izradu pojedinih rešenja na ćiriličkom pismu (Zaštitnik građana, 2015: 55).

Javno preduzeće „Gradska toplana“ Jagodina, kako je utvrdio Zaštitnik građana,³⁰ napravilo je propust na štetu građana, ne obezbedivši doslednu i potpunu službenu upotrebu srpskog jezika i ćiriličkog pisma u obavljanju svoje delatnosti tako što je službeno komunicirajući sa građanima koristilo i latinično pismo (što je suprotno obavezi službene upotrebe srpskog jezika i pisma), i tako što je podatke o korisnicima i druge podatke unete u račune o utrošenoj električnoj energiji kao i naloge za plaćanje računa – unosilo na latiničnom pismu, iako su obrasci računa za utrošenu toplotnu energiju i nalozi za plaćanje računa bili odštampani na ćiriličkom pismu! Zaštitnik građana Republike Srbije preporučio je ovom javnom preduzeću da prilikom obavljanja poslova iz svoje delatnosti obezbedi „doslednu i potpunu

³⁰ Utvrđenje i preporu k a Zaštitnik a g ra đana Rep u blike Srbije. Vi de ti više na s ledećoj internet s t ranci: ht t p://w w.w.zast it nik .rs/index.php/ lang- sr/2012-02-07-14-03-33/3429-2014-08-18-13-24-41.

upotrebu srpskog jezika i ćirilčkog pisma, u skladu sa Ustavom i zakonom“. S obzirom na to da je za izvršenje Zaštitnikove preporuke bilo potrebno obezbediti odgovarajuće tehničke uslove, kao i odgovarajuća novčana sredstva, Zaštitnik je ovom javnom preduzeću naložio da „bez odlaganja donese akt kojim će utvrditi odgovorna lica, najkraći mogući rok, neophodne aktivnosti i potrebna finansijska sredstva, kao i da preduzme sve druge neophodne mere koje su potrebne kako bi se omogućilo da se svi podaci, koji se unose u račune za utrošenu toplotnu energiju i naloge za plaćanje računa, unose na ćirilčkom pismu“.

Na kraju svoje preporuke Zaštitnik je s pravom konstatovao da: „Ne primenjivanje pozitivnih pravnih propisa sa izgovorom da za to nisu obezbeđeni tehnički uslovi u konkretnom slučaju, obesmišljava njihovo postojanje i ulogu. Propuštanje organa i službenih lica da uočene probleme u radu otklone već, umesto toga, traženje opravdanja, u (ne)organizaciji posla i drugim unutrašnjim rešenim i nerešenim pitanjima tehničke prirode, karakteristično je obeležje 'loše uprave'“!³¹

Prema navodima iz Redovnog godišnjeg izveštaj Zaštitnika građana za 2014. godinu JP „Gradska toplana“ Jagodina je postupilo po preporuci Zaštitnika i omogućilo građanima da račune dobijaju na ćirilčkom pismu (Zaštitnik, 2015: 56).

Zaštitnik građana Republike Srbije sličnim povodom morao je da reaguje po pritužbama građana i u slučaju Sekretarijata za saobraćaj grada Beograda, jer su službene legitimacije kontrolora u javnom prevozu bile odštampane latiničnim pismom, nakon čega su vrlo brzo odštampane nove legitimacije sa podacima i imenima kontrolora na ćirilčkom pismu.

U svojoj preporuci iz 2010. godine, Zaštitnik građana konstatovao je sledeće: „Na žalost, Zakon o službenoj upotrebi jezika i pisama ne obezbeđuje sve potrebne načine i mere za ostvarivanje Ustavom utvrđene obaveze na službenu upotrebu srpskog jezika i ćirilčkog pisma u organima, odnosno organizacijama koje vrše javna ovlašćenja. Nadzor nad primenom Zakona i ostvarivanjem obaveze državnih organa da u radu primenjuju službenu upotrebu srpskog jezika i ćirilčkog pisma u nadležnosti je ministarstava, koja ne raspolažu potrebnim kapacitetima za ostvarivanje ove nadležnosti. Zakonom o službenoj upotrebi jezika i pisama nisu propisane kaznene mere ako organ, odnosno organizacija koja

31 Više o pojmu „loše uprave“ npr. videti u: Davinić, 2013: 100–134.

vrši javna ovlašćenja ne primenjuje i ne sprovodi službenu upotrebu srpskog jezika i ćirilčkog pisma u skladu sa Zakonom“. Prema mišljenju Zaštitnika, najbolji način za prevazilaženje ovih problema bio bi uspostavljanje nadležnosti jednog organa koji bi bio zadužen da sprovodi nadzor nad primenom normi Zakona o službenoj upotrebi jezika i pisama.

4.5. Problem nedostatka sveobuhvatnog nadzora nad sprovođenjem odgovarajućih zakonskih normi

Nadzor nad sprovođenjem zakona u ovoj oblasti predstavlja poseban problem. Nadležna ministarstva nisu prepoznala obavezu i značaj vršenja nadzora nad ostvarivanjem službene upotrebe srpskog jezika i pisma! Osim Ministarstva prosvete i nauke i Ministarstva za ljudska i manjinska prava, državnu upravu i lokalnu samoupravu, ostala ministarstva ne ispunjavaju svoju zakonsku obavezu i ne vrše nadzor nad sprovođenjem odredaba Zakona o službenoj upotrebi jezika i pisama. Odredbom člana 22 Zakona o službenoj upotrebi jezika i pisama propisano je da *nadzor nad sprovođenjem službene upotrebe jezika i pisama vrše ministarstva nadležna za poslove u oblasti uprave, saobraćaja, urbanizma i stambeno-komunalnih poslova, prosvete, kulture i zdravstva*. Zakon uopšte ne predviđa sprovođenje nadzora u resorima spoljnih poslova, odbrane, unutrašnjih poslova, finansija, pravde, ekonomije i regionalnog razvoja, poljoprivrede, trgovine, šumarstva i vodoprivrede, vera i dijaspore, kao i rada i socijalne politike! Nakon donošenja poslednjeg Zakona o ministarstvima iz 2014. godine, izvesne nadležnosti u ovoj oblasti, pored Republičkog sekretarijata za zakonodavstvo, date su i Ministarstvu za državnu upravu i lokalnu samoupravu (odredbom člana 10).

Na ovom mestu treba istaći pozitivna iskustva koja su u vezi s nadzorom nad primenom službene upotrebe jezika i pisama i obezbeđivanja sredstava za ovu namenu stekli organi u AP Vojvodina, gde ovi poslovi spadaju u delokrug Pokrajinskog sekretarijata za obrazovanje, upravu i nacionalne zajednice, koji vrši nadzor nad primenom zakonskih odredaba, prati stanje i dodeljuje sredstva pokrajinskog budžeta, putem konkursa. Pokrajinski sekretarijat za obrazovanje, upravu i nacionalne zajednice svake godine predstavlja Izveštaj o izvršenom nadzoru nad primenom propisa kojima se uređuje službena upotreba jezika i pisama. Dalje, ovaj sekretarijat svake godine raspisuje konkurs za raspodelu budžetskih sredstva organima i organizacijama u AP Vojvodini u čijem su radu u službenoj upotrebi jezici i pisma nacionalnih manjina. Ova sredstva se potom koriste za sufinansiranje projekata koji imaju za cilj

unapređivanje prava na službenu upotrebu jezika i pisama nacionalnih manjina u AP Vojvodini. Na konkursima obično učestvuju jedinice lokalne samouprave (sa područja AP Vojvodine) u kojima je statutom utvrđena službena upotreba jezika nacionalne manjine, mesne samouprave, kao i drugi organi i organizacije, službe i ustanove sa teritorije ovih jedinica lokalne samouprave. Sredstva se prvenstveno dodeljuju za osposobljavanje zaposlenih u ovim pravnim subjektima javnog prava koji se koriste jezikom nacionalne manjine, potom za razvoj višejezičnih elektronskih sistema, za izradu i postavljanje tabli za označavanje naziva tih subjekata na jezicima i pismu nacionalnih manjina, štampanje dvojezičnih i višejezičnih obrazaca, službenih glasila i drugih javnih publikacija. Nažalost, ovakav vid finansijske podrške jedinicama lokalne samouprave ne postoji na teritoriji cele Republike Srbije.

5. Zaključak

Nesporno je to da su u Republici Srbiji usvojeni visoki standardi u pogledu ostvarivanja prava na službenu upotrebu jezika i pisama prilikom upravnog postupanja, koji su u određenim segmentima viši i od međunarodnih, postavljenih Evropskom poveljom o regionalnim ili manjinskim jezicima iz 1992. godine i Okvirnom konvencijom za zaštitu nacionalnih manjina iz 1995. godine. Do ovakvog zaključka došli smo analizom odgovarajućih normi Zakona o službenoj upotrebi jezika i pisama, Zakona o zaštiti prava i sloboda nacionalnih manjina, Zakona o nacionalnim manjinama, Zakona o opštim upravnom postupku i drugih relevantnih izvora. Međutim, norme pojedinih propisa moraju se prilagoditi okolnostima u kojima će se ostvarivati, te je u tom pravcu nužno usmeriti aktivnosti, pre svega, Ministarstva za državnu upravu i lokalnu samoupravu, ali i Vlade i drugih ministarstava, na izradi izmena i dopuna odgovarajućih propisa. Na primer, odredbe Zakona o službenoj upotrebi jezika i pisama potrebno je poboljšati kako bi se u potpunosti ostvarila obaveza svih nosilaca vlasti da pri službenom postupanju koriste srpski jezik i ćiriličko pismo. Kao što smo već istakli, navedeni zakon ne propisuje kaznene mere u takvim situacijama, što predstavlja ozbiljan nedostatak, a u domenu nadzora najcelishodnije bi bilo propisati da nadzor nad ostvarivanjem tih normi vrši jedan organ državne uprave, a ne svako ministarstvo posebno. No, ovo nije jedini problem koji je uočen prilikom ostvarivanja prava na službenu upotrebu jezika i pisama u praksi. U radu smo ukazali i na učestale zloupotrebe ovog prava, kao i na probleme koji se javljaju prilikom upisa ličnog imena u matične knjige (koji se javljaju kada su pripadnici nacionalnih

manjina u pitanju), te ispisivanja naziva naseljenih mesta, geografskih naziva i vlastitih imena sadržanih u javnim nazivima. Na republičkom nivou još uvek nema organa izvršne vlasti nadležnog da sistemski prati primenu odgovarajućih propisa, predlaže i preduzima potrebne mere za unapređenje stanja u oblasti službene upotrebe jezika i pisama, kao što je to slučaj sa Pokrajinskim sekretarijatom za obrazovanje, upravu i nacionalne zajednice u AP Vojvodini.

Dalje, korišćenje jezika nacionalne manjine pred organima uprave u srpskoj upravno-pravnoj praksi često se izbegava iz nekoliko razloga. Prvo, vrlo često se, insistiranjem na ovom pravu, a zbog slabih kapaciteta upravnih organa, postupak nepotrebno komplikuje i produžava – što strankama nije u interesu kada se radi o postupku u kome ostvaruju neko svoje pravo. Drugo, stranka će insistirati na ovom pravu samo onda kada joj je u interesu da postupak traje što duže – a to je najčešće slučaj kada se radi o postupku u kome joj se nameće neka obaveza (što je detaljno analizirano u slučaju traženja tumača za bosanski jezik). Loše koncipiranim zakonskim rešenjima stranka se motiviše da tako postupa, čime se narušava princip efikasnosti upravnog postupanja.

Takođe, primetna je izvesna dihotomija u stepenu ostvarivanja prava na službenu upotrebu jezika i pisama od strane organa državne uprave i organa uprave lokalnih samouprava. Naime, primetno je to da ga organi uprave lokalnih samouprava potpunije ostvaruju. U dekoncentrisanim jedinicama republičkih organa koje su smeštene u onim sredinama u kojima je u službenoj upotrebi i jezik nacionalne manjine, upravni postupci se vode na srpskom jeziku i pismu, uključujući i komunikaciju organa sa građanima, pripadnicima nacionalnih manjina. U situaciji usmene komunikacije jezik nacionalne manjine više je u upotrebi kada su u pitanju jedinice lokalne samouprave kako bi se stranke blagovremeno informisale o pravu ili obavezi. Kao čest problem javlja se i ispisivanje naziva organa i organizacija koja vrše javna ovlašćenja, naročito ukoliko je njihov osnivač Republika – tada su njihovi nazivi ispisani isključivo na srpskom jeziku i ćiriličkim pismom, umesto na više jezika, kao što je to slučaj kada su u pitanju jedinice lokalne samouprave.

Sve do sada navedeno navodi nas na zaključak da okolnosti u kojima se standardi ustanovljeni opštim normativnim aktima imaju ostvarivati kao i kapaciteti (upravni, kadrovski, finansijski, materijalni i drugi) za njihovo ostvarivanje nisu na odgovarajućem nivou, što dovodi do nesklada između pravnih normi i prakse u ovoj oblasti, zbog čega norme koje regulišu službenu upotrebu jezika i pisama često imaju

„deklarativan“ karakter. Republika Srbija morala je da paralelno sa izgradnjom ambiciozno zamišljeno pravnog okvira u ovoj oblasti gradi i stvara odgovarajuće upravne kapacitete koji bi mogli da „iznesu“ ostvarivanje tih propisa u realnim životnim situacijama. Međutim, ovde se radi o jednoj mnogo dubljoj pojavi, karakterističnoj za sve savremene upravne sisteme. Naime, neprimenjivanje pozitivnih pravnih propisa sa izgovorom da za to nisu obezbeđeni odgovarajući uslovi obesmišljava njihovo postojanje i ulogu, a propuštanje službenih lica u okviru organa uprave da uočene probleme u radu otklone uz traženje opravdanja u neadekvatnoj organizaciji posla i drugim unutrašnjim rešenim i nerešenim pitanjima karakteristično je obeležje „loše uprave“!

Literatura

Bašić, G., Đorđević Lj. (2010), *Ostvarivanje prava na službenu upotrebu jezika i pisama nacionalnih manjina u Republici Srbiji*, Beograd: Zaštitnik građana

Davinić, M. (2013). *Evropski ombudsman i loša uprava (maladministration)*. Beograd: Zaštitnik građana

Dimitrijević, P. (2014). *Upravno pravo – opšti deo*. Niš: Pravni fakultet Univerziteta u Nišu

Zaštitnik građana (2015). *Redovan godišnji izveštaj Zaštitnika građana za 2014. godinu*. Beograd: Zaštitnik građana

Lilić, S. (2013). *Upravno pravo i upravno procesno pravo (sedmo izdanje)*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

Milkov, D. (2012). *Upravno pravo, II*. Novi Sad: Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu

Milić Lj. (2014). *Korišćenje jezika nacionalnih manjina u prekršajnom postupku – sa posebnim osvrtom na bošnjački jezik*. Pravni instruktor br. 80. Paragraf Net

Tomić, Z. (2009). *Opšte upravno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

Zakon o zaštiti prava i sloboda nacionalnih manjina. *Službeni list SRJ*, 11/2002, *Službeni list SCG*, 1/2003 – Ustavna povelja i *Službeni glasnik RS*, 72/2009 – dr. zakon i 97/2013 – odluka US

Zakon o vanparničnom postupku. *Službeni glasnik SRS*, 25/82 i 48/88 i *Službeni glasnik RS*, 46/95 – dr. zakon, 18/2005 – dr. zakon, 85/2012, 45/2013 – dr. zakon i 55/2014 i 6/2015

Zakon o izboru narodnih poslanika. *Službeni glasnik RS*, 35/2000, 57/2003 – odluka USRS, 72/2003 – dr. zakon, 75/2003 – ispr. dr. zakona, 18/2004, 101/2005 – dr. zakon, 85/2005 – dr. zakon, 28/2011 – odluka US, 36/2011 i 104/2009 – dr. zakon

Zakonik o krivičnom postupku. *Službeni glasnik RS*, 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014

Zakon o ličnoj karti. *Službeni glasnik RS*, br. 62/2006, i 36/2011

Zakon o lokalnim izborima. *Službeni glasnik RS*, 129/2007, 34/2010 – odluka US i 54/2011

Zakon o lokalnoj samoupravi. *Službeni glasnik RS*, 129/07

Zakon o matičnim knjigama. *Službeni glasnik RS*, 20/2009

Zakon o nacionalnim savetima nacionalnih manjina. *Službeni glasnik RS*, 72/2009, 20/2014 – odluka US i 55/2014

Zakon o opštem upravnom postupku. *Službeni list SRJ*, 33/97 i 31/2001, *Službeni glasnik RS*, 30/2010

Zakon o parničnom postupku. *Službeni glasnik RS*, 72/2011, 49/2013 – odluka US, 74/2013 – odluka US i 55/2014

Zakon o pečatu državnih i drugih organa. *Službeni glasnik RS*, 101/07

Zakon o potvrđivanju Okvirne konvencije za zaštitu nacionalnih manjina. *Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*, br. 6/98

Zakon o prekršajima. *Službeni glasnik RS*, 65/2013

Zakon o putnim ispravama. *Službeni glasnik RS*, 62/2006 i 36/2011

Zakon o ratifikaciji Evropske povelje o regionalnim ili manjinskim jezicima. *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, br. 18/2005

Zakon o ratifikaciji Sporazuma između Srbije i Crne Gore i Republike Hrvatske o zaštiti prava srpske i crnogorske manjine u Republici Hrvatskoj i hrvatske manjine u Srbiji i Crnoj Gori. *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, broj 3/05

Zakon o ratifikaciji Sporazuma između Srbije i Crne Gore i Republike Mađarske o zaštiti prava mađarske nacionalne manjine koja živi u

Srbiji i Crnoj Gori i srpske nacionalne manjine koja živi u Republici Mađarskoj. *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, broj 14/04

Zakon o ratifikaciji Sporazuma između Srbije i Crne Gore i Republike Makedonije o zaštiti srpske i crnogorske nacionalne manjine u Republici Makedoniji i makedonske nacionalne manjine u Srbiji i Crnoj Gori. *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, broj 6/05

Zakon o ratifikaciji Sporazuma između Savezne vlade SRJ i Vlade Rumunije o saradnji u oblasti zaštite nacionalnih manjina. *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, broj 14/04

Zakon o službenoj upotrebi jezika i pisama. *Službeni glasnik RS*, 45/91, 53/93, 67/93, 48/94, 101/2005 – dr. zakon i 30/2010

Zakon o ustavnom sudu. *Službeni glasnik RS*, 109/2007, 99/2011 i 18/2013 – odluka US i 40/2015 – dr. zakon

Porodični zakon. *Službeni glasnik RS*, 18/2005 i 72/2011 – dr. zakon I 6/2015

Pravilnik o obrascima akata u upravnom postupku. *Službeni list SRJ*, br. 8/99, i 9/99 – ispr

Pravilnik o ličnoj karti. *Službeni glasnik RS*, br. 85/2014

Uputstvu o vođenju matičnih knjiga i obrascima matičnih knjiga. *Službeni glasnik RS*, br. 109/2009, 4/2010 – ispr., 10/2010, 25/2011, 5/2013 i 94/2013

Odluka Odbora za standardizaciju o statusu bosanskog ili bošnjačkog jezika Instituta za srpski jezik Srpske akademije nauka i umetnosti od 25. avgusta 2015. godine. Dostupna na internet stranici: <http://www.isj-sanu.rs/rubrike/vesti/76/2015/08/25/odluka-odbora-za-standardizaciju-o-statusu-bosanskog-ili-bosnjackog-jezika.html>, poslednji put pristupljeno 30. avgusta 2015. godine

Odluka Ustavnog Suda Republike Srbije IU – 446/2004. *Službeni glasnik RS*, br. 36/2010

Preporuka Zaštitnika građana Republike Srbije 6-4-647/14. Dostupna na internet stranici: <http://www.zastitnik.rs/index.php/lang-sr/2012-02-07-14-03-33/3429-2014-08-18-13-24-41>, pristupljeno 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.*

Dr Srđan Golubović,*
Redovni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

originalni naučni članak

UDK: 336.711(497.11)

Rad primljen: 30.06.2015.
Rad prihvaćen: 03.12.2015.

ULOGA NARODNE BANKE SRBIJE U OČUVANJU I JAČANJU FINANSIJSKE STABILNOSTI**

Apstrakt: Pod uticajem finansijske krize iz 2007. godine centralne banke vraćaju se tradicionalnoj ulozi, koja podrazumeva aktivnost ne samo u monetarnoj sferi već i delovanje u cilju jačanja i očuvanja finansijske stabilnosti. Promene na globalnom nivou u pogledu uloge centralne banke uticale su i na promenu položaja Narodne banke Srbije. U radu se ukazuje na značaj makroprudencionalne funkcije za smanjenje sistemskog rizika i očuvanje finansijske stabilnosti. Centralni deo rada posvećen je odgovornosti Narodne banke Srbije za stabilnost finansijskog sistema. Analizira se sistem finansijske stabilnosti i ukazuje na pravce njegove dogradnje, posebno u delu međuinstitucionalne saradnje i definisanja makroprudencionalnih instrumenata.

Ključne reči: finansijska stabilnost, Narodna banka Srbije, makroprudencionalni nadzor, sistemski rizik.

1. Uvod

Finansijski sistem ima ključnu ulogu u alokaciji resursa u savremenoj tržišnoj privredi. Institucionalno posmatrano, finansijski sistem obuhvata finansijske organizacije, banke i nebankarske finansijske posrednike, koje, vršeći ulogu finansijskog posrednika između ekonomski suficitnih i deficitnih subjekata, prikupljaju i plasiraju finansijska sredstva. Postojanje finansijskog sistema omogućava kreiranje

* golub@prafak.ni.ac.rs

** Rad je rezultat istraživanja na projektu: „Usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske unije“, koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, u periodu 2013–2018. godine.

odgovarajućih instrumenata i mehanizama za držanje i čuvanje imovine subjekata i organizovanje efikasnog platnog prometa. Obavljanjem ovih funkcija, finansijske institucije utiču na nivo privredne aktivnosti, dovode do promena u privrednoj strukturi, doprinose povećanju zaposlenosti i sl. Naravno, sposobnost finansijskog sistema da obavi navedene funkcije prvenstveno zavisi od njegove stabilnosti. Ukoliko je reč o efikasnom i stabilnom sistemu, utoliko će i alokacija štednje biti efikasna. I obrnuto. Neefikasan i nestabilan sistem neće biti u stanju da obezbedi efikasnu alokaciju ograničenih resursa, što za sobom povlači direktne, ali i indirektne troškove. Globalna finansijska kriza iz 2007. godine jasno je pokazala kako nestabilnost u finansijskom sektoru dovodi do nestabilnosti ne samo nacionalnih ekonomija, nego i ukupne svetske privrede. Svedoci smo reafirmacije značaja finansijske stabilnosti i usvajanja opsežnih regulatornih mera, kako u okviru međunarodnih finansijskih organizacija i Evropske unije, tako i na nivou nacionalnih država. Finansijska stabilnost od značaja je za sve ekonomske subjekte. Njome se podjednako štite deponenti banaka, kupci hartija od vrednosti, ali i realni sektor privrede. Očuvanje i jačanje finansijske stabilnosti u funkciji je zaštite slabijih ekonomskih subjekata. Države nastoje da izgrade sistem koji će najpre delovati preventivno, a zatim omogućiti efikasno upravljanje finansijskom krizom i, najzad, obezbediti otpornost sistema na eksterne ili interne finansijske poremećaje. Ključno mesto u ovom sistemu pripada centralnoj banci, kao instituciji odgovornoj za očuvanje i jačanje finansijske stabilnosti. Nakon određivanja karakteristika sistemskog rizika i elemenata koji određuju pojam finansijske stabilnosti, u radu se analizira odgovornost Narodne banke Srbije (NBS) za stabilnost finansijskog sistema. Mada je NBS primarno odgovorna za stabilnost cena, ona ni u kom slučaju ne sme zanemariti stabilnost finansijskog sistema u celini. U poslednjem delu rada analiziraju se sredstava i instrumenti koje NBS koristi radi očuvanja i jačanja finansijske stabilnosti.

2. Sistemski rizik i finansijska stabilnost

Finansijske institucije u svom poslovanju preuzimaju brojne rizike. Banke, osiguravajuća društva, investicioni fondovi i drugi finansijski posrednici stupajući u finansijske transakcije suočavaju se sa kreditnim rizikom, rizikom likvidnosti, rizikom promene kamatne stope, ali i sa drugim vrstama rizika (operativni i poslovni rizici). Tržišnom načinu privređivanja imanentno je propadanje, preteranom riziku izloženih, finansijskih institucija. Mada je vitalan

finansijski sistem u stanju da izoluje negativne efekte sunovrata pojedinih finansijskih institucija, država ne stoji po strani, već nastoji da razvijanjem regulatornih okvira unapredi upravljanje rizikom i spreči pojavu tzv. domino efekta. U svom poslovanju finansijske institucije obavezne su da poštuju regulatorne standarde o adekvatnosti kapitala, ograničavanju rizika izloženosti, izdvajanju rezervi i klasifikaciji potraživanja. Poštovanje ovih standarda obezbeđuje se nadzorom nad poslovanjem konkretne finansijske institucije (mikroprudencionalna supervizija), koji može biti poveren centralnoj banci ili posebnom regulatornom telu. Dva su osnovna cilja mikroprudencionalnog nadzora. Prvo, stalno unapređenje performansi i strukture finansijskih subjekata i drugo, održavanje odgovarajućeg nivoa stabilnosti i poverenja u njihovo poslovanje. Na taj način, štite se komitenti finansijskih institucija od gubitaka, budući da se njihovom realizacijom doprinosi uspostavljanju optimalnog odnosa između maksimiziranja profita – kao cilja kojim se finansijske institucije rukovode u svom poslovanju i očuvanja njihove likvidnosti i solventnosti – kao cilja za čiju realizaciju su korisnici finansijskih usluga, ali i država, snažno zainteresovani. Regulatorni standardi, zajedno sa jasno definisanim načinom sprovođenja nadzora nad bankama, čine pravno okruženje koje treba da smanji rizik depozitara i podstakne konkurenciju u finansijskom posredovanju (Božina, 2006: 109). Finansijska kriza, koja je u periodu 2007–2009. godine najpre zahvatila najrazvijenije države, a zatim se proširila i na ostale, pokazala je da praćenje stabilnosti i pouzdanosti pojedinačnih finansijskih institucija nije dovoljno. Osnovni razlog ograničenog dometa mikrobonitetske kontrole treba tražiti u promenama savremenog finansijskog sistema, izazvanih deregulacijom, eksplozivnim rastom obima finansijskih transakcija i pojavom složenih finansijskih instrumenata. U takvim uslovima pokazalo se da je opasnost od sistemskog rizika sasvim realna, bez obzira na to što na nivou individualnih subjekata postoji efikasno upravljanje rizikom. Uobičajeno, sistemski rizik se definiše kao poremećaj izazvan padom jedne ili više sistemski značajnih finansijskih institucija, koji ne samo što pogađa finansijski sistem u celini, već i negativno utiče na funkcionisanje ukupne privrede (Lastra, 2011: 200). Sistemski rizik ugrožava obavljanje ključnih funkcija finansijskog sistema: informativnu, alokativnu, ali i funkciju upravljanja rizikom i transfera finansijskih sredstava. Kraha finansijskog sistema, zatim, negativno utiče na privredni rast i stopu zaposlenosti. Neuspeh ili prekid u obavljanju ovih funkcija povlači za sobom visoke troškove, kako za ekonomske subjekte, tako i za društvo u celini (Saunders, Cornett,

2006. 399–400). Pored direktnih troškova u vidu gubitaka davaoca i korisnika sredstava, odnosno povećanih rashoda u budžetu namenjenih saniranju gubitaka finansijskih institucija¹, kriza finansijskog sistema povlači i značajne indirektno troškove (Primorac, 430–431). Oni se mere gubitkom poverenja u institucije finansijskog sistema i, povezano sa tim, smanjivanjem obima depozita, većim troškovima finansijskog posredovanja i niskom konkurentnošću.

Kao odgovor na rastuću opasnost od pojave sistemskog rizika razvija se koncept makrofinansijske supervizije od koga se očekuje da prati i analizira trendove i neravnoteže u finansijskom sistemu, blagovremeno upozori na sistemske rizike koje ova kretanja mogu da izazovu i primeni odgovarajuće mere za očuvanje stabilnosti finansijskog sistema. Makroprudencionalna analiza stabilnosti bankarskog sektora predstavlja najbitniji segment procene ukupne finansijske stabilnosti u svim zemljama, a posebno u onim u kojima je bankarski sektor dominantan u poređenju sa ostalim finansijskim posrednicima (Jovanić, 2009, 159). Glavni zadatak makroprudencionalne supevizije je otklanjanje uzroka sistemskog rizika, odnosno jačanje i očuvanje finansijske stabilnosti. Za razliku od monetarne stabilnosti, koja se univerzalno definiše kao stabilnost opšteg nivoa cena, kod finansijske stabilnosti ne postoji opšte prihvaćena definicija. Recimo, pojedini autori, umesto precizne definicije, nastoje da objasne pojam finansijske stabilnosti tako što definišu stanje finansijske nestabilnosti. Prema ovom pristupu, finansijska nestabilnost povezana je sa pojavom špekulativnih finansijskih mehura i nestabilnošću finansijskog tržišta u celini. Drugi autori se, pak, opredeljuju za pozitivnu definiciju i finansijsku stabilnost određuju kao nesmetano funkcionisanje svih elementa finansijskog sistema: institucija, tržišta i infrastrukture. Stabilan finansijski sistem, prema ovom stanovištu, efikasan je u obavljanju svojih funkcija, koje se odnose na alokaciju resursa, odnosno pretvaranje štednje u investicije, procenu i upravljanje rizicima, obavljanje platnog prometa, kao i na sposobnost sistema da apsorbuje neočekivane poremećaje u finansijskoj i realnoj ekonomskoj sferi. (Schinasi, 2006: 82). Mada, na prvi pogled, precizno definisan koncept finansijske stabilnosti i dalje je kontroverzan. Jedno od pitanja koje izaziva sporove odnosi se na to koje su institucije finansijskog sistema ključne za njegovu stabilnosti,

1 Finansijska kriza inicirala je intervenciju države u bankarski sektor, koja je obuhvatala: angažovanje budžetskih sredstava: dokapitalizaciju, preuzimanje i nacionalizaciju banaka, namensko „upumpavanje“ likvidnosti, osiguranje depozita, garantovanje međubankarskog kreditiranja i preuzimanje kontaminirane aktive.

tj. da li sektor nebankarskih institucija ima jednaku važnost za stabilnost finansijskog sistema kao i bankarski sektor? Odgovor na ovo pitanje zavisi od modela finansijskog sistema. Ukoliko je reč o finansijskom sistemu sa dominantom ulogom banaka, svakako da bankarskom sektoru pripada ključna uloga. Nasuprot tome, u modelu finansijskog sistema sa dominantnom ulogom finansijskog tržišta uticaj nebankarskog sistema je mnogo izraženiji. Nezavisno od modela finansijskog sistema, stabilnost bankarskog sektora od izuzetne važnosti je za ukupnu stabilnost, prvenstveno zbog uloge banaka u platnom prometu i činjenice da poremećaji u ovom sektoru mogu lako da se preliju na ostale segmente finansijskog sektora. Stabilnost bankarskog sektora, međutim, nije dovoljna, već je nužno da na makroniovu pažnja bude usmerena ka čitavom finansijskom sektoru (Jovanić, 2009: 159). Koristi od finansijske stabilnosti su višestruke. Počev od toga da stvara pogodne uslove za poslovanje i pruža sigurnost bankarskim komitentima i investitorima na finansijskom tržištu, pa do povećane efikasnosti finansijskih posrednika i bolje alokacije oskudnih resursa. Očuvanje i jačanje finansijske stabilnosti u funkciji je zaštite slabijih ekonomskih subjekata – komitenata i finansijskih investitora. Najzad, veća otpornost finansijskog sistema i njegova sposobnost da apsorbuje finansijske i ekonomske poremećaje olakšava ostvarivanje ostalih ciljeva ekonomske politike.

3. Odgovornost Narodne banke Srbije za finansijsku stabilnost

Uloga centralne banke tokom poslednje decenije prošlog veka značajno se promenila. Od institucije koja je, zajedno sa vladom, bila odgovorna za stabilnost cena, stopu zaposlenosti i privredni rast, ona se transformisala u nezavisnu instituciju, sa primarnim zadatkom da osigura stabilnost cena, odnosno nisku inflaciju. Dominantno stanovište u monetarnoj teoriji da nesamostalna centralna banka, odgovorna za realizaciju više ciljeva, može da se opredeli za vođenje diskrecione monetarne politike, koju prate snažni inflacioni podsticaji (posebno ukoliko se ciljevi koji se tiču rasta BDP i zaposlenosti postave iznad njihovog ravnotežnog nivoa ili, pak, nosioci politike iz određenih razloga preferiraju viši nivo cena) imalo je uticaja i na uređenje pravnog položaja centralne banke. Tako, Ugovor o funkcionisanju Evropske unije (čl. 130 i čl. 282, st. 3) Evropsku centralnu banku određuje kao nezavisnu instituciju, primarno odgovornu za stabilnost cena.² Uključivanje Srbije u evrointegracioni proces u prvi

² Pravni okviri Evropske unije definisani su Ugovorom o Evropskoj uniji (*Treaty on European Union – TEU*) i Ugovorom o funkcionisanju Evropske unije (*Treaty on the*

plan je stavilo potrebu usaglašavanja domaćeg zakonodavstva sa pravom EU. Sastavni deo ovog procesa čini i implementacija evropskih standarda o položaju centralne banke, kao dela pravnih tekovina koje zemlje kandidati imaju obavezu da implementiraju (Smaghi, 2008: 447–453). Sa usvajanjem Ustava iz 2006. godine, Srbija se priključila onoj grupi zemalja koje dodatno jačaju položaj monetarnih vlasti u odnosu na druge oblike vlasti unošenjem odredbe o samostalnosti centralne banke i u najviši pravni akt zemlje.³ Status, ciljevi, zadaci i organizacija centralne banke detaljno su regulisani Zakonom o Narodnoj banci Srbije (NBS) iz 2003. godine.⁴ Prema odredbama Zakona, Narodna banka Srbije (NBS) je samostalna i nezavisna u obavljanju poverenih funkcija, uz naglašavanje obaveza državnih organa, organizacija i drugih lica da ne vrše uticaj na centralnu banku, njene organe i članove ovih organa. Kada su u pitanju ciljevi (čl. 3 Zakona) za čiju je realizaciju NBS odgovorna, oni su ne samo jasno određeni već je definisan i njihov stepen prioriteta. U tom smislu, osnovni cilj centralne banke je postizanje i održavanje stabilnosti cena.

Finansijska kriza i posledična recesija podsetila je na lekciju savladanu tokom 19. veka i za vreme depresije (svetske ekonomske krize iz 1929. godine), a koja je delimično zaboravljena, da finansijska nestabilnost može da prouzrokuje ozbiljnu štetu privredi u celini. Ukoliko želi da očuva povoljne makroekonomske performanse, centralna banka ne može da stoji po strani brinući samo o monetarnoj stabilnosti. (Bernanke, 2013:11). Upravo je finansijska kriza pokazala da od svih institucija jedino centralna banka raspolaže potrebnim kapacitetom da primenom određenih instrumenata spreči krah finansijskog sistema. Više je razloga koji opravdavaju odgovornost centralne banke za finansijsku stabilnost. Prvo, centralna banka je jedina institucija koja je ovlašćena da emituje novac kao zakonsko sredstvo plaćanja i utiče na nivo neposredne likvidnosti. Drugo, centralna banka je odgovorna za nesmetano funkcionisanje platnog prometa. I, najzad, centralna banka je, po prirodi stvari, zainteresovana za zdrave finansijske institucije i stabilno finansijsko tržište, koje olakšava transmisiju monetarne politike (Schinasi, 2006: 137). Pod uticajem krize, lepeza ciljeva za čiju realizaciju je odgovorna centralna banka se širi, tako što se pored

Functioning of the European Union TFEU), „Official Journal of the European Union“ (O.J.), od 9. 5. 2008. godine.

3 Prema čl. 95 Ustava Srbije „NBS je samostalna i podleže nadzoru parlamenta, kome odgovara, Ustav Republike Srbije, „Sl. glasnik RS“ 98/06;

4 Zakon o Narodnoj banci Srbije, „Sl. glasnik RS“, 72/2003.

stabilnosti cena kao priritetnog cilja sve jasnije utvrđuje odgovornost centralne banke i za finansijsku stabilnost. U tom smislu, i u Srbiji od izbivanja finansijske krize Zakon o NBS više puta je menjan i dopunjavan, posebno u delu njenih ciljeva i funkcija.⁵ Mandat NBS za vođenje makroprudencionalne politike definisan je izmenama i dopunama Zakona o Narodnoj banci Srbije iz 2010. godine utvrđivanjem obaveze da, u okviru svoje nadležnosti, preduzima aktivnosti i mere radi očuvanja i jačanja stabilnosti finansijskog sistema. Sa ovako definisanom nadležnošću, NBS se pridružuje grupi centralnih banaka čija se odgovornost za finansijsku stabilnost gotovo izjednačava sa odgovornošću za vođenje monetarne politike. Ova promena indukovana je finansijskom krizom koja je pokazala da osiguranje stabilnog i nesmetanog funkcionisanja platnog prometa i finansijskog sistema nije moguće bez podrške centralne banke. Tokom vremena fokus monetarne politike se menjao, počev od kontrole ponude novca, odbrane deviznog kursa do snabdevanja privrede svežim kontigentima novca i kredita. Prema P. Volkeru, nekadašnjem guverneru Federalnih rezervi, ono što se nije menjalo i što nije verovatno da će se u budućnosti menjati je obaveza centralne banke da interveniše uvek kada je ugrožena finansijska stabilnost. (Volcker, 1984: 584).

Očuvanje finansijske stabilnosti podrazumeva sinhronizovano delovanje više različitih činioca. Prva linija odbrane obu hvata aktivnosti banaka i drugih finansijskih institucija preduzetih u cilju minimiziranja rizika sa kojima se suočavaju u svom poslovanju. Prema Zakonu o banakama (čl. 28, st. 1), banka je obavezna da identifikuje, meri i procenjuje rizike kojima je izložena u svom poslovanju i upravlja tim rizicima. Takođe, banka je u obavezi da uspostavi i primeni efikasan sistem unutrašnjih kontrola na način koji obezbeđuje kontinuirano praćenje rizika kojima je banka izložena ili može biti izložena u svom poslovanju. Drugu liniju odbrane predstavlja vođenje mikroprudencionalne politike. U praksi se mogu razlikovati različita rešenja, počev od prepuštanja nadležnosti za ovu delatnost posebnim institucijama do poveravanja funkcije nadzora centralnoj banci. Naše zakonodavstvo nadležnost za obavljanje poslova kontrole i nadzora nad bankarskim i nebankarskim finansijskim institucijama prepušta centralnoj banci. Prema Zakonu o NBS (čl. 8a) za obavljanje funkcije nadzora nad finansijskim institucijama u okviru Narodne banke formira se Uprava za nadzor. Obavljajući ovu funkciju, Uprava za nadzor samostalno ili u sardnji sa Izvršnim odborom NBS obavlja

5 Zakon o izmenama i dopunama Zakona o Narodnoj banci Srbije, „Sl. glasnik RS“, 55/2004, 85/2005 – dr. 44/2010, 76/2012, 106/2012 i 14/2015.

brojne aktivnosti koje se mogu sistematizovati u tri grupe: a) bonitetna regulativa (tj. pravila koja financijske institucije moraju u svom poslovanju poštovati kako bi osigurale efikasno upravljanje rizicima i sigurnost sredstava deponenata; b) bonitetni nadzor (efikasan sistem supervizije, precizno određenu nadležnost tela uključenih u superviziju, njihovu operativnu nezavisnost, transparentnost, način kontrole boniteta i zakonitosti poslovanja finansijskih institucija) i v) primena korektivnih i prinudnih mera (supervizorska institucija mora raspolagati odgovarajućim alatima kojima će naložiti otklanjanje nepravilnosti u poslovanju, kao i mogućnost oduzimanja dozvola za rad bankama i nebankarskim institucijama).

Iskustvo sa globalnom finansijskom krizom pokazalo je da sigurnost pojedinih finansijskih institucija nije sama po sebi dovoljna za osiguranje stabilnosti sistema u celini. Naprotiv, podrška konkretnoj banci može da destabilizuje druge zbog isprepletenosti banaka i preliivanja negativnih efekata (Angeloni, 2014: 72). Kao odgovor na krizu na međunarodnom i nacionalnom planu razvija se nova oblast delovanja javne politike, čiji je cilj da primenom različitih instrumenata minimizira sistemski rizik i na taj način očuva finansijsku stabilnost. Tako se u Evropskoj uniji krajem 2010. godine usvaja Uredba (1092/2010) o makrobonitetnom nadzoru finansijskog sistema Evropske unije i osnivanju Evropskog odbora za sistemske rizike.⁶ Pored toga, formiraju se i tri nove institucije (Evropsko nadzorno telo za bankarstvo⁷, Evropsko nadzorno telo za osiguranje i strukovno penziono osiguranje⁸ i Evropsko nadzorno telo za hartije od vrednosti i tržišta kapitala⁹) koje treba da spreče kumuliranje prekomernih rizika u finansijskom sistemu. Novi

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).

sistem finansijske supervizije EU vodeću ulogu u makrobonitetnom nadzoru pripisuje Evropskoj centralnoj banci i nacionalnim centralnim bankama, uvažavajući njihovu kompetentost i odgovornost u području finansijske stabilnosti. Preporukom o makroprudencijalnom mandatu nacionalnih tela (ESRB 2011/3)¹⁰ Evropski odbor za sistemske rizike naglašava potrebu vodeće uloge centralne banke u očuvanju finansijske stabilnosti. U okviru pregovora o članstvu Republika Srbija je dužna da svoje zakonodavstvo usaglasi sa *acquis communautaire EU. Ekonomska i monetarna pitanja obuhvaćena su poglavljem 17 i obuhvataju, između ostalog, i usaglašavanje makroprudencijalne politike.* Zakon o NBS nadležnost za vođenje makroprudencionalne politike poverava centralnoj banci. Prema članu 4, tačka 4 Zakona, Narodna banka Srbije „utvrđuje i sprovodi, u okviru svoje nadležnosti, aktivnosti i mere radi očuvanja i jačanja stabilnosti finansijskog sistema“. Ono što treba imati u vidu je da realizacija ciljeva u pogledu finansijske stabilnosti podrazumeva punu posvećenost ne samo centralne banke, već i ostalih subjekata koji svojim akcijama utiču na finansijske tokove. Ovaj koordinisan pristup obezbeđen je potpisivanjem Sporazuma o Komitetu za finansijsku stabilnost (Narodna banka Srbije, 2013). Na taj način, stvoren je institucionalni okvir za saradnju i usaglašenu akciju ovih subjekata. Čini se da je, ipak, za usklađivanje politika i mera, te blagovremenu i efikasnu razmenu informacija u ovoj oblasti bolje rešenje usvajanje posebnog zakona, koji bi uređivao sva pitanja od značaja za finansijsku stabilnost. Ključna pitanja koja bi uređio zakon odnose se na formiranje međuinstitucionalnog tela nadležnog za finansijsku stabilnost, definisanje i sprovođenje makroprudencionalne politike.

4. Makroprudencionalni instrumenti Narodne banke Srbije

Međunarodne finansijske institucije, pre svega Banka za međunarodna poravnanja, zajedno sa nacionalnim centralnim bankama nastoje da definišu strategiju uspostavljanja i očuvanja finansijske stabilnosti. Za razliku od monetarne politike, kod finansijske stabilnosti nije moguće definisati univerzalna pravila ili modele postupanja. Pristupi zemalja se razlikuju, ali nesumnjiva korist od koordinisane akcije je definisanje nekih principa na kojima se temelji politika očuvanja i jačanja finansijske stabilnosti. U tom smislu, politika očuvanja finansijske stabilnosti podrazumeva, pored definisanja

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).

institucionalnih okvira, preciziranje instrumenata koje subjekti makroprudencionalne politike koriste radi očuvanja finansijske stabilnosti. Svi ovi instrumenti prema dejstvu mogu se razvrstati u dve grupe: instrumenti sa dejstvom *ex ante* (unapređenje bankarske regulative i supervizije, jačanje transparentnosti u poslovanju, čime se umanjuje rizik koji preuzimaju institucije finansijskog sektora) i *ex post* instrumenti, koji pored standardnih oblika delovanja (kreditni centralne banke, osiguranje depozita, vladina podrška u slučaju sistemski važnih banaka i ograničavanje povlačenja deponovanih sredstava), uključuju i makroprudencionalne instrumente (Lastra, 2011:110). Tradicionalni instrument kojim centralne banke nastoje da očuvaju finansijsku stabilnost vezuje se za njenu funkciju zajmodavca poslednjeg utočišta, tj. način postupanja u skladu sa tzv. *Bedžotovim pravilom* (*Bagehot's rule*), koje se može sumirati kao pravovremena i neograničena kreditna podrška nelikvidnim, ali solventnim bankama, na bazi odgovarajućeg sredstva obezbeđenja i uz višu kamatnu stopu. (Rochon, Rossi, 2015:15). Kao i ostale centralne banke, i NBS može preduzimati mere za održavanje likvidnosti banaka i drugih finansijskih organizacija, a koje se odnose na: 1) uslove i način odobravanja depozitnih i kreditnih olakšica; 2) uslove i način obezbeđenja likvidnosti isplate depozita fizičkih i pravnih lica kod banaka; 3) druge mere za održavanje likvidnosti banaka. Globalna finansijska kriza prisilila je centralne banke da primene nekonvencionalne mere monetarne politike, koje su podrazumevale angažovanje značajnih sredstava. Najveći deo ovih sredstava upotrebljen je kao podrška bankarskom sektoru, dok je manji deo iskorišćen kao podrška nebankarskim finansijskim institucijama. Problem sa primenom ovakvih mera ogleda se u tome što su ovu finansijsku podršku banke uglavnom iskoristile za poboljšanje svojih bilansa, usled čega je izostao očekivani efekat povećanja ponude kredita i, umesto oporavka, doveo do produbljivanja recesije. U nastojanju da unapredi globalne regulatorne okvire, Bazelski odbor za nadzor banaka razvio je nove instrumente koji neće delovati prociklično (Basel Committee on Banking Supervision, 2010). Na nivou Evropske unije takođe su preduzeti koraci u pravcu unificiranja instrumenata makroprudencionalne politike, usvajanjem Preporuke o neposrednim ciljevima i instrumentima makroprudencionalne politike (ESRB 2013).¹¹ Novi makroprudencionalni instrumenti naglašavaju važnost povećanja kapitala u bankarskom sektoru u periodima u kojima rastu rizici od poremećaja na nivou

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).

celog sistema. Takav dodatni zaštitni sloj kapitala jača sposobnost bankarskog sektora da podnese neočekivane gubitake, uz nastavak kreditiranja privrede.¹² Kada su u pitanju instrumenti koje NBS koristi radi očuvanja finansijske stabilnosti, Zakon o NBS ne sadrži odredbe o mogućim makroprudencionalnim merama, što znači da NBS ima punu slobodu da odlučuje o načinu i intenzitetu delovanja. U nastojanju da popuni ovu prazninu, NBS je usvojila konsultativni dokument kojim se utvrđuju osnovni i prelazni ciljevi ove politike, kao i najvažniji instrumenti za očuvanje i jačanje finansijske stabilnosti (Narodna banka Srbije, 2015). Instrumente navedene u ovom dokumentu možemo sistematizovati u tri grupe:

a) Obezbeđivanje dodatnog kapitala. Primenom ovog instrumenta banke se obavezuju da izdvajaju dodatne rezerve kapitala (tzv. kontraciklični zaštitni sloj (CCB – *Countercyclical capital buffer*) i sektorski zaštitni sloj kapitala (*Sectoral countercyclical capital buffer*) i ograničenje kreditne ekspanzije). Obezbeđivanjem dodatnog kapitala, iznad minimalnih kapitalnih zahteva, povećava se otpornost banaka na finansijske poremećaje. Upotreba ovih instrumenta dovodi do stabilizirajućih efekata, s obzirom na to da se u periodima prosperiteta usporava ekspanzija kredita (tzv. kreditni bum), dok se u uslovima krize predupređuje preterana kreditna restrikcija.

b) Povećanje likvidnosti bankarskog sektora. Za očuvanje finansijske stabilnosti izuzetno je važno da banke raspoložuju dovoljnim rezervama likvidnosti, posebno za slučaj nastanka nepredviđenih okolnosti. Banka je dužna da svojom imovinom i obavezama upravlja na način koji joj omogućava da u svakom trenutku ispuni dospele obaveze. Preterano oslanjanje na kratkoročne izvore finansiranja čini banku ranjivom u slučaju povlačenja depozita. U tom cilju, bankama se postavlja zahtev za obezbeđivanjem dodatne likvidnosti, iznad minimalne stope predviđene makroprudencionalnim normama, i time se sprečava preterana izloženost jeftinim, ali nestabilnim izvorima finansiranja. U okviru ove grupe najznačajniji instrumenti su makroprudencijalno ograničenje ročne strukture izvora finansiranja (*Net Stable Funding Ratio – NSFR*) i makroprudencijalno ograničenje odnosa odobrenih kredita i primljenih depozita (*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.

v) Upravljanje aktivom. Primenom ovog instrumenta jača se otpornost bankarskog sistema i smanjuje izloženost banke rizicima, odnosno sprečavanje kumuliranja nenaplativih potraživanja u aktivi banaka. Ova grupa instrumenata obuhvata makroprudencijalno ograničenje pokrivenosti hipotekarnog kredita vrednošću opterećene neopkretnosti (*Loan-to-value - LTV limit*) i makroprudencijalno ograničenje kreditnog zaduženja u odnosu na dohodak (*Loan-to-income - LTI limit*).

Narodna banka Srbije, kao glavni subjekt makroprudencionalne politike, donosi odluku o primeni instrumentata, nastojeći da primeni one instrumente koji su najpogodniji za realizaciju utvrđenih ciljeva. Odluka o izboru instrumenata donosi se zavisno od izvora sistemskog rizika. Vrlo često eliminisanje rizika podrazumeva uvođenje više instrumenata. Za delotvornost ovakvog pristupa izuzetno je važno poznavati karakteristike i moguće efekte delovanja svakog instrumenta ponaosob, kao i njihove međusobne odnose, vodeći računa da se ne opredeli za instrumente sa suprotnim međusobnim dejstvom.

5. Zaključak

Globalna finansijska kriza skrenula je pažnju na ulogu centralne banke u očuvanju i jačanju finansijske stabilnosti. Reč je o jednoj od tradicionalnih uloga centralnih banaka koja je iz brojnih razloga, u periodu nakon Drugog svetskog rata, bila u drugom planu u odnosu na neke druge uloge, poput očuvanja stabilnosti cena. Finansijska kriza iz 2007. godine pokazala je ranjivost finansijskog sistema i ukazala na potrebu njegove dogradnje posebnom makroprudencionalnom funkcijom, koja bi bila poverena instituciji sposobnoj da prati, identifikuje i pravovremenom reakcijom otkloni pojavu sistemskog rizika. Više je razloga koji opravdavaju poveravanje ove funkcije centralnoj banci. Prvo, centralna banka je jedina institucija koja je ovlašćena da emituje novac kao zakonsko sredstvo plaćanja i utiče na nivo neposredne likvidnosti. Zatim, ona je odgovorna za nesmetano funkcionisanje platnog prometa. I, najzad, centralna banka je, po prirodi stvari, zainteresovana za zdrave finansijske institucije i stabilno finansijsko tržište, budući da od toga zavisi transmisija monetarne politike. Promene na globalnom nivou u pogledu uloge centralne banke uticale su i na promenu položaja Narodne banke Srbije. Mandat NBS za vođenje makroprudencionalne politike definisan je izmenama i dopunama Zakona o Narodnoj banci Srbije iz 2010. godine utvrđivanjem obaveze da, u okviru svoje nadležnosti, preduzima aktivnosti i mere radi očuvanja i jačanja stabilnosti finansijskog

sistema. Međutim, za razliku od monetarne politike, gde zakon taksativno određuje ciljeve i instrumente koje koristi NBS, pitanje očuvanja i jačanja finansijske stabilnosti velikim delom je neregulisano. Za uspostavljanje delotvornog makroprudencionalnog okvira neophodno je donošenje posebnog zakona kojim bi se detaljnije uredila pitanja iz ove oblasti, a naročito formiranje međuinstitucionalnog tela za finansijsku stabilnost, postupak oblikovanja i sprovođenja makroprudencionalne politike, kao i konkretizovanje instrumenata i mera za očuvanje i jačanje finansijske stabilnosti.

Literatura

- 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. *Journal 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. *Ekonomski 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
- Zakon o Narodnoj banci Srbije. *Službeni glasnik RS*. Br. 72 (2003)
- Zakon o izmenama i dopunama Zakona o Narodnoj banci Srbije. *Službeni glasnik RS*. Br. 55/2004, 85/2005 – dr. 44/2010, 76/2012, 106/2012 i 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
- Narodna banka Srbije, *Makroprudencionalni okvir*. mart (2015) <http://www.nbs.rs>
- Narodna banka Srbije. Godišnji izveštaj o stabilnosti finansijskog sistema. (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

Ustav Republike Srbije. *Službeni glasnik RS*. Br. 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.*

ZAŠTITNA FUNKCIJA ZAKONODAVSTVA O RADU**

Apstrakt: Zaštititi slabiju stranu u radnom odnosu je najstarija i najvažnija funkcija zakonodavstva o radu. Svrha njegovog nastanka i postojanja do današnjih dana se nije promenila. Putem zakonske zaštite zaposlenih država teži da uspostavi ravnotežu između strana u radnom odnosu koja je, formalno izjednačenim pozicijama poslodavca i zaposlenog, pomeren u korist poslodavca. U prvom delu rada daje se kraći prikaz nastanka zakonodavstva o radu, sa akcentom na uzroke koji su doveli do njegovog stvaranja. Sadržina zaštitne funkcije zakonodavstva o radu izložena je u drugom delu. Mogućnost „merenja“ stepena zaštite koju zakonodavstvo o radu pruža putem objektivnih kriterijuma autor izlaže u trećem delu rada, dok je četvrti deo posvećen problemu očuvanja zakonodavstva o radu i njegove zaštitne funkcije u savremenim uslovima. U zaključku autor ukratko izlaže svoja zapažanja vezana za ovu problematiku.

Ključne reči: rad, radno pravo, zakonodavstvo o radu.

1. Nastanak i svrha zakonodavstva o radu

U teoriji radnog prava ne postoji jedinstven stav o vremenu njegovog nastanka, s obzirom na to da se koriste različiti kriterijumi za periodizaciju njegove istorije. Shvatanja se kreću od toga da je radno pravo nastalo još u srednjem veku, sa cehovima i gildama, pa do onih koja nastanak radnog prava vezuju za pojavu kapitalističkog načina proizvodnje, tj. za industrijsku revoluciju u zapadnim zemljama, što je šire prihvaćeno (Ravnić, 2004: 303–305). Najodređenije mišljenje nastanak radnog prava vezuje za Francusku revoluciju iz 1789. godine, kada su ukinuti esnafski

* obrad@prafak.ni.ac.rs

** Ovaj članak je rezultat rada u okviru projekta pod nazivom „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“, finansiranom od strane Ministarstva prosvete i nauke Republike Srbije (referentni broj 179046).

sistemi i proglašena sloboda rada u industriji, trgovini i zanatstvu (Lyon-Caen, Péliissier, Supot, 1994: 8–9). Prvu fazu u razvoju radnog prava, koja se naziva i liberalističkim razdobljem, odlikuju radni odnosi kao deo privrednih odnosa i oni su, kao takvi, u potpunosti podvrgnuti zakonima tržišta. Rad je smatran robom i nije bilo prihvatljivo bilo kakvo mešanje u prirodno delovanje privrednih zakonitosti. To je, razumljivo, isključivalo postojanje državnog i kolektivnog radnog prava. Individualna i neograničena autonomija volje pojedinaca bila je okosnica liberalističke filozofije, koja se protivila intervenciji države u područje rada (Ravnić, 2004: 334–336). To je dovelo do toga da su uslovi rada bili na granici ljudske izdržljivosti, radna snaga je bila „potrošna roba“, a život radnika obezvređen do krajnjih granica.

Primera radi, radno vreme u francuskoj industriji trajalo je od 14–15 sati dnevno, industrija je imala dovoljno radne snage, a rad žena i dece znatno se povećavao. Deca od 6–8 godina, slabo ishranjena, bila su u obavezi da ustaju u pet sati ujutro da bi na vreme došla do udaljenog radnog mesta (Ravnić, 2004: 339). Ni u ostalim zapadnim zemljama situacija nije bila ništa bolja. U Engleskoj, fabrike su bile smeštene u sirotinjskim četvrtima i bile zastrte sopstvenim isparenjima čađi i dima. Mašine su bile podešene na brzinu koja je od rukovalaca zahtevala oštro oko i brze ruke tokom celog radnog dana. One su, kako se navodi, štedele vreme a trošile ljude (Djurant, 2005: 358)¹. Nezdravi i teški uslovi rada bili su, sa formalnog stajališta, prvenstveno posledica slobode ugovaranja, tj. primene formalnog načela građanskog prava po kome su ugovorne stranke jednake i ravnopravne. Međutim, s obzirom da je radnik u stvarnosti bio slabija strana kod ugovora o radu, bio je predmet izrabljivanja od strane poslodavca (Ravnić, 2005: 339).

Formalna sloboda i jednakost, proklamovana od strane političkog i privrednog liberalizma zapravo su preduzimaču dale punu vlast, koju je on potpuno i iskoristio (Bajič, 1937: 10). Stoga, već početkom XIX veka

1 Isti pisac navodi podatak da je 1816. godine od 10.000 zaposlenih u 41 škotskoj fabrici radilo 3.146 muškaraca i 6.854 žene, od kojih je 4.851 bila mlada od 18 godina. Žene između porođaja bile su poželjnije kao fabrički radnici od muškaraca, a deca poželjnija od žena zbog niže plate. Još jeftinija i poželjnija radna snaga bila su siročad, koju su u fabrike slali administratori iz Sirotinjskog fonda. Ovaj au tor navodi i zapažanja Tomasa Karlajla (*Thomas Carlyle 1795–1881*), škotskog filozofa i pisca, koji je rezimirao uslove britanskog fabričkog radnika u tom periodu, zaključujući da je Britancima bilo bolje kada su bili srednjovekovni kmetovi, te da je industrijski napredak proleteru ostavio tako mali udeo u sve većem bogatstvu da se on vraćao varvarstvu.

dolazi do mešanja države u oblast radnih odnosa.² U vezi za pojavom zaštitnog zakonodavstva, jedno od pitanja koje se s tim u vezi postavlja jeste pitanje neposrednih uticaja koji su do njega doveli. To pitanje ni do danas nije rasvetljeno, jer nedostaju podaci, ali se smatra da je za pojavu zaštitnog zakonodavstva pre svega zaslužna borba samog radništva. S druge strane, ne može se potcenjivati ni uloga srednjih staleža, naročito intelektualaca. Izuzetno, zasluge za to imaju i sami poslodavci, kao što je slučaj Roberta Ovena (Živković, 1940: 112–113). Sve jača intervencija države u oblast radnih odnosa značila je napuštanje pretpostavke o ravnopravnosti i autonomiji volje i svest o nepobitnoj zlopotrebi doktrine *laissez faire-laissez passer* (Tintić, 1969: 120). Naime, ako je ova doktrina u prvoj polovini XIX bila gotovo opšteprihvaćena, u drugoj polovini XIX veka ta podrška je bila smanjena, usled društvenih, ekonomskih i političkih promena koje su se, u međuvremenu, desile u Evropi (Kovačević, 2013: 53). Kao značajan razlog za državnu intervenciju u oblasti radnih odnosa, navodi se i to da su se neke kolektivne radničke akcije preduzimale ne samo radi poboljšanja uslova rada, već i za ostvarivanje političkih ciljeva. Dobar deo radničke klase je u to vreme bio pod uticajem političkih stranaka koje su se protivile kapitalizmu (Ravnić, 2005: 350–351).

O svesti da je položaj radnika neophodno hitno poboljšati i tako izbeći društvene potrebe, govori i činjenica da je i jedna papska enciklika (poslanica) bila posvećena toj problematici. Na čelo Rimokatoličke crkve 1878. godine stupio je papa Lav XIII (1810–1903). Važio je za umerenjaka širokih pogleda, ali je kategorično bio protiv socijalizma, komunizma, nihilizma i masonstva. Svoje stavove izražavao je, između ostalog, i kroz razne enciklike. Jedna od najpoznatijih je svakako *Rerum novarum* (lat. „O novim stvarima“) iz 1891. godine. Njen podnaslov je „Prava i obaveze rada i kapitala“, što dovoljno govori o njenoj sadržini. Uviđajući opasnost po privatnu svojinu od rastućih socijalističkih pokreta (koji su uporište nalazili u nezadovoljnom radništvu), ali i negativne strane surovog kapitalizma, papa se založio za prava radnika i socijalnu pravdu.³

2 U Velikoj Britaniji je još 1802. godine donet Zakon o zaštiti dečijeg rada. Potom je, Zakonom o zabrani dečijeg rada iz 1816. godine, ograničena starosna dob za zaposlenje na devet godina, 1833. godine uvedena je radna sedmica od 48 sati za decu u tekstilnoj industriji, 1847. godine ograničeno je radno vreme ženama i mlađim osobama u fabrikama na 10 sati dnevno, itd. Po ugledu na Veliku Britaniju i druge zemlje donose slične propise, pre svega Francuska i Nemačka.

3 To mu je donelo nadimak „radnički papa“. Više o enciklikama pape Lava XIII može se naći u: *The Great Encyclical Letters of Pope Leo XIII*, Forgotten Books, 2012; fototipsko izdanje originala iz 1903. godine, izdavača Benzliger Brothers, New York, Cinbcinati, Chicago.

2. Suština zaštitne funkcije zakonodavstva o radu

Radnom zakonodavstvu (i radnom pravu uopšte) pripisuju se različite funkcije. Tako, kao osnovni ciljevi navode se: socijalno-radni mir; socijalna ravnoteža; regulisanje konkurencije; emancipacija (pojedince i društva); sigurnost (zaposlenja i socijalna); moralizovanje radnih odnosa. Od pobrojanih, uspostavljanjem socijalne ravnoteže ostvaruje se zaštita zaposlenih, ali i poslodavaca (Lubarda, 2012: 41–42). Zaštita prava i interesa poslodavca ostvaruje se na dva nivoa. Na prvom nivou, zakonodavstvo o radu ustanovljava osnovna prava poslodavca i obaveze zaposlenih koje korespondiraju sa njima. Na drugom nivou, prava poslodavca i obaveze zaposlenih ostvaruju se putem konkretnih normi, koje se tiču različitih aspekata vlasti poslodavca: normativne, dispozitivne i disciplinske (Kiselëv, Lušnikov, 2008: 112).

S druge strane, ima autora koji smatraju da radno pravo ima dve osnovne funkcije: zaštitnu i ekonomsku (proizvodnu). Ostvarivanjem tih funkcija putem zakonodavstva o radu ostvaruje se ravnoteža između suprotstavljenih interesa dveju strana u radnom odnosu. Zaštitna funkcija usmerena je ka interesima radnika i službenika, a proizvodna ka interesima poslodavaca (Mrčkov, 2008: 44).

Zaštitna funkcija zakonodavstva o radu je, istorijski gledano, njegova najranija funkcija i ona se ostvaruje putem niza instituta, kao što su radno vreme, odmori, odsustva, bezbedni i zdravi uslovi rada, ograničena materijalna odgovornost, posebna zaštita pojedinih kategorija zaposlenih, pravna zaštita od nezakonitog otkaza, itd. (Mrčkov, 2008: 45). R. Živković je još u svojoj studiji iz 1939. godine uočio, na prvi pogled, paradoksalnu činjenicu da je borba radništva za bolje uslove rada jačala sa razvojem zaštitnog zakonodavstva. Razlog za to leži, po njegovom mišljenju, u vaspitnom dejstvu zaštitnog zakonodavstva, koje kod radništva svojom svakodnevnom primenom budi svest o sopstvenoj vrednosti i snazi i na taj način ga podstrekava na borbu i udruživanje. Drugim rečima, onog dana kada je i sama država bila prisiljena da ustane u odbranu radničkih interesa, usled sve boljeg samostalnog organizovanja radništva, njegova borba dobija snažniji zamah (Živković, 1940: 114–115). Posredno, štiteći radnike, radnopravne norme doprinose i socijalnom miru, socijalnoj pravdi i društvenoj koheziji (Kovačević, 2013: 57).

3. „Merenje“ zaštitne funkcije zakonodavstva o radu

Putem zakonske zaštite zaposlenja ograničava se sloboda poslodavca u prilagođavanju stepena zaposlenosti svojim potrebama. Postoje brojna istraživanja čiji je cilj da se otkrije stepen uticaja zaštite zaposlenja na fleksibilnost tržišta rada, tj. koliko sigurnost radnog odnosa utiče na stepen nezaposlenosti (Lukić, 2004: 621). S obzirom na različita zakonska rešenja koja uređuju ovu oblast, OECD (Organizacija za ekonomsku saradnju i razvoj)⁴ je u prošlosti izradio metodologiju putem koje se, procenom određenih parametara, procenjuje stepen zaštite zaposlenja u svakoj zemlji ponaosob. Ova metodologija nazvana je *indeks zakonske zaštite zaposlenja*.⁵ Počev od 1999. godine, ova organizacija objavljuje godišnju studiju (*Employment Outlook*) u kojoj analizira zakonodavstva o radu u različitim državama i iz različitih delova sveta. U suštini, indeks zakonske zaštite zaposlenja je pokušaj da se uporede, uz pomoć određenih principa, rešenja iz različitih zakonodavstava o radu i da se, na taj način, dobije jedan pokazatelj (indeks) koji će odgovoriti na pitanje koliko je radno zakonodavstvo neke zemlje „rigidno“, tj. koliko zaštitu pruža zaposlenima (Obradović, Sekulić, 2006: 307).⁶ Metodologija izračunavanja indeksa obuhvata prosek 22 posebna pokazatelja, koji su svrstani u tri grupe: regulativa koja se odnosi na pojedinačne otkaze ugovora o radu na neodređeno vreme (12), regulativa koja se odnosi na privremeno zapošljavanje (6) i regulativa koja se odnosi na kolektivne otkaze (4). Primera radi, to su: visina otpremnine, maksimalno trajanje ugovora o radu na određeno vreme, vremensko razdoblje koje je potrebno da bi poslodavac preduzeo zakonom predviđene postupke pri otkazu i sl. Kada se, po posebnom postupku, odredi vrednost svakog pojedinačnog pokazatelja, određuje se njihov prosek. Prosek se određuje na skali od 0 do 6. Naravno, zakonska zaštita zaposlenja je uvek negde između ovih vrednosti.

U Srbiji je indeks zakonske zaštite zaposlenja izračunavan za Zakon o radu iz 2001. godine⁷, i tada je iznosio 3,86 (Obradović, Sekulić, 2004; 319). Primera radi, u Republici Hrvatskoj je vrednost indeksa prvi put

4 *Organisation for Economic Co-operation and Development-OECD.*

5 *Employment protection legislation index-EPL.*

6 Izraz „rigidno“ zakonodavstvo o radu suprotan je terminu „fleksibilno“ zakonodavstvo o radu. Oba su skovana od strane pristicalica tzv. „fleksibilizacije“ radnih odnosa, tj. zagovornika smanjenja zaštite koja se zakonodavstvom o radu pruža zaposlenima, pod izgovorom da će to povećati zaposlenost i opšte društveno blagostanje. Zbog toga se zakonodavstvo o radu koje pruža veću zaštitu zaposlenima naziva rigidnim, ne bi li se označilo kočničarem razvoja.

7 „Sl. glasnik RS“, br. 70/01 i 73/01.

izračunata 2002. godine, i tada je iznosila 3,58. Nakon izmena Zakona o radu 2003, njegova vrednost je pala na 2,76, prvenstveno zbog uvođenja zakonske regulative o agencijama za privremeno zapošljavanje. Za Zakon o radu iz 2004. godine prvo je dobijena vrednost od 2,7. Primenom nove OECD-ove metodologije iz 2008. godine, dobijena je vrednost indeksa zakonske zaštite zaposlenja u Republici Hrvatskoj od 2,61 (Kunovac, 2014: 4).

4. Zaštitna funkcija zakonodavstva o radu u savremenim uslovima

Promene koje su se desile u svetu poslednjih dvadesetak godina neminovno su uticale i na zakonodavstvo o radu i njegovu zaštitnu funkciju. Najznačajniji uticaj na zakonodavstvo o radu u savremenim uslovima ostavljaju globalizacija, rastuća nezaposlenost, ekonomske krize, internacionalizacija poslovanja, smanjenje uloge industrijskog i živog rada, trend privatizacije javnog sektora i sl. Sve to dovelo je do pojave fenomena „fleksibilizacije rada“ (Jašarević, 2012: 26). U osnovi, zagovornici fleksibilizacije radnih odnosa smatraju da je zaštitna funkcija zakonodavstva o radu (u većini zemalja), takva kakva jeste, kočnica ekonomskom rastu i razvoju. Prevelika zaštita zaposlenih stvara za poslodavce prevelike troškove, dok procedure prilikom otpuštanja usporavaju poslodavce da se prilagođavaju promenama na tržištu. Samim tim, tvrde oni, usporava se ekonomski rast a nezaposlenost povećava. Deregulacijom radnih odnosa, tj. smanjenjem stepena njihovog regulisanja putem zakona, kapital će se brže prilagođavati tržištu, ekonomski rast će biti veći a nezaposlenost manja. Najveći zagovornici ovakvih promena upravo su velike multinacionalne korporacije i vodeće svetske finansijske institucije.

U takvim okolnostima, država se nalazi pred dilemom da li da bude zaštitna ili produktivna država (Kaufmann, 2007: 16). Izuzetno snažni napadi na zakonodavstvo o radu, povezani sa sve manjom potrebom za ljudskim radom, doveli su čak i do pojave teorija o „kraju rada“ (Rifkin, 2004: 3–15). Naravno, postavlja se i pitanje dobronamernosti zagovornika fleksibilizacije radnih odnosa. Drugim rečima, da li je opšte blagostanje zaista cilj koji se želi postići smanjenjem zaštite koju zakonodavstvo o radu pruža, ili je posredi nešto drugo. Kao prikriiveni ciljevi fleksibilizacije i deregulacije najčešće se navodi enormno povećanje profita kompanija nauštrb socijalnog položaja zaposlenih; slabljenje sindikata; prebacivanje tereta socijalne sigurnosti sa države na pojedinca. To je bio razlog da u mnogim zemljama, posle početnog oduševljenja, dođe do osporavanja fleksibilizacije i deregulacije radnih odnosa (Jašarević, 2012: 27).

5. Zaključak

Od samog nastanka zakonodavstva o radu, zaštita slabije strane u radnom odnosu njegova je najznačajnija funkcija i, u osnovi, razlog njegovog postojanja. Širenje zaštitne funkcije zakonodavstva o radu išlo je dosta sporo, i od samog početka bilo je suočeno sa snažnim protivljenjem poslodavaca i njihovih udruženja. Država je u takvim okolnostima uvek bila prinuđena da pravi ravnotežu između poslodavaca i zaposlenih, a zaštiti koju je ona garantovala, u velikoj meri doprinosili su i sami zaposleni putem svojih organizacija i kolektivnih akcija. Najveći napredak postignut je u nekoliko decenija posle Drugog svetskog rata, kada je zaštitna funkcija zakonodavstva o radu (načelno govoreći) dostigla svoj vrhunac. Ipak, poslednjih par decenija dolazi do značajnog slabljenja zaštite zaposlenih, usled brojnih i krupnih promena koje se dešavaju u svetu. Sve snažnije multinacionalne korporacije i finansijske institucije, s jedne strane, i sve slabije države, s druge strane, dovode do ubrzanog smanjenja prava iz radnog odnosa i stepena njihove garancije. S obzirom na okolnosti, verujemo da će se taj trend nastaviti i u doglednoj budućnosti.

Literatura

- Bajič, S. (1937). *Osnovi radnog prava – opšti deo*. Izdavačko i knjižarsko preduzeće Geca Kon, A.D., Beograd
- Djurant, V., Djurant. A. (2005). *Istorija civilizacije – Napoleonovo doba*. Vojnoizdavački zavod, Narodna knjiga. Beograd
- Živković, R. (1940). *Problem pravne prirode ugovora o radu u svetlosti istorije i savremenog društvenog i privrednog poretka*, doktorska disertacija. Pravni fakultet u Beogradu. Beograd
- Jašarević, S. (2012). *Perspektive fleksibilizacije rada u Srbiji*. Radno i socijalno pravo, 2/2012. Beograd
- Kaufmann, C. (2007). *Globalization and Labour Rights*. Hart Publishing. Oxford and Portland. Oregon
- Kiselëv, I.Я., Lušnikov, A. M. (2008). *Trudovoe pravo Rossii i zarubežnyh stran*. Эksmo, Moskva
- Kovačević, Lj. (2013). *Pravna subordinacija u radnom odnosu i njene granice*. Pravni fakultet u Beogradu. Beograd
- 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
- Lubarda, B. (2012). *Radno pravo– rasprava o dostojanstvu na radu i socijalnom dijalogu*. Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu. Beograd
- Lukić, P. (2008). *OECD-ov indeks zakonske zaštite zaposlenja*. Radno i socijalno pravo, 1–6, Beograd
- Мгъчов, V. (2008). *Trudovo pravo*. Sibi, Sofia
- Obradović, G., Sekulić, V. (2004), *Indeks zakonske zaštite zaposlenja u Republici Srbiji*. Radno i socijalno pravo, 1–6. Beograd
- Ravnić, A. (2004). *Osnove radnog prava – domaćeg, usporednog i međunarodnog*. Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb
- Rifkin, J. (2004). *The End of Work*. Penguin, New York
- Tintić, 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.

PRAVIČNOST I AKTUELNO MODELIRANJE PORESKIH SISTEMA U SVETU

Apstrakt: Predmet analize u ovom radu jesu mogućnosti ostvarenja načela pravičnosti u savremenim poreskim sistemima. Autor, najpre, daje teorijski osvrt na značenje pravičnosti u oporezivanju i razmatra opšti ambijent u kome se odvija proces modeliranja poreskih sistema u svetu. U nastavku rada su obrađene aktuelne promene u domenu oporezivanja dohotka, potrošnje i imovine. Nastale kao neposredni odraz globalizacije, poreske harmonizacije i poreske konkurencije, one ukazuju na postojanje izražene konfliktnosti načela pravičnosti i načela efikasnosti u oporezivanju. Brojnim argumentima, kojima se to potvrđuje, posebna pažnja je posvećena u završnom delu rada. Pravičnost nema ulogu „ideje vodilje“ u koncipiranju savremenog oporezivanja već je teorijski ideal čija je stvarna realizacija ostavljena za neki budući period.

Ključne reči: porezi, poreski sistem, poreska politika, poreske reforme, globalizacija, poreska harmonizacija, poreska konkurencija, pravičnost oporezivanja.

1. Uvod

Poreski sistemi se, u zemljama širom sveta, permanentno reformišu. Promene sistema oporezivanja se odvijaju u ambijentu protkanom brojnim protivurečnostima, kao neposrednim odrazom aktuelnih društveno-političkih, ekonomskih i socijalnih kretanja. Preobražaji poreskih

* marina@prafak.ni.ac.rs

** Rad je rezultat istraživanja na projektu „Usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske unije“, koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu u periodu 2013–2018. godine.

struktura se, već više od dve decenije, ostvaruju na način koji ukazuje da se pravac i prioriteti poreske politike, svake države ponaosob, bitno menjaju, kao i da se brojna pitanja koja se tiču poreza, kao važan deo procesa političkog odlučivanja, sa nacionalnog postepeno premeštaju na nadnacionalni nivo.

Sistemi oporezivanja su rezultat određenih kompromisa u datim uslovima pa potpuna realizacija pravičnosti u oporezivanju, po pravilu, izostaje. U savremenim državama, koje odlikuju nestabilna privredna kretanja i nezavidni ekonomski položaj većine populacije poreskih obveznika, pitanje pravičnosti oporezivanja se iznova aktuelizuje. Opšti zahtev da se modeliranje poreskih sistema ostvaruje uz puno uvažavanje teorijskih postavki, koje su pretpostavka realizacije poreske pravičnosti i podsticajne uloge poreza u odvijanju društvenog i privrednog života, suočava se sa mnogo prepreka i izazova. Da li su oni, po svojoj prirodi i snazi, takvi da suštinski određuju „sudbinu“ pravičnosti oporezivanja? Da li princip pravičnosti, imajući u vidu okolnosti u kojima se modeliraju savremeni poreski sistemi, može da odnese prevagu nad principom efikasnosti u oporezivanju? Da li je pravičnost savremenog oporezivanja moguća ili je samo reč o teorijskom idealu? Da li je validna tvrdnja da se moderno poresko pravo koncipira na način da bude u funkciji zaštite ekonomski slabijih poreskih obveznika? Navedena pitanja su, i u drugoj deceniji 21. veka, otvorena a odgovori na njih zahtevaju stalno preispitivanje.

2. Teorijski osvrt na pravičnost u oporezivanju

Jedna od ključnih tema u sferi oporezivanja tiče se načina na koji treba obveznicima raspodeliti poreske obaveze kako bi se realizovala pravičnost. Pravičnost u oporezivanju se može ostvariti na osnovu dva načela: načela korisnosti (*eng. benefit principle*) i načela poreske (ekonomske) snage, tj. načela sposobnosti plaćanja (*eng. ability to pay principle*) (Popović, 2013: 39–41). Prema načelu korisnosti, koje se u teoriji najpre zagovaralo, porezi su svojevrsna „cena“ za dobra i usluge koje obezbeđuje država. Načelo poreske snage kao polazište za utvrđivanje poreske obaveze uzima sposobnost poreskog obveznika da doprinosi finansiranju javne potrošnje. Drugim rečima, poreska pravičnost je bazirana na principu da obveznici treba da snose poreski teret shodno svojim ekonomskim mogućnostima. Ostvarivanje poreske pravičnosti se posmatra preko dva aspekta: horizontalne i vertikalne pravičnosti (Hillman, 2003: 472). Horizontalna pravičnost, pored potrebe da svi plaćaju poreze (opštost

poreske obaveze), ukazuje i na princip da poreski obveznici s jednakim ekonomskim mogućnostima i istim osobinama (porodični status, izdržavani članovi porodice i sl.) treba da budu podložni jednakim poreskim obavezama. Vertikalna pravičnost podrazumeva da poreski obveznici sa većom ekonomskom snagom treba da budu podložni većem poreskom opterećenju, što se ostvaruje primenom progresivnih poreskih stopa. Zapravo, potrebno je odrediti koji obveznici bi plaćali porez po višim stopama, formulisati odgovarajuće poreske propise i, u svakom konkretnom slučaju, utvrditi iznos sredstava koji, na ime poreza, ti obveznici treba da plate. Vertikalna pravičnost rezultira određenim socijalnim učincima a može se sprovesti neposredno putem oporezivanja dohotka i imovine, kao dodatnog pokazatelja poreske snage, ali i posredno preko oporezivanja potrošnje. U principu, vertikalna pravičnost se u praksi ostvaruje ustanovljavanjem odgovarajućih poreskih oblika. Neki porezi, po svojoj prirodi, nisu pogodan instrument za neposredno ostvarivanje pravičnosti. To važi za porez na dodatu vrednost i akcize, koji su regresivni i procentualno više opterećuju obveznike sa manjom nego obveznike sa većom ekonomskom snagom. Posredno, značajnije zahvatanje luksuznih proizvoda ovim porezima moglo bi nešto više da optereti bogatije poreske obveznike. Porezi na potrošnju su zbog svoje izdašnosti, jednostavnosti i pogodnosti primene (tzv. Režim „samooporezivanja“), kao i zadovoljavajućeg nivoa onemogućavanja evazije, omiljeni savremenoj poreskoj vlasti. Na drugoj strani, preko poreza na dobit korporacija (pravnih lica) se ne mogu postići značajniji efekti u domenu poreske pravičnosti budući da je njegova prvenstvena uloga ostvarivanje ekonomskih efekata. U principu, najveći potencijal za dostizanje pravičnosti u oporezivanju imaju porez na dohodak fizičkih lica (građana) i porezi na imovinu. Praksa, međutim, pokazuje da je, u mnogim zemljama sveta, izuzetno teško adekvatno koncipirati oporezivanje dohotka upravo iz razloga što pravo poreza na dohodak ne daje jednak tretman raznim oblicima prihoda. Najčešće su, u tom segmentu pravnog regulisanja ovog poreza, prisutna brojna nepoštovanja načela prema kome bi prihode trebalo tretirati na isti način bez obzira na njihovo poreklo tj. činjenicu da li prihodi potiču od rada ili od kapitala. U tome se, pre svega, ogleda i stalno prisutna konfliktnost interesa globalizovanog kapitala i nacionalno određenih poreskih politika. Sa ekonomskom krizom, prisutnom u većem delu sveta, aktuelizuje se pitanje značajnijeg zahvatanja imovine kao zastavljenog izvora poreza. Porezi na imovinu nisu toliko popularni u poreskoj populaciji, ali mogu biti pogodan način obezbeđivanja prihoda neophodnih za finansiranje nižih nivoa vlasti. Uz to, mogu ukazivati na postojanje pravičnijeg oporezivanja

posebno ukoliko se njima adekvatno oporezuje velika imovina. Naravno, pravično oporezivanje imovine podrazumeva niz preduslova (npr. tačna evidencija nepokretnosti, realno utvrđivanje poreske osnovice, uključujući i adekvatan obračun amortizacije i poreskih kredita i sl.) koji, najčešće, u većini zemalja u tranziciji nisu ispunjeni.

U savremenoj teoriji se, sve više, ističe stav da se vertikalna pravičnost može ostvarivati i tzv. negativnim porezima. Negativno oporezivanje dohotka se odnosi na slučajeve u kojima je dohodak poreskog obveznika ispod nivoa egzistencijalnog minimuma. Država, zapravo, ne vrši oporezivanje već usmerava socijalne transfere u korist onog dela poreske populacije koji karakteriše slabija ekonomska snaga. Time se ostvaruju određeni ciljevi socijalne politike.

Horizontalna pravičnost je široko prihvaćena u stručnim i društvenim krugovima, dok je vertikalna pravičnost, u najvećoj meri, rezultat subjektivnih društvenih vrednosti. Opšti stav je da poreski obveznici sa većim poreskim kapacitetom treba da plaćaju porez po višim poreskim stopama i time subvencionišu siromašnije delove društva i stimulišu društvenu koheziju. Umanjivanje društvenih razlika i sprečavanje socijalne napetosti rezultati su koji se očekuju. Oni će izostati i princip plaćanja poreza shodno ekonomskoj snazi će uvek biti narušen ukoliko je poreska vlast nespremna da se uhvati u koštac sa velikim utajivačima poreza (*free riders*). Ukoliko je poreski sistem, sam po sebi, izvor dodatnih napetosti u društvu neće biti, u potrebnoj meri, prihvaćen od poreskih obveznika.

3. Opšti ambijent modeliranja savremenih poreskih sistema

Svet se nalazi u velikim, brzim i punim promenama. Ekonomsko-regionalno povezivanje, trgovinsko-finansijska liberalizacija, otvaranje i slabljenje uloge državnih granica, relativiziranje suvereniteta država, ekonomski faktor kao „srce“ međunarodnih svekolikih odnosa, predstavljaju bitne komponente ambijenta u kome se odvija modeliranje savremenih poreskih struktura. Nastaje novi svet dominantno vezan za proces globalizacije (Veselica, 2003: 25). Globalizacija oblikuje našu sadašnjicu a programirana je i usmeravana od strane najrazvijenijih država, najvećih multinacionalnih korporacija i moćnih svetskih finansijskih centara, u cilju obezbeđivanja poslovnog kontinuiteta, širenja i izvlačenja što većih profita (Drašković, 2007: 272). Globalizacija ostvaruje veliki uticaj na poresku oblast a snažne međunarodne finansijske organizacije teže da postave okvire i standarde

aktuelnog oporezivanja. Poreska harmonizacija i poreska konkurencija pogoduju ostvarivanju tog cilja. Porezi su oduvek bili važan sadržaj političkog odlučivanja, ali se, zahvaljujući pomenutim procesima, već izvesno vreme, poreska pitanja postepeno podižu sa nacionalnog na globalni nivo. Raspodela poreskog tereta u međunarodnim okvirima jedna je od osnovnih dilema oporezivanja (Andjelković, 2004: 105–107).

Danas je nemoguće izgraditi prihvatljiv poreski sistem zemlje nezavisno od odvijanja međunarodnih ekonomskih odnosa. Proces globalizacije i veliki interesi, koji iza ovog procesa stoje, bitno utiču na nivo poreskog opterećenja u državama, dizajniranje pojedinih poreza i načine njihove primene. Prilično je teško da države održe velike poreze ako se ima u vidu činjenica da vlasnici kapitala preusmeravaju svoje poslovne aktivnosti ka područjima sa niskim ili nultim poreskim stopama i da se njima, u takvim područjima, uobičajeno nudi i niz drugih pogodnosti, posredstvom vrlo labave legislative. Poslovanje multinacionalnih korporacija na svetskom tržištu, kao važno obeležje globalizacije, praćeno je često realokacijom profita sa jednog na drugi kraj sveta. To, nesporno, ostavlja posledice na poreske prihode konkretne zemlje (zbog prisutne evazije poreza), integritet njenog poreskog suverenita, ali i na realizaciju pravičnosti kao bazičnog postulata oporezivanja.

Na suštinsko modeliranje poreskih sistema relevantan upliv ostvaruju i poreska harmonizacija i poreska konkurencija. Poreska harmonizacija (*eng. tax harmonization*) označava usklađivanje poreskih sistema, prvenstveno zemalja članica Evropske unije (EU), radi izbegavanja poreskih mera koje mogu negativno uticati na funkcionisanje zajedničkog evropskog tržišta. U principu, reč je o prilagođavanju poreskog zakonodavstva standardima zajedničkim za sve zemlje članice Unije, utvrđenim od strane supranacionalnih tela Unije. Poreska harmonizacija je proces koji se širi izvan granica EU. Naime, jedan od preduslova pristupanja novih država članica Uniji je usaglašavanje njihovih poreskih sistema sa poreskim sistemima zemalja članica (Dimitrijević, 2014: 755–756). Uporedo sa poreskom harmonizacijom odvija se i proces poreske konkurencije (*eng. tax competition*), koja je bitan aspekt savremenog oporezivanja. Iako je ustaljeno mišljenje da se radi o suprotstavljenim procesima, u suštini to nije tako. Poreska konkurencija jeste instrument privlačenja mobilnog kapitala koji „luta“ svetom u potrazi za boljom oplodnjom uz što niže fiskalne troškove. Istovremeno, zahvaljujući „efektu ugledanja“, poreska konkurencija kao rezultat proizvodi i tzv. tihu harmonizaciju poreskih sistema. Nijedna zemlja ne želi da, usled preferencijalnog poreskog režima druge

zemlje, omogući odlivanje sopstvenih poreskih prihoda, „erodiranje“ nacionalnih poreskih osnovica, niti želi da odbije ulaganje kapitala na svojoj teritoriji. Shodno tome, poreski sistemi počinju da sličje jedan drugom. Ne može se, međutim, staviti po strani još jedna činjenica. U situaciji kada je važan cilj poreskog sistema privlačenje finansijskog i drugog mobilnog kapitala, poreski teret se nužno prebacuje na nemobilne osnovice oporezivanja (potrošnja, rad, imovina). Modeliranje savremenih poreskih struktura se i ostvaruje, prvenstveno, preko postepenog jačanja potrošno orijentisanih sistema oporezivanja, što vodi oporezivanju koje nije pravično. Time se udovoljava zahtevima moćnih finansijskih subjekata kao vlasnicima kapitala i, u znatnoj meri, podriva fiskalna osnova države blagostanja (*eng. welfare state*). Takođe je sužena i mogućnost progresivnog oporezivanja koje omogućava ostvarivanje redistributivne uloge poreza, tj. pravično oporezivanje.

Sumarno posmatrano, globalizacija, poreska konkurencija i poreska harmonizacija su izmenile fiskalnu ulogu države i oslabile njenu socijalnu dimenziju. Poresko pravo nije reprezentativna grana prava koja je u funkciji zaštite siromašnijih (ekonomski slabijih) obveznika. Navedeno ne ohrabruje budući da je izgradnja savremenog stabilnog društva nespojiva sa preterivanjem u društvenoj neravnoteži.

4. Aktuelne promene u domenu oporezivanja dohotka, potrošnje i imovine

Ključni poreski oblik, koji se može prilagoditi ličnim prilikama obveznika, jeste porez na dohodak fizičkih lica (građana). U modernim državama se sreću različita pravna rešenja u pogledu prihvatanja određenog koncepta oporezivanja dohotka, čime se odražava nivo uvažavanja zahteva kao što su: pravičnost oporezivanja, podsticanje ekonomskog rasta, međunarodna konkurentnost, izdašnost poreza i dr. Drugim rečima, u konceptu oporezivanja dohotka fizičkih lica sadržani su elementi, koji su odraz prihvaćenih društvenih normi, ekonomske teorije, ekonomskih prilika današnjice.

U teoriji se sreću dva koncepta oporezivanja dohotka – potrošni i dohodovni koncept. Moguće je da u praksi „zaživi“ i tzv. hibridni koncept oporezivanja dohotka koji je kombinacija elemenata potrošnog i dohodovnog koncepta. Potrošni koncept oporezivanja dohotka znači da porez na dohodak tereti one delove dohotka (prihode) koji su namenjeni potrošnji (ti prihodi potiču prvenstveno od rada), dok su delovi dohotka (prihodi) koji potiču od kapitala – štednje ili investiranja izuzeti

od oporezivanja. Ovaj koncept oporezivanja je efikasniji u podsticanju štednje i investicija. Na drugoj strani, dohodovni koncept oporezivanja dohotka šire definiše poresku osnovicu, odnosno uključuje sav dohodak, tj. sve prihode koji se mogu koristiti za potrošnju (uključujući i prihode od kapitala). Prema tzv. SHS (Shanz, Haig, Simons) konceptu, kao dominantnom, dohodak se definiše sveobuhvatno (*eng. comprehensive income*), odnosno dohodak je iznos koji se može koristiti za potrošnju a da se ne umanjim imovina koja je postojala na početku vremenskog perioda u kome se dohodak utvrđuje. Na bazi potrošnog i dohodovnog koncepta oporezivanja dohotka u praksi su se iskristalisala tri osnovna modela: sintetički, cedularni i mešoviti model. Sintetički model oporezivanja dohotka fizičkih lica ima svoje temelje u dohodovnom konceptu, s obzirom na to da podrazumeva da se svi prihodi (i od rada i od kapitala) sintetizuju u ukupan dohodak koji se oporezuje jednim porezom. Time se udovoljava načelu horizontalne pravičnosti jer poreski obveznici sa jednakim poreskim kapacitetom moraju snositi jednak poreski teret. Vertikalna pravičnost se ostvaruje uvođenjem progresivnih poreskih stopa, ali i neoporezivog dela dohotka (Šimović, 2012: 1–3). Analitički (cedularni) porez na dohodak podrazumeva da se pojedini oblici prihoda oporezuju zasebno uz primenu različitih proporcionalnih poreskih stopa. Mešoviti (kombinovani) model oporezivanja dohotka sadrži elemente i sintetičkog i cedularnog poreza na dohodak. U osnovi ovog modela se nalazi cedularno oporezivanje pojedinih prihoda tokom godine praćeno dopunskim progresivnim porezom koji se po isteku godine primenjuje na ukupne prihode (dohodak).

U uslovima globalizovane ekonomije, već par decenija, vidljivo je uvođenje novina u modeliranje poreza na dohodak fizičkih lica. Naime, od propagiranja čistog sintetičkog poreza na dohodak fizičkih lica se odustaje, jer iziskuje prilične administrativne troškove. Sintetički porez na dohodak u određenom obliku se, uglavnom, primenjuje u razvijenim zemljama Zapadne Evrope i Severne Amerike. Takođe, treba ukazati da su smanjene mogućnosti da se, preko ovog poreza, uberu znatni poreski prihodi. Građani sa većom ekonomskog snagom prvenstveno ostvaruju prihode od kapitala (ne od rada) i koriste brojne mogućnosti da svoj kapital registruju na području sa povoljnim poreskim režimom. Time oni izbegavaju plaćanje poreza i ozbiljno ugrožavaju pravičnost kao bazično načelo oporezivanja (Isailović, 2010: 665).

U cilju svođenja napred navedenog ponašanja poreskih obveznika na što manju meru u aktuelnoj praksi su počeli da se primenjuju alternativni

načini oporezivanja dohotka fizičkih lica – dualni porez na dohodak i proporcionalni porez na dohodak.

Dualni porez na dohodak (*eng. dual income tax*), nastao osamdesetih godina prošlog veka u skandinavskim zemljama, kao „odgovor“ na globalizaciju tržišta kapitala, različito tretira prihode od kapitala i prihode od rada. Savremena zakonodavstva, najčešće, pružaju privilegovani poreski tretman prihodima od kapitala u cilju stimulanja štednje i investicija. Prihodi od kapitala (kamate, dividende, kapitalni dobiti, rente) oporezuju se proporcionalnim stopama koje su jednake najnižoj stopi iz poreske progresije kod oporezivanja prihoda od rada ili su jednake stopama poreza na dobit (dohodak) pravnih lica. Prihodi od rada (zarade) se oporezuju progresivnim stopama koje su, u principu, više od stope poreza na prihod od kapitala, ali ne toliko da bi podstakle pojedince da prihod od rada prikažu kao prihod od kapitala. U suprotnom bi nastao problem u teoriji nazvan Ahilovom petom dualnog poreza na dohodak (Sørensen, 2009: 9) koji može značajno da smanji horizontalnu pravičnost (postoje pojedinci koji mogu iznaći načine da im se deo prihoda od rada oporezuje kao prihod od kapitala, dok drugi to ne mogu), oslabi stvarne redistributivne efekte viših poreza na prihod od rada (vertikalna pravičnost) i dovede do gubitka poreskih prihoda i efikasnosti (OECD, 2006: 79). Prilikom određivanja osnovice dualnog poreza na dohodak koristi se neto princip, tj. troškovi se odbijaju pri obračunu poreske osnovice. Na drugoj strani, kod proporcionalnog poreza na dohodak (*eng. flat tax*) osnovicu čine prihodi od rada, a ne od kapitala. Zapravo se radi o primeni, već pomenutog, potrošnog koncepta oporezivanja dohotka jer se oporezuje ono što se troši (*eng. flat consumption tax*). Stopa poreza je jednoobrazna i proporcionalna (često jednaka stopi poreza na dohodak pravnih lica), čime se stimuliše najproduktivniji rad i sklonost ka preduzetništvu i riziku. Kod ovog načina oporezivanja dohotka, koji je jednostavan za primenu, zastupljen je teritorijalni princip oporezivanja dohotka (oporezuje se samo dohodak ostvaren u zemlji). Uključena je, ne u znatnijoj meri, i socijalna komponenta u oporezivanju, tj. osim egzistencijalnog minimuma najčešće su retki drugi odbici i olakšice, što doprinosi ostvarivanju indirektno progresivne (Djurović-Todorović, Djordjević, 2012: 38–39; Kesner-Škreb, 2005: 249–250; Zee, 2005: 229; Genser, 2006: 276–277). Ona se, u zemljama koje u poreskom sistemu imaju ovaj porez (zemlje Centralne i Istočne Evrope), nije pokazala kao dovoljno snažna u suzbijanju regresivnih efekata poreza na potrošnju.

Porez na dohodak (dobit) korporacija (pravnih lica) se obično smatra efikasnim sredstvom ostvarivanja poreske konkurencije. Manje poresko

opterećenje podrazumeva smanjivanje distorzivnih efekata koje porezi izazivaju u ekonomiji, osigurava veću pokretljivost kapitala i privlači slobodna finansijska sredstva na domaću teritoriju. U praksi se ovakav efekat, najčešće, ostvaruje niskom stopom poreza na dobit korporacija. Pored zakonske poreske stope, u vidu treba imati i efektivnu poresku stopu, jer ona, pored brojčanih pokazatelja fiktivnog poreskog opterećenja, sadrži i sve ostale parametre iz poreskih zakona koji utiču na veličinu stvarnog poreskog opterećenja (npr. vrstu, strukturu, trajnost svih stavki, koje se dodaju ili odbijaju, prilikom utvrđivanja osnovice, kao i pojedinih poreskih oslobođenja i olakšica). Na ovaj način se smanjuje osnovica poreza na dobit korporacija i poreski prihodi od ovog poreza u cilju ostvarivanja konkurentnog poreskog sistema. Izuzetno je važno da navedene mere za rezultat nemaju „trku do dna“ (*eng. „race to the bottom“*), tj. enormno snižavanje prihoda od poreza na dobit korporacija. U takvim okolnostima, pošto je neophodno obezbediti određeni iznos sredstava za finansiranje javne potrošnje, a imajući u vidu aktuelne trendove u domenu modeliranja poreza na dohodak fizičkih lica, teret oporezivanja se, najčešće, prenosi na potrošnju, što dodatno povećava nepravičnost oporezivanja. Takođe, u uslovima postojanja agresivnog poreskog planiranja ne treba previše ni glorifikovati značaj niskih stopa poreza na dobit korporacija, kao instrumenta za privlačenje stranog kapitala. Većina kompanija izabere strana područja gde će poslovati a, potom, daje instrukcije svojim poreskim odeljenjima da minimiziraju poreze (Markusen, 1995: 171). Sposobnost multinacionalnih kompanija da minimiziraju poreze i da profit raznovrsnim poslovnim transakcijama prebacuju iz zemlje sa višim u zemlje sa nižim porezima fundamentalno određuje značaj koji porez na dobit korporacija ima u domenu uticaja na investicijske aktivnosti kompanija. Ovaj značaj nije presudan i nije visoko na listi prioriteta kod izbora lokacije za ulaganje, ukoliko postoje druge barijere ulasku investicija. Mnogo važniji su makroekonomska stabilnost i postojano političko okruženje.

Porezi na potrošnju (porez na dodatu vrednost, akcize) imaju primat u aktuelnom oporezivanju u većini zemalja na svetu. Argumentacija za veće oslanjanje države na oporezivanje potrošnje zasniva se na činjenici da ovi porezi podsticajno deluju na štednju što se pozitivno odražava na povećanje investicija i zaposlenosti. Nezaobilazan je i fiskalni značaj potrošnih poreza jer država, na relativno lagodan način, dolazi do izdašnih prihoda. Posredno, dualni i proporcionalni porez na dohodak, koji izuzimaju štednju i investicije od oporezivanja, prebacuju poreski teret na potrošnju. Uz to, svako smanjivanje poreza na dohodak (prihode)

od kapitala u odnosu na prihode od rada jeste korak ka oporezivanju potrošnje (Zee, 2005: 237).

Jače oslanjanje na porez na dodatu vrednost (a i akcize) posebno je dominantno u vremenu (aktuelne) ekonomske krize. Struktura oporezivanja u industrijski razvijenim zemljama postepeno se pomera u pravcu potrošno orijentisanih sistema oporezivanja dohotka i jačanja finansijske uloge poreza na dodatu vrednost (Brys, 2011: 6). U situaciji kada treba postići fiskalnu konsolidaciju, u domenu poreza na dodatu vrednost, države posežu za povećanjem poreskih stopa i šire obuhvat oporezivanja. To je i očekivano s obzirom na to da povećanje poreza na dohodak ili kapital, u kriznim vremenima, može negativno da se odrazi na podsticanje investiranja i zaposlenosti. U velikom broju zemalja sa visokim i srednjim dohotkom uočena je čvrsta i pozitivna veza između povećanja poreza na dodatu vrednost i ekonomskog rasta. To je, naravno, podrazumevalo politički izbor između višeg ekonomskog rasta i veće jednakosti (Acosta-Ormaechea, Yoo, 2012: 18). Prvenstvo je, po svemu sudeći, dato ekonomskom rastu u odnosu na jednakost, tj. pravičnost u oporezivanju.

Pružanje primata porezima na potrošnju i povećanje njihovog udela u savremenom oporezivanju predstavlja prenos poreskog opterećenja sa dohotka na potrošnju. Ubrzana globalizacija, internacionalna mobilnost kapitala i radne snage ukazali su na ekonomske slabosti visokog oporezivanja kapitala i rada. Iz tog razloga, sa stanovišta konkurentnosti i produktivnosti, oporezivanje potrošnje je postalo poželjnije. Globalizacija je promovisala potrošno orijentisane poreske sisteme pa otuda i primetno ugrožavanje poreske pravičnosti.

Neophodno je ukazati da se u novijim ekonomskim istraživanjima sugeriše da je porez na dodatu vrednost značajno manje regresivan (nepravičan) nego što se ranije verovalo. U kontekstu posmatranja oporezivanja u toku celog životnog veka, ova istraživanja sugerišu da je on čak i blago progresivan. Ostaje, međutim, nejasno koliko su relevantni argumenti u korist korišćenja životnog veka kao okvira za oporezivanje pa smo, stoga, mišljenja da napred navedenu tvrdnju treba još naučno proveravati.

Potrebno je, takođe, naglasiti da svako povećanje stope poreza na dodatu vrednost (akciza) ne mora automatski da znači i povećanje poreske nepravičnosti. Naime, neophodno je sagledati pravičnost fiskalnog sistema zemlje u celini (prihodne i rashodne strane), a ne samo jednog poreskog oblika. Fiskalni sistem u celini bi trebalo da prezentira zadovoljavajući nivo socijalne pravičnosti i preraspodele dohotka. Tako, primera radi, povećanje regresivnosti poreskog sistema bi moglo

da se izbegne (ili ublaženi) ako bi se ubrani prihodi od povećane stope poreza na dodatu vrednost (akciza) iskoristili za neke socijalne potrebe ili dodatno finansiranje penzijskog sistema. Politike javnih rashoda, tj. različiti programi socijalnih transfera mogu biti efikasnije sredstvo za redistribuciju nacionalnog dohotka od poreske politike.

Usmeravanje oporezivanja ka imovini, kao izvoru poreza, može da doprinese izgradnji skladnijih društvenih odnosa u jednoj zemlji i pravičnijem oporezivanju. U principu, namena i značaj poreza na imovinu se razlikuje od zemlje do zemlje. U zemljama kao što su Australija, Brazil, Čile, Holandija, Izrael, Kanada, Novi Zeland, Sjedinjene Američke Države i Španija oporezivanje tržišne vrednosti imovine predstavlja najznačajniji izvor prihoda lokalnih samouprava i jedan od najvećih javnih prihoda. S druge strane, u zemljama kao što su Belgija, Francuska, Nemačka, Meksiko, Tajland i Velika Britanija lokalne vlasti ubiraju malo ili nimalo prihoda od poreza na imovinu, bilo zbog toga što je ovaj porez nedovoljno iskorišćen i (ili) zato što je u nadležnosti višeg nivoa vlasti. Porez na imovinu (porez na nepokretnosti) naročito je nedovoljno iskorišćen u tranzicionim zemljama i zemljama u razvoju. Problemi kao što su određivanje realne tržišne vrednosti imovine, nepopularnost poreza u populaciji poreskih obveznika (glasača na izborima) i, shodno tome, teškoće da se na političkoj sceni nađu subjekti koji će se ozbiljno pozabaviti njime, kvalitetno administriranje porezom na imovinu, imali su ključni uticaj na dosadašnje promene u domenu oporezivanja imovine (Levitas, Vasiljević, Bučić, 2006: 97–99).

Sintetički i subjektni porez na imovinu (porez na neto imovinu), kojim se zahvata neto imovina obveznika i koji je pogodan instrument ostvarivanja vertikalne poreske pravičnosti, retko je zastupljen u savremenoj poreskoj praksi (na nivou fizičkih lica postojao je, 2011. godine, samo u Francuskoj, Švajcarskoj i Norveškoj). Primetno je i smanjenje značaja poreza na nasleđe i poklon (neke evropske zemlje ga ukidaju). Ono što se, u novije vreme, zbog nedostatka poreskih prihoda i potrebe fiskalne konsolidacije u mnogim zemljama aktuelizuje jeste porez na nepokretnosti (IMF, 2013: 56–57). Uz to, sve su snažnija zalaganja u pogledu ustanovljavanja poreza na neto imovinu, kao najpravednijeg poreza na imovinu, sa ograničenim vremenom trajanja, a u cilju rešavanja problema u javnim finansijama (Bach, Beznoska, Steiner, 2011: 2–20; IMF, 2013: 49). Imajući u vidu upravo činjenicu da se predlaže ograničeno vreme primene ovog poreza, njegovo eventualno ustanovljavanje i uvođenje u poreski sistem biće više odraz finansijske krize, nego stvarne težnje da bogatiji poreski obveznici plaćaju veće poreze državi.

Zalaganje da se ustanove i uvedu različiti oblici oporezivanja finansijskog sektora podržano je od manjeg broja država. Naime, glavna protivljenja porezu na finansijske transakcije proizilaze iz činjenice da bi povećao troškove zaduživanja i nepovoljno uticao na privredni rast. Navedeno bi se negativno odrazilo na saniranje ekonomske krize i postizanje fiskalne konsolidacije kao imperativa upravljanja javnim finansijama. Vreme koje predstoji će, takođe, doneti i nove izazove u oblasti ekološkog oporezivanja i oporezivanja elektronske trgovine, što će se neposredno odraziti na modeliranje poreskih sistema.

5. Prevaga pravičnosti ili efikasnosti u savremenom oporezivanju?

Pravičnost i efikasnost su bazični poreski postulati između kojih postoji teško pomirljiv *trade off*. Prevaga pravičnosti ili efikasnosti u oporezivanju ima svoju „cenu“ koja se ispoljava u nizu željenih i neželjenih efekata preduzetih poresko-političkih mera. Izbor između pravičnosti i efikasnosti oporezivanja je, zapravo, izbor između društveno prihvatljive ili razvojno usmerene poreske politike. U širem kontekstu, navedeni izbor se tiče paternalističkog ili libertiniističkog stava države prema blagostanju njenih građana.

Vrednosni stavovi povezani sa pojmovima efikasnost i pravičnost su, tokom vremena, i uticali na oblikovanje poreskih sistema u svetu. Horizontalna i vertikalna pravičnost, 1960-ih i 1970-ih godina, bila je osnovni parametar za oblikovanje poreskog sistema dok se, danas, veći značaj pridaje uticaju poreza na ekonomsku efikasnost. To je odgovor na jačanje konkurencije na svetskom tržištu roba i kapitala i posledica višedecenijskog iskustva prema kome je teško ostvariti poresku pravičnost (naročito vertikalnu pravičnost).

Stvaranje nove vrednosti je dominantni cilj u savremenom društvu. Stoga se i oporezivanje potrošnje, sa stanovišta ekonomske efikasnosti, propagira kao pogodniji vid oporezivanja u odnosu na poreze na prihod i dobit (dohodak) jer manje ometa delovanje ekonomskih činilaca, sužava prostor za evaziju poreza i manje utiče na konkurentnost privrede u regionalnom (globalnom) okruženju.

U principu, od strane države, u drugoj dekadi 21. veka, može se očekivati zaštita samo egzistencijalnog minimuma građana. Progresija u oporezivanju je svedena na podnošljivu meru a prioritet je dat merama koje garantuju veću efikasnost i brži ekonomski razvoj. Poreskim

instrumentarijom se podstiče preduzetništvo, kreativnost i ulaganje kapitala i rada. Preteže potreba očuvanja raspodele izvršene delovanjem tržišta da bi se stimulisao napredak u privredi, dok plaćanje poreza prema ekonomskoj snazi ima sekundarni značaj. Princip efikasnosti ima prevagu nad principom pravičnosti u oporezivanju, tj. potpuno ostvarivanje pravičnosti u savremenom oporezivanju jeste teorijski ideal.

Koncipiranje modernog poreskog prava i izgradnja primerenijih odnosa u društvu biće i ubuduće suočeni sa dosta prepreka. Opšti civilizacijski zahtev je da se poresko pravo koncipira na način da bude u funkciji zaštite ekonomski slabijih poreskih obveznika. Da li će se to, u potrebnoj meri, ostvariti – pokazaće vreme. Osmišljavanje i sprovođenje poreskih reformi, u svakoj zemlji ponaosob, pod neposrednim je uticajem institucionalnog određenja, a prisutni su i složeni izazovi, brojna zakonodavna i administrativna pitanja. Bitno je i pitanje političke ekonomije poreskih reformi jer ih donosioci političkih odluka mogu (zlo)upotrebljavati na način da poreski sistem pogoduje pojedinim interesnim grupama (Jelčić, Bejaković, 2012: 329). Korišćenje poreskih reformi, na ovakav način, ostvaruje uticaj na pravičnost u oporezivanju i, u savremenim uslovima, nije retka pojava.

6. Zaključak

Savremene zemlje odlikuje složena društveno-ekonomska stvarnost. Važnost koja se pridaje fundamentalnim poreskim principima, uključujući i pravičnost oporezivanja, pod snažnim je uticajem tekućih zbivanja današnjeg vremena. Zemlje izvoznice kapitala, radi zaštite sopstvenih interesa, preko moćnih međunarodnih finansijskih organizacija, ostvaruju ulogu moderatora savremenih poreskih sistema i time određuju njihovu budućnost.

Procesi globalizacije, poreske harmonizacije i poreske konkurencije su, svojim dejstvom, u savremenim uslovima, oformili poreske sisteme potrošnog tipa pokazujući time svu oštrinu „borbe“ za resurse i privlačenje kapitala. Postojanje stimulativnog poreskog ambijenta je prioritetni cilj dok je socijalnim aspektima poreske politike, koji se ogledaju kroz pravičnost, naročito vertikalnu, dat sekundarni značaj.

U uslovima aktuelne ekonomske krize i krize javnih finansija, u velikom broju država, najveći deo poreskih prihoda se ostvaruje preko poreza na potrošnju, koji su regresivni. Kako je neophodno ojačati ekonomiju, poreski instrumentarij se koristi dominantno u pravcu ostvarivanja

tog cilja, tako da princip efikasnosti ima prevagu nad principom pravičnosti u oporezivanju. Izgradnja poreskih struktura, koje će odlikovati skladniji odnos raznih poreskih oblika i adekvatno vođenje računa o poreskoj pravičnosti, „rezervisana“ je za neko bolje vreme koje će doneti stabilnost i neće imati obeležja krize.

Literatura

Andjelković, M. (2004). Globalizacija i oporezivanje – opšti osvrt. U M. Jovanović i M. Andjelković (Ured.), *Renessansa 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

Dimitrijević, M. (2014). Proces evropskih integracija i budućnost nacionalnih poreskih sistema. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 68(LIII). 753–772

Drašković, 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 teme*. 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.

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

Асистент, Правно-историјски факултет,
Југозападни Универзитет „Неофит Рилски“, Благоевград,
Судија Управног суда у Благоевграду, Бугарска

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.¹

Национальные механизмы борьбы против дискриминации включают специализированные органы и процедуры по контролю за соблюдением антидискриминационного законодательства и по защите жертв дискриминации.²

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.³

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 диагностированный статут, а как объективную практическую функциональную недостаточность, так как из нее, а не из диагноза, квалификации врача или легитимации лечебного заведения зависит неравнопоставленность лица⁴.

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).⁵

3.1. Защита против дискриминационных административных актов (административные акты, противоречащие 33Дискр. или другим законам, улаживающие равенство в обращении).

Уважение, защита и использование правосновных свобод человека является обязанностью как частноправовых субъектов, так и публичноправовых - 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

⁵ 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.⁶

6 Вэтом 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.⁷ Между различными определениями административного акта в правовой науке намечается господствующее мнение, согласно которому административный акт является волеизъявлением органа публичной власти,⁸ 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,⁹ 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,^{10,11} 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 полномочий, 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 регулирования, 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 ЗЗДискр. или других законов, улаживающих равенство в обращении, не является особенным 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,¹² 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.¹³

Активную легитимацию по ст. 73 ЗЗДискр. 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 ЗЗДискр. 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.¹⁴ В подобных случаях неблагоприятного обращения с лицом, которое не имеет 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 3ЗДискр. 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 отношению 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 3ЗДискр. В судебном производстве по ст. 73 3ЗДискр. не применимы распоряжения ст. 71, пар. 2 и пар. 3 3ЗДискр., 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 3ЗДискр. 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.¹⁵ 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.¹⁶ 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.¹⁷ 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.¹⁸ 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.¹⁹ и § 1, п. 3 ЗР Закона о социальной интеграции людей с ограниченными возможностями,²⁰ 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.²¹ и § 1, п. 4 ДР ЗИЛОВ,^{22,23} 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.²⁴

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

²⁴ 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.²⁵ 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.²⁶ 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).²⁷ 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

Кындова, 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, Andrlé v Czech Republic (17 February 2011, appl no 6268/08).

Vanya Valkadinova, LL.D.

Asistent, Pravno-istorijski fakultet,

Jugozapadni univerzitet „Neofit Rilski“, Blagoevgrad, Sudija

Upravnog suda u Blagoevgradu, Bugarska

**ADMINISTRATIVNI ASPEKTI ZAŠTITE OSOBA SA
INVALIDITETOM U BUGARSKOM ZAKONODAVSTVU**

Rezime

Zabrana diskriminacije je povezana sa pravom na jednak tretman. Pravo na jednakost pred zakonom i zaštita od diskriminacije svih osoba je univerzalno pravo priznato raznim međunarodnim i regionalnim aktima.

U modernom pravnom sistemu Republike Bugarske uspostavljen je sistem pravila za borbu protiv diskriminacije u oblasti građanskog, upravnog i krivičnog prava. Zabrana diskriminacije zagarantovana je članom 6 Ustava Republike Bugarske. Nacionalni mehanizmi za borbu protiv diskriminacije obuhvataju specijalizovane organe i procedure za praćenje usaglašenosti nacionalnog antidiskriminacionog zakonodavstva i zaštitu od diskriminacije.

Zakon o zaštiti od diskriminacije, koji je usvojen je 2003. godine i stupio na snagu 1. 1. 2004. godine, uređuje zaštitu svih osoba od diskriminacije, bez obzira na osnov diskriminacije. Zakonom se reguliše zabrana diskriminacije u svim sferama javnog života i obezbeđuju dva mehanizma za pravnu zaštitu od diskriminacije na osnovu «invaliditeta»: upravni postupak pred Komisijom za zaštitu od diskriminacije, i građanski postupak pred Okružnim sudom. Pored građanskopravnog zahteva za sudsku zaštitu, postoji mogućnost žalbe pred Upravnim sudom protiv bilo kog upravnog akta koji je izdat u suprotnosti sa Zakonom o zaštiti od diskriminacije ili drugim aktima kojima se uređuje jednak tretman i nadoknada štete koja je prouzrokovana povredom propisanih normi, u skladu sa Zakonom o odgovornosti za štetu od strane državnih i opštinskih organa vlasti.

Ključne reči: *zaštita od diskriminacije, osobe sa invaliditetom, bugarsko zakonodavstvo.*

UPRAVLJANJE JAVNIM ZAJMOM: PRAVNO-EKONOMSKE POSLEDICE PO POLOŽAJ DRŽAVE KAO DUŽNIKA**

Apstrakt: Predmet analize u ovom radu jeste normativno regulisanje politike upravljanja javnim zajmom u savremenom monetarnom pravu. U tom smislu se u radu ukazuje na razloge zbog čega se politika upravljanja javnim zajmom mora oblikovati posebnom pravnom regulativom izvan one koja postoji u domenu fiskalne i monetarno-kreditne politike u cilju zaštite interesa države na optimalan način. Naročiti akcenat u istraživanju biće na oceni strategije za upravljanje javnim zajmom kojom se mogu predupređiti i umanjiti pravno-ekonomske posledice neuspešnog upravljanja javnim zajmom u vidu urušavanja autoriteta državne vlasti i finansijskog moratorijuma (bankrotstva). U daljem tekstu se sagledavaju iskustva zemalja članica Evropske unije u upravljanju javnim zajmom u cilju prepoznavanja optimalnog načina delovanja i primene monetarnog prava u oblasti javnog zajma i formulisanja preporuka de lege ferenda u domaćem pravu.

Ključne reči: javni zajam, javni dug, monetarno pravo, fiskalna održivost, Evropska unija.

1. Uvod

Politika upravljanja javnim zajmom se u praksi dugo tretirala kao poseban segment fiskalne i monetarno-kreditne politike. Ovakvo shvatanje polazilo je od monetarnih i fiskalnih funkcija javnog

*markod1985@prafak.ni.ac.rs

** Rad je rezultat istraživanja na projektu „Usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske unije“, koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu u periodu 2013–2018. godine.

zajma i postulata tzv. *teorije vremenske konzistentnosti* (*time consistency literature*) koji polaze od činjenice da sredstva javnog zajam jesu specifičan oblik kapitala dostupan javnosti pored gotovog novca i državnih obveznica (Currie, Dethier, Togo, 2003 : 22–65). Zbog uslova koji postoje u finansijsko-pravnoj sferi privrednog života, danas se stalo na stanovište da politiku upravljanja javnim zajmom treba posmatrati kao samostalan segment makroekonomske politike i regulisati posebnim normama monetarnog, ekonomskog i finansijskog prava. Ovaj trend započeo je krajem osamdesetih godina prošlog veka, na *Novom Zelandu*, kada je vlada uvidela da bez posebnog normativnog regulisanja upravljanja javnim zajmom neće moći da se realizuju ciljevi predviđeni *zakonima o fiskalnoj odgovornosti*. U *savremenom monetarnom pravu* odgovornost za posledice politike upravljanja javnim dugom izuzeta je iz nadležnosti centralne banke, zbog eliminisanja svakog sukoba interesa koji bi proizašli iz kolizije monetarnih zadataka i refinansiranja duga, a sve u cilju zaštite interesa države (dužnika) i poverioca (fizičkih i pravnih lica) na optimalan način.

2. Razvoj politike upravljanja javnim zajmom

Javni zajam predstavlja dužničko-poverilački odnos između države kao dužnika i fizičkih i pravnih lica koja se nalaze u ulozi poverioca (upisnika) pozajmljenih novčanih sredstava. U finansijskoj teoriji se pravi distinkcija između pojmova *javnog zajma* i *javnog duga*. Javni dug predstavlja širi pojam koji obu hvata svako zaduživanje države ne samo po ugovornom, već i po drugim osnovama poput zakonskih, sudskih i deliktних (Anđelković, 2012: 273–274).

Razlog za izdvajanje politike upravljanja javnim zajmom iz domena fiskalne politike deluje krajnje logičan. Naime, kada fiskus želi da trošak servisiranja duga održi na niskom nivou u cilju stvaranja slobodnog fiskalnog prostora (posmatrano u kraćem vremenskom periodu), to može povećati verovatnoću kršenja ugovornih obaveza (plaćanja anuiteta) ili uticati na donošenje odluke o poošttranju poreskih stopa (Togo, 2010:5–6). Iz sličnih razloga neophodno je odvojiti politiku upravljanja javnim zajmom iz domena monetarno-kreditne politike, jer je glavni zadatak centralne banke, između ostalog, održavanje niske (prihvatljive) stope inflacije, što može biti osujećeno ukoliko centralna banka istovremeno mora da se brine o niskoj kamatnoj stopi pozajmljenih sredstava na ime javnog zajma. *Ratio legis* politike upravljanja javnim zajmom jeste staranje da potreba za ovakvim finansiranjem javnog sektora

(kao i obaveza vraćanja pozajmljenih sredstava) bude određena na što nižem nivou, posmatrano u srednjeročnim vremenskim okvirima i da je kao takva konzistentna prudencijalnom stepenu rizika (World Bank and IMF, 2003). U takvim uslovima, glavni cilj fiskalne politike jeste vođenje budžetske politike koja ima reducirane distorzivne efekte na stabilizaciju visine društvenog proizvoda.

Možemo primetiti da bez obzira na nesumljivu samostalnost koncepta monetarno-kreditne, fiskalne i politike upravljanja javnim zajmom, istovremeno postoji potreba za njihovim funkcionalnim usklađivanjem, odnosno *finim podešavanjem* (*fine tuning*), što nije nimalo lak zadatak. U tom smislu, neophodno je uspostaviti *trade-off* između međusobno suprotstavljenih ciljeva. Poverioci javnog zajma suočavaju se sa odlukom o izboru preuzimanja dodatnog rizika u cilju smanjenja troškova otplate. Loše koncipirana politika upravljanja javnim zajmom može primorati fiskus da promeni utvrđene fiskalne ciljeve, iz razloga što nepoželjna struktura zajma povećava troškove servisiranja (usled čega vlada donosi odluku o smanjenju javnih izdataka da ne bi zapala u dužničku docnju). Drugačije posmatrano, loš koncept fiskalne politike utiče na efikasnost politike upravljanja javnim zajmom, kao što porezi i javni rashodi uslovljavaju nivo primarnog budžetskog deficita (suficita) u strukturi ukupnog iznosa duga koji treba isplatiti poveriocu.

U finansijskoj literaturi se razvoj politike upravljanja javnim zajmom može sagledati u *četiri etape*: etapu netržišnog zaduživanja države, etapu prelaska na tržišno orijentisan sistem zaduživanja države, etapu upravljanja državnom imovinom i etapu pružanja usluge trezora uz upravljanje državnom imovinom i obavezama (Storkye, 2006: 11–16). U *prvoj fazi* država se zaduživala kreditima centralne banke, kreditima komercijalnih banaka ili povlašćenim zajmovima, koje je dobijala od međunarodnih finansijskih ustanova. U *drugoj fazi* upravljanja javnim zajmom, primarni način finansiranja postaje tržište hartija od vrednosti čijom se emisijom dolazi do neophodnih novčanih sredstava za finansiranje javnih rashoda. Takođe, u ovoj fazi dolazi do osnivanja posebnih organizacijskih jedinica za upravljanje javnim dugom tj. *kancelarija (public debt administration)*, kao institucionalnog rešenja za sve operativne aspekte upravljanja (Švaljek, Badurina, 2011: 5–7). U *trećoj fazi* upravljanja se primenjuje tzv. *pristup upravljanja sveukupnom imovinom i obavezama (asset and liability management)*. Karakteristično za ovu etapu jeste upravljanje tekućim javnim zajmom ali i potencijalnim obavezama, koje predstavljaju izvor finansijskih rizika, a sve u cilju dobijanja realnije slike o fiskalnoj poziciji države.

Glavnu stavku državne imovine predstavljaju budući budžetski prihodi koji nisu izraženi u domaćoj valuti i nisu osetljivi na kretanje kratkoročnih kamatnih stopa i inflacionih tokova (Ibid, 11–32). U *četvrtoj etapi* upravljanja zajmom dolazi do širenja funkcija *kancelarije za upravljanje javnim dugom*. Nove funkcije obuhvataju vrednovanje državnih kredita, savetovanje državnih tela u upravljanju gotovinom i rizicima, kontrolu vezanu za javno-privatna partnerstva, kao i usluge pozajmljivanja sredstava nižim jedinicama vlasti. Takođe, *kancelarije za upravljanje javnim dugom* dobijaju i ingerenciju rukovođenja posebnim fondovima javnog sektora, a uslugama primanja depozita i odobravanja zajmova nižim jedinicama vlasti stvaraju se uslovi za državnu uštedu jer ovaj mehanizam predstavlja alternativu korišćenju bankarskih usluga (Wheeler, 2004:1–10).

3. Održivost javnog zajma (public debt sustainability)

U finansijskoj literaturi ne postoji jedinstven stav o granicama optimalnog zaduživanja fiskusa. Tako se, u *generalnom smislu*, smatra da optimalna granica zaduživanja nije dostignuta sve dok dodatni javni rashodi koji se finansiraju zaduživanjem omogućavaju efikasnije iskorišćavanje proizvodnog potencijala i proizvodnih kapaciteta u ekonomiji i dopuštaju da se očekuje dalje približavanje željenoj raspodeli (Brumerhoff, 2003: 383). Drugačije posmatrano, održiv koncept fiskalne politike postoji ukoliko se, posmatrano u kratkoročnim vremenskim okvirima, udeo javnog duga u domaćem bruto proizvodu vraća na početnu proporciju predviđenu fiskalnim pravilom nakon odstupanja u periodu kriza (Blanchard, 2000: 1–36). Iako se optimalna granica javnog zajma ne može utvrditi u *neposrednom smislu*, u ekonomskoj teoriji se nude određeni kriterijumi putem koji se to može učiniti *posredno* preko definisanja granica zaduživanja u kratkim ili dugim vremenskim intervalima, određivanja glavnice zajma u bruto ili neto iznosima, kriterijuma uključivanja ili isključivanja odgovornosti sistema socijalne sigurnosti i drugih kategorija (Neck, Strum, 2008: 1–2).

Ciljevi optimalne politike upravljanja javnim zajmom usmereni su na stvaranje uslova za održivost zajma koja se može posmatrati u *statičkom* i *dinamičkom* kontekstu. U praksi se više koristi koncept statičke održivosti koji polazi od ograničenja utvrđenim pravilima fiskalne i finansijske konvergencije, dok se održivost u dinamičkom smislu odnosi na rezultate implementacije mera fiskalne politike sa postojećim ekonomskim okruženjem (Collignon, 2003: 1–3). Postojanje

fiskalnih pravila jeste neophodan, ali ne i dovoljan uslov za postizanje održivosti javnog zajma usled čega kreatori ekonomske politike moraju preduzimati blagovremene akcije shodno promenama makroekonomskih uslova. Održivost javnog zajma u dinamičkom smislu uslovljena je njegovim intertemporalnim efektima. Ovi efekti ogledaju se u činjenici da se teret finansiranja javnog zajma raspodeljuje na buduća pokolenja, odnosno buduće poreske obveznike. Reperkusije koje proizilaze u vezi sa tretmanom raličitih generacija poreskih obveznika posebno se analiziraju u okviru metode tzv. *generacijskih računa (generational accounting)*, gde budžetski deficiti gube kratkoročna obeležja (Brumerhoff, 2003: 387–389).

4. Principi politike upravljanja javnim zajmom i problem kredibiliteta dužnika

Politika zaduživanja javnog sektora, kao značajan segment ekonomske politike, sa sobom donosi određene političke, pravne i ekonomske reperkusije, od kojih je najzačajnije pitanje *kredibiliteta (verodostojnosti)* takvog finansiranja javnih dobara. Ovaj problem se uočava prilikom servisiranja pozajmljenih sredstva, jer država često prolongira dospele obaveze na legitiman ili nelegitiman način, ili uopšte ne izvršava dospele obaveze (što je u uslovima globalne finansijske krize učestala pojava). Naravno, dužnička docnja (*mora debitoris*) ne brine poverioce koji razmatraju finansiranje u tzv. *bond obveznice* koje izdaju države članice Organizacije za ekonomsku saradnju i razvoj (OECD), dok se to ne može reći za pozajmljivanje novca državama čiji se privredni sistem nalazi u procesu tranzicije. U takvim okolnostima jedini način privlačenja inostranog kapitala ostaju *visoke kamatne stope* na pozajmljena sredstva, što svakako može biti na teret prava poreskih obveznika koji u uslovima tranzicije svoju poresku sposobnost „dokazuju“ do krajnjih granica.

U savremenom monetarnom pravu nije moguće postaviti temelje optimalne politike upravljanja javnim zajmom bez obezbeđenja kredibiliteta dužnika. Svakako, kada investitori donose odluku o kupovini obveznica javnog zajma, oni razmatraju postojeći kreditni ugled i kreditnu istoriju konkretnih država. Interesi poverioca su adekvatnije zaštićeni kada upisuju obveznice visokorazvijenih zemalja nego u okolnostima kada se rada o državama koje su opterećene ekonomskim i političkim nestabilnostima čije obveznice nemaju visoku verovatnoću naplate (*junk bonds*). U razmatranju kredibiliteta dužnika u obzir se uzima uticaj

postojećih ustavnih ograničenja, priroda odnosa vlade kao dužnika i njenih građana i delegiranje ovlašćenja posebnim organima za stručno raspolaganje i trošenje pozajmljenih sredstava (Stasavage, 2012: 1–2).

Položaj poverioca javnog zajma biće bolje zaštićen ukoliko u parlamentarnom sistemu države dužnika postoji mogućnost stavljanja veta na odluku vlade o zaduživanju, koja će se po prirodi stvari koristiti ukoliko ne postoji verodostojna i pravnovaljana namera da se pozajmljena sredstva vrate u rokovima dospeća. Iako može delovati da će poreski obveznici pružiti otpor prikupljanju sredstava za otplatu javnih zajmova, oni na to (najčešće) pristaju iz razloga moralne ili religiozne prirode kao i pružanja podrške ekonomskom oporavku zemlje i spoljnotrgovinskoj politici. Delegiranje ovlašćenja za upravljanje sredstvima posebnim organima je u skladu sa zahtevom formiranja posebnih agencija koje moraju biti sačinjene od stručnjaka iz pravnoekonomske struke nezavisnih od uticaja izvršne vlasti (Ibid).

Pravilno koncipirana politika upravljanja javnim zajmom štiti interese kako poverioca tako i dužnika, omogućavajući vladama da prikupe dovoljno prihoda za finansiranjeospelih novčanih potraživanja. U okolnostima kada vlade ne mogu da pristupe finansijskim tržištima po razumnim uslovima, može doći do pojave *krize likvidnosti*, koja neretko dobija i obeležja krize solventnosti ukoliko visoke premije na rizik utiču na povećanje kamatnih stopa. Neoptimalno zaduživanje javnog sektora je krajem prošlog veka uticalo i na pojavu specifičnih fiskalnih događaja koji se odnose na povećanje kamatne stope na globalnom nivou i pojavu tzv. efekta istiskivanja investicija (*crowding out*), jer su pozajmljena novčana sredstva mogla da se plasiraju u privatnom sektoru umesto u javnom sektoru (Ford, Laxton, 1999: 77–79). Da bi se izbegle posledice neispunjavanjaospelih obaveza javnog zajma, neophodno je pridržavanje određenih principa. Osnovni princip bi bio da kapital pozajmljen u inostranstvu treba investirati u proizvodne i izvozno orijentisane projekte (sa višom profitnom stopom od kamate uzete na kredite) ne bi li se tako osigurao dugoročni privredni rast i izbegli gubici od promena u visini deviznih kurseva. Upotreba u neproizvodne svrhe (finansiranje budžetskih deficita) smanjuje rapoložive prihode za otplatu javnog duga i vodi privredu u novu dužničku krizu (Marić, 2012: 32–34).

Možemo primetiti da se pomenuti uslov otežano respektuje od strane vlada zemalja u razvoju, jer se najveći deo sredstava pozajmljenog kapitala koristi za finansiranje javnih rashoda, što samo još više

nameće potrebu za pooštavanje pravila *fiskalne discipline*, odnosno *odgovornosti* naredbodavaca i računopolagača. Preduslov uspešne politike upravljanja javnim zajmom jeste efikasna primena koncepta novog upravljanja javnim sektorom koji se odnosi na povećanje efikasnosti, decentralizovanje budžetskog procesa, uvođenje transparentnosti i jasne odgovornosti subjekata za preduzete radnje. Stoga je nužno preduzeti mere na usvajanju novih i reformi postojećih finansijskopравnih propisa tako da se oni nalaze u funkciji unapređenja finansijskog upravljanja, efikasnog pružanja usluga građanima, jačanja uloge predstavničkih tela u odnosima sa vladom i konstituisanja nezavisnih nadzornih agencija shodno principu *de lege artis* (Lienert, 2005: 3–4).

5. Nova shvatanja o teretu otplate javnog zajma i položaju dužnika (the new orthodoxy)

Moderno monetarno pravo preispituje klasične postavke o intertemporalnom teretu javnog zajma. Tako, sve veći broj teoretičara smatra da korišćenje javnog zajma ne podrazumeva prevaljivanje stvarnog tereta otplate na buduće generacije. U prilog takvim shvatanjima, američki ekonomista *Bjukenen* (Buchanan) ističe da vlade donošenjem odluke o zaduživanju deriviraju kupovnu moć od fizičkih i pravnih lica, odnosno domaćih ili inostranih finansijskih institucija (Buchanan, 2005: 6–7). Takvo izvođenje kupovne moći vlade je povezano sa određenim oportunitetnim troškovima, jer su poverioci zajma svoja sredstva mogli da alternativno iskoriste za druge profitabilne delatnosti. Ipak, za razliku od zaduživanja javnog sektora dodatnim oporezivanjem gde trenutno dolazi do povećanja stvarnog (ukupnog) poreskog tereta, kod korišćenja javnog zajma taj teret ostaje privremene prirode, odnosno najviše ga osećaju generacije poverioca od koga su sredstva pozajmljena (u inicijalnom periodu). To implicira da javni zajam *per se* (za razliku od oporezivanja) ne stvara povećani poreski teret, već teret jeste posledica vlade o visini i strukturi planiranih javnih rashoda (Ibid).

Upotreba javnog zajma ostvlja budućim generacijama određene obaveze, ali se te obaveze ne mogu tretirati kao agregatni reali tereti iz razloga što su međusobno isključivi (prevashodno kod domaćeg javnog zajma). Navedeno proizilazi iz činjenice da, iako buduće generacije poreskih obveznika vraćaju pozajmljena sredstva plaćanjem poreza, od istih poreskih prihoda sredstva im se vraćaju kroz isplatu kamatnih stopa koje poseduju domaći poverioci javnog zajma. Ovakvo postupanje za krajnji rezultat ima posledicu da se intertemporalnim teretom budućim

obveznicima nameće potreba da samo vrše međusobne transfere, a taj transfer ne može biti kompaktilan sa „gubljenjem resursa“ prilikom inicijalnog perioda upisa zajma (Ibid).

Ugovor o javnom zajmu nije dobročini pravni posao, i u tom smislu je neophodno napraviti distinkciju između *primarnog* i *sekundarnog tereta* javnog zajma. Primarni teret se ne prebacuje budućim generacijama iz razloga što je podrazumeva direktno odricanje od sredstava prilikom donošenja odluke o upisu zajma. Sekundarni teret javnog zajma je uslovljen određenim varijablama, od kojih je najznačajnija raspodela instrumenata zajma. Ukoliko između poreskih obveznika i vlasnika obveznica zajma ne postoje razlike, neće doći do suštinskog transfera sredstava, ali ukoliko to nisu ista lica, stvarne troškove snosiće tzv. neto poreski obveznici (*net taxpayers*), dok će stvarne koristi imati „neto držaoci obveznica“ (*net bond holders*). Za razliku od primarnog tereta koji se ne može transferisati budućim generacijama, sekundarni teret može biti prenet, zbog čega vlada mora voditi računa prilikom donošenja odluke o upotrebi zajma (Ibid).

Država kao dužnik mora voditi računa o svim troškovima i koristima upotrebe javnog zajma. Vlade često smatraju da smanjenjem perioda na koji je zaključen zajam mogu se sistematski smanjiti i prosečni troškovi zaduživanja, jer u obzir uzimaju najmanju vrednost očekivanih koristi za određeni stepen rizika (Piga, 2001: 26). U strukturiranju javnog zajma mora se voditi računa o tome da zajam ima kratak rok dospeća i da obveznice budu indeksirane, odnosno denominirane u inostranoj valuti (Dornbusch, Draghi, 2004: 5–6). Pored rizika koji se javljaju na finansijskom tržištu, vlade moraju voditi računa i o operacionalnim, kreditnim i rizicima poravnanja. U cilju izbegavanja posledica finansijskih i ekonomskih kriza, savremena politika upravljanja javnim zajmom sve više potencira korišćenje obveznica koje su cenovno indeksirane (nasuprot obveznicama sa fiksno utvrđenim profitom) jer se u uslovima inflacije prihodi od prvopomenutih obveznica povećavaju (Ibid, 27–28). Kako se tržište finansijskih derivata u poslednjim decenijama intenzivno razvija, države poput *Francuske* i *Nemačke* su preko svojih agencija za upravljanje javnim zajmom posebnu pažnju posvetile prednostima i troškovima korišćenja svopova u cilju smanjenja troškova zaduživanja (Ibid, 29).

6. Strategija upravljanja javnim zajmom

Strategiju upravljanja javnim zajmom utvrđuje vlada (tj. kancelarija zadužena za oblast javnog zaduživanja države) u formi predloga koji podnosi *ministru finansija*. Potom, ministar finansija odobrava strategiju ili je vraća na ponovno usaglašavanje, na osnovu mišljenja koje dobija od *savetodavnog odbora* za upravljanje javnim dugom. Savetodavni odbor nastoji da u svojoj analizi predloga strategije usaglasi ciljeve državne administracije i drugih regulatornih agencija, koji su posredno uslovljeni reglementiranim pravilima predloga strategije. Konačnu odluku o strukturi strategije donosi ministar finansija (*Guidelines for Public Debt Management: 2004*).

U praksi, strategija može imati *dvojak oblik*. Može se javiti u formi *vodiča* (*guidelines for public debt management*) ili *odrednica* (*repera*) portfelja duga (*strategic benchmark*). Strategija u formi vodiča upozorava poverioce javnog duga na rizike skopčane sa njegovom otplatom (mislimo na rizik od promena u visini kamatne stope pozajmljenog kapitala, rizik od promena režima deviznog kursa i rizik refinansiranja). Strategija mora zadovoljiti i uslov *javnosti*, u smislu da kao zvanični pravni akt vlade bude predstavljena javnosti putem medija (na sajtu kancelarije za upravljanje javnim dugom) ili u godišnjim izveštajima regulatornog tela. Odrednica portfelja javnog duga kao drugi modalitet strategije odnosi se na postizanje željenog stanja portfelja deonica javnog duga, što se izražava određenim kvantitativnim pokazateljima (Malecky, 2007: 3–6). Strategija bi trebalo da pruži i odgovor na pitanje izbora mera i instrumenta koje stoje na raspolaganju državi radi smanjenja javnog duga. Ključne mere koje se predviđaju strategijom, a koje trebaju doprineti smanjenju udela domaćeg bruto proizvoda u javnom zajmu (zemalja u tranziciji) odnose se na prodaju državne imovine (preduzeća) na tenderima, koja ne spadaju u državne monopole (snabdevanje vodom, električnom energijom, gasom i drugo). Alternativni način smanjenja javnog duga bi bila prodaja neaktivnih državnih resursa (zgrade, drugi građevinski objekti, poljoprivredno zemljište). Novčana sredstva ostvarena pomenutim merama omogućiće isplatu dospelih novčanih obaveza, čime će se direktno smanjiti i opterećenja kamata za naredne budžetske godine.

U postupku reglementiranja sadržine strategije važno je uspostaviti kontrolu pri odobravanju investicionih projekata (u smislu da se mora voditi računa o njihovom prioritetu). Kako u svakoj državi postoji potreba za adekvatnim statističkim izveštavanjem javnosti o

trenutnom stanju javnog duga, neophodno je izvršiti i redefinisane i usaglašavanje osnovnih definicija javnog duga predviđenih budžetskim i drugim zakonima. Kod pomenutih mera neophodno je uspostaviti strogu zakonsku kontrolu u cilju sprečavanja arbitrarnog postupanja ovlašćenih lica zaduženih za njihovu implementaciju zbog prisutnih oblika sive ekonomije. Na ovom mestu moramo istaći činjenicu da je upravljanje državnom imovinom jedan od osnovnih zadataka tzv. *novog javnog menadžmenta (new public management)*, pod kojim se podrazumeva uvođenje principa tržišnog ponašanja i merenja efikasnosti u javnom sektoru, u sklopu njegovih administrativnih i finansijskih reformi. Konstituisanje nacionalnih registara imovine, informacionih sistema o njenom stanju i upotrebi, uz centralizaciju nadzora u pogledu upravljanja – takođe je zadatak reformi javnog sektora (Roje, 2011: 238–245). U oblikovanju koncepta politike upravljanja javnim zajmom moramo praviti distinkciju između pojmova *upravljanja* i *vlasništva*. U zakonskim propisima mnogih zemalja ističe se da su vlasnici državne imovine građani kojima vlada podnosi izveštaj o radu i politički je odgovorna, ali da imovinom upravlja u njihovo ime i za njihov račun (primeri zakonskih propisa *Novog Zelanda, Kine, Singapura, Rusije, Velike Britanije*). Često organizaciono rešenje u sistemu upravljanja državnom imovinom jeste osnivanje posebnih *agencija za upravljanje imovinom (asset management companies)*. Da bi delovanje ovih državnih organa bilo efikasno, neophodno je da se pridržavaju principa tržišne usmerenosti, transparentnosti, profesionalnosti i ponašanja *dobrog domaćina*. U literaturi se *Kina* često navodi kao primer države sa uspešnim konceptom upravljanja javnom imovinom i uvođenja korporativne kulture u javni sektor (Roje, 2011: 247).

U definisanju optimalne strategije za upravljanje javnim dugom moramo uzeti u obzir i problem *poreske konkurencije*. Pitanje koje želimo da postavimo je da li poreska konkurencija pojačava asimetrije isplate dospelih novčanih obaveza države na ime upisanog javnog zajma? Tačnije, možemo se zapitati kako se teret vraćanja javnog zajma respodeljuje između poreza i javne potrošnje? S obzirom na to da poreska konkurencija doprinosi snižavanju poreskih stopa (čime se ubira manje poreskih prihoda, pod uslovom da ne dolazi do proširenja pravno-ekonomskog činjeničnog stanja obuhvaćenog poreskom normom tj. poreske osnovice), bitno se utiče na mogućnost države (dužnika) da o dospelosti vrati pozajmljena sredstva. Iskustva zemalja članica EU nam pokazuju da obaveza vraćanja javnog duga smanjuje javne investicije više nego bilo koji drugi segment javne potrošnje. Obaveza servisiranja javnog duga utiče na povećanje ukupno ubranih poreskih prihoda (izraženih kao procenat

DBP-a) i oštrije oporezivanje kapitala (Barro, 1981). Paradoksalno, pokušaj *fiskalne konsolidacije* ne doprinosi konvergenciji ciljeva fiskalne politike i politike javnog duga, već uvećava postojeći obim zaduživanja javnog sektora (Krogstrup, 2004: 3–28)

U oblikovanju strategije za upravljanje javnim zajmom moramo se osvrnuti i na praksu koja postoji u monetarnom pravu Evropske unije. Nemogućnost finansiranja dospelih obaveza javnog duga zemalja članica EU u uslovima globalne finansijske krize zahtevala je ozbiljnu reakciju zarad očuvanja stabilnosti unutar evrozona. Značajan korak na tom putu jeste potpisivanje *Sporazuma o evropskom stabilizacionom mehanizmu* (ESM), kojim je faktički ustanovljen oblik kolektivnog jemstva za javni dug.¹

Postupak apliciranja za pružanje finansijske pomoći ESM-u je strogo formulisan i podrazumeva kumulativno ispunjenje uslova koji se tiču procene postojanja rizika za finansijsku stabilnost evrozona u celini ili država članica, tj. procene održivosti javnog duga i stvarne ili potencijalne potrebe finansiranja konkretne države (čl. 12). Ukoliko su ovi uslovi ispunjeni, upravni odbor ESM nalaže Komisiji da započne pregovore sa državom u cilju zaključenja *memoranduma o saradnji* (*memorandum of understanding*). Ovim aktom se detaljno utvrđuju svi nedostaci u sferi javnih finansija koji se trebaju rešiti finansijskom podrškom. Uporedo sa ovim pregovorima, generalni direktor ESM nastoji da stipuliše *predlog ugovora o finansijskoj podršci* u kome se eksplicitno razrađuju svi uslovi pružanja pomoći i obaveze ugovornih strana.

Pored pomenutih oblika finansijske podrške, ESM je predviđena i *klauzula kolektivne akcije* (*collective action clauses*) na osnovu koje sve države članice moraju od 1. januara 2013. uključiti ovu klauzulu u novoemitovane hartije od vrednosti čiji je rok dospelosti duži od jedne godine. Smisao ove klauzule je da omogući poveriocima sa najvećim udelom da promene uslove obveznica (u smislu restrukturiranja duga), pri čemu ova klauzula obavezuje i manjinske poverioce (Golubović, 2012: 157). Ova klauzula je konzistentna klauzulama koje postoje u anglosaksonskom i angloameričkom monetarnom pravu, prevažodno *klauzuli agregacije* (*agregation clause*) koja podrazumeva da se svim državnim obveznicima posvećuje podjednaka pažnja prilikom zaključivanja sporazuma o javnom zajmu. Ipak, klauzula agregacije se nalazi i u funkciji zaštite manjinskih poverioca i zahteva postojanje kvalifikovane većine za promenu uslova otplate

1 Treaty establishing European Stability Mechanism, D/12/3, Brussels, 1 February 2012, OJ L 91, 6.4.2011. Ovom sporazumu je prethodilo usvajanje Sporazuma o evropskom mehanizmu za finansijsku stabilnost i Sporazuma o konstituisanju Evropske finansijske ustanove, koja je 2013. godine transformisana u Evropski stabilizacioni mehanizam.

zajma u okolnostima kada je dužnik insolventan. Mehanizam klauzule kolektivne akcije je praktično omogućio participaciju privatnog sektora u politici upravljanja javnim zajmom u okolnostima kada država doživi fiskalni moratorijum ili se nalazi na pragu bankrotstva.

7. Upravljanje javnim zajmom u Republici Srbiji

Pravni okvir upravljanja javnim dugom u Srbiji definisan je odredbama *Zakona o budžetskom sistemu* i *Zakona o javnom dugu*, kao i *Strategijom upravljanja javnim dugom* (od 2013. do 2015. godine) i *Fiskalnom strategijom* (za 2013. godinu sa projekcijom za 2014. godinu i 2015. godinu).² Prema *Zakonu o javnom dugu* (*Službeni glasnik RS*, br.61/05, 107/09, 78/11), kao pravnom osnovu zaduživanja države, javni dug jeste „dug republike koji nastaje na osnovu ugovora koje zaključi republika; dug republike na osnovu hartija od vrednosti; dug republike po osnovu ugovora, tj. repogramiranim obavezama ranije zaključenih ugovora koje je republika preuzela; dug republike koji nastaje na osnovu garancije ili neposrednog preuzimanja u svojstvu dužnika na osnovu date garancije ili kontragarancije; kao i dug lokalne vlasti i pravnih lica čiji je osnivač republika (i za koje je dala garanciju)“. Javni dug Srbije se deli na *direktne* i *indirektne obaveze*, tj. obaveze u ime i za račun Republike, koje proizilaze iz garancija i koje su emitovane od strane Republike u korist drugih pravnih lica. Direktne i indirektne obaveze se dele na *unutrašnji* i *spoljašnji dug*, zavisno od toga da li su nastale zaduživanjem na domaćem ili inostranom tržištu.³ Zavisno od tekućeg stanja duga i projekcije otplate, očekuje se da u predstojećem periodu godišnje dospe oko 800 miliona evra, pri čemu su potrebe za servisiranjem duga jednako raspoređene u periodu od 2011. do 2016. godine, a najznačajnija pojedinačna obaveza jeste otplata stare devizne štednje (koja dospeva za naplatu do 2016. godine).

Procedura donošenja strategija u domaćem budžetskom pravu slična je metodologiji koja postoji u uporednom zakonodavstvu. Ministar finansija upravlja javnim dugom i priprema strategiju, koja se dostavlja vladi na usvajanje jednom godišnje. Strategija je bila sastavni deo *Memoranduma o budžetu i ekonomskoj i fiskalnoj politici (sada Fiskalne strategije)* za posmatranu budžetsku godinu i naredne dve fiskalne godine (Stakić, Jezdimirović, 2012: 205–258). Prilikom izrade srednjeročne strategije javnog duga korišćene su analize troškova i rizika zasnovane na različitim projekcijama. *Osnovni scenario*

² *Zakon o javnom dugu* (*Službeni glasnik RS*, br. 61/05, 107/09, 78/11).

³ *Zakon o Agenciji za osiguranje depozita*, *Službeni glasnik RS*, br. 61/05, 116/08 i 91/10.

(misli se na uslove koji diktiraju vraćanje javnog duga) odnosi se na praćenje promena deviznog kursa i referentnih kamatnih stopa na stranom tržištu. Pored definisanja osnovnog scenarija, predviđena su još četiri *dodatna* scenarija, prilagođena eventualnim makroekonomskim šokovima i šokovima u primarnom budžetu. *Dopunski scenario* se odnose na: 1) *depresijaciju dinara u odnosu na američki dolar od 25 procenata* (pri čemu bi devizni kursevi trebalo ostati nepromenjeni – mada ovaj scenario nema direktnog uticaja na domaću ekonomiju, postoji posredan uticaj), 2) *depresijaciju dinara u odnosu na sve valute od 25 procenata* (pri čemu se pretpostavlja da su valutni kursevi stabilni u celom svetu, a da bi samo dinar depresirao), 3) *povećanje kamatnih stopa na međunarodnom tržištu* (u slučaju oporavka svetske ekonomije trebalo bi doći do povećanja kamatnih stopa i smanjene kontrole centralnih banaka) i 4) *povećanje kamatnih stopa na domaćem tržištu za 5 procenata* (što je scenario predviđen za slučaj visoke inflacije i volatilnosti kursa prema evru).

U saradnji sa ekspertima svetske Banke, *Uprava za javni dug* primenila je tzv. *Model srednjeročne strategije (Medium Term Debt Strategy Model- MTDS)* u cilju što efikasnijeg upravljanja javnim dugom. Tom prilikom su utvrđene i *alternativne strategije finansiranja* koje se odnose na finansiranje javnog duga putem emisije evrobveznica (na različiti vremenski rok) dodatne emisije državnih hartija od vrednosti u dinarima. Politika upravljanja javnim dugom se donosi za duži vremenski period, ali ne smemo zaboraviti da se odluka o finansiranju budžetskih izdataka donosi na godišnjem nivou u okviru budžetskog zakona. Činioci koji otežavaju implementaciju strategije se odnose na (ne)stabilnost makroekonomske situacije u zemlji u smislu efikasne naplate poreza, nivoa nezaposlenosti, inflacije, deviznog kursa, tokova u svetskoj ekonomiji, spoljnotrgovinskih partnera i dostignutog stepena fiskalne decentralizacije, tj. mogućnosti zaduživanja lokalnih nivoa vlasti.⁴

8. Zaključak

Politika upravljanja zajmom mora se posmatrati kao samostalan segment ekonomske politike koji raspolaže posebnim zakonskim merama i instrumentima, a ne kao sastavni deo fiskalne i monetarno-kreditne politike, kao što se to tradicionalno smatralo u finansijskoj

⁴ *Strategija upravljanja javnim dugom od 2013. do 2015. godine.* Dostupno na: <http://upravazajavidug.rs>. Uporedi sa: *Zakon o budžetskom sistemu, Službeni glasnik RS, br. 54/09, 73/10.*

literaturi. U kreiranju optimalne politike upravljanja javnim zajmom posebna pažnja se mora posvetiti usvajanju neophodnih montarno-pravnih i finansijsko-pravnih akata u cilju zaštite interesa države kao dužnika i poverioca javnog zajma (fizičkih i pravnih lica) na optimalan način. *Mišljenja smo* da je pored reglementiranja efikasnih rešenja u domaćem zakonu o budžetskom sistemu i zakonu o javnom dugu, neophodno stvoriti uslove za formiranje i jačanje pozicija stručnih i nezavisnih agencija za upravljanje javnim zajmom po ugledu na slične organe u državama koje imaju bogatu praksu u ovoj oblasti. U zaštiti interesa države, centralno mesto u politici upravljanja javnim zajmom zauzimaju strategije za upravljanje javnim zajmom koje mora biti transparentne, sadržinski dobro koncipirane i funkcionalno usklađene sa instrumentima fiskalne i monetarno-kreditne politike radi postizanja željenih makroekonomskih ciljeva u pogledu tržišne stabilnosti. *Prema našem mišljenju*, nepoštovanje fiskalnih pravila i ciljeva utvrđenim strategijama za upravljanje javnim zajmom trebalo bi za posledicu da ima strože pravne sankcije, kao i jasno definisanu fiskalnu odgovornost nadležnih organa za njihovo nepoštovanje ne bi li se tako izbegle posledice poput fiskalnog moratorijuma ili bankrotstva države.

Literatura

Andelković, M. (2012). *Javne finansije i finansijsko pravo*. Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta. 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). *Javne financije*. prevod Pero Jurković, Đuro Njvaro. MATE. Zagreb. 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 Arrangements 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

Golubović, S. (2012). Fiskalna pravila u Evropskoj monetarnoj uniji. Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta. 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

Marić, Ž. (2012). *Javni dug i dužnička kriza (primjer Bosne i Hercegovine)*, 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

Roje, G. (2011). *Ključne postavke i aktivnosti u sustavu upravljanja državnom imovinom*. U Hrvatski javni dug: Upravljanje i izazovi razvoja tržišta. Zagreb: Institut za Javne financije. 238–245

Stakić, B., Jezdimirović, M. (2012). *Javne finansije*. Univerzitet Singidunum. 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

Švaljek, S., Andabaka-Badurina, A. (2011). *Upravljanje javnim dugom prije, tijekom i nakon krize*. U Hrvatski javni dug: Upravljanje i izazovi razvoja tržišta. Zagreb: Institut za Javne financije. 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

Zakonu o javnom dugu. Službeni glasnik RS. Br. 61 (2005), 107 (2009) i 78 (2011)

Zakon o Agenciji za osiguranje depozita. Službeni glasnik RS. Br. 61 (2005), 116 (2008) i 91 (2010)

Zakon o budžetskom sistemu. Službeni glasnik RS. Br. 54 (2009), 73 (2010), 101 (2010), 101 (2011) i 93(2012)

Zakonu o javnom dugu. Službeni glasnik RS. Br. 61 (2005), 107 (2009) i 78 (2011)

Strategija upravljanja javnim dugom od 2013. do 2015. godine

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.

Dr. Štefan Pirner,*

Rukovodilac odeljenja pri Nemačkoj fondaciji za međunarodnu pravnu saradnju, (Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e.V. - IRZ), SR Nemačka

originalni naučni članak

UDK: 343.13

Rad primljen: 30.06.2015.

Rad prihvaćen: 03.12.2015.

ZAŠTITA OKRIVLJENIH I OPTUŽENIH U KRIVIČNOM POSTUPKU U SVETLU SPECIFIČNIH USLOVA PRAVNE TRANSFORMACIJE**

Apstrakt: Autor ispituje koji od dva sistema pruža bolju zaštitu osumnjičenom i optuženom kao slabijoj strani u krivičnom postupku – da li je to kontinentalnoevropski inkvizitorski princip ili stranački princip Common Law-a. Rezultat ove analize pokazuje da kontinentalnoevropski sistem pruža značajno bolju zaštitu. Osim toga stranački princip ne odgovara posebnim društvenim uslovima u bivšim socijalističkim državama u tranziciji. Prilikom analize Common Law sistema, naročito Plea bargaining-a (koji danas predstavlja pravilo okončanja krivičnog postupka u ovim državama i time defacto zamenjuje javni krivični postupak), posebno se ukazuje na mnogobrojne američke izvore. Pri tome se dolazi do zaključka da i u američkoj literaturi institut Plea bargaining biva oštro kritikovan. Autor tako konstatuje da bi pre prihvatanja pravnog instituta koji sistematski nije u skladu sa načelima domaćeg pravnog sistema trebalo sprovesti procenu pravnih posledica dejstva takvog instituta (Regulatory Impact Analysis) u domaćem pravu kako bi se sprečilo da se u sopstveni pravni poredak unesu pravila čije se negativne posledice daju predvideti. S tim u vezi autor zapaža

* puerner@irz.de

** Ovaj prilog nastao je u okviru autorovog rada za Nemačku fondaciju za međunarodnu pravnu saradnju (IRZ) u Jugoistočnoj Evropi, koja se finansira sredstvima Ministarstva spoljnih poslova iz nemačkih doprinosa Paktu za stabilnost Jugoistočne Evrope. Ovaj rad odražava privatne stavove autora. Autor se zahvaljuje prof. dr Džonu H. Langbajnu (John H. Langbein), prof. Dr Džejsmu R. Makseineru (James R. Maxeiner) i dr Regini Raukslo (Regina Rauxloh) na dragocenim informacijama i upućivanjima na odgovarajuću literaturu.

da u reformi krivično procesnog prava u Srbiji izostaje diskusija o kritičkim stavovima američke nauke u pogledu sopstvenog pravnog sistema.

Ključne reči: sporazum u krivičnom postupku, istorija sporazuma o krivičnom postupku, pravna reforma, krivični postupak SAD, ljudska prava i krivični postupak.

1. Uvod

1.1. Okrivljeni ili optuženi kao slabija strana

Verovatno nema potrebe da se posebno objašnjava tvrdnja da okrivljeni ili optuženi, kao „cilj“ državnog krivičnog gonjenja, spada u kategoriju „slabijih“. On sebe doživljava kao pojedinca izloženog na milost i nemilost daleko jačeg državnog aparata: taj aparat je u stanju i da ga liši slobode bez koje će on i ostala osnovna prava moći da ostvari tek ograničeno ili pak neće moći da ih ostvari uopšte. Osim toga, krivično gonjenje od strane države vrlo često je, kad je u pitanju lice koje se krivično goni, praćeno gubitkom društvenog ugleda, prekidom socijalnih kontakata i sličnim negativnim društvenim posledicama. U grupu slabijih u okviru krivičnog postupka ubrajaju se i žrtve. Optuženi i žrtve najčešće imaju suprotstavljene interese. Veliki izazov za zakonodavca predstavlja dovođenje ovih interesa u ravnotežu. Bilo kako bilo, zakonodavac bi u svakom slučaju morao da izbegava donošenje regulative koja ne bi nudila zaštitu ni optuženom ni žrtvama.

1.2. Specifični uslovi pravne transformacije

1.2.1. Država mora da se bori za poverenje građana

Šta se, međutim, podrazumeva pod specifičnim uslovima pravne transformacije? Pravna transformacija je „preuređivanje“ pravnog sistema od socijalističkog u demokratski, koji funkcioniše na osnovama tržišne ekonomije, a bilo bi dobro i u socijalni, ako je usmeren na zaštitu interesa svih slabijih u društvu. Ovaj proces obeležen je, između ostalog, i sledećim: polazište je socijalistički sistem koji ogromna većina čitalaca ovog priloga verovatno poznaje bolje nego što ga poznaje autor. Iz tog razloga recimo samo ovoliko: karakteristika socijalističkog krivičnog procesnog prava je bilo to što ono u uobičajenim slučajevima¹

¹ Izuzetak su predstavljali procesi koji su imali određeni politički značaj. Njihova naročita karakteristika je bio i neformalan u ticaj trećih lica koja zapravo nisu

nije poznavalo neformalne sporazume (Rauxloh, 2014: 179). Sledeće obeležje socijalističkih država je bilo to što je (barem u teoriji) veliki značaj pridavan zaštiti pojedinca.

Transformacija znači promenu. Ona podrazumeva naročito promenu životnih uslova građana. I to ne samo u pozitivnom smislu: zajedno sa transformacijom javljaju se i socijalna nesigurnost i gubitak dotadašnjih društvenih pozicija. U isto vreme pojedinac postaje svedok toga kako drugi, i to ne uvek na moralno uzoran način, profitiraju od promene sistema. Kao posledica toga lako se stvara i širi utisak da demokratski organizovana država nije u stanju da zaštiti slabije grupe, odnosno da u takvoj državi dominiraju ekonomski jače ličnosti i grupe. Shvatanje po kojem se državom ni posle zaokreta od socijalizma ne rukovodi nužno u skladu sa demokratskim načelima i načelima pravednosti, predstavlja, međutim, plodno tle za radikalne političke struje najrazličitije vrste. Ovakve negativne pojave mogu da se preduprede samo ukoliko država bude nastojala da zadobije poverenje građana. Ona to ne može da postigne samo rečima, već to treba da učini delima, a naročito obezbeđivanjem egzistencije građana. Država mora svojim građanima da usadi osećaj da kršenje prava, pa i ono koje se desilo u prošlosti, pa i ono koje izvrše lica koja poseduju bogatstvo i uticaj, neće ostati nekažnjeno. A država koja se nalazi u procesu transformacije je pre svega u obavezi da osigura da se politički motivisana krivična dela iz prošlosti rasvetle bez ostatka i da se odgovorni za ta krivična dela pozovu na odgovornost.

1.2.2. Negativni efekti koje država mora da izbegne

Takva država koja se bori za poverenje svojih građana naročito mora da zaštiti one protiv kojih se vodi krivični postupak. Tu se, naime, radi, kako je napred prikazano, o najslabijima u društvu. Osim toga, krivični postupci (i način na koji se o njima izveštava u medijima) od najvećeg su značaja za to kako će građani da ocene pravosuđe kao jednu od najvažnijih funkcija države. Nejasnoće u trgovinskopravnim sporovima naići će na odbijanje samo kod onih na koje se ti sporovi neposredno odnose. Nerazumljivosti u krivičnom postupku, međutim, uznemiriće javnost i protumačiće se kao dokaz za to da ne samo krivično pravosuđe, već i pravosuđe uopšte, i ne samo to već i celokupna država, ne funkcionišu. Ovaj negativni efekat izazivaju prvenstveno sledeće tri grupe slučajeva:

učestvovala u postupku (takozvana „telefonska pravda“, odnosno nezakonit u ticaj na sudije).

1) Kao prvo, tu je nedostatak zaštite slabijih strana u okviru krivičnog postupka, situacija, dakle, u kojoj se bespomoćni pojedinac nađe izložen državnim organima.

2) Kao drugo, tu je slučaj kada su pred očima javnosti „moćnici“ izuzeti od krivičnog gonjenja ili kada im pođe za rukom da „izdejtstvuju“ umanjeње krivičnopравnih posledica svojih dela.

3) Treća grupa slučajeva kojima se umanjuje ugled države postoji onda kada krivični sudovi ne ispune očekivanja građana u smislu „izvlačenja na svetlo dana“ događaja iz prošlosti koji su od opšteg značaja. Ti događaji mogu da budu zločini iz miljea organizovanog kriminala ili iz okruženja određenih političkih grupacija, ratni zločini ili nerasvetljeni procesi privatizacije.

Ova tri zahteva koja se u pogledu reforme krivičnog procesnog prava postavljaju pred države koje se nalaze u procesu transformacije mogu da se rezimiraju na sledeći način:

“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) („Prihvatanje ovog pravila da postoji nezavisan pravni korpus, da niko nije iznad prava, od suštinskog je značaja za uspostavljanje vladavine naroda. Samo kada predsednici, kraljevi, kraljice i drugi vladari podležu višem pravu, mogu se komunizam, fašizam i druge diktature eliminisati i moći će demokratija da vlada.”)

1.2.3. Transformacija ne znači nužno i menjanje zakona

Transformaciju prava najčešće prati izmena zakona. Pravna transformacija i izmena zakona nisu, međutim, sinonimi. Ovo je značajno naročito zbog toga što transformacija u oblasti prava, prema iskustvima autora, često dovodi do toga da se veoma obimne izmene zakona preduzimaju i tamo gde bi bila dovoljna i manja prilagođavanja (ili pak samo promišljanje dotadašnje primene postojećih propisa u praksi). Transformacija u oblasti prava često se pogrešno tumači kao neophodnost gotovo prisilne i često nedovoljno promišljene izmene dotadašnjeg pisanog prava. Međutim, transformacija prava ne mora nužno da znači da svi zakoni koji su do tada važili moraju da se odbace. Zadatak transformacije je samo u tome da se otklone zablude socijalizma, a ne da se „izmišlja topla voda“. Često greške socijalizma mogu da se uoče u nekoliko ključnih članova zakona,

pa time i da se otklone brisanjem ili izmenom samo tih članova. Često se, međutim, nasleđe socijalizma krije u načinu na koji se razume pravo i tumače zakoni. U tom slučaju situacija je komplikovanija.

Upravo u zemljama bivše SFRJ sa njihovom i u vreme socijalizma snažnom orijentacijom ka kontinentalnoevropskim, a pre svega austrijskim pravnim načelima, često bi moglo da se „minimalno invazivnim zahvatima“ postigne više nego „totalnom operacijom“.² Često manje izmene prava i zakona znače više pravne države i više pravne sigurnosti. U miru leži snaga. Neke promene prava koje se preduzimaju u okviru transformacije su, štaviše, i kontraproduktivne. To je upravo slučaj u oblasti krivičnog postupka.

2. Kako različiti krivičnoprocesni sistemi štite slabije grupe?

2.1. Metode razmatranja

U tekstu koji sledi ispitaćemo na osnovu dva slučaja iz prakse koja koncepcija krivičnog postupka na najbolji način štiti slabije grupe, te koja koncepcija je najbolja u pogledu izbegavanja napred navedenih posledica. U vezi s tim neophodno je da se, kao prvo, razjasni koji oblici krivičnog postupka postoje. Premda „čisti“ oblici krivičnog postupka postoje, moglo bi se reći da, sve u svemu, postoje dva suprotstavljena sistema: adverzijalni sistem u kojem je teret dokazivanja na strankama, te inkvizitorski ili istražni postupak. Neki autori (Eser, 2014: 11), pored navedenih sistema, u diskusiju uvode i mogućnost da postoji i treća zasebna forma, naime konsenzualni postupak. Dok adverzijalni sistem karakteriše to što bitne inicijative i radnje pokreću i sprovode stranke (a država se drži u pozadini), dotle je karakteristika inkvizitorskog modela krivičnog postupka to što bitne korake u okviru krivičnog postupka preduzima država. Konsenzualni postupak se, prema mišljenju onih koji ga smatraju zasebnom vrstom postupka, odlikuje time što u njemu preovladava okončanje postupka sporazumom. Autor ovog priloga, međutim, smatra da je ovaj pojam pogrešan, jer, ukoliko bolje pogledamo, ne radi se o posebnom postupku, već sporazumno okončanje postupka predstavlja

² O tome da s u zemlje bivše SFRJ u stvari imale jako dobre početne pozicije za transformaciju prava koje, međutim, nisu uvek na najbolji način iskoristile pošto su noviji zakoni zanemarivali dotadašnju kontinentalnoevropsku tradiciju, a da za to nije bilo nužne potrebe, au tor je već govorio na prošlogodišnjoj konferenciji u Nišu. Upor. (Pürner, 2014).

proizvod adverzijalnog postupka³. Iz tog razloga bi i ideja postojanja posebne vrste „konsenzualnog postupka“ bila pogrešna, zbog čega se ona ovde ne obrađuje kao posebna procesna kategorija.

2.2. Dva slučaja koja se javljaju gotovo svakodnevno (i šta iz njih može da se nauči)

2.2.1. Slučajevi i pitanja koja oni nameću

Zbog ograničenosti prostora ovde nećemo moći da prikažemo sva obeležja, kao ni sve prednosti i nedostatke ova dva sistema. No, to i nije neophodno, pošto merilo kvaliteta pravnih instituta nisu toliko učeni teorijski argumenti, koliko sama praksa. Zbog toga ćemo u nastavku teksta istražiti kao primer dva slučaja koja će se čitaocu sigurno učiniti poznatim.

Slučaj 1: Prvo ćemo da zamislimo uobičajeni krivični postupak u nekoj zemlji u procesu transformacije: obični građanin, nazovimo ga Jadan Besposlovac, ne uspeva da se snađe u novonastalim okolnostima koje prate proces transformacije. Dok se ostali bogate, on ostaje bez posla i počinje da pije. U jednom trenutku desi se ono što je neizbežno: na njega pada sumnja da je opljačkao benzinsku stanicu, ubio ženu ili učinio nešto od onoga što svakodnevno puni „crne hronike“ u tabloidima. Besposlovac nema nikakvih iskustava sa pravom i srećan je što je barem uspeo da angažuje mladog i neiskusnog advokata (ili što mu je tog advokata obezbedila država).

Slučaj 2: Promena scene: I Bogat Imaparolikohoćešvić, poslodavac koji je oterao u nezaposlenost sirotog malopre pomenutog optu ženog (nakon što mu mesecima nije isplaćivao zaradu), zapao je u probleme krivičnopravne prirode. Stavlja mu se na teret da je bio umešan u svakojake malverzacije. Te malverzacije sežu od sumnjivih postupaka privatizacije, u kojima je na ne sasvim jasan način veoma povoljno došao do velikog bogatstva, pa preko utaje poreza, šverca cigareta, sve do navodne umešanosti u zločine devedesetih sa političkom pozadinom. Ovom optu ženom ne predstavlja nikakav problem da angažuje čitav tim advokata.

U oba ova slučaja postavlja se pitanje za koji sistem krivičnog postupka bi se optuženi opredelio: za adverzijalno ili inkvizitorsko načelo?

³ Osim toga, naročito stavovi iz angloameričke literature u vezi sa realnošću *plea bargaining*-a, a koji su citirani u nastavku, pobuđuju značajne sumnje u to da se u slučaju navedenog okončanja postupka zaista radi o situacijama koje zaslu žuju naziv „konsenzus“.

Imajući u vidu ugled pravosuđa, trebalo bi da se razjasni još jedno pitanje: kakav bi utisak na građane ostavio tok postupka koji u oba ova slučaja može da se očekuje u nastavku?

2.3. Rezultat razmatranja sa stanovišta kontinentalnoevropskog pravnika

Još jedno pitanje bi trebalo da se postavi: kako će svoj postupak da doživi optuženi iz zemlje u procesu transformacije u kojoj je stranačko načelo tek uvedeno u krivično pravo? Takav optuženi već ima iza sebe proces socijalizacije u koji spada i kontinentalnoevropsko shvatanje uloge sudije i javnog tužioca u okviru krivičnog postupka. Zato će on doživeti ogromno razočarenje kada se postupak protiv njega bude vodio u skladu sa novim načelima adverzijalnog postupka. Već je to dovoljno loše. Još je, međutim, gore to što će on ona lica koja učestvuju u postupku na strani države doživljavati ili isključivo kao protivnike u postupku (reč je o javnom tužiocu) ili kao pasivne učesnike (reč je o sudiji). Oni učesnici u postupku koji predstavljaju državu ne preduzimaju ništa da bi zaštitili njegove interese. To naročito važi za sudiju koji se jedino stara o tome da se poštuju pravila igre. Okrivljeni je, dakle, prepušten sposobnostima ili nesposobnostima svog branioca. Pojam materijalne istine ovde ne igra nikakvu ulogu. Ovo dovodi do ogorčenosti u odnosu na državu. I to ne samo kod samog optuženog, već i u njegovom socijalnom okruženju, kao i kod svih koji proces prate putem medija.

U ovoj situaciji lako se gubi poverenje u pravičan ishod postupka. To je naročito slučaj onda kada optuženi ustanovi da mladi i neiskusni advokat (jedini čije je usluge mogao da priušti) nije u stanju da se nosi sa tužilaštvom (koje isključivo zastupa optužnicu, ali nije bilo istrage i u interesu optuženog).

I ne samo to. U čistom adverzijalnom postupku ne postoji pravo na uvid u akta tužilaštva. Optuženi i njegov branilac nemaju, dakle, nikakvu mogućnost da saznaju šta smeru tužilaštvo. U takvoj situaciji će optuženi, koji nije u stanju da angažuje jak tim branilaca, brzo iskazati spremnost da na svaki način okonča svoje muke. Njemu će biti najvažnije da se postupak brzo okonča i da se po mogućstvu izbegne još gori razvoj situacije. On će, dakle, biti spreman da pristane na *pleabargaining*. Ovaj će pritisak biti još izraženiji ako se napred navedenom pridruži i nemogućnost da se predvidi odluka porote i bojazan od ogromnih troškova za advokata i od sudskih troškova. Ona, međutim, postoji i bez tih dodatnih otežavajućih okolnosti.

S druge strane, naš optuženi iz slučaja 2 će situaciju doživjeti na potpuno drugačiji način: za njega neće predstavljati nikakav problem da priušti pomoć kvalifikovanih advokata. Tužilaštvo će, naprotiv, pogotovo imajući u vidu ograničene uslove u kojima mora da radi u državi koja se nalazi u procesu transformacije, biti u lošijem položaju od dobro plaćenog tima advokata na strani bogatog optuženog. U adverzijalnom postupku će njegova pozicija, dakle, biti daleko povoljnija. Ovom optuženom će i *plea barganinig* kao „ekonomska transakcija“ predstavljati manji problem nego optuženom koji finansijski loše stoji. Na kraju krajeva, „dilovi“ su u njegovom okruženju deo svakodnevnice. Verovatno će on u takvom „dilu“ proći mnogo bolje od siromašnog optuženog⁴. A preko tog dila će dobiti potvrdu da on za državu predstavlja ravnopravnog partnera za pregovore. Dakle, krivični postupak će potvrditi njegov socijalni status u smislu da je on ravnopravan protivnik državnih organa krivičnog gonjenja. I to ne samo u sopstvenim očima, već i u očima javnosti i medija koji će najverovatnije na shodan način izveštavati o procesu.

Drugačije je u inkvizitorskom postupku. Ovde branilac, posle okončanja istražnog postupka, dobija mogućnost uvida u akta. Materijal koji poseduje tužilaštvo nije nikakva ni crna ni Pandorina kutija. Tužilaštvo ima obavezu da sprovodi istragu i u korist okrivljenog, štaviše, ono može i da ulaže pravna sredstva u njegovu korist⁵. Sledeći instrument korekcije krije se u tome što je sudija dužan da utvrđuje materijalnu istinu. Činjenica je da i u zemljama sa istražnim principom postoji mogućnost okončanja postupka sporazumom⁶. Međutim, kod ovih sporazuma sudije imaju mogućnost šire kontrole nego što je to slučaj kod *plea bargaining*-a. Osim toga, u Nemačkoj je isključena mogućnost *guilty plea*-a, pošto tamo § 257 c Zakona o krivičnom postupku određuje da predmet sporazuma može da

4 Naravno da učinjena priznanja uvek zavise i od jačine protivnika. Zanimljiva je u ovom kontekstu i Štuncova konstatacija (Stuntz, 2011: 6), da u SA D u pregovorima oko *plea bargaining*-a tu žioci na drugačiji način koriste svoje diskreciono pravo u odnosu na optužene iz siromašnijih sredina nego u odnosu na imućne optužene.

5 Tako kaže § 296 stav 2 nemačkog Zakona o krivičnom postupku (StPO). Ovaj Zakon je dostupan u prevodu na bosansko-hrvatskosrpski na internet stranici IRZ-a pod http://irz.de/images/downloads/bosnisch-kroatisch-montenegrinisch-serbisch/uebersetzungen/stpo_bks_mit_einfuehrung.pdf. Na istom mestu (http://irz.de/images/downloads/bosnisch-kroatisch-montenegrinisch-serbisch/uebersetzungen/ristbv_bks_mit_einfuehrung.pdf) preuzeto 15. 06. 2015). nalazi se i prevod Uputstva za krivični postupak i postupak kažnjavanja novčanom kaznom (Richtlinienfürdas Strafverfahrenunddas Bußgeldverfahren (RiStBV). Ovaj propis predstavlja dopunu Zakonu o krivičnom postupku. Oba teksta sadrže uvodno objašnjenje.

6 Upor. u vezi sa situacijom u Nemačkoj (Schaberg, 2009).

bude jedino visina kazne. Predmet sporazuma izričito ne smeju da budu ni mere bezbednosti (§ 257 c stav 2 Zakona o krivičnom postupku). Konačno, (ne sme da se prećuti da) u Nemačkoj vlada izrazito kritički stav prema ovakvim sporazumima. Savezni ustavni sud ih, doduše, smatra ustavnim⁷, ali je istovremeno jasno pozvao na strogo poštovanje zakonskih zahteva, da bi se izbeglo nekontrolisano bujanje ovakvih rešenja.

Već ova kratka skica pokazuje da je optuženi kao slabija strana bolje zaštićen u okviru inkvizitorskog sistema nego u okviru adverzatornog. U inkvizitorskom sistemu, međutim, bolje su zaštićena i druga važna, ali često slaba, lica i posebni interesi. To su, pod broj jedan, žrtve u čijem je interesu da se krivična dela koja su učinjena nad njima rasvetle u pogledu činjeničnog stanja i da se kazne. Kao drugo, tu je javnost u čijem je interesu da se krivičnopravna činjenična stanja od opšteg značaja utvrde u okviru postupka koji podleže reviziji. Ni jedno ni drugo se, međutim, neće dogoditi ukoliko postupak počiva isključivo na načelima adverzizjalnosti. Ovaj cilj će u potpunosti biti isključen ukoliko se zaključí *plea bargaining*. U tom slučaju, naime, istina ostaje „iza zatvorenih vrata“. A time se krši još jedan važan interes vezan za načelo pravne države: ugled suda. Sud se, naime, u očima javnosti pretvara u organ koji pasivno posmatra kako slab i nezaštićen optuženi u svojoj nevolji priznaje krivična dela koja možda i nije učinio, dok imućni optuženi pregovara sa tužilaštvom na istoj ravni.

2.4. Ekskurs: odnos prema konsenzualnom okončanju sporova kao paradoks

Mnoge zemlje u procesu transformacije su ishitreno preuzele *plea bargaining*. Za mnoge je ovaj pravni institut bio simbol „modernog“ krivičnog prava. Pojam „modernog“ u ovim državama igra veoma važnu ulogu u diskusijama vezanim za reformu krivičnog procesnog prava. Ispada na kraju kao da se u krivičnom procesnom pravu ne radi o bezvremenim vrednostima. Podsetimo ovde i na to da je pojam „modernog“ tesno povezan sa pojmom „mode“. Ako, međutim, proces transformacije posmatramo u njegovoj celokupnosti, suočićemo se sa paradoksom: pravna praksa u zemljama u procesu transformacije koja se odnosi na konsenzualno okončanje sudskog postupka tamo je, naime, kontradiktorna: u građanskom pravu sudije najčešće oklevaju da podrže poravnanje kao odgovarajuću formu sporazumnog

⁷ Presuda od 19. marta 2013. godine 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, sažetak na <http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2013/bvg13-017.html> Preuzeto 15. 06. 2015.

rešenja spora između stranaka, pošto se pribojavaju da će ih smatrati pristrasnim. Za razliku od toga, u krivičnom pravu se *plea bargainig* odnedavno posmatra kao poželjna forma okončanja postupka. Zbog toga je krivični proces, u kojem zapravo već iz razloga postojanja državnog zahteva za kažnjavanje nema baš mnogo prostora za „skraćenje“, u praksi naklonjeniji sporazumima nego što je to parnični postupak. Posmatrano sa strogo dogmatskog stanovišta, zapravo bi trebalo da bude obrnuto.

3. Angloamerička kritika adverzijalnog principa i *plea bargaining*-a

3.1. Angloamerička kritika adverzijalnog principa i *plea bargaining*-a u kratkim crtama

Vratimo se na zaključak da inkvizitorski krivični postupak bolje štiti prava slabijih nego što to čini adverzatorni. Ovaj rezultat do kojeg smo napred došli sigurno nikoga neće iznenaditi, pošto dolazi iz pera pravnik koji je stekao kontinentalnoevropsko pravničko obrazovanje. Ono što možda više iznenađuje jeste činjenica da i mnogi pravnici iz angloameričkog prostora dolaze do sličnih zaključaka. Za razliku od onih stranaca koji u zemljama Jugoistočne Evrope u procesu transformacije zagovaraju preuzimanje adverzatornog principa i *plea bargaining*-a i predstavljaju njihove nimalo malobrojne, ali često nekritičke pristalice, *plea bargaining* je u zemljama svog porekla sve više na udaru kritike. Pri tome nisu samo ugledni naučnici (među njima je i profesor sa Harvarda, *William J. Stuntz*, njegov kolega *John H. Langbein* sa Univerziteta Jejl (Yale), kao i harvardski apsolvant *Marcus D. Dubber*, koji sada predaje u Torontu) ti koji kritikuju. I najnovije presude Supreme Court-a u SAD (Vrhovnog suda SAD) u slučajevima *Missouri vs. Frye* (Work, 2014: 57) i *Lafler vs. Cooper* (Alkon, 2014: 561) svedoče o nedostacima koji u prvom redu pokazuju da ovaj sistem u praksi nedovoljno štiti optuženog. Nije neophodno da se ide tako daleko kao što to čini napred pomenuti *William J. Stuntz* (koji je u svom posthumno objavljenom delu *The Collapse of American Criminal Justice* žali na to da je američki krivičnopravni sistem „voz koji je ispao iz šina“ te da se „u poslednjoj polovini 20. veka *raspao*“ (Stuntz, 2011: 1), da bi se došlo do pretpostavke da ovaj sistem sa stanovišta zaštite slabijih nije takav da nužno može da posluži kao uzor. Nedostatak prostora nam ne dozvoljava da ovde predstavimo sve kritičke glasove iz angloameričke literature koji se podižu protiv adverzijalnog sistema (i *plea bargaining*-a koji, ako ćemo pravo, predstavlja instrument korekcije

kojeg je razvila praksa da bi redukovala nedostatke adverzijalnog sistema u krivičnom postupku). Ipak ćemo pokušati da stvorimo barem utisak o raznolikosti i širokom dijapazonu argumenata koji se odnose na napred navedeno, kao i o snažnom frontu kritičara. Pri tome ćemo pokušati da otklonimo i neke nesporazume. Da bismo čitaocu omogućili da samostalno produbi ovu temu na osnovu britanske, američke i australijske literature, ukazaćemo pre svega na one izvore koji su dostupni na internetu ili u obliku elektronskih knjiga.

Već iz samih naslova mnogih od ovih radova može da se vidi da su u zemljama svog porekla adverzijalni princip u krivičnom postupku, a naročito *plea bargaining*, sve samo ne nesporni.

Evo jednog izbora takvih naslova objavljenih u različitim decenijama:

- *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) (Suđenja bez istine: Zašto je naš sistem krivičnih postupaka postao skup neuspeh i šta treba da uradimo da ga rekonstruišemo),
- *Torture and Plea bargaining* (Langbein, 1978) (Mučenje i *plea bargaining*)
- *Incompetent Plea bargaining and extrajudicial reforms* (Bibas, 2012) (Nesposobni pregovori o *plea bargaining-u*)
- *Barristers' selfish incentives in counselling defendants over the choice of plea* (Tague, 2007) (Sebični podsticaji advokata u savetovanju optuženih o mogućnostima *plea bargaining-a*),
- *The mischief of plea bargaining and sentencing rewards* (Darbyshire, 2000) (Besmislenost *plea bargaining-a* i „popust“ na visini kazne)
- *Bargain Justice or Justice Denied? Sentence Discounts and the Criminal Process* (Henham, 1999) (Pravda na rasprodaji ili nedostupna pravda? Popusti na kazne i krivični postupak)
- *The Guilty Plea Discount: Rule of Law or Role of Chance?* (Robertshaw, Milne, 1992) (Popust na kaznu zbog priznanja krivice: vladavina prava ili uloga prilike)
- *By-Passing the Jury – A Study of Changes of Plea and Directed Acquittals in Higher Courts* (McCabe, Purves, 1979) (Zaobilazanje porote – Studija o promenama *plea bargaining-a* i direktnih oslobađajućih presuda u višim sudovima)
- *Negotiated Justice – Pressured to plead guilty.* (McConville, Baldwin, 1979) (Ispregovarana pravda– prisiljen na priznanje krivice)

3.2. Kratak rezime najvažnijih tačaka na koje je usmerena kritika

Kritika izražena u navedenim i u mnogim drugim publikacijama može da se sažme na sledeći način:

- Američko krivično procesno pravo u SAD je u odnosu na današnje društvo istorijski prevaziđeno⁸
- *Plea bargaining*, posmatran sa istorijskog aspekta, nije instrument koji se preferira u angloameričkom krivičnom postupku (Langbein, 1978: 119)⁹
- *Plea bargaining* (kojim se u SAD okončava daleko više od 90 %) na više načina krši načelo javnosti (Stuntz, 2011: 302), (Langbein, 1978: 124, 302), (Bibas, 2012: 150)
- Ogroman porast *plea bargaining*-a objašnjava se pre svega egoističnim motivima pravnika koji učestvuju u tim postupcima (Langbein, 1978: 123), (Tague, 2008: 246)
- U najvećem broju slučajeva nepovoljan *plea bargaining* savetuje se pripadnicima socijalno slabijih grupa (Tague, 2008: 242)¹⁰
- Generalno se iznosi zamerka da se ovakvim sistemom pripadnici socijalno slabijih grupa stavljaju u nepovoljniji položaj. Tako je npr. američki branilac krivičar F. Lee Bailey (koji će godinama posle toga braniti O. J. Simpsona) još 1970. godine konstatovao da je američki krivični postupak dobar „samo za krive i bogate“.¹¹ Jedan od pokazatelja da krivični procesni sistem uopšte, ali i *plea bargaining*,

8 Tako je još 1970. godine američki magazin „Lajf“ („Life“) došao do sledećeg zaključka: „Sistem koji je pre skoro dva veka stvoren sa ciljem da zaštiti četiri miliona ljudi ne može da vredi za 200 miliona“, citirano prema: USA/Strafprozess: Falsche Richtung (SAD/Krivični postupak: Pogrešan pravac), Der Spiegel od 24.08.1970, str. 80 i da lje, dostupno na ht tp://w w.w.spiegel.de/spiegel/print/d-44904810.html. Preuzeto 15. 06. 2015.

9 Na nemačkom jeziku upor. u vezi sa razvojem *plea bargaining*-a u SAD npr. (Kobor, 2008: 5), dok (Standen, 1993: 1474) takođe ukazuje na to da su sudije ranije kontrolisale postupanje tu žilaca prilikom *plea bargaining*-a.

10 Rad koji sadrži zanimljivu analizu razloga zbog kojih advokati povremeno savetuju i protiv interesa svojih klijenata, dostupno na: <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/7830>. Preuzeto 15.06.2015. Za kontinentalnoevropske pravnike ovaj rad je, između ostalog, zanimljiv i zbog toga što ukazuje na to koliko razlika ima vezano za *plea bargaining* u različitim državama angloameričkog pravnog kruga.

11 „Life“, citirano prema: Der Spiegel 24. 08. 1970.

diskriminišu pripadnike socijalno slabijih grupa jeste i visok procenat zatvorenih Afroamerikanaca. (Stuntz, 2011: 8)¹²

- *Plea bargaining*-om se tužiocima, koji se često rukovode i egoističnim motivima, daje prevelika moć. *Plea bargaining*-om država faktički prenosi svoje ovlašćenje da kažnjava na tužioca (Langbein, 1978: 124). Država koja je lišena svoje kaznene ovlasti lišena je i suverenite- ta, esencije državnosti (Dubber, 2006: 1). *Plea bargaining*-om država, dakle, ukida samu sebe.
- Kao posledica toga branilac postaje garant prava optuženog, pošto se o tim pravima više ne staraju ni sudija ni tužilaštvo. Shodno tome, i zaštita optuženog zavisi samo od branioca, a ako optuženi ima lošeg branioca onda je on u velikoj meri nezaštićen. (Rauxloh, 2014: 59)
- Optuženi neretko pristaju na *plea bargaining* isključivo pod pritiskom (Langbein, 1992: 121), (Young, 2013: 256)¹³
- Postoji i opasnost da se formiraju mehanizmi koji će dovesti do toga da optuženi koji ne pristane na *plea bargaining* bude osuđen na kaznu koja je viša od primerene. (Langbein, 1992: 121)
- Generalno, *plea bargaining* bi mogao da ima značajnog udela u tome što u okviru zemalja zapadnih demokratija SAD imaju najveći procenat zatvorenika. (Trenutno je ukupan broj zatvorenika oko 2,3 miliona, ovo iznosi 506 zatvorenika na 100.000 stanovnika. U Evropi odgovarajuće cifre iznose za Holandiju 78, za Nemačku 74 i za Francusku 72) (Stuntz, 2011:5)
- Pritome se opet radi o pripadnicima socijalno slabijih struktura, u SAD su to Amerikanci delimično afričkog porekla¹⁴ (Stuntz, 2011: 6)
- To vodi ka diskriminaciji između različitih grupa optuženih prema „perversecriteria“: (Stuntz, 2011: 58) oni optuženi kojima se na teret stavljaju najteži zločini jesu oni koji „mogu da prodaju najkorisnije

12 Stuntz čak ide dotle da ukazu je na to da je procenat „prison population“ među Afroamerikancima u SAD viši od udela zatvorenika u ukupnom broju stanovnika u Sovjetskom Savezu pod Staljinom.

13 Upor. u vezi s tim i (Ransiek, 2008: 116, 118) koji upuću je na dalju američku u literaturu.

14 Razlog tome nije samo kvalitet odbrane koji raste srazmerno finansijskim sredstvima koji stoje na raspolaganju za tu svrh u, već i to što tu žioci svoje široke kompetencije koriste drugačije u oblastima gde živi siromašno stanovništvo, a drugačije tamo gde žive imućniji.

informacije“: zbog toga se njima nude povoljniji „dilovi“ nego licima kojima se na teret stavljaju srazmerno lakša krivična dela

- Konačno, pristanak na zaključenje *plea bargaining*-a može da rezultira time da se osude nevinna lica (Dervan, Edkins, 2013: 1)
- Najzad, postoji i opasnost da se usled zaključenja *plea bargaining*-a uopšte ni ne preispituje da li postoje osnovi za isključenje krivice, pa tako može da se desi da se ne uzmu u obzir (Hay, 2011: 279)
- Na osnovu okolnosti koje smo ovde prikazali Langbein dolazi do zaključka da je najveći problem *plea bargaining*-a njegova nečasnost (dishonesty) (Langbein, 1992: 125)

Napomenimo ovde i to da postoje, naravno, i pristalice *plea bargaining*-a. Međutim, oni koji pokušavaju da utvrde dobre strane *plea bargaining*-a ostavljaju neobično uzdržan i rezervisan utisak i samo potvrđuju stavove kritičara. Neka nam kao primer posluži rad Young-a, naslovljen veoma suzdržano sa „*In Defense of Plea-Bargaining's Possible Morality*“ (Young, 2013) (U odbrani eventualnog morala *plea bargaining*-a). Na kraju krajeva, većina zagovornika mora da prizna da u prilog *plea bargaining*-u govore samo ekonomski razlozi (Rauxloh, 2014: 58). Young, inače, dolazi do sledećeg zaključka: „*Nothing here argues, that plea-bargaining, as actually practiced, is necessarily just, or that it cannot go wrong or be corrupted*“. (Ništa što je ovde navedeno ne tvrdi da je *plea bargaining*, onako kako se stvarno primenjuje u praksi, nužno pravičan, nepogrešiv ili da se ne može potkupiti).

3.3. Posebni osvrti na *plea bargaining* u zemljama u procesu transformacije

U angloameričkoj literaturi postoji čak i jedno istraživanje koje razmatra efekte uvođenja *plea bargaining*-a u državama u transformaciji, a među njima je i Bosna i Hercegovina, zemlja sa kojom se Srbija graniči. Rezultat ovog istraživanja je da su posledice uvođenja ovog pravnog instituta u ovim državama poražavajuće. Između ostalog, time se potkopava ugled pravosuđa koji je izuzetno važan u periodu transformacije. Rasprave o sadržini presuda često se u javnosti doživljavaju kao „pijačne rasprave“. U radu se tako doslovno navodi: „*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* može doprineti javnoj percepciji da je pravni sistem korumpiran i da njime rukovode zvaničnici koje ne obavezuje pravo). Da ovo nisu samo teoretske bojazni jedne američke teoretičarke pokazuje već i sam pogled na naslove u dnevnoj štampi u

državama bivše Jugoslavije. Evo primera: u jednom članku u bosanskom Dnevnom avazu¹⁵, pod naslovom u kojem se pominje „najveće poslijeratno suđenje u BiH“, izveštava se o postupku u kojem se, između ostalog, pretresa „organizirani kriminal, pet monstruoznih ubistava, tri pokušaja ubistava, međunarodna trgovina drogom, pranje novca ...“. Dobar deo izveštaja sastojao se u nabranju koji su sve optuženi kojima se na teret stavljaju pomenuti zločini sklopili sporazume sa sudom. („Do sada su sporazume potpisali optuženi S.D., koji je osuđen na pet godina zatvora, zatim Z.Đ., koji je dobio ...“; zatim u izveštaju se nastavlja nabranje). Dalje, u ovom članku se navodi da je jedan od prvooptuženih, koji to još uvek nije učinio, „zatražio razgovor s Tužilaštvom, što upućuje da bi i on mogao sklopiti sporazum.“ Kakav utisak o krivičnom postupku mogu da steknu čitaoci novina nakon ovakvog članka?¹⁶

4. Zašto se u srpskoj diskusiji tako malo pažnje poklanja internoj angloameričkoj kritici adverzijalnog načela i *plea bargaining*-a?

Kao što je napred prikazano, adverzijalni princip i, naročito, *plea bargaining* stručnjaci u SAD smatraju prilično problematičnim, pri čemu se naročito kritikuje nedovoljna zaštita optuženih i žrtava kao slabijih, odnosno „vulnerable groups“ u krivičnom postupku. U Srbiji, naprotiv, u literaturi nailazimo na stavove koji ostavljaju utisak da *plea bargaining* tamo nailazi na nepodeljeno odobravanje. *Bejatović* (Bejatović, 2012:113) npr. piše: (autorov stav je), „... da su pitanja vezana za normativnu razradu sporazumu (bez obzira o kojem njegovom vidu je reč) u novom ZKP RS, načelno posmatrano, u skladu sa većinskim stavovima naše, i ne samo naše stručne javnosti“. Ako zanemarimo činjenicu da ovakva paušalna i generalizujuća konstatacija čudi, pošto u regionu ima i te kako mnogo glasova protiv *plea bargaining*-a¹⁷ (Škulić, Ilić, 2012: 88), začuđujuće je da kritički stavovi iz SAD, Velike Britanije i Australije, koje smo ovde citirali, u kontekstu aktuelne reforme srpskog krivičnog procesnog prava nisu naišli na adekvatan odjek u naučnoj diskusiji u Srbiji – kakvi god bili razlozi za to. Ne možemo a da ovo ne shvatimo kao signal da

15 *Dnevni avaz* „Crna hronika“ od 9. avgusta 2011. godine: „Zijad Turković u centru najvećeg poslijeratnog suđenja u BiH“.

16 Jedino pozitivno u ovom članku je to što ovim izveštavanjem nisu ugroženi međuetnički odnosi u BiH, pošto se među optuženima iz ove grupe nalaze i jedan Hajrudin, jedan Danijel, kao i Fadil, Milenko, Muamer i Saša.

17 I au tor, koji se zbog profesije mnogo kreće po zemljama regiona i pri tome se susreće sa mnogim pravnicima, zaključio je da postoji mnogo kritičkih glasova protiv *plea bargaining*-a, i to naročito među praktičarima.

pre preuzimanja ovih elemenata koji predstavljaju odstupanje od pravnog sistema nije sprovedena njihova detaljna analiza. A takva analiza bi u okvirima jednog lege artis sprovedenog zakonodavnog postupka trebalo da bude izvršena u okviru procene regulatornog uticaja (*Regularly Impact Analysis*, kratko: RIA).

5. Zaključak

5.1. Inkvizitorski sistem efikasnije štiti slabije

Imajući u vidu upravo gledište po kojem je optuženi u odnosu na državu uvek u slabijem položaju, inkvizitorski sistem, koji se restriktivno odnosi prema mogućnosti okončanja postupka sporazumom i gde se zadržava sudijska kontrola nad ovakvim vidom okončanja postupka, daleko bolje odgovara na potrebe ove grupe lica, ali i žrtava. Osim toga, on bolje korespondira i sa javnim interesom za rasvetljavanje krivičnopravno relevantnih činjeničnih stanja od opšteg značaja. Konačno, ovakvim postupkom izbegava se nanošenje štete ugledu pravosuđa samim tim što se izbegava utisak „trgovine pravdom“. Trebalo bi zato da se u Srbiji (i ne samo tamo, već i u celom regionu) obrati veća pažnja na intenzivnu diskusiju koja se unutar angloameričkog pravnog sistema vodi o adverzijalnom principu i *plea bargaining*-u.

5.2. Država ne bi smela da „odumre“ tamo gde bi trebalo da štiti

Trebalo bi na umu imati i sledeće: odluka za ili protiv jednog od ova dva sistema zavisi i od toga kakvo se shvatanje uloge države u okviru društva zastupa. U adverzijalnom sistemu država je uglavnom pasivna, u inkvizitorskom sistemu je ona aktivna preko tužilaštva (koje ima drugačiju ulogu nego u adverzijalnom sistemu), kao i preko sudija (čija se uloga takođe razlikuje od uloge sudije u adverzijalnom sistemu). Čini se da neki zastupaju stav da demokratija i tržišna ekonomija za sobom povlače istupanje države iz svih mogućih sfera¹⁸. Tu je izraženo poverenje u to da će „tržište sve da uredi“. Ulogu onoga što je u srednjem veku bio božji sud kao *deus ex machina*, koji je državne sudove oslobađao odgovornosti za izrečenu presudu, preuzelo je prema ovom modelu tržište. Uz malo preterivanje to može da se opiše jednim citatom Gustava Radbruha (*Radbruch*): „Pravna država za Engleza još uvek predstavlja ono što je predstavljala i za njegove srednjovekovne pretke: dvoboj na sudu...“

18 Zbog čega se zalažu i za to da se i javne usluge, počev od odvoza smeća pa do bolnica, privatizuju.

(Saffering, 2014: 207) Ovakav način razmišljanja praktično bi doveo do odumiranja države u oblasti krivičnog pravosuđa. (Što je neobično, jer je ovo odumiranje zapravo bio cilj socijalističkog društvenog uređenja).

Dometi ovakvog načina razmišljanja su, međutim, skromni. Tačno je da bi država u okvirima jedne tržišno orijentisane demokratije trebalo da odustane od toga da deluje na neki način koji *ograničava* neka prava tamo gde to nije neophodno. Međutim, i u demokratskoj tržišnoj ekonomiji postoje suštinske oblasti u kojima je postupanje države *sa ciljem zaštite prava* bezuslovno potrebno. To je pre svega slučaj tamo gde se radi o pravima slabijih. Ovde je briga države opšta i neizostavna potreba. Efikasni državni mehanizmi zaštite naročito su nužni onda kada sama država ugrožava ili ima mogućnost da ugrožava ova prava, kao što je to slučaj u krivičnom postupku i u postupku izvršenja krivične sankcije koji se eventualno nadovezuje na postupak. Ko ovo negira, taj državu u delikatnoj oblasti kažnjavanja zamenjuje tržištem i konkurencijom – a moglo bi da se kaže i odmeravanjem – snaga. Pravo bi se time pretvorilo u pravo jačega. A ovo pravo nema ni demokratski ni socijalni legitimitet. A – pre svega – ono nije ni pravedno.

5.3. Nove latinske sentence koje nikome nisu potrebne

Autoru je poznato da se u Srbiji i u drugim zemljama u regionu sopstveni pravni stavovi rado potkrepljuju latinskim pravnim citatima. Zbog toga bi autor želeo da se nadoveže na ovu tradiciju, ali da odabere suprotno polazište i da na kraju citira latinske pravne sentence za koje se nada da *neće* biti opšteprihvaćene:

*Non iustitiam sed celeratis est desinatam*¹⁹

*Pecunia sit maior quam iustitia*²⁰

Ovi citati na najbolji mogući način formulišu suštinske argumente u prilog *bar gaining*-u. Da li je to ono što želimo? Ili bi možda bilo bolje da i u krivičnom pravu važi ono što je ministar za ljudska i manjinska prava u Crnoj Gori, Suad Numanović, rekao na konferenciji povodom Međunarodnog dana ljudskih prava, organizovanoj u Bijelom Polju, doduše u nešto drugačijem kontekstu: „*Sa ljudskim pravima nema nagodbe*“.²¹

19 Cilj nije pravda već brzina.

20 Novac je jači od pravde.

21 <http://www.vesti.rs/Vesti/Numanovic-Sa-ljudskim-pravima-nema-nagodbe-video.html>
Preuzeto 15. 06. 2015.

Literatura

Alkon, Cynthia, Plea Bargaining as a Legal Transplant: A Good Idea for Troubled Criminal Justice Systems?, *Transnational Law and Contemporary Problems*, Vol. 19, str. 355, 2010, dostupno na http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1660469. Preuzeto 15. 06. 2015

Alkon, Cynthia, The U.S. Supreme Court's Failure to Fix Plea Bargaining: The Impact of Laffer and Frye, *Hastings Constitutional Law Quarterly*, Vol. 41, str. 561, 2014, dostupno na http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2423499 Preuzeto 15. 06. 2015

Bejatovic, Stanko; Sporazum o priznanju krivice (novi ZKP Republike Srbije i regionalna komperativna analiza) u *Ana Petrovic/Ivan Jovanovic* (priređivači) Savremene tendencije krivičnog procesnog prava u Srbiji i regionalna krivično-procesna zakonodavstva (normativni i praktični aspekt, Beograd, 2012, str. 113 i dalje, kao PDF na <http://www.osce.org/sr/serbia/102745?download=true> Preuzeto 15. 06. 2015

Bibas, Stephanos, Incompetent Plea bargaining and extrajudicial reforms, 126 *Harv. L. Rev.* V. 20. November 2012, S. 150ff, dostupno na <http://harvardlawreview.org/2012/11/incompetent-plea-bargaining-and-extrajudicial-reforms/> Preuzeto 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), str. 1 i dalje. Kao PDF pod http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2071397# Preuzeto 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), dostupno na http://works.bepress.com/james_diehm/6 Preuzeto 15. 06. 2015

Dubber, Markus D., Criminal Law in a Comparative Context, *Journal of Legal Education*, Volume 55, Number 3 (September 2006), str. 1 i dalje, kao PDF na <http://www.law-lib.utoronto.ca/bclc/crimweb/bboard/crimcomp.pdf> Preuzeto 15. 06. 2015

Eser, Albin, Adversatorische und inquisitorische Verfahrensmodell. Ein kritischer Vergleich mit strukturalternativen u: *Friedrich-Christian Schroeder/Manuchehr-*

Kudrativ (Hrsg.) Die strafprozessuale Hauptverhandlung zwischen inquisitorischem und adversatorischem Model, Frankfurt am Main, 2014, str. 11

Hay, Peter, US-amerikanisches 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* str. 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, re-printed at 46 U. Chi. L. Rev. 3 (1978), str. 3 ff, kao PDF pod http://www.judicialstudies.unr.edu/JS_Summer09/JSP_Week_4/JS710Wk4.LangbeinTorandPleaBargtxt.pdf Preuzeto 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), str. 119 i dalje, kao PDF pod 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), str. 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> Preuzeto 15. 06. 2015.

Ransiek, Andreas, Zur Urteilsabsprache im Strafprozess: ein amerikanischer Fall, Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik (ZiS) 2008, str. 116 i dalje, dostupno na http://www.zis-online.com/dat/artikel/2008_3_218.pdf Preuzeto 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 u: Friedrich-Christian Schroeder/Manuchehr Kudrativ (priredivači) Die strafprozessuale Hauptverhandlung zwischen inquisitorischem und adversatorischem Modell Frankfurt am Main, 2014, str. 207

Schaberg, Gerhard, Absprache im Strafverfahren, Mitteilungen des Hamburgischen Richtervereins (MHR) Nr. 3/2009 od 15. septembra 2009, dostupno na <http://www.richterverein.de/mhr/mhr093/m09308.htm>. Preuzeto 15. 06. 2015. *Škulić, Milan*, Kritička analiza nekih odredbi novog ZKP-a Srbije iz 2011. god, u: Milan Škulić/Goran Ilić (priredivači), *Novi ZKP Srbije - Kako je propala reforma - Šta se radi?*. Beograd 2012

Spiegel. Der, Falsche Richtung (Pogrešan pravac), *Der Spiegel* 24.08.1970, str. 80 i dalje, dostupno na: <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-44904810.html>. Preuzeto 15. 06. 2015

Standen, Jeffrey, Plea Bargaining in the Shadow of the Guidelines, *California Law Review* Vol. 81, Issue 6, Dec. 1993, str. 1472 i dalje

<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1734&context=californialawreview> Preuzeto 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 Review* 2008, str. 242 i dalje

Work, Mike, Creating Constitutional Procedure: Frye, Laffer, and Plea Bargaining Reform, *Journal of Criminology and Criminology* Vol. 10 (Spring 2014), str. 57 i dalje, dostupno na <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7481&context=jclc> Preuzeto 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=f b39d42f89fe454f66ee47d97ad7a544. Preuzeto 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.*

Dr Miodrag N. Simović*, akademik sudija
Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, Redovni
profesor Pravnog fakulteta, Univerzitet u
Banjoj Luci

Dr Marina M. Simović**,
Docent Fakulteta pravnih nauka,
Univerzitet „Apeiron“ u Banjoj Luci **Dr**
Vladimir M. Simović***,

Docent Fakulteta za bezbjednost i zaštitu,
Nezavisni univerzitet u Banjoj Luci

originalni naučni članak

UDK: 343.13(497.6)

Rad primljen: 30.06.2015.

Rad prihvaćen: 03.12.2015.

POSTUPAK ZA IZDAVANJE KAZNENOG NALOGA U KRIVIČNOM PROCESNOM ZAKONODAVSTVU I PRAKSI U BOSNI I HERCEGOVINI

Apstrakt: *Ideja o uvođenju konsenzualnih formi u krivični postupak, od kojih je jedna od najznačajnijih kazneni nalog, postaje sve privlačnija. Ove forme omogućavaju značajnu korist svim učesnicima krivičnog postupka i u mnogim državama su sve prisutnije. Istovremeno se širi lepeza njihovih pojavnih oblika.*

U teoriji krivičnog procesnog prava nailazimo na brojne razloge kojima se opravdava postupak za izdavanje kaznenog naloga. S druge strane, postoje i brojni prigovori koji ističu njegove nedostatke. Sigurno je, međutim, da on, kao i ostale konsenzualne forme u krivičnom postupku, ima i dobre i loše strane. Od pitanja da li je ovaj postupak dobar ili loš – mnogo je važnije da li je on neophodan u savremenom krivičnom procesnom zakonodavstvu.

Postupak za izdavanje kaznenog naloga je u krivično procesno zakonodavstvo Bosne i Hercegovine preuzet iz evropskih zakonodavstava. On se zasniva na adaptaciji procesne ideje po kojoj samo sporni

* miodrag.simovic@ustavnisud.ba

** marina.m.simovic@apeiron-edu.eu

*** info@f bzbl.net

predmeti zahtijevaju „punu procesnu obradu“. Kaznenim nalogom stranke na specifičan način “disponiraju” predmetom krivičnog postupka.

Postupak za izdavanje kaznenog naloga se na teritoriji Bosne i Hercegovine prvi put pojavio u Zakonu o krivičnom postupku Brčko distrikta BiH koji je Skupština Brčko distrikta BiH usvojila na sjednici održanoj 23. oktobra 2000. godine. Kasnije (2003. godine) ovaj postupak je uveden i u zakone o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine, Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske. Iako se ovaj postupak u Bosni i Hercegovini primjenjuje relativno kratko, prevladava shvatanje da je njegovo uvođenje bilo opravdano i da je do sada dao dobre rezultate.

Postupak za izdavanje kaznenog naloga je očekivano izazvao veliku pažnju naučne i stručne javnosti u Bosni i Hercegovini. Ona je prouzrokovana činjenicom da se radi o novom posebnom krivičnom postupku, kao i njegovom prirodom, efikasnošću i dobrim praktičnim rezultatima. Uzrok tome su i brojne dileme koje su se javile u teoriji i praksi.

U vrijeme uvođenja ovog postupka postojale su određene razlike u njegovom normiranju između zakona koji važe na teritoriji BiH, ali one nisu bile suštinske prirode. Tako je u Republici Srpskoj postojala mogućnost da se u ovom postupku optuženom izrekne sudska opomena. Takođe, u Zakonu o krivičnom postupku Brčko distrikta BiH bilo je predviđeno da o žalbi tužioca protiv rješenja kojim se odbacuje zahtjev za izdavanje kaznenog naloga – odlučuje Apelacioni sud (kao drugostepeni sud), a ne vanpretresno vijeće. Danas sva četiri krivičnoprocesna zakona koja važe u BiH u suštini na identičan način regulišu ovaj postupak.

Ključne riječi: *kazneni nalog, krivični postupak, Bosna i Hercegovina, krivične sankcije, tužilac, sud.*

1. Uvodne napomene

U krivičnoprocesnoj teoriji postoje različiti termini za označavanje postupaka koji odstupaju od redovnog krivičnog postupka (npr. sumarni, ubrzani, skraćeni, pojednostavljeni ili uprošćeni). Za postupak za izdavanje kaznenog naloga se često upotrebljava termin mandatni postupak (Ovaj termin upotrebljavaju npr. Bejatović, 2003: 33 i Knežević, 2013: 571), koji potiče iz država njemačkog govornog područja (Straf befehls).

On se može definisati kao sudska, izuzetno tužilačka odluka koja nije presuda, a kojom se u posebnom krivičnom postupku bez glavnog pretresa izriču samo lakše krivične sankcije i mjere učinocima određenih lakših krivičnih djela (Slično: Bubalović, 2013: 278). S druge strane, naziv kazneni nalog nije potpuno adekvatan i zbog toga što se njime ne izriču samo kazne, već i druge krivične sankcije.

Zakoni o krivičnom postupku koji se primjenjuju u BiH¹ ne definišu postupak za izdavanje kaznenog naloga. Njega ne definišu ni krivičnoprocesni zakoni drugih država. Sistematika krivičnoprocesnih zakona upućuje na njegove osnovne karakteristike. On se svrstava u posebne krivične postupke u kojima izostaje glavni pretres do koga dolazi, u pravilu, na osnovu pisanog prijedloga tužioca, koga je odobrio sud sa kojim se saglasio optuženi i koji se može voditi samo za tačno određena lakša ili srednje teška krivična djela, u kome se optuženom mogu izricati samo određene lakše krivične sankcije ili mjere.

U postupku za izdavanje kaznenog naloga obavezno izostaje glavni pretres. Suština ove procesne forme se upravo nalazi u izostanku ove centralne faze redovnog krivičnog postupka. On ruši postulat tradicionalnog mješovitog tipa krivičnog postupka po kome nema presuđenja bez glavnog pretresa, bez koga je doskora bilo nezamislivo suđenje u kontinentalnom tipu krivičnog postupka (Đurđić, Subotić, 2010: 69). Osnov za ovu procesnu formu se nalazi u dovoljnosti dokazne građe koja čini izlišnim vođenje glavnog pretresa.

Prijedlog za izdavanje kaznenog naloga u pravilu može da stavi samo tužilac. Optuženi i njegov branilac ne mogu inicirati ovaj postupak. I u onim zakonodavstvima u kojima se u ulozi tužioca može javiti i oštećeni, u pravilu njemu nije data mogućnost stavljanja prijedloga za izdavanje kaznenog naloga.

Tužilac inicijativu za vođenje ovog krivičnog postupka stavlja u pisanoj formi, koja je obavezna. Do primjene ovog postupka može doći samo ako se sa prijedlogom tužioca za izdavanje kaznenog naloga saglasi sud. Prijedlog tužioca podliježe ocijeni suda koji nikada nije obavezan da ga prihvati.

1 To su: (1) Zakon o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine, *Sl. glasnik Bosne i Hercegovine*, 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 i 72/13; (2) Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske, *Sl. glasnik Republike Srpske*, 53/12, (3) Zakon o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, *Sl. novine Federacije Bosne i Hercegovine*, 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09, 12/10, 8/13 i 59/14 i (4) Zakon o krivičnom postupku Brčko distrikta Bosne i Hercegovine – Prečišćeni tekst, *Sl. glasnik Brčko distrikta Bosne i Hercegovine*, 33/13 i 27/14.

Prije nego što odobri prijedlog, sud ispituje da li su za njega ispunjeni svi zakonom predviđeni uslovi. Saglasnost suda je najčešće dvojaka i odnosi se kako na ovaj postupak, tako i na predloženu krivičnu sankciju ili mjeru.

Za vođenje postupka za izdavanje kaznenog naloga je neophodna i saglasnost optuženog. Ova saglasnost se ne odnosi samo na primjenu ovog postupka, već i na krivičnu sankciju ili mjeru koju je predložio tužilac.

Postupak za izdavanje kaznenog naloga se isključivo primjenjuje u odnosu na lakša i srednje teška krivična djela. Prema izvornoj ideji, on je trebalo da zahvati one oblike lakših krivičnih djela koja se graniče sa prekršajima. Područje njegove primjene se vremenom širilo. Danas je sveprisutna tendencija njegovog proširenja na srednje teška krivična djela.

U ovom postupku se optuženom mogu izreći samo izričito određene lakše krivične sankcije ili mjere. U svim zakonodavstvima se u njemu može izreći novčana kazna, bilo neograničeno² ili do određenog maksimuma koji je različit od onog koji važi za redovan krivični postupak kao npr. u Bosni i Hercegovini.

Mogućnost izricanja samo lakših krivičnih sankcija u ovom postupku predstavlja svojevrsni ustupak optuženom – dat u zamjenu za saglasnost za njegovu primjenu. Ovo je osnovni ustupak optuženom u ovom postupku, ali su mogući i drugi, npr. nemogućnost da se optuženi kaznenim nalogom obaveže na snošenje troškova krivičnog postupka ili da se njime usvoji imovinskopravni zahtjev oštećenog.

Prijedlog tužioca za izdavanje kaznenog naloga u svim zakonodavstvima, osim onih u kojima ga izdaje tužilac, prozvodi pravne posljedice tek kada ga sud prihvati i izda kazneni nalog. On ne prozvodi pravne posljedice neposredno, već uvijek posredno – preko odluke kojom se na osnovu tog prijedloga izdaje kazneni nalog.

U tradicionalnom obliku ovog postupka protiv izdatog kaznenog se može izjaviti prigovor. Prigovor nije pravni lijek, već pravno sredstvo kojim se traži zakazivanje glavnog pretresa i vođenje redovnog krivičnog postupka.

U slučaju neprihvatanja prijedloga za izdavanje kaznenog naloga, u redovnom krivičnom postupku koji nakon toga slijedi, sud nije vezan za predloženu krivičnu sankciju ili mjeru. On optuženom može izreći i težu sankciju ili mjeru. U redovnom krivičnom postupku se tada ne primjenjuje zabrana *reformatio in peius*.

2 Npr. član 407, stav 2 Strafprozeßordnung (StPo) SR Njemačke.

2. Uslovi za podnošenje zahtjeva za izdavanje kaznenog naloga

Zahtjev za izdavanje kaznenog naloga se može podnijeti: (1) za krivična djela za koja je propisana kazna zatvora do pet godina ili novčana kazna kao glavna kazna; (2) ako je tužilac prikupio dovoljno dokaza koji pružaju osnov za tvrdnju da je osumnjičeni učinio krivično djelo; (3) da su predložene samo izričito određene krivične sankcije ili mjere, i to: novčana kazna do 50.000 KM, uslovna osuda, mjere bezbjednosti zabrana vršenja određenih poziva, djelatnosti ili dužnosti, zabrana upravljanja motornim vozilom i oduzimanje predmeta ili mjera oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom.

Podnošenje zahtjeva za izdavanje kaznenog naloga nije obavezno ni kada su za to ispunjeni svi zakonom predviđeni uslovi. Tužilac i tada procijenjuje da li će ga podnijeti. Postoji i shvatanje da je tužilac u tom slučaju obavezan da podnese zahtjev (Vranješ, 2009: 4). Ono nije ispravno, a nije prihvaćeno ni u tužilačkoj praksi.

Obaveza da tužilac mora da prikupi dovoljno dokaza koji pružaju osnov za tvrdnju da je osumnjičeni učinio krivično djelo – naziva se materijalnim uslovom (Simović, 2006: 245 i Bubalović, 2013: 279). Ona traži da postoji dovoljan kvalitet i kvantitet dokaznog materijala koji ukazuje da njime utvrđeno činjenično stanje ne bi bilo bitno izmijenjeno ni nakon održanog glavnog pretresa (Bubalović, 2013: 279). U tim situacijama nije neophodan glavni pretres da bi se pravilno i potpuno utvrdilo činjenično stanje.

Zakonodavci u BiH nisu odredili šta znači “dovoljno dokaza koji pružaju osnov za tvrdnju da je osumnjičeni učinio krivično djelo”. O tome postoje dva različita shvatanja. Prema jednom shvatanju, ovaj uslov je identičan uslovu koji se traži za podizanje optužnice. Osnov za ovo shvatanje se nalazi u činjenici da tužilac zahtjev za izdavanje kaznenog naloga postavlja u optužnici (Sijerčić-Čolić, Hadžiomerađić, Jurčević, Kaurinović, Simović, 2005: 832 ; Govedarica, 2008: 195). Pojedini zagovornici ovog shvatanja ističu da ovaj standard sudska praksa izjednačava sa standardom koji je potreban za potvrđivanje optužnice (Zadrić, 2007: 487) Prema drugom shvatanju, ovaj standard predstavlja veći stepen uvjerenja (od osnovane sumnje) da je učinjeno krivično djelo (Vranješ, 2009: 3). Potrebno je da postoje takvi dokazi na osnovu kojih utvrđeno činjenično stanje i po pravnim i po činjeničnim pitanjima daje osnov za tvrdnju, tj. “za ocjenu i zaključak da je učinilac učinio krivično djelo, odnosno da postoji takvo činjenično stanje koje faktički prezentuje izvjesnost da je to lice izvršilac predmetnog krivičnog djela – u mjeri

u kojoj je to neophodno za meritornu sudsku odluku” (Vranješ, 2009: 3). Dokazi kojima raspolaže tužilac u ovom postupku moraju biti takvi da i bez glavnog pretresa upućuju na nedvojbenu zaključak da je optuženi izvršio krivično djelo koje mu je stavljeno na teret (Radulović, 2010:419).

Smatramo da je ispravno drugo shvatanje. Na osnovu prihvaćenog zahtjeva za izdavanje kaznenog naloga, donosi se presuda kojom se izdaje kazneni nalog i optuženi oglašava krivim. Za donošenje bilo koje osuđujuće presude, pa i ove, nije dovoljno da postoji samo mogućnost, pa makar ona bila i velika, da je određeno lice izvršilo određeno krivično djelo. Za to ne može biti dovoljno samo da postoji “osnovana sumnja” da je određeno lice izvršilo određeno krivično djelo, već mora postojati veći stepen izvjesnosti. Izvjesnost da je određeno lice učinilo određeno krivično djelo je uslov za donošenje svake osuđujuće presude (Simonović, 2012:811 i 812).

Utvrđiti da postoji “dovoljno dokaza koji pružaju osnov za tvrdnju da je osumnjičeni učinio krivično djelo”, kao uslov za prihvatanje zahtjeva za izdavanje kaznenog naloga, znači i da je optuženi kriv za krivično djelo koje mu je stavljeno na teret. Kriv je učinilac koji je uračunljiv i koji je krivično djelo učinio sa umišljajem ili iz nehata kada to zakon izričito određuje, odnosno kod koga postoji vinost.

Prije nego što odluči da prihvati zahtjev za izdavanje kaznenog naloga, sudija mora da provjeri da li eventualno postoje okolnosti koje isključuju krivicu. Ukoliko sud nađe da postoji neka od tih okolnosti, odbiće zahtjev za izdavanje kaznenog naloga.

Zahtjevom za izdavanje kaznenog naloga se ne može tražiti izricanje novčane kazne koja je veća od 50.000 KM. Takvo rješenje ima svoje opravdanje. Nalazimo ga i u drugim krivičnoprocesnim zakonodavstvima. Međutim, u postupku za izdavanje kaznenog naloga nije napravljena razlika kod maksimuma novčane kazne kada je krivično djelo izvršeno iz koristoljublja, odnosno ako je pravno lice drugome prouzrokovalo imovinsku štetu ili je pribavilo protipravnu imovinsku korist.

Uslovna osuda je i u postupku za izdavanje kaznenog naloga najčešće izricana krivična sankcija.³ Zahtjevom za izdavanje ovog naloga se ne

3 U praksi Tužilaštva BiH nailazimo na zahtjeve za izdavanje kaznenog naloga u kojima su predlagane uslovne osude sa relativno određenom kaznom zatvora (npr. da se kaznenim nalogom izrekne uslovna osuda u kojoj će se u tvrditi kazna zatvora u trajanju od osam do 10 mjeseci zatvora). Isto to se odnosi i na vrijeme provjeravanja, pa je npr. predlagano da ono bude od dvije do tri godine.

može tražiti izricanje kazne dugotrajnog zatvora, koja je apsolutno nespojiva sa ovim postupkom ili kazne zatvora. Ovo rješenje je logično jer je ovaj postupak isključivo predviđen za relativno lakša krivična djela. Ono je u pravilu prihvaćeno i u drugim krivičnoprocesnim zakonodavstvima.⁴ Uz to, zahtjevom za izdavanje kaznenog naloga se može tražiti izricanje samo tri navedene mjere bezbjednosti.

U zahtjevu za izdavanje kaznenog naloga protiv pravnog lica se može tražiti samo izricanje novčane kazne do 50.000 KM, uslovne osude u kojoj je utvrđena novčana kazna do 50.000 KM i mjere bezbjednosti oduzimanje predmeta. Ostale krivične sankcije koje se izriču pravnom licu u redovnom krivičnom postupku, u ovom postupku ne dolaze u obzir.

Zahtjevom za izdavanje kaznenog naloga se ne može tražiti izricanje policijskog upozorenja, vaspitnih preporuka i krivičnih sankcija koje se izriču maloljetnicima. U ovom zahtjevu se ne može tražiti ni da se optuženi oglasi krivim, a da se oslobodi od kazne. Sud može osloboditi od kazne učinioca krivičnog djela samo kad to zakon izričito predviđa. Oslobođenje od kazne je fakultativno i kada postoji zakonski osnov.

Postavlja se pitanje da li se zahtjev za izdavanje kaznenog naloga može postaviti kada se optuženom na teret stavlja više krivičnih djela izvršenih u sticaju? Ono nije izričito riješeno zakonskim odredbama koje regulišu ovaj postupak. Sudovi prihvataju takve zahtjeve i donose presude kojima se izdaje kazneni nalog. Smatramo da je ispravno da se u zahtjevu utvrde kazne za svako pojedino krivično djelo, a da se zatim predloži jedinstvena kazna. U suprotnom bi sud trebao odbaciti zahtjev za izdavanje kaznenog naloga.

Mogućnost da se u zahtjevu za izdavanje kaznenog naloga traži izricanje ublažene kazne proizlazi i iz opštih odredaba krivičnih zakona koji se primjenjuju u BiH.⁵ To se u praksi sudova u BiH najčešće i čini. Ublažena kazna, odnosno blaža krivična sankcija se može predložiti samo u granicama predviđenim krivičnim zakonom i ako postoje zakonski osnovi za ublažavanje. U suprotnom, sudija neće prihvatiti takav zahtjev

⁴ Rijetki su primjeri da se u ovom postupku dozvoljava izricanje kazne zatvora kao npr. u Švajcarskoj gdje se može izreći kazna zatvora u trajanju do šest mjeseci.

⁵ To su: (1) Krivični zakon Bosne i Hercegovine, *Sl. glasnik Bosne i Hercegovine*, 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07,8/10, 47/14, 22/15 i 40/15; (2) Krivični zakon Republike Srpske, *Sl. glasnik Republike Srpske*, 49/03, 37/06, 70/06, 73/10, 1/12 i 67/13; (3) Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, *Sl. Novine Federacije Bosne i Hercegovine*, 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14 i 76/14 i (4) Krivični zakon Brčko distrikta Bosne i Hercegovine – Prečišćeni tekst, *Sl. glasnik Brčko distrikta Bosne i Hercegovine*, 33/13.

jer se prema podacima iz optužnice tada može očekivati izricanje neke druge krivične sankcije ili mjere, a ne one koju je zatražio tužilac.

3. Forma zahtjeva i odustanak od zahtjeva za izdavanje kaznenog naloga

U krivičnom procesnom zakonodavstvu BiH se zahtjev za izdavanje kaznenog naloga postavlja u optužnici. Odatle slijedi: prvo, zahtjev za izdavanje kaznenog naloga nije samostalan podnesak, on se obavezno postavlja u optužnici i vezan je za nju i drugo, on se obavezno sastavlja u pisanoj formi. Pisana forma zahtjeva i obavezno postavljanje u optužnici su konstitutivni elementi ovog zahtjeva. Ukoliko oni nisu ostvareni, sudija takav zahtjev neće ni uzeti u razmatranje.

Iako je zahtjev za izdavanje kaznenog naloga sastavni dio optužnice, on je istovremeno i poseban i samostalan podnesak. Zbog toga on ne mora da dijeli sudbinu optužnice. Sudija može optužnicu potvrditi, a da ne prihvati zahtjev za izdavanje kaznenog naloga. Isto tako, on može zahtijevati da se ispravi samo optužnica ili samo zahtjev za izdavanje kaznenog naloga zbog toga što samo jedno od njih može biti nerazumljivo i ne sadržavati sve što je potrebno da bi se o njima moglo odlučiti.

Načelno, tužilac može odustati od zahtjeva za izdavanje kaznenog naloga prije sudijske odluke o njemu ili poslije njegovog prihvatanja. Nije sporno da bi u prvoj situaciji trebalo dopustiti mogućnost tužiocu da odustane od zahtjeva. Takvo rješenje bi polazilo od toga da zahtjev ne proizvodi nikakvo dejstvo dok ne bude prihvaćen od strane sudije. U tom slučaju zahtjev više ne postoji. Nakon prihvatanja zahtjeva od strane sudije, situacija je drugačija. Prihvatljivo je stanovište po kome tužilac može odustati od zahtjeva koji je sudija prihvatio, ali samo dok se o njemu nije izjasnio optuženi.

4. Funkcionalna nadležnost suda za vođenje postupka za izdavanje kaznenog naloga

Postupak za izdavanje kaznenog naloga je u nadležnosti jednog „sudije“. On obavlja radnje koje su u redovnom krivičnom postupku u nadležnost sudije za prethodno saslušanje.

Prema jednom shvatanju, postupak za izdavanje kaznenog naloga je u nadležnosti sudije za prethodno saslušanje. Ono polazi od toga da sudija koji vodi taj postupak potvrđuje i optužnicu, a da je potvrđivanje

optužnice radnja koja je karakteristična za sudiju za prethodno saslušanje (Vranješ, 2009: 4). Ovo shvatanje nalazimo u praksi Suda BiH, a u posljednje vrijeme i u praksi većine drugih sudova.

Prema drugom shvatanju, za koje smatramo da je ispravno, ovaj postupak je u nadležnosti "sudećeg" sudije. Ono polazi od toga da odredbe koje regulišu ovaj postupak govore o "sudiji", a ne o "sudiji za prethodno saslušanje" (ovo shvatanje zastupa npr. Zadrić, 2007: 488). Ovo shvatanje nalazimo u ranijoj praksi većine sudova.

U praksi nailazimo i na neka mješovita rješenja, po kojima isti sudija u postupku za izdavanje kaznenog naloga postupa i kao sudija za prethodno saslušanje i kao "sudeći" sudija. Ovakva praksa je u suprotnosti sa odredbom o izuzeću po kojoj sudija ne može vršiti sudijsku dužnosti ako je u istom predmetu učestvovao kao sudija za prethodno saslušanje.

5. Neprihvatanje zahtjeva za izdavanje kaznenog naloga

Neprihvatanje zahtjeva za izdavanje kaznenog naloga predstavlja negativan stav suda u odnosu na takav zahtjev. On se mora razlikovati od "negativnog stava" prema podnesenoj optužnici, jer ne povlači za sobom odbacivanje optužnice. U tom slučaju se "nedostaci" nalaze u zahtjevu za izdavanje kaznenog naloga, a ne u optužnici (Sijerčić-Čolić: 166). Optužnica i zahtjev za izdavanje kaznenog naloga su dva različita akta, iako su formalnopravno sadržani u jednom aktu – optužnici. Zbog toga je moguće potvrditi optužnicu, a zahtjev za izdavanje kaznenog naloga istovremeno odbaciti.

Kad sud odluči da ne prihvati zahtjev za izdavanje kaznenog naloga, sa optužnicom se postupa kao da je podnesena na potvrđivanje. To važi za sve slučajeve u kojima sudija ne prihvati zahtjev za izdavanje kaznenog naloga. U tim slučajevima su ispunjeni zakonski uslovi za potvrđivanje optužnice, ali nisu ispunjeni uslovi za prihvatanje zahtjeva za izdavanje kaznenog naloga. Sudija će tada potvrditi optužnicu, pošto su za to ispunjeni uslovi, a neće prihvatiti zahtjev za izdavanje kaznenog naloga i predmet će uputiti u redovan krivični postupak. Sudija prvo odlučuje da li će potvrditi optužnicu, a tek ako je potvrdi – odlučuje da li će prihvatiti zahtjev za izdavanje kaznenog naloga (Zadrić, 2007: 489).

Sudija će odbaciti zahtjev za izdavanje kaznenog naloga ako ustanovi da postoji osnov za spajanje postupka. Utvrđujući da li postoji osnov za spajanje postupka, kao razlog za odbacivanje zahtjeva za izdavanje kaznenog naloga, sud ispituje formalnu ispravnost zahtjeva (Simović, 2006: 246).

Postavlja se pitanje da li će sudija koji je odbacio zahtjev za izdavanje kaznenog naloga, zbog toga što postoji osnov za spajanje postupka, istovremeno odlučiti da se postupci spoje? To bi bilo logično. On je ovlašten da takvo rješenje donese i po službenoj dužnosti, a ne samo po prijedlogu stranaka i branioca.

Drugi razlog za odbacivanje zahtjeva je kada je zahtjev postavljen za krivično djelo za koje se ne može tražiti izdavanje ovog naloga. Ispitujući postojanje ovog uslova, sud ispituje formalnu ispravnost zahtjeva.

Treći razlog za odbacivanje zahtjeva za izdavanje kaznenog naloga je slučaj kada je tužilac zatražio izricanje krivične sankcije ili mjere koja se ne može izreći u ovom postupku. I ovdje sud ispituje formalnu ispravnost zahtjeva.

Zahtjev za izdavanje kaznenog naloga se odbacuje rješenjem koje mora biti izrađeno u pisanoj formi i obrazloženo. Tužilac treba da zna zbog čega je njegov zahtjev odbačen. Protiv rješenja o odbacivanju ovog zahtjeva žalbu može podnijeti tužilac, a o žalbi odlučuje vanpretresno vijeće.

Uslov da ako smatra da podaci iz optužnice ne pružaju dovoljno osnova za izdavanje kaznenog naloga, postupa sa optužnicom kao da je podnesena na potvrđivanje – nalaže sudiji da ispita materijalnu opravdanost ovog zahtjeva i procijeni cjelishodnost vođenja uprošćenog postupka. Iako upotrijebljena formulacija nije najadekvatnija, može se prihvatiti shvatanje da formulacija da „podaci u optužnici ne pružaju dovoljno osnova za izdavanje kaznenog naloga”, predstavlja razlog za odbijanje zahtjeva.

6. Prihvatanje zahtjeva za izdavanje kaznenog naloga

Ako se „saglasiti” sa zahtjevom za izdavanje kaznenog naloga, sudija će potvrditi optužnicu i zakazati saslušanje optuženog. On će se saglasiti sa ovim zahtjevom ako utvrdi da su ispunjeni svi zakonom predviđeni uslovi, i to: (1) da je optužnicom u kojoj je postavljen zahtjev za izdavanje kaznenog naloga optuženom na teret stavljeno jedno ili više krivičnih djela za koje je propisana kazna zatvora do pet godina ili novčana kazna kao glavna kazna; (2) da je tužilac u zahtjevu zatražio izricanje one krivične sankcije ili mjere koja se može izreći u postupku za izdavanje ovog naloga; (3) ako ne postoji osnov za spajanje postupka; (4) da je tužilac prikupio dovoljno dokaza koji pružaju osnov za tvrdnju da je optuženi učinio krivično djelo, odnosno da podaci iz optužnice

pružaju dovoljno osnova za izdavanje kaznenog naloga i (5) ako se prema podacima iz optužnice ne može očekivati izricanje neke druge krivične sankcije ili mjere.

U praksi je uobičajno da se u slučaju prihvatanja zahtjeva za izdavanje kaznenog naloga ne donosi rješenje, pa čak ni da se to konstatuje u spisu predmeta. Smatra se da samo zakazivanje ročišta za saslušanje optuženog, povodom zahtjeva za izdavanje kaznenog naloga, predstavlja znak da je zahtjev prihvaćen. Ukoliko se donosi rješenje, ono se ne dostavlja strankama i braniocu.

Kada se složi sa zahtjevom za izdavanje kaznenog naloga i potvrdi optužnicu, sudija zakazuje saslušanje optuženog, i to bez odlaganja, a najkasnije u roku od osam dana od dana potvrđivanja optužnice. Samo saslušanje se može obaviti i po proteku tog roka. Prilikom saslušanja optuženog sudija utvrđuje da li je ispoštovano njegovo pravo da ga zastupa branilac, da li je optuženi razumio optužnicu i zahtjev tužioca za izricanje krivične sankcije ili mjere. Pored toga, sudija poziva tužioca da upozna optuženog sa sadržajem dokaza koje je prikupio, te optuženog na davanje izjave o predloženim dokazima, kao i na izjašnjenje o krivici i predloženoj krivičnoj sankciji ili mjeri.

Na ovom ročištu je "potrebno" prisustvo tužioca i branioca. U slučaju nedolaska tužioca i branioca, primjenjuju se odredbe koje se odnose na njihov nedolazak na glavni pretres u redovnom postupku. Umjesto tužioca, saslušanju optuženog može prisustvovati stručni saradnik tužilaštva koga ovlasti glavni tužilac. Bez obzira što se to zakonom izričito ne predviđa, na ročište treba pozvati i oštećenog. Pošto presuda kojom se izdaje kazneni nalog sadrži i odluku o imovinskopravnom zahtjevu, oštećeni treba da ima priliku da se izjasni o postavljanju tog zahtjeva.

Praksa je prihvatila da je ovo ročište javno. Odredbe o opštoj javnosti glavnog pretresa i isključenju javnosti sa njega shodno se primjenjuju i na ovo ročište.

Iako nije izričito predviđeno zakonom, da bi bilo prihvaćeno, priznanje krivice optuženog na ročištu u postupku za izdavanje kaznenog naloga – mora biti potpuno i nedvosmisleno. Priznanju krivice mora prethoditi upoznavanje optuženog sa njegovim posljedicama. O predloženoj krivičnoj sankciji ili mjeri optuženi se izjašnjava samo ukoliko se prethodno izjasnio da je kriv (Bajić, 2006: 63). Ako optuženi izjavi da je kriv i da prihvata krivičnu sankciju ili mjeru predloženu zahtjevom za izdavanje kaznenog naloga, sudija će prvo utvrditi krivicu, a nakon toga presudom izdati kazneni nalog u skladu sa optužnicom.

Moguće je da optuženi koji se izjasnio da je kriv ne prihvati predloženu krivičnu sankciju ili mjeru, ali i da na ročištu predloži da mu se izrekne druga krivična sankcija ili mjera. Da li u ovoj situaciji tužilac može da izmijeni zahtjev za izdavanje kaznenog naloga i da predloži izricanje one krivične sankcije ili mjere sa kojom se slaže optuženi? Sudska praksa prihvata ovu mogućnost.

7. Prosljeđivanje optužnice

Do prosljeđivanja optužnice radi zakazivanja glavnog pretresa u postupku za izdavanje kaznenog naloga dolazi ako optuženi: (1) izjavi da nije kriv i (2) podnese prigovor na optužnicu. Glavni pretres tada voditi drugi, "novi" sudija, jer je raniji sudija za prethodno saslušanje potvrdio optužnicu. Ovo rješenje je identično onom kada se optuženi kod sudije za prethodno saslušanje izjasni da nije kriv.

Kada se optuženi na ročištu za saslušanje, povodom zahtjeva tužioca za izdavanje kaznenog naloga, izjasni da nije kriv, više ne postoji potreba potreba za izjašnjenjem o krivici, jer se optuženi o tome izjasnio (Simović, 2006: 248). Ponovno izjašnjenje o krivici bi predstavljalo nepotrebno dupliranje iste radnje (Bajić, 2006: 63). U daljem postupku se ne primjenjuju ni odredbe koje regulišu postupanje suda prilikom odlučivanja o optužnici i prethodnim prigovorima, jer je optuženom već dostavljena optužnica na koju je imao pravo uložiti prethodne prigovore u roku od 15 dana (Sijerčić-Čolić, 2005: 834).

8. Presuda kojom se izdaje kazneni nalog

U krivičnom procesnom zakonodavstvu BiH se kazneni nalog izriče presudom. Postoji shvatanje da presuda kojom se izdaje kazneni nalog predstavlja "podvrstu" osuđujuće presude, odnosno presude kojom se optuženi oglašava krivim, zajedno sa presudama koje se donose na osnovu sporazuma o priznanju krivice i izjave optuženog o priznanju krivice (Miletić, 2007: 59). Presuda kojom se izdaje kazneni nalog, ali i presude kojima se optuženi oglašava krivim na osnovu sporazuma o priznanju krivice i izjave optuženog o priznanju krivice se nazivaju i "presude bez suđenja" (Kaurinović, 2003). Ova presuda se dostavlja osuđenom, njegovom braniocu, tužiocu i oštećenom.

Izreka presude kojom se izdaje kazneni nalog mora da sadrži podatke koje sadrži svaka presuda kojom se optuženi oglašava krivim. U obrazloženju

presude ukratko se navode razlozi koji opravdavaju izricanje presude kojom se izdaje ovaj nalog.

Presuda kojom se izdaje kazneni nalog treba da sadrži i odluku o troškovima krivičnog postupka. Takav stav je bez izuzetka prihvaćen u sudskoj praksi. Takvo rješenje poznaje većina krivičnoprocesnih zakonodavstava.

Pošto nije propisano da zahtjev tužioca za izdavanje kaznenog naloga može da sadrži i prijedlog da se usvoji imovinskopravni zahtjev oštećenog, tužilac takav prijedlog ne može postaviti. Međutim, moguće je da oštećeni (mimo zahtjeva tužioca za izdavanje kaznenog naloga) postavi takav prijedlog. U sudskoj praksi postoji više slučajeva u kojima je ovaj zahtjev usvojen presudom kojom se izdaje kazneni nalog. I u teoriji nailazimo na shvatanje da sud presudom kojom izdaje kazneni nalog može usvojiti imovinskopravni zahtjev oštećenog (ovo shvatanje zastupaju npr. Mujkanović, 2005: 282 i Brkić, 2011: 415).

9. Pravni lijekovi protiv presude kojom se izdaje kazneni nalog

Protiv presude kojom se izdaje kazneni nalog je dozvoljena žalba u roku od osam dana od dana dostavljanja presude. To predstavlja odstupanje od opšteg pravila po kome je rok za izjavljivanje žalbe u krivičnom postupku protiv prvostepene presude 15 dana od dana njenog dostavljanja. Žalbu protiv presude mogu izjaviti stranke, branilac i oštećeni.

Jedna od specifičnosti žalbe protiv presude kojom se izdaje kazneni nalog jeste da se plaćanje novčane kazne prije isteka roka za ulaganje žalbe – ne smatra odricanjem od prava na žalbu. Postoji i shvatanje po kome treba predvidjeti da se plaćanje novčane kazne smatra odricanjem od prava na žalbu protiv ovakve presude, jer se njome mogu izricati samo blaže krivične sankcije, a takvo rješenje bi odgovaralo ovoj pojednostavljenoj formi odlučivanja u krivičnom postupku (Ikanović, 2012: 274).

Odredbe o podnošenju žalbe i odbacivanju neblagovremene i nedozvoljene žalbe od strane prvostepenog suda u redovnom postupku se u cijelosti odnose i na žalbu protiv presude kojom se izdaje kazneni nalog. Isto važi i za odgovor na žalbu i na žalbu izjavljenu protiv presude kojom se izdaje kazneni nalog, s tim da se drugostepenom sudu ne dostavlja zapisnik sa glavnog pretresa, koga nije ni bilo, već zapisnik sa ročišta na kome je izdat kazneni nalog. I odredbe o postupanju sudije izvjestioca po žalbi

se odnose u cijelosti i na žalbu izjavljenu protiv presude kojom se izdaje kazneni nalog.

Drugostepena presuda nikada ne može biti presuda kojom se izdaje kazneni nalog – zato nije moguća žalba protiv drugostepene presude kojom se izdaje kazneni nalog.

Pravnosnažna presuda kojom se izdaje kazneni nalog ne razlikuje se od drugih osuđujućih presuda i može biti osnov za nepravu ponavljanje postupka u slučaju ispunjavanja zakonskih uslova. Kako se ovom presudom ne može izreći kazna zatvora, u praksi će rijetko dolaziti do nepravog ponavljanja krivičnog postupka pravnosnažno završenog presudom kojom se izdaje kazneni nalog.

Nisu nam poznati slučajevi iz sudske prakse u kojima je odlučivano o zahtjevu za ponavljanje postupka pravosnažno okončanog presudom kojom se izdaje kazneni nalog. U krivičnoprocesnim zakonima u BiH nema nijedne odredbe iz koje bi se mogao izvući zaključak da ponavljanje postupka u tom slučaju nije dozvoljeno. Treba prihvatiti stanovište da je u toj situaciji u načelu ovaj vanredni pravni lijek dozvoljen. Ako se prihvati stanovište da je u principu dozvoljeno ponavljanje krivičnog postupka završenog presudom kojom se izdaje kazneni nalog, postavlja se dalje pitanje da li je ono dozvoljeno po svim ili samo po nekim zakonskim osnovima? Analizom zakonskih osnova koji do njega dovode, može se zaključiti da u načelu svi oni mogu dovesti do ponavljanja krivičnog postupka završenog ovom presudom i da se nijedan od njih unaprijed ne može isključiti.

Pitanje da li se zahtjev za zaštitu zakonitosti (postoji u BiH samo u Republici Srpskoj) može podnijeti i protiv presude kojom je izdan kazneni nalog, nije razmatrano u bh. teoriji, a nisu nam poznati ni primjeri iz sudske prakse u kojima je on protiv nje podnesen. Načelno, treba dozvoliti i ovu mogućnost. Odredbe koje regulišu ovaj vanredni pravni lijek su u cijelosti primjenljive i u slučaju njegovog podnošenja protiv presude kojom se izdaje kazneni nalog.

10. Osnovne karakteristike primjene postupka za izdavanje kaznenog naloga u Bosni i Hercegovini

Postupak za izdavanje kaznenog naloga se često primjenjuje u BiH, što može da predstavlja i iznenađenje zbog toga što je kazneni nalog relativno nov krivičnoprocesni institut. Novi krivičnoprocesni instituti se obično veoma oprezno i ograničeno primjenjuju. Moglo se očekivati da se

kazneni nalog, bar u početnom periodu primjene u BiH, koristi u nešto manjem obimu.

Prema dostupnim podacima, približno u polovini podignutih optužnica se podnosi zahtjev za izdavanje kaznenog naloga.⁶ Prema nekim podacima, izdavanjem kaznenog naloga se čak završava više od polovine krivičnih postupaka.⁷ Oni ukazuju na masovnu primjenu ovog posebnog krivičnog postupka. Uočeno je i da pojedini tužiocu različito postupaju – dok jedni relativno rijetko podnose zahtjev za izdavanje kaznenog naloga i kada su za to ispunjeni svi zakonom predviđeni uslovi, drugi to čine automatski, u svim predmetima u kojima on dolazi u obzir.⁸

Podaci o podnesenim zahtjevima za izdavanje kaznenog naloga u Okružnom tužilaštvu u Banjoj Luci pokazuju da je od ukupnog broja podignutih optužnica u 2005. godini (2.765), u 1.562 (56,5 odsto) stavljen zahtjev za izdavanje kaznenog naloga. Taj procenat je u 2006. godini iznosio 60,8 odsto, odnosno u 2007. godini 63,8 odsto.

Podaci o podnošenju zahtjeva za izdavanje kaznenog naloga za sva tužilaštva u Republici Srpskoj pokazuju da je od ukupnog broja podignutih optužnica u 2006. godini (6.633), u 3.340 (50,35 odsto) postavljen zahtjev za izdavanje kaznenog naloga. Taj procenat je u 2007. godini iznosio 55,22 odsto, 2008. godine 54,85 odsto, 2009. godine 53,32 odsto, 2010. godine 43,91 odsto, 2011. godine 46,81 odsto i 2012. godini 45,42 odsto. Evidentno je da od 2010. godine postoji trend pada broja podnesenih zahtjeva za izdavanje kaznenog naloga (u odnosu na broj podignutih optužnica). Sličnu tendenciju uočavamo i kod zaključenih sporazuma o priznanju krivice.⁹

Postupak za izdavanje kaznenog naloga je veoma efikasan. Veliki broj predmeta u kojima je podnesen zahtjev za izdavanje ovog naloga, završen je u roku od mjesec dana od dana potvrđivanja optužnice.¹⁰

6 Vidi: OSCE, 26, gdje se navodi da je od 310 posmatranih predmeta, u kojima je zbog propisane kazne bilo moguće podnijeti zahtjev za izdavanje kaznenog naloga, on podnesen u 168 predmeta ili 54 odsto.

7 Kaurinović. 2004: 8, navodi da je u Brčko distriktu BiH do 1. juna 2004. godine 56 odsto predmeta okončano izdavanjem kaznenog naloga.

8 OSCE, 25 i 26.

9 Izvještaji Republičkog tužilaštva Republike Srpske o radu tužilaštava Republike Srpske od 2006. do 2010. godine.

10 Vidi: OSCE, 26, gdje se navodi da je 83 odsto ovakvih predmeta završeno u roku od najkasnije dva mjeseca.

Sudija nije obavezan da prihvati zahtjev tužioca za izdavanje kaznenog naloga, pa je značajno utvrditi koliko često se u praksi to dešava. Ne postoje o tome zvanični podaci, ali nema dileme da se to dešava izuzetno rijetko i da je postotak neprihvaćenih zahtjeva za izdavanje kaznenog naloga zanemarljivo mali.

Za primjenu ovog postupka je značajno i u kom obimu optuženi prihvataju zahtjev za izdavanje kaznenog naloga. Iako ne postoje pouzdani podaci, optuženi najčešće odlučuju da prihvate zahtjev za izdavanje kaznenog naloga (prema nekim podacima, u oko 80 odsto slučajeva) (Kaurinović, 2004: 8).

Značajno je razmotriti i u kom obimu u postupku za izdavanje kaznenog naloga učestvuje branilac optuženog, odnosno sam optuženi (bez branioca). Iako nedostaju egzaktni podaci, učešće branioca u ovom postupku je pravi izuzetak.

Analiza krivičnih sankcija i mjera u postupku za izdavanje kaznenog naloga pokazuje da je najčešće izricana krivična sankcija uslovna osuda. Čak se smatra da kaznenim nalogom tužioci "favorizuju uslovnu osudu u odnosu na novčanu kaznu" (Simović et al., 764). Kada se radi o novčanim kaznama, prisutna je tendencija da se one izriču u relativno malim iznosima, koji predstavljaju poseban minimum ove kazne ili tek nešto iznad njega.¹¹

Analiza izrečenih krivičnih sankcija u postupku za izdavanje kaznenog naloga treba da posluži za davanje odgovora na pitanje da li ovaj postupak sam po sebi dovodi do izricanja blažih krivičnih sankcija nego što je to slučaj u redovnom krivičnom postupku. Ili, da li su blage krivične sankcije u ovom postupku rezultat neodgovarajuće kaznene politike? Smatramo da postupak za izdavanje kaznenog naloga, kao i druge konsenzualne forme, u određenoj mjeri, zbog svoje prirode, sam po sebi, dovodi do blaže kaznene politike.

11. Zaključak

Savremeno društvo se suočava sa pojavom novih i veoma složenih oblika kriminaliteta. Krivični postupci postaju sve složeniji i skuplji. To zahtijeva i povećanje broja sudija, tužilaca, ali i ostalog osoblja. Kao rješenje problema se nameće i uvođenje konsenzualnih krivičnoprocesnih

11 OSCE, 2004, 27, navodi da je prosječna novčana kazna izrečena kaznenim nalogom u predmetima koje su posmatrali njihovi posmatrači iznosila 900 KM, te da je izricana u iznosima od 200 do 2.000 KM.

formi. Ta ideja je u krivičnoprocesnom zakonodavstvu BiH realizovana, između ostalog, i uvođenjem postupka za izdavanje kaznenog naloga.

U početnom periodu primjene ovog posebnog krivičnog postupka u BiH su se pokazale mnoge njegove dobre, ali i loše strane. Preovladavaju prednosti. On pruža svim učesnicima krivičnog postupka značajne koristi i načelno nije u suprotnosti sa pravom na pravično suđenje. Ovaj postupak nije u suprotnosti ni sa pretpostavkom nevinosti, pod uslovom da u njemu budu ostvareni svi standardi prihvaćeni međunarodnim dokumentima i nacionalnim propisima.

Literatura

Bajić, M. (2006). *Skraćeni krivični postupci – Modul IV*. Sarajevo: Visoki sudski i tužilački savjet

Bejatović, S. (2003). *Pojednostavljeni krivični postupci i tendencije državnog reagovanja na kriminal*. U zborniku "Slobode i prava čovjeka i građanina u konceptu novog zakonodavstva Republike Srbije" – Knjiga I, Pravni fakultet u Kragujevcu

Bejatović, S. (2009). *Krivičnoprocesno zakonodavstvo Srbije i pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima*. Beograd: Pravna riječ (19)

Brkić, S. (2004). *Racionalizacija krivičnog postupka i uprošćene procesne forme*. Novi Sad: Pravni fakultet

Brkić, S. (2011). *Povodom decenije postojanja mandatnog krivičnog postupka u Srbiji*. Novi Sad: Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu (2)

Bubalović, T. (2013). *Skraćeni kazneni postupci u hrvatskom kaznenom zakonodavstvu*. U zborniku „Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima“. Beograd: Misija OEBS

Vranješ, N. (2009). *Postupak za izdavanje kaznenog naloga, predavanje*, Banja Luka: Centar za edukaciju sudija i tužilaca Republike Srpske

Govedarica, M. (2008). *Donošenje presude bez suđenja u krivičnom postupku Republike Srpske*. Banja Luka: Pravna riječ, 15

Đurđić, V. (2007). *Racionalizacija krivičnog postupka Srbije*. Banja Luka: Pravna riječ, (12)

Đurđić, V. Subotić, D. (2010). *Procesni položaj javnog tužioca i efikasnost krivičnog postupka*. Beograd: Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca

Zadrić, M. (2007). *Kazneni nalog – mogući pravci izmjena ZKP-a*. Banja Luka: Pravna riječ, (12)

Ivičević, E. Novosel D. (2004). *Vrste i mjere kazne primjenjivane u instrumentu kaznenog naloga i njihov odnos prema izrečenim kaznama*. Zagreb: Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, (2)

Ikanović, V. (2012). *Odgovornost pravnih lica za krivična djela*. Banja Luka: Međunarodno udruženje naučnih radnika – AIS

Janković, R. (2012). *Sporazum o priznanju krivice – pro et contra*. Banja Luka: Srpska pravna misao, (45)

Kalajdžijev, G. Lažetić-Bužarovska, G. (2013). *Ubrzanje postupka kao jedan od ciljeva reforme krivičnog postupka u Republici Makedoniji*. U zborniku „Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima“, Beograd: Misija OEBS

Kaurinović, D. (2004). *Praktična iskustva u primjeni novih krivično-procesnih ustanova – priznanje krivice, sporazum o priznanju i kazneni nalog*. U zborniku „Aktuelna pitanja primjene krivičnog zakonodavstva u Bosni i Hercegovini“, Neum: Udruženje sudija Federacije BiH

Kaurinović, D. (2013). *Potvrđivanje optužnice i izjašnjenje o krivici kao oblici pojednostavljenog krivičnog postupka u Bosni i Hercegovini*. U zborniku „Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima“. Beograd: Misija OEBS

Knežević, S. (2013). *Međunarodnopravni standardi prava na usmenu raspravu pred sudom*. Banja Luka: Pravna riječ, (37)

Miletić, A. (2007). *Osnovna načela glavnog pretresa i metodologija izrade prvostepene presude u krivičnom postupku – Modul IV*. Sarajevo: Visoki sudski i tužilački savjet

Mujkanović, Z. (2005). *Oštećeni kao subjekt krivičnog postupka*. Sarajevo: Pravo i pravda, (1)

Nikolić, D. (2009). *Stranački sporazum o krivici*. Beograd: Službeni glasnik

OSCE. (2004). *Izveštaj o primjeni zakona o krivičnom postupku u sudovima u BiH*. Sarajevo

Radulović, D. (2010). *U susret početku primjene novog Zakonika o krivičnom postupku Crne Gore*. Banja Luka: Pravna riječ, (23)

Sijerčić-Čolić, H. (2008). *Prvih pet godina Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine*. U zborniku „Decennium Moztanicense“, Rijeka: Pravni fakultet u Rijeci

Sijerčić-Čolić, H. (2013). *Postupak za izdavanje kaznenog naloga: procesno zakonodavstvo u Bosni i Hercegovini i regionalni uporednopravni osvrt*. U zborniku „Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima“, Beograd: Misija OEBS

Sijerčić-Čolić, H. Hadžiomerađić, M., Jurčević, M., Kaurinović, D., Simović, M. (2005). *Komentari zakona o krivičnom/kaznenom postupku u Bosni i Hercegovini*. Sarajevo: Savjet Evrope/ Evropska komisija

Simović, M. (2006). *Krivično procesno pravo – posebni dio*. Banja Luka: Comesgrafika

Simonović, B. (2012). *Istina, izvjesnost i Zakonik o krivičnom postupku Srbije iz 2011. godine*. Beograd: Pravni život, (9)

Škulić, M. (2013). *Odnos istine i pojednostavljenih formi krivičnog postupka*. U zborniku „Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima“, Beograd: Misija OEBS

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 23rd 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.*

Dr Vojislav Đurđić,
Redovni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

originalni naučni članak

UDK: 343.211.3/4(497.11)

Rad primljen: 30.06.2015.

Rad prihvaćen: 03.12.2015.

ZAKONSKE GARANCIJE PRAVA NA PRAVIČNO SUĐENJE U KRIVIČNOM POSTUPKU SRBIJE

Apstrakt: Pravo na pravično suđenje je međunarodni pravni standard koji sadrži kompleksna procesna pravila kojima se nadomešta inferioran položaj okrivljenog u odnosu na državne organe krivične represije. S ciljem da se u tom kontekstu sagleda procesni položaj okrivljenog i oštećenog, u radu se izlaže o evropskim pravnim standardima koji tvore pravo na pravično suđenje i njihovoj implementaciji u srpsko krivičnoprocesno zakonodavstvo. Autor najpre daje doktrinarno shvatanje pravnih standarda uopšte i prikaz evropskih pravnih standarda koje involvira pravo na pravično suđenje, da bi u tako postavljenim granicama kritički analizirao zakonska rešenja procesnog kodeksa iz 2011. godine. Autor smatra da se, zbog ukidanja supsidijarne tužbe u istrazi, otvara pitanje ostvarivanja prava na pristup sudu, posmatrano sa stanovišta zaštite prava oštećenog. Zatim, da je uskraćivanjem prava okrivljenom da zatraži sudsku zaštitu prilikom pokretanja istrage, isključeno pravo na delotvorno pravno sredstvo i ustavna garancija da o osnovanosti pokretanja krivičnog postupka odlučuje sud. U neskladu sa evropskim pravnim standardima je i nova zakonska regulativa prava okrivljenog da učestvuje u postupku koji se vodi protiv njega jer je novim zakonikom predviđeno da se istraga, u zakonu eksplicitno definisana kao prva faza krivičnog postupka u užem smislu, može voditi i protiv nepoznatog učinioca. Autor takođe smatra da nametanje obaveze odbrani da mora podneti dokaze u određenom roku, kako bi uopšte bili izvedeni na glavnom pretresu, predstavlja iznuđivanje dokaznih radnji okrivljenog, što je u disharmoniji sa pretpostavkom nevinosti, a zabrana da na glavnom pretresu izvede nenajavljene dokaze predstavlja grubo

* vojadj@prafak.ni.ac.rs

kršenje prava na odbranu. U radu se još ukazuje da ograničenja načela neposrednosti i načela kontradiktornosti omogućavaju da se sudska odluka zasniva na dokazima koje javni tužilac ili policija izvedu u istrazi, čak i bez prisustva okrivljenog i njegovog branioca, i tako potire „jednakost oružja“, bez koje nema pravičnog postupka.

Ključne reči: *pravičan postupak, pravni standardi, pravo na pristup sudu, „jednakost oružja“, pretpostavka nevinosti, pravo na odbranu.*

1. Konstitutivni elementi prava na pravično suđenje

Bilo koja rasprava o pravu na pravično suđenje pretpostavlja definisanje dva polazišta – šta se ima smatrati međunarodnim (evropskim) pravnim standardom i koja jemstva potpadaju pod pravo na pravično suđenje, te će o njima najpre biti reči.

Pravo se sastoji od pravnih normi u kojima su najčešće sadržana pravila o tipičnom, uobičajenom ili najčešćem ponašanju. Iako u sebi nose određenu meru standardnosti, pravne norme nisu ekvivalentne sa međunarodnim pravnim standardima niti su po značenju sinonimi. Pravna norma ima preciznu pretpostavku dispozicije i samu dispoziciju, pa se ili primenjuje u celosti ili ne primenjuje. Nasuprot pravnoj normi, međunarodni pravni standard nema a priori egzaktno određenu sadržinu, nije po sadržini precizno definisano pravilo ponašanja, a ne mora se ostvarivati u potpunosti već u izvesnoj meri, u određenom st- penu, najčešće do nivoa ispod kojeg se ne sme ići da bi standard uopšte postojao, po čemu je sličan sa (procesnim) pravnim načelima. I pored toga, ne bi se moglo reći da je međunarodni pravni standard isto što i pravno načelo, shvaćeno kao opšte pravno pravilo koje nastaje sintezom pravnih propisa unutrašnjeg ili međunarodnog prava iz kojih izvire i služi zaštiti neke postulirane društvene vrednosti (Đurđić, 2012: 449). Iako su takođe intuitivno-interpretativne vodilje, međunarodni pravni standardi ne moraju biti vezani za postojeće pravne norme nacio- nalnog ili međunarodnog prava, nego češće za opšta načela koja priznaju prosvećeni narodi (Dimitrijević et al. 1997: 68). Osim toga, vrlo često je u jedan međunarodni pravni standard inkorporisan veći broj načela i uz njih još neka jemstva.

U procesnopravnoj i uopšte u pravnoj literaturi mali je broj radova o teorijskom poimanju međunarodnih pravnih standarda (Radulović, 2010: 223 i 224). Za potrebe ovoga rada pod međunarodnim (evropskim) pravnim standardom smatraćemo ono „što pripada pravu *ex aequo et bono*; što se

u svom elementarnom obliku ustalilo, bilo kao ideja, bilo kao pravna činjenica; što jeste ili bi moglo predstavljati univerzalni minimum nekog pravnog pravila, nezavisno od toga da li je sastavni deo pozitivnog unutrašnjeg ili međunarodnog prava“ (Beljanski, 2010: 10).

Na ovakvom poimanju međunarodnih pravnih standarda moguća je eksplikacija prava na pravično suđenje, ustanovljenog članom 6 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: „Evropska konvencija“). Nedovoljna doktrinarna posvećenost pojmu međunarodnih pravnih standarda odražava se i na gledište o standardima koje involvira pravo na pravično suđenje i njihovu klasifikaciju. Po našem mišljenju, konstitutivni elementi prava na pravično suđenje odnose se na sudsku zaštitu, fundamentalna načela (sudskog) postupka i na attribute suda koji u nacionalnim okvirima odlučuje o ljudskim pravima i slobodama. Otuda i tri grupe standarda kroz koje se ostvaruje pravo na pravično suđenje: (1) pravo na pristup sudu; (2) pravo na pravičan postupak, sazdana na načelu pravičnog postupka, načelu javnosti i načelu suđenja u razumnom roku; i (3) pravo na sud, koje takođe u sebi sadrži pravno trojstvo – pravo na zakonit sud, pravo na nezavisan sud i pravo na nepristrasan sud (Cf. Uzelac, 2010: 104). Iako se to može reći i za ostale konstitutivne elemente, veoma kompleksnu sadržinu ima načelo pravičnog postupka. Uzimajući u obzir mišljenja i praksu Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu: „Evropski sud“), dve su grupe kriterijuma na osnovu kojih se ocenjuje pravičnost postupka u krivičnim stvarima: a) *opšti*, najšireg obima primene, koji važe za stranke *u svakom sudskom postupku*, i b) *posebni* kriterijumi, koji se zbog prinudnog karaktera postupka odnose samo na okrivljenog *u krivičnom postupku*. Opšti konstitutivni elementi pojma pravičnog postupka u bilo kom sudskom postupku jesu: (1) pravo stranaka da prisustvuju radnjama i da budu saslušane, (2) pravo na „jednakost oružja“, (3) zabrana nezakonitih dokaza i (4) obavezno obrazloženje sudskih odluka. U posebne elemente pravičnog postupka ubrajaju se: (1) pretpostavka nevinosti i (2) posebne garancije prava na odbranu (pravo okrivljenog da bude upoznat sa predmetom i razlozima optužbe, pravo da ima dovoljno vremena i mogućnosti za pripremu odbrane, pravo da se brani sam ili uz pomoć branioca, pravo da neometano komunicira sa svojim braniocem, pravo da razgleda i prepisuje spise predmeta, pravo na besplatnog branioca, pravo na besplatnu pomoć tumača, pravo na saslušanje svedoka odbrane pod istim uslovima kao i svedoka optužbe, pravo na žalbu protiv krivične presude, pravo na naknadu štete zbog neosnovane osude, kao i zabrana *ne bis in idem*) (Opširnije: Đurđić, 2006: 67–93).

U radu će biti analizirana rešenja krivičnoprocesnog zakonika iz 2011. godine, ali samo neke zakonske odredbe povodom kojih se može postaviti pitanje da li obezbeđuju pravičnost suđenja saglasno evropskim pravnim standardima.

2. Pravo (oštećenog) na pristup sudu

Pravo na pravnu zaštitu se u opštoj teoriji prava shvata kao način ostvarivanja subjektivnih prava (Vukadinović, Stepanov, 2001: 337), odnosno kao jedna vrsta pravnog ovlašćenja koja ulazi u sam njegov pojam (Mitrović, 2010: 634). To pravo se u anglosaksonskom pravnom sistemu označava kao *pravo na pristup sudu* (*Acces to Court*) i tretira kao samostalno pravno ovlašćenje. Suštinski, pravo na pristup sudu označava jedan izgrađen koncept različitih formalno-pravnih zahteva (garancija) da bi se ostvarilo samo pravo, npr. pravo na izuzeće sudije, pravo na sudsku odluku u razumnom roku ili pravo žalbe (Vukadinović, Stepanov, 2001: 338). Ono je ugrađeno u temelje pravne države, nezavisno od mogućnosti različitog određivanja prava (Van Dijk, 1995: 345–379), i danas se s razlogom svrstava u osnovna ljudska prava. Kroz pravo na pristup sudu ispoljava se skoro čitava civilizacija prava i pravosuđa, a ujedno se određuje i položaj suda u ostvarivanju svrhe prava (Perović, 1995).

U Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda nije eksplicite predviđeno pravo na pristup sudu, ali ga Evropski sud za ljudska prava uzima kao standard inherentan pravu na pravično suđenje. Svoj stav Evropski sud zasniva na formulaciji prve rečenice stava 1 čl. 6 EK, koju, po mišljenju ovog suda, treba tumačiti u kontekstu celine i u svetlu cilja i svrhe Evropske konvencije, kao međunarodnog ugovora koji stvara pravo, i opštih pravnih principa. Na taj način tumačeno, ovaj član obuhvata „pravo na sud“, a pravo na pristup sudu, tj. pravo na pokretanje postupka pred sudom (koje se tiče građanskih pitanja) predstavlja samo jedan aspekt tog prava.

U vezi s tim, postavlja se pitanje ima li oštećeni, kao lice čije je kakvo lično ili imovinsko dobro povređeno ili ugroženo izvršenjem krivičnog dela, pravo na pristup sudu u krivičnom postupku, shvaćenom u najširem smislu. Konkretnije, da li se to pravo oštećenog rasprostire i na situacije kad javni tužilac ne preduzme krivično gonjenje ili od gonjenja odustane, odnosno kad u krivičnom postupku odustane od optužbe, te da li se njegovo pravo na pokretanje postupka pred sudom u tim slučajevima odnosi i na krivični sud. Po pitanju da li se prava vezana za krivični postupak odnose i na oštećenog, naš Ustavni sud je već zauzeo

stav, raspravljajući o pravu na suđenje u razumnom roku, i zaključio da to pravo pripada i oštećenom u krivičnom postupku.

U našem pravu, budući da je istraga tradicionalno sudska, pravo na pristup (krivičnom) sudu oštećeni je mogao da ostvari u toku čitavog krivičnog postupka putem supsidijarne tužbe (kojom je pokretao ili nastavljao krivični postupak) i podizanjem imovinskopravnog zahteva (u adhezionom postupku). Nakon stupanja na snagu novog procesnog zakonika iz 2011. godine, pitanje ostvarivanja prava oštećenog na pristup sudu prilikom rešavanja krivičnih stvari otvara se iz dva razloga. Najpre, zato što supsidijarna tužba nije ukinuta u potpunosti već samo u prethodnom postupku (u istrazi pa sve do stupanja optužbe na pravnu snagu – do potvrđivanja optužnice ili zakazivanja glavnog pretresa), a zatim, zato što je pogrešno zakonom određen početak krivičnog postupka (čl. 7 ZKP/20011), čime se (zajedno sa drugim s njima povezanim odredbama) pogrešno zakonski definiše sam pojam krivičnog postupka u užem smislu. Kad se nova zakonska rešenja posmatraju kroz prizmu prava oštećenog na pristup sudu, dolazi se do zaključka da to njegovo pravo zavisi od faze postupka, a pre svega od organa u čijoj je funkcionalnoj nadležnosti konkretna faza postupka, što u krajnjem može dovesti u pitanje jednakost građana pred zakonom. U istom krivičnom postupku (prema slovu novog procesnog zakona – u krivičnom postupku u užem smislu), ako javni tužilac odustane od krivičnog gonjenja pa obustavi istragu, oštećeni neće imati pravo na supsidijarnu tužbu (čl. 51 ZKP/2011), pa samim tim ni pravo na pristup (krivičnom) sudu, a ako odustane od optužbe koja je potvrđena, drugom oštećenom biće dopuštena supsidijarna tužba (čl. 52 ZKP/2011).

Da zaključimo, ukidanje supsidijarne tužbe u krivičnom procesnom zakonodavstvu, samo po sebi, nije u suprotnosti s pravom na pristup sudu. I Evropski sud tumači da pravo na pristup sudu ne podrazumeva pravo žrtve krivičnog dela da sama preduzme krivično gonjenje,¹ tj. da sama pokrene krivični postupak ili zahteva gonjenje koje će preduzeti javni tužilac (Van Dijk, Van Hoof, 2001: 395). Međutim, ako to pravo zavisi od stava organa nadležnog za krivično gonjenja i faze krivičnog postupka u kojoj odustaje od gonjenja ili optužbe, onda se zbog moguće neravnopravnosti pred zakonom može postaviti pitanje koliko je pravičan takav postupak. Vezivanjem dopuštenosti supsidijarne tužbe za odluku sudu da ima mesta optužbi i propisivanjem da je krivični postupak u užem smislu samo sudski postupak, te zavisnosti i moguće neravnopravnosti pred zakonom ne bi bilo.

1 Slučaj *Helmens v. Sweden*, presuda od 29. oktobra 1991, Serija A.212-A, stav 29.

3. Pravo okrivljenog na sudsku zaštitu

U okviru prava na pravično suđenje, svakom licu okrivljenom za krivično delo Evropska konvencija garantuje pravo na sud (čl. 6, st. 1 EK). Kao što je rečeno, prema mišljenju Evropskog suda, jedan aspekt tog prava je i pravo na pristup sudu, koje se uzima kao pravni standard i za građanska prava i za rešavanje krivičnih stvari. Pravo na pristup sudu (Vidi: Simović, 2009: 239–241) podrazumeva da lice „optuženo“ za krivično delo ili delo sa određenim krivičnim karakteristikama koje čine primenljivim član 6 EK, ima pravo da zahteva da se njegov predmet rešava na sudu. Međutim, to ne znači da „optuženo“ lice može zahtevati da se nastavi krivično gonjenje ili da se održi glavni pretres pred sudom, nego samo kad se „utvrđuje optužba“ da to obavi sud (Van Dijk, Van Hoof, 2001: 395).

Kad se radi o pravima garantovanim Evropskom konvencijom, pravo pristupa sudu je u tesnoj vezi sa pravom na delotvorno pravno sredstvo (čl. 13 EK). Suštinu ovog prava čini garancija delotvornog pravnog sredstva pred nacionalnim vlastima koja se pruža svakome ko smatra da su mu povređena prava i slobode predviđene Evropskom konvencijom.² Ovom garancijom Konvencija neposredno nameće obavezu državama da pruže zaštitu ljudskih prava prevashodno unutar svojih pravnih sistema.³ Ona sadrži zahtev da se obezbedi domaći pravni lek na osnovu koga bi nacionalne vlasti razmatrale suštinu žalbe vezanu za odgovarajuće pravo iz Evropske konvencije i pružile podesno zadovoljenje (Lič, 2007: 343).

U vezi sa navedenim pravom na pristup sudu i pravom na delotvorno pravno sredstvo, postavlja se pitanje da li zakonsko uređenje pokretanja javnotužilačke istrage odgovara evropskim pravnim standardima. Naime, prema novom procesnom zakoniku, istraga se pokreće naredbom javnog tužioca, protiv koje okrivljeni nema pravo žalbe sudu niti pravo prigovora višem javnom tužiocu (čl. 296 ZKP/2011), pa se otvara pitanje zašto lice protiv koga organ gonjenja „utvrđuje optužbu“ nema pravo na sudsku zaštitu (tj. pravo na pristup sudu) niti pravo na bilo kakvo pravno sredstvo, pa konsekventno i pitanje da li je novo zakonsko rešenje o otvaranju istrage u harmoniji sa evropskim standardima. U krajnjem, postavlja se pitanje ima li zakonodavac obavezu da propiše pravno sredstvo protiv nezakonito ili arbitrerno pokrenute istrage i tako osumnjičenom (za krivično delo) osigura sudsku zaštitu.

2 Slučaj *Klass and others v. Germany*, A28, odluka 28. 6. 1978, st. 64.

3 Slučaj *Kudla v. Poland*, odluka od 26. 10. 2000, stav 152 (Reports of Judgments and Decisions 2000-XI).

Povodom pokretanja i sprovođenja javnotužilačke istrage, raznolika su rešenja u uporednom pravu – neke zemlje ne predviđaju sudsku kontrolu istražnog postupka (npr. Nemačka), dok druge propisuju određena pravna sredstva pravne zaštite i u prethodnom postupku, tj. i prilikom pokretanja i sprovođenja istrage (npr. Austrija) (*Amplius*: Đurđević, 2010:

10–15). U tom pogledu zasad nije stvoren evropski pravni standard obavezujući za države članice, niti Evropski sud zahteva sudsku kontrolu prekrivičnog i istražnog postupka. Međutim, iako Evropski sud nije direktno uspostavio pravo okrivljenog na sudsku zaštitu od nezakonite odluke o otvaranju istrage u okviru nacionalnog pravnog poretka, on je u većem broju predmeta ispitivao pretpostavke za početak i opravdanost istrage i njenog trajanja čime je uspostavio nadnacionalnu kontrolu pretpostavki za pokretanje i vođenje javnotužilačke istrage (Đurđević,

2010: 10). Upravo zato što je u različitim predmetima i raznim povodima Evropski sud razmatrao zakonitost pokretanja i vođenja javnotužilačke istrage, pa je u više odluka ispitivao postojanje osnovane, tj. razumne sumnje (*reasonable suspicion*), koja je sada kod nas snižena na osnovne sumnje, ustanovljavanje pravnog leka protiv odluke o pokretanju javnotužilačke istrage i uspostavljanje sudske zaštite, predupredilo bi u mnogim slučajevima osudu naše države pred tim sudom.

Nezavisno od postojanja evropskih standarda, zakonska regulativa pokretanja istrage mora biti u skladu sa ustavnim garancijama koje se tiču krivičnog postupka. Prilikom razmatranja ustavnosti procesnog zakonodavstva ne treba gubiti iz vida da su, prilikom donošenja Ustava iz

2006, ustavna načela i garancije vezane za krivični postupak utemeljene na srpskoj procesnopravnoj tradiciji sudskog krivičnog postupka, u kome je i faza istrage sudske prirode. Pored toga, i čitava ustavna regulativa odiše jemstvima sudske zaštite, osobito domen ljudskih prava i sloboda. Stoga se u duhu sudske zaštite kao temeljnog principa koji prožima čitav tekst Ustava, imaju interpretirati i ustavne norme kojima se uspostavljaju garancije vezane za krivični postupak. Ako se potencira predmet rasprave, treba takođe uzeti u obzir poštovanje zakonitosti i zabranu arbitrarnosti u postupanju državnih organa, kao zahteve koji izviru iz vladavine prava i neposredno se izvode iz načela ustavnosti i zakonitosti, a sadržani su i u ustavnim jemstvima pravičnog suđenja i zabrane samovlasnog ograničenja lične slobode, u obimu u kome se rasprostiru na prethodni postupak. U njihovoj žiži takođe je sudska zaštita kao ustavno jemstvo bez kojeg bi ograničenja garantovanih prava i sloboda u krivičnom postupku mogla ugroziti i samu esenciju tih prava i sloboda.

Iz ove načelne rasprave sledi da se princip sudske zaštite kao fundamentalni princip ustavne zaštite ljudskih prva rasprostire i na prethodni krivični postupak, pa *eo ipso* i na odluku o otvaranju istrage kojim ova faza započinje. Sa tog stanovišta posmatrano, pozitivnopravna regulativa otvaranja javnotužilačke istrage koja zaprečava pristup sudu (čl. 296 ZKP/2011) bila bi u neskladu sa opštim ustavnim principom sudske zaštite ljudskih prava i sloboda. Međutim, za konačnu ocenu ustavnosti zakonskog uređenja početka istrage, potrebno je analizirati i ustavne odredbi o pravu na pravično suđenje i pravu na pravno sredstvo, koje se direktno odnose na krivični postupak. U okviru ustavnih garancija prava na pravično suđenje, eksplicite je predviđena sudska zaštita i samim tim pravo pristupa sudu povodom odluke o pokretanju krivičnog postupka. Svakome je garantovano „pravo da ... sud ... raspravi i odluči o ... osnovanosti sumnje koja je bila razlog za pokretanje postupka, kao i o optužbama protiv njega“ (čl. 32, st. 1 Ustava).

I zakonsko uređenje javnotužilačke istrage, koja je uistinu ustanovljena posle donošenja Ustava, moralo bi biti u skladu sa citiranom ustavnom odredbom. Eventualno suprotno tumačenje da se ustavna odredba odnosi na konačnu prvostepenu odluku suda u krivičnom postupku zato što se koristi izraz „*raspravi i odluči*“, što može asociirati na raspravu, tj. glavni pretres u prvostepenom krivičnom postupku, ne bi se moglo prihvatiti jer nužno vodi ka zakasnelom izricanju pravde, čime bi se derogirala esencija prava na sudsku odluku o osnovanosti sumnje prilikom pokretanja postupka. Iako su ustavopisci prilikom formulisanja ustavne garancije verovatno bili inspirisani tadašnjim zakonskim rešenjem da se istraga pokreće kad postoji osnovana sumnja o delu i učiniocu, ustavna norma nema objektivno značenje da sud odlučuje o osnovanoj sumnji kao stepenu uverenja ispod kojeg nema sudske kontrole pokretanja krivičnog postupka. Smisao je ustavne odredbe da se osigura sudska kontrola zakonitosti i pravilnosti pokretanja krivičnog postupka, čime se ustanovljava pravo pristupa sudu kao garancija od nezakonitog i arbitrarnog pokretanja javnotužilačke istrage. Treba tumačiti da se prvi deo citirane ustavne odredbe kojom je predviđeno pravo na sudsku odluku o „*osnovanosti sumnje koja je bila razlog za pokretanje postupka*“, odnosi na svaku odluku o pokretanju krivičnog postupka, bilo da započinje fazom istrage ili neposrednom optužbom, a da se drugi deo odredbe kojim se ustanovljava pravo na sudsku odluku o „*optužbama*“, odnosi na prvostepenu sudsku odluku kojom se konačno odlučuje o krivičnoj stvari. Ni smanjenje činjeničnog supstrata za pokretanje istrage sa „*osnovane sumnje*“ na „*osnove sumnje*“, ne može derogirati citiranu ustavnu odredbu,

jer njom nije predviđeno da sud odlučuje jedino u slučaju kad treba oceniti da li postoji osnovana sumnja, a ne i osnovi sumnje,⁴ nego da sud ceni „osnovanost“ sumnje, tj. da li ima mesta sumnji, da li ima razloga za sumnju koja se javlja kao povod za pokretanje krivičnog postupka.

Uobičajeno se zaštita ljudskih prava osigurava pomoću pravnih sredstava, te je onda razumljivo ustanovljavanje ustavne garancije označene kao pravo na pravno sredstvo: „Svako ima pravo na žalbu ili drugo pravno sredstvo protiv odluke kojom se odlučuje o njegovom pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu“ (čl. 36, st. 2 Ustava). Iako se prilikom pokretanja istrage ne odlučuje o nekom pojedinačnom pravu ili na zakonu zasnovanom interesu, formalno pokretanje krivičnog postupka direktno pogađa ljudsko dostojanstvo kao neprikosnoveno čovekovo pravo i ograničava ostvarivanje mnogih drugih prava (pravo na rad, izborno pravo i mnoga druga prava), te se postojanje delotvornog pravnog sredstva pokazuje kao preko potrebno.

Iz izložene interpretacije ustavnih normi može se izvesti zaključak da je zakonodavac bio obavezan da u normativni sistem pokretanja i vođenja javnotužilačke istrage, u zakonu definisane kao prve faze krivičnog postupka, ugradi pravo pristupa sudu ustanovljavanjem odgovarajućeg postupka, što se, između ostalog, moglo postići propisivanjem pravnog sredstva protiv naredbe javnog tužioca o pokretanju istrage. Ustanovljavanje prava na pristup sudu i delotvornog pravnog sredstva bilo bi efikasan pravni metod zaštite od nezakonitog i arbitrarnog pokretanja istrage. Robovanje ideji da se u istragu sud ne sme mešati, nametnuto iz angloameričkog poimanja krivičnog postupka kao parnice, uz istovremeno davanje dokazne snage svim istražnim sudskim radnjama kao da su izvedene u fer dvoboju pred sudom na glavnom pretresu, u toj meri stavlja osumnjičenog u inferioran položaj u odnosu na drugu procesnu stranku, da prethodnom postupku u celini oduzima atribute pravičnog.

4. Pravo okrivljenog da prisustvuje sopstvenom suđenju

Pravo okrivljenog da prisustvuje sopstvenom suđenju predstavlja konstitutivni element načela pravičnog postupka. S njim je tesno povezano pravo da bude saslušan pre donošenja odluke, a dalja konsekvencija ovog prava je da ima mogućnost da se izjasni o svim zahtevima, te činjeničnim i pravnim navodima protivne stranke – *audiatur et altera*

4 Da su to ustavopisci hteli, formulacija ustavne garancije bi glasila da svako ima pravo na odluku suda o „osnovanoj sumnji koja je bila razlog za pokretanje postupka“ a ne o „osnovanosti sumnje“, kako sada glasi.

pars. Evropski sud smatra da okrivljeni u krivičnom postupku mora da prisustvuje suđenju.⁵ Svrha i cilj člana 6, stav 1 i člana 6, stav 3, tačke od (c) do (e) Evropske konvencije pretpostavljaju prisustvo okrivljenog (Mole, Harby, 2006: 38).

Brojnim pravilima krivičnog procesnog zakonodavstva jemči se pravo stranaka da prisustvuju procesnim radnjama i da budu saslušane pre donošenja sudske odluke. Takva jemstva imaju pravila o dostavljanju sudskih odluka i drugih pismena; pravila o saslušanju okrivljenog pre otvaranja istrage, pre donošenja sudskih odluka o primeni pojedinih mera prinude i o njegovom izjašnjavanju na glavnom pretresu o navodima optužbe; pravila o prisustvu istražnim radnjama i obaveštavanju stranaka o ročištu za njihovo preduzimanje; pravila o pozivanju stranaka na glavni pretres; pravila o kontradiktornom izvođenju dokaza na glavnom pretresu, pravila o odgovoru na žalbu itd.

I pored ovih mnogobrojnih garancija, nijedno procesno zakonodavstvo u uporednom pravu ne ostavlja ostvarivanje naznačenih prava bez ikakvih ograničenja. Naprotiv, u svakom od njih statuirani su izuzeci kojim se ta prava, u većoj ili manjoj meri ograničavaju, zarad postizanja različitih ciljeva. Dopušta se, pre svega, u interesu obezbeđenja dokaza, preduzimanje pojedinih, tzv. hitnih istražnih radnji bez prisustva stranaka, i to pre otvaranja istrage, ako postoji opasnost od odlaganja ili je učinilac nepoznat. Naš zakonodavac uvodi tu mogućnost i za dela za koja je nadležno javno tužilaštvo posebne nadležnosti u slučaju kad javni tužilac proceni da prisustvo osumnjičenog i njegovog branioca „može uticati na svedoka“ (čl. 300, st. 2 ZKP/2011). Odstupanja se takođe propisuju i karakteristična su za neke uprošćene forme krivičnog postupka, ustanovljene prevashodno radi ekonomičnosti, kao što je, na primer, postupak za izdavanje kaznenog naloga. Pravo prisustva procesnim radnjama posve je isključeno kod preduzimanja radnji ili mera kojima se ograničava pravo privatnosti, jer to iziskuje njihova priroda i svrha. Samo po sebi je besmisleno pitanje prisustva stranaka specifičnim radnjama kao što su tajni nadzor i snimanje osumnjičenog, angažovanje prikrivenog islednika, kontrolisana isporuka i sl., te o ovom pravu ne može ni biti reči.

Sa aspekta prava okrivljenog da prisustvuje procesnim radnjama i da bude saslušan pre donošenja odluke, najveće odstupanje predstavlja zakonska mogućnost suđenja u odsustvu okrivljenog, koju predviđaju neka

⁵ Slučaj *Ekbatani v. Sweden*, odluka od 26. maja 1988, stav 25; slučaj *Colozza v. Italy*, odluka od 22. januara 1985, stav 27.

procesna zakonodavstava, ali ima i onih koja to eksplicite zabranjuju⁶. U zemljama koje to dopuštaju, svrha je suđenja u odsustvu okrivljenog da se spreči nastupanje zastarelosti krivičnog gonjenja i izigravanje pravde od strane učinioca krivičnog dela (Cf. Cassese, 2003: 401).

U vezi sa pravom okrivljenog da prisustvuje sopstvenom suđenju, može se postaviti pitanje da li je novoustanovljena zakonska mogućnost vođenja istrage protiv nepoznatog učinioca (čl. 295, st. 1, tač. 2 ZKP/2011) u skladu sa standardima pravičnog postupka. Najpre treba reći da je po samom zakonu istraga faza krivičnog postupka, pa otuda pitanje može li se i pod kojim uslovima voditi krivični postupak a da lice protiv koga se vodi to uopšte ne zna. Razume se da nepoznati osumnjičeni zato što uopšte ne zna da se protiv njega vodi krivični postupak iz tog razloga ne može koristiti prava koja mu pripadaju prilikom pokretanja i u toku krivičnog postupka, pre svega pravo na ličnu odbranu i pravo na branioca, ali i sva druga prava koja bi mu pripadala u jednom pravičnom postupku.

Budući da suđenje u odsustvu nije eksplicite zabranjeno Evropskom konvencijom, prema stavu Evropskog suda, postupci održani u odsustvu okrivljenog u principu nisu inkompatibilni s Konvencijom,⁷ te da suđenje u odsustvu okrivljenog može biti dopušteno u nekim izuzetnim okolnostima: ako su sudske vlasti postupale s potrebnom revnošću a ipak nisu uspele da obaveste lice o samom pretresu,⁸ ako je to u interesu pravde u nekim slučajevima bolesti okrivljenog,⁹ ako se stranka odrekla da prisustvuje suđenju pod uslovom da je to odricanje neopozivo i ako „propraćeno minimalnim jemstvima koja su primerena njegovoj važnosti“.¹⁰

Da li istraga protiv nepoznatog učinioca može zadovoljiti standarde pravičnog suđenja, zavisi od toga da li su u vreme njenog vođenja, a naročito posle kad se postupak nastavi protiv poznatog učinioca, osigurana jemstva da postupak u celini uzev bude pravičan.

Nova javnotužilačka istraga je faza formalnog krivičnog postupka u kojoj javni tužilac preduzima dokazne radnje čiji rezultati imaju

6 Pokretanje postupka *in absentia* izričito je zabranjeno u Bosni i Hercegovini (vidi član 247 ZKP BiH, član 254 ZKP Republike Srpske, član 262 ZKP Federacije BiH, član 247 ZKP Brčko distrikta).

7 Slučaj *Poitrinol v. France*, odluka od 23. novembra 1993, stav 31.

8 Slučaj *Colozza v. Italy*, odluka od 22. januara 1985.

9 Slučaj *Ensslin and Others v. the Federal Republic of Germany*, 14 DR64.

10 Slučaj *Poitrinol v. France*, odluka od 23. novembra 1993, stav 31.

dokaznu snagu kao da ih je izveo sud ili kao da su stranke izvele te dokaze na glavnom pretresu pred sudom nadležnim da presudi krivičnu stvar. Iskazi svedoka i veštaka koje je ispitao javni tužilac mogu se direktno koristiti na glavnom pretresu (čl. 406 ZKP/2011), pa nakon upoznavanja suda i okrivljenog sa tim iskazima biti činjenična osnova presude (dovoljno je da se ispitana lica „ne mogu pronaći“ ili da veštak ili svedok „bez zakonskog razloga neće da dâ iskaz na glavnom pretresu“). Zbog takve prirode istrage protiv nepoznatog učinioca i procesnih posledica koje u daljem postupku mogu nastati, branilac postavljen po službenoj dužnosti za poseban slučaj bio bi adekvatno jemstvo, analagno kad se okrivljeni odrekao svog prava da prisustvuje glavnom pretresu: stav je Evropskog suda da tada okrivljeni mora imati branioca.¹¹ Nasuprot tome, naš zakonodavac takvu mogućnost ne predviđa iako predviđa obaveznu stručnu odbranu kad se okrivljenom sudi u odsustvu (čl. 74, st. 1, tač. 4–6 i tač. 9 ZKP/2011). Nedostaju jemstva i posle započete ili sprovedene istrage protiv nepoznatog učinioca: ne postoje garancije da će okrivljeni za koga se kasnije sazna imati mogućnost da ispita svedoke ili veštake protivne stranke. Ako se ispitana lica u tako sprovedenoj istrazi ne mogu pronaći ili bez zakonskog razloga ne žele da daju iskaz na glavnom pretresu, takvi iskazi su zakoniti i na njima se može zasnivati presuda, a okrivljeni nema zakonsku mogućnost da ih odstrani iz postupka. Time je ugroženo pravo okrivljenog na „jednakost oružja“ i pravo da ispita ili postigne da se ispitaju svedoci, kao nesporni pravni standardi prava na pravično suđenje. Upravo zato što ne predvide jemstva za vreme istrage protiv nepoznatog učinioca ni u kasnijem postupku protiv okrivljenog koji bude otkriven, i zato što ne zabranjuje da se na dokazima iz tako sprovedene istrage zasniva presuda (za slučaj da se svedoci i veštaci ne mogu ispitati na glavnom pretresu), zakonski nisu obezbeđene garancije da krivični postupak u svim slučajevima može biti pravično sproveden, pa je iz tog razloga zakonska regulativa u disharmoniji sa Evropskom konvencijom i standardima prava na pravično suđenje koje izgrađuje Evropski sud za ljudska prava.

Kada domaći zakon dozvoljava da se suđenje održi bez obzira na odsutnost lica “optuženog za krivično djelo” koje je u poziciji g. Colozzae, to lice treba, jednom kad sazna za postupak, da bude u mogućnosti da dobije, od suda koji ga sasluša, svježju odluku o meritumu optužbe.

11 Slučaj *Pelladoah v. Netherlands*, odluka od 22. septembra 1994.

5. Iznudivanje dokaza odbrane i pretpostavka nevinosti

Pretpostavka nevinosti je procesna garancija koja štiti okrivljenog od predrasuda i predubedenja, u čijoj biti je normativni zahtev za legitimnim načinom utvrđivanja pravno relevantnih činjenica u krivičnom postupku. Ona otklanja mogućnost postojanja tzv. dubitativnih presuda, unosi nužan red u postupak dokazivanja i kondicionira sudiju da pre presuđenja ne zauzima definitivne stavove o krivici optuženog (Krapac, 1089: 159).

Pretpostavka nevinosti involvira tri opšta pravila koja determinišu njeno značenje i obim važenja: (1) postupanje bez predrasuda i predubedenja o krivici okrivljenog, (2) teret dokazivanja ne sme biti na okrivljenom i (3) sumnja u relevantne činjenice (tzv. rizik nedokazanosti) mora biti u korist okrivljenog. Ove pravne standarde izgradio je Evropski sud i uzima ih kao odlučujuće prilikom ocenjivanja da li su povređene odredbe Evropske konvencije o pretpostavci nevinosti, ocenjujući ih samostalno ili zajedno s njima povezanim standardima koji tvore neka druga garantovana prava ili slobode čoveka. Prema mišljenju suda, odredba stava 2, člana 6 Evropske konvencije o pretpostavci nevinosti zahteva, između ostalog, da prilikom obavljanja svojih dužnosti sudije ne smeju polaziti od predubedenja da je okrivljeni učinio delo koje mu se stavlja na teret, da teret dokazivanja leži na tužiocu i da svaka sumnja [u postojanje činjenica] mora ići u korist okrivljenog.¹²

Opštim pravilom navedenim pod (2) rešava se pitanje tereta pružanja dokaza u krivičnom postupku. U vezi s tim, izgrađen je pravni standard da okrivljeni nije dužan da dokazuje svoju nevinost, kao imanentan element konstrukcije pravičnog postupka. Kad toga ne bi bilo, okrivljeni nikad ne bi bio siguran kad će otpasti sve sumnje u njegovu krivicu i da će krivična stvar biti definitivno presuđena po autoritativnim pravnim standardima. Gledište da niko ne može biti stavljen u položaj da dokazuje svoju nevinost, Evropski sud dosledno sprovodi, bilo da ocenjuje zakonsku regulativu ili faktičko postupanje prema okrivljenom¹³, ali dopušta i izvesne izuzetke kad teret dokazivanja prevaljuje

12 Slučaj *Barbera, Masegüe and Jabardo v. Espana*, presuda od 6. decembra 1988, Serija A, br. 146, stav 91.

13 *Evropski sud je, na primer, ustanovio da je austrijski prvostepeni sud povredio pretpostavku nevinosti, predviđenu u članu 6, stav 2 Evropske konvencije, zato što je na okrivljenog, inače vlasnika i uobičajenog korisnika automobila, preneo obavezu da identifikuje vozača u situaciji kad je sam poricao da je upravljao motornim vozilom u vreme kad je saobraćajna nezgoda prouzrokovana (Slučaj Telfner v. Austria, presuda od 20. marta 2001).*

na okrivljenog, po pravilu kad se na okrivljenog primenjuje zakonska ili činjenična pretpostavka. Te pretpostavke moraju biti u razumnim granicama koje uzimaju u obzir posledice koje mogu nastupiti za optuženog i moraju čuvati prava odbrane (Lič, 2007: 271).

U pogledu tereta dokazivanja može se postaviti pitanje da li je posredno iznuđivanje dokaza u korist okrivljenog inkopatibilno sa ovim opštim pravilom na kome se temelji pretpostavka nevinosti. Naime, novim procesnim kodeksom nametnuta je obaveza strankama i braniocu da na pripremnom ročištu predlože dokaze pod pretnjom sankcije da se na glavnom pretresu neće izvesti oni dokazi koji bez opravdanih razloga nisu predloženi na tom ročištu (čl. 350 ZKP/2011). Očigledno su zakonopisci bili motivisani idejom povećanja efikasnosti postupka (Vidi: Bejatović, 2010: 184–207), koja im je zamaglila pogled na jemstva ljudskih prava u krivičnom postupku. Iz ovakve regulative mogao bi se izvesti zaključak da će za odbranu biti iznuđeno predlaganje dokaza na pripremnom ročištu, uopšteno posmatrano, a osobito u situacijama kad okrivljeni i njegov branilac nisu nameravali da iznose dokaze u korist odbrane, pa to čine samo zato što je zakonom zabranjeno da kasnije predlože i izvedu svoje dokaze. Za zakonom nametnuto iznuđivanje dokaza ne može se ni u kom slučaju ustvrditi da je u harmoniji sa pravom okrivljenog da ne dokazuje svoju nevinost, tj. sa standardom da je teret dokazivanja na tužiocu. Za okrivljenog je ustanovljena još jedna dokazna zabrana: na glavnom pretresu se izvode dokazi samo u vezi sa delom optužnice koji optuženi ospori (čl. 349, st. 4 ZKP/2011). Jasno je da se ovim dokaznim zabranama ograničava pravo okrivljenog na odbranu i pravo da izvodi dokaze u svoju korist, kao i da ta ograničenja nisu predviđena Evropskom konvencijom niti su ustanovljena u praksi Evropskog suda. Iz ovih razloga, pitanje pravičnosti postupka postaje još izraženije u slučajevima kad okrivljeni nema branioca, a takva situacija može nastati za sva dela sa zaprećenom kaznom manjom od osam godina zatvora, što u praksi predstavlja najveći broj krivičnih dela o kojima sudovi odlučuju. Naime, pitanje je da li se uopšte može govoriti o pravičnosti postupku kad su optuženi pravni laici, pa ne znaju koji deo optužbe i zašto treba osporiti, niti da im je obaveza da na pripremnom ročištu predlože dokaze. Zato, sve te dokazne zabrane koje se ispoljavaju kao ograničenje prava optuženog da izvodi dokaze u svoju korist i u određenim slučajevima ga dovode u preterano inferioran položaj u odnosu na tužioca, treba preispitati sa stanovišta pravnih standarda obuhvaćenih pravom na pravično suđenje.

6. Nominalna ali ne i stvarna „jednakost oružja“

Pravo stranke da u postupku preduzima sve radnje koje može preduzeti njezin protivnik, u teoriji se označava kao *jednakost oružja*, što u biti znači zabranu da se postupak uredi i sprovede pomoću neopravdane diskriminacije između stranaka. Evropski sud za ljudska prava tumači da je pojam „jednakosti oružja“ inherentan deo šireg pojma „pravičnog postupka“ i da to pravo, po mišljenju suda, znači da u krivičnim stvarima optužba i odbrana moraju imati mogućnost da saznaju za predloge, zahteve i druge procesne radnje svojega protivnika i moći im suprotstaviti sopstvene.¹⁴

Procesnoj ravnopravnosti okrivljenog sa protivnom strankom doprinosi i ustanovljeno jemstvo da on ima pravo „da ispituje svedoke protiv sebe ili da postigne da se oni ispituju“ predviđeno Evropskom konvencijom (čl. 6, st. 3d EK), što je takođe i ustavno jemstvo (čl. 33, st. 5 Ustava).

Ovi evropski standardi i ustavna jemstva ugroženi su preširokim a nepotrebnim ograničavanjem načela neposrednosti i kontradiktornosti na glavnom pretresu (čl. 406 ZKP/2011), putem izjednačavanja dokaza iz istrage sa dokazima koje stranke izvedu pred sudom na glavnom pretresu. Bez naročitih zakonskih prepreka iskazi svedoka i veštaka mogu na glavnom pretresu postati dokazno sredstvo, pa i oni koje je javni tužilac pribavio njihovim ispitivanjem bez prisustva okrivljenog i njegovog branioca (kad je istraga vođena protiv nepoznatog učinioca ili primenom stava 2 člana 300 ZKP/2011), a odbrana tada nema mogućnosti da unakrsno ispita svedoke ili veštake, što je u direktnoj suprotnosti s napred citiranim jemstvom. Nasuprot ovakvom zakonskom rešenju, Evropski sud stoji na stanovištu da svi dokazi po pravilu moraju da budu izneti na javnom glavnom pretresu u prisustvu optuženog, kontradiktornim argumentovanjem suprotstavljenih strana.¹⁵ Korišćenje posrednih dokaza stoga može da dovevede do povrede člana 6 Evropske konvencije, u zavisnosti od celokupne pravičnosti postupka (Lič, 2007: 277). Kad se javi potreba da se upotrebe iskazi dati tokom istrage (npr. svedok odbija da javno na pretresu ponovi svoj iskaz), optuženi mora imati mogućnost da osporava takve izjave, bilo u vreme kada se one daju bilo kasnije.¹⁶ Ako nije

14 Slučaj *Brandstetter v. Austria*, presuda od 28. avgusta 1991, Serija A br. 211). Za „jednakost oružja“ pred sudovima pravnog leka vidi: slučaj *Ruiz-Mateos v. Spain*, presuda od 23. juna 1993; slučaj *Werner v. Austria*, presuda od 24. novembra 1994.

15 Slučaj *Lüdi v. Switzerland*, presuda od 15. 6. 1992, A236, stav 47.

16 U slučaju *Craxi v. Italy*, podnosilac predstavke, bivši premijer Italije, bio je osuđen isključivo na osnovu iskaza koje su u prethodnom postupku dali saoptu ženi, a kasnije su odbili da ponove svoje izjave pred sudom, kao i na osnovu iskaza lica

postojala adekvatna mogućnost i propisna prilika da okrivljeni ispita svedoka, njegova osuda ne može biti isključivo ili uglavnom utemeljena na iskazu tog svedoka.¹⁷ Korišćenje iskaza koje su u prethodnom postupku dala lica koja, u skladu s nacionalnim zakonom, odbiju da daju iskaz pred sudom, samo po sebi je nekompatibilno sa Evropskom konvencijom, ali može dovesti do osude samo ako postoje dokazi koju potvrđuju taj iskaz.¹⁸

I fakultativna stručna odbrana za veliki obim krivičnih dela (za koja se uistinu vodi sumarni krivični postupak), stavlja okrivljenog bez branioca u inferioran položaj u odnosu na javnog tužioca, jer okrivljeni ne može znati da li i koji deo optužbe treba osporiti, kada i koje dokaze treba predložiti, pa mu zbog neznanja biva kasnije uskraćeno pravo na izvođenje dokaza u njegovu korist. Objektivnim uslovljavanjem okrivljenog time da mora poznavati procesne propise da bi na glavnom pretresu mogao ostvarivati pravo da izvodi dokaze, bez propisivanja obavezne stručne odbrane, a priori dovodi do anuliranja proklamovane „jednakosti oružja“. Nepoznavanje prava od strane okrivljenog koji se sam brani, potire formalnu ravnopravnost procesnih stranaka na glavnom pretresu adverzijalno uređenom.

Navedeni standardi izgrađeni u praksi Evropskog suda pokazuju se kao dovoljan signal da se preispitaju zakonske odredbe o posrednim dokazima kojima se ograničava pravo okrivljenog na unakrsno ispitivanje svedoka i veštaka i odredbe kojima se proklamuje formalna „jednakost oružja“ na glavnom pretresu ali ne osigurava stvarna realizacija prava na odbranu i procesna ravnopravnost stranaka. Do te eventualne revizije, samo restriktivna primena zakonskih ograničenja jemstava koja čine sadržinu prava na pravično suđenje, može biti brana da sprovedeni krivični postupci ne budu ocenjeni kao nepravični pred našom ustavnom i strazburškom sudskom instancom.

koje je kasnije preminulo. Evropski sud je zaključio da postoji povreda člana 6 stav 3 tačka (d) EK, u vezi sa stavom 1 istog člana, zato što podnosilac predstavke i njegov advokat nisu bili u mogućnosti da unakrsno ispituju te svedoke i ospore njihove izjave koje su bile pravni i činjenični osnov osude. Vidi slučaj *Craxi v. Italy*, presuda od 5. decembra 2002.

17 Slučaj *Kostovski v Netherlands*, presuda od 20. 11. 1989, stav 44.

18 Slučaj *Unterpertinger v. Austria*, presuda od 24. 11. 1986, A110.

Literatura

- Bejatović, S. (2010). *Efikasnost krivičnog postupka i međunarodni pravni standardi*, u: Krivično zakonodavstvo Srbije i standardi Evropske unije, Zlatibor
- Beljanski, S. (2001). *Međunarodni pravni standardi u krivičnom postupku*, Beograd
- Van Dijk, P. – Van Hoof, G.J.H. (2001). *Teorija i praksa Evropske konvencije o ljudskim pravima*, Sarajevo
- Van Dijk, P. (1995). *Acces to Court the European System for the Protection of Human right*, Dordrecht-Boston-London
- Vukadinović, G. Stepanov, R. (2001). *Teorija prava I*, Petrovaradin Dimitrijević, V. Paunović, M. Đerić, V. (1997). *Ljudska prava*, Beograd
- Đurđević, Z. (2010). Sudska kontrola državnoodvjetničkog kaznenog progona i istrage: poredbenopravni i ustavni aspekt, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 17, broj 1
- Đurđić, V. (2012). Revizija osnovnih procesnih načela na kojima je uređen novi krivični postupak Srbije, *Pravna riječ*
- Đurđić, V. (2006). Načelo pravičnog postupka, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 3
- Krapac, D. (1989). Osnovna prava čovjeka i građanina i načela krivičnog postupka, u *Zborniku „Prava čoveka i savremena kretanja u kriminalnoj politici“*, Beograd
- Lič, F. (2007). *Obraćanje Evropskom sudu za ljudska prava, knjiga 1*
- Mitrović, D. (2010). *Uvod u pravo*
- 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
- Perović, S. (1995). *Prirodno pravo i sud*, Beograd
- Radulović, D. (2010). Krivičnoprocesno zakonodavstvo Crne Gore i standardi Evropske unije, u: *Krivično zakonodavstvo Srbije i standardi Evropske unije*, Zlatibor
- Simović, M. N. Simović, M. (2009). *Mjesto i uloga Ustavnog suda BiH u zaštiti ljudskih prava*, Banja Luka
- Uzelac, A. (2010). *Pravo na pravično suđenje u građanskim predmetima: Nova praksa Evropskog suda za ljudska prava i njen uticaj na hrvatsko pravo i praksu*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 60, br. 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.

Dr Dragan Jovašević,*
Redovni profesor Pravnog fakulteta
Univerziteta u Nišu

originalni naučni članak

UDK: 341.485

Rad primljen: 30.06.2015.
Rad prihvaćen: 03.12.2015.

ODGOVORNOST I KAŽNJIVOST ZA ZLOČIN GENOCIDA**

Apstrakt: Međunarodno krivično pravo kao sistem pravnih propisa sadržanih u aktima međunarodne zajednice, ali i u nacionalnom (internom) krivičnom zakonodavstvu pojedinih država, predviđa krivičnu odgovornost i kažnjivost za veći broj međunarodnih krivičnih dela (među kojima se izdvaja zločin genocida). To su dela kojima se krše ratni zakoni i običaji rata (međunarodno humanitarno pravo) i kojima se povređuje ili ugrožava mir među narodima i bezbednost čovečanstva. Za ova krivična dela su u međunarodnom, ali i u nacionalnom krivičnom pravu, propisane najteže vrste i mere kazni koje uopšte poznaje krivično zakonodavstvo danas. Za učinioce krivičnih dela genocida u određenim slučajevima je primarna nadležnost međunarodnih sudskih (nacionalnih) organa kao što je Međunarodni sud u Hagu. U ovom radu se analiziraju pojam i karakteristike genocida kao međunarodnog krivičnog dela.

Ključne reči: međunarodno pravo, krivično delo, genocid, slaba grupa, učinilac, odgovornost, kazna.

1. Uvodna razmatranja

Početak devedesetih godina prošlog veka u svetu su besnela dva surova građanska, međunacionalna, međuetnička ili međuveraska ratna sukoba – u bivšoj SFR Jugoslaviji (na području Hrvatske od 1991. godine i Bosne i Hercegovine od 1992. godine do 1995. godine) i u Ruandi (između plemena Tutsi i Huti u toku 1994. godine). Kako bi se međunarodna zajednica suočila sa učiniocima najtežih krivičnih dela koja su izvršena u vreme

*jovas@prafak.ni.ac.rs

**Ovaj rad predstavlja rezultat istraživanja na projektu: "Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru", koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

ovih sukoba, osnovana su odlukama Saveta bezbednosti OUN dva ad hoc tribunala.

Tako je, prvo, Rezolucijom Saveta bezbednosti OUN broj 827 od 25. Maja 1993. godine, osnovan Tribunal za gonjenje lica odgovornih za ozbiljne povrede međunarodnog humanitarnog prava izvršene na tlu bivše SFR Jugoslavije počev od 1991. godine, sa sedištem u Hagu (poznatiji kao Haški tribunal). Sličan Međunarodni tribunal za Ruandu sa sedištem u Arušiju je osnovan Rezolucijom Saveta bezbednosti OUN broj 955 od 8. novembra 1994. godine. Istovremeno su usvojena i dva statuta ovih tribunala (sa sistemom međunarodnih krivičnih dela, osnovima krivične odgovornosti njihovih učinilaca i vrstama kazni za njihove učinioce), kao i pravila postupka i dokazivanja. Pored utvrđivanja krivične odgovornosti za najteža međunarodna krivična dela, ovi tribunali su prvi put u istoriji ljudskog roda izrekli presude za najteže krivično delo današnjice – zločin nad zločinima ili genocid.

Prva optužnica pred Haškim tribunalom je podignuta 7. novembra 1994. godine protiv Dragana Nikolića (bosanskog Srbina), komandanta logora Sušica u istočnoj Bosni i Hercegovini, koji je potom osuđen na kaznu zatvora od dvadeset godina (koju je izdržavao u Italiji). Prvi pretres pred sudskim većem Haškog tribunala je održan 8. novembra 1994. godine bosanskom Srbinu Dušku Tadiću (koji je osuđen na kaznu zatvora od dvadeset godina i koju je izdržavao u Nemačkoj), dok je prva presuda ovog tribunala izrečena Draženu Erdemoviću krajem novembra 1996. godine (koji je osuđen na kaznu zatvora od deset godina). Ovaj tribunal je do sada doneo više presuda za učinjena međunarodna krivična dela: a) zločin protiv čovečnosti, b) ratne zločine, v) teške povrede zakona i običaja ratovanja i g) zločin genocida.

Sudsko veće Haškog tribunala kojim je predsedavao sudija Almiro Rodriguez je 19. aprila 2004. godine izreklo kaznu od 35 godina zatvora za najteže međunarodno krivično delo genocida – pomaganje i podržavanje u genocidu, komandantu Drinskog korpusa Vojske Republike Srpske, generalu Radislavu Krstiću, za izvršeni zločin nad muslimanskim stanovništvom u Srebrenici. On je na izdržavanje kazne u Velikoj Britaniji upućen 20. decembra 2004. godine. Dakle, ovde je utvrđena krivična odgovornost i izrečena kazna zatvora za saučesništvo u genocidu, ali ne i za samo izvršenje ovog krivičnog dela. A 30. januara 2015. godine, žalbeno veće Haškog tribunala pod rukovodstvom sudije Patrika Robinsona je prvi put u istoriji ove sudske instance (pa i međunarodnog krivičnog prava uopšte) izreklo konačne presude na doživotne kazne zatvora za

izvršenje krivičnog dela genocida u okviru zajedničkog zločinačkog poduhvata nad muslimanima u Srebrenici 1995. godine, i to pukovniku Vujadinu Popoviću (načelniku za bezbednost Drinskog korpusa Vojske Republike Srpske) i pukovniku Ljubiši Beari (načelniku za bezbednost Glavnog štaba Vojske Republike Srpske).

Nekako u isto vreme, 3. februara 2015. godine, i druga najviša sudska instanca u sistemu Organizacije ujedinjenih nacija – Međunarodni sud pravde sa sedištem u Hagu je u sporu između Hrvatske i Srbije doneo konačnu sudsku odluku kojom je odbacio tužbu Hrvatske protiv Srbije za izvršenje genocida u Krajini i Slavoniji, odnosno odbacio je protivtužbu Srbije protiv Hrvatske za izvršenje genocida za vreme vojno-polijskih akcija "Bljesak" i "Oluja" u toku 1995. godine. Presuda slične sadržine je doneta od strane istog suda i 2007. godine, kada je odbačena tužba Bosne i Hercegovine protiv Srbije za izvršenje genocida za vreme ratnih sukoba na području Bosne i Hercegovine.

I Tribunal za Ruandu (Petrović, Bisić, Perić, 2011: 311–319), koji je osnovan radi utvrđivanja krivične odgovornosti i kažnjavanja lica odgovornih za izvršena teška krivična dela protiv čovečnosti i međunarodnog prava za vreme građanskog rata u Ruandi, takođe je izrekao kazne učinocima najtežeg međunarodnog krivičnog dela – genocida. Tako je sudsko veće Tribunala kojim je predsedavao sudija Vilijam Sekule krajem 2003. godine bivšem gradonačelniku Mukinga – Juvenalu Kajelijelu, pripadniku Hutu plemena, izreklo kaznu doživotnog zatvora za krivično delo genocida nad Tutsima koje je izvršeno u gradu Ruhengeriju.

Zbog značaja navedenih sudskih odluka ne samo za pravnu istoriju, već i za savremeno, kao i buduće međunarodno i nacionalno krivično pravo, posebno kada se radi o utvrđivanju postojanja i pravne kvalifikacije krivičnog dela genocida, u nastavku rada ćemo se baviti teorijskim i praktičnim aspektima ovog teškog međunarodnog krivičnog dela, za koje nije suđeno čak ni na čuvenom Nirnberškom procesu najvišim političkim i vojnim rukovodiocima nacističke Nemačke za izvršene masovne zločine nad porobljenim narodima širom Evrope, a posebno nad Jevrejima, Slovenima i Romima.

2. Pojam i karakteristike međunarodnih krivičnih dela

Međunarodna krivična dela (Tomić, 1999: 337–360), zapravo, predstavljaju delatnosti kojim se krše međunarodni ugovori, sporazumi i konvencije (Jovašević, 2011: 345) i narušava ili ugrožava mir među narodima, bezbednost čovečanstva, odnosno druge međunarodnim pravom zaštićene

vrednosti, ili kojim se krše ratna pravila o ponašanju zaraćenih strana prema ratnim zarobljenicima, ranjenicima, bolesnicima i civilnom stanovništvu. Nastanak ovih krivičnih dela vezan je za postojanje međunarodnih pravila kojima se regulišu odnosi između država u doba rata, tj. odnosi između zaraćenih strana u pogledu započinjanja i vođenja rata. Međunarodno ratno pravo nastalo je kao posledica surovog i nečovečnog postupanja u toku duge istorije ratova i oružanih sukoba između naroda i država sa ciljem da humanizuje ovo najnehumanije sredstvo za rešavanje međudržavnih i međunarodnih sporova.

Sa pojavom međunarodnog ratnog prava otpočeo je proces postepenog ograničavanja prava zaraćenih strana i kontrolisanja njihovih postupaka, ne samo prema neboraćkom stanovništvu, već i u pogledu započinjanja i vođenja ratova. Pravo države na apsolutnu slobodu u pogledu započinjanja i vođenja rata biće postepeno ograničeno tako što će pojedini postupci koji predstavljaju nepotrebna razaranja, ubijanja i mučenja biti zabranjeni. Kršenjem ratnih pravila i običaja nastaju ratna krivična dela. Prihvatajući međunarodne obaveze na osnovu potpisivanja i ratifikovanja brojnih međunarodnih konvencija, u krivičnom zakonodavstvu pojedinih država je predviđeno više krivičnih dela protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom. Ova krivična dela nastaju kršenjem pravila sadržanih u međunarodnim konvencijama. Njihov je izvor u postojanju zabrana u aktima međunarodnog prava.

Objekt zaštite ovih krivičnih dela jesu čovečnost i druge univerzalne, opštecivilizacijske vrednosti zaštićene međunarodnim pravom. Zaštita čovečnosti znači zaštitu osnovnih ljudskih dobara kao što su: život, telesni integritet, čast, ugled i dostojanstvo čoveka, osnovna ljudska prava i slobode. Druge vrednosti fizičkih lica, pojedinih država i cele međunarodne zajednice imaju takođe opšti, univerzalni značaj, pa su zaštićene i zajamčene međunarodnim pravom. Najveći broj međunarodnih krivičnih dela može se učiniti u zakonom određeno vreme: za vreme rata, oružanog sukoba ili okupacije. Po pravilu, ova krivična dela se čine organizovano i s ciljem sprovođenja određene politike vladajuće grupe ili partije. Budući da spadaju u organizovani, planski kriminalitet, ova se dela najčešće čine po naređenju pretpostavljenih vojnih ili političkih rukovodilaca. Ta činjenica zahteva posebno utvrđivanje odgovornosti organizatora, naredbodavca i učinioca. Ova krivična dela mogu biti učinjena samo s umišljajem. Pojedina krivična dela iz ove grupe ne zastarevaju u pogledu krivičnog gonjenja ili izvršenja izrečenih kazni: genocid, zločin protiv čovečnosti, ratni zločini i

druga krivična dela za koja po ratifikovanim međunarodnim ugovorima zastarelost ne može da nastupi.

U teoriji međunarodnog krivičnog prava se razlikuje više vrsta međunarodnih krivičnih dela. Uobičajena je podela na (Petrović, Jovašević, 2005: 39–40): a) međunarodna krivična dela u užem smislu (prava ili čista međunarodna krivična dela) i b) međunarodna krivična dela u širem smislu (neprava ili mešovita međunarodna krivična dela). Inače, ova je podela prvi put usvojena na 14. Kongresu Međunarodnog udruženja za krivično pravo, koji je održan 1989. godine u Beču¹. Kriterijum za ovo razlikovanje jeste nadležnost međunarodnih krivičnih sudova (sudova koji postupaju samo u slučaju izvršenih međunarodnih krivičnih dela u užem smislu), odnosno istorija krivičnog pravosuđa. Međunarodna krivična dela u užem smislu čine prvu vrstu ovih krivičnih dela. Tu se radi o međunarodnim krivičnim delima kojima se krše ratni zakoni i običaji rata (dakle, norme međunarodnog ratnog i humanitarnog prava). To su dela sadržana u nirnberškoj i tokijskoj presudi. Ona se još nazivaju međunarodna krivična dela prema opštem međunarodnom pravu (ili *crimina iuris gentium*). Tu spadaju sledeća međunarodna krivična dela: 1) zločin protiv mira, 2) ratni zločin, 3) genocid i 4) zločin protiv čovečnosti. U pravnoj teoriji ima shvatanja da se ova krivična dela nazivaju međunarodnim zločinima *stricto sensu* iza kojih stoje kogentne norme međunarodnog prava, npr. Haške ili Ženevske konvencije (Simović, Blagojević, Simović, 2013: 353–355).

Kao osnovne karakteristike međunarodnih krivičnih dela u užem smislu – *core crimes* – gnusni zločini (Petrović, Jovašević, 2005: 156–163) u pravnoj teoriji se navode sledeće (Degan, Pavišić, 2005: 186–187): 1) ovi međunarodni zločini imaju dvostruku prirodu. Njihovo izvršenje povlači: a) krivičnu odgovornost pojedinaca kao njihovih izvršilaca ili saučesnika, odnosno nadređenih lica (po osnovu komandne odgovornosti), s jedne strane i b) međunarodnopravnu odgovornost države, s druge strane, 2) međunarodnim zločinima se krše osnovna (temeljna) ljudska prava i oni su stoga zabranjeni kao represalije u slučaju vršenja isto takvih zločina druge suprotstavljene strane, 3) međunarodni zločini u pogledu krivičnog gonjenja i kažnjavanja ne zastarevaju i 4) opšte međunarodno pravo nameće obavezu državama da ne krše osnovne norme koje zabranjuju njihovo vršenje kao obavezu *erga omnes*.

1 Podelu međunarodnih krivičnih dela ove vrste zastupaju brojni autori: Bassiouni, Cassese, Than, Shorts i dr.

3. Genocid u krivičnom pravu Republike Srbije

Krivično delo genocida (kao najteže krivično delo današnjice) je predviđeno u članu 370 Krivičnog zakonika. Delo se sastoji u izdavanju naređenja da se vrše ili u vršenju (Jovašević, 2014: 231–233): ubistava, teške povrede tela ili teškog narušavanja fizičkog ili duševnog zdravlja članova grupe ljudi ili u stavljanju članova grupe u takve životne uslove koji dovode do njenog potpunog ili delimičnog istrebljenja ili u primeni mera kojima se sprečava rađanje između pripadnika grupe ili u prinudnom preseljavanju dece u drugu grupu, a u nameri da se potpuno ili delimično uništi nacionalna, etnička, rasna ili verska grupa ljudi.

Reč "genocid" je kovanica sastavljena od grčke reči *genos*, što znači rod ili pleme, i latinske reči *caedes*, što znači ubistvo, pokolj (Čifrić, 1992: 143–158). Bukvalno prevedena ova reč označava ubijanje roda, odnosno plemena. Rezolucijom Generalne skupštine OUN broj 96/I od 11. Decembra 1946. godine genocid je proglašen za "međunarodno krivično delo koje je u suprotnosti sa duhom i ciljevima OUN i koje civilizovani svet osuđuje". Iako se pojavio kao "podvrsta zločina protiv čovečnosti" (Kaseze, 2005: 115), genocid je ubrzo dobio autonoman status i sadržinu kao jedno od najtežih krivičnih dela današnjice. On se danas naziva "zločin nad zločinima".

Genocid kao međunarodno krivično delo određuju tri elementa (Pavišić, Grozdanić, Veić, 2007: 419): a) objektivni sastojak – *actus reus*, b) subjektivni sastojak – *mens rea* i v) objekt dela – skupina ili grupa – žrtva. Osnov za ovu inkriminaciju se nalazi u Konvenciji o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida² iz 1948. godine, koja u članu 2 određuje pojam i elemente ovog međunarodnog krivičnog dela. U zakonodavstvu, teoriji i praksi ovaj izraz ima šire tumačenje. Naime, pod ovim izrazom se podrazumeva ne samo ubijanje, već uništenje na bilo koji način određene grupe koja čini jednu povezanu celinu na nacionalnoj, etničkoj, rasnoj ili verskoj osnovi. Objekt zaštite su čovečnost i međunarodno pravo. Objekt napada je nacionalna, etnička, rasna ili verska grupa³. Iako se

2 „Službeni vesnik Prezidijuma Narodne skupštine FNRJ“, broj 2/50 i „Službeni list FNRJ“, broj 56/50.

3 Nacionalnu grupu čini skupina ljudi koji osećaju da dele pravnu vezu zajedničkog državljanstva praćenu recipročnim pravima i obavezama. Etničku grupu čine članovi koje veže zajednički jezik i kultura, rasna grupa je pak grupa zasnovana na naslednim fizičkim obeležjima koja se često identifikuje sa određenom geografskom oblašću bez obzira na jezičke, kulturne, nacionalne ili verske faktore, dok versku grupu čine članovi koji imaju isto versko ubeđenje, naziv vere ili način vršenja verskih obreda. Zapravo, pojmovi nacionalne, etničke, rasne ili verske grupe veoma

delo⁴ čini uništavanjem pojedinaca, njegov cilj nije da se ti pojedinci likvidiraju kao određene ličnosti, već kao pripadnici grupe. Cilj ovog dela je, dakle, uništenje grupe u celosti ili delimično, pri čemu je likvidacija pojedinaca samo način ostvarivanja ovog cilja. Veličina grupe je bez značaja za postojanje krivičnog dela. Bitno je da grupa postoji kao celina sa specifičnim karakteristikama i da se kao takva želi uništiti. Cilj inkriminacije je da se osigura pravo na život, tj. na postojanje i razvoj svakoj grupi koja ima posebno nacionalno, etničko, rasno ili versko svojstvo, pri čemu se ne zahteva prostorno zajedništvo pripadnika grupe.

Radnja izvršenja krivičnog dela genocida se sastoji iz niza različitih delatnosti koje se mogu svrstati u nekoliko grupa. To su sledeće delatnosti: 1) ubijanje, nanošenje teških povreda tela ili teško narušavanje fizičkog ili duševnog zdravlja pripadnicima određene nacionalne, etničke, rasne i verske grupe, 2) stavljanje grupe ljudi u takve životne uslove koji dovode do njenog potpunog ili delimičnog istrebljenja, 3) primena mera kojima se sprečava rađanje između pripadnika grupe ljudi (tzv. biološki genocid) i 4) prinudno preseljavanje dece u drugu grupu ljudi s ciljem gubljenja identiteta svoje grupe.

Sve ove radnje vode ka fizičkom i biološkom ostvarivanju genocida. Za postojanje ovog dela dovoljno je da je učinjena bilo koja od zakonom taksativno navedenih radnji u nameri potpunog ili delimičnog istrebljenja (uništavanja) grupe kao društvene celine. Genocid je tipičan primer krivičnog dela koje počiva na "depersonalizaciji žrtve", što znači da žrtva ne predstavlja cilj zbog njenih individualnih kvaliteta ili obeležja, nego samo zato što je pripadnik određene grupe. Radnja izvršenja se može ostvariti na dva načina (Petrović, Jovašević, 2005: 40–42): 1) izdavanjem naređenja i 2) neposrednim preduzimanjem delatnosti. Izdavanje naređenja da se vrše napred navedene delatnosti

se široko izučavaju i za sada ne postoje opšte i međunarodno prihvaćene precizne definicije. Svaki od tih pojmova se zato mora procenjivati u svetlosti konkretnog političkog, socijalnog i kulturnog miljea.

4 Genocid prema konkretnom objektu može biti nacionalni ili etnički genocid ili etnocid ako je taj objekt nacionalna ili etnička skupina. O rasnom genocidu radi se ako je radnja usmerena na određenu rasnu grupu ili na više takvih grupa. Verski genocid je usmeren na pripadnike određene verske grupe ili više takvih grupa. Skupina (grupa) se ne određuje prema objektivnom, statičkom kriterijumu, već je za pojmovno određene grupe i prema shvatanjima ad hoc tribunala odlučujuće kako njene pripadnike subjektivno doživljava učinilac dela. U pravnoj teoriji se ističe nedostatak ovakvih definicija genocida po kojima on ne obuhvata kulturni genocid u smislu uništavanja jezika i kulture određene grupe.

predstavlja posebnu i samostalnu radnju izvršenja genocida. Naređivanje je, inače, jedan oblik podstrekavanja, ali ono ovde nema karakter saučesništva, već posebnog načina izvršenja ovog dela. Krivično delo genocida se uglavnom čini organizovano i po unapred utvrđenom planu, gde naređenje pretpostavljenog ima posebnu snagu dejstva, pa je stoga i njegova odgovornost samostalne prirode. Naime, naredbodavac će biti odgovoran za samo izdavanje naređenja da se izvrši genocid, čak i onda kada potčinjeni odbije ili na drugi način izbegne izvršenje takvog naređenja.

Posledica dela je ugrožavanje opstanka određene nacionalne, etničke, rasne ili verske grupe (Lazarević, Vučković, Vučković, 2004: 1021). Ona se ostvaruje prouzrokovanjem manjeg ili većeg broja pojedinačnih posledica povrede (života, telesnog integriteta, ploda) i ugrožavanja (stavljanjem u nepodnošljive uslove života). Broj prouzrokovanja nije odlučujući za postojanje dela. To znači da će postojati jedno delo genocida, kako onda kada je učinjeno jedno, tako i onda kada je ostvareno više prouzrokovanja. Veći broj prouzrokovanja od raznovrsnih pojedinačnih posledica je od značaja kod odmeravanja kazne (Bačić, 1986: 316). To ukazuje da je suština krivičnog dela genocida u planskom i sistematskom uništenju ljudskih grupa.

Učinilac dela može biti svako lice, a u pogledu krivice potreban je direktni umišljaj (*dolus coloratus*) koji karakteriše "genocidna namera". Za postojanje namere neophodna je iskustvena ocena, a ne primena teorije o nameri⁵. Za ovo delo propisana je kazna zatvora najmanje pet godina ili kazna zatvora od trideset do četrdeset godina. Zakonikom je izričito predviđeno da za ovo delo krivično gonjenje i kažnjavanje ne zastarevaju.

4. Genocid i „nirnbërško“ pravo

Statut Međunarodnog vojnog suda usvojen na osnovu Londonskog sporazuma savezničkih sila 8. avgusta 1945. godine (Nirnbërška presuda, 1948: 13–19) u članu 6 određuje međunarodna krivična dela čiji će učinioci kao pojedinci ili kao članovi organizacije biti suđeni od strane ovog suda. To su: a) zločini protiv mira, b) ratni zločini i v) zločini protiv čovečnosti (Prljeta, 1992: 35–46). Pored neposrednih izvršilaca ovih međunarodnih krivičnih dela (zločina), krivično su odgovorna i lica koja se javljaju u svojstvu vođe, organizatora, podstrekača ili drugog saučesnika, a koja su učestvovala u sastavljanju ili

⁵ Presuda Međunarodnog krivičnog tribunala za bivšu SFR Jugoslaviju u slučaju Sikirica ICTY– 95-8.

izvršenju nekog zajedničkog plana ili zavere radi izvršenja nekog od napred navedenih zločina. Ovde se, zapravo, radi o odgovornosti i kažnjavanju saučesnika za izvršena dela po principu subjektivne akcesorne krivične odgovornosti. Učiniocu ovih krivičnih dela u smislu odredbe čl. 27 i 28 Statuta, mogu se izreći sledeće vrste kazni: a) smrtna kazna, b) druga vrsta kazne (zatvora) koju sud nađe za pravednu i v) konfiskacija (oduzimanje svake ukradene) imovine (Jovašević, 2010: 213–215).

Zločin protiv čovečnosti⁶ iz člana 6, stav 2, tačka c je prvi put definisan upravo Statutom Međunarodnog vojnog suda. Tu spadaju sledeći akti: 1) ubistva, 2) istrebljenje, 3) porobljavanje, 4) deportacija i 5) ostala nečovečna dela. Za postojanje zločina protiv čovečnosti bitno je ispunjenje još dva elemena. To su: a) da je radnja izvršena protiv bilo kog civilnog stanovništva i b) da se radnja preduzima u određeno vreme – pre ili za vreme trajanja rata. Pri tome se kao zločin protiv čovečnosti smatra i svako proganjanje na političkoj, rasnoj ili verskoj osnovi u izvršenju ili u vezi bilo kojeg zločina u nadležnosti ovog suda, bez obzira da li se time vrše ili ne vrše povrede zakona one zemlje u kojoj su zločini izvršeni (Marković, 1973: 176–180). Ovim se krivičnim delom praktično celim ljudskim grupama (pripadnicima političke, rasne ili verske grupe) onemogućava ili otežava življenje, i to kako za vreme rata, tako i pre rata. Iako, to ovaj Statut ne kaže, ovo delo zapravo predstavlja zločin genocida. Ovo je bilo jedino međunarodno krivično delo iz nadležnosti Međunarodnog vojnog suda koje se moglo izvršiti nezavisno od rata ili oružanog sukoba (Petrović, Jovašević, 2010: 178–182).

Ista međunarodna krivična dela poznaje i Zakon broj 10 Kontrolnog saveta za kažnjavanje lica odgovornih za ratne zločine, zločine protiv mira i zločine protiv čovečnosti u članu 2, s tim što pored navedene tri vrste zločina poznaje i posebno delo koje se sastoji u samom članstvu u zločinačkoj grupi ili organizaciji koje su od strane Međunarodnog vojnog suda proglašene zločinačkim (Prljeta, 1992: 47–53). U stavu 2 ovog člana Zakon je izričito odredio da se za ove zločine mogu kazniti sledeća lica: 1) svako lice bez obzira na državljanstvo ili svojstvo u kome je delalo ako je bilo glavni učinilac ili saučesnik, 2) lica koje

⁶ Početak inkriminacije zločina protiv čovečnosti datira iz vremena Prvog svetskog rata kao reakcija savezničkih sila na zločine koje su izvršile turske vlasti u toku 1915. godine nad Jermenima. Velika Britanija i carska Rusija su u zajedničkoj noti optu žile Portu za „zločine protiv čovečnosti i civilizacije“. Na Versajskoj mirovnoj konferenciji je 1919. godine najavljeno ustanovljenje međunarodnog krivičnog suda koji bi, između ostalog, bio nadležan i za „kršenje zakona čovečnosti“. Taj predlog je sprečen od strane SA D, sa obrazloženjem da još uvek nema u tvrđenih i univerzalnih standarda čovečnosti.

je naredilo ili podsticalo ili se saglasilo sa izvršenjem nekog od ovih krivičnih dela, 3) lice koje je bilo povezano sa planovima ili radnjama koje su dovele do izvršenja nekog dela, 4) lice koje je bilo član organizacije ili grupe za vršenje ovih krivičnih dela, 5) lice koje je imalo visoki politički, građanski ili vojni položaj u Nemačkoj ili u nekoj zemlji koja je bila njen saveznik ili zajedno sa njom ratovala ili je bila njen satelit i 6) lice koje je imalo visok položaj u finansijskom, industrijskom ili privrednom životu bilo koje od tih zemalja.

Učiniocu nekog od ovih krivičnih dela se prema odredbi stava 3 ovog člana mogu izreći sledeće kazne: 1) smrtna kazna, 2) doživotni zatvor ili zatvor na određeni broj godina sa prinudnim radom ili bez prinudnog rada, 3) novčana kazna i zatvor sa ili bez prinudnog rada u slučaju neplaćanja novčane kazne, 4) konfiskacija imovine, 5) povraćaj nepravilno stečene imovine i 6) oduzimanje pojedinih ili svih građanskih prava.

Na principima Nirnberške presude, 9. decembra 1948. godine Generalna skupština OUN je donela Konvenciju o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida, koja je stupila n snagu 12. januara 1951. godine (Petrović, Bisić, Perić, 2011: 284–286). Ova Konvencija u članu 2 definiše zločin genocida kao delo izvršeno sa namerom da se potpuno ili delimično uništi jedna nacionalna, etnička, rasna ili verska grupa: 1) ubistvom članova grupe, 2) nanošenjem teških telesnih ii duševnih povreda članovima grupe, 3) namernim podvrgavanjem članova grupe takvim uslovima života koji bi trebalo da dovedu do njenog potpunog ili delimičnog uništenja, 4) nametanjem takvih mera kojima se želi sprečiti rađanje u okviru grupe i 5) prisilnim premeštanjem dece iz svoje grupe u drugu grupu. U članu 3 Konvencija dalje predviđa kao kažnjivo ne samo delo genocida, već i: a) zaveru da se izvrši genocid, b) neposredno i javno podsticanje da se izvrši genocid, v) pokušaj da se izvrši genocid i g) saučesništvo u genocidu.

5. Genocid prema Statutu Haškog tribunala

Rezolucijom Saveta bezbednosti Organizacije ujedinjenih nacija broj 827 od 25. maja 1993. godine usvojen je Statut Međunarodnog tribunala za gonjenje lica odgovornih za ozbiljne povrede međunarodnog humanitarnog prava izvršene na teritoriji bivše SFR Jugoslavije počev od 1991. godine. Ovaj statut, poznat kao Statut Haškog tribunala, (Jovašević, 2011: 256–258) poznaje četiri vrste međunarodnih krivičnih dela. To su: a) teške povrede Ženevskih konvencija od 1949. godine,

b) kršenje zakona i običaja ratovanja, v) genocid i g) zločini protiv čovečnosti (Jovašević, 2002: 14). Učiniocu ovih krivičnih dela od strane Tribunala se može, prema članu 24, izreći samo jedna vrsta kazne i to kazna zatvora u trajanju prema opštoj praksi sudova u Jugoslaviji, pri čemu je sudsko veće obavezno da uzme u obzir težinu izvršenog krivičnog dela (objektivne okolnosti) i lična svojstva optuženog (subjektivne okolnosti). Uz kaznu se učiniocu međunarodnog krivičnog dela mogu izreći i sledeće sankcije: a) povraćaj imovine njihovim pravim vlasnicima (restitucija) i b) oduzimanje dobiti koja je pribavljena kriminalnom delatnošću (Džouns, Pauls, 2005: 131–147).

Najteže krivično delo današnjice "zločin nad zločinima" – genocid (Lukšić, 2001: 283–291) je predviđeno u članu 4 Statuta Haškog tribunala. Ovo delo se sastoji u namernom⁷ uništenju u celini ili delimično nacionalne, etničke, rasne ili religiozne grupe. Praksa Haškog tribunala nije prihvatila ekstenzivno tumačenje pojma genocida koje bi uključivalo nameru uništenja nacionalnog, jezičkog, verskog, kulturnog ili nekog drugog identiteta grupe, a bez njenog fizičkog uništenja (Ivanišević, Ilić, Višnjić, Janjić, 2007: 65).

Bitno je za postojanje ovog međunarodnog krivičnog dela da je u napred navedenoj nameri⁸ preduzeta jedna od sledećih više alternativno predviđenih radnji (Džouns, Pauls, 2005: 143–147): 1) ubijanje članova određene grupe, 2) prouzrokovanje fizičkih ili mentalnih povreda članovima grupe, 3) namerno smeštanje članova grupe u takve uslove života smišljene da dovedu do njenog fizičkog, delimičnog ili potpunog uništenja⁹, 4) sprovođenje mera sa namerom da se spreči rađanje unutar grupe i 5) namerno premeštanje dece jedne grupe u drugu grupu.

7 Presuda u slučaju *Primena Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida u predmetu Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore* od 26. februara 2007. godine.

8 Postojanje genocidne namere u dosadašnjoj praksi Haškog tribunala je utvrđivano putem sledećih kriterijuma: a) opšti kontekst koji obuhvata sledeće elemente: 1) širina i rasprostranjenost izvršenih dela, 2) šira politička doktrina iz koje su dela proizilazila, 3) obim ostvarenih ili pokušanih dela, 4) metodičnost u planiranju ubijanja, 5) sistematičnost ubijanja i uklanjanja leševa, 6) diskriminatorski karakter dela i 7) diskriminatorska namera optuženog, b) izvršenje drugih krivičnih dela sistematski usmerenih protiv iste grupe, v) broj počinjenih zločina, g) sistematsko usmeravanje na civile zbog njihove pripadnosti određenoj grupi i d) ponavljanje destruktivnih i diskriminatorskih dela.

9 U praksi Haškog tribunala ovaj oblik genocida je izvršavan sledećim delatnostima: a) držanjem zatvorenika u zagušljivim i prenatrpanim prostorijama, b) spavanjem zatvorenika na podu i bez čebadi, v) uskraćivanjem zatvorenicima hrane i vode, g) davanjem zatvorenicima nečiste vode koja bi prouzrokovala njihovo

Genocidna namera je najznačajnija karakteristika krivičnog dela genocida. Ona se mora odnositi na uništenje značajnog dela grupe. Taj značajan deo je dovoljno "značajan" da utiče na grupu u celini. Ovaj kvantitativni kriterijum je dopunjen i mogućnostima koje su izvršiocu ovog krivičnog dela stajale na raspolaganju, pa se tako ova namera dokazuje i kada je ona ispoljena samo u odnosu na grupu u okviru ograničenog geografskog područja. I konačno, genocidna namera uzima u obzir i kvalitativne odlike napadnutog dela grupe, dozvoljavajući mogućnost da se kao suštinski deo ukupne grupe kvalifikuje onaj deo koji predstavlja njen simbol ili je bitan za njen opstanak.

Pored neposrednog preduzimanja navedenih radnji (neposredni izvršilac), kao radnje izvršenja genocida smatraju se i sledeće: a) učešće u zaveri radi vršenja genocida, b) direktno i javno podsticanje na vršenje genocida (podstrekavanje), v) pokušaj vršenja genocida, kao i g) saučesništvo u bilo kom obliku u vršenju genocida.

6. Genocid prema Statutu Tribunala za Ruandu

Ista međunarodna krivična dela, kao i Statut Haškog tribunala, sa identičnim obeležjima i karakteristikama poznaje i Statut Međunarodnog krivičnog tribunala za Ruandu. Rezolucijom Saveta bezbednosti Organizacije ujedinjenih nacija broj 955, od 8. Novembra 1994. godine, usvojen je Statut Međunarodnog krivičnog tribunala za Ruandu. Ovaj tribunal je nadležan za kažnjavanje lica koja su odgovorna za genocid i druga teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava koja su izvršena na području Ruande, kao i njenih građana koji su izvršili takva dela na području susednih država u toku 1994. godine. S obzirom da se prema pravnoj kvalifikaciji Saveta bezbednosti OUN ovde nije radilo o međunarodnom oružanom sukobu, to ovaj tribunal i nije nadležan za krivično delo koje se sastoji u "teškom kršenju Ženevskih konvencija iz 1949. godine", kao ni za "kršenje zakona i običaja rata".

Naime, ovaj statut (poznat i kao Statut Tribunala za Ruandu) poznaje tri vrste međunarodnih krivičnih dela. To su: 1) genocid (član 2), 2) zločin protiv čovečnosti (član 3) i 3) zločin koji se sastoji u teškom kršenju člana 3 Ženevskih konvencija i Drugog dopunskog protokola iz 1977. godine (član 4). Učiniocu ovih krivičnih dela od strane Tribunala se može izreći samo jedna vrsta krivične sankcije, i to kazna zatvora koja se može javiti u dva oblika, i to kao: 1) kazna doživotnog zatvora i 2) kazna

obolevanje, d) uskraćivanjem lekova zatvorenicima, đ) neukazivanjem lekarske pomoći zatvorenicima i e) izlaganjem zatvorenika napornom radu.

zatvora u vremenski određenom trajanju. Pri odmeravanju kazne učiniocu međunarodnog krivičnog dela sudsko veće Tribunala za Ruandu je obavezno da uzme u obzir težinu izvršenog krivičnog dela (objektivne okolnosti) i lična svojstva optuženog (subjektivne okolnosti). Uz kaznu se učiniocu dela mogu izreći i dve mere i to: a) povraćaj imovine njihovim pravim vlasnicima (restitucija) i b) oduzimanje dobiti koja je pribavljena kriminalnom delatnošću.

Najteže krivično delo današnjice – genocid je predviđeno u članu 2 Statuta Tribunala za Ruandu. Ono se sastoji u namernom uništenju¹⁰ u celini ili delimično nacionalne, etničke, rasne ili religiozne grupe. Bitno je za postojanje ovog međunarodnog krivičnog dela da je u napred navedenoj nameri preduzeta jedna od sledećih više alternativno predviđenih radnji: 1) ubijanje članova određene grupe, 2) prouzrokovanje fizičkih ili mentalnih povreda članovima grupe, 3) namerno smeštanje članova grupe u takve uslove života smišljene da dovedu do njenog fizičkog, delimičnog ili potpunog uništenja, 4) sprovođenje mera sa namerom da se spreči rađanje unutar grupe i 5) namerno premeštanje dece jedne grupe u drugu grupu (Fabijanić Gagro, Škorić, 2008: 1387–1419). Pored neposrednog preduzimanja navedenih radnji (neposredni izvršilac), kao radnje izvršenja genocida¹¹ smatraju se i sledeće (Degan, 2008: 77–95): 1) učešće u zaveri radi vršenja genocida, 2) direktno i javno podsticanje na vršenje genocida (podstrekavanje), 3) pokušaj vršenja genocida, kao i 4) saučesništvo u bilo kom obliku u vršenju genocida.

7. Genocid prema Rimskom statutu

Rimski statut stalnog Međunarodnog krivičnog suda, usvojen na Diplomatskoj konferenciji OUN u Rimu 17. jula 1998. godine, propisuje da će se pred ovim sudom voditi krivični postupak, utvrđivati krivična odgovornost i izricati krivična sankcija licima koja su učinila

10 Uništenje grupe znači fizičku destrukciju, a ne destrukciju njenog kulturnog bića.

11 Inkriminacija genocida ne traži u objektivnom smislu uništenje neke etničke, odnosno narodne grupe, već samo nameru da se ona u potpunosti ili delimično uništi. Delo mora biti usmereno protiv jednog ili više lica u svojstvu pripadnika te skupine. Ostalo je pri tome nerešeno mogu li se takvim tumačenjem inkriminacije zaštititi i političke grupe koje imaju stabilitet i kontinuitet. Namera se može dokazivati korišćenjem različitih indicija, tako npr. onih koje slede iz opšteg konteksta i sklopa okolnosti pod kojima je zločin učinjen, te njegove prirode i mere (presuda Međunarodnog tribunala za Ruandu u predmetu ICTR-96-4T od 2. Septembra 1998. godine).

najozbiljnije zločine priznate od strane međunarodne zajednice kao celine. U članu 5 ovog Statuta proglašena je nadležnost suda za sledeća međunarodna krivična dela: 1) zločin genocida, 2) zločin protiv čovečnosti, 3) ratne zločine i 4) zločin agresije. Prema članu 77, učiniocu nekog od ovih međunarodnih krivičnih dela sud može izreći sledeće kazne: 1) zatvor u određenom trajanju koje ne može da pređe maksimum od 30 godina, 2) doživotni zatvor kada je ta kazna opravdana ekstremnom težinom zločina i individualnim okolnostima vezanim za učinioca dela, 3) novčanu kaznu prema kriterijumu koji je određen u Pravilima dokazivanja i procedure i 4) konfiskaciju prihoda, vlasništva i dobara koji su direktno ili indirektno pribavljeni izvršenim zločinom.

Zločin genocida¹² je predviđen u odredbi člana 6 ovog statuta (Novoselec, 2004: 498–499). Ovo krivično delo¹³ se čini u nameri da se uništi u celini ili delimično nacionalna, etnička ili verska zajednica¹⁴ na jedan od sledećih načina: 1) ubijanjem članova grupe¹⁵, 2) prouzrokovanjem teških fizičkih ili mentalnih patnji članova grupe, 3) namernim podvrgavanjem grupe životnim uslovima koji treba da dovedu do njenog potpunog ili delimičnog uništenja, 4) preduzimanjem mera uperenih ka sprečavanju rađanja u okviru grupe i 5) prinudnim premeštanjem dece iz jedne u drugu grupu. Dakle, ovde se radi o preuzimanju odredbi Konvencije OUN o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948. godine u pogledu određivanja bića ovog najtežeg međunarodnog krivičnog dela uperenog protiv "čovečanstva".

12 U delu pravne teorije se smatra da genocid ne predstavlja samostalno krivično delo, već da je to samo vrsta zločina protiv čovečnosti.

13 Genocid se određuje kao "zločin nad zločinima". Zabrana vršenja ili propagiranja ovog krivičnog dela predstavlja *ius cogens*, tako da protivpravnost genocidnih aktivnosti, pa i sam kriminalni karakter ovih radnji je opšteprihvaćen i nesporan u međunarodnoj zajednici.

14 Ovom inkriminacijom s u zaštićene samo stabilne grupe, koje karakteriše stalnost i čijim se članom postaje na osnovu rođenja, dok su isključene nestalne skupine čijim se članom postaje na osnovu individualne odluke. Na tom stanovištu stoji i Međunarodni krivični tribunal za Ruandu u slučaju Akajese.

15 Za postojanje genocida nije potreban i veći broj žrtava. Naime, smatra se da je dovoljno da učinilac ubije jedno ili više lica. Isto tako genocid može učiniti i izolovani pojedinac ako postupa sa genocidnom namerom i ako se njegovo ponašanje pok lapa sa drugim sličnim ponašanjima, a takve je prirode da može dovesti do uništenja cele skupine.

8. Zaključak

Međunarodno krivično pravo, kao sistem pravnih propisa sadržanih u aktima međunarodne zajednice i krivičnom zakonodavstvu pojedinih država, predviđa krivičnu odgovornost i kažnjivost za međunarodna krivična dela. To su dela kojima se krše ratni zakoni i običaji rata (međunarodno humanitarno pravo), kojima se povređuje ili ugrožava mir među narodima i bezbednost čovečanstva. Za ova dela propisane su najteže vrste i mere kazni koje uopšte poznaje krivično zakonodavstvo danas. Za učinioce ovih dela u određenim slučajevima primarna je nadležnost međunarodnih sudskih (nacionalnih) organa, kao što su npr. Tokijski i Nirnberški sud, Haški tribunal, Tribunal za Ruandu, Rimski sud itd.

Među međunarodnim krivičnim delima se po svom značaju, prirodi i karakteru izdvaja zločin nad zločinima. To je zločin genocida. Delo genocida se sastoji u izdavanju naređenja da se vrše ili u vršenju: ubistava, teške povrede tela ili teškog narušavanja fizičkog ili duševnog zdravlja članova grupe ljudi, ili u stavljanju članova grupe u takve životne uslove koji dovode do njenog potpunog ili delimičnog istrebljenja, ili u primeni mera kojima se sprečava rađanje između pripadnika grupe, ili u prinudnom preseljavanju dece u drugu grupu, a u nameri da se potpuno ili delimično uništi nacionalna, etnička, rasna ili verska grupa ljudi. Ovo delo označava ubijanje roda, odnosno plemena. Rezolucijom Generalne skupštine OUN broj 96/I od 11. Decembra 1946. godine genocid je proglašen za "međunarodno krivično delo koje je u suprotnosti sa du hom i ciljevima OUN i koje civilizovani svet osuđuje". Iako se pojavio kao "podvrsta zločina protiv čovečnosti", genocid je ubrzo dobio autonoman status i sadržinu kao jedno od najtežih krivičnih dela današnjice.

Genocid kao međunarodno krivično delo određuju tri elementa: a) objektivni sastojak – actus reus, b) subjektivni sastojak – mens rea i b) objekt dela – skupina ili grupa – žrtva. Osnov za ovu inkriminaciju se nalazi u Konvenciji o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948. godine, koja u članu 2 određuje pojam i elemente ovog međunarodnog krivičnog dela. U zakonodavstvu, teoriji i praksi ovaj izraz ima šire tumačenje. Naime, pod ovim izrazom se podrazumeva ne samo ubijanje, već uništenje na bilo koji način određene grupe koja čini jednu povezanu celinu na nacionalnoj, etničkoj, rasnoj ili verskoj osnovi.

Literatura

- Bačić, 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 sudištima. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*. Zagreb. 1–2. 77–95
- Džouns, Dž., Pauls, S. (2005). *Međunarodna krivična praksa*. Sarajevo: Magistrat
- Đurđić, V., Jovašević, D. (2003). *Međunarodno krivično pravo*. Beograd: Nomos
- Ivanišević, B., Ilić, G., Višnjić, T., Janjić, V. (2007). *Vodič kroz Haški tribunal*. Beograd: Savet Evrope
- Jovašević, D. (2002). *Komentar Krivičnog zakona SR Jugoslavije*. Beograd: Službeni glasnik
- Jovašević, D. (2010). *Međunarodna krivična dela – odgovornost i kažnjivost*. Niš: Pravni fakultet
- Jovašević, D. (2011). *Međunarodno krivično pravo*. Niš: Pravni fakultet
- Jovašević, D. (2014). *Krivično pravo. Posebni deo*. Beograd: Dosije
- 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
- Marković, M. (1973). Nirnberško suđenje – primena novih načela u međunarodnom krivičnom pravu. *Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja*. Beograd. 2. 176–180
- Nirnberška presuda. Beograd: *Arhiv za pravne i društvene nauke*. (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

Prljeta, Lj. (1992). *Zločin protiv čovečnosti i međunarodnog prava*. Beograd: Službeni list

Simović, M., Blagojević, M., Simović, V. (2013). *Međunarodno krivično pravo*. Istočno Sarajevo: Pravni fakultet

„Službeni vesnik Prezidijuma Narodne skupštine FNRJ“, br. 2. 1950

„Službeni list FNRJ“, br. 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 11th 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.*

Dr Miomira Kostić,*
Redovni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu
Dr Filip Mirić,*
Stručni saradnik za nastavu Pravnog fakulteta
Univerzitet u Nišu

originalni naučni članak
UDK: 343.97:364.672.2
Rad primljen: 30.06.2015.
Rad prihvaćen: 03.12.2015.

DVOSTRUKI ODRAZ NEPISMENOSTI – VIKTIMOGENA PREDISPOZICIJA I/ILI KRIMINOGENI FAKTOR

Apstrakt: U kriminološkoj udžbeničkoj književnosti često je citirana misao V. Igoa: „Otvaranje jedne škole vodi zatvaranju jednog zatvora“. Zastupanje stavova ove optimističke struje, u idealnom smislu, ukazuje na to da se povećanjem obrazovanja smanjuje nivo kriminaliteta, a s druge strane, statistički podaci pokazuju da se obim kriminaliteta nije smanjio sa smanjenjem broja nepismenih. Po pesimističkoj struji, koja svoje uporište nalazi u tome da se visoka pismenost, sticana odgovarajućim obrazovanjem, vezuje za vršenje nekih posebno sofisticiranih tipova kriminaliteta, poput kompjuterskog, ili kriminaliteta belog okovratnika, obrazovanje nema neposredni uticaj na opadanje kriminaliteta.

Prema podacima Uneska, postignut je veliki napredak u podizanju nivoa pismenosti kod stanovništva u svetu, ali ipak i danas postoji 781 milion odraslih osoba i 126 miliona mladih koji ne mogu da pročitaju ili napišu jednostavnu rečenicu – među njima je 2/3 žena. Ovi pokazatelji imaju svoje implikacije u odnosu na globalne napore za smanjenje siromaštva.

Posmatrajući ovu stvarnu i u budućnosti pretpostavljenu uslovljenost pismenosti/nepismenosti stanovništva i stepena siromaštva, moguće je načiniti komparaciju između ovih faktora (endogene i egzogene prirode), s jedne strane, i učestalosti delinkventnih aktivnosti kod takvog stanovništva, s druge strane. No, ni stepen viktimizacije kod njih nije zanemarljiv. Naprotiv,

* kosticm@prafak.ni.ac.rs

** filip@prafak.ni.ac.rs

povezanost s nekim drugim kriminogenim faktorima (siromaštvo, neobrazovanost, loše susedstvo, socijalno-patološke pojave i sl.), čini pogodno tlo za razvoj viktimogene predisponiranosti, posebno kod žena i mladih.

Ključne reči: *pismenost, nepismenost, siromaštvo, žene, mladi, delinkvencija, viktimogeneza.*

1. Uvod

Biti pismen – označava osobinu one osobe koja ume da čita i piše, koja je opismenjena. Pismenost obuhvata i poznavanje sistema pisanja i čitanja, kao i korektnu gramatičko-stilsku osposobljenost pisanja (Matica srpska, 2007: 930). Stoga, na prvi pogled, pismenost treba da predstavlja reč koju svi dobro razumeju. Ali, istovremeno, pismenost je, konceptualno posmatrano, termin koji u sebi nosi složenost i dinamičnost, i koji se stalno objašnjava i određuje na mnogobrojne načine. Shvatanja, rasprostranjena u javnosti, o tome šta predstavljaju pojmovi *pismenost* ili *nepismenost* su pod uticajem: akademskih istraživanja; programa rada različitih institucija; nacionalnog određenja; kulturnih vrednosti; kao i ličnih iskustava.

U akademskoj zajednici, teorije o pismenosti su se razvijale, počev od onih koje su u centru interesovanja imale promene u čoveku pojedincu, ka onima koje zastupaju mnogo složeniji pogled i kojima je obuhvaćen mnogo širi socijalni kontekst, kao „opismenjeno okruženje“, ili „opismenjeno društvo“. Time se, ipak, utiče na podržavanje i omogućavanje postupaka opismenjavanja stanovništva. Kao rezultati u razvoju ovih shvatanja i napredaka u odnosu prema pismenosti, kao i razumevanja međunarodne političke zajednice, došlo se do nekih vidljivih pomaka. Najpre, od shvatanja pismenosti kao jednostavnog procesa za postizanje osnovnih kognitivnih veština, do upotrebe tih veština na načine koji doprinose socioekonomskom razvoju, pa sve ka proširivanju kapaciteta društvene svesti i kritičkog odraza kao osnova za ličnu i društvenu promenu.

Ono što je dostupno na internetu, kao otvorenoj biblioteci, svakako se može sublimirati kroz sledeća određenja pismenosti: kvalitet ili nivo nečije pismenosti, kvalitet čitanja ili pisanja; ili, posedovanje obrazovanja: „da se ispita nečija obrazovanost“; ili, znanje o nekom određenom predmetu ili polju nauke: „poboljšanje vašeg poznavanja finansija“.¹

1 Navedeno prema: *Dictinary.com*, Retrieved 11, March 2015 from <http://dictionary.reference.com/browse/literacy>.

Naizgled jednostavna, ova određenja mogu biti prikazana i u svojoj složenosti. Otuda, pismenost je sposobnost korišćenja raspoloživih sistema simbola, koji su u osnovi učenja i podučavanja, u cilju shvatanja i sastavljanja, ili u cilju sačinjavanja komunikacijske smislenosti i znanja. Pismenost je širi pojam od štampane reči, koja se čita ili piše. Ona je oblikovana kontekstom, učesnicima, i primenjenim tehnologijama. Današnji kontekst obu hvata razvoj tehnologija, zajedno s vizuelnim, audio, gestovnim, prostornim, ili multimedijalnim diskursom.²

Biti opismenjen je srce učenja u bilo kojoj predmetnoj oblasti. U stvari, biti pismen je preduslov za učenje. Na način kako studenti napreduju tokom svog školovanja i zalaze u pojedine oblasti sve detaljnije, koncept pismenosti postaje sve izazovniji. Studenti koriste različite izvore znanja, uz sve složeniju upotrebu jezika i struktura, uz posebno sofisticirane grafičke i numeričke prezentacije. Oni uče strategije pisanja i čitanja, koriste različite evidencije i pogodne izvore podataka u svakoj oblasti.

Osim toga, pismenost je oduvek obu hvatala kolekciju kulturne i komunikacijske prakse koja se deli među članovima određene grupe. Kako se menja jedno društvo i tehnologija, tako se menja i pismenost. Čovek 21. veka mora da poseduje širok spektar sposobnosti i veština, mnogobrojne oblike pismenosti. Ova pismenost, kao čitanje štampe on-line, ili učešće u virtuelnim učionicama, predstavlja multiplikovanu, dinamičku, savitljivu veštinu. Slično kao i u prošlosti, oblici pismenosti su nerazdvojno povezani uz istorijske okolnosti, životne mogućnosti i društvene puteve pojedinaca i grupa.

Na kraju, pismenost podrazumeva kontinuitet učenja, kojim se omogućava da pojedinac dostigne svoje ciljeve, da razvije svoje potencijale i svoje znanje, i da učestvuje u punoj meri u svojoj zajednici i širem društvenom okruženju.³

2. Istorijski osvrt na pismenost i opismenjavanje

Neki naučnici, koji se više decenija bave fenomenom pismenosti, poput Grafa, na primer (Graff, 1994: 38), tvrde da je u vezi s pismošću uvek postojao neki krizni trenutak istorijski posmatrano. Škole i

² Navedeno prema: *Reflections about the Meaning of Literacy*, April 27, 2012, Retrieved 11 March 2015, from <http://www.literacyinlearningexchange.org/defining-literacy>.

³ Navedeno prema: *Reflections about the Meaning of Literacy*, April 27, 2012, Retrieved 11 March 2015, from <http://www.literacyinlearningexchange.org/defining-literacy>.

univerziteti stalno su predstavljali lako privlačne mete, s utvrđenom odgovornošću i krivicom u teškim, smutnim vremenima, kao i pitanje pismenosti stanovništva. Uz postojeće kontradikcije, nivoi pismenosti stanovništva spontano služe kao simboli i simptomi, uzroci i posledice. Oni, sami po sebi, predstavljaju pogodna, jednostavna obeležja za masovnu kritiku, koja se ne upućuje suštinskim izvorima, ili čak, u krajnjem, uspešnoj transformaciji tog pitanja. Zato ovaj autor citira reči istoričara Majkla Kaca (Michael Katz), da se skoro sto pedeset godina unazad obrazovanje predlaže za rešavanje svakog krupnog društvenog problema (Graff, 1994: 38).

Graf čak izdvaja nekoliko ključnih tačaka koje se odnose na istorijat pismenosti. Naime, ovaj autor ističe da pismenost, isto kao i školovanje i učenje, ima svoje istorijske osnove i temelje. Isto tako, ovi procesi su snažno otporni na promene (Graff, 1994: 43). Njihove su osnove „fundamentalno kompleksne“, praktično i teorijski. Pismenost se postavlja u hijerarhijski odnos moći i bogatstva, kao suprotnost egalitarnoj demokratiji. Zatim, kao njen doprinos razvitku ekonomije, politike, društva. Čak i elementarna pismenost, kao i učenje i praksovanje, predstavljaju psihičku, neurološku i kognitivnu radnju. Sticanje pismenosti predstavlja složen zadatak (Graff, 1994: 44). Stoga, različite društvene okolnosti, značaj medija, tehnologije, pedagogije, institucionalnih postavki ne podrazumevaju motivaciju pojedinca samu po sebi – uočavanje potreba, nekada odbrambenih, ili ispunjenih strahom, nekada uz veliko zadovoljstvo i satisfakciju, nesumnjivo je veći podstrek nego što su to biološka starost i socijalni status (Graff, 1994: 49).

Veliki san reformatora bio je u tome da se stvore formalne, obavezne, masovne javne škole, „poput očekivane strane za virtuelnu univerzalnu transmisiju minimalnog nivoa pismenosti, recipročno rasprostranjenog s osnovnim dogmama sekularnog morala“ (Graff, 1994: 50).

Pismenost je deo elementarnog obrazovanja. Međutim, kao glavna poteškoća javlja se rasprostranjenost evidentiranja nejednakih mogućnosti i školskih početaka, od radikalno različitih osnova za decu iz nejednakih društvenih klasa, rasa, i etičkih grupa, i profesorskih očekivanja u vezi s posebnostima različitih mladih osoba. Rodni pristup takođe je značajan. Motivacija među mladima umnogome se razlikuje u različitim socijalnim linijama, ali i između dece i mladih istog porekla.

Slično tome kako pojedinci prate drugačije puteve ka opismenjavanju i učenju, istorijski posmatrano, i ljudska društva zauzimala su različite staze u dostizanju viših nivoa popularnog opismenjavanja (Graff, 1994:51-52).

U SAD, na primer, postoji duga tradicija u naporima države za opismenjavanje stanovništva, čak duža od dve stotine godina. Od najranijih dana osnivanja federalne države, vlade su uvek obezbeđivale fondove da utemelje, ohrabre i prošire programe radi pružanja pomoći odraslim osobama da prevaziđu obrazovne poteškoće koje onemogućavaju uspešno i odgovorno učešće u životu i napretku jednog naroda. Stoga, SAD su, na nivou savezne vlasti, organizovale večernje škole za odrasle, obrazovanje putem kurseva, kao i školovanje za naturalizovane Amerikance. Zapisi u državnim arhivama sadrže dokaze o organizovanom obrazovanju za odrasle koji datiraju još iz 18. veka. Do ranih šezdesetih godina 20. veka, siromaštvo i opismenjavanje odraslih postali su ponovni predmet pažnje u SAD. Godine 1964. donet je Economic Opportunity Act, koji u glavi drugoj propisuje normativni temelj osnovnog edukativnog programa za odrasle kao posebne budžetske linije. Te prve godine nakon usvajanja zakona, SAD su izdvojile 18.6 miliona dolara za različite programe obrazovanja odraslih.⁴

U Evropi, ministri obrazovanja EU su postavili zajednički cilj da se stopa petnaestogodišnjaka koji nisu savladali osnove čitanja smanji sa sadašnjih 20% na 15% do 2020. godine. Prema izveštaju Programa procene učeničkih postignuća (PISA) Organizacije za ekonomsku saradnju i razvoj (OECD), u 2009. godini 41% učenika u Bugarskoj nije dostigao odgovarajući nivo funkcionalne pismenosti, a u Rumuniji 40,4%. Broj funkcionalno nepismenih se ipak smanjio u odnosu na 2006. godinu za 10,1 procentni poen u Bugarskoj i 13,1 procentni poen u Rumuniji. Najmanje funkcionalno nepismenih učenika u EU je u 2009. godini zabeleženo u Finskoj – 8,1%.

Prema izveštaju PISA za 2009. godinu, procenat učenika u Srbiji koji nisu dostigli nivo funkcionalne pismenosti smanjen je sa 52% u 2006. godini na 33% u 2009. godini. Po čitalačkoj pismenosti učenika, Srbija je bila ispred: Bugarske, Rumunije, Crne Gore i Albanije, a zaostajala je za Slovenijom i Hrvatskom. Izveštaj je pokazao da u EU postoji značajan jaz među polovima, pošto je stopa dečaka (26,6%) koji nisu dovoljno pismeni znatno veća od stope devojčica (13,3%). Jaz među polovima je najmanje izražen u Holandiji, u kojoj prema podacima iz 2009. Godine 10,8% devojčica i 17,9% dečaka nije savladalo u dovoljnoj meri čitanje i pisanje. Slede Danska (11,5% devojčica i 19% dečaka) i Belgija (13,8% devojčica i 21,5% dečaka). Taj jaz je najviše izražen na Malti, u kojoj 48,4% dečaka nije savladalo u dovoljnoj meri pisanje i čitanje, devojčica

⁴ Navedeno prema: *History of the Adult Education Act*, Retrieved 18 March, 2015 from <http://www.naepdc.org/issues/AEAHistort.htm>.

24,4%, zatim Bugarskoj (52% dečaka i 29,2% devojčica) i Litvaniji (35,5% dečaka i 13% devojčica).⁵

U zemljama u kojima je nepismenost iskorenjena pitanje o pismenosti se ne obuhvata popisom. Kod nas se ono redovno prati u svim dosadašnjim popisima, a postavlja se svim licima starijim od deset godina. Po popisu iz 2002. godine, u Srbiji je bilo 232.925 nepismenih lica, što je bilo 3,5% od ukupnog stanovništva starijeg od deset godina. Od broja nepismenih, 81,1% je bilo u centralnoj Srbiji, ili 188.835 lica, a u Vojvodini 44.090, ili 18,9%. Istovremeno, udeo nepismenih u ukupnom stanovništvu starijem od deset godina bio je 3,8% u centralnoj Srbiji i 2,4% u Vojvodini (Demografski pregled, 2003: 1).⁶ Rezultati popisa iz 2012. pokazali su da je broj nepismenih ljudi u Srbiji prepolovljen u odnosu na popis iz 2002. godine, i sada ih ima oko 165.000, od kojih više od 80% čine žene. Nepotpunu osnovnu školu ima oko 677.000 stanovnika Srbije, ili 11%, a 2002. godine bilo ih je više od milion. S visokim obrazovanjem u Srbiji je nešto više od 650.000 stanovnika, što je skoro 11%, za razliku od 2002. godine kada je bilo 6,52%. Kompjuterski je nepismeno više od 50% stanovništva Srbije.⁷

3. Oblasti razumevanja pismenosti

Od sredine 20. veka naučnici su počeli da posvećuju posebnu pažnju definisanju pismenosti, a njihov rad imao je neposredne posledice u pristupima prakse i politike pojedinih zemalja. Naučnici širokog spektra interesovanja, iz oblasti psihologije, ekonomije, lingvistike, sociologije, antropologije, filozofije i istorije, počeli su da učestvuju u debati raznolikog konteksta o tome šta je pismenost i kako je ona povezana u širem smislu s obrazovanjem i saznanjem. Uzimajući u obzir tradiciju, kriticizam i pristupe u odnosu na pismenost, u dokumentima Uneskoa izdvojene su četiri oblasti razumevanja pismenosti: To su: pismenost kao samostalni skup veština; pismenost kao nešto što se primenjuje, praktikuje i utvrđeno je stanje; pismenost kao proces učenja; pismenost kao tekst, sadržina od reči (Understandings of literacy, 2006: 148).

5 Navedeno prema: *Nedovoljna pismenost problem i u EU i Srbiji*, 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 Takođe dostupno i na: *Slika nepismenosti u Srbiji*, Retrieved 24 March 2015 from <http://www.minrzs.gov.rs/files/doc/porodica/Demografski%20pregled/2003/16%20Slika%20nepismenosti%20u%20Srbiji.pdf>.

7 Navedeno prema: *U Srbiji 165.000 nepismenih*, Retrieved 24 March 2015, from <http://www.dnevnik.rs/drustvo/u-srbiji-165000-nepismenih>.

Pismenost kao samostalni skup veština obuhvata umeće čitanja, pisanja i govora. Najuobičajenije razumevanje pismenosti je upravo u tome da je to skup procenjivih veština, posebno kognitivnih veština čitanja i pisanja, koje su nezavisne od konteksta u kome su stečene i od prošlog života te osobe. Ovo shvatanje pismenosti obuhvata i umeća računanja, kao i sposobnost pristupa znanju i informacijama.

Sledeća oblast razumevanja pismenosti odnosi se na to kako se pismenost primenjuje, praktikuje i utvrđenom je stanju, pa više predstavlja način skretanja pažnje na pismenost kao veštinu primenjenu na pravi način. Šezdesetih i sedamdesetih godina 20. veka, ovakvim shvatanjem inicijalno se isticao značaj pismenosti na socioekonomski razvoj.

Pismenost kao proces učenja podrazumeva da kada neko uči, taj postaje opismenjen. To je jedan od andragoških principa, ili teorije obrazovanja odraslih, po kojoj je učenik u centru edukativnog procesa, uz kritičku refleksiju tog centra.

Pismenost kao tekst, sadržina sastavljena od reči, jeste četvrti način razumevanja pismenosti, kao predmetnog određenja u kome je priroda tog teksta sastavljena i korišćena od strane pismenog pojedinca. Tekstovi se razlikuju u zavisnosti od predmeta i žanra. Ovaj način podrazumeva analizu sadržaja, slično sociolingvističkom diskursu (*Understandings of literacy*, 2006: 149–152).

Objašnjenja pismenosti neminovno vode objašnjenju suprotne pojave – nepismenosti. Jedan od pregalaca filozofske misli 20. veka A. N. Vajthed (Alfred North Whitehead) je rekao: „Ne neznanje, već neznanje neznanja je smrt znanja“. U nauci se navode različiti izrazi, kao nepismenost, polunepismenost, funkcionalna nepismenost, praćeni frustracijama, uznemirenošću i razočarenjem osobe kod koje je uočena manjkava pismenost. Osim toga, spominje se i prikrivena nepismenost, koja označava ignorisanje, odnosno neznanje sopstvenog neznanja. Nepismene osobe skrivaju svoju nepismenost od sebe, i često ne shvataju u potpunosti informacije i ideje koje primaju iz spoljnog sveta. I pošto nepismenost nikada kao takva nije bila identifikovana od strane same nepismene osobe, ona je skrivena i od drugih.⁸

8 Наведено према *Applied Scholastics*, Retrieved 10 March 2015 from <http://www.appliedscholastics.org/education-issues/hidden-illiteracy-the-ignorance-of-ignorance.html>.

4. Posledice nepismenosti

Nepismenost može da pogađa kako individu u, tako i društvo u celini. To se odnosi na sledeće aspekte življenja: ograničenje sposobnosti da se prime i razumeju suštastvene informacije; nezaposlenost (stopa nezaposlenosti je 2-4 puta veća kod onih s nižim stepenom obrazovanja nego kod onih s višim obrazovanjem); niža zarada; obavljanje jednostavnijih poslova; ograničenje mogućnosti celoživotnog učenja i profesionalnog razvoja; neizvestan finansijski položaj; pridavanje malog značaja čitanju i obrazovanju u porodici, što često vodi ka intergeneracijskoj transmisiji nepismenosti; nizak nivo samopoštovanja koji može dovesti do izolacije; uticaji na zdravlje (nepismene osobe doživljavaju povrede na poslu, potreban im je duži oporavak i kod njih su češće zloupotrebe medikamenata usled neznanja o tome kako da zaštite svoje zdravlje i zato što imaju teškoće kod čitanja i razumevanja relevantnih informacija, kao što su upozorenja, doziranje, kontraindikacije).

Nepismenost ima i svoje posledice po društvo. Pošto je pismenost suštinsko sredstvo za pojedinca i društvo da budu konkurentni u uslovima nove globalne ekonomije, mnoge pozicije ostaju nepopunjene usled pomanjkanja lične sposobnosti da se one dosegnu. Teškoće oko razumevanja socijalnih izvora umanjuju nivo uključivanja u zajednicu i učešća u građanskom društvu.⁹

U kriminološkoj literaturi ne postoje jedinstvena shvatanja o tome kako obrazovanje može da utiče na ispoljavanje delinkventnih aktivnosti (pesimistička i optimistička struja),¹⁰ mada statistički podaci pokazuju da se među delinkventima nalazi veliki broj onih sa niskim obrazovanjem i nižim stepenom kulture (Milutinović, 1988: 323–324). Među mnogim faktorima vezanim za uticaj škole na kriminalitet, posebno se ističu: neuspeh u školi, napuštanje škole i nizak nivo obrazovanja. Slab uspeh u učenju, ponavljanje razreda, slabo napredovanje u savlađivanju školskog gradiva utiču na nemogućnost sticanja potrebnog znanja i obrazovanja, nedostatak radnih navika, kao i na pojavu određenih smetnji u ponašanju, kao što su: bežanje od škole, skitnja, alkoholizam, narkomanija, prostitucija, vršenje krivičnih dela (Konstantinović-Vilić, Nikolić-Ristanović, 1998: 315).

9 Navedeno prema: *Consequences of illiteracy*, Retrieved 10 March 2015 from <https://www.fondationalphabetisation.org/en/foundation/causes-of-illiteracy/consequences-of-illiteracy/>

10 Lombrozo je isticao da deca koja već u osnovnoj školi pokazuju stigmat rođenog kriminalca treba da budu izdvojena i podvrgnuta specijalnom tretmanu, planiranom tako da jača inhibitorne faktore i uguši kriminalne nagone (Mannheim, 1970: 224).

Faktor napuštanja škole smatra se osnovnim uzrokom delinkvencije i pojave narkomanije među decom. Rezultati istraživanja su ponekad kontradiktorni, naročito kada se ustanovi da su mnoga devijantna ponašanja učinjena od strane onih koji pohađaju školu, ali je, opet, jednostavnije otkriti ili uhapsiti one koji su napustili školu. Isto tako, verovatnije je da će delinkventno ponašanje, pogotovu ono učinjeno s grupom vršnjaka, olakšati donošenje odluke da se napusti škola. Klinard navodi razvrstavanje načina napuštanja daljeg školovanja, i to kao: nehotično napuštanje, napuštanje zbog mentalne zaostalosti i napuštanje škole od strane intelektualno sposobne dece (Clinard, 1968: 715). Školska sredina, kao i poteškoće oko uklapanja u novoformirane odnose zahtevaju sposobnost prilagođavanja, koja ima skoro odlučujući doprinos za detetov dalji odnos prema školi i obrazovanju i za eventualnu pojavu devijantnog i delinkventnog ponašanja, čak više nego što je doprinos intelektualnih sposobnosti.

Međutim, procesi obrazovanja i školovanja, iako sadrže niz nedostataka tehničke i sadržajne prirode, ne mogu imati dejstvo neposrednog kriminogenog faktora. Kada dete potiče iz degradirane porodice, škola teško može da utiče na dete u suprotnom smeru od onoga u porodici koji je primaran, zato što nova sredina, s posebnim zahtevima i specifičnim autoritativnim odnosom, samo dodatno opterećuje i zbunjuje već viktimizirano dete. Sami roditelji će postati obeshrabreni u uslovima socijalne izolacije, siromaštva, bračnog razdvajanja ili nedostatka društvene potpore, a kao posledica njihove demoralisanosti, oni će biti manje sposobni da uspostave kontakt s decom nižih intelektualnih mogućnosti i da im pruže podršku u razvijanju emocionalne kontrole, spremnosti za učenje i u drugim društvenim veštinama. Svi ovi nedostaci utiču da dete bude loše pripremljeno za društvene i obrazovne zahteve koje postavlja škola. Takođe, dete koje krene u školu s razvijenim sposobnostima da ispoljava agresivnost i oseća neispunjenost je loše pripremljeno da savlada čitanje, što predstavlja najznačajniji obrazovni zadatak prvih godina u školi.

Osim toga, još jedna osobina, u mnogobrojnim visoko rizičnim faktorima javljanja nasilja i antisocijalnog ponašanja kod dece, jeste nedostatak porodične podrške za ostvarenje dobrog vladanja u školi i zalaganja da se savlada školsko gradivo. Deca iz takvih porodica se zbližavaju s decom sličnih osobina i ponašanja, što stvara velike teškoće nastavnicima koji nesvesno postaju nedosledni u svom odnosu prema đacima, verbalno ih zlostavljaju i stvaraju prinudni odnos sa decom. Zbog toga, neki sociolozi ističu da "ironijom

životnog iskustva” nasilni obrasci ponašanja nastavnika oživljavaju porodično iskustvo visoko rizične dece i pojačavaju njihovo problemsko ponašanje. Tako se između agresivne, odbojne dece i nastavnika stvara jaz koji onemogućava pružanje podrške problematičnoj deci. To se naročito može da odrazi u kontaktima između roditelja i nastavnika, u kojima roditelj oseća poniženje i bol zbog detetovog ponašanja (Coie,1996: 7–9).

Ona deca koja ispoljavaju rano i neprekidno antisocijalno ponašanje su više sklona tome da pokažu neuspeh u učenju, još u osnovnoj školi, i manjak privrženosti školi. Rano ispoljavanje neprekidnog antisocijalnog ponašanja u prvim godinama osnovne škole predskazuje da će se kasnije javiti kriminalno i nasilničko ponašanje. Deca koja tokom perioda osnovnoškolskog uzrasta pokazuju antisocijalno ponašanje, kao što su agresija, negativističko raspoloženje i izlivi besa, imaju veću verovatnoću da se upuste u zločin i nasilje kao adolescenti i odrasle osobe nego deca koja ne ispoljavaju antisocijalno ponašanje. Neuspeh u učenju je faktor rizika nasilja i delinkvencije koji se ispoljava kao pokazatelj u kasnijim godinama osnovnoškolskog obrazovanja, dok nedostatak privrženosti školi dovodi do veće sklonosti ka delinkvenciji nego kod mladih koji prihvataju svoj položaj i ulogu đaka kao nešto što je željeno i vodi sposobljavanju za život.

Nepismenost žena je direktna posledica stereotipa i predrasuda u društvu. Živeći u „svetu muškaraca“, mnogim ženama je obrazovanje nedostupno. Nepismene, van sistema obrazovanja, ove žene su podložne i viktimizaciji, jer im ostaju nedostupne informacije o brojnim načinima kako da se od nje zaštite. O tome slikovito govori i ispovest Hadije B. iz Bosne i Hercegovine: „Gdje god da odem, u šta god da pogledam, svugdje nešto piše, a ja ne znam šta. Slijepa sam pored očiju”, kaže sa suzama u očima sedamdesetogodišnja Hadija B. i spušta pogled u krilo. „Takav je običaj kod nas bio, takvo vrijeme. Ženska djeca nisu išla u školu, morala su raditi po kući, čuvati stoku. Jedino što su me kao dijete naučili jesu brojevi. Da me neko ne prevari na tržnici. Ne znam šta piše na lijekovima, kako se upotrebljavaju. Ne znam šta piše u prodavnicama, gdje šta stoji, za šta je šta, stalno zapitkujem, ponešto pamtim, stidim se. Djeca su me tjerala da naučim, ali nisam imala vremena, uvijek je posao bio preči“.¹¹

Nepismenost i nedovoljno obrazovanje utiču na gotovo sve sfere života. Otežan je ulazak u svet rada, zdravstvena zaštita, prevencija

11 *Nepismene žene održavaju moćna muška carstva*, Retrieved 9 May 2015, from <http://balkans.aljazeera.net/vijesti/nepismene-zene-odrzavaju-mocna-muska-carstva>.

kriminaliteta itd. Suština kriminalne politike je upravo u primarnoj prevenciji, koje nema i ne može biti bez obaveštenih građana o mehanizmima zaštite od kriminaliteta. U ovom procesu, pismenost shvaćena u najširem smislu ima ključnu ulogu. Sasvim je jasno da opismenjavanje stanovništva ima mnogo širi značaj od razvoja individue. Suzbijanje nepismenosti obezbeđuje permanentni razvoj društva, koje jedino tako može postati zajednica samosvesnih mislećih pojedinaca. Na ostvarivanju ovog civilizacijskog zadatka, zajednica u kojoj živimo treba da usmeri sve svoje snage i potencijale.

5. Nekoliko zaključnih razmatranja

Komunikacija među članovima grupe ne predstavlja posebnu specifičnost ljudskog roda, već i članovi drugih viših i nižih životinjskih vrsta imaju svoju osobenu komunikaciju. Međutim, pronalazak pisma ipak predstavlja neuporedivo važnije sredstvo za komunikaciju nego bilo koje drugo „materijalno pomagalo putem kojih poruke stižu od svojega izvora (davaoca) do onih kojima su namenjene (primalaca)“ (Zvonarević, 1976: 379). Kako Zvonarević opaža, pronalazak pisma omogućio je da poruke među ljudima bivaju odašiljane i primane nezavisno od onoga ko ih je uputio ili stvorio. Jer, domet poruke više nije zavisio od jačine čovekovog glasa ili zvuka udaraca bubnjeva.

Način, sredstva i ciljevi koji se ostvaruju razmenom poruka među ljudima uslovljeni su mnogobrojnim egzogenim i endogenim karakteristikama, a posebno krajnjim nevidljivim, ili bližim, vidljivim ciljevima koji se žele ostvariti. Niti je svako dejstvo odašiljane poruke prihvatljivo za društvo u datom trenutku, niti uvek neprihvatljivo. Kraj 20. i početak 21. veka doneli su novi, ubrzani vid komunikacije preko posebnog tehničkog sredstva, kompjutera, i virtuelnog sveta, interneta. Tehnička opismenjenost pokrenula je mnoge od svetskih revolucija na pragu 21. veka, s jedne strane, dok su i mnoge individualne aspiracije, težnje, događaji u pojedinačnim ljudskim životima doneli neslućene izazove.

Pitanje pismenosti i opismenjavanja stanovništva nije individualni, ničim regulisani proces koji treba da zavisi od volje pojedinaca. To je državno pitanje, prioritetno, s ciljem ostvarivanja nacionalnog interesa naroda, pa stoga mora funkcionisati uz određene budžetske standarde, predviđene ne samo za postizanje krajnjeg cilja – osnovnog opismenjavanja stanovništva, već za stvaranje visoko sofisticirane mreže stručnjaka i institucija koji bi se ovim pitanjem bavili. Iskorenjivanje nepismenosti kod nas mora biti prioritetni zadatak

svih učenih ljudi. Potreba za školom i sticanjem saznanja treba da nas vrati u vreme Dositeja Obradovića, čiji „Život i priključenja“ i dalje pripovedaju o nasušnoj potrebi ljudi za znanjem.

Literatura

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>

Zvonarević, M. (1976). *Socijalna psihologija*. Zagreb: Školska knjiga

Konstantinović-Vilić, S. Nikolić-Ristanović, V. (1998). *Kriminologija*. Niš: Studentski kulturni centar

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>

Milutinović, M. (1988). *Kriminologija*. Beograd: Savremena administracija

Nedovoljna pismenost problem i u EU i Srbiji, 7. 9. 2012, Retrieved 24 March 2015 from <http://www.euractiv.rs/srbija-i-eu/4670-nedovoljna-pismenost-problem-i-u-eu-i-srbiji>

Nepismene žene održavaju moćna muška carstva, Retrieved 9 May 2015, from <http://balkans.aljazeera.net/vijesti/nepismene-zene-odrzavaju-mocna-muska-carstva>

Rečnik srpskoga jezika. (2007). Novi Sad: Matica srpska

Slika nepismenosti u Srbiji. (2013). *Demografski pregled*. Retrieved 24 March 2015 from <http://www.minrzs.gov.rs/files/doc/porodica/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

U Srbiji 165.000 nepismenih, Retrieved 24 March 2015, from [http:// www.dnevnik.rs/drustvo/u-srbiji-165000-nepismenih](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](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/](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.

Dr Darko Dimovski,*
Docent Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

originalni naučni članak

UDK: 343.85:343.55

Rad primljen: 30.06.2015.
Rad prihvaćen: 03.12.2015.

RESTORATIVNA PRAVDA U FUNKCIJI ZAŠTITE OD NASILJA U PORODICI

Apstrakt: Autor na početku rada ističe veliku rasprostranjenost nasilja u porodici, pri čemu naglašava da klasične mere državne reakcije u vidu vođenja krivičnog postupka protiv izvršioca nasilja u porodici ne daju adekvatne rezultate, jer se stopa nasilja u porodici ne smanjuje kako u svetu, tako i u Republici Srbiji. Polazeći od toga da klasična reakcija države na slučajeve nasilja u porodici ne daje dobre rezultate, autor ističe restorativnu pravdu kao alternativni način reakcije na slučajeve nasilja u porodici. Stoga autor ističe potrebu primene restorativne pravde na slučajeve nasilja u porodici, navodeći primere dobre prakse u Kanadi i Sjedinjenim Američkim Državama. Nadalje autor analizira primenu načela oportuniteta na osnovu čl. 283 Zakonika o krivičnom postupku Republike Srbije za slučajeve nasilja u porodici. Podvrgavanje psihosocijalnom tretmanu radi otklanjanja uzroka nasilničkog ponašanja, kao obaveza osumnjičenog za nasilje u porodici, sprovodi se u prostorijama centara za socijalni rad. Autor na kraju rada daje određene predloge s ciljem poboljšanja postojećeg programa u centrima za socijalni rad u Republici Srbiji.

Ključne reči: nasilje u porodici, nasilnici, tretman, prevencija.

1. Uvod

Nasilje u porodici, kao manje ili više vidljiva manifestacija interpersonalnih odnosa među članovima porodice, predstavlja pojavu imanentnu ljudskom rodu još od stvaranja prvih ljudskih grupa. Ipak, tek

* darko@prafak.ni.ac.rs

** Rad je realizovan u okviru projekta br. 179046 Ministarstva za prosvetu, nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije.

se druga polovina 20. veka smatra „zlatnim vekom“ ne samo deteta, već i drugih vulnerabilnih članova porodice, poput žena/majki/partnerki i ostarelih članova porodičnog domaćinstva, usled političkog angažovanja feminističkih i drugih nevladinih organizacija na nivou razvijenijih država sveta. Aktivnom ulogom grupa za zaštitu ljudskih prava, nasilje u porodici prestaje da predstavlja privatnu stvar članova porodice, postaje društveno vidljivo, s jasnom tendencijom upliva države u privatnu sferu života.

Ovaj oblik kriminaliteta nasilja može se odrediti kao primena fizičke i psihičke sile među članovima porodice, pri čemu dolazi do toga da se sigurnost članova porodice i njihov odnos poverenja ugrozi i/ili povredi, uz ispoljavanje kontrole i moći među članovima porodice, bez obzira da li je domaće zakonodavstvo inkriminisalo ovo društveno neprihvatljivo ponašanje kao krivično delo, i da li je izvršilac nasilja prijavljen organima gonjenja (Konstantinović Vilić, Nikolić Ristanović, Kostić, 2012: 115–116).

Izloženost članova porodice, a posebno žena kao lica s najvećim rizikom viktimizacije, svakodnevno je velika, bez obzira što su države širom sveta izgradile odgovarajući legislativni okvir za borbu protiv ovog oblika kriminaliteta nasilja, uz jasnu kaznenu politiku retributivnog procesa. Drugim rečima, kaznena politika u borbi protiv nasilja u porodici nije dala odgovarajuće rezultate, te je stoga neophodno pristupiti izgradnji drugačijeg načina reakcije na ovaj oblik kriminaliteta nasilja, sa jasnim ciljem da se izbegne vršenje istog krivičnog dela u budućnosti. Naime, drugačiji način društvene reakcije na nasilje u porodici se otelotvoruje u primeni restorativne pravde u kojoj se podjednako štite interesi žrtve, učinioca nasilja u porodici, kao i lokalne zajednice. Stoga će autor u narednom delu rada izložiti rasprostranjenost nasilja u porodici u svetu i kod nas, da bi na kraju izložio osnove primene restorativne pravde na slučajeve nasilja u porodici u svetu, sa posebnim osvrtom na restorativnu pravdu kod ovog oblika kriminaliteta nasilja u Republici Srbiji.

2. Rasprostranjenost nasilja u porodici

Podatke o rasprostranjenosti nasilja u porodici teško je utvrditi, jer kod ovog oblika kriminaliteta postoji velika tamna brojka. Ipak, rezultati kriminoloških istraživanja ukazuju da je nasilje u porodici veoma rasprostranjeno. Naime, prema izveštaju Agencije Ujedinjenih nacija za rodnu ravnopravnost i osnaživanje žena (United Nations Entity

for Gender Equality and the Empoverment of Women), 35% žena širom sveta su žrtve nasilja u porodici.¹ Nasilje nad ženama u porodičnim odnosima ima najveći obim u Africi, istočnom Mediteranu i jugoistočnoj Aziji, u kojima se 37% žena suočava s nasiljem, dok je najmanje zastupljano u državama visokog ekonomskog blagostanja, kao što su države Evrope i zapadnog Pacifika, gde je 25% žena, u nekom trenutku svog života, bilo žrtva nasilja u porodici.²

Istraživanja u pojedinačnim državama pokazuju različite rezultate. Tako, na primer, u Sjedinjenim Američkim Državama, prema podacima Ministarstva pravde iz 2013. godine, 25% žena su bile žrtve porodičnog nasilja, dok se godišnje desi oko 960.000 slučajeva nasilja u porodici. Žene su žrtve nasilja u porodici u oko 85% slučajeva, dok su muškarci viktimizirani u 15% slučajeva. Najveći viktimogeni rizik imaju žene starosti od 20 do 24 godine. Broj ubistava među članovima porodice je takav da se prosečno dnevno izvrše 3 ubistva žene i 1 ubistvo muškarca, što dovodi do toga da čak 11% ubistava u Sjedinjenim Američkim Državama bude rezultat postojanja nasilja u porodici tokom 1998. godine. Pružanje zdravstvenih usluga žrtvama porodičnog nasilja godišnje košta poreske obveznike oko 5,8 milijardi američkih dolara. Nasilje u porodici je povezano i sa drugim oblicima nasilja, poput kriminaliteta proganjanja. Njihovu povezanost najbolje ilustruje podatak da je preko 503.000 žena proganjano od strane svojih intimnih partnera. Podaci o rasprostranjenosti nasilja u intimnim odnosima među srednjoškolcima su još alarmantniji. Naime, 32% srednjoškolaca je u takvoj emotivnoj vezi koja podrazumeva postojanje nasilja. Srednjoškolke u 40% slučajeva znaju osobu ženskog pola njihovih godina koja je bila žrtva nasilja od strane svojih intimnih partnera.³

Prema rezultatima istraživanja Nacionalnog instituta pravde i Centra za kontrolu bolesti i prevenciju u SAD, za koje mnogi istraživači nasilja u porodici smatraju da je najpouzdanije, procenjeno je, na osnovu ispitnog uzorka od 16.000 osoba, da je 1,5 miliona osoba ženskog pola žrtva nasilja u porodici, dok se broj muškaraca kreće oko 830.000. Ovo istraživanje je, ujedno, pokazalo da je među ispitanicima, jedna četvrtina tvrdila da je bila žrtva napada ili silovanja tokom svog života (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.

3 Domestic Violence / Abuse Statistics, Retrieved 30, March 2014 from <http://www.statisticbrain.com/domestic-violence-abuse-stats/>.

Republika Srbija ne „zaostaje“ za nasiljem u porodici u odnosu na druge države. Prvo kvantitativno istraživanje o rasprostranjenosti nasilja u porodici u Republici Srbiji je sprovedeno 2001. godine, od strane Viktimološkog društva Srbije, kada nije ni postojala inkriminacija nasilja u porodici kao krivičnog dela. Na uzorku od 700 punoletnih žena, došlo se do rezultata da je svaka treća žena doživela fizički napad, dok je svaka druga žena bila žrtva psihičkog napada (Dimovski, 2014: 159–160). Usled procesa kriminalizacije, kada je 2002. godine nasilje u porodici inkriminisano kao krivično delo, došlo je do toga da se broj krivičnih dela iz glave XIX, pod nazivom krivična dela protiv braka i porodice, poveća u narednim godinama za tri puta. Tako je 2004. godine bilo prijavljeno 1.009 punoletnih lica za krivično delo nasilja u porodici, dok je 2012. godine broj prijavljenih punoletnih lica narastao na 3.624.⁴ Takođe, treba naglasiti da država nije mogla da pruži adekvatnu zaštitu žrtvama nasilja u porodici, a pre svega ženama kao grupi koja ima najveći rizik da postanu žrtve ovog oblika kriminaliteta, zbog toga što pojedini oblici nasilja u porodici, poput seksualnog nasilja nad ženama u braku, nisu mogli da se podvedu ni pod jedno krivično delo. Ukoliko je došlo do fizičkog nasilja, nasilnici su procesuirani prema odredbama o lakim i teškim telesnim povredama, dok se psihičko nasilje podvodilo pod krivično delo uvreda ili kleveta (Konstantinović Vilić et al. 2012: 119). Odgovarajućom izmenom Krivičnog zakonika, fizičko i psihičko nasilje podvodilo se pod krivično delo nasilja u porodici iz člana 194 KZ, a seksualno nasilje među bračnim partnerima pod odredbe krivičnog dela silovanja.

Obim nasilja u porodici na teritoriji koju pokrivaju tužilački i sudski organi Grada Niša je konstantan za period 2010–2013. godina. Naime, tokom 2010. godine Policijskoj upravi u Nišu podneto je 215 krivičnih prijava, a 2011. godine 199 krivičnih prijava. U narednoj godini je došlo do blagog povećanja prijavljenih slučajeva nasilja u porodici – 217, dok je u poslednjoj godini posmatranog perioda podneto 222 krivičnih prijava za nasilje u porodici. Osnovno javno tužilaštvo je tokom 2010. godine primilo 256 krivičnih prijava, dok je odbacilo 55. Naredne godine je bilo najmanje primljenih krivičnih prijava, svega 87, dok je odbačeno 34. Godine 2012. dolazi do naglog skoka broja primljenih krivičnih prijava od strane Osnovnog javnog tužilaštva. Naime,

4 Republički zavod za statistiku, 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>.

tada je primljeno 312 krivičnih prijava, a odbačeno je 57. U poslednjoj godini posmatranog vremenskog perioda primljena je 241 krivična prijava, pri čemu je odbačeno njih 64.

3. Primena restorativne pravde na slučajeve nasilja u porodici u svetu

Uporedo sa prihvatanjem činjenice da klasičan retributivni koncept krivičnog prava ne daje adekvatne rezultate u borbi protiv nasilja u porodici, razvijala se ideja o primeni restorativne pravde na slučajeve nasilja u porodici, kojom bi se radilo na osnaživanju položaja žrtve i lokalne zajednice s ciljem zadovoljena njihovih potreba (Morris, Kingi, Gelsthorpe, Hayden, 2014: 212). Ipak, mnogi kriminolozi, zadojeni feminističkom ideologijom, a priori su odbacili mogućnost primene restorativne pravde na slučajeve nasilja u porodici. Za razliku od drugih krivičnih dela, kod kojih je izbor žrtve često slučajan i kod kojih je ne postoji mogućnost reviktimizacije, kod nasilja u porodici stvari stoje upravo suprotno. Naime, kod slučajeva nasilja u porodici, zbog postojanja tzv. ciklusa nasilja (cycle of violence), odnosno reviktimizacije, kao i zbog činjenice da se žrtva ne postaje sticajem slučajnih okolnosti, već namernim odabirom, na osnovu činjenice da je žrtva u partnerskim odnosima sa nasilnikom, (ne) može se primeniti restorativna pravda. Brojni kriminolozi, poput Stranga (Strang) i Bretvajta (Braithwaite), postavili su pitanje efikasnosti restorativne pravde na slučajeve nasilja u porodici. Oni su postavili pitanje efikasnosti izvinjenja nasilnika. Ujedno, kao problem se javio susret nasilnika i žrtve za vreme restorativne pravde, kada postoji mogućnost reviktimizacije i sekundarne viktimizacije. Uključenost lokalne zajednice, kao nezaobilaznog činioca postupka restorativne pravde, takođe se javila kao problem (Fernandez, 2006: 13). Međutim, pored svih problema, koji se javljaju pri samoj pomisli na primenu restorativne pravde na slučajeve nasilja u porodici, brojni kriminolozi su zastupali tezu da ju je moguće primeniti na ovaj oblik kriminaliteta nasilja.

Vremenom, došlo je do primene restorativne pravde na slučajeve nasilja u porodici u brojnim zemljama. Države koje su najviše odmakle u njenoj primeni su Kanada, Sjedinjene Američke Države, Australija, Novi Zeland.

Kanada se smatra zemljom porekla primene restorativne pravde na slučajeve nasilja u porodici. Naime, sedamdesetih godina prošloga veka, u zajednici hrišćana po imenu Menonote došlo je do organizovanog susreta izvršioca i žrtve nasilja u porodici (Fernandez, 2006: 11).

Stoga je na primeru Kanade moguće objasniti (ne)uspešnost primene ovog koncepta na slučajeve nasilja u porodici. Naime, u gradu Edmonton primenjuje se restorativna pravda na slučajeve nasilja u porodici od 1998. godine, u vidu posredovanja između nasilnika i žrtve – victim- offender mediation (VOM). Da bi došlo do sprovođenja restorativne pravde neophodno je ispunjenje određenih uslova. Tako je, na primer, potrebno da je žrtva dobro informisana o samom postupku restorativne pravde, kao i da je njeno učešće dobrovoljno. Ujedno, neophodno je postojanje želje i osećanje lične bezbednosti kod žrtve, jer se samo na taj način stvaraju uslovi da žrtva izrazi svoja osećanja i potrebe u vezi nasilja u porodici. Neophodno je postojanje bezbednosti za žrtvu i van prostorija u kojima se sprovodi restorativna pravda. Na kraju, da bi postupak restorativne pravde dao dobre rezultate, potrebno je da učinilac ovog oblika kriminaliteta nasilja prihvati punu odgovornost za svoje ponašanje, izrazi kajanje, spremnost da u istim ili sličnim situacijama postupi drastično drugačije, kao i da bude otvoren za raspravu o tome kakva su iskustva žrtve u vezi nasilja u porodici i kako je njegovo ponašanje imalo uticaja na svakodnevni život žrtve. Samo sprovođenje postupka restorativne pravde zahteva pažljivo planiranje, koje nekad traje i mesecima. Ostvarivanje ciljeva restorativne pravde traži višestruko održavanje sesija (Stubbs, 2004: 9).

Ovaj oblik restorativne pravde, odnosno VOM-a, zahteva dugotrajno posmatranje slučajeva, kao i pripremni rad koji se otelotvoruje u nizu seansi, što treba da rezultira uspostavljanjem medijacije između nasilnika i žrtve. Takođe, samoj medijaciji treba više vremena, pri čemu se primenjuju različite restorativne tehnike kako bi dala adekvatne rezultate. Jedna od mana VOM programa je nemogućnost predviđanja u kojim slučajevima nasilja u porodici koji su rezultirali uspešnom medijacijom će nasilje da se ponovi, te je stoga neophodno nastaviti praćenje svih slučajeva medijacije nasilja u porodici (Konstantinović Vilić, 2006: 120).

Brojne savezne države u Sjedinjenim Američkim Državama primenjuju restorativnu pravdu na slučajeve nasilja u porodici. Savezna država Severna Karolina je najviše odmakla u primeni alternativnog načina reakcija na slučajeve nasilja u porodici. Ovaj program restorativne pravde poznat je pod imenom North Carolina Family Group Conferencing Project. Primenjuje se u 13 okruga ove savezne države. Projektom se želi ostvariti bezbedno okruženje ne samo za odrasle članove porodice – žene, već i za decu. To se postiže intenzivnim radom sa članovima šire porodice, prijateljima, lokalnim organizacijama i državnim

agencijama. Drugim rečima, restorativna pravda se održava na taj način što na tzv. forumu (sesiji) prisustvuju članovi porodice, koji su neposredno uključeni u slučaj nasilja, zajedno sa svojim rođacima, kako bi stvorili „porodičnu grupu“ (family group), s ciljem izrade plana regulisanja konkretnog slučaja nasilja u porodici. Naime, kao cilj ovog projekta postavljeno je ohrabrivanje svih uključenih u „porodičnu grupu“ da preuzmu odgovornost za blagostanje članova porodice i stvaranje inicijative članova porodice u rešavanju posledica nasilja (Sullivan, Tift, 2006: 290).

4. Primena restorativne pravda na nasilje u porodici u Republici Srbiji

Polazeći od činjenice da je nasilje u porodici, naročito prema ženama, izrazito zastupljeno, javni tužioci u Republici Srbiji su, pored pokretanja krivičnog postupka prema nasilnicima, pri čemu postoji mogućnost izricanja kazne zatvora za slučajeve nasilja u porodici, počeli da primenjuju, na osnovu člana 283 Zakonika o krivičnom postupku,⁵ načelo oportuniteta prema izvršiocima nasilja u porodici. Naime, prema pomenutom članu zakona, javni tužilac može odložiti krivično gonjenje za krivična dela za koja je predviđena novčana kazna ili kazna zatvora, ako osumnjičeni prihvati jednu ili više obaveza. U slučajevima nasilja u porodici obaveza se sastoji u podvrgavanju psihosocijalnom tretmanu radi otklanjanja uzroka nasilničkog ponašanja. Naredbom o odlaganju krivičnog gonjenja, javni tužilac određuje rok u kojem osumnjičeni mora da izvrši preuzetu obavezu, pri čemu rok ne može biti duži od godinu dana. Ispunjavanjem pomenute obaveze od strane osumnjičenog, javni tužilac će rešenjem odbaciti krivičnu prijavu, i o tome obavestiti oštećenog. Analizom bića krivičnog dela nasilja u porodici, jasno je da se načelo oportuniteta može primeniti na prvi, drugi i peti oblik krivičnog dela nasilja u porodici.

Želeći da pruži odgovarajući psihosocijalni tretman počiniocima nasilja u porodici, Republika Srbija je tokom 2012. godine, u saradnji sa Programom Ujedinjenih nacija za razvoj, pokrenula projekat pod nazivom „Borba protiv seksualnog i rodno zasnovanog nasilja“, kojim se pružao odgovarajući tretman muškarcima počiniocima nasilja u partnerskim odnosima. Na ovaj način Republika Srbija ispunjava preporuku iz Konvencije o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena

⁵ Zakonik o krivičnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 121/2012, 32/2013 i 45/2013.

(The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, CEDAW). Projekat pružanja tretmana muškarcima počiniocima nasilja u partnerskim odnosima pokrenut je istovremeno u centrima za socijalni rad u Beogradu, Nišu i Kragujevcu. Kao opšti cilj projekta određeno je zaustavljanje i sprečavanje nasilja u partnerskim odnosima u porodici i zaštita žrtava od nasilja u porodici. Sticanje uvida u prirodu nasilnog ponašanja, preuzimanje odgovornosti za nasilje, promena uverenja koja doprinose nasilju i razvijanje novih prosocijalnih obrazaca ponašanja određeni su kao posebni ciljevi projekta (Sekulić, Malešević, 2012: 25).

Samo muškarci koji su nasilni prema svojim sadašnjim ili bivšim bračnim ili vanbračnim partnerkama mogu biti uključeni u ovaj tretman koji se sastoji iz dve celine. Naime, u prvom delu (individualni tretman) se vrši procena indikacija i kontraindikacija za grupni rad izvršioca partnerskog nasilja, pri čemu se obavlja susret sa žrtvom partnerskog nasilja, uz informisanje nasilnika. Druga celina se ogleda u sprovođenju grupnog terapijskog rada u trajanju od 24 seanse.

Na osnovu različitih indikacija i kontraindikacija vrši se procena da li određeni nasilnik može biti uključen u individualni i grupni tretman. Kao indikacije, tj. kriterijumi za uključivanje u individualni tretman navode se: 1) počinitelj je bio nasilan samo prema članovima porodice – partnerki i/ili ostalim članovima porodice; 2) postoji bezbednost žrtve nasilja u porodici (nasilje je zaustavljeno), te je nasilnik spreman da potpiše tzv. ugovor o nenasilju; 3) neophodno je da se ne radi o nasilju sa ozbiljnim posledicama; 4) nasilnik priznaje krivično delo i prihvata odgovornost za njega; 5) dobrovoljnost kod prihvatanja psihosocijalnog tretmana kod nasilnika i 6) postojanje saglasnosti kod nasilnika da terapeut stupi i održava kontakt sa žrtvom, s ciljem utvrđivanja da li se nasilje ne ponavlja. Kontraindikacije za individualni tretman se odnose na činjenice koje oduzimaju određenom licu mogućnost da bude uključeno u psihosocijalni tretman. Naime, kontraindikacije se otelotvoruju u sledećim činjenicama: 1) učinilac pretilosti ili ubistvom člana porodice ili samoubistvom, odnosno kod njega postoji fantazija o njima; 2) postojanje opsednutosti partnerkom; 3) prisutnost mentalnog oboljenja, što onemogućava punu uključenost u psihosocijalni tretman; 4) posedovanje oružja od strane nasilnika; 5) zavisnost nasilnika od psihoaktivnih supstanci ili alkohola; 6) postojanje indikacija o seksualnom zlostavljanju deteta i 7) odbijanje nasilnika da prizna krivično delo i nakon održanih pripremnih sastanaka.

Individualni tretman se obavlja u prostoriji manjoj od onih u kojima se vrši grupni tretman. Na početku je neophodno da se terapeut predstavi nasilniku, pri čemu je, takođe, potrebno predstaviti ustanovu u kojoj se sprovodi tretman. Jedna od odlika individualnog tretmana jeste poverljivost. Međutim, od ove odlike individualnog tretmana postoji izuzetak koji su ogleda u dužnosti terapeuta da prijavi ono nasilje koje nije otkriveno. Nakon ovoga, nasilnika treba upoznati sa svrhom i strukturom tretmana, uz postavljanje pitanja da li on prihvata tretman. Prihvatanje individualnog tretmana nužno podrazumeva zaustavljanje nasilja, preuzimanje sopstvene odgovornosti za nasilje prema partnerki, prestanak upotrebe alkohola i psihoaktivnih supstanci, redovno dolaženje, kao i saznanje da će terapeut obaviti razgovor sa žrtvom, koji se vodi isključivo radi proveravanja da li je nasilje prestalo. Naime, telefonski razgovor terapeuta i žrtve obavlja se nakon prvog razgovora sa nasilnikom. U Priručniku je naglašeno da tretman nije moguć ukoliko se nasilnik protivi kontaktu terapeuta i žrtve. Cilj tretmana je zaustavljanje nasilja, te je neophodan kontakt terapeuta sa žrtvom, pri čemu je žrtva slobodna da prihvati saradnju sa terapeutom. Zadatak uspostavljanja kontakta nije prenošenje informacija žrtve nasilniku i obratno, pri čemu terapeut ne treba da podstiče obnavljanje njihove veze, odnosno braka. Terapeut ima obavezu da, nakon predstavljanja, obezbedi osnovne informacije žrtvi o samom psihosocijalnom tretmanu, uz isticanje da je bezbednost žrtve na prvom mestu. Tokom razgovora je neophodno proveriti da li je nasilje zaustavljeno, spremnost žrtve da prijavi eventualno nove slučajeve nasilja u porodici, predstaviti šta se očekuje od žrtve, utvrditi njena očekivanja u smislu povremenih telefonskih razgovora i razgovora u savetovalištu, kao i ukazati joj na sistem podrške žrtvama nasilja u lokalnoj zajednici. Ujedno, nakon prvog razgovora treba proveriti šta je nasilnik rekao žrtvi u vezi njenog razgovora sa terapeutom, ako i dalje žive u istom domaćinstvu ili su u kontaktu. Iako je u Priručniku naglašeno da terapeut nije medijator između nasilnika i žrtve, treba naglasiti da terapeut faktički vrši ulogu medijatora, jer doprinosi zaustavljanju nasilja i, u krajnjem slučaju, uspostavljanju normalnih odnosa između partnera. Drugim rečima, u ovakvom radu terapeuta sa nasilnikom i žrtvom moguće je prepoznati osnovne konture restorativne pravde. Ipak, dostizanje punog obima restorativne pravde zahteva promenu rada kod psihosocijalnog tretmana. Naime, neophodno je omogućiti direktan kontakt nasilnika i žrtve nakon određenih priprema, kako bi oni u neposrednom razgovoru istakli svoja iskustva u vezi izvršenog nasilja, sve s ciljem „popravljanja“ onoga što je uništeno izvršenim krivičnim delom.

Opis poslednjeg nasilnog događaja je esencijalni deo individualnog tretmana. Kako bi nasilnik bio otvoreniji za primenu odgovarajućeg tretmana prema njemu neophodno je, nakon opisa poslednjeg nasilnog događaja, da ga terapeut upozna sa tipovima nasilja. Na taj način nasilnik treba da razvije sposobnost da prepozna sve slučajeve nasilja koje je primenjivao prema svojoj partnerki. Pored ispitivanja očekivanja nasilnika od sprovođenja individualnog tretmana prema njemu, potrebno je nadalje upoznati nasilnika sa tehnikama za zaustavljanje nasilja kao što je time out.⁶ Na kraju prve seanse individualnog tretmana, sa nasilnikom se dogovaraju termini sprovođenja narednih seansi, pri čemu je potrebno voditi računa o tome da su mnogi nasilnici u radnom odnosu, te je neophodno uvažiti njihove obaveze. Moguće je sprovesti četiri seanse individualnog tretmana, nakon čega biva odlučeno da li je konkretan nasilnik sposoban za uključivanje u narednu fazu tretmana – grupni rad (Sekulić et al. 2012: 25–33).

Nakon završetka individualnog tretmana terapeuti procenjuju da li se nasilnik može uključiti u grupni tretman. Preduslov za uključivanje nasilnika u grupni rad je postojanje želje kod nasilnika da na ovaj način nastavi sa tretmanom. Kao kontraindikacije za uključivanje nasilnika u grupni tretman, kako je to navedeno u Priručniku za obuku profesionalaca i profesionalki za tretman počinitelaca nasilja u partnerskim odnosima, su: 1) postojanje jezičke barijere – drugim rečima neophodnost funkcionalne upotrebe srpskog jezika; 2) seksualno, žestoko fizičko ili psihičko nasilje prema deci; 3) teška životna situacija nasilnika u smislu nemanja posla, mesta stanovanja ili je u toku postupak za dodelu starateljstva nad detetom; 4) nasilnik se nalazi u pritvoru ili izdržava kaznu zatvora; 5) nijedan nasilnik ne sme da bude u takvom položaju koji ga čini „usamljenim“ u odnosu na druge nasilnike iz grupe; 6) suicidalne misli ili akutna teška depresija kod nasilnika; 7) postojanje izrazitih teškoća u društvenim kontaktima, kao što su preterana stidljivost, strah od grupe i tako dalje, što rezultira nemogućnošću funkcionisanja u okviru grupe; 8) zauzimanje izrazito kontrolišućeg stava prema grupnom tretmanu i terapeutu od strane nasilnika i 9) kršenje pravila grupe.

⁶ Time out je tehnika za zaustavljanje nasilja. Polazeći od toga da se nasilje među članovima porodice dešava u trenucima kada se ispolji različito mišljenje ili kada neko od članova porodice smatra da je ugrožen ili oseća nepravdu, time out tehnika se sastoji u tome da dolazi do prestanka svađe među članovima porodice, bez obzira na trenutna osećanja. Poželjno je da muškarac napusti prostoriju i, ako je to moguće, prošetati ili trči kako bi smanjio napetost. Ne preporučuje se vožnja automobila. Ženama se preporučuje da odu u sobu koja ima spoljna vrata (Cooper, Vetere, 2005: 22).

Pojedini uslovi za uključivanje nasilnika u grupni tretman su diskutabilni. Naime, pođimo od toga da je, kako stoji u Priručniku, potrebno da nasilnik zna srpski makar na funkcionalnom nivou. Sa razlogom se postavlja pitanje da li takav uslov treba postaviti i za individualni tretman, jer se i kod individualnog tretmana održavaju određene seanse, što podrazumeva upotrebu jezika. Takođe, kao pitanje se postavlja oportunistički ovog zahteva, jer je moguće da pripadnik manjinske zajednice u Srbiji, koji pritom ne zna srpski, izvrši krivično delo nasilja u porodici. Drugim rečima, postojanje ovog uslova dovodi do nemogućnosti uključivanja pripadnika manjinskih zajednica koji ne znaju srpski jezik u psihosocijalni tretman u okviru centara za socijalni rad. Stoga je neophodno razmišljati o uključivanju prevodioca u psihosocijalni tretman, s ciljem da i ovakvi nasilnici imaju mogućnost da koriguju svoje ponašanje i izbegnu krivičnu odgovornost.

Loše postavljena kontraindikacija se otelotvoruje i kod seksualnog, žestokog fizičkog ili psihičkog nasilja prema deci. Ova kontraindikacija kod grupnog tretmana se navodi kao kontraindikacija i kod individualnog tretmana, s tim što je ona mnogo šire određena kod grupnog tretmana. Drugim rečima, samo postojanje indicija o seksualnom zlostavljanju deteta je osnov za nesprovođenje individualnog tretmana, dok žestoko fizičko i psihičko nasilje to nije. Ukoliko je intencija bila da se nasilje prema deci odredi kao osnov za nesprovođenje psiho-socijalnog tretmana prema nasilniku, bilo bi mnogo bolje da su osnovi nesprovođenja individualnog, odnosno grupnog tretmana određeni na istovetan način. Ujedno, bilo bi mnogo bolje da je napravljena jedinstvena lista kontraindikacija za celokupni psihosocijalni tretman, čime bi se olakšala primena psihosocijalnog tretmana.

Opravdano se postavlja pitanje da li je celishodno predvideti kao kontraindikaciju da se nasilnik nalazi u pritvoru ili zatvoru. Naše mišljenje se zasniva na tezi da bi nepredviđanje ove činjenice kao kontraindikacije poboljšalo položaj i ovih lica, jer bi oni u krajnjem slučaju uspešnim završetkom psihosocijalnog tretmana izbegli krivičnu odgovornost za nasilje u porodici. Ujedno, ovo bi podrazumevalo da nadležna služba u okviru penitencijarne ustanove dovodi nasilnika na psihosocijalni tretman, odnosno grupni tretman. Takva mogućnost nije predviđena u Zakoniku o krivičnom postupku, stoga je potrebno propisati ovakvu mogućnost. Takođe, Priručnikom nigde nije razrađena kontraindikacija da nijedan nasilnik ne sme da bude u takvom položaju koji ga čini „usamljenim“ u odnosu na druge nasilnike iz grupe. Ovako postavljena kontraindikacija može dovesti do diskriminacije, jer je

moguće da terapeuti nepravilno prepoznaju „usamljenost“ određenog pojedinca, te prema njemu ne primene grupni tretman.

Grupni rad se sastoji od osam tematskih celina, pri čemu je svaka od tematskih celina predmet postupanja na tri seanse: 1) šta je nasilje, 2) psihološko nasilje, 3) bliskost, seks i ljubav, 4) alternativa nasilju, 5) odgovornost, 6) otac i dete, 7) uzroci ispoljavanja nasilja i 8) posledice nasilja. Sama seansa obuhvata evaluaciju prethodnog susreta, ventiliranje i individualno vreme. Evaluacija prethodnog susreta se sprovodi s ciljem proveravanja razumevanja, uviđanja koliko su pojedini članovi usvojili nenasilne metode ponašanja, kao i ustanovljavanja napretka pojedinih nasilnika. Procenjivanje količine besa od strane samog nasilnika čini suštinu ventiliranja, kojom se teži da se učesnik grupnih seansi reši nasilja, odnosno da podeli sopstvena iskustva u vezi nasilja i konfliktnih situacija koje su se dogodile od prethodnog susreta. U fazi individualnog vremena, svaki pojedinac dobija povratnu informaciju o sopstvenom iskustvu od strane ostalih članova grupe i terapeuta. Tokom grupnih seansi obrađuju su sledeće teme: šta je nasilje, psihološko nasilje, seksualnost, alternative nasilju, odgovornost, otac i dete, uzroci nasilja, posledice nasilja.

Na završnoj seansi centralni deo odnosi se na evaluaciju postignutih rezultata kod svakog člana grupe pojedinačno. Naime, od svakog člana se očekuje da prepozna promene kod samog sebe u pogledu svog ponašanja prema partnerki. Drugim rečima, član grupe treba iskreno da kaže koji su stavovi, shvatanja i postupci promenjeni, a koji su ostali isti. Na osnovu toga, terapeut daje ocenu o napretku svakog člana grupe, uz postavljanje pitanja: „Da li biste nas pozvali da se nasilje ponovi?“ Poslednja seansa završava se popunjavanjem evaluacionog lista.

Program kojim se pružao odgovarajući tretman muškarcima počiniocima nasilja u partnerskim odnosima u Centru za socijalni rad „Sveti Sava“ počeo je da se sprovodi od 1. marta 2012. godine. Do sada je psihosocijalnim tretmanom bio obuhvaćen 61 nasilnik, pri čemu su od tog broja četiri osobe bile ženskog pola. One nisu bile obuhvaćene tretmanom zbog nepostojanja adekvatne obuke terapeuta za rad sa njima, kao i zbog toga što je bilo nemoguće oformiti grupe za tretman usled njihovog malog broja. Ujedno, je program namenjen isključivo osobama muškog pola. Sa četvoricom nasilnika se radilo individualno, jer nisu ispunjavali određene kriterijume za rad u grupi, dok je 31 nasilnik bio uključen u grupni tretman. Dvadeset dva počinica nasilja u porodici nisu uključeni ni u individualni ni u grupni tretman, jer su kod njih postojale

kontraindikacije. Svi sa kojima je postupano bili su osumnjičeni za prvi oblik nasilja u porodici, pri čemu su četvorica osumnjičena za psihičko nasilje, a svi ostali, njih 31, su poslani na podvrgavanje psihosocijalnom tretmanu zbog fizičkog nasilja. Od 31 nasilnika koji su bili uključeni u grupni tretman, dvojica su isključeni iz programa, zbog nedolaska na sesije. Svi nasilnici koji su podvrgnuti grupnom tretmanu završili su tretman, od čega su njih petorica uspešno završili, a njih 24 delimično uspešno, što ne sprečava javnog tužioca da odbaci krivičnu prijavu. Takođe, četvorica su bili uključeni u individualni tretman koji su završili uspešno, zbog toga što, na primer, nisu mogli da dolaze na sesije grupnog tretmana jer rade van Niša.

5. Zaključak

Republika Srbija je skoro uvela, u okviru centara za socijalni rad, tretman sa muškarcima izvršiocima nasilja u porodici. Centar za socijalni rad u Nišu „Sveti Sava“ predstavlja pionira u radu sa izvršiocima nasilja u porodici. Iako je program rada sa nasilnicima u vidu pružanja psihosocijalnog tretmana dao odlične rezultate, ima dosta prostora za njegovo unapređenje. Naime, neophodno je što pre doneti pravilnik kojim bi se regulisala sva otvorena pitanja, kao što je, na primer, pitanje izuzeća terapeuta u određenom predmetu zbog okolnosti koje dovode u pitanje njegovu objektivnost. Ujedno, potrebno je predvideti mogućnost rada i sa nasilnicama, jer nemogućnost primene psihosocijalnog tretmana prema njima neminovno dovodi do toga da se one dalje procesuiraju za izvršeno krivično delo nasilja u porodici, čime se stavljaju u neravnomerni položaj u odnosu na muškarce nasilnike.

Problem nedovoljne obučenosti terapeuta za rad sa nasilnicama može se brzo prevazići organizovanjem dodatne obuke terapeuta, dok se problem nedovoljnog broja nasilnica za formiranje grupa može nadomestiti individualnim radom sa nasilnicama. Naime, ostaje nejasno zašto nasilnice nisu bile uključene u individualni rad, kada već takva mogućnost postoji za nasilnike. Takođe, u narednom periodu je potrebno raditi na standardizaciji kriterijuma za procenu uspešnosti tretmana, jer su se dosadašnje procene zasnivale više na subjektivnom utisku terapeuta. Takođe, postavlja se pitanje da li je celishodno da javni tužioci odbacuju krivične prijave za osumnjičena lica u vezi nasilja u porodici, ako su oni samo delimično ispunili uslove predviđene psihosocijalnim tretmanom. Iako u radu sa nasilnicima terapeuti puštaju određene filmove o nasilju u porodici, treba razmisliti o celishodnosti neposrednog

susreta nasilnika i žrtve, čime bi se stvorila osnova za sprovođenje restorativne pravde, ili puštanja snimka svedočenja žena, kao najadekvatnije forme svedočenja koja bi zamenila neposredni susret žrtve i nasilnika u situaciji kada je nemoguće organizovati jedan takav susret zbog protivljenja žrtve. Prihvatanjem pomenutih predloga, program prevencije nasilja u porodici putem rada sa nasilnicima bio bi dodatno poboljšan, s ciljem smanjenje stope vršenja nasilja u porodici.

Literatura

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

Dimovski, D. (2014). *Zaštita žena u krivičnom pravu, Mobilna pravna klinika u akciji – od institucije ka žrtvi*. Niš: Centar za Publikacije Pravnog fakulteta

Domestic Violence/Abuse Statistics, Retrieved 30, March 2014 from <http://www.statisticbrain.com/domestic-violence-abuse-stats/>

Zakonik o krivičnom postupku, *Službeni glasnik RS*, Br. 72/2011, 121/2012, 32/2013 i 45/2013

Konstantinović Vilić, S. (2006). *Različita shvatanja o odnosu restorativne pravde i nasilja u porodici*, br. 4. Beograd: Socijalna misao

Konstantinović Vilić, S., Nikolić Ristanović, V., Kostić, M. (2012). *Kriminologija*, Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu

Morris, A., Kingi, V., Gelsthorpe, L., Hayden, A. (2014). *A Restorative Approach to Family Violence: Changing Tack*. England: Ashgate Publishig Limited

Republički zavod za statistiku, 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>

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., Tiffit, L. (2006). *Handbook of Restorative Justice: A Global Perspective*. New York: Routledge

Ur. Sekulić, J., Malešević, D. (2012). *Priručnik za obuku profesionalaca i profesionalki za tretman počilaca nasilja u partnerskim odnosima*, Beograd: Uprava za rodnu ravnopravnost i Ministarstvo rada, zapošljavanja o socijalne politike

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](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.*

ZAŠTITA MANJINSKIH GRUPA OD GOVORA MRŽNJE - Preispitivanje kapaciteta krivičnog zakonodavstva Srbije - **

Apstrakt: Poštovanje različitosti i puno uvažavanje prava pripadnika manjinskih grupa predstavljaju značajne civilizacijske tekovine, utkane u temelje savremenih demokratskih društava, o čemu svedoče mnogobrojni međunarodni dokumenti, odredbe ustava i zakona u različitim oblastima. Iz ove konstatacije, međutim, ne sledi zaključak da u praksi uopšte nema narušavanja garantovanih prava manjinskih grupa, takve pojave su i dalje prisutne, što otvara potrebu da se, pored ostalih načina reagovanja, ovakva ponašanja inkriminišu, na korist samih manjinskih grupa, ali i na korist zajednice kao celine, jer doprinose očuvanju i učvršćivanju njene stabilnosti. U tom smislu, centralni predmet proučavanja ovog rada predstavlja preispitivanje kapaciteta krivičnog zakonodavstva Srbije da se izbori sa tzv. govorom mržnje usmerenim prema pripadnicima različitih manjinskih grupa.

Ključne reči: govor mržnje, manjinske grupe, Krivični zakonik Republike Srbije.

1. Uvodne napomene

Govor mržnje (*hate speech*), danas već odomaćen termin u našem i mnogim drugim jezicima, potiče iz Sjedinjenih Američkih Država, ali ne iz tamošnjeg zakonodavstva ili kriminološke teorije, kako bi se moglo pomisliti, nego iz internih akata donošenih na mnogim univerzitetima 80-ih i 90-ih godina prošlog veka (tzv. *Speech Codes*).

* dusica@prafak.ni.ac.rs

** Članak predstavlja rezultat istraživanja na projektu „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“ (evidencioni broj 179046), koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

Univerzitetske vlasti su, na ovakav način, pokušale da uredi javni govor, zabranjujući različite oblike uvredljivog izražavanja i iskazivanja predrasuda prema pripadnicima drugih rasa, etničkih zajednica, suprotnog pola i slično, da bi se, u krajnjem, sprečili učestali konflikti u kampusima (detaljnije o istorijatu u Ristivojević, 2010: 212 i nadalje, Ćirić, 2008: 149 i nadalje). Heterogenost pomenutih zabrana rezultirala je time da ni u zemlji svog porekla govor mržnje nema jedinstveno pojmovno određenje, a najprihvatljivije su one definicije po kojima predstavlja javno izražavanje, zagovaranje, ohrabrivanje ili podsticanje mržnje prema grupi ljudi koje karakteriše neka zajednička osobina (Ristivojević, 2008: 217). Ovo donekle podseća na tzv. zločine mržnje, kao opšti naziv za bilo koje krivično delo motivisano mržnjom, kada je žrtva, objekat ili cilj napada izabran zbog stvarne ili prepostavljene veze, kontakta, uključenosti, podrške ili članstva u grupi, formiranoj po osnovu rasne, nacionalne ili etničke pripadnosti, jezika, boje kože, religije, pola, godina, psihičkih ili fizičkih nedostataka, seksualne orijentacije ili drugih sličnih odrednica.¹ Pažljivije upoređivanje ovih pojmova, međutim, ukazuje na to da nije ispravno posmatrati govor mržnje kao jednu od mogućih manifestacija ili pojavnih oblika zločina mržnje. Naime, po svojoj strukturi svaki zločin mržnje ima objektivnu i subjektivnu komponentu, pošto podrazumeva vršenje bilo kog krivičnog dela i postojanje pomenutog negativnog motiva (ODIHR, 2009: 16). Radnje govora mržnje usmerene su ka stvaranju ili produbljivanju postojeće mržnje, a iza toga može da stoji različit psihički supstrat, dakle, i neki drugi etički neprihvatljiv motiv, poput osvete, sticanja jeftine popularnosti ili rejtinga, posebno kada su političari akteri i slično. Pored toga, govoru mržnje nekada nedostaje i objektivni element, tj. osnovno krivično delo (ODIHR, 2009: 25), mada to ne mora uvek biti slučaj. Uočene razlike, opet, ne znače da posmatrane pojave nisu međusobno povezane; upravo suprotno, govor mržnje, zbog svog „zapaljivog“ kapaciteta može da predstavlja prethodnicu ili uvod u vršenje zločina mržnje, iz čega proističe i opasnost ove pojave.

Obično se pri pomenu govora mržnje najpre asocira na pripadnike manjinskih grupa i čitave manjinske grupe kao moguće žrtve, mada, istini za volju, uopšte nije isključeno ni suprotno, kao ni pojava izliva netolerancije na relaciji jedna manjinska grupa – druga manjinska grupa, gde

1 Ova definicija je potekla od Kancelarije za demokratske institucije i ljudska prava (ODIHR), koja radi u okviru Organizacije za evropsku bezbednost i saradnju (OSCE). Videti u ODIHR: 2006. Na manje-više sličan način zločin mržnje je određen i u domaćoj teoriji (Ignjatović, 2005: 5–6, Kovačević, 2011: 55, Tripković, 2011: 39 i dr.).

ne postoji upečatljiv disbalans u brojnosti, kao u ostalim slučajevima. Pa ipak, u raspravama o ovom problemu neophodno je posvetiti pažnju zaštiti manjina što je, upravo zbog njihove prirode, potpuno razumljivo, posebno što među njima ima i onih koje su „slabo vidljive“, jer nisu u stanju da uobliče svoj zajednički interes i utiču na zakonodavni proces (Ristivojević, 2008: 237). U svom osnovnom, etimološkom značenju, manjina predstavlja bilo koju brojčano manju grupu, posmatrano u odnosu na društvo kao celinu, čije članove odlikuju određene zajedničke osobine. Analiza različitih teorijskih pristupa, kao i međunarodnih dokumenata, međutim, ukazuje da bi pojmovno određenje moglo da obuhvati mnogo više elemenata: da se radi o grupi domaćih državljana, koja je dovoljno brojna mada predstavlja brojčanu manjinu (pretpostavka manje od 50%), koja poseduje određene rasne, etničke, nacionalne, jezičke, verske ili slične osobenosti, i pokazuje, makar i eksplicitno, međusobnu solidarnost i volju da te posebnosti očuva, a nalazi se u nedominantnom položaju (Paunović, Krivokapić, Krstić, 2010: 314, o problemu definisanja manjina videti i u Jelić, 2004: 25–33, Radivojević, Raičević, 2005: 48–51, Jončić, 2012: 54–57 i dr.). Postoje i mnogo šire definicije, koje relativizuju značaj čak i osnovnog numeričkog kriterijuma. Međunarodna grupa za manjinska prava manjinom smatra grupu ljudi koja obično, ali ne i nužno, brojčano predstavlja manjinu, različitu od dominantne grupe ili grupa, i to u pogledu etničkog porekla, jezika, veroispovesti, kulture, statusa i slično, a koja je ugrožena, jer trpi posledice predrasuda, diskriminacije i isključenja iz života zajednice (Alfredson, Ferer, Ramsay, 2004: 4).

Očigledno je da se manjinske grupe formiraju prema određenim identitetskim markerima, a većina definicija upućuje na rasne, etničke, nacionalne, jezičke, verske ili slične osobenosti, usled čega se i izdvajaju i istoimene manjine, koje se mogu nazvati tradicionalnim (više o tome u Jelić, 2004: 33–35, Radivojević, Raičević, 2005: 48–49).² Međutim, čini se opravdanim da se u kontekstu govora mržnje pojam manjinske grupe uzima ekstenzivnije kako bi, pored tzv. klasičnih, obuhvatio i druge grupe, poput žena, bolesnih, invalida, ljudi drugačije seksualne orijentacije, rodnog identiteta i slično. Štaviše, potpunija zaštita od ove pojave isključuje svako taksativno nabranje svojstava po kojima se manjinske grupe formiraju.

2 Ovo nije jedina podela manjina, one se nekada razlikuju i prema nastanku na autohtone, alohtone i nove autohtone manjine (Jončić, 2012: 58–59).

2. Govor mržnje u međunarodnim dokumentima

Posmatrano u širem smislu, prostor za inkriminisanje govora mržnje ostavljaju oni međunarodni dokumenti koji, garantujući pravo na slobodu govora i izražavanja mišljenja dopuštaju i izvesna ograničenja. Tako Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima³ okvirno dozvoljava ograničenja koja su „određena pravom i nužna“ (čl. 19, st. 3), kao što istovremeno eksplicitno zabranjuje propagiranje rata i pozivanje na nacionalnu, rasnu ili versku mržnju, diskriminaciju ili nasilje (čl. 20). I Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda⁴ ima sličan pristup, jer dopušta izuzetke „u interesu nacionalne bezbednosti, teritorijalnog integriteta ili javne bezbednosti, radi sprečavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, zaštite ugleda ili prava drugih, sprečavanja otkrivanja obaveštenja dobijenih u poverenju ili radi očuvanja autoriteta i nepristrasnosti sudstva“ (čl. 10, st. 2). Kako ih treba tumačiti pokazao je svojom jurisprudencijom Evropski sud za ljudska prava, koji je vremenom, kada je u pitanju govor mržnje, menjao svoj stav i to u pravcu širenja ovog pojma, tj. sužavanja slobode govora. Analiza slučajeva *Zana v. Turkey*, *Sürek v. Turkey*, *Féret v. Belgique* i *Vejdeland and others v. Sweden* pokazala je da je Sud u starijim predmetima procenjujući sporni govor pokušavao da ga posmatra u društvenom kontekstu, ispitujući prouzrokovane štetne posledice, da bi se u kasnijim zadržao na izolovanom ispitivanju sadržine samih reči, ublažavajući time uslove za kažnjavanje zbog govora mržnje (detaljnije u Marinković, 2012: 313–330).

Sa druge strane, postoje međunarodni dokumenti koji sadrže jasnu obavezu da se govor mržnje predvidi kao krivično delo. Takav primer predstavlja Međunarodna konvencija UN o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije iz 1965. godine,⁵ koja sadrži širenje ideja zasnovanih na superiornosti ili rasnoj mržnji, podsticanje na rasnu diskriminaciju, pozivanje na nasilje prema svim rasama ili svakoj grupi druge boje ili drugog etničkog porekla (čl. 4). Pored toga, Konvencijom je naložena i zabrana organizacija i aktivnosti organizovane propagande, kao i svake druge vrste propagandne aktivnosti, kojima se podstiče ili pomaže rasna diskriminacija, a zabranjenim je proglašeno i samo učešće u ovim organizacijama ili njihovim aktivnostima. Poslednji deo je i prilično sporan; posebno je problematično inkriminisanje same pripadnosti,

3 *Zakon o ratifikaciji, Službeni list SFRJ, br. 7/71.*

4 *Zakon o ratifikaciji, Službeni list SCG – Međunarodni ugovori, br. 9/03, 5/05, 7/05- ispr., i Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori, br. 12/10.*

5 *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori, br. 6/67.*

jer se može postaviti pitanje da li je to u skladu sa jednim od osnovnih principa krivičnog prava, sa principom krivice. Uostalom, ovo je možda bio jedan od razloga za ostavljanje rezervi (videti čl. 20). Opšta karakteristika svih nabrojanih dela leži u tome da se, uprkos nazivu Konvencije, ona ne odnose samo na rasu kao biološku odrednicu, nego i na grupe formirane po drugim, mada ne tako brojnim svojstvima (boja kože i etničko poreklo).

Od dokumenata donetih u okviru Saveta Evrope trebalo bi pomenuti Okvirnu odluku o borbi protiv izvesnih oblika izražavanja rasizma i ksenofobije merama krivičnog prava,⁶ koja kažnjivim proglašava svako javno pozivanje na nasilje ili mržnju protiv lica ili grupe na osnovu rase, boje kože, vere, naslednog, nacionalnog ili etničkog porekla, uključujući i rasturanje ili distribuiranje pamfleta, slika ili sličnog materijala (čl. 1.1.a i 1.1.b). Pored toga, Okvirna odluka izričito pod govor mržnje podvodi i javno odobravanje, negiranje ili grubo umanjivanje značaja genocida, zločina protiv čovečnosti i ratnih zločina, na način koji bi mogao da podstakne na nasilje ili mržnju prema samoj grupi ili članu grupe, formirane na osnovu rase, boje kože, religije, nacionalnog ili etničkog porekla (čl. 1.1.c i 1.1.d). Državama je ostavljeno da opisana dela svrstaju ili u grupu protiv javnog reda, ili da ih tretiraju kao oblike pretnje, zloupotrebe prava ili uvrede (čl. 1.2), ali uz propisivanje delotvornih, proporcionalnih i odvraćajućih kazni (čl. 3). Ono što je, takođe, značajno jeste i stav izražen u preambuli da se u nacionalna zakonodavstva, pored izričito navedenih, mogu uneti i neka druga svojstva u opis dela (tač. 9 i 10), kao i da bi ova dela trebalo goniti po službenoj dužnosti, kako su žrtve po pravilu ranjive i često nisu voljne da pokreću krivični postupak (tač. 11). Korpus relevantnih pravila zaokružuju i ona o odgovornosti pravnih lica (čl. 5 i 6).

Smernice za nacionalna zakonodavstva u ovoj oblasti, takođe, sadrže i mnogobrojni neobavezujući međunarodni dokumenti, pri čemu su za potrebe ovog rada posebno izdvojene preporuke Evropske komisije protiv rasizma i netolerancije (*European Commission against Racism and Intolerance – ECRI*), osnovane u okviru Saveta Evrope, sa ciljem da državama članicama pruži pomoć u formulisanju nacionalnih pravnih okvira, osmišljavanju različitih programa, ali i sa zadatkom da prikuplja podatke o zločinima mržnje. Komisija je, do sada, sačinila četrnaest preporuka o mogućim putevima suzbijanja različitih oblika netolerancije, uz napomenu da

⁶ *Council Framework Decision (2008/913/JHA)*, od 28. 11. 2008. godine. Odluka je dostupna na <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:328:0055:0058:en:PDF>, pristup 12. 03. 2015. godine.

se sve ne odnose na krivično pravo.⁷ U prvoj preporuci⁸ navodi se da bi trebalo, u skladu sa obavezama koje je država preuzela na osnovu Evropske konvencije o ljudskim pravima, sve usmene, pisane, audio-vizuelne poruke ili druge oblike izražavanja, uključujući elektronske medije, kojima se podstiče na mržnju, diskriminaciju ili nasilje nad rasnim, etničkim, nacionalnim ili verskim grupama ili njihovim članovima, odrediti kao krivično delo, koje bi moralo da obuhvati i proizvodnju, distribuciju i skladištenje takvog materijala radi distribucije (A 3d). Preporuka br. 7⁹ sadrži širu listu dela koja treba inkriminisati: javno podsticanje na nasilje, mržnju i diskriminaciju (18a); javna uvreda i kleveta (18b); pretnja (18c); javno izražavanje ideologije koja zagovara nadmoć ili nipodaštava drugo lice ili grupu na osnovu rase, boje, jezika, religije, nacionalnosti, nacionalnog i etničkog porekla (18 d); javno negiranje, umanjivanje, opravdanje ili opraštanje, sa rasističkom namerom genocida, zločina protiv čovečnosti i ratnih zločina (18 e); javno širenje i distribuiranje, pravljenje i skladištenje radi širenja i distribuiranja materijala (18f); stvaranje i rukovođenje grupom koja promovise rasizam, kao i učestvovanje u njenim aktivnostima (18g); i rasna diskriminacija od strane službenog lica (18h). Ostale preporuke ne navode nove oblike dela, već samo izdvajaju specifične načine izvršenja govora mržnje, recimo, putem interneta¹⁰ ili u oblasti sporta,¹¹ odnosno posebno apostrofiraju potrebu zaštite pojedinih ranjivih grupa.¹²

7 Preporuke su nastale u periodu od 1996. do 2012. godine, a njihovi tekstovi se mogu naći na 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. Govor mržnje u pravu Srbije

3.1. Kratak osvrt na istorijski razvoj inkriminisanja govora mržnje

Istorijski posmatrano, Srbija ima prilično dugu tradiciju inkriminisanja govora mržnje. Pri tome, obično se pomisli na period posle Drugog svetskog rata, kada je donet čak i poseban zakon o ovom pitanju, Zakon o zabrani izazivanja nacionalne, rasne i verske mržnje i razdora.¹³ Zanimljivo je, međutim, da je i ranije u Krivičnom zakoniku za Kraljevinu Jugoslaviju postojalo delo koje odgovara ovom određenju, što se može videti iz sledeće formulacije: „Ko javno na zborovima ili na javnim mestima draži jedan deo naroda protiv drugoga ili jedan društveni red protiv drugoga, i time izaziva verski ili plemenski radzor, ili razdor između društvenih redova, kazniće se ...“ (§ 165).¹⁴ Delo je sistematizovano u grupu protiv javnog mira i poretka, i po težini je spadalo u prestupe, pošto je bio propisan zatvor (od sedam dana do pet godina, § 39) ili novčana kazna (najmanje dvadeset pet dinara, § 42). Pomenutim posleratnim zakonom kao krivično delo bila je određena svaka agitacija, propaganda, pisanje, izdavanje, štampanje i rasturanje spisa, usmerena na to da izazove ili raspali nacionalnu ili rasnu mržnju ili razdor (čl. 2). Delo je dobijalo teži vid ukoliko ima karakter masovnih nereda, ako su izazvane teže posledice, ako je izvršeno pod osobito otežavajućim okolnostima, ako ima za cilj potkopavanje i slabljenje osnovnih nacionalnih tekovina NOB-a, ako je učinjeno u povratu ili od strane javnog službenika u zvaničnoj dužnosti, i najteži, ako se poziva na izvršenje ubistva. Izazivanje i raspirivanje verske mržnje bilo je posebno izdvojeno i definisano kao napad pripadnika jedne veroispovesti na neku drugu veroispovest ili izazivanje neprijateljskog suprotstavljanja pripadnika jedne prema pripadnicima druge veroispovesti na verskoj osnovi (čl. 5, st. 2). Uz to, izričito je bilo naglašeno da se naučna kritika religije uopšte, kao i kritika neispravnog rada verskih predstavnika i crkvenih službenika, neće smatrati ovim krivičnim delom (čl. 5, st. 3). Zanimljivo je i da su bile propisane i obavezne otežavajuće okolnosti, ako izazivanje i raspirivanje verske mržnje vrše crkveni predstavnici (čl. 5, st. 4).

Krivični zakonik iz 1951. godine¹⁵ unosi više izmena – izazivanje i raspaljivanje verske mržnje više nije samostalno, već predstavlja oblik jedinstvenog dela,

13 Službeni list DFJ, br. 36/45.

14 Službene novine, br. 33 – XVI, od 9. februara 1929. godine.

15 Službeni list FNRJ, br. 13/51, 19/51, 30/59, 15/65, 15/67, 20/69, 6/73 i 11/73.

opis načina izvršenja je skraćen i sveden na „propaganda i drugi način“, a izričito je navedeno da se radi o narodima i narodnostima koje žive u našoj zemlji, mada se to i u prehodnom zakonu podrazumevalo, s obzirom na tekst dat u preambuli. Intervenirano je i u domenu kvalifikatornih okolnosti, u koje su uvršćeni: sistematski način izvršenja, vršenje dela iskorišćavanjem položaja ili zvanja, prouzrokovanje nereda, nasilja i drugih teških posledica. Za razliku od ranijeg, ovo delo ima i lakši oblik, koji se sastoji u izazivanju netrpeljivosti, vređanjem ili na drugi način.

Jedina novina koju uvodi Krivični zakon iz 1976,¹⁶ pored ublažavanja kaznene politike, vezana je za teži oblik, pošto je dodato vršenje dela u grupi. Takođe, ratifikovanje Konvencije UN o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije stvorilo je obavezu uvođenja novog dela – rasne i druge diskriminacije (čl. 154), koje je smešteno u grupu protiv čovečnosti i međunarodnog prava. Ono sadrži i jedan oblik govora mržnje, i to u vidu širenja ideje o superiornosti jedne rase nad drugom, propagiranja rasne mržnje ili podsticanja na rasnu diskriminaciju.

Novelom KZ-a iz 1990. godine u potpunosti je iz opisa dela izbrisan način izvršenja, a izazivanje netrpeljivosti je iz lakšeg preneto u osnovni oblik dela. Kvalifikovani oblik postaje mnogo razgranatiji; on nastaje ako je osnovno delo izvršeno prinudom, zlostavljenjem, ugrožavanjem sigurnosti, izlaganjem poruzi nacionalnih, etničkih ili verskih simbola, oštećenjem tuđih stvari, sknavljenjem spomenika, spomen-obeležja ili grobova. Najteži oblik postoji ako su osnovni i teži oblik krivičnog dela izvršeni zloupotrebom položaja ili ovlašćenja, ako je došlo do nereda, nasilja ili drugih teških posledica za zajednički život naroda i narodnosti koje žive u SFRJ.

3.2. Govor mržnje u pozitivnom pravu Srbije

Krivični zakonik¹⁷ sadrži veći broj dela koja se mogu podvesti pod kriminološku odrednicu govora mržnje. Ovde najpre spada izazivanje nacionalne, rasne i verske mržnje i netrpeljivosti (čl. 317) iz grupe krivičnih dela protiv ustavnog uređenja i bezbednosti. Osnovni oblik ovog dela sastoji se u izazivanju ili raspirivanju nacionalne, rasne ili verske mržnje ili netrpeljivosti među narodima ili etničkim zajedni-

16 Službeni list SFRJ, br. 44/76, 46/77, 34/84, 37/84, 74/87, 57/89, 3/90, 38/90, 45/90, 49/90, Službeni list SRJ, br. 35/92, 16/93, 31/93, 37/93, 24/94, 61/96, Službeni glasnik RS, br. 39/03 i 67/03.

17 Službeni glasnik RS, br. 85/05, 88/05-ispr., 107/05-ispr., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13 i 108/14.

cama koje žive u Republici Srbiji (st. 1). Jezičko tumačenje upućuje da se radnja može ostvariti dvojako – stvaranjem do tada nepostojeće mržnje ili netrpeljivosti (izazivanje), odnosno učvršćivanjem, razvijanjem, širenjem ili intenziviranjem već postojeće mržnje ili netrpeljivosti (raspirivanje). Praktično, u oba slučaja najčešće će se raditi o verbalnim, propagandnim aktivnostima, koje se ne moraju nužno vršiti prema više lica, dovoljno je da budu usmerene ka pojedincu, uz dopunski uslov da imaju kapacitet da izazovu ili raspire pomenuta negativna osećanja prema određenim grupama u celini, što je potvrđeno u domaćoj sudskoj praksi (Stojanović, 2012: 920). Pored verbalnih radnji, tj. izgovorenih ili napisanih reči, u obzir dolaze i druge mogućnosti, različiti slikovni prikazi, karikature, grafiti, konkludentne radnje i slično. Nekada se i posebno krivično delo, kao na primer povreda ugleda zbog rasne, verske, nacionalne ili druge pripadnosti¹⁸ može pojaviti kao način za izazivanje ili raspirivanje mržnje i netrpeljivosti, kada će se, po pravilima prividnog idealnog sticaja, uzeti da postoji samo teže delo izazivanja mržnje. Takođe, ne može ostati neprimećeno da je radnja označena imperfektivnim glagolima, što upućuje na zaključak da ovo delo spada u delikte sa tzv. durativnom strukturom. Logična posledica izabrane formulacije leži u tome što se smatra da je delo učinjeno kada je radnja preduzeta jednom ili više puta, kako je i propisano odredbama autentičnog tumačenja (čl. 112, st. 30).

Domaća teorija ističe da posledicu odnosnog krivičnog dela čini nastalo ili produbljeno osećanje mržnje ili netrpeljivosti. Mržnja se određuje kao „*neprijateljsko osećanje prema nekome koje predstavlja osnov za stvaranje konfliktnih situacija i preduzimanje određenih akcija, usled čega mogu nastati teški poremećaji u odnosima*“ (Lazarević, 2008: 782), odnosno „*jako negativno osećanje koje predstavlja pogodno tle za preduzimanje raznih ekscesnih ponašanja, pa i krivičnih dela*“ (Stojanović, 2012: 920). Netrpeljivost je slabija po intenzitetu i ona je oličena u osećanju nepovrenja, odbojnosti i netolerantnosti (*idem*). Pomenuta negativna osećanja moraju da se odnose na narode i etničke zajednice koje žive u Srbiji, što je i uticalo da se ovo delo nađe u grupi protiv ustavnog uređenja i bezbednosti.¹⁹ Ovo ograničenje je ranije bilo „bolna“ tačka krivičnopravne zaštite od govora mržnje, sve do redefinisanja rasne

18 Ko javno izloži poruzi lice ili grupu zbog pripadnosti određenoj rasi, veri, boji kože, nacionalnosti, etničkog porekla ili drugog ličnog svojstva, kazniće se novčanom kaznom ili zatvorom do godinu dana (čl. 174).

19 Za razliku od našeg, u uporednom pravu govor mržnje se uobičajno posmatra kao narušavanje javnog reda i mira. Videti pregled evropskih zakonodavstava u Ristivojević, 2010: 219–229.

i druge diskriminacije 2009. godine, i to iz dva razloga – prvo, jer se nije mogao sankcionisati govor mržnje usmeren ka narodima i etničkim zajednicama koje ne žive u našoj državi, i drugo, pošto je van kriminalne zone ostajao govor mržnje prema društvenim grupama koje ispunjavaju teritorijalni kriterijum, ali su formirane po nekom drugom parametru.

U subjektivnom smislu, za postojanje dela potreban je umišljaj, koji obuhvata svest o značaju i dejstvu same radnje, tj. da se njome izaziva ili raspiruje mržnja ili netrpeljivost prema licima na osnovu njihove nacionalne, rasne ili verske pripadnosti.

Pored osnovnog, delo ima i više težih oblika, koji uopšteno rečeno obu hvataju različite napade na fizički integritet, grupni identitet ili imovinu. Prvi je određen posebnim načinom izvršenja, koji se sastoji u prinudi, zlostavljanju, ugrožavanju sigurnosti, izlaganju poruzi nacionalnih, etničkih ili verskih simbola, oštećenju tuđe stvari i skrnavljenju spomenika, spomen-obeležja ili groba (st. 2). Svi pomenuti načini izvršenja tumače se uobičajno, te je prinuda – upotreba sile ili ozbiljne pretnje; zlostavljanje predstavlja nanošenje telesne ili psihičke patnje, koje nemaju značaj telesne povrede; ugrožavanje sigurnosti označava izazivanje osećaja opasnosti za život i telesni integritet; a izlaganje poruzi je vređanje ili nipodaštavanje. Kada je u pitanju oštećenje tuđe stvari, jasno je da se mora raditi o takvim stvarima čije oštećenje može da dovede do izazivanja ili raspirivanja mržnje ili netrpeljivosti. U domaćoj teoriji je prihvaćen stav da uprkos terminu „oštećenje“, koji se određuje kao delimično uništenje stvari kojim se umanjuje njena vrednost ili upotrebna vrednost, ovo delo postoji i u slučaju uništenja, kao potpunog razaranja njene supstancije, ali i činjenja stvari neupotrebljivom, kada se različitim postupcima ona dovodi u takvo stanje da ne može koristiti prvobitnoj nameni (Stojanović, 2012: 922, Lazarević, 2008: 783 i dr.). Skrnavljenje spomenika, spomen-obeležja i groba može se ostvariti mnogobrojnim aktivnostima, na primer, njihovim rušenjem ili oštećenjem, ali i mehaničkim ili hemijskim delovanjem na natpise, kako bi se učinili nečitljivim, a u obzir dolaze i pisanje ili urezivanje reči ili crteža nepristojne, uvredljive i provocirajuće sadržine.

Svojstvo učinioca, način izvršenja i ostvarene posledice predstavljaju kvalifikatorne okolnosti sledećeg težeg oblika (st. 3). Tako on, najpre, nastaje kada se osnovno ili prethodno navedeno teže delo vrše od strane lica koje zloupotrebljava svoj službeni položaj ili ovlašćenje u smislu izazivanja ili raspirivanja mržnje i netrpeljivosti. Za razliku od

toga, za ostale vidove neophodno je nastupanje nereda, nasilja ili drugih teških posledica za zajednički život naroda, nacionalnih manjina ili etničkih grupa koje žive na teritoriji Srbije. Neredi podrazumevaju teže ugrožavanje javnog reda i mira, ugrožavanje javnog saobraćaja, ometanje rada javnih službi i slično, dok se nasilje može ogledati u tučama, rušenjima, paljevinama i slično (Stojanović, 2012: 922, Lazarević, 2008: 784).

Poseban teži oblik postoji kada je delo izvršeno za vreme neposredne ratne opasnosti, ratnog stanja, oružanog sukoba ili vanrednog stanja (čl. 321, st. 3). Navedeni pojmovi predstavljaju ustavne kategorije, te ih u tom smislu i treba tumačiti.²⁰ Ratno stanje traje od trenutka proglašenja do trenutka ukidanja od strane nadležnog organa, i ono po pravilu prethodi ratu, mada može da traje i po njegovom završetku, tj. po okončanju oružanih dejstava zaraćenih strana. Neposredna ratna opasnost nastaje pre samog ratnog stanja i označava realnu opasnost od početka rata, dok se vanredno stanje vezuje za situacije kada je usled neke javne opasnosti ugrožen opstanak građana ili države, a jedna od njegovih karakteristika jeste i moguće propisivanje mera kojima se ograničavaju ljudska i manjinska prava. Pod terminom oružani sukob podrazumevaju se oružani konflikti u okviru same države. Kako ovaj oblik izazivanja mržnje i netrpeljivosti, po svojoj prirodi, predstavlja delo kvalifikovano naročitim okolnostima, pomenute okolnosti moraju biti obuhvaćene umišljajem učinioca.

Zakonska kaznena politika za izazivanje nacionalne, rasne i verske mržnje i netrpeljivosti je prilično stroga, pošto je za osnovni oblik zaprećena kazna zatvora od šest meseci do pet godina, za teže oblike od jedne do osam godina, odnosno od dve do deset godina, dok su za najteži oblik alternativno postavljeni zatvor od najmanje deset godina i zatvor od trideset do četrdeset godina.

Pored analiziranog dela, govor mržnje se može prepoznati i u pojedinim oblicima rasne i druge diskriminacije (čl. 387), iz grupe protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom. Prvi od njih se sastoji u širenju ideja o superiornosti jedne rase nad drugom, propagiranju rasne mržnje ili podsticanju na rasnu diskriminaciju (st. 3). Sve tri alternativno postavljene radnje predstavljaju vidove nedozvoljene propagande, tj. prenošenja potcenjivačkih stavova o tobožnjoj manjoj vrednosti druge rase, stavova usmerenih na stvaranje mržnje, kao i na

20 Videti čl. 99, st. 5, čl. 200 i čl. 201 Ustava Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/06.

dovođenje u neravnotežan položaj. Faktički, pod pomenuti opis mogu se supsumirati veoma različite delatnosti: davanje izjava, proizvodnja i distribuiranje pisanog, audio ili audio-vizuelnog materijala i slično. Delo je formalno dovršeno samim činom preduzimanja pomenutih radnji, tako da nije potrebno nastupanje posledice u vidu rasne mržnje i diskriminacije. Opredeljenjem za delatnost, a ne za posledično krivično delo, zakonodavac je, očigledno, omogućio potpuniju zaštitu od govora mržnje pomerajući je, slikovito rečeno „korak unapred“, što je u skladu sa savremenim tendencijama u ovoj oblasti, o čemu je ranije već bilo reči.

Za razliku od prethodnog, ostali oblici govora mržnje nisu predstavljali deo inicijalnog zakonskog teksta, već su uvedeni novelama iz 2009. godine. Prvi se sastoji u širenju ili na drugi način činjenju javno dostupnim tekstova, slika ili svakog drugog predstavljanja ideja ili teorija koje zagovaraju ili podstrekavaju mržnju, diskriminaciju ili nasilje protiv bilo kojeg lica ili grupe lica, zasnovane na rasi, boji kože, verskoj pripadnosti, nacionalnosti, etničkom poreklu ili nekom ličnom svojstvu (st. 4). Primetno je širenje pojma govora mržnje, i to ne samo eksplicitnim navođenjem svojstava koja se ranije nisu pominjala, već i ostavljanjem mogućnosti da se zaštita pruži i licu ili grupi oformljenoj po nekom drugom kriterijumu. Fleksibilnost formulacije „drugo lično svojstvo“ treba pohvaliti, kako u obzir dolazi bilo koje, bez ikakvog ograničenja. Primera radi, to može biti imovno stanje, zdravstveno stanje, invaliditet, socijalno poreklo, (ne)obrazovanje, seksualna orijentacija, rodni identitet, bračni i porodični status, osuđivanost, starosno doba, izgled, članstvo u političkim, sindikalnim i drugim organizacijama itd. Otvorena lista, u poređenju sa zatvorenim, koje se *per se* mogu smatrati diskriminirajućim, definitivno mnogo bolje „pogađa“ suštinu. Pored toga, načinom formulisanja se izbegava još jedan problem, registrovan u zemljama čija zakonodavstva pored određenog kruga subjekata štite i „druge slične grupe“, što znači da se one neimenovane kojima treba pružiti zaštitu moraju tražiti primenom analogije, tj. po sličnosti sa onim imenovanim, čime se isključuju sve ostale neslične (konkretne primere iz komparativnog prava videti u Ristivojević, 2010: 226).

Drugi oblik postoji kada se javno preti da će se protiv lica ili grupe zbog pripadnosti određenoj rasi, boji kože, veri, nacionalnosti, etničkom poreklu, ili zbog nekog drugog ličnog svojstva izvršiti krivično delo za koje je zaprećena kazna veća od četiri godine zatvora (st. 5). Izvršilac ovog, kao i svih pomenutih oblika rasne i druge diskriminacije može biti bilo koje lice, a što se krivice tiče potreban je umišljaj.

U domenu kaznene politike, zakonodavac je izjednačio sva tri oblika, propisujući istu kaznu – zatvor od tri meseca do tri godine.

Učestalost nasilja na sportskim događajima dovela je do inkriminisanja nasilničkog ponašanja na sportskoj priredbi ili javnom skupu (čl. 344a), u okviru krivičnih dela protiv javnog reda i mira. U pitanju je kompleksno delo, sa većim brojem alternativno postavljenih radnji, a u ovom kontekstu treba izdvojiti oblik koji podrazumeva i izazivanje nacionalne, verske, rasne ili druge mržnje ili netrpeljivosti, zasnovane na nekom diskriminatorском osnovu, ostvareno ponašanjem ili parolama, pod uslovom da je usled toga došlo od nasilja ili fizičkog obračuna sa učesnicima (st. 1). Izazivanje mržnje i netrpeljivosti su ranije objašnjeni, te o njima ovde neće ponovo biti reči. Ono što je karakteristično za ovu inkriminaciju jeste da je za njeno postojanje neophodno nastupanje posledice, u vidu nasilja ili fizičkog obračuna. I nasilje i fizički obračun se mogu dešavati na više relacija – među licima koja čine gledaoce (publiku) sportskog događaja, odnosno javnog skupa, među samim učesnicima, ili između jednih i drugih. Dok se fizički obračun manifestuje kroz različite oblike tuče, te je nužno da se odvija između ljudi, nasilje može biti upereno i prema stvarima (rušenje, paljenje sedišta i tribina i slično, Stojanović, 2012: 101). Pojam sportske priredbe treba uzeti ekstenzivno, da bi obuhvatio heterogena takmičarska dešavanja, a javni skup kao skup većeg broja individualno neodređenih građana dostupan javnosti. U tom smislu, pod ovaj pojam se ne bi mogli podvesti skupovi kojima mogu prisustvovati samo određena lica, čak ni kada su veoma brojni, te pod ovo određenje ne potpadaju, recimo, sednice skupština, konvencije političkih organizacija i slično.

Nasilničko ponašanje na sportskoj priredbi ili javnom skupu ima dva kvalifikovana oblika. Prvi postoji ako je delo izvršeno od strane grupe (st. 2), koju, u skladu sa autentičnim tumačenjem, čine najmanje tri lica povezana radi trajnog ili povremenog vršenja krivičnih dela, pri čemu ona ne mora da ima definisane uloge svojih članova, kontinuitet članstva ili razvijenu strukturu (čl. 112, st. 22). Dakle, nije potrebno da se radi o tzv. organizovanoj kriminalnoj grupi, tj. grupi od tri ili više lica, koja postoji određeno vreme i deluje sporazumno u cilju vršenja jednog ili više krivičnih dela za koja je propisana kazna zatvora od četiri godine ili teža kazna, ili radi neposrednog ili posrednog sticanja finansijske ili druge koristi (čl. 112, st. 35), mada bi se vršenje dela od strane ovakavog kolektiviteta moralo uzeti u obzir kod odmeravanja kazne. Kazna za ovaj oblik dela zavisi od uloge učinioca u grupi, te je za običnog učesnika predviđen zatvor od jedne do osam godina, a za kolovođu

(tj. lice koje usmerava delovanje grupe u smislu nasilničkog ponašanja) od tri do dvanaest godina (st. 2 i 3).

Drugi teži oblik vezan je za nastajanje nereda u kojima je nekom licu naneta teška telesna povreda ili je oštećena imovina veće vrednosti, za koji je zaprećena kazna od dve do deset godina (st. 4). Neredi predstavljaju lakše akte nasilja među licima ili prema imovini, zatim bacanje predmeta, upućivanje pretnji itd. Pojam teške telesne povrede treba uzeti u uobičajnom značenju, koje ima kod istoimenog krivičnog dela, i tu nema spornih momenata, za razliku od druge kvalifikatorne okolnosti – oštećenja imovine veće vrednosti. Pošto je vrednost data samo opisno, postavlja se pitanje kako je preciznije definisati. U domaćoj teoriji postoji shvatanje da veća vrednost označava novčani iznos koji prelazi milion i petsto hiljada dinara, i da je zakonodavac načinio propust time što je nije jasno numerički odredio, kao što je to učinio kod mnogih drugih krivičnih dela (Stojanović, 2012: 101). Kaznena politika za nasilničko ponašanje na sportskoj priredbi ili javnom skupu je već delimično pomenuta, mada bi trebalo dodati da je specifičnost ovog dela uticala i na to da zakonodavac, pored kazni, propiše obavezu izricanja mere bezbednosti zabrane prisustvovanja sportskim priredbama (st. 6).

4. Zaključna razmatranja

Kada se naše pravo uporedi sa međunarodnim okvirom, primetan je izostanak samostalnog dela koje se sastoji u javnom odobravanju, negiranju ili grubom umanjivanju značaja genocida, zločina protiv čovečnosti i ratnih zločina na način koji bi mogao da podstakne na nasilje ili mržnju prema grupi ili članu grupe formirane po određenom svojstvu. To, međutim, ne znači da je krivično zakonodavstvo Srbije u potpunosti ostalo bez odgovora na pomenute negativne pojave, jer se one uspešno mogu kvalifikovati kao neko od postojećih dela, čije radnje svojom apstraktnošću i širinom tako nešto dopuštaju. Pored toga, u komparativnom pravu su prilično retka zakonodavstva koja sadrže posebnu inkriminaciju ovog tipa, poput Nemačke, Austrije, Švajcarske ili Belgije (Ristivojević, 2010: 237), tako da se većina ipak opredelila za to da ove radnje ne izdvaja, već da ih inkorporira u neko opšte delo izazivanja mržnje. To je donekle slično našem pristupu, mada su radnje jasno vidljive u zakonskom opisu, što kod nas nije slučaj, uz ponovnu naznaku da to ne predstavlja smetnju sankcionisanju ponašanja u vidu odobravanja, negiranja, ili umanjivanja značaja pomenutih zločina, supsumiranjem pod radnju nekog od postojećih dela.

Ukupno posmatrano, naš institucionalni okvir nema značajne nedostatke, te ostaje pitanje kako se primenjuje u praksi. Ne može ostati neprimećeno da je zastupljenost izazivanja nacionalne, rasne i verske mrže i netrpeljivosti u strukturi osuđenih veoma mala, u posmatranom petogodišnjem periodu manja od jednog procenta.²¹ Drugo, u sudskoj kaznenoj politici preovlađuje izricanje kazni zatvora, sa izuzetkom 2012. godine, kada su se sudovi prevashodno opredeljivali za uslovnu osudu. Treće, kako statistički podaci iz ostalih godina nisu tako detaljni, nije bilo moguće analizirati iskorišćenost propisanog raspona, osim za 2013. godinu. Tako se od ukupno petnaest osuda za ovo delo u šest slučajeva sud odlučio za zatvor u trajanju od jedne do dve godine, u šest slučajeva od šest do dvanaest meseci, u dva slučaja od tri do šest meseci, a u jednom slučaju od dva do tri meseca (Republički zavod za statistiku, 2014: 62–63). To znači da se i na primeru ovog dela potvrđuje konstatacija da domaći sudovi koriste uglavnom donju polovinu zakonskog okvira.²² Zanimljivi su i podaci prikupljeni o učiniocima; među njima nema nijedne žene, značajan procenat je ranije osuđivan, neki od njih i za isto delo, a nijedan se u generalijama nije izjasnio o nacionalnoj pripadnosti (videti odgovarajuće tabele u: Republički zavod za statistiku, 2014: 62–78).

Statistički podaci za rasnu i drugu diskriminaciju i nasilničko ponašanje na sportskoj priredbi ne mogu biti podloga za bilo kakva relevantna zapažanja o govoru mržnje. Metodologija prikupljanja statističkih podataka je takva da su oni dati skupno za svako krivično delo, te iz njih nije moguće saznati da li je ono i u kojoj meri ostvareno u vidu onih oblika koji predstavljaju govor mržnje. Jedino što privlači pažnju jeste veoma mala zastupljenost osuda za rasnu i drugu diskriminaciju, jer je u posmatranom periodu samo u 2010. i 2012. godini registrovana po jedna osuđujuća presuda (Republički zavod za statistiku, 2011: 11 i Republički zavod za statistiku, 2013: 11).

Mali broj osuda za govor mržnje može navesti na zaključak da se ovde pojavljuje visoka tamna brojka. Tome u prilog govore i rezultati pojedinih istraživanja. Jedno od njih, sprovedeno 2013. godine u okviru projekta

21 Preciznije, zastupljenost izgleda ovako: u 2013. godini 20 slučajeva ili 0,06%; u 2012. godini 44 slučaja ili 0,14%; u 2011. godini 6 slučajeva ili 0,02%; u 2010. godini 9 ili 0,04%, u 2009. godini 28 slučajeva ili 0,07%. Izračunato na osnovu podataka iz: Republički zavod za statistiku, 2014: 62–63, Republički zavod za statistiku, 2013: 10, Republički zavod za statistiku, 2012: 10, Republički zavod za statistiku, 2011: 10, Republički zavod za statistiku, 2010: 9.

22 Više o rezultatima različitih istraživanja kaznene politike s udova u Miladinović-Stefanović, 2014: 571–573.

„Podrška povereniku za zaštitu ravnopravnosti za efikasnu primenu antidiskriminacionog zakonodavstva u Srbiji“, je, čini se dovoljno ilustrativno, budući da je otkrilo zabrinjavajuć podatak da čak trećina predstavnika zakonodavne i izvršne vlasti ne zna da li je govor mržnje zakonom zabranjen ili pak misli da nije, a isto toliki procenat njih ne prepoznaje govor mržnje prema pripadnicima LGBT populacije (Redovan godišnji izveštaj Poverenika za zaštitu ravnopravnosti, 2014: 31). Neka druga, opet, pokazuju da je govor mržnje bukvalno oko nas na uličnim grafitima ili u medijima, mada ga nedovoljno primećujemo ili uopšte ne primećujemo (Mršević, 2012: 12 i nadalje, Poverenik za zaštitu ravnopravnosti, 2012: 27), dok treća svedoče o ukorenjenosti stereotipa i predrasuda koji predstavljaju pogodno tle za nastanak govora mržnje i uopšte zločina motivisanih mržnjom (Gavrilović, Petrušić, 2011: 421, Radoman, 2011). Sumirajući navedeno, da se zaključiti da je, pored adekvatnog pravnog okvira, neophodno preduzeti različite mere u cilju unapređenja institucionalnih kapaciteta za otkrivanje i sprečavanje govora mržnje, kao i mere usmerene na razvijanje kulture javnog govora, kako bi se izbeglo stvaranje društvene atmosfere u kojoj se pojedinci osećaju nelagodno i ugroženo samo zbog toga što pripadaju određenoj grupi.

Literatura

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

Gavrilović, D., Petrušić, N. (2011). Međunacionalni odnosi i zaštita manjinskih prava u Srbiji. *Migracijske i etničke teme*. 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.

Ignjatović, Đ. (2005). Zločini mržnje. *Pravni život*. 9. 3–21.

Jelić, I. (2004). Prava manjina – savremena međunarodnopravna zaštita manjina, sa posebnim osvrtom na jugoistočnu Evropu. Podgorica: CID

Jončić, M. (2012). Položaj i zaštita manjina u međunarodnom pravu. *Međunarodna politika*. 1147 jul-septembar. 53–72.

Kovačević, M. (2011). Zločini mržnje i normativno regulisanje. *Temida*. 4. 55–65.

Krivični zakonik Kraljevine SHS. *Službene novine Kraljevine SHS*. Br. 33 (XVI)

Krivični zakonik FNRJ. *Službeni list FNRJ*. Br. 13 (51), 19 (51), 30 (59), 15 (65), 15 (67), 20 (69), 6 (73) i 11 (73)

Krivični zakon SFRJ. *Službeni list SFRJ*. Br. 44 (76), 46 (77), 34 (84), 37 (84), 74 (87), 57 (89), 3 (90), 38 (90), 45 (90) i 49 (90). *Službeni list SRJ*. Br. 35 (92), 16 (93), 31 (93), 37 (93), 24 (94) i 61 (96). *Službeni glasnik RS*. Br. 39(03) i 67 (03)

Krivični zakonik RS. *Službeni glasnik RS*. Br. 85 (05), 88 (05-ispr.), 107 (05-ispr.), 72 (09), 111 (09), 121 (12), 104 (13) i 108 (14)

Lazarević, Lj. (2008). *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*. Beograd: Savremena administracija

Marinković, T. (2012). Govor mržnje kao osnov ograničenja slobode izražavanja. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, Tematski broj „Mediji i ljudska prava“*. 313–330.

Mediji u Srbiji: od diskriminacije do ravnopravnosti: priručnik za novinare i novinarke. (2012). Beograd: Poverenik za zaštitu ravnopravnosti

Miladinović-Stefanović, D. (2014). Odmeravanje kazne i propisani kazneni rasponi u Krivičnom zakoniku Srbije. *U Optuženje i drugi krivično-pravni instrumenti državne reakcije na kriminalitet (ur. S. Bejatović), str. 557–574*. Beograd: Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu i Intermex

Mršević, Z. (2012). Street graffiti–Between amnesty of Our Children and Moral panicking. *Bezbednost*. 54 (2): 7–22.

ODIHR. (2006). *Challenges and Responses to Hate-Motivated Incidents in the OSCE*

Region. preuzeto sa <http://www.osce.org/odihr/21629>.

Paunović, M., Krivokapić, B., Krstić, I. (2010). *Međunarodna ljudska prava*. Beograd: Pravni fakultet

- Radivojević, Z., Raičević, N., (2005). Zaštita manjina u međunarodnom pravu. U *Prava manjina*, (ur. D. Žunić), str. 47–78. Niš: Odbor za građansku inicijativu
- Radoman, M. (2011). *Stavovi i vrednosne orijentacije srednjoškolaca u Srbiji*. Beograd: Helsinški odbor za ljudska prava
- Redovan godišnji izveštaj Poverenika za zaštitu ravnopravnosti za 2013. godinu. (2014). Beograd: Poverenik za zaštitu ravnopravnosti i Službeni glasnik
- Redovan godišnji izveštaj Poverenika za zaštitu ravnopravnosti za 2014. godinu. (2015). Beograd: Poverenik za zaštitu ravnopravnosti i Službeni glasnik
- Republički zavod za statistiku. (2010). Saopštenje, br. 194, god LX, od 01.07.2010. Statistika pravosuđa, preuzeto sa <http://webrzs.stat.gov.rs/WebSite/Public/PageView.aspx?pKey=146>, pristup 03.05.2015.
- Republički zavod za statistiku. (2011). Saopštenje, br. 201, god LXI, od 15.07.2011. Statistika pravosuđa, preuzeto sa <http://webrzs.stat.gov.rs/WebSite/Public/PageView.aspx?pKey=146>, pristup 03.05.2015.
- Republički zavod za statistiku. (2012). Saopštenje, br. 203, god LXII, od 19.07.2012. Statistika pravosuđa, preuzeto sa <http://webrzs.stat.gov.rs/WebSite/Public/PageView.aspx?pKey=146>, pristup 03.05.2015.
- Republički zavod za statistiku. (2013). Saopštenje, br. 199, god LXIII, od 15.07.2013. Statistika pravosuđa, preuzeto sa <http://webrzs.stat.gov.rs/WebSite/Public/PageView.aspx?pKey=146>, pristup 03.05.2015.
- Ristivojević, B. (2010). Govor mržnje u evropskim krivičnim pravima. *Nova srpska politička misao*. 3–4. 211–241.
- Ristivojević, B. (2008). Granica između slobode govora i dostojanstva društvenih skupina u odabranim evropskim krivičnim pravima – govor mržnje. *Zbornik radova*. 42 (3). 211–246.
- Stojanović, Z. (2012). *Komentar Krivičnog zakonika*. Beograd: Savremena administracija
- Tripković, M. (2011). Ekspanzija mržnje: osnovna obeležja masovnih zločina mržnje. *Temida*. 4. 37–53.
- Ćirić, J. (2008). Sloboda govora i govor mržnje – krivičnopravna regulativa. U *Usaglašavanje krivičnog zakonodavstva sa Ustavom Srbije* (ur. Đ. Lazin), str. 145–158. Beograd – Kopaonik: Udruženje za krivično pravo Srbije
- Ustav Republike Srbije. *Službeni glasnik RS*. Br. 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>, pristup 12.03.2015. godine

Zakon o ratifikaciji Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima. *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*. Br. 7 (71)

Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*. Br. 9 (03), 5 (05), 7 (05-ispr.) i *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*. Br. 12 (10)

Zakon o ratifikaciji Međunarodne konvencije UN o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije. *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*. Br. 6 (67)

Zakon o zabrani izazivanja nacionalne, rasne i verske mržnje i razdora. *Službeni list DFJ*. Br. 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

Раџ примљен: 30.06.2015.
Раџ 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 behavior¹ 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

Antisocial Activity	2010	2011	2012	2013	2014
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.² 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.).³

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.⁴

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 development⁵. 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.⁶ 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.⁷

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.⁸

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”⁹ 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)

Dr Nadežda Krusteva, Docent,
Pravno-istorijski fakultet,
Jugozapadni Univerzitet „Neofit Rilski“,
Blagoevgrad, Bugarska

DEVIJANTNO PONAŠANJE DECE: DETE KAO ŽRTVA ILI POČINILAC

Rezime

Ideja o potrebi postojanja jedinstvenih standarda koji bi posebno regulisali prava dece širom sveta nastala je krajem Drugog svetskog rata. Po prvi put u istoriji ljudskih prava, Ujedinjene nacije su 1959. godine usvojile Deklaraciju o pravima deteta, čime je zvanično prepoznato pravo dece na posebnu zaštitu. Od tada, države počinju da sprovode politiku čiji je cilj priznavanje, obezbeđenje i zaštita prava i interesa deteta.

Predmet ovog rada je pravna zaštita jedne posebno osetljive grupe: dece koja pokazuju razne oblike devijantnog ponašanja. Osnovno obeležje devijantnog ponašanja je da se prelaze granice uobičajenog socijalnog ponašanja, što je neprihvatljivo i podleže društvenoj kritici.

U raznim fazama svog rasta i razvoja, deca su veoma podložna spoljnim uticajima, preosetljiva i izuzetno ranjiva u svim sferama javnog života. S obzirom na to, ona lako mogu biti uključena u izvršenje raznih antisocijalnih aktivnosti, i ispoljiti opasne i asocijalne vidove ponašanja koji se određuju kao devijantno ponašanje. Time se stvara začarani krug: dete koje je žrtva različitih društvenih okolnosti krši pravila društvenog ponašanja i postaje počinitelj krivičnog dela. Da bi se ovaj začarani krug prekinuo potrebno je aktivno učešće države, društva u celini i svakog pojedinca. Radi ostvarivanja tog cilja, potrebno je preduzeti posebne popravno-vaspitne mere koje će predstavljati adekvatan odgovor društva na devijantno ponašanje dece, kao i odgovarajuće preventivne mere koje će eliminisati ili bar ograničiti uzroke takvog ponašanja. Samo kombinacija ovih mera može imati pozitivan uticaj na ponašanje dece.

Ključne reči: dete, pravna zaštita, devijantno ponašanje, žrtva, počinitelj krivičnog dela.

PRIMENA PRINCIPA IN DUBIO PRO REO U KRIVIČNOM POSTUPKU**

Apstrakt: Nakon formiranja činjenične i pravne osnovice u krivičnom postupku, delatnošću stranaka i suda, pristupa se donošenju sudske odluke. U slučaju da je činjenično stanje takvog kvaliteta da nedvosmisleno ukazuje na postojanje ili nepostojanje krivice učinioca, biće doneta osuđujuća ili oslobađajuća presuda. Međutim, u slučaju da nakon dokaznog postupka ostane sumnja u postojanje odlučnih činjenica, na sudu je teži zadatak kakvu odluku doneti. U inkvizicionom postupku se ova dilema rešavala donošenjem presude kojom se okrivljeni otpušta ispod suđenja (*absolutio ab instantia*). Sa prodorom savremenih shvatanja o neophodnosti zaštite osnovnih prava okrivljenog, u savremenom krivičnom postupku se u slučaju sumnje u postojanje odlučnih činjenica primenjuje stara maksima, poznata još iz starog Rima, pod nazivom – *in dubio pro reo* (u sumnji u korist okrivljenog). Suština ovog principa je u obavezi suda da u slučaju sumnje u postojanje neke odlučne činjenice donese odluku koja ide u korist okrivljenom. Autor se u radu bavi pojmom, konstitutivnim elementima i teorijskom osnovom principa *in dubio pro reo*, zatim legislativnim izrazom, obimom primene i dejstvom. Osim toga, analizirana je praksa nacionalnih sudova, kao i Evropskog suda za ljudska prava. Autor, u zaključnim razmatranjima, analizira primenu principa *in dubio pro reo* u judikaturi, ispitujući uzroke za postojanje određenih uočenih manjkavosti u primeni i tražeći načine da se postojeće nedoumice otklone.

Ključne reči: činjenično stanje, dokazi, *in dubio pro reo*, pretpostavka nevinosti, krivična presuda.

* ivan@prafak.ni.ac.rs

** Rad je rezultat istraživanja na projektu: „Usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske unije“, koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, u periodu 2013–2018. godine.

1. Uvodne napomene

Tokom krivičnog postupka, delatnošću stranaka i suda, vrši se postepeno činjenično i pravno formiranje osnove sudske odluke. Izvođenjem dokaza utvrđuje se postojanje, pre svega, pravno relevantnih činjenica, ali i činjenica indicija i pomoćnih činjenica. Činjenice koje ulaze u fundus sudske odluke moraju biti utvrđene sa stepenom izvesnosti. To znači da u njihovo postojanje na strani suda ne sme ostati bilo kakva sumnja. U stvarnosti, međutim, nije uvek moguće doći do najvišeg stepena izvesnosti o važnim činjenicama, te ostane sumnja u njihovo postojanje ili nepostojanje. Pravilo *in dubio pro reo* upravo služi kao rukovodni princip u slučaju ostanka sumnje u postojanje činjenica u krivičnom postupku. Sa stanovišta položaja okrivljenog kome preči *ius puniendi*, ne bi bilo u skladu sa principom pravičnosti da se sudska odluka zasniva na nedokazanim ili poludokazanim činjenicama. Stoga je, sa evolucijom krivičnog postupka, uveden princip prema kome sumnja u postojanje činjenica ide u korist okrivljenog. Na taj način se okrivljenom, na izvestan način, daje preimućstvo u odnosu na suprotnu stranku na kojoj je teret dokazivanja.

2. Pojam, značenje i istorijat principa *in dubio pro reo*

Stara latinska sentenca *in dubio pro reo* najčešće se prevodi „u sumnji, (odlučiti) u korist okrivljenog“. O poreklu ove maksime u teoriji ne postoji potpuna saglasnost. Najčešće se ističe da vodi poreklo iz rimskog prava (Knežević, S., 2012: 117). Ima, međutim, osnova za tvrdjenje da je ovo pravilo nastalo još u antičkoj mitologiji. Na suđenju Orestu za ubistvo majke, sud Aeropaga ostao je podeljen po pitanju njegove krivice, te je boginja pravde Atina presudila u njegovu korist. Kasnije je na osnovu tog mita Eshil napisao dramu Orestia (Bogićević, Č., 2010: 18–19). Princip *in dubio pro reo* ima i svoje biblijsko utemeljenje. Na osnovu tumačenja Starog Zaveta, često je citirana sentenca „bolje osloboditi hiljadu krivaca, nego jednog nevinog osuditi“ (Epps, D., 2015: 1077). Kasnije, u vreme važenja inkvizicionog krivičnog postupka, princip *in dubio pro reo* nije primenjivan. Naprotiv, u slučaju sumnje u postojanje krivice okrivljenog, mogao je biti osuđen na blažu kaznu od propisane (*poena extraordinaria*), ili se donosila presuda *absolutio ab instantia*. Tom presudom kojom se okrivljeni „otpušta ispod suđenja“, zapravo je privremeno obustavljan krivični postupak. S obzirom da ova sudska odluka nije sticala svojstvo pravnosnažnosti, postupak protiv okrivljenog je mogao biti nastavljen u slučaju otkrivanja novih dokaza (Đurđić, V.,

2014: 25). Zalaganja za afirmaciju pravila *in dubio pro reo* počela su se javljati početkom 19. veka, kao reakcija na pravnu nesigurnost koju je okrivljeni imao, koju je imao u inkvizicionom postupku. Ovaj princip zauzeo je mesto u savremenom krivičnom postupku kontinentalnog tipa. U anglosaksonskom krivičnom postupku pravilo *in dubio pro reo* formalno ne postoji. Sumnja u postojanje krivice okrivljenog rešava se postojanjem standarda dokazanosti „izvan razumne sumnje“. Stoga je porota u slučaju postojanja „razumne sumnje“ dužna da donese odluku povoljniju po okrivljenog – „nije kriv“. Primena navedenog dokaznog pravila faktički korespondira sa primenom principa *in dubio pro reo* (Brkić, S., 2014: 311–312). U anglosaksonskoj doktrini krivičnog prava dobro je poznata Blekstonova formulacija (*Blackstone's formulation or ratio*) koja glasi: „bolje deset krivaca da pobegne, nego da jedan nevini pati“ (Blackstone, W., 1893: 352). Ona suštinski afirmiše primenu principa *in dubio pro reo*.

U savremenom krivičnom postupku koji se, između ostalog, karakteriše zaštitom osnovnih ljudskih prava, pre svega okrivljenog, sadržano je niz procesnih mehanizama koji omogućavaju izvesno preimućvo odbrane (*favor defensionis*). Jedna od tih prednosti koje su nastale kao reakcija na položaj okrivljenog u inkvizicionom postupku sadržana je u principu *in dubio pro reo*. Ovaj princip se odnosi na neotklonjenu sumnju u postojanje ili nepostojanje činjenica u krivičnom postupku. Činjenice koje sud nije mogao utvrditi sa sigurnošću pripisuju se u korist okrivljenom. Drugim rečima, sumnja u postojanje činjenice koja ide u prilog okrivljenom rešava se tako što se smatra da je utvrđena, tj. da postoji. Suprotno, ako sud ostane u sumnji u postojanje činjenice koja ide na štetu okrivljenog, onda se smatra da takva činjenica ne postoji. Reč je o nekoj vrsti pravila dokazivanja kojim se zapravo stvara fikcija postojanja ili nepostojanja određenih činjenica u krivičnom postupku, s ciljem zaštite okrivljenog od potencijalno neosnovane osude. Prema tome, činjenice koje idu na štetu okrivljenog moraju biti utvrđene sa izvesnošću. U suprotnom, smatra se da ne postoje. Na drugoj strani, činjenice koje idu u korist okrivljenog smatraće se utvrđenim i ako ostane sumnja u njihovo postojanje, odnosno ako postoji verovatnoća da one postoje (Pavlović, Š., 2009: 550–551).

U nemačkoj teoriji procesnog prava smatra se da pravilo *in dubio pro reo* prvenstveno pripada krivičnom materijalnom pravu i ustavnom pravu. Ovaj princip proizlazi iz samog načela zakonitosti („*nullum crimen, nulla poena sine lege*“). Prema protagonistima ovog shvatanja, sud će izreći osuđujuću presudu ako su ispunjeni uslovi postojanja elemenata krivičnog dela, protivpravnosti i krivice okrivljenog, utvrđeni izvođenjem dokaza na glavnom pretresu. Uslovi za donošenje osuđujuće presude nisu

ispunjeni ako u pogledu nekog od ovih elemenata ostane osnovana sumnja. U tom slučaju se donosi oslobađajuća presuda primenom pravila u sumnji u korist okrivljenog (Krey, V., 2009: 4).

3. Opseg važenja principa *in dubio pro reo* i povezanost sa drugim procesnim institutima

U pogledu obima važenja principa *in dubio pro reo* u teoriji postoji nesaglasnost. Najpre se postavlja pitanje da li se primena ovog principa odnosi samo na činjenična pitanja, i u kom opsegu, ili su njime obuhvaćena i pravna pitanja. U tom smislu se može pratiti postepena evolucija. Najpre su primenom principa *in dubio pro reo* bile obuhvaćene činjenice koje idu na štetu okrivljenog (Vasiljević, T., 1981: 315), a kasnije je primena proširena na činjenice koje idu u korist okrivljenog. Ovde se, pre svega, misli na materijalne pravno relevantne činjenice. Osim toga, ovo pravilo se primenjuje na procesne pravno relevantne činjenice. S obzirom na to da činjenice indicije i kontrolne činjenice služe kao instrumenti za utvrđivanje odlučnih činjenica, primena ovog načela je tim pre neophodna ako ostane sumnja u njihovo postojanje. Primera radi, u nemačkom pravu ovo pravilo se primenjuje na činjenična pitanja, dok se ne primenjuje na pravna pitanja, niti na pitanja o pravičnosti presude (Hassemer, W., 2011: 192).

Ekstenzivni pristup pledira da se princip *in dubio pro reo* primenjuje prilikom tumačenja prava, ocene izvedenih dokaza i odmeravanja kazne (Vasiljević, T., 1964: 36–37). Međutim, isti autor kasnije napušta navedeno shvatanje, te iznosi stav da sa uvođenjem slobodne ocene dokaza ovaj princip potpuno gubi smisao. Sumnju u istinitost činjenica sudija će razrešiti u dvojakom smislu; ili da postoji ili da ne postoji. Da li će na kraju ocene dokaza tas na vagi pretegnuti u korist ili na štetu okrivljenog, to zavisi od okolnosti konkretnog slučaja. Čak i kada sudija odabere rešenje koje je povoljnije po okrivljenog, tu nije reč o primeni kakvog pravila, već o ličnom opredeljenju (Vasiljević, T., 1977: 386). Sa navedenim shvatanjem se samo delimično možemo saglasiti. Primena principa *in dubio pro reo* prilikom tumačenja prava može doći u obzir ako nedoumica u značenje konkretne pravne norme ostane i nakon primene svih raspoloživih metoda tumačenja. U tom slučaju bi bilo nelogično, ali i nepravično, nemoć adresata primene prava prebaciti na teret okrivljenog. Ocena izvedenih dokaza vrši se primenom pravila logike i iskustva. I tu svakako postoji mogućnost primene ovog principa, budući da je reč o donošenju zaključaka o činjeničnim pitanjima.

Prilikom odmeravanja kazne odlučuje se o pravnim pitanjima, tako da nema mesta primeni principa *in dubio pro reo*, s obzirom da toj delatnosti prethodi pravilno i potpuno utvrđivanje činjeničnog stanja. Primena ovog pravila je, međutim, moguća prilikom odlučivanja o vrsti presude. Oslobođajuća presuda će biti doneta ne samo kada nema dokaza da je okrivljeni izvršio krivično delo, već i u slučaju nedostatka dovoljno dokaza o tome (Knežević, S., 2012: 128).

Načelo *in dubio pro reo* se u nekim slučajevima ne primenjuje. Nasuprot činjeničnim pitanjima, ovo pravilo se ne primenjuje prilikom rešavanja pravnih pitanja (Krapac, D., 2010: 118). Jedno od najspornijih pitanja u teoriji krivičnog postupka jeste razlikovanje činjeničnih i pravnih pitanja. Pravljenje distinkcije između činjeničnog i pravnog je, doista, veoma teško. Neki pojmovi koji označavaju činjenice iz svakodnevnog govora inkorporirani su u tekst zakona (sila, pretnja, obmana...). Sa druge strane, neki pravni pojmovi su istovremeno činjenice u stvarnosti (činjenica da neko poseduje imovinu, ili da je neko prisvojio tuđu stvar). U krivičnom postupku se utvrđuje postojanje pojave iz stvarnosti koja je opisana u činjeničnom opisu optužnog akta ovlašćenog tužioca. O postojanju činjenica važnih za donošenje odluke o krivičnoj stvari se zaključuje na osnovu dokaza. Na tako utvrđeno činjenično stanje se primenjuje pravna norma (Grubiša, M., 1959: 404). Zaključak o postojanju činjenica se vrši na osnovu slobodnog sudijskog uverenja. U slučaju da sudija nije siguran u postojanje neke činjenice, on će to rešiti primenom pravila *in dubio pro reo*. Zaključak o pravnim pitanjima, dakle o primeni pravne norme na utvrđeno činjenično stanje, vrši se primenom pravila logike. Sud utvrđene činjenice supsumira pod odgovarajuću pravnu normu. U slučaju postojanja dileme u pogledu rešavanja pravnog pitanja, to se rešava primenom pravila tumačenja pravne norme. Prilikom tumačenja pravne norme, primeni pravila *in dubio pro reo* nema mesta.

Gledano kroz postupak činjeničnog i pravnog formiranja činjenične osnove presude, najpre dolazi do utvrđivanja radnje okrivljenog koja mu se optužbom stavlja na teret. Ta faza predstavlja utvrđivanje činjenica. Nakon toga se ispituje da li delatnost okrivljenog predstavlja radnju izvršenja krivičnog dela. Ako se dođe do potvrdnog odgovora, onda se odlučuje o primeni krivične sankcije prema okrivljenom. Obe faze predstavljaju rešavanje pravnih pitanja (Grubiša, M., 1960: 34). Drugim rečima, utvrđivanje okolnosti iz stvarnosti predstavlja činjenično pitanje, a ocena da li ta okolnost odgovara pravnoj normi je pravno pitanje (Đuričić, S., 2005: 267).

Princip *in dubio pro reo* se takođe ne primenjuje u slučajevima kada se odstupa od pravila da je teret dokazivanja na tužiocu. U krivičnim zakonodavstvima u kojima i dalje postoji krivično delo klevete, teret dokazivanja istinitosti onoga što je iznosio ili pronosio pada na okrivljenog. Osim presumpcije čestitosti, teret dokazivanja pada na okrivljenog prilikom obaranja pretpostavke uračunljivosti. Takođe, u postupku oduzimanja imovinske koristi stečene izvršenjem krivičnog dela, na okrivljenom je teret dokazivanja zakonitog porekla imovine.

U teoriji postoji sličan stav prema kojem je princip *in dubio pro reo* protivan načelima istine i slobodne ocene dokaza. Činjenice u krivičnom postupku mogu biti dokazane ili nedokazane. Primenom ovog principa sud prenebregava dužnost da utvrdi sve važne činjenice, bez obzira da li idu u korist ili na štetu okrivljenog (Petrić, B., 1982: 7–8). Navedeno gledište ne možemo prihvatiti stoga što polazi od pogrešne premise. Princip *in dubio pro reo* kompatibilan je sa načelom istine. Nakon izvođenja svih dokaza, odnosno težnje da se utvrde sve činjenice o konkretnoj krivičnoj stvari, ovo pravilo predstavlja korektiv u slučaju da i tada ostane sumnja u istinitost činjenica. Taj korektiv predstavlja povlasticu okrivljenom ako rezultat dokaznog postupka ne bude nesumnjivo utvrđeno stanje stvari.

Ovaj princip ne može biti suprotan ni načelu slobodne ocene dokaza. Naprotiv, *in dubio pro reo* sa njim ima kontinuitet. Nakon utvrđivanja činjenica izvođenjem dokaza, sudija vrši ocenu dokaza po slobodnom sudijskom uverenju. Najpre se vrši ocena svakog dokaza pojedinačno, a zatim u sklopu sa ostalim izvedenim dokazima. Pravilo *in dubio pro reo* se primenjuje nakon ocene dokaza ako sudija utvrdi da postoji sumnja u izvesnost odlučnih činjenica. Prema tome, *in dubio pro reo* ne remeti slobodnu ocenu dokaza, niti obavezuje sudiju u primeni pravila logike i zaključivanja.

Sledeće je potrebno razgraničiti stepen sumnje koji je neophodan za primenu ovog pravila. Zakonodavac se najčešće opredeljuje za termin „sumnja“. Prema odredbi iz člana 16, stav 5 Zakonika o krivičnom postupku,¹ „sumnju u pogledu činjenica..., sud će rešiti u korist okrivljenog“. Navedeni termin ne korespondira nijednom stepenu izvesnosti koji mora da postoji za pokretanje predistražnog postupka, istrage, podizanje optužnog akta, odnosno donošenje presude. Zakonodavac je propustio da definiše ovaj termin u članu 1, za razliku od termina osnovi sumnje, osnovana sumnja, opravdana sumnja i izvesnost. U teoriji postoji shvatanje

1 "Sl. glasnik RS", br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014.

da je za primenu principa *in dubio pro reo* potrebna osnovana sumnja u istinitost činjenica, tj. da su razlozi za i protiv istinitosti neke činjenice jednaki (Lazin, Đ., 1985: 28–29, Knežević, S., 2012: 120). Neki su na stanovištu da je za primenu ovog pravila potrebno da postoje osnove sumnje koje proizlaze iz misaonog procesa ocene dokaza. Prema navedenom shvatanju ta sumnja predstavlja saznanje da ne postoji dovoljno osnova da bi neka činjenica bila utvrđena sa stepenom izvesnosti (Markićević, A., 1984: 2–3). Treći pristup je da je primena ovog principa moguća kod postojanja bilo kakve sumnje (Grubiša, M., 1966: 330). S obzirom na to da se činjenice u krivičnom postupku utvrđuju isključivo na glavnom pretresu, smatramo da je neophodan stepen izvesnosti verovatnoća, odnosno opravdana sumnja, s obzirom na činjeničnu utemeljenost optužnog akta na osnovu koga se vodi glavni pretres. Primena principa *in dubio pro reo* moguća je ako stepen izvesnosti u pogledu postojanja ili nepostojanja neke činjenice bude između opravdane sumnje i izvesnosti.

U teoriji se najčešće ističe povezanost pretpostavke nevinosti i načela *in dubio pro reo*. Prema zastupnicima tog shvatanja, princip *in dubio pro reo* predstavlja posledicu važenja pretpostavke nevinosti (Bajer, V., 1980: 40). Suština pretpostavke nevinosti, kao jedne od značajnijih tekovina pravne države i demokratskog društva, najčešće se izražava pravilom da se svako smatra nevinim, i da ga niko ne može smatrati krivim dok se pravnosnažnom sudskom odlukom od strane nadležnog suda ne utvrdi njegova krivica (Krapac, D., 2010: 388). Sadržinu pretpostavke nevinosti odredio je Evropski sud za ljudska prava u sopstvenoj jurisprudenciji. Prema stavu Suda, ona involvira sledeće: postupanje bez predrasuda i predubeđenja o krivici okrivljenog, pravilo da teret dokazivanja leži na tužiocu i da rizik nedokazanosti (sumnja u postojanje odlučnih činjenica) mora ići u korist okrivljenog (*in dubio contra auctoritatem*).²

Treće pravno pravilo involvirano u pretpostavku nevinosti predstavlja raspodelu rizika nedokazanosti činjenica o krivičnoj stvari. Krivični sud mora doneti oslobađajuću presudu ne samo kada nije dokazano da je okrivljeni kriv, već i kada ostane sumnja u njegovu krivicu (Ilić, I., 2012: 575). Načelo *in dubio pro reo* se u delu koji se odnosi na odlučne činjenice kojima se dokazuje postojanje krivice, poklapa sa pretpostavkom nevinosti. Međutim, primena ovog pravila je šira, jer su njime obuhvaćene sve druge materijalne i procesne pravno relevantne činjenice (Đurđić, V., 2014: 195–196).

Princip *in dubio pro reo* nije propisan u procesnom zakonu Nemačke. Tamošnja teorija ga smatra delom ustavnog prava, preciznije elementom

2 Barbera, Masseque and Jabardo v. Espana, presuda od 6. 12. 1988., Ser. A, br. 146.

načela vladavine prava. Takođe se smatra da pripada materijalnom krivičnom pravu sadržanom u načelu zakonitosti (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Zaključak o primeni načela u sumnji u korist okrivljenog isključivo na materijalne pravno relevantne činjenice izvodi se iz same pravne prirode povrede prava kao žalbenog osnova (Krey, V., 2009: 4).

Za razliku od Nemačke, princip *in dubio pro reo* predstavlja jedno od zakonskih načela krivičnog procesnog prava u Švajcarskoj. U članu 10, stav 3 federalnog Zakonika o krivičnom postupku Švajcarske iz 2011. godine, predviđeno je da okrivljeni može biti osuđen samo ako je sud utvrdio postojanje dovoljno dokaza za njegovu krivicu. Iz toga se zaključuje da se oslobađajuća presuda donosi i u slučaju nepostojanja dovoljno dokaza za krivicu okrivljenog, što je primena principa u sumnji u korist okrivljenog (Gwladys, G., 2014: 30). U Zakonu o krivičnom postupku Ruske Federacije iz 2001. godine, noveliranom 2012. godine, u delu pod nazivom „Opšte odredbe“, stipulirana je pretpostavka nevinosti. U istom članu 14, stav 3 zakonski izraz dobilo je pravilo da sumnja u krivicu optuženog koja ne može biti otklonjena primenom odredaba zakona mora se tumačiti u korist optuženog. Presuda ne sme biti zasnovana na pretpostavkama (član 14, stav 4). Prema članu 4 mađarskog ZKP-a, svaka činjenica koja nije dokazana sa stepenom izvesnosti iznad razumne sumnje ne može se pripisati na štetu okrivljenom. Ova odredba esencijalno izražava primenu pravila *in dubio pro reo*.

Procesni zakoni Bosne i Hercegovine sadrže načelo *in dubio pro reo*. Sumnja u pogledu postojanja nekog elementa bića krivičnog dela, ili u pogledu neke odredbe krivičnog zakonodavstva, rešava se u presudi na način koji je povoljniji po okrivljenog (član 3, stav 1 ZKP BiH, čl. 3, st. 1 ZKP FBiH, čl. 3, st. 1 ZKP RS, čl. 3, st. 1 ZKP BDBiH). Procesni kodeks Crne Gore zakonski izraz načela u sumnji u korist okrivljenog sadrži u istom članu u kojem je propisana i pretpostavka nevinosti. Ako nakon pribavljanja i izvođenja svih dokaza ostane sumnja u neko bitno obeležje krivičnog dela ili u pogledu činjenice koja dovodi do primene neke odredbe Krivičnog zakonika ili Zakona o krivičnom postupku, sud će doneti odluku u korist okrivljenog (član 3, stav 3 ZKP CG). Uži opseg važenja principa *in dubio pro reo* predviđen je u procesnom zakonu Makedonije. U slučaju sumnje u postojanje činjenica koje predstavljaju elemente krivičnog dela, ili od kojih zavisi primena neke odredbe Krivičnog zakona, sud će odlučiti u korist okrivljenog (član 4 ZKP MK). Gotovo istovetna je formulacija u članu 3, stav 2 Zakona o kaznenom postupku Hrvatske. Iz navedenih odredaba procesnih zakona država bivše Jugoslavije (sa

izuzetkom Slovenije), može se zaključiti da se pravilo *in dubio pro reo* svrstava u opšta načela krivičnog postupka. Negde se reguliše zajedno sa pretpostavkom nevinosti, usled shvatanja da se konsekvantno izvodi iz nje, a negde se smatra posebnim načelom (Makedonija). Razlike se mogu uočiti u pogledu obima važenja. Najširi opseg primene predviđen je u Bosni i Hercegovini, gde se predviđa primena na sve odredbe krivičnog zakonodavstva. U Crnoj Gori je domen važenja načela *in dubio pro reo* ograničen na materijalne i procesne pravno relevantne činjenice, dok je u Makedoniji i Hrvatskoj³ predviđena primena isključivo na materijalne pravno relevantne činjenice.

4. Princip *in dubio pro reo* u srpskom krivičnom postupku

Procesna maksima da se u sumnji odlučuje u korist okrivljenog ugrađena je u tekst važećeg Zakonika o krivičnom postupku. U članu 16, stav 5 propisano je da se sumnja u pogledu činjenica od kojih zavisi postojanje nekog elementa bića krivičnog dela, primena neke druge odredbe krivičnog zakona, kao i vođenje krivičnog postupka rešava presudom ili rešenjem koje odgovara presudi u korist okrivljenog. Ovom odredbom je proširen opseg važenja principa *in dubio pro reo* u odnosu na ranije važeći zakon. U članu 18, stav 3 Zakonika o krivičnom postupku iz 2001. godine,⁴ bila je predviđena primena ovog načela u slučaju postojanja sumnje u odlučne činjenice koje čine elemente krivičnog dela, ili od kojih zavisi primena neke odredbe Krivičnog zakonika.

Razlika između dve odredbe se, najpre, ogleda u vrsti činjenica. U važećem zakonu je upotrebljen termin „činjenice“, a u ranije važećem – „odlučne činjenice“. Iako je reč o činjenicama od kojih zavisi postojanje elemenata krivičnog dela, ne treba gubiti iz vida da se postojanje tih činjenica neretko utvrđuje na posredan način, indicijama i kontrolnim činjenicama (Ilić, I., 2014: 329–337). Stoga smatramo ispravnijim pristup pozitivnopravne odredbe, koja pokriva sve materijalne pravno važne činjenice. Druga razlika se ogleda u obimu važenja principa *in dubio pro reo*. Nasuprot ranije važećem ZKP-u, u novom procesnom zakonu su osim materijalnih pravno relevantnih činjenica obuhvaćene i procesne

3 U teoriji postoji shvatanje da se obim primene principa *in dubio pro reo* proteže i na procesne pravno relevantne činjenice (Krapac, D., 2010: 117). Takvo gledište potkrepljeno je odredbom člana 452 ZKP HR, iz koje se ne može izvući zaključak o mogućnosti primene ovog načela.

4 “Sl. list SRJ”, br. 70/2001 i 68/2002 i «Sl. glasnik RS», br. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 – dr. zakon, 49/2007, 20/2009 – dr. zakon, 72/2009 i 76/2010).

pravno relevantne činjenice. To su činjenice od kojih zavisi vođenje krivičnog postupka. Tako će se u slučaju sumnje u nastupanje zastarelosti, postojanja amnestije, pomilovanja, ili da je krivična stvar *res iudicata*, doneti odluka u korist okrivljenog, odnosno presuda kojom se optužba odbija. Imajući u vidu da se postojanje trajnih smetnji za krivično gonjenje najčešće dokazuje pravnim aktom, teško će doći do situacije da u pogledu navedenih pravnih činjenica ostane sumnja u postupku. Hipotetički, do toga može doći jedino u pogledu nastupanja zastarelosti ako je dubiozno od kog momenta se računa rok. Iz tog razloga je prihvatljivo prošireno dejstvo principa *in dubio pro reo* za koje se odlučio zakonodavac.

Najzad, razlika između ranije i sada važećeg procesnog kodeksa postoji i u pogledu primene ovog pravila na druge odredbe materijalnog krivičnog prava koje ne spadaju u elemente krivičnog dela. Dok se u ranijem ZKP-u koristi izraz „Krivični zakonik“, u važećem je upotrebljen termin „krivični zakon“. Ciljnim i istorijskim tumačenjem dolazimo do zaključka da je u novom ZKP-u reč o krivičnom zakonodavstvu u celini, za razliku od ranijeg koji se odnosio isključivo na Krivični zakonik. I ovu intervenciju smatramo opravdanom budući da je u krivičnom zakonodavstvu još propisa⁵ koji imaju primenu prilikom donošenja sudske odluke u krivičnom postupku.

Imajući u vidu stilizaciju odredbe iz člana 16 ZKP-a, postavlja se pitanje da li je moguća primena principa *in dubio pro reo* prilikom donošenja rešenja o odbacivanju optužnice. Nepostojanje činjenica od kojih zavisi vođenje krivičnog postupka zapravo je postojanje procesnih smetnji. One mogu biti neotklonjive (trajne) i otklonjive (privremene). Privremene smetnje za vođenje krivičnog postupka su stvarna nenadležnost, nepostojanje zahteva ovlašćenog tužioca, predloga oštećenog za gonjenje ili odobrenja za gonjenje, kao i duševna bolest okrivljenog u vreme vođenja postupka. Utvrđeno postojanje privremenih smetnji za krivično gonjenje na glavnom pretresu dovodi do donošenja rešenja o odbacivanju optužnice. Ipak, argument koji govori protiv primene načela *in dubio pro reo* prilikom donošenja ove vrste odluke nalazi se u delu člana 16, stav 6 ZKP-a, u kome je izričito predviđeno „...sud će u presudi, ili rešenju koje odgovara presudi rešiti u korist okrivljenog“. Iz teksta ove zakonske odredbe može se prepoznati intencija zakonodavca da obuhvati oslobađajuću, osuđujuću i procesnu presudu, kao i rešenja kojima se izriču krivične sankcije. Rešenje o odbacivanju optužnice ne odgovara presudi,

5 Primera radi: Zakon o maloletnim učinocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, Zakon o programu zaštite učesnika u krivičnom postupku i drugi.

jer ne predstavlja meritornu sudsku odluku, već procesnu odluku kojom se krivični postupak prekida do otklanjanja privremenih procesnih smetnji.

Imajući u vidu da je *dominus litis* predistražnog i prethodnog krivičnog postupka javni tužilac, postavlja se pitanje da li može primeniti načelo *in dubio pro reo*. Iako prema zakonskoj odredbi ovlašćenje za primenu ovog principa ima isključivo sud, smatramo da ima mesta širem tumačenju. Prema stavu 4 člana 6 Javni tužilac (i policija) su dužni da sa jednakom pažnjom ispituju postojanje činjenica koje okrivljenom idu na štetu i u korist. Javni tužilac, između ostalog, donosi rešenje o odbacivanju krivične prijave ako ne postoje osnovi sumnje da je izvršeno krivično delo za koje se goni po službenoj dužnosti (član 284, stav 1, tačka 3 ZKP). Dakle, ako nakon pribavljanja obaveštenja, preduzimanja određenih mera i radnji s ciljem otkrivanja krivičnog dela i, eventualno učinioca, javni tužilac zaključi da ne postoje osnovi sumnje, ali i ako nađe da postoji sumnja, ali ne na nivou osnovna sumnje, doneće rešenje o odbacivanju krivične prijave. Prema tome, iako je reč o najnižem stepenu sumnje, javni tužilac u tom slučaju postupa primenom načela *in dubio pro reo*. Javni tužilac, takođe, može odustati od sprovođenja istrage ako nema dovoljno dokaza za optuženje (član 308, stav 1, tačka 3 ZKP). U ovom slučaju je takođe reč o primeni pravila u sumnji u korist okrivljenog. Tome u prilog govori da je moguće da postoje neki dokazi o izvršnju krivičnog dela, ali nedovoljni da bi se javni tužilac odlučio da podigne optužnicu. Javni tužilac ima mogućnost da odustane od podignute optužnice sve do završetka glavnog pretresa. U tom slučaju će sud doneti presudu kojom se optužba odbija. Odustanak javnog tužioca od optužnice predstavlja manifestaciju načela *in dubio pro reo*, s obzirom da će do takve odluke doći usled spoznaje da ne postoji opravdana sumnja da je okrivljeni izvršio krivično delo koje mu se optužbom stavlja na teret. Prema tome, u slučaju donošenja procesne presude usled odustanka javnog tužioca od optužbe, princip *in dubio pro reo* primenjem je od tužioca a ne od suda⁶.

Važenje načela *in dubio pro reo* proizlazi i iz odredbe iz člana 423, stav 1, tačka 2. Oslobođajuća presuda se donosi ako nije dokazano da je okrivljeni

⁶ Vredno spomena je ovlašćenje veća pozivnih sudija da donese odluku o obustavi postupka prilikom vršenja sudske kontrole optužbe u slučaju nepostojanja opravdane sumnje. Prema članu članu 338, stav 1, tačka 3 ZKP, vanraspravno veće će doneti odluku da nema mesta optu žbi, te obustaviti postupak ako nema dovoljno dokaza za opravdanu sumnju da je okrivljeni izvršio krivično delo koje mu se stavlja na teret. I u ovom slučaju do te odluke može doći primenom načela *in dubio pro reo* ako postoji sumnja da li prikupljeni dokazi opravdavaju izvođenje okrivljenog na glavni pretres.

izvršio krivično delo za koje je optužen. Ova odredba se tumači tako da se liberatorna presuda donosi ako nema dokaza da je okrivljeni učinio krivično delo koje mu se optužbom stavlja na teret. Ova vrsta presude će biti donata i u slučaju da postoje neki dokazi da je okrivljeni učinio krivično delo, ali nedovoljni da bi sud bio potpuno uveren u to. Ako, dakle, sud ostane u sumnji u kvalitet dokaza koji govore u prilog izvršenju krivičnog dela od strane okrivljenog, doneće oslobađajuću presudu primenom principa *in dubio pro reo*.

U teoriji se kao potpora važenja ovog načela često navodi pravilo o glasanju prilikom odlučivanja o krivičnoj stvari na nejavnoj sednici (Knežević, S., 2012: 128). U slučaju da se prilikom donošenja odluke glasovi članova sudećeg veća podele tako da nijedno mišljenje nema većinu, glasovi članova veća koji su najnepovoljniji po okrivljenog se pribrajaju povoljnijim glasovima dok se ne postigne većina (član 272, stav 2 ZKP). Reč je o primeni pravila *in dubio pro reo* prilikom presuđenja krivične stvari. Iako tehnička pravila o glasanju idu u korist okrivljenom, smatramo da se ne može govoriti o primeni ovog načela. Grupisanjem glasova ne odlučuje se o postojanju činjenica koje idu u prilog ili na štetu okrivljenog. O tome su prethodno članovi sudećeg veća doneli odluku, te shodno tome i glasali. Primena načela *in dubio pro reo*, prema tome, dolazi u obzir samo prilikom ocene dokaza od strane članova veća.

Usled izostanka primene principa *in dubio pro reo* presuda je nepravilna, jer je zasnovana na dokazima u čiju izvesnost sud nije uveren. U tom slučaju sud je povredio dužnost savesne ocene dokaza, što dovodi do toga da je izreka presude protivrečna navedenim razlozima ili su razlozi navedeni u obrazloženju presude u znatnoj meri protivrečni, što predstavlja bitnu povredu odredaba krivičnog postupka (član 438, stav 2, tačka 2 ZKP). Reč je o relativnoj povredi odredaba krivičnog postupka koju sud pravnog leka ispituje samo ako se na nju pozove u žalbi.

5. *In dubio pro reo* u sudskoj praksi

U starijoj sudskoj praksi je do nepravilne primene principa *in dubio pro reo* dolazilo najčešće usled prebacivanja tereta dokazivanja na okrivljenog. Odbrana je bila dužna da dokaže postojanje osnova koji isključuju protivpravnost i krivicu. Ako nisu bili dokazani, sudovi su uzimali da ne postoje i donosili osuđujuću presudu. Na taj način nije primenjeno pravilo u sumnji u korist okrivljenog, već suprotno – u sumnji na štetu okrivljenog.

Prema stavu izraženom u nemačkoj sudskoj praksi, pravilo *in dubio pro reo* nije povređeno kada je, po mišljenju odbrane, sud trebalo da ima sumnju u pogledu krivice optuženog (Chantal, J., 2005: 61). U isključivoj vlasti suda je da ceni izvesnost postojanja odlučnih činjenica, te stav odbrane po tom pitanju ne može imati uticaja. Sudska praksa je na stanovištu da do povrede principa *in dubio pro reo* ne dolazi ako sud nema sumnju u postojanje činjenica, već ako u slučaju sumnje odluči na štetu okrivljenog. Najčešće je reč o nedostacima u obrazloženju presude o postojanju elemenata krivičnog dela ili procesnih smetnji.⁷ U slučaju nemogućnosti suda da za okrivljenog pribavi izvod iz kaznene evidencije, ima se uzeti da je neosuđivan, primenom načela *in dubio pro reo*.⁸ Ako se ne može utvrditi tačno vreme izvršenja krivičnog dela, uzima se da je izvršeno u onom trenutku koji je najpovoljniji po okrivljenog u pogledu zastarelosti krivičnog gonjenja.⁹ Do primene principa *in dubio pro reo* takođe dolazi u slučaju kada o izvršenom krivičnom delu postoje isključivo indicije. U sudskoj praksi je zauzet stav da se osuđujuća presuda isključivo na osnovu indicija može doneti samo izuzetno, ako stvaraju činjenični lanac koji isključuje bilo koju drugu mogućnost prilikom ocene dokaza.¹⁰ U slučaju postojanja dve verzije o izvršenju krivičnog dela, nakon završetka dokaznog postupka, pretežno na osnovu nalaza i mišljenja veštaka, sud je dužan da ocenom izvedenih dokaza donese odluku o izvesnosti jedne od dve verzije (Mirkov, Ž., 2014: 30). Primena načela *in dubio pro reo* u ovom slučaju moguća je jedino ako postoji neotklonjiva sumnja.¹¹

6. Zaključak

Zaključak o postojanju ili nepostojanju činjenica u krivičnom postupku nije uvek moguće izvesti sa sigurnošću. Često se dešava da ostane sumnja u izvesnost nekih činjenica koje čine elemente krivičnog dela, ili od kojih zavisi vođenje krivičnog postupka. U tom slučaju je potrebno primeniti procesno načelo čiji je smisao da se u sumnji donosi odluka koja je povoljnija po okrivljenog. Primena principa *in dubio pro reo* moguća je kod postojanja sumnje u izvesnost svih činjenica koje se utvrđuju u krivičnom postupku prilikom ocene izvedenih dokaza, izuzetno i

7 Odluka Ustavnog suda Hrvatske U-III-1371/2009 od 30. 06. 2010. godine.

8 Presuda Vrhovnog suda Srbije, K ž. I. br. 388/03 od 01. 04. 2003. godine i presuda Okru žnog suda u Beogradu, K. br. 743/02 od 26. 12. 2002. godine.

9 Presuda Vrhovnog kasacionog suda Kzz br. 87/2011 od 21. 12. 2011. godine.

10 Rešenje Vrhovnog suda Srbije, K ž. br. 706/03 od 13. 11. 2003. godine.

11 Presuda Opštinskog suda u Subotici, K br. 106/04 od 27. 2. 2008. godine i Rešenje okru žnog suda u Subotici, br. Kž br. 370/08 od 14. 8. 2008. godine.

prilikom tumačenja prava. Na drugoj strani, primena ovog načela izostaje kod pravnih pitanja i u situacijama kada je teret dokazivanja prebačen na okrivljenog. Ovu procesnu maksimu ovlašćen je da primeni sud prilikom donošenja meritorne sudske odluke i procesne presude. Osim toga, do primene ovog principa faktički dolazi i prilikom odluke javnog tužioca da ne započne krivično gonjenje usled nepostojanja osnova sumnje, kao i prilikom odustanka javnog tužioca od krivičnog gonjenja, takođe usled sumnje u postojanje dovoljnog stepena izvesnosti o izvršenom krivičnom delu (i učiniocu). Određivanje značenja i opsega primene načela *in dubio pro reo* u teoriji omogućava ujednačavanje sudske prakse. U tom smislu je od posebnog značaja nastojanje procesne nauke da razgraniči činjenična od pravnih pitanja u krivičnom postupku, kao i da protumači odredbe procesnog zakona o teretu dokazivanja.

Literatura

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, br. 4/2015, str. 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, br. 1-2/2011, str. 185–198

Krey, V. (2009). German Criminal Procedure Law, Stuttgart

Bajer, V. (1980). Jugoslavensko krivično procesno pravo, knjiga druga, Zagreb

Bogićević, Č. (2010). Odstupanje od načela istine u krivičnom postupku, Bilten Vrhovnog suda Crne Gore, str. 13–20

Brkić, S. (2014). Krivično procesno pravo I, Novi Sad

Vasiljević, T. (1964). Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ, Beograd

Vasiljević, T. (1977). Komentar zakona o krivičnom postupku, Beograd

Vasiljević, T. (1981). Krivično procesno pravo SFRJ, Beograd

- Grubiša, M. (1959). Činjenično i pravno pitanje, Naša zakonitost, br. 9/1959
- Grubiša, M. (1960). Rješavanje problema razlikovanja i razgraničenja činjeničnih od pravnih pitanja, Naša zakonitost, br. 1–2/1960
- Grubiša, M. (1966). Princip *in dubio pro reo* u teoriji i praksi, JRKK, br. 3/1966
- Đurđić, V. (2014). Krivično procesno pravo, opšti deo, Niš
- Đuričić, S. (2005). Razlikovanje činjeničnih i pravnih pitanja, Glasnik AKV, br. 5/2005, str. 262–271
- Ilić, I. (2012). Pretpostavka nevinosti okrivljenog i pravo na javno informisanje, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, tematski broj. Mediji i ljudska prava, br. 61, str. 571–586
- Ilić, I. Značaj indicija za otkrivanje i dokazivanje krivičnih dela, Dani Arčibalda Rajsa, zbornik radova sa međunarodnog naučnog skupa, tom I, Beograd, 2014. str. 329–337
- Knežević, S. (2012). Osnovna načela krivičnog procesnog prava, Niš
- Krapac, D. (2010). Kazneno procesno pravo, prva knjiga – Institucije, Zagreb
- Lazin, Đ. (1985). *In dubio pro reo* u krivičnom postupku, Beograd
- Markičević, A. (1984). Princip *in dubio pro reo*: skica za jednu raspravu, Glasnik AKV br. 12/1984, str. 1–13
- Mirkov, Ž. (2014). Načelo *in dubio pro reo* kao obeležje pravičnog postupka, Glasnik AKV br. 1/2014, str. 24–35
- Pavlović, Š. (2009). Poznavanje i primjenljivost konvencijskih i ustavnih načela o pravičnom postupku kao *conditio sine qua non* dobre obrane, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, br. 2/2009, str. 543–571
- Petrić, B. (1982). Komentar Zakona o krivičnom postupku, Šid

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

originalni naučni članak

UDK: 347.793-057.2(497.5)

Rad primljen: 30.06.2015.
Rad prihvaćen: 03.12.2015.

PRAVNI POLOŽAJ ČLANA POSADE BRODA

Apstrakt: U Republici Hrvatskoj razlikuju se dvije vrste plovidbe: pomorska i unutarnja. Prvu opisuje 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)¹ dok onu drugu uređuje *Zakon o plovidbi i lukama unutarnjih voda* (dalje – ZPLUV).² 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 m³ 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 zapremninu (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).³ Za obavljanje poslova kojima se osigurava plovidba brod mora imati propisani broj članova posade s odgovarajućim valjanim

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 odjave 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).

svjedodžbama o osposobljenosti (čl. 130, st. 1 PZ-a) (Bolanča et all., 2013: 281).⁴ 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).⁵ 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).⁶ Člana posade pomorskog broda uobičajeno se naziva pomorac (Bolanča et all., 2013: 349),⁷ iako to nisu sinonimi.⁸ 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 plovila⁹ 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 brodarsku knjižicu (čl. 54, st. 1 ZPLUV-a).¹⁰ Za sigurnu plovidbu plovilo mora imati odgovarajući minimalni broj članova posade s određenom stručnom osposobljenošću (čl. 46, st. 2 ZPLUV-a).¹¹ Stručna osposobljenost članova posade broda stječe se položenim odgovarajućim stručnim ispitom, a dokazuje svjedodžbom o stručnoj osposobljenosti (čl. 47, st. 1 ZPLUV-a).¹² 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).¹³ Član posade broda unutarnje plovidbe uobičajeno se naziva brodarac.¹⁴

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 brodarskim knjižicama i dozvolama za ukrcaj* («NNRH» br. 56/00. i 36/05) propisuje da se brodarska 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 brodarsku 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 brodarsku 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,¹⁵ brodaru,¹⁶ odnosno kompaniji¹⁷ i Ministarstvu pomorstva (čl. 133.a, st. 1).¹⁸ 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*.¹⁹ 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.²⁰ 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 uloška 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 and 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).²¹

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, ošteti 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 primijeniti relevantne odredbe *Zakona o radu* (dalje – ZOR)²² kao *lex generalisa*.²³

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 brodara broda s kojeg je takav član posade iskrčan (čl. 138, st. 1 PZ-a).²⁴ 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 brodara iz *Konvencije Međunarodne organizacije rada br. 23 o repatriiranju 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).²⁵ Troškovi povratnog putovanja obuhvaćaju troškove za smještaj, hranu kao i prijevoz, plaću i dodatke na plaću od trenutka kada je član posade iskrcao s broda do njegova povratka u mjesto prebivališta, te potrebno liječenje dok član posade broda nije zdravstveno sposoban za povratno putovanje (čl. 139, st. 3 PZ-a).²⁶ Navedene troškove snosi brodar (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 broda i time svojom krivnjom doveo do prestanka zaposlenja ili koji se iskrcao s broda zbog ozljede ili oboljenja koje je sebi prouzročio namjerno ili grubom nepažnjom (čl. 139, st. 2 PZ-a).²⁷ Brodar mora *održavati na snazi osiguranje ili drugo financijsko jamstvo* radi pokrića troškova povratnog putovanja članova posade broda (čl. 139.a, st. 1 PZ-a),²⁸ 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).²⁹ Povratno putovanje smatra se osiguranim i ako je članu posade osiguran odgovarajući posao na brodu 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 brodu (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 broda (čl. 141 PZ-a).

I u unutarnjoj plovidbi brodar je dužan članu posade (brodarcu) osigurati povratno putovanje i nadoknaditi troškove povratnog putovanja u mjesto

25 Pod pojmom «zadržavanje» misli se na zaustavljanje broda, 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 naknaditi 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 broda te na engleskom jeziku (st. 3.). Vidi pobliže: (Primorac, Šarić, 2012: 127, Rukavina, 2007: 169).

njegovog prebivališta ili boravišta (čl. 55, st. 1 ZPLUV-a).³⁰ 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,³¹ ili je iskrcao 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

Brodar³² je dužan pomorcu 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 brodar³³ obavezan brodarcu nadoknaditi štetu na stvarima namijenjenim za njegovu osobnu uporabu koje su mu uništene ili oštećene pri brodolomu ili drugoj havariji³⁴ 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 (namjerno 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)³⁵ o subjektivnoj³⁶ ili objektivnoj odgovornosti.³⁷

2.4.2. Naknada štete u slučaju nezaposlenosti zbog brodoloma

U slučaju brodoloma, pomorac koji je zaposlen kod brodarara 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 brodarara uređuje općim propisima obveznog prava (vidi *supra* 2.4.1.).³⁸ ZPLUV ne sadrži sličnu odredbu, pa brodarar nema pravo na naknadu štete u slučaju nezaposlenosti zbog brodoloma.

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 brodu, odgovara brodar ako ne dokaže da je šteta nastala bez njegove krivnje (čl. 145, st. 1 PZ-a). Pošto brodar mora dokazati da nije kriv za nabrojane vrste šteta, to znači da on odgovara prema osnovi pretpostavljene krivnje.³⁹ Međutim, ako je ta šteta iz st. 1 (tjelesna ozljeda, smrt ili narušenje zdravlja) nastala od opasne stvari ili

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 prouročio 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 brodoloma* (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 brodarara 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 brodu, jer će brodar odgovarati za štetu pomorcu i kada je šteta nastala izvan broda, pod uvjetom da je pomorac napustio brod

opasne djelatnosti, onda brodar odgovara prema općim propisima o odgovornosti za štetu od opasne stvari ili opasne djelatnosti (čl. 145, st. 2 PZ-a).⁴⁰ 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).⁴¹ Dakle, u ova dva slučaja brodar odgovara na temelju objektivne odgovornosti.⁴² Međutim, krug pasivno legitimiranih osoba odgovornih za štetu dosta je širok, jer osim brodarica solidarno odgovaraju još poslovođa,⁴³ kompanija⁴⁴ i poslodavac⁴⁵ (čl. 145, st. 3 PZ-a).

Što se tiče brodarica, 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 brodarica se pretpostavlja, dok se ne dokaže suprotno, ako je smrt ili tjelesna ozljeda brodarica 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 brodarica za povredu tjelesnog integriteta brodarica, dok se načelo pretpostavljene krivnje brodarica 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 brodarica, 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).⁴⁶ Prema ZPP-u, rješavanje sporova zbog povrede prava iz radnog odnosa člana posade broда (vidi *supra* 2.2.) spada pod stvarnu nadležnost općinskih sudova,⁴⁷ 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.⁴⁸ 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 pomoraca 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).⁴⁹ 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 imovinskopravne posljedice nanesene ozljede ili smrti (Republika Hrvatska gdje brodarac kao oštećenik živi) (Grbin, 2005: 484).

3. Zaključak

Usporedbom pravnog položaja člana posade u pomorskoj plovidbi (pomorca) i člana posade u unutarnjoj plovidbi (brodarca) dolazimo do mnogobrojnih zaključaka. Član posade broda u obje vrste plovidbe mora imati potrebna zvanja i stručnu spremu, što se dokazuje relevantnim javnim ispravama (svjedodžba o osposobljenosti, pomorska odnosno brodarska knjižica). Zakonska rješenja kod povrede prava vezanih za životne i radne uvjete na brodu, kao i u svim drugim slučajevima povrede njegovih prava i interesa iz radnog odnosa, za pomorca su bolje predviđena PZ-om kao posebnim propisom, za razliku od brodarca na kojeg se primjenjuje ZOR kao *lex generalis*. Institut povratnog putovanja (repatrijacije) mnogo je povoljniji za pomorca u odnosu na brodarca, jer on *inter alia* ima pravo na troškove povratnog putovanja u vidu plaće i dodataka na plaću, te troškova liječenja. Osim toga, brodar mora održavati na snazi osiguranje ili drugo financijsko jamstvo radi pokrića tih troškova, a ako brodar ne izvrši povrat iznosa plaćenog za troškove povratnog putovanja, može se odrediti mjera zadržavanja brodova tog brodarca. Brodarac nema kao pomorac pravo na naknadu štete u slučaju nezaposlenosti zbog brodoloma. Nadalje, zakonska rješenja o odgovornosti brodarca kao poslodavca za smrt, tjelesne ozljede i narušenje zdravlja pomorca temelje se na pretpostavljenoj krivnji (kao općem načelu), ili na objektivnoj odgovornosti (u posebnim slučajevima), pri čemu je krug osoba solidarno odgovornih za štetu veoma širok, što je nesumnjivo *in favorem* pomorca. S druge strane, u sličnoj situaciji brodarca kao štetnik može odgovarati samo brodar i to na temelju dokazane krivnje, dok je načelo pretpostavljene krivnje predviđeno samo u iznimnim slučajevima (pri čemu nije predviđena šteta u vidu narušenja zdravlja). To se nesumnjivo ne može smatrati naprednim rješenjem. Dok pomorac sve svoje sporove riješava samo na trgovačkom sudu kao stvarno nadležnom sudu, brodar je primoran u istim životnim situacijama tražiti sudsku zaštitu na općinskom i trgovačkom sudu. Konačno, ako pomorac pretrpi štetu u vidu povrede tjelesnog integriteta, a radi se o odnosu s međunarodnim obilježjem, onda je za njega nadležan hrvatski sud, ako on kao oštećenik ima prebivalište na području Republike Hrvatske. Takvo povoljno rješenje nije predviđeno za brodarca. Iz analize spomenutih pitanja vidljivo je da su ona puno bolje riješena za članove posade pomorskog broda, odnosno da su članovi posade plovila unutarnje plovidbe u bitno nepovoljnijem pravnom položaju.

Literatura

Bolanča, D., Naprta, R. (2013). More naše plavo: Članovi posade broda (pomorci) – Zbirka propisa. 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
496

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 20th 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 Serbia¹ 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 1978² 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 2014³, 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 2014⁴, 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 1978⁵: 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*⁶ 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*⁷ 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", N° 57/2003, 61/2005, 64/2006, 99/2011.

7 "Official Gazette of the Republic of Serbia", N° 46/95, 101/2003, 6/2015.

7. Weaker side protection in Enforcement Act

Under the *Act on Enforcement and Securing Claims of 2011*,⁸ 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.

⁸ "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

Dr Dušan Nikolić,
*Redovni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Novom Sadu*

PРАВНА ЗАШТИТА SLABIJE STRANE U PRIVATNOM PRAVU REPUBLIKE SRBIJE

Rezime

Nema sumnje da će pitanje pravne zaštite slabije strane u oblasti privatnog prava biti sve aktuelnije. Na to upućuju prilike u kojima se nalazi savremeno društvo, ali i neka istorijska iskustva koja je čovečanstvo sticalo prethodnih decenija i vekova.

Privatno pravo je oduvek bilo u snažnoj interakciji sa ekonomijom. Promene u jednoj sferi su uslovljavale promene u drugoj, i obratno. To znači da su privatno pravo i ekonomija najčešće imali isti razvojni put i iste oscilacije. U osnovi, moglo bi se govoriti o dva razvojna pravca koja se ciklično smenjuju tokom istorije. Postoje periodi koje karakterišu ekonomski liberalizam, ograničavanje uticaja države, težnja za deregulacijom, naglašena autonomija volje i široka sloboda ugovaranja, a nakon toga, po pravilu, sledi period koji je karakterističan po jačanju uticaja države, državnom intervencionizmu u sferi ekonomije, sužavanju autonomije volje i ograničavanju slobode ugovaranja. Do promene pravca razvoja dolazi kada aktuelni model postane nefunkcionalan ili kada usled njegove primene tenzije unutar određenog društva dostignu kritičnu tačku. Čovečanstvo se trenutno nalazi na jednoj takvoj prekretnici. Klatno ekonomske i pravne istorije je, izgleda, doseglo krajnje tačke neoliberalnog modela. Velika recesija (depresija), ekonomska kriza i rastući državni intervencionizam, ukazuju na to da se mogu očekivati značajne promene. U takvim okolnostima, stabilnost mnogih društvenih zajednica će biti dovedena u pitanje. Tenzije će biti manje u društvima koje imaju pravičnije i izbalansirano pravo, korektivne regulativne mehanizme i, u tom kontekstu, pravila o zaštiti slabije strane.

Srbija spada u red zemalja koje, u tom pogledu, imaju dugu i bogatu tradiciju. Na to su uticale različite okolnosti. Srbi su kao i mnogi drugi slovenski narodi, dugo živeli u velikim porodičnim zajednicama u kojima je bio razvijen kolektivni duh, osećaj za zajedništvo i visok stepen uzajamne solidarnosti. Zahvaljujući istorijskim prilikama, takav model društvene organizacije je očuvan sve do donošenja Srpskog građanskog zakonika 1844. godine. Nakon toga, pod uticajem ekonomskog liberalizma, decenijama je

jačala individualistička koncepcija prava. U drugoj polovini XX veka, u periodu Socijalističke Jugoslavije, oblikovan je specifičan pravni sistem, čiji su kreatori nastojali da nađu ravnotežu između individualizma i kolektivismu u privatnom pravu i, istovremeno, između tržišnog (liberalnog) modela ekonomije i državnog intevencionizma u toj sferi.

Od bivše jugoslovenske federacije Srbija je nasledila savremenu pravnu regulativu koja je i danas, u pojedinim segmentima, naprednija od normativnih rešenja koja postoje u mnogim razvijenim zapadnoevropskim zemljama. To posebno važi za Zakon o obligacionim odnosima iz 1978. godine. Njegov autor, Mihailo Konstantinović, profesor Pravnog fakulteta u Beogradu, vizionarski je, još šezdesetih godina XX veka, formulisao niz odredaba koje omogućuju da sud prepozna i uvaži specifičnu poziciju slabije strane i da, potom, na adekvatan način zaštiti njene interese, odstupajući ponekad, od opšteg pravnog režima ustavnovljenog zakonom (correctrix legis). Taj duh humanizacije i moralizacije se može uočiti ne samo u odeljcima Zakona koji su posvećeni ugovornim odnosima, već i onima kojima se govori o naknadi štete. Pod tim uticajem pisani su i zakoni iz domena stvarnog i naslednog prava, propisi o zaštiti potrošača i sl. Zbog toga ovde govorimo o zaštiti slabije strane (weaker side protection), a ne o zaštiti slabije ugovorne strane (weaker party protection). Dakle, reč je o obuhvatnijem pristupu.

U ovom kontekstu je izložen samo sumarni pregled odredaba koje se odnose na zaštitu slabije strane, počev od onih koje su sadržane u ustavu, do onih koje se nalaze u različitim zakonima. Efekti tog zaštitnog mehanizma će u velikoj meri zavisiti od ukupnih kretanja u regionu kao i od globalnih procesa.

Ključne reči: pravna zaštita, slabija strana, privatno pravo, Republika Srbija.

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

** comunicacionperpetua@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.¹

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*”,² 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).³ In those times, expropriation implied a loss of the rights to hold, use, and dispose with ones private property,⁴ 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.⁵ 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; A. 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,⁶ 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.⁷

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.⁸ 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.⁹

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),¹⁰ 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 2001¹¹ 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.¹²

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.¹³ 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.¹⁴

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.¹⁵ 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.¹⁶

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”*.¹⁷ Considering the fact that the statute of limitation does not apply to the right of ownership,¹⁸ 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.¹⁹ The Expropriation Act determines which types of construction may be reason for expropriation.²⁰ 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.²¹ The provisions of the Expropriation Act regarding the expropriation of infrastructure are in accordance to the provisions of the Energy Act²² where it is stated that providing continuity in public services is in public interest²³; they are also in compliance with the Water Management Act,²⁴ 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.²⁵ 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*”).²⁶ 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).²⁷ 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.²⁸ 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*”,²⁹ on the bases of decision of an authorized government body.³⁰

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,³¹ 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.³² 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.³³

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.³⁴

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.³⁵ When the public interest involves construction of infrastructure, the proposal is filed by the infrastructure project holder.³⁶ 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

riation 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.³⁷ 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,

³⁷ 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.³⁸ 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.³⁹ 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,⁴⁰ the Expropriation Act of Bosnia and Herzegovina,⁴¹ the Expropriation Act of Serbia⁴² and the Deposition Act of Croatia.⁴³ 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.⁴⁴ 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.⁴⁵

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.⁴⁶ 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 claims⁴⁷. 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 2013⁴⁷ 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

⁴⁷ *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

Grupče A. (1980). *Stvarno pravo*

Živkowska R. (2010). *Zbirka na propisi od stvarnoto pravo*. Evropa 92. Skopje

Živkowska R. Pržeska T. Dimova S. Petruševska N. *Komentar na Zakonot za eksproprijacija*. Evropa 92. Skopje. 2013

Orlić M. Stanković O. (2009). *Stvarno pravo*. Deveto izdanje. Nomos. Beograd

Dr Rodna Živkowska, redovni profesor,
Pravni fakultet "Justinijan Prvi",
Univezitet "Sveti Ćirilo i Metodije", Skoplje, Republika
Makedonija

Dr Tina Pržeska, docent,
Pravni fakultet "Justinijan Prvi",
Univezitet "Sveti Ćirilo i Metodije", Skoplje, Republika
Makedonija

Dr Dragi Raškovski, docent, Pravni
fakultet "Justinijan Prvi",
Univezitet "Sveti Ćirilo i Metodije", Skoplje, Republika
Makedonija

PRAVNI POLOŽAJ VLASNIKA EKSPROPRIJISANOG ZEMLJIŠTA U REPUBLICI MAKEDONIJI

Rezime

U pravnom sistemu Republike Makedonije, pravo svojine zagantovano je Ustavom iz 1991. Prema članu 30. Stav 3 Ustava, pravo svojine može biti ograničeno samo u javnom interesu koji je utvrđen zakonom. U stavu 4. istog člana navodi se da u slučaju eksproprijacije privatne imovine vlasnik ima pravo na pravičnu naknadu u iznosu koji nije manji od tržišne vrednosti imovine oduzete u javnom interesu. Određenje javnog interesa kao i postupak eksproprijacije regulisani su posebnim Zakonom o eksproprijaciji iz 2012. Uprkos datim ustavnim garancijama, Zakon o eksproprijaciji sadrži određene odredbe koje mogu predstavljati povredu prava vlasnika oduzete imovine, koja su predviđena Ustavom.

U ovom radu autori ističu da je podređeni položaj vlasnika oduzete privatne imovine rezultat niskog iznosa naknade za izvršenu eksproprijaciju zemljišta ili nekih drugih ograničenja prava vlasnika na svojinu, što je slučaj kada se imovina oduzima radi izgradnje javnih puteva. Osim toga, bilo je mnogo rasprave oko zakonskih odredbi koje propisuju da se, umesto isplate celog iznosa u trenutku izvršenja eksproprijacije, novčana naknada može isplaćivati u ratama preko cele godine.

Autori naglašavaju da je nepovoljan položaj vlasnika eksproprijisanog zemljišta takođe rezultat zakonskih odredbi sadržanih u Zakonu o eksproprijaciji, koje ne propisuju obavezu državnog organa da ponudi zamenu za imovinu oduzetu u javnom interesu. Vlasnik je takođe u nepovoljnom položaju zbog zakonskih odredbi koje omogućavaju korisniku eksproprijacije (državi ili opštini) da steknu državinu nad eksproprijisanim zemljištem pre okončanja postupka eksproprijacije. Doduše, ostvarivanje ove vrste prava korisnika eksproprijacije bi trebalo da je ograničeno na vanredne situacije; međutim, u praksi je to veoma česta pojava.

Ključne reči: *imovinsko pravo, pravo svojine, privatna imovina, Zakon o eksproprijaciji, pravična naknada, Republika Makedonija.*

Dr Zoran Ponjavić,*
Redovni profesor Pravnog fakulteta
Univerzitet u Kragujevcu

originalni naučni članak

UDK: 347.63-055.53

Rad primljen: 30.06.2015.
Rad prihvaćen: 03.12.2015.

PORODIČNA PRAVA DEDE I BABE PREMA UNUCIMA**

Apstrakt: Govoriti danas o pravima dede i babe u kontekstu zaštite ljudskih prava, naročito u situaciji kada se sve okreće oko prava deteta, izgleda na prvi pogled anahrono. Činjenice, međutim, govore da ih je u populaciji sve više, a uloga sve značajnija. Sve ovo nije našlo odraza u zakonskim normama kojima se regulišu porodični odnosi. U radu se analizira njihov pravni položaj u različitim porodičnim situacijama, ali se akcenat stavlja na pitanje održavanja ličnih odnosa sa unucima budući da u vezi ovoga i ima najviše sporova u praksi sudova. Ukazuje se na nedelotvornost rešenja iz Porodičnog zakona Republike Srbije koji ovo pitanje tretira isključivo kao pravo deteta. Činjenica da u praksi nema zahteva deteta za zaštitu prava na održavanje ličnih odnosa sa dedom i babom, ili bilo kojim drugim srodnikom, govori da upravo najčešće jedan od roditelja kao zakonski zastupnik sprečava njihovo održavanje, što ukazuje da su dede i babe slabija strana kojoj treba pružiti zaštitu.

Ključne reči: Deda i baba, unuci, porodični odnosi, pravo na lične odnose, najbolji interes deteta.

1. Uvod

Predmet ovoga rada je samo na prvi pogled vrlo ambiciozan budući da se bavi pitanjima položaja dede i babe u porodičnom pravu generalno. Međutim, zadatak je ipak skromniji, jer će najveći deo rada biti posvećen

* zponjavic@jura.kg.ac.rs

** Rad je rezultat istraživačkog rada u okviru projekta br. 179046 "Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru" Pravnog fakulteta u Nišu, koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

samo ličnim odnosima dede i babe sa unucima, što je, bez sumnje, i najvažnija dimenzija njihovog prisustva u porodičnom pravu (Goubau, 1991: 559). Pitanje je kako u kompleksnim porodičnim odnosima uspostaviti ravnotežu prava deteta, roditelja i babe i dede. Pitanje je tim teže budući da Porodični zakon nema odredbe kojima se regulišu prava dede i babe u odnosu na unuke. U svakom slučaju, svojevrstni je cinizam i paradoks da dede i babe u naslednom pravu igraju značajnu ulogu, a da se u porodičnom pravu i ne pominju. Tim pre što se obe ove pravne discipline bave porodičnim odnosima samo sa različitim aspektima. Ovo kvaziodsustvo deda i baba iz zakonskog teksta nije slučajno. Označavanje sa "dedom" i "babom" je familijarno. Ono smešta jednu osobu u porodičnu grupu, unutar porodičnog kruga, čiju osnovu čini srodstvo, koje nije nikada izolovan odnos samo između dva lica. Srodstvo se sastoji od niza srodnika koji čine jedan lanac. Svaki od srodnika tvori svoj sopstveni lanac kada zasniva jedan novi roditeljskopravni odnos, ne prekidajući pritom vezu sa drugim srodnicima iz lanca na čijem početku su dede i babe, zajedno sa svim drugim daljim ascendentima. S obzirom na ovo bilo bi značajno, a ne samo pravno egzotično, razmotriti njihov porodičnopravni položaj, pre svega u domenu ličnih odnosa.

U narodnoj svesti dede i babe su nekad imale jednu vrstu oreola.¹ Nekada su dede i babe bili baštinici porodičnih vrednosti, morala i običaja sa važnom socijalizatorskom ulogom. Danas, uglavnom, nemaju tu ulogu budući da deca više uče od televizije, okrenuta novim tehnologijama, uglavnom nepoznatim dedama i babama, što u očima dece umanjuje njihov autoritet i ulogu.

Odsustvo dede i babe iz Porodičnog zakona Republike Srbije nikako ne odražava njihovu ulogu u srpskom društvu u kome postoji gotovo mitska vezanost dece za njihove pretke. U činjenici da Porodični zakon Srbije uglavnom reguliše odnose između članova nuklearne porodice treba tražiti objašnjenje za ovo, što svakako ne odražava pejzaž savremene porodice u Srbiji. Dede i babe su sve prisutniji i sve potrebniji u porodičnom životu, što se može objasniti mnogim faktorima. Najpre zbog produžavanja životnog veka oni su prisutniji nego nekada, jer u jednom dužem vremenskom periodu imaju lične odnose sa unucima. Ekonomska

1 Setimo se samo kako je o svom dedi pripovedao Branko Ćopić. "Moj djeda Rade bio je neobičan čovjek. Njegov začarani svijet sav satkan od bajki i maštarenja, mjesečine i prozračne svile, bio je svojevrstni svijet oktobra, ali onog našeg, krajiškog, smirenog, zlatnog oktobra u ranu jesen, o Miholjdanu, kada su nam u kuću dolazili dragi gosti, kad je sve bilo puno priča i obilja, kad je i mačka bila sita i miroljubiva, a miš debeo i bezbrižan..."

i društvena kriza na izvestan način ih vraća u epicentar porodice. Naročito na planu porodične solidarnosti, budući da su oni neretko jedini članovi porodice sa stabilnim prihodima. Činjenicu da se porodica smanjila na nuklearnu niko ne opovrgava, ali i šira porodica očigledno i dalje egzistira.² Klasična šema intergeneracijskih odnosa je modifikovana, ali istraživanja pokazuju da ovih porodica i dalje ima, uprkos evoluciji. Ona predstavlja prvi krug pomoći kome se obraća pojedinac u slučaju teškoća (Ponjavić, 1998: 261–271). Štaviše, ekonomske nedaće koje su zadesile srpsko društvo poslednjih godina odrazile su se i na uspostavljanje jedne nove porodične strukture. Ovome naročito doprinosi nedostatak stambenog prostora, što primorava decu da posle zasnivanja sopstvenih porodica i dalje ostanu sa svojim roditeljima. To je nova, šira porodica, koja se više ne zasniva na patrijahalnom moralu i starim običajima. Ova nova, proširena porodica svakako zaslužuje svoju sociološku obradu, ali bi morala dobiti i svoj izraz na normativnom planu (Garé, 1987: 25).

I na kraju, sa povećanjem broja razvedenih brakova i nastajanjem novih formi savremenih nuklearnih porodica, dede i babe dobijaju mogućnost da igraju sve značajniju ulogu u životu svojih unuka, pomažući im materijalno i moralno. Tamo gde su partneri rastavljeni, novi vidovi solidarnosti igraju sve značajniju ulogu (Goubau, 1991: 567). Ovako značajna uloga nameće kao vrlo aktuelno pitanje njihovih prava. Da li oni u odnosu na svoje unuke imaju kakva subjektivna prava, a naročito da održavaju lične odnose sa njima?

U ovom kontekstu je važno stoga razmotriti i odnos dede i babe prema svojim unucima. Njihov pravni položaj u pogledu ličnosti unuka može se posmatrati u kontekstu prava na uspostavljanje roditeljskog odnosa, priznanja ili osporavanja porekla deteta i kod adopcije. Ali najveća pažnja će biti posvećena pravu na lične odnose.

² U sociološkom zborniku "Društvo rizika" (2008) se navodi da je velika srodnička porodica postala prepoznatljiva u Srbiji i da je karakteristična za sve regione. Šta više, najviše je zastupljena u Beogradu 15,4%. Suprotno nama u svetu se više ovakve porodice gotovo i ne pominju. Navedeno prema listu "Vreme" od 21. maja 2009. godine. Istovremeno sociolog Vesna Miletić-Stepanović, u knjizi "Društvo u previranju" Instituta za sociološka istraživanja iz Beograda, konstatuje prema sprovedenom istraživanju, da je u Srbiji više od 25 % porodica u kojima živi više generacija, što je rezultat velikog siromaštva i nezaposlenosti. Ta eksplozija proširenih porodica u Srbiji ima "ambivalentan karakter", s jedne strane je "resurs opstanka u društvu Srbije", a sa druge - "veliki razvojni rizik".

2. Uspostavljanje roditeljskog odnosa

Dolazak na svet svakog deteta uvećava ulogu dede i babe. Naročito babe. Njena uloga je doduše znatno modifikovana u odnosu na nekadašnje stanje. Ona više ne učestvuje u porođaju, već to čini lekar. Njena je uloga, međutim, nezamenljiva u danima koji dolaze posle porođaja.

Danas se odluka o rađanju tiče isključivo roditeljskog para, premda o ovom, u krajnjem slučaju, odlučuje žena. Prema tome, začeće i rođenje deteta je akt isključivo lični, pa razmatranje pitanja odnosa između uspostavljanja roditeljskog odnosa i dede i babe ima sasvim marginalni značaj.

Druga je stvar kod uspostavljanja pravne veze između deteta i njegovih roditelja. Kod uspostavljanja ove veze dede i babe raspolažu ovlašćenima koja se ne mogu zanemariti.

Za uspostavljanje srodničke veze (očinstva) u slučaju vanbračnog rođenja najviše je zainteresovano dete. Pored njega i roditelji, a potom dede i babe. Oni bi to kao roditelji majke mogli činiti, istina retko, samo u slučaju ako vrše dužnost staraoca prema detetu, ako majka deteta iz bilo kog razloga ne vrši roditeljsko pravo. Pa i tada bi tužbu za utvrđivanje vanbračnog roditeljskog odnosa u ime i za račun deteta mogli podneti samo ako se sa tim saglasi organ starateljstva.³

Ukoliko je u pitanju vanbračni roditeljski odnos uspostavljen priznanjem, stvari stoje malo drugačije. Priznajući dete za svoje muškarac je ustanovio pravnu vezu prema detetu, ali i deteta prema trećim licima, pa i dedi i babi. Budući da se tom prilikom ne ispituje istinitost priznanja, odnosno biološko poreklo deteta, ono može biti i biološki stranac u odnosu na onoga ko priznaje. Ta mu činjenica može i biti poznata, ali njegovo priznanje može biti motivisano različitim razlozima, koji ne moraju biti prihvatljivi njegovim roditeljima. Oni su stavljeni u poziciju dede i babe, sa pravima i obavezama prema unuku. Jedino pravno sredstvo sa kojim raspolažu deda i baba u ovom slučaju ako žele dovesti u pitanje očinstvo svoga "unuka" je poništenje izjave o priznanju očinstva u slučaju njene ništavosti. U našem Porodičnom zakonu, prema čl. 253, ovu tužbu, pored ostalih, mogu podneti i lica koja imaju pravni interes da izjava bude poništena, pa to mogu biti i dede i babe.

Istorijski posmatrano deda je mogao usvojiti unuka. To je u rimskom pravu bilo moguće u situaciji kada nije imao muških potomaka pa je na taj način mogao održati kult porodičnog ognjišta. U kasnijem, pa i

3 Čl. 254, st. 3 Porodičnog zakona, Sl. glasnik, 18/05.

savremenom pravu, ova mogućnost je gotovo sasvim iščezla. Uloga dede i babe se kod usvojenja, danas, može posmatrati dvojako. U situaciji kada se kao usvojlac javlja njihovo dete (1), i kada treće lice usvaja njihovog unuka (2).

(1). Kada jedna osoba odluči da usvoji tuđe maloletno dete, njeni roditelji pri tome nemaju nikakvu pravom predviđenu ulogu. Bez sumnje, usvojenje (potpuno) proizvodi određena pravna dejstva na njih, pošto usvojenik u potpunosti zauzima mesto prirodnog potomka, ali oni nemaju nikakvu ulogu u postupku njegovog nastanka. Ovakvo rešenje počiva na ličnom, gotovo ugovornom karakteru adopcije. Saglasnost roditelja usvojioca, budućih deda i baba, ne traži se, i oni nemaju nikakvo pravno sredstvo da se usprotive odluci njihovog deteta kojom se u porodicu uvodi jedan novi član. U ovom pogledu je njihov položaj identičan kao i u slučaju prirodne prokreacije: i ona se isključivo tiče jednog para a ne šire porodice.

(2). Saglasnost na usvojenje je jedna “pravna moć” koja pripada njihovim roditeljima u situaciji kada vrše roditeljsko pravo. Oni se saglašavaju da njihovo dete bude usvojeno od strane poznatih ili nepoznatih (“blanko usvojenje”) trećih lica. Dede i babe neće nikada biti pozvani da daju saglasnost i ne mogu se suprostaviti saglasnosti koju su već dali roditelji deteta. Rešenje prilično začuđujuće. Na ovaj način dete izlazi iz krvne porodice, i u slučaju potpunog usvojenja prekida bilo kakvu vezu sa njom. Ovakva situacija može biti tragična za dedu i babu koji žele zadržati unuka. Naročito ako je to dete potomak njihovog umrlog deteta.

3. Pravo na lične odnose

Doktrina i sudska praksa koriste izraz “pravo na lične odnose” označavajući tako različite forme kontakata: posete, izlasci, boravak, godišnji odmor, konverzacija telefonom, itd. U našoj starijoj zakonodavnoj praksi ovaj izraz se koristio samo za označavanje prava roditelja kome deca nisu bila poverena po razvodu braka.⁴ Danas se time označava jedno od prava deteta i uključuje lične odnose deteta ne samo sa roditeljima već i sa drugim licima.

Pitanje prava dede i babe na održavanje ličnih odnosa sa svojim unucima nekada se nije postavljalo i nije bilo predmet pravnog regulisanja. Porodice su bile tradicionalne, gde je više generacija živelo pod istim krovom, pa ulogu dede i babe niko nije dovodio u pitanje.⁵ Stoga su

4 Čl 125, st. 3 Zakona o braku i porodičnim odnosima, Sl. glasnik, 22/80.

5 Srpski građanski zakon ih ne pominje, ili to čini sporadično i sasvim skromno. Tako se u čl. 17 Zakona o starateljstvu, koji ukida paragrafe 156–181 SGZ-a, govori

i konfliktne situacije između roditelja i baba i deda u vezi održavanja ličnih odnosa bile vrlo retke.⁶ Tek pojavom nuklearne porodice, a naročito prekomponovane porodice, nastale faktičkim ili pravnim raspadom prethodnih porodica od članova koji su ostali, dolazi do konfliktnih situacija. Izlazak dede i babe na pravnu scenu desio se sa pojavom osporavanja prava dede i babe na lične odnose sa unucima (Hausser, 2012: 5). Sve češće jedan od roditelja, najčešće onaj koji živi sa detetom posle razvoda braka ili smrti drugog roditelja, osporava pravo dede i babe na lične odnose, pa su ovakve situacije dobile sudski epilog. Kao što je rečeno, ova činjenica nikako ne sme biti dovoljan razlog da isključi ove odnose. Sud koji rešava ove sporove akcenat mora da stavi bilo na njihova uzajamne osećanja, bilo na važnost međugeneracijskih veza, naročito u slučaju smrti jednog od roditelja deteta pri čemu se održavanje odnosa sa roditeljima ovog lica smatra važnim za formiranje identiteta deteta (Lianos, 2013: 655). S druge strane, ovaj problem je u pravnoj doktrini zavredio malo pažnje.⁷ Situacija počinje da se menja tek donošenjem Porodičnog zakona, odnosno regulisanjem ovog pitanja u okviru člana 61.⁸ Predviđeno rešenje iskrsava ne kao rezultat nastojanja da se eventualno ograniče prava roditelja ili afirmišu prava dede i babe, već kao posledica afirmacije prava deteta. Konkretno u ovom slučaju, kao pravo deteta da održava lične odnose, pored ostalog, sa srodnicima.

Termin "baba i deda" se ne pominje u Porodičnom zakonu, već su obuhvaćeni pojmom srodnika, zajedno sa drugim, što svakako ne odgovara faktičkom stanju. Ovakav njihov položaj im ne obezbeđuje bilo kakvo prvenstvo u odnosu na druge srodnike, primera radi stričeve i tetke. Međutim, činjenice potvrđuju pojačano prisustvo dede i babe i njihova uloga u

o obavezi dede (ne i babe) da se prihvati dužnosti staraoca. Ili u par. 119 kada se govori o obavezi dede i babe da izdržavaju unuke posle smrti oca i majke. Prvo dede i babe po ocu, pa potom po majci.

6 Ovih sporova u našoj starijoj sudskoj praksi nije bilo. Francuska sudska praksa beleži prvi ovakav spor još 1857. godine. Tom odlukom priznato je pravo dede i baba da viđaju svoje unuke. Osnov za priznanje ovog prava nađen je u zloupotrebi roditeljske vlasti. Navedeno prema: F. Boulanger, *Autorité parentale et intérêt de l' enfant*, Paris, 2008, str. 223 (f. n. 640).

7 U ovom pogledu jedan od prvih je rad Z. Ponjavić, *Pravna zaštita šire porodice, Srbija i evropsko pravo*, knj. II, Kragujevac, 1998.

8 U francuskoj pravnoj teoriji ovom pitanju je poklonjena značajna pažnja. Tako je još 1989. objavljena monografija *Les grands-parents dans le droit de la famille* (T. Garé), Paris, 1989, kao i jedan zbornik radova *Les droit des grands-parents, une autre dependance?*, Dalloz, (M.Bourassin, C. Coutant-Lapalus), Paris, 2012.

vaspitanju i podizanju unuka je nezamenljiva, naročito kada oba roditelja rade. Neki drugi zakoni, kao što je Zakon o nasleđivanju, u članu 16 pominje ove izraze, dajući dedi i babi važno mesto, posle njihove smrti.⁹

Pravno posmatrano, dede i babe se definišu u odnosu na roditelje deteta. ("Nema babe i dede bez roditelja"). Ovim je istovremeno određen i njihov ambivalentan pravni položaj. On, u nekim slučajevima, u najvećoj meri zavisi od volje roditelja da upravljaju odnosima deteta sa svim licima izvan najužeg porodičnog kruga. Ovo je koncepcija koja dominira u angloameričkom pravu, pod jakim uticajem američke sudske prakse (Boulanger, 2008: 226). Nasuprot ove koncepcije u većini evropskih zemalja, međutim, održavanje ličnih odnosa se posmatra u kontekstu zaštite "najboljeg interesa deteta" i u slučaju spora odluku će doneti nadležni državni organ.

3.1. Uporedno pravo

U uporednom pravu postoje različiti stavovi u pogledu održavanja ličnih odnosa dede i babe sa unucima. Naime, u nekim zakonodavstvima se ovo tretira kao pravo deteta, u drugim i kao pravo dede i babe, dok se jedan broj država ne izjašnjava o ovom već samo predviđa pravnu proceduru koja omogućava dedi i babi da zahtevaju sudskim putem pravo da ostanu u kontaktu i da dokažu da je to u najboljem interesu deteta. Jedine dve evropske države koje vrlo restriktivno regulišu ovo pravo su Danska i Finska. U Danskoj je pravo dede i babe na kontakt sa unucima ograničeno na situacije kada su oba ili jedan roditelj umrli, a u Finskoj sud ima nadležnost da odlučuje o ličnim odnosima samo između deteta i roditelja (Comité d'experts, 2009: 27). Pravo na lične odnose sa dedom i babom isključivo kao pravo deteta predviđeno je u pravu Francuske i Rusije. Tako prema francuskom Građanskom zakoniku (čl. 371-4), "Dete ima pravo da održava lične odnose sa precima. Jedino u slučaju zaštite najboljih interesa deteta ovi odnosi mogu biti isključeni". Ruski Porodični kodeks (čl. 55) izričito predviđa pravo deteta na održavanje odnosa sa roditeljima, ali i sa dedom i babom, bratom i sestrom kao drugim srođnicima.

U ovu grupu zemalja koje pravo na lične odnose normiraju kao pravo dede i babe spadaju Belgija, Nemačka i Austrija. U belgijskom Građanskom zakoniku iz 1995, čl. 375 bis, jednom vrlo širokom formulacijom se reguliše "pravo na održavanje ličnih odnosa" koje pripada dedi i babi, kao i "svim licima koja dokažu postojanje bliskih odnosa sa detetom". Prema tome,

9 Zakon o nasleđivanju, *Sl. glasnik RS*, 46/95, 101/2003.

u korist prvih postoji pretpostavka, dok druga lica moraju dokazati postojanje bliskosti sa detetom.¹⁰ Slična pretpostavka u korist dede i babe postoji i u nemačkom pravu. U paragrafu 1685 (1) nemačkog Građanskog zakonika govori se o “pravu dede i babe, brata i sestre na održavanje ličnih odnosa sa detetom, ako je to u interesu deteta”. Takvo rešenje je predviđeno i u paragrafu 148 (3) austrijskog Građanskog zakonika. Ovo pravo dede i babe se može ograničiti ili isključiti ukoliko to dovodi do nesuglasica u porodičnom životu roditelja ili u njihovom odnosu sa decom.¹¹ Slično pravo priznato je precima i u čl. 148 italijanskog Građanskog zakonika.

I najzad, u nekim državama zakonodavac se ne izjašnjava izričito o pravu dede i babe na lične odnose, ali im omogućava da sudskim putem zahtevaju održavanje ličnih odnosa sa unucima. To je slučaj sa Engleskom, Bugarskom, Mađarskom, Norveškom, Švedskom i Federacijom Bosne i Hercegovine (Comité d’experts, 2009: 27).

Tako englesko pravo u ovom pogledu ne sadrži nijednu specifičnu odredbu koja bi se ticala babe i dede kao trećih lica. Odlučujuća uloga se daje volji roditelja u čemu se ogleda nesumnjivi uticaj američke sudske prakse. Prema čl. 148 Porodičnog zakona Federacije BiH, sud će u vanparničnom postupku na predlog babe (nene) i deda odrediti način održavanja ličnih odnosa i neposrednih kontakata između njih, osim ako to nije u interesu deteta (Bubić, Traljić, 2007: 184–186).

U SAD i Kanadi pravila u pogledu ovih odnosa se formiraju kroz sudsku praksu. Tako je Vrhovni sud SAD još 2000. godine, u slučaju Troxel c. Granville, pošao od toga da Ustav garantuje roditeljima pravo odlučivanja u pogledu održavanja odnosa između njihove dece sa babom i dedom, pa je doneo odluku da se država ne može u ovo mešati ako se roditelji na zadovoljavajući način staraju o deci. Slično je u martu 2001. godine postupio i Apelacioni sud Ontarija (Kanada), kada je doneo odluku u slučaju Chapman c. Chapman. Odluka se ticala zahteva babe da viđa unuča pri čemu je sud potvrdio nužnost poštovanja prava roditelja da donose odluke koje se tiču deteta, ukoliko ne postoji dokaz njihove nesposobnosti da se staraju o zaštiti najboljeg interesa deteta (Goldberg, 2003: 2–8).

10 Ovo pravilo je u belgijski Građanski zakonik uvedeno Zakonom 1995-04-13.

11 Zakonom iz 2001. godine ovome je dodato i pravilo st. 4 ovog člana prema kome sud može na zahtev deteta, roditelja ili predstavnika Ureda za omladinu ili po službenoj dužnosti odlučiti o kontaktima deteta i trećih lica ukoliko je ugrožena dobrobit deteta. Prema tome, treća lica nemaju “vlastito pravo”, već se ono može samo izvesti iz prava deteta. Navedeno prema: S. Bubić, N. Traljić, Roditeljsko i starateljsko pravo, Sarajevo, 2007, str 186.

Uviđajući značaj ovih veza, i međunarodna dokumenta, pre svega Konvencija o pravima deteta, priznaju detetu pravo na saznanje porekla ili pravo da zna svoje roditelje, kao nužnu pretpostavku održanja odnosa sa njima.¹²

Takođe, članom 5 ove Konvencije nalaže se državama ugovornicama da poštuju prava roditelja, ili "gde je takav slučaj, članova šire porodice ili zajednice, kako je predviđeno lokalnim običajima". Prema tome, poštujući prirodne veze, Konvencija očigledno ne zaboravlja i srodnike.

Kada je u pitanju praksa Suda za ljudska prava iz Strazbura mora se primetiti da ona nije imala pravolinijski tok. Najpre je u čuvenoj odluci *Marckx c. Belgique*¹³ Sud naveo da "porodični život" u smislu čl. 8 Konvencije ne obuhvata samo odnose roditelja i dece, već i "veze između bliskih srodnika koji igraju važnu ulogu u porodičnom životu, kao što su, primera radi, između dede i babe sa unucima". Tom prilikom podvlači pozitivnu obavezu država da osiguraju normalno odvijanje ovih odnosa. Već nakon ove odluke Sud okleva u priznanju dedi i babi prava na lične odnose sa unucima, često ih ograničavajući ili isključujući. O ovom svedoče i presude donete po tužbi dede i babe u slučajevima *Terence Lawlor c/Royaume-Uni* (1988) i *Francisco Carrera Faustino i Ragazzini Mc Carrero c/ Italie* (Boulanger, 2008: 224–225).

Sud u Strazburu u svakom slučaju daje prioritet održanju odnosa deteta i njegovih roditelja. Taj odnos je sam po sebi konstitutivan za porodični život, bez potrebe dokazivanja bilo kog drugog uslova. Iako Sud zastupa jednu širu koncepciju pojma porodičnog života, što se može zaključiti iz navedene odluke *Marckx c. Belgique*, odnosu deteta i njegovih roditelja daje apsolutni prioritet u odnosu na treća lica, specijalno u odnosu na dedu i babu, brata i sestru. U jednoj odluci od 18 oktobra 2011. Sud je odlučio da je smeštanje deteta kod dede i babe oportuno samo ako postoje posebne okolnosti, i da ta mera može biti samo privremena budući da je najbolji interes deteta da održava lične odnose najpre sa svojim roditeljima.¹⁴ Dete mora biti najpre integrisano u okruženje svojih roditelja, a tek nakon toga supsidijarno okruženje dede i babe.

12 Član 7, st.1 Konvencije o pravima deteta

13 Predstavka 6833/74 *Marckx c. Belgique* (1979).

14 Presuda Suda u Strazburu *Lyubanova c. Bulgarie* (2012), predstavka 13786/04, tačka 74. U ovom slučaju deda i baba su sprečavali majku da viđa svoje dete koje je jedno vreme bilo smešteno kod njih dok majka ne sredi svoje stambene prilike. Sud je zaključio da država ne poštuje svoju pozitivnu obavezu preduzimanja potrebnih mera u cilju zaštite porodičnog života koji postoji između majke i njenog sina.

Čak i u slučaju kada deda i baba mogu unicima pružiti odlične uslove za obrazovanje, to ne opravdava da se roditelji ne staraju o detetu.¹⁵

Najnovija odluka ovog suda u slučaju *Manuello et Nevi c. Italie* na izvestan način označava povratak na stavove od pre više od trideset godina. Naime, Sud je proglasio odgovornom Italiju za povredu prava na poštovanje prava na privatni i porodični život, podvlačeći važnost ličnih odnosa dede i babe sa unukom. Povreda prava na porodični život je prvobitno nastala neizvršavanjem sudske odluke kojom je priznato pravo dede i babe da održavaju lične odnose sa njihovom unukom, a kasnije i suspenzijom ove odluke od strane suda.¹⁶ Prema shvatanju Suda, državni organi Italije nisu uložili dovoljno napora da zaštite porodične odnose između dede i babe i njihove unuke koju nisu videli oko dvanaest godina.

3.2. Rešenje Porodičnog zakona Republike Srbije

Porodični zakon Republike Srbije u pogledu uređenja pitanja održavanja ličnih odnosa između dede i babe i unuka spada u one države koje ga tretiraju kao prava deteta. Iako je odnos između deteta i njegovih predaka uzajaman i recipročan i bez obzira na sociološki i simbolički vrlo značajnu ulogu dede i babe, zakonski tekst ih tretira kao jedan pasivni objekt prava deteta (Etienney de Sainte Marie, 2012: 110). Prema članu 61 Porodičnog zakona pravo je deteta da održava "lične odnose i sa srodnicima i drugim licima sa kojima ga vezuje posebna bliskost ako ovo pravo nije ograničeno sudskom odlukom". Ova odredba savršeno ilustruje pedocentrizam savremenog zakonodavstva u kome najbolji interes deteta postaje "sveto pravilo". Dete postaje subjekt i nije više objekt prava i u situaciji kada se radi o dedi i babi. Ovo pravo se mora poštovati uprkos njegovih godina, čak i kada se roditelji deteta tome protive. Na prvi pogled stoga izgleda da je dete poverilac ovog prava, a dužnik neko drugo lice, deda i baba. Međutim, činjenica je da dete nema nijedno sredstvo kojim bi nametnulo ovo pravo bilo svom roditelju bilo nekom drugom. Štaviše, takvo nametanje, odnosno održavanje ovih odnosa protivno volji ovih trećih lica, pa i roditelja sa kojim dete ne živi, nije u njegovom najboljem interesu.

15 Kao što se navodi u presudi u slučaju *Amanalachioai c. Roumanie* (2009), predstavka br. 4023/04, tačka 86.

16 Što su italijanski sudovi opravdavali psihološkim činjenicama prema kojima deda i baba asociraju dete na njenog oca koji je bio oslobođen optu žbe za navodni seksualni delikt prema detetu.

Prema navedenom pravilu postoji pretpostavka da je u najboljem interesu deteta održavanje odnosa sa srođnicima. Osnova ovog prava deteta se nalazi u njihovom srođničkom odnosu, koji podrazumeva i postojanje osećanja uzajamne bliskosti. Ovi odnosi učestvuju u psihološkom formiranju deteta, pružajući mu osećaj socijalne sigurnosti.¹⁷ Shodno odredbama Porodičnog zakona, roditeljima deteta pripada pravo da podižu dete starajući se o njegovom životu i zdravlju, pa prema tome, odlučuju da li je održanje ličnih odnosa deteta sa dedom i babom u skladu sa njegovim interesima. U slučaju neslaganja između njih svoj stav o tome daće sud.

Bez obzira što Porodični zakon ne daje izričito pravo dedi i babi na održavanje ličnih odnosa sa unucima, u sudskoj praksi su se iskristalisala dva pravna puta za ostvarivanje ovog prava. Prvi se ostvaruje pozivom na pravo na poštovanje porodičnog života iz čl. 8 Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, odnosno čl. 2 Porodičnog zakona (pravo na poštovanje porodičnog života), a drugi preko čl. 61 Porodičnog zakona.

U prvom slučaju postupak ostvarivanja ovog prava podrazumeva dva koraka ili faze (Vlašковиć, 2014, 354). Potrebno je da sud ustanovi u konkretnom slučaju da odnosi između dede i babe sa unucima spadaju pod pojam porodičnog života, a nakon toga i da ti odnosi imaju poseban kvalitet. U ovom smislu potrebno je da sud ustanovi prethodno postojanje bliskih odnosa između njih.¹⁸ Međutim, sve ovo nije garancija da će doći do uspostavljanja ličnih odnosa. Ako bi održavanje ličnih odnosa dovelo do konflikta što nije u "najboljem interesu deteta", sud može i tada zahtev odbiti.

17 Ovo se često naglašava i u sudskim odlukama koje se bave ovim pitanjem. Tako se u jednoj odluci Apelacionog suda u N. Sadu, Gž 2.187/12, od 20. marta 2012. godine, kaže da su za formiranje emotivno i socijalno zrele ličnosti deteta važni "kontakti i kvalitet emocionalne razmene i sa primarnim porodicama njenih roditelja". Dalje se u obrazloženju odluke još jednom naglašava da je "Mlt. S. na ranom uzrastu kada je za rastući doživljaj deteta kao odvojene i po sebi vredne osobe veoma važan kvalitet emocionalne razmene kako sa oba roditelja, tako i sa drugim srođnički bliskim osobama, u koje svakako spadaju i tu žioci, baba i deda po ocu. Održavanje redovnih kontakata mlt. S. H. sa tu žiocima, poželjno je za razvoj deteta, jer se očekuje da stimulatívno deluje na njen dalji emocionalni razvoj, odn. da neće ugroziti niti kompromitovati u tvrđene emocionalne relacije deteta".

18 "Osim postojanja krvnog srođstva, od značaja su i drugi činioci, kao što je psihološka i emotivna vezanost ovih lica, odnosno stvarno postojanje bliskih ličnih veza, što je u svakom slučaju činjenično pitanje"; Iz odluke Vrhovnog kasacionog suda Rev 2401/10, od 28. 04. 2010. godine.

Očigledno da je ovaj put, iako pravno korektan, za dede i babe vrlo neizvestan, pa se stoga u praksi sudova pribegava i drugom načinu ostvarivanja ovog prava dede i babe, na osnovu člana 61 Porodičnog zakona. Osnov ovog prava dede i babe na lične odnose je vrlo diskutabilan. Najčešće se pronalazi u najboljem interesu deteta. Pretpostavlja se da je interes deteta da održava ove odnose sve dotle dok to ne postane štetno po dete, kada moraju intervenisati roditelji. Prema tome, najbolji interes deteta u ovom slučaju predstavlja normativnu referencu na koju se sud oslanja prilikom interpretacije ovog prava. U praksi sudova ovaj pojam igra različitu ulogu prilikom odlučivanja o pravu na lične odnose: u nekim slučajevima pridaje mu se arbitrerna uloga između više zahteva, dok je u drugim slučajevima to razlog za isključenje ili ograničenje ovog prava.

3.3. Nedelotvornost rešenja Porodičnog zakona

Iz neosporne činjenice da se na pravo poštovanja privatnog i porodičnog života mogu pozvati deda i baba jasno proizlazi uzajamnost prava na lične odnose, u zajedničkom interesu deteta i dede i babe (Etienney de Sainte Marie, 2012: 112). Iz ovoga, dalje, sledi potreba da se pravo deteta iz čl. 61 Porodičnog zakona ne tumači samo sa čisto individualističkog stanovišta. Interesi društva i interes očuvanja porodičnog jedinstva nalažu da se dâ jedno šire tumačenje sa stanovišta interesa deteta i dede i babe. Iako u ovom slučaju interes društva predstavlja samo dodatni razlog, ovim se smanjuje bojazan da će očuvanje međugeneracijskih odnosa biti isključivo pravo deteta (Etienney de Sainte Marie, 2012: 113). Ako se ovo pitanje posmatra samo sa stanovišta prava deteta, to odnose u porodici, shvaćenoj u jednom širem smislu, čini jednosmernim, što je protivno njihovoj prirodi. Održanje jedinstva porodice u kojoj su isprepletani uzajamni odnosi njenih članova, srodnika, ovim lako može biti ugroženo. Proširivanje osnova ovih odnosa nužno mora voditi računa i o interesima drugih srodnika, dede i babe, onda kada su oni u saglasju sa interesima deteta (unuka).

Takođe, ako se održanje ličnih odnosa posmatra samo sa stanovišta prava deteta, to može biti naročito opasno i po dete u situacijama kada je njegov najbolji interes samo "presvućeni" interes jednog od roditelja koji želi iz detinjeg života isključiti celu jednu liniju srodnika vezanih za drugog roditelja. Zna se da je interes deteta retko kada viđen od samog deteta, već se on češće sagledava od strane odraslih, sudova, članova porodice. Ovo pravo deteta stoga tada postoji samo ako je u skladu sa pravima odraslih.

Uprkos činjenici da je dete titular ovog prava, objavljene, ali i druge odluke naših sudova potvrđuju da u praksi samo dede i babe zahtevaju održavanje ličnih odnosa, najčešće u situacijama kada ih jedan od roditelja deteta sprečava u tome. Da li u ovom slučaju oni samo istupaju kao lica koja štite prava deteta, kao što se to u jednoj odluci suda nazire? U njoj sud najpre konstatuje da dede i babe nisu aktivno legitimisani prema čl. 263 Porodičnog zakona za podnošenje tužbe za zaštitu prava deteta. Uprkos tome, on im, istina bez dovoljno argumentacije, ne osporava pravo podnošenja tužbe za zaštitu prava deteta na lične odnose, zasnivajući svoj stav na zaštiti u najboljem interesu deteta.¹⁹

Zakonski zastupnik deteta je njegov roditelj, i on je taj koji se u ime njega treba pojaviti sa zahtevom za zaštitu prava deteta na održavanje ličnih odnosa. U činjenici da upravo oni sprečavaju održavanje tih odnosa treba videti i razlog izostanka zahteva deteta za zaštitu ovog prava. Mogli bi se možda u ovome naći i elementi zanemarivanja prava deteta od strane roditelja, što može poslužiti i kao razlog za lišenje roditeljskog prava.²⁰ Situacija nije po dete bolja i kada ima dovoljno godina i sposobnost neposrednog izražavanja svog mišljenja, kao i mogućnost da samo pokrene postupak za zaštitu ovog prava. Ako se našlo u vrtlogu porodičnih sukoba, i ako možda zbog toga i nije imalo priliku da upozna babu i dedu, teško da će i poželeti da održava lične odnose sa njima. Činjenica da bi dete u slučaju postojanja sukoba interesa u odnosu na roditelje moglo zahtevati postavljanje kolizijskog staratelja je samo jedna teorijska mogućnost.

S druge strane, postavlja se pitanje u kojoj situaciji bi se dete i moglo pojaviti sa zahtevom za održavanje ličnih odnosa sa dedom i babom. Sigurno ne kada se ti odnosi održavaju spontano i bez problema, već samo ako oni izbegavaju uspostavljanje ovih odnosa. Teško da bi ovi zahtevi bili prihvaćeni od strane suda budući da je održavanje odnosa u ovom slučaju protivno najboljem interesu deteta da ove odnose održava pod pretnjom sudskog izvršenja.

Naravno, shodno pravu deteta na participaciju, i ono će učestvovati u donošenju odluke o održavanju ličnih odnosa sa dedom i babom. Prema čl. 65 Porodičnog zakona, dete ima pravo da u skladu sa svojom zrelošću i godinama života učestvuje u donošenju odluka kojima se odlučuje

19 Rešenje Apelacionog suda u Kragujevcu, GŽ2-225/11.

20 Ovo bi se moglo podvesti pod "druge načine" grubog zanemarivanja roditeljskog prava iz čl. 81, st. 3, t. 5 Porodičnog zakona koji reguliše uroke za lišenje roditeljskog prava.

o njegovim pravima ili koje se njega tiču. Međutim, poznato je da ni roditelji ni sud nisu vezani mišljenjem deteta već su samo dužni da njegovom mišljenju posvete dužnu pažnju. Sve zavisi od procene suda da li je održavanje ovih odnosa u interesu deteta. U proceni mišljenja deteta svakako ne treba zanemariti ni uticaj roditelja koji živi sa detetom i činjenicu da kod deteta postoji konflikt lojalnosti. U ovom pogledu čini se da sudovi u Republici Srbiji nemaju uvek isti stav. U jednom slučaju Vrhovni kasacioni sud nedovoljno vrednuje uticaj majke na dete konstatujući i sam da: "Negativan stav prema roditeljima njenog pokojnog muža projektovan je u okviru primarne porodice s majke na dete, u smislu potpunog negiranja postojanja babe i dede po ocu u životu deteta". Uprkos stava nižestepenih sudova da je zahtev tužilje (babe po umrlom ocu deteta) osnovan i da je u njegovom interesu i da je krajnji rok da konačno upozna babu i dedu po ocu, "te da sa njima uspostavi i održava kontakte jer bi na taj način saznao za svoje poreklo i očuvao svoj identitet", Vrhovni kasacioni sud je odbio zahtev.²¹ U jednoj drugoj odluci sud nalazi da je obaveza nižestepenog suda u slučaju protivljenja roditelja (majke) da njeno trinaestogodišnje dete održava odnose sa roditeljima oca deteta bila da mišljenje deteta utvrdi na pravi način. Budući da tako nije postupio, to ni njegov najbolji interes nije utvrđen. Upravo sve ukazuje na postojanje suprotnih interesa deteta i njegove majke, pa je stoga detetu trebalo postaviti kolizijskog staratelja.²²

Sve ovo očigledno čini nedelotvornim pravo deteta na održavanje odnosa sa srodnicima, odnosno dedom i babom, budući da zahtev neće biti podnet od strane titulara ovog prava niti od njegovog zakonskog zastupnika. Zahtevi dede i babe za održavanje ličnih odnosa potvrđuju da između njih i roditelja deteta postoji u vezi ovog sukob, odnosno različito viđenje interesa deteta. Ovaj interes je retko kada interes ocenjen od samog deteta. Čak i očekivanja da će dete sa 15 godina samo odlučivati o ovom pitanju nisu realna. Taj interes procenjuju odrasli, sudovi, centri za socijalni rad, roditelji, treća lica. Stoga bi pre trebalo govoriti o konfliktu interesa a ne sukobu subjektivnih prava. O različitim vizijama interesa deteta koji mogu biti branjeni i od strane dede i babe (Bose-Platiere, 2012: 140). Uprkos činjenici da Porodični zakon održavanje ličnih odnosa dede i babe sa unucima tretira kao pravo deteta, a ne pravo dede i babe, ovo upravo zbog nedelotvornosti ovog prava treba prihvatiti

21 Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Rev. 2401/2010.

22 Citirano Rešenje Apelacionog suda u Kragujevcu, GŽ2-225/11.

sa rezervom.²³ Imajući u vidu da dete ovo pravo ne može ostvarivati ako se dede i babe tome suprotstavljaju, treba prihvatiti realnost da se radi i o pravu u korist dede i babe.

Dakle, očigledno da rešavanje pitanja održavanja ličnih odnosa između deteta i dede i babe u velikoj meri zavisi od roditelja deteta. Uostalom, u krajnjem slučaju samo ako je očinstvo i materinstvo deteta ustanovljeno može se govoriti o održavanju odnosa deteta sa njihovim roditeljima. Upravo su u najvećem broju slučajeva roditelji deteta ti koji omogućavaju ili sprečavaju održavanje ovih odnosa. U slučaju da se ovi odnosi omoguće putem sudske odluke uprkos protivljenju roditelja, takva situacija na prvi pogled predstavlja ograničenje roditeljskog prava (Lenne, 2003). Na kraju krajeva, afirmacija prava deteta generalno, može se reći, dovodi do slabljenja roditeljskih ovlašćenja. Način redigovanja odredbe čl. 61 Porodičnog zakona ne daje međutim mnogo osnova za ovakvo zaključivanje. Ovo pravo je lično pravo deteta "sačuvano od kontrole roditelja". Premda, na prvi pogled, izgleda da je pravo roditelja na čuvanje i podizanje iz čl. 68 PZ-a ograničeno u slučaju kada su dede i babe sudskim putem izborili pravo na lične kontakte. Nesumnjivo je da je jedan od razloga suprotstavljanja roditelja kontaktima sa dedom i babom uticaj koji oni vrše na vaspitanje i obrazovanje deteta. Međutim, poznato je da najveći uticaj u ovom pogledu ostvaruju svakodnevno školske ustanove, što uticaj dede i babe čini manje značajnim, i stoga manje verovatnim razlogom za suprotstavljanje roditelja ovim kontaktima. Pored ovoga, pravo na lične kontakte se retko kada sudskom odlukom realizuje u prisustvu roditelja deteta, zbog sukoba koji postoji između njih i dede i babe. Roditelji se stoga najčešće suprotstavljaju boravku deteta kod dede i babe ne zbog njihovog uticaja koji je mnogo manji nego uticaj škole, već zbog sukoba i animoziteta koji postoji u odnosu na dede i babe. Stoga očigledno korene suprotstavljanja roditelja održavanju ličnih odnosa sa dedom i babom treba prvenstveno tražiti ne u zaštiti najboljeg interesa deteta, već u neprijateljskim odnosima između roditelja deteta i babe i dede.

Kao što je rečeno, interes deteta na održavanje ličnih odnosa sa srodnicima se pretpostavlja i na roditeljima je da tu pretpostavku opovrgnu. Pri tome je potrebno da dokažu da bi održanje tih odnosa upravo bilo protivno interesima deteta. To se može relativno lako postići u situaciji kada postoji jedan težak porodični konflikt,

23 Prednacrta Građanskog zakonika RS predviđa pravo srodnika, prema tome i dede i babe, na održavanje ličnih odnosa. Prema čl.76, st. 6, "Srodnici, kao i druga lica koja su sa detetom razvila odnose posebne bliskosti, imaju pravo da održavaju lične kontakte sa detetom, ako je to u njegovom najboljem interesu".

što kod deteta može izazvati konflikt lojalnosti što nije u njegovom najboljem interesu.²⁴

U slučaju postojanja teških konfliktnih porodičnih odnosa, kada su suprotstavljeni interesi dede i babe sa interesima roditelja, sud mora napraviti izbor dajući prednost jednom od njih. Kako proizilazi iz naše sudske prakse prava roditelja imaju prvenstvo.²⁵ Zahtevi dede i babe biće u većini slučajeva odbijeni ako je bezbednost deteta ugrožena i ako postoji ozbiljna opasnost ugrožavanja porodičnog mira. Čini se da će ovi razlozi postojati tim pre što su odnosi roditelja deteta i dede i babe veoma zategnuti, pa se kao logičan zaključak izvodi kome je u interesu da ti odnosi baš budu takvi.

4. Zaključak

Porodični zakon RS ne reguliše posebno porodična prava dede i babe bez obzira na činjenicu da ih je u ukupnoj populaciji sve više a njihova uloga sve značajnija. Tako se i pitanje održavanja ličnih odnosa između srodnika, dede i babe, sa unucima reguliše kao pravo deteta. Činjenica da se u praksi dede i babe, a ne unuci, javljaju sa zahtevom za održanje ličnih odnosa kada ih jedan od roditelja deteta sprečava u tome, ukazuje da upravo njima, kao slabijoj strani, treba pružiti pravnu zaštitu. Subjektivna prava deteta ne smeju istisnuti prava odraslih, čak i u slučaju kada se konflikt oko održavanja ličnih odnosa mora rešiti u korist deteta. U svakom slučaju, treba reći da postojanje sukoba roditelja i dede i babe deteta ne treba da bude dovoljan razlog za sprečavanje ovih odnosa, niti učestvovanja u njihovom podizanju i obrazovanju.

Literatura

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 Što se donekle nazire iz odluke Vrhovnog kasacionog suda Republike Srbije, Rev 2401/10.

25 Isto.

Vlašковиć, V. (2014). *Načelo najboljeg interesa deteta u porodičnom pravu*, doktorska disertacija (neobjavljeno), Kragujevac

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, 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:// edocorale74.univ-lille2.fr](http://edocorale74.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](http://www.cairn.info/revue-droit-et-societe-2013-3-page-655.htm) (Consulté le 29 mars 2015)

Miletić-Stepanović, V. (2006). Društvo u previranju, navedeno prema <http://old.kontra-punkt.info/print.php?sid=54645>

Ponjavić, Z. (1988). Pravna zaštita šire porodice, *Srbija i evropsko pravo*, knj.II, Kragujevac, 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) (Consulté le 29 janvier 2015)

Prednacrta Građanskog zakonika RS, knjiga III, dostupno na: <http://arhiva.mpravde.gov.rs/lt/articles/zakonodavna-aktivnost/gradjanski-zakonik/>

Porodični zakon, Službeni glasnik RS. 18 (2005)

Zakon o braku i porodičnim odnosima, Službeni glasnik RS, 22 (1980) Zakon o nasleđivanju, Službeni glasnik RS, 46/95, 101/2003

Odluke Suda za ljudska prava:

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.

Rešenje Apelacionog suda u Kragujevcu, GŽ2-225/11, od 23. 05. 2011, dostupno na: <http://www.kg.ap.sud.rs/gz2-225.11-odrzavanje-licnih-odnosa.html>

Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Rev.2401/2010, od 28. 04. 2010. godine, dostupno na: <http://www.vk.sud.rs/sr-lat/rev-240110-porodi%C4%8Dno-pravo-odr%C5%BEavanje-li%C4%8Dnih-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.*

ZAŠTITA HIPOTEKARNOG DUŽNIKA OD NEPRAVIČNIH KLAUZULA**

Apstrakt: U uslovima kapitalističkog privređivanja hipotekarni kredit je jedan od osnovnih izvora sredstava za zadovoljenje savremenih potreba čoveka (potreba za stanom, poslovnim prostorom, proizvodnjom itd.) i osnovna "poluga" pokretanje privrednog ravoja društva. U kreditnom odnosu poverilac (zajmodavac, kreditor) privremeno ustupa kupovnu snagu slobodnih novčanih sredstava dužniku (primaocu kredita) koji se obavezuje da će tokom određenog vremena vratiti primljeni novac i isplatiti ugovorenu kamatu. Davalac kredita je u momentu zaključenja ugovora o kreditu u ekonomski i pravno dominantnoj poziciji i često nameće dužniku ugovorne klauzule koje nisu pravične. Zato zakonodavac mora da zaštiti hipotekarnog dužnika od nepravičnih klauzula koje nepotrebno otežavaju položaj dužnika. Takođe, i sudska praksa mora da reaguje i poništi određene klauzule koje su nepravične, iako nema izričite protivzakonitosti.

Tema našeg rada je analiza zabranjenih klauzula kod ugovora o hipoteci kojima se štiti položaj ekonomski i pravno zavisne ugovorne strane – hipotekarnog dužnika. Takve klauzule su: zabrana ugovaranja da će poverilac steći svojину bez obzira na vrednost stvari i iznos duga ako mu dužnik ne plati dug o dospelosti (*lex commissorio*); da će steći svojину po unapred određenoj ceni na založenoj stvari (*pactum Marciano*); da ne može drugi put da založi predmet hipoteke do prestanka prve po rangu zaloge; da ne može da otuđi predmet hipoteke dok traje zaloga; da ne može da zadrži rang hipoteke nakon otplate duga; da može da proda stvar mimo zakonom određenog načina i druge.

Ključne reči: ugovor o kreditu, hipoteka, zabranjene kaluzule.

* lazic@prafak.ni.ac.rs

** Rad je rezultat istraživanja na projektu: „Usklađivanje prava Srbije sa pravom EU“ Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu.

1. Uvod

U tržišnim uslovima kapitalističkog privređivanja koje nameće stalnu „glad za novcem“ kredit postaje jedan od osnovnih izvora sredstava za zadovoljenje raznovrsnih savremenih potreba čoveka (od potreba za stanom,¹ automobilom ... do investicionih kredita za pokretanje privrednog razvoja društva). Kredit je institucija kojom poverilac (zajmodavac, kreditor) privremeno ustupa kupovnu snagu slobodnih novčanih sredstava (izuzetno robe ili usluga) dužniku (primaocu kredita) koji se obavezuje da će nakon određenog vremena (kratkoročni – do 5 ili dugoročni – do 30 godina) vratiti primljeni novac (odnosno robu ili platiti vrednost usluge) i isplatiti ugovorenu kamatu.

Kredit pomera granice ekonomskog zakona, omogućavajući da se može trošiti ne samo ono što je zarađeno, već i očekivana zarada unapred dobijena putem instituta zajma koji je u osnovi kredita (Marković: Hipotekarno pravo, 1911: 172). Kredit kroz obligacioni odnos omogućava simbiozu interesa lica koje ima višak novca (zajmodavac, poverilac) i lica kome nedostaje novac (zajmoprimac, dužnik). Davaoci kredita (zajmodavci), pored imovine dužnika koju „čine“ i očekivani (što znači i neizvesni) prihodi, zahtevaju dodatne garancije za vraćanje novca plasiranog putem zajma i kredita.

Dopunska sredstva obezbeđenja potraživanja se, uobičajeno, dele na lična (ugovorna kazna, jemstvo i odustanica) i realna (kapara, kaucija, ručna zaloga i hipoteka) (Kovačević Kuštrimović, R. Lazić, M. Uvod u građansko pravo (2008: 391). U pravnoj doktrini postoji i shvatanje o razlikovanju sredstava obezbeđenja potraživanja čija je funkcija posebna ili dodatna mogućnost namirenja poverioca i umanjenje rizika insolventnosti dužnika, od sredstva učvršćenja koja služe da bi se stranke „navele da tačno izvrše svoju obavezu“, kao što je ugovorna kazna ili kapara (Gams, Uvod u građansko pravo, 2007: 208; Hiber-Živković, Obezbeđenje i učvršćenje potraživanja 2015: 18).

Svi oblici zaloge su akcesorna prava, neposredno povezana sa potraživanjem koje obezbeđuju. Zato se faktički položaj poverioca u kreditnom odnosu – njegova prednost i zavisnost dužnika manifestuju

1 Logičan odgovor na dilemu “zašto živeti kao podstanar i plaćati rentu, kada za istu, ili neznatno više, sumu možete plaćati ratu kredita za svoj stan”, čini hipotekarni stambeni kredit najprivlačnijim pravnim instit u tom. Među tim, Scile i Haribde kod hipotekarnog kredita mogu dovesti do višegodišnje uplate rata kredita koja se završava tragično po dužnika – prodajom stana radi otplate preostalog duga.

i na ugovaranje kako uslova kreditiranja, tako i uslova založnog obezbeđenja. Poverioci svoju prednost, često prekomerno, koriste da ugovore neke uslove kredita i založnog prava koji su nepravični i pogoršavaju položaj dužnika. Zato pravo, čija je funkcija, pored ostalog, da vodi računa i o ravnoteži interesa, treba da onemogući ugovaranje nepravičnih klauzula, bilo da su elementi ugovora o hipoteci ili ugovora o kreditu, a najčešće su sadržani u formalno jedinstvenom ugovoru o kreditu sa hipotekom.

Hipoteka osigurava pravni položaj poverioca sa što manje faktičkog tereta po položaj dužnika, jer se zasniva bez lišavanja vlasnika državnine založene stvari, prava korišćenja i raspolaganja hipotekovanom stvari.² Hipoteka zbog ove i drugih prednosti postaje najčešće ugovorno sredstvo obezbeđenja dugoročnog kredita.³ U savremenom pravu hipoteka je postala jedan od najvažnijih i najsloženijih pravnih instituta, čiji su uloga i značaj posebno veliki u državama sa razvijenim tržišnim uslovima privređivanja, privatnom svojinom i razgranatim sistemom kreditiranja. Razvoj hipotekarnog prava je proporcionalno uslovljen razvojem ekonomskih i kreditnih odnosa u jednom društvu.

Iako je pravni položaj poverioca i dužnika u ugovornom odnosu formalno jednak pre zaključenja ugovora, pravna jednakost je srazmerno manja faktičkoj nejednakosti dužnika koji traži kredit u odnosu na poverioca koji daje kredit. Štaviše, poverilac je više „ograničen“ konkurentnom ponudom drugih poverilaca u tržišnim uslovima, nego pravima dužnika (konkurencija ponude bankarskih proizvoda). Međutim, ova konkurencija ume i da bude prilično neefikasna u trci za profitom, što je naše bankarsko tržište pokazalo. Zato je neophodno predvideti što više pravnih pravila koja štite položaj dužnika još u fazi zasnivanja poverilačko-dužničkog i založnog pravnog odnosa. Čini se da je tada dužniku potrebija zaštita, dok je poveriocu potrebija u fazi realizacije prava prodaje predmeta hipoteke i naplate potraživanja.

Neposredna povezanost subjekata u glavnom obligacionom i akcesornom hipotekarnom odnosu ukazuje na potrebu da se zaštita dužnika od nepravičnih klauzula vrši ne samo u hipotekarnom pravnom odnosu,

2 Hipoteka opterećuje samo svojinsko ovlašćenje raspolaganja, ali ga, kao i kod ručne zaloge, ne isključuje. Ručna zaloga apsorbuje i pravo na državinu i upotrebu stvari.

3 To je uslovalo da se „formula“ hipoteke, razvijana još od starogrčkog prava kao bezdržavinsko založno pravo na nepokretnim stvarima, stalno usavršavala i da se u savremenom pravu primenjuje i na zalaganje pokretnih stvari. Tako su nastali i oblici – hipoteke na brodu i vazdu hoplovu, registarska zaloga, ali i ideja eurohipoteke kao zajednička zaloga EU koja je u nastajanju.

već i u obligacionom kreditnom odnosu poverioca i dužnika. Zbog ograničenosti rada, tema našeg rada je, prevashodno, zaštita hipotekarnog dužnika od nedozvoljenih klauzula u hipotekarnom (založnom) odnosu. Radi razumevanja suštine položaja hipotekarnog dužnika, najpre ćemo ukazati na osnovne karakteristike i položaj subjekata hipotekarnog odnosa; zatim na reformu srpskog hipotekarnog prava i zabranjene ugovorne klauzule.

2. Pojam hipoteke i položaj subjekata hipotekarnog odnosa

Hipoteka je stvarno pravo na tuđoj nepokretnoj stvari koje ovlašćuje hipotekarnog poverioca da radi naplate dospelog novčanog potraživanja proda hipotekovanu nepokretnost, bez obzira u čijoj se svojini i državini stvar nalazi, i iz dobijene novčane vrednosti naplati svoje potraživanje (troškovi, kamata i glavnica), pre običnih poverilaca i pre hipotekarnih poverilaca sa kasnijim rangom. Svrha hipoteke je da dodatno osigura prinudnu realizaciju potraživanja koje dužnik nije ispunio po dospelosti, odnosno zapao je u docnju.

Hipoteka (hipotekarni odnos) je akcesornog karaktera (sporedno i nesamostalno pravo) koje je u funkciji obezbeđenja tražbine (obligacioni odnos) kao glavnog i samostalnog prava. Osnovna funkcija zaloge je obezbeđenje potraživanja (obezbeđujuća funkcija). U pravno-ekonomskoj teoriji se govori i o drugim funkcijama založnog prava, poput: funkcije pribavljanja kredita, funkcije rasterećenja profesionalnih poverilaca (davaoca kredita) i funkcije olakšavanja refinansiranja kroz sekundarno tržište koje važi posebno za hipoteku (Hiber/Živković, 2015: 28).

Obezbeđenje hipotekom garantuje dodatnu i sigurniju mogućnost naplate od imovinske odgovornosti dužnika koja paralelno postoji u korist poverioca. Hipotekarni kredit omogućava obezbeđivanje sredstava za građane i privrednike tako što se svojina na zgradama i zemljištu kao „zamrznuta likvidnost” aktivira radi dobijanja kredita. Hipotekarni kredit vrši ulogu „mobilizatora” vrednosti imovine i pokretačka je „poluga” razvoja društva, kako na makroekonomskom (privredni razvoj, investicije, zaposlenost...), tako i na mikroekonomskom planu (stambena izgradnja).

Hipotekarno-pravni odnos je građansko-pravni odnos između hipotekarnog poverioca i hipotekarnog dužnika, odnosno odnos između poverioca tražbine koji stiće uslovno pravo raspolaganja svojinom na hipotekovanoj stvari i vlasnika založene stvari. Potraživanje koje se obezbeđuje

zalogom može nastati iz odobrenog kredita, preuzetog posloводства bez naloga, naknade štete i sl. (Stanković, Orlić, Stvarno pravo, 1989: 87. Zaključak sa savetovanja građanskih i građanskoprivrednih odeljenja VSS, novembar, 1993). Hipotekarni poverilac i hipotekarni dužnik mogu biti sva fizička i pravna lica. Hipotekarni poverilac je ujedno i poverilac potraživanja čije se izvršenje obezbeđuje hipotekom, tako da je uvek subjekat oba pravna odnosa (obligacionopravnog i stvarnopravnog). Hipotekarni dužnik je vlasnik hipotekovane nepokretnosti i najčešće je i dužnik potraživanja. Međutim, u slučaju kada je vlasnik predmeta hipoteke treće lice, onda je on realni dužnik, a dužnik iz obligacionog odnosa je lični dužnik. Lični dužnik garantuje založnom poveriocu za isplatu duga svojom imovinom. Realni dužnik je obavezan da trpi namirenje potraživanja samo iz vrednosti predmeta hipoteke. Samo vlasnik ili ovlašćeno lice mogu opteretiti pravo svojine, odnosno založiti stvar⁴. Za zalaganje stvari hipotekarni dužnik mora biti poslovno sposobno lice, kao i za prenos svojine (potpuna poslovna sposobnost).⁵

Osnovno pravo založnog poverioca kod svih oblika zaloge je pravo namirenja potraživanja putem prodaje predmeta zaloge radi unovčenja i naplate potraživanja.⁶ Pravo namirenja potraživanja iz vrednosti predmeta hipoteke ne isključuje imovinsku odgovornost dužnika (Bauer, 1970: 28; Demeelius, 1897: 167; Soergel, Siebert, 1968: 668 (komentar uz § 1147 BGB); Marković, 1911: 172). Založni poverilac može koristiti oba zahteva, obligacionopravni – koji je uperen prema imovini dužnika, i stvarnopravni – koji je usmeren prema založenoj stvari. Pri tome se ova dva načina namirenja tražbine ne isključuju međusobno, nisu alternativni, niti je utvrđen redosled njihove primene.

4 Suvlasnik može opteretiti hipotekom svoj idealni deo na nepokretnosti, ali celokupni objekt susvojine mogu opteretiti samo svi suvlasnici saglasno.

5 Francusko pravo predviđa “da svaki subjekat koji nije poslovno sposoban da dobro otuđi neposredno, ne može to učiniti ni posrednim pu tem – zalaganjem“, a što je posledica činjenice da je zalaganje jedan “korak ka otuđenju” (čl. 2124 CC). Nemačko pravo dopušta, izuzetno, opterećenje tuđeg prava svojine na nepokretnosti u okviru propisa o savesnom sticanju (§ 891, 892 NGZ).

6 U prvoj, “statičnoj“ fazi, hipoteka samo motiviše dužnika da ispuni obavezu iz obligacionog odnosa da bi izbegao prodaju založene stvari. Tek ukoliko “psihološki“ pritisak hipoteke ostane bez efekta, hipotekarni poverilac može, u drugoj, “dinamičnoj“ fazi, namiriti potraživanje prodajom hipotekovane nepokretnosti. U fazi realizacije hipoteke dužnik oseća svu njenu moć i biva razvlašćen. Krilatice: in cauda venenum – u repu otrov, najviše odgovara dejstvu hipoteke.

Pravo namirenja je pojačano *pravom sledovanja i pravom prvenstva*. Pravo sledovanja omogućava hipotekarnom poveriocu da naplati potraživanje prodajom predmeta hipoteke bez obzira u čijoj se svojini i državini stvar nalazi u momentu realizacije hipoteke⁷. Hipotekarni poverilac ima pravo prvenstvene naplate pre običnih poverilaca, osim u pogledu tzv. privilegovanih potraživanja i pre hipotekarnih poverilaca sa kasnijim rangom.

3. Reforma hipoteke u Srbiji

Afirmacija hipoteke u pravu Srbije odvijala se paralelno sa procesom društvenih reformi usmerenih ka napuštanju socijalističkog uređenja i orijentaciji ka razvoju tržišne privrede, privatizaciji radi dominacije privatne svojine i razvoju finansijskog tržišta i sistema kreditiranja. Interesovanje stranih finansijskih institucija za reformom finansijskog tržišta i hipotekarnog prava je pobuđeno činjenicom da je u Srbiji, još u socijalističkom periodu, postojao veliki broj građana sa svojinom na nepokretnostima. Taj veliki kreditni potencijal trebalo je iskoristiti za plasiranje slobodnih novčanih sredstava stranih finansijskih investitora radi ostvarivanja profita, uz zadovoljavanje potražnje za kreditima naših građana. Strane banke kao poverioci su želeli efikasno sredstvo obezbeđenja potraživanja u pogledu izvesne, brze i jednostavne naplate. Zato se pristupilo reformi hipotekarnog prava zapostavljenog u socijalističkom sistemu i stvaranju instrumenata za funkcionisanje finansijskog tržišta.

Donošenjem Zakona o hipoteci⁸ (u daljem tekstu: ZH), Republika Srbija je izvršila prvu potpunu regulativu hipotekarnog prava (65 članova). Najznačajne novine u Zakonu o hipoteci su:

- Hipoteka nastaje uknjižbom hipoteke u jedinstvenu evidenciju nepokretnosti
- katastar⁹ (u prelaznom periodu i upisom u zemljišne

7 Hipotekarni poverilac ima pravo prvenstvene naplate i u slučaju stečaja dužnika, a hipoteka sledi hipotekovanu stvar sve do prestanka hipoteke ili propasti stvari. To hipoteku čini jednim od najsigurnijih sredstava obezbeđenja.

8 "Sl. glasnik RS", br. 115/2005 i 60/2015. Zakon o hipoteci je stupio na snagu 4. 1. 2006. godine, a primenjuje se od 25. februara 2006. godine, na hipoteke zasnovane po ovom zakonu, osim ako se ugovorne strane sporazumeju da se primenjuje i na ranije zasnovane hipoteke (čl. 64).

9 Zakonom o državnom premeru i katastru u upisima prava na nepokretnostima, "Sl. glasnik RS", br. 83/92, 53/93, 67/93, 48/94, 12/96, 15/96 – ispr., 34/2001 – dr. zakon, 25/2002 i 101/2005.

knjige). Pored toga, ustanovljen je još jedan elektronski registar – Centralne evidencije hipoteka, kao jedinstvena i javna elektronska baza podataka u koju se unose hipoteke upisane u nadležni registar nepokretnosti. Ovom evidencijom je uveden dodatni i jedinstveni način publikovanja svih hipoteka, pored upisa u katastar i zemljišne knjige, što je trebalo da pojača pravnu sigurnost do uspostavljanja jedinstvene i ažurne katastarske evidencije. Republički geodetski zavod koji je vodio ovu evidenciju nije bio odgovoran za tačnost i potpunost upisanih podataka. Prema momentu upisa hipoteke u katastar se utvrđuje rang hipoteke, ostvaruje se njen publicitet i obezbeđuje pravna sigurnost hipotekarnog poverioca i trećih lica. Upis u Centralni registar ima deklarativni značaj i njime se omogućavalo stvaranje jedinstvene evidencije svih hipotekarnih prava na nivou Srbije. Kako je prevaziđena potreba za dodatnom Centralnom evidencijom, najnovijim izmenama ZH iz 2015. g. ukinuta je Centralna evidencija hipoteka brisanjem čl. 57–62¹⁰.

– Proširen je i preciziran predmet hipoteke. Načelno, predmet hipoteke mogu biti nepokretne stvari koje se nalaze u pravnom prometu (koje se mogu unovčiti) i o kojima se vode javni registri. Predmet hipoteke ne mogu biti prava na nepokretnostima koja se ne mogu unovčiti, kao lične službenosti (neprenosivo pravo), stvarne službenosti (akcesorijum povlasnog dobra), ili pravo preče kupovine (neotuđiva pravna moć bez realne vrednosti). Po Zakonu o hipoteci, predmet hipoteke ili zajedničke hipoteke, može da bude: 1) nepokretna stvar (zemljište i građevinski objekat); 2) deo nepokretne stvari koji je odlukom ili sporazumom o deobi utvrđen kao svojina određenog lica; 3) udeo suvlasnika na nepokretnoj stvari (za ustanovljavanje hipoteke na susvojini nije potrebna saglasnost ostalih suvlasnika, jer se udeo nalazi u pravnom prometu); 4) poseban deo zgrade na kome postoji pravo svojine (stan, poslovna prostorija, garaža, garažno mesto i dr.); 5) pravo na zemljištu koje sadrži ovlašćenje pravnog raspolaganja (pravo građenja, pravo preče gradnje, pravo raspolaganja nepokretnostima u državnoj, odnosno društvenoj svojini); 6) objekat u izgradnji (npr. započeta kuća), kao i poseban deo objekta u izgradnji (stan, poslovna prostorija ili garaža u započetoj zgradi), pod uslovom da je izdato pravosnažno odobrenje za gradnju.

Novina je omogućavanje zalaganja neizgrađenih objekata i prava raspolaganja na zemljištu. Objekat u izgradnji, pravno posmatrano, ne postoji, a zgrada postaje stvar i objekat prava svojine tek kada se za nju dobije upotrebna dozvola, pa ne može biti ranije ni objekt hipoteke.

¹⁰ Čl. 28 Zakona o izmenama i dopunama Zakona o hipoteci koji se primenjuje od 16. jula 2015. g.

Objekat u izgradnji je sastavni deo zemljišta na kome se gradi i samo zemljište može biti objekt hipoteke. U našem pravu, zemljište i zgrada najčešće nisu objekat jedinstvenog prava koji pripada istom vlasniku već, najčešće, postoji režim državne svojine na gradskom građevinskom zemljištu na kome vlasnik zgrade ima pravo korišćenja. Zakonodavac je pokušao da privremeno reši ovaj problem omogućavanjem zalaganja objekta u izgradnji. Praktično, predmet zalaganja je dozvola za gradnju i započeti objekat. U urbanoj gradnji, dozvola ima značajnu vrednost, što zavisi i od lokacije, plana, roka važenja, ali je najviše vezana za zemljište na kome se stiče pravo građenja i svojinskog oblika na zemljištu. Ova mogućnost nije dala očekivane rezultate i smatramo da je treba ukinuti, a svakako će nakon konverzije prava korišćenja na gradskom građevinskom zemljištu u pravo svojine biti suvišna.

– Prava u slučaju smanjenja vrednosti nepokretnosti su precizno regulisana, tako da hipotekarni poverilac ima pravo da zahteva zabranu određenog ponašanja, pravo pristupa nepokretnosti, uključujući i ulazak u nepokretnost bez obzira ko se u njoj nalazi (vlasnik, zakupac, plodouživalac i dr.) radi kontrole održavanja, ako je to ugovoreno ili je zasnovana po čl. 15 ZH; pružanje dodatnog obezbeđenja, a pod određenim uslovima i naplatu celokupnog potraživanja pre dospelosti (čl. 18 ZH) i dr.

– Uvedeno je pravo hipotekarnog dužnika da zadrži rang hipoteke nakon otplate duga, odnosno mogućnost da se spreči klizanje ranga u korist kasnijeg hipotekarnog poverioca (Lazić, M., Rang stvarnih prava, 2002: 230). Klizeći rang je nepravičan za dužnika jer poboljšava položaj kasnijeg hipotekarnog poverioca bez odgovarajuće naknade. Ova novina je značajna za dužnika, ali daje efekat tek na razvijenom hipotekarnom tržištu. U našem pravu poverioci uglavnom zahtevaju konstituisanje hipoteke sa prvim rangom, a višestruko zalaganje je retkost.

– Poverioci žele efikasno sredstvo obezbeđenja potraživanja ne samo u pogledu sigurnosti naplate, već i u pogledu brze i jednostavne naplate (Lazić, M., Prednosti i nedostaci hipoteke kao sredstva obezbeđenja potraživanja, 1995: 131). Zato je novim Zakonom o hipoteci pojednostavljen postupak prodaje nepokretnosti i naplate potraživanja, a posebno uvođenjem vansudske prodaje. Vansudska prodaja smanjuje formalizam i zato se protežira u praksi, a bila je i predmet najnovih izmena ZH.

– Najzad, u ovom radu se bavimo zabranom nepravičnih klauzula, od kojih su neke postojale i u ranijem zakonodavstvu, ali su u ZH preciznije regulisane i biće predmet razmatranja u nastavku rada.

4. Zabranjene klauzule u hipotekarnom odnosu

Hipoteka je subjektivno pravo koje svom titularu uslovno daje ovlašćenje raspolaganja svojinom na tuđoj stvari radi naplate potraživanja, a istovremeno ne isključuje neposrednu pravnu vlast vlasnika, već je samo sužava – prenos svojine je moguć samo sa teretom zaloge. Ugovorna hipoteka je najčešći oblik hipoteke u pravnoj praksi. To je posledica činjenice da hipoteka služi obezbeđenju potraživanja uglavnom nastalog iz ugovora o zajmu, odnosno kreditu. U hipotekarnom pravu karakteristična je zabrana klauzula kojima se remeti ravnoteža interesa subjekata u momentu nastanka založnog odnosa. Sloboda ugovaranja je dopuštena tek nakon dospelosti potraživanja, na osnovu naknadnog pismenog sporazuma o realizaciji zaloge.

Ugovorna sloboda je faktički podložna nametanju uslova ekonomski jače strane, a to je poverilac kod kreditnog odnosa. Nepravične ugovorne odredbe mogu biti nametnute kako u obligacionom odnosu kod ugovaranja kredita (valutne klauzule, promenljiva kamata itd.), tako i u stvarnopravnom odnosu kod ugovaranja obezbeđenja hipotekom na određenoj nepokretnosti. Ova dva ugovora i odnosa, po pravilu, nastaju istovremeno i međusobno su uslovljena. Obligacioni odnos kao glavni je ratio nastanka založnog odnosa kao akcesornog.

Tema našeg rada su zabranjene klauzule koje se odnose na založnopravni odnos. Zakonom je zabranjeno ugovaranje određenih klauzula u založnom odnosu, ali je pravna praksa pokazala da pobrojane zabrane nisu dovoljne, pa je sudska praksa, reagujući po zahtevu dužnika, proglasila nezakonitim još neke ugovorne odredbe. Najpre ćemo analizirati zakonom zabranjene klauzule, a zatim i ostale koje se pojavljuju u pravnoj praksi založnog prava, a posebno hipotekarnog prava.

4.1. Zakonom zabranjene klauzule kod ugovora o hipoteci

Zakonske zabrane se odnose na flagrantne povrede ugovorne slobode kojim se dužniku prilikom uzimanja kredita, kao ekonomski zavisnoj strani, od poverioca nameću po njega nepovoljne ugovorne odredbe.

Zakonom o hipoteci predviđeno je da su ništave odredbe u ugovoru o hipoteci na osnovu koje, ako dug ne bude isplaćen o dospelosti¹¹:

„1) poverilac može da proda nepokretnost suprotno odredbama ovog zakona;

11 Videti čl. 13 Zakona o hipoteci.

2) nepokretnost po neodređenoj ili unapred određenoj ceni prelazi u svojinu poverioca ili trećeg lica.

Ništava je odredba ugovora o hipoteci na osnovu koje poverilac ima pravo da upotrebljava predmet hipoteke, odnosno da pribira plodove koje daje predmet hipoteke.

Ništava je odredba ugovora o hipoteci na osnovu koje vlasnik ne može da otuđi predmet hipoteke ili da ga optereti hipotekom u korist docnijeg poverioca“.

Analizom navedene odredbe čl. 13 ZH, dolazimo do sledećih zabranjenih klauzula:

a) Ugovaranje prodaje na način koji nije regulisan Zakonom o hipoteci

Tradicionalno prihvaćeno načelo oficijelnosti zahteva da se hipoteka realizuje na zakonom predviđen način, što je nekada značilo jedino sudsku prodaju u izvršnom postupku. Taj način prodaje nepokretnosti i danas postoji po zakonu¹², ali je u praksi postao poveriocima skup i spor, tako da se težilo pronalaženju efikasnijeg načina prodaje hipotekovane nepokretnosti koja je najneizvesnija faza u realizaciji prava namirenja. Zato, Zakon o hipoteci znatno pojednostavljuje postupak prodaje stvari predviđanjem, pored sudske prodaje, mogućnosti ugovaranja i vansudske prodaje nepokretnosti. Time se „klatno“ (ne)ravnoteže pomera od dužnika ka poveriocu, što je svojstveno kapitalističkom finansijskom tržištu koje je kod nas uspostavljeno tokom proteklih petnaestak godina.

Iako sada manje treba očekivati pokušaj poverioca da nametne drugačiju prodaju, ova zabrana je i dalje korisna. Ona štiti dužnika od nesavesnog poverioca koji može da pokuša da ugovori prodaju neposrednom pogodbom ili na drugi pojednostavljeni način koji bi doveo do ugrožavanja interesa hipotekarnog dužnika, odnosno omogućio prodaju založene stvari ispod tržišne vrednosti.

Načelo oficijelnosti i regulativa postupka izvršenja upravo služi da vodi računa o ravnoteži interesa koliko je to moguće u fazi realizacije prinudne prodaje kao najopasnijem „repu zaloge“. Funkcija je da se onemoguću prodaja nepokretnosti ispod utvrđene vrednosti.

12 Zakon o izvršenju i obezbeđenju, “Sl. glasnik RS”, br. 31/2011 i 99/2011 – dr. zakon.

b) Prenos svojine na hipotekovanoj stvari poveriocu bez naknade vrednosti vlasniku stvari

Ovakvom odredbom se predviđa da u slučaju neisplate duga obezbeđenog zalogom, predmet zaloge prelazi u svojinu založnog poverioca, bez obzira na vrednost stvari i visinu neisplaćenog duga. Radi se o poznatoj komisornoj klauzuli (*lex commissorio*) koja vodi gubitku svojine na založenoj stvari, bez obaveze utvrđivanja i isplate razlike u ceni dosadašnjem vlasniku.

Ugovaranje komisorne klauzule, tradicionalno¹³, nije dopušteno iz sledećih razloga:

- Kod obezbeđenja hipotekom, vrednost predmeta hipoteke je uobičajeno viša od iznosa potraživanja čijem obezbeđenju služi još u fazi nastanka (25% do 50%)¹⁴. Pored toga, kada dužnik zapadne u docnju, deo duga je najčešće već otplaćen tako da se ova razlika povećava. Teorijski, primena ove klauzule bi bila moguća i samo zbog jedne neisplaćene rate nesolventnog dužnika. Komisorna klauzula bi omogućila sticanje nesrazmerne koristi i oštećenje interesa hipotekarnog dužnika;
- Ugovaranje komisorne klauzule koristilo bi hipotekarnom poveriocu sa prvenstvenim rangom. Ostali hipotekarni poverioci ne bi mogli da realizuju hipoteku;
- Dopuštanje komisorne klauzule bi, praktično, isključilo mogućnost višestrukog zalaganja iste stvari;

Zabrana ugovaranja komisorne klauzule je opšteprihvaćena u savremenom pravu.¹⁵ Ugovaranje komisorne klauzule je zabranjeno samo do momenta dospelosti potraživanja obezbeđenog zalogom. Nakon dospelosti potraživanja može se slobodno ugovoriti prenos svojine umesto ispunjenja ako to nije na štetu trećih lica, jer više nema potrebe za zaštitom dužnika od ove odredbe. Ako je stvar založena za više potraživanja kod

13 U rimskom pravu je ova klauzula, prvobitno dopuštena, kasnije zabranjena zbog "svireposti posledica koje je proizvodila prema založnom dužniku" (imp. Constantis A.ad. populum, god. 326 – C. 8, 343). *Lex commissoria* je bila zabranjena § 843. Srpskog građanskog zakonika i čl. 214, st. 2 i čl. 190 OIZ za Crnu Goru.

14 Upravo su nesigurni subprime krediti u američkom pravu zanemarili ova poslovna pravila što je kasnije, uz nesigurnost solventnosti dužnika, dovelo do nemogućnosti otplate duga i dužničke krize.

15 Čl. 2083 CC i čl. 93 al. 4 Trgovačkog zakonika Francuske; Čl. 816, st. 2 i 894 ZGB; § 1229 BGB i čl. 1239 Grčkog građanskog zakonika; Čl. 1963 italijanskog CC.

različitih poverilaca, za punovažno ugovaranje komisorne klauzule nakon dospelosti potraživanja u korist jednog poverioca potrebna je saglasnost ostalih hipotekarnih poverilaca.

v) Prenos svojine poveriocu po unapred određenoj ceni

Ovakva odredba predviđa da u slučaju da dužnik zapadne u docnju sa otplatom kredita, poverilac stiče pravo svojine na hipotekovanoj stvari po unapred utvrđenoj ceni. Poznata je i kao patto Marciano, tj. marcijanski pakt (Rašović, 1991: 37). Ovde se, praktično, radi o uslovnoj prodaji predmeta zaloge založnom poveriocu po unapred određenoj ceni. Kod marcijanskog pakta je gubitak za založnog dužnika naizgled "proporcionalan garantovanom duhu" (Bianca, 1957: 712; Messineo, 1959; preuzeto od Rašović, 1991: 249), a hipotekarni poverilac kao kupac ima obavezu samo na isplatu viška vrednosti stvari u odnosu na iznos potraživanja.¹⁶ S tog gledišta ona deluje znatno pravičnije od komisorne klauzule.

Međutim, poznato je da prilikom određivanja vrednosti hipotekovane stvari u momentu zalaganja važi nalaz veštaka koga angažuje poverilac – bankarski stručnjak, pa to može dovesti u pitanje pravu procenu vrednosti. Kao što je moguće neznatno povećanje vrednosti nepokretnosti ako je to u interesu davaoca kredita (primer iz američke prakse pre nastanka finansijske krize), tim pre je moguće i smanjenje vrednosti kako bi se pojačala sigurnost zaloge, ali i stekla nesrazmerna korist ako dođe do faze realizacije. Dužnik se zbog ekonomskog interesa i zavisnosti ne može usprotiviti proceni vrednosti, već jedino odbiti kredit po principu „uzmi ili ostavi“. Pored toga, čak i kada je procena realna, izigrava se osnovna svrha kredita i zaloge – da dužnik stekne i zadrži svojinu na nepokretnosti, a ne da izgubi. Pored toga, poverilac bi, čak i kada ima drugu mogućnost namirenja, mogao koristiti ovu klauzulu.

Zakon o hipoteci je ovakvu mogućnost dopustio nakon dospelosti potraživanja, na osnovu naknadnog pismenog ugovora hipotekarnog poverioca i hipotekarnog dužnika.

g) Ugovaranje prava korišćenja hipotekovane stvari

Ovom klauzulom se ugovara pravo hipotekarnog poverioca da koristi hipotekovanu stvar do otplate duga. Pravo korišćenja može biti

¹⁶ U našem pravu, ova zabrana je bila predviđena još § 843 SGZ. Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru nije je izričito regulisao, ali ona proizlazi iz opštih odredbi (čl. 180, 181, 214). Po ZOSPO bila je zabranjena odredbom čl. 69.

neposredno – upotrebom stvari i/ili pribiranjem plodova. Ali, može se raditi i o posrednom korišćenju, npr. izdavanjem stvari u zakup trećem licu. Kako će se prihodi od stvari računati poveriocu (kao poklon, otplata kamate ili otplata glavnice) je stvar „dogovora“ čije bi uslove nametao poverilac. Zato je njena zabrana opravdana.

Takođe, dopuštanje korišćenja hipotekovane stvari je nespojivo sa suštinom hipoteke, da ona omogućava da vlasnik predmeta hipoteke zadržava pravo na državinu, korišćenje i raspolaganje hipotekovanom stvari, pored ostalog i radi lakše otplate duga. Štetna je i jer bi lišila dužnika isključive državnine i srušila koncept hipoteke kao bezdržavinske zaloge.

Poznata je i kao zabrana antihretične klauzule (*pactum antichretium*) i tradicionalno je zabranjena u založnom pravu. Antihretična klauzula podrazumeva pravo hipotekarnog poverioca da upotrebljava i pribira plodove sa založene stvari radi naplate potraživanja. Ugovaranje antihretičke klauzule je, izuzetno, dopušteno kod ugovora o zalozi na brodu.

Takođe, u pravnoj praksi postoje slučajevi izigravanja ove klauzule. Tako, hipotekarni dužnik može hipotekovanu stvar dati u zakup hipotekarnom poveriocu uz cesiju zakupnine u korist zakupoprimca i njeno prebivanje sa potraživanjem ili konstituisati plodouživanje poveriocu na hipotekovanoj stvari do isplate potraživanja. Ali, ovde se već radi o izigravanju imperativne norme, pa se takav ugovor može poništiti.

d) Zabrana otuđenja i/ili opterećenja predmeta hipoteke

Odredba da hipotekarni dužnik ne može da otuđi predmet hipoteke dok traje zaloga je nedopuštena. Koncept bezdržavinske zaloge je svoju prednost zasnovao na mogućnosti dužnika da svoju stvar koristi radi lakše otplate duga, ali i mogućnost da je otuđi. Sigurnost poverioca je obezbeđena upisom u javni registar i pravom sledovanja predmeta hipoteke. Otuđenje stvari ni na koji način ne sprečava mogućnost realizacije hipoteke prodajom stvari i naplatom potraživanja.

Takođe, zabrana dužniku da predmet hipoteke optereti, zakupom, plodouživanjem, novom zalogom i sl., nema pravno dejstvo prema prvenstvenom hipotekarnom poveriocu, pa je ne treba dopustiti.

4.2. Zabranjene klauzule iz pravne prakse

Zakonska zabrana određenih klauzula nije dovoljna. Pokazalo se da davaoci kredita ugovaraju i određene odredbe koje nisu izričito zabranjene, ali su protivne dobrim običajima i suštini založnog prava proizašlog iz funkcije obezbeđenja i dejstva prava sledovanja i prava prvenstva.

U našoj pravnoj praksi kao nedopuštene, ustanovljene su i sledeće klauzule:

a) Klauzula o zabrani hipotekarnom dužniku da zadrži rang hipoteke nakon otplate potraživanja.

U Zakonu o hipoteci su predviđene tri mogućnosti dužnika za zadržavanje postojećeg ranga i prenosa na novog poverioca (čl 53, 55 i 56 ZH). U čl.

54 ZH je predviđeno da „odricanje vlasnika od prava na raspolaganje neispisanom hipotekom ne proizvodi pravno dejstvo, osim ako se:

- vlasnik ugovorom obaveže prema trećem licu, a naročito prema hipotekarnom poveriocu sa docnijim redom prvenstva, da će u njegovu korist zahtevati ispis određene hipoteke;
- i u registar nepokretnosti upiše zabeležba takve obaveze kod te hipoteke“.

Ovakva mogućnost se unapred ugovara i podrazumeva određene pogodnosti za hipotekarnog dužnika. Međutim, pitanje je da li dužnik može da se „izbori“ za te pogodnosti kod poverioca koji određuje uslove kredita.

Takođe, čl. 54 ZH predviđa da hipotekarni poverioci sa docnijim redom prvenstva hipoteka:

- ne mogu da se protive upisu novog hipotekarnog poverioca na upražnjeno mesto neispisane hipoteke;
- ne mogu da zadržavaju mesto na kome se njihove hipoteke nalaze. Naizgled,

hipotekarni poverilac sa prvenstvenim rangom i nema interes za ugovaranjem ove klauzule. Ipak, ono je moguće zbog računanja na kasnije kreditiranje i ustanovljavanja nove hipoteke sa kasnijim rangom. Hipotekarni poverioci sa kasnijim rangom ugovaraju ovu klauzulu kako bi nakon otplate ranijeg duga sa prvenstvenom hipotekom obezbedili sticanje povoljnijeg ranga i poboljšali položaj bez naknade. Ovakva klauzula je protivna Zakonu o hipoteci.

b) Ugovorna odredba da hipotekarni dužnik ne može drugi put da založi predmet hipoteke do prestanka prve po rangu zaloge.

Ova odredba je varijacija zabrane raspolaganja hipotekarnog dužnika predmetom hipoteke koja izričito nije dopuštena, jer je i zalaganje oblik raspolaganja. Klausula je nepravična jer prvi po rangu hipotekarni poverilac ima pravo prvenstva u naplati potraživanja.

v) Neprimereni razlozi prevremenog sticanja prava na namirenje, odnosno prevremene dospelosti potraživanja.

Tako, posebnu pažnju skreće nedavno objavljena informacija o pokušaju banke da ugovori odredbu da će „neprimereno ponašanje hipotekarnog dužnika kao klijenta u prostorijama banke, ometanje službenika u radu i remećenje poslovnog procesa i sl., predstavljati razlog za jednostrani raskid ugovora o kreditu uz pravo na aktiviranje prodaje predmeta hipoteke“¹⁷.

Javni beležnik je ispravno odbio da izvrši overu založne izjave sa ovakvom odredbom. Ovakva nejasna odredba može različito da se tumači i svakako ne treba da bude razlog za raskid ugovora. Neprimereno ponašanje može biti predmet drugih sankcija, ali ne treba da bude razlog za raskid ugovora o kreditu i prevremenu naplatu duga.

g) U našoj praksi postoji nametanje nepotrebnih klauzula i od strane države, iako je kao poverilac dovoljno osigurana.

Tako, Vlada RS, Programom za stambenu izgradnju, nametala je obavezu banci da u svaki pojedinačan ugovor o kreditu unese i odredbe o zabrani izdavanja u zakup do otplate kredita i zabranu otuđenja nekretnine u prvih pet godina otplate kredita, za nepokretnosti čija se kupovina kreditira iz sredstava banke i budžeta RS i zabranu dodatnog opterećenja ili umanjenja vrednosti založene nepokretnosti do konačne otplate kredita i dok je hipoteka prvog reda ustanovljena u korist banke i RS.¹⁸

Iako se ovim želela sprečiti zloupotreba kod korišćenja sredstava iz ovog fonda, smatramo da je to trebalo učiniti bez ovih klauzula. Štaviše, smatramo je ništavom klauzulom, jer se podzakonskim aktom ne može menjati zakonom ustanovljenja sadržina zaloge.

¹⁷ V., ht tp://w w w.bgnekretnine.net/blog/neverovatna-klauzula-podviknes-u-banci-i-ode-stan-na-dobos

¹⁸ Vid. Program Vlade RS od 23. jula 2007, http://srbija.bazanekretnina.com/Nacionalna_korporacija_za_osiguranje_stambenih_kredita_1/Program_Vlade_Republike_Srbije.html

Za očekivati je da se u pravnoj praksi pojave i druge klauzule koje su protivne suštini hipotekarnog prava, pa je neophodno da sudovi pruže adekvatnu zaštitu dužnicima primenom odredbi ZOO o delimičnoj ništavosti. Prilikom odlučivanja treba voditi računa o suštini založnog prava i njegovoj osnovnoj funkciji.

5. Zaključak

Tek sa razvojem privrede, stabilnosti ekonomskih tokova i povećanja standarda građana, s jedne, odnosno dejstvom konkurencije na tržištu kredita i propisa o bankarskom poslovanju kojima će se po ugledu na evropske države štiti klijenti, sa druge strane, može se uspostaviti osnovna funkcija "hipotekarnih" kredita – razvoj privrednog poslovanja i omogućavanje kvalitetnijeg života građana.

U fazi izgradnje tržišne privrede i finansijskog tržišta, državne institucije i zakonodavac treba da pruže odgovarajuću zaštitu građanima i privrednim subjektima kao dužnicima od nepravilnih ugovornih odredbi.

U radu smo ukazali na zakonom zabranjene klauzule i na klauzule čiju je nedopuštenost ustanovila sudska praksa, bilo da su varijacija zakonske zabrane ili su protivne suštini i funkcijama zaloge.

Literatura

- Bianca, M. (1957). *Patto commissorio*, Novissimo Digesto Italiano, Milano
- Demeelius, E. (1897). *Das Pfandrecht an beweglichen Sachen nach osterreichischen bürgerlichen Recht*, Wien
- Gams, A. (1997). *Uvod u građansko pravo*, Beograd
- Hiber, D. Živković, M. (2015). *Obezbeđenje i učvršćenje potraživanja*, Beograd, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu
- Kovačević Kuštrimović, R. Lazić, M. (2008). *Uvod u građansko pravo*, Niš, Punta
- Kovačević Kuštrimović, R. Lazić, M. (2009). *Stvarno pravo*, Niš, Punta
- Messineo, F. (1959). *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano
- Rašović, Z. P. (1991). *Založno pravo na pokretnim stvarima*, d. disertacija, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd

Bauer, F. (1970). Lehrbuch des Sachenrechts, MÜSoergel, B. – Siebert, W. (1968), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, IV, (komentar uz § 1147 BGB)

Marković, L., (1911). Hipotekarno pravo, Beograd

Lazić, M. (1994). Sadržina hipoteke, mag. rad, Niš, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu

Lazić, M. (1995/5-6). Prednosti i nedostaci hipoteke kao sredstva obezbeđenja potraživanja, Pravni život, Beograd

Lazić, M. (2009). Prava realnog obezbeđenja, Niš, „Punta“

Lazić, M. (2002/10). Rang stvarnih prava, Pravni život, Beograd Stanković, O,

Orlić, M., (1989). Stvarno pravo, Službeni list SRJ, Beograd Zaključci sa savetovanja građanskih i građanskoprivrednih odeljenja VSS, novembar, 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.

Dr Dragor Hiber,*
Vanredni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Beogradu
Dr Miloš Živković,** Docent
Pravnog fakulteta, Univerzitet
u Beogradu

originalni naučni članak

UDK: 347.44:336.781

Rad primljen: 30.06.2015.

Rad prihvaćen: 03.12.2015.

ZAŠTITA KORISNIKA KREDITA OD JEDNOSTRANE IZMENE VISINE UGOVORENE KAMATE

Apstrakt: U kreditnoj praksi poslovnih banaka u Republici Srbiji, do donošenja Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga 2011. godine, bilo je uobičajeno ugovaranje kamatne stope na način da jedan deo ugovorene kamatne stope zavisi od tzv. referentne kamatne stope davaoca kredita (ili kamatne stope koja se određuje „u skladu s poslovnom politikom banke“), koja je zavisila od različitih parametara, nekad subjektivnih a nekad objektivnih. Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga detaljno je uredio pitanje dozvoljnosti ugovaranja varijabilnih kamatnih stopa u ugovorima na koje se primenjuje, ali njegovo dejstvo se ne proteže na period pre njegovog stupanja na snagu, tako da je ostalo otvoreno pitanje punovažnosti ugovaranja varijabilnih kamatnih stopa u ranijem periodu. U radu se analizira dozvoljenost klauzula o izmenama kamatne stope u periodu pre donošenja Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga, kao i režim koji je uspostavljen ovim zakonom. Kao dodatni predmet analize, u slučaju kad se izvede zaključak da je ugovorna odredba o izmenama kamatne stope bila ništava, analizirana je sudbina isplata izvršenih u skladu s nepunovažno ugovorenom kamatnom stopom.

Ključne reči: kamata, varijabilna kamatna stopa, zaštita korisnika finansijskih usluga.

* hiber@ius.bg.ac.rs

** mdz@ius.bg.ac.rs

1. Način ugovaranja kamate u našoj bankarskoj praksi

Praksa banaka prilikom ugovaranja kredita kod nas, u poslednjih nekoliko godina, bila je predmet pažnje opšte, ali i pravničke javnosti. Još uvek traju polemike oko kredita indeksiranih vrednošću švajcarskog franka. Ako se po strani stave socijalni i ekonomski činioci i posledice, laki odgovori na teška pitanja koji se kao pravnički nude u štampi pre zbunjuju nego što doprinose rešenju problema.

Jedno od pitanja koje je izazvalo pažnju javnosti i koje još uvek nije rešeno pravosnažnim odlukama tako da bi bilo moguće govoriti o jedinstvenoj sudskoj praksi je pitanje promenljive kamatne stope. Izvestan red, mera pravne sigurnosti, odnosno izvesnosti za obe stranke u ovu oblast unet je donošenjem Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga.¹Ovaj zakon je (dodatno) uredio parametre za utvrđivanje visine promenljive kamatne stope², utvrđujući uslov koji mora da ispunjava promenljiv element da bi bio saglasan zakonu. Prelaznom odredbom nastojano je pri tome i da se zakonom posebno uredi sudbina odredbi o promenljivoj kamatnoj stopi iz ugovora koji su zaključeni pre njegovog stupanja na snagu. Sporne pravne situacije nastale su, međutim, i u primeni tih tranzicionih normi. Za njihovo pravno razumevanje i razrešenje treba imati u vidu rešenja više zakona i drugih pravnih propisa,³ali i opšte pravne principe ugovornog prava.

1 Vid. Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga, Slu žbeni glasnik RS br. 36/2011 i 139/2014.

2 Vid. čl. 8 i 26 Zakona. Vid. za stav da zakon nije doneo ništa posebno novo već da se radi o kodifikovanju dotadašnje (dobre) poslovne prakse banaka Mira Erić Jović, viceg uverner Narodne banke Srbije, povodom jedne prvostepene pres ude kojom je odredba da banka može promeniti maržu na osnovu svoje jednostrane izjave, tj. "poslovne politike" oglašena ništavom ht [tp://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).

3 Vid. pored Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga, naročito: Zakon o obligacionim odnosima, Slu žbeni list SFRJ 29/1978, poslednje izmene u 31/1993 (dalje: ZOO), Zakon o zaštiti potrošača, Slu žbeni glasnik RS br. 62/2014, ali i za period koji prethodi ovom zakonu Zakon o zaštiti potrošača, Slu žbeni glasnik RS br. 73/2010; Odluke o jedinstvenom načinu obračuna i objavljivanja efektivne kamatne stope na depozite i kredite, Slu žbeni glasnik RS br. 57/2006 (dalje: Odluka iz 2006), kao i odluke koje su je docnije zamenile, Odluka o načinu i postupku sprovođenja opštih uslova poslovanja koje banka primenjuje u odnosu s klijentima fizičkim licima, Slu žbeni glasnik RS br. 74/2009 (dalje: Odluka iz 2009) i Odluke o uslovima i načinu obračuna efektivne kamatne stope i izgledu i sadržini obrazaca koji se uručuju korisniku, Slu žbeni glasnik RS br. 65/2011 (dalje: Odluka iz 2011). Vid. i odgovore NBS na pitanja banaka u vezi sa primenom Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga, objavljene na internet stranici NBS, www.nbs.rs.

Uopšteno govoreći, u praksi banaka su se za dugoročne kredite uobičajile tri vrste ugovora prema načinu ugovaranja kamate. To su, *prvo*, ugovori s fiksnom kamatnom stopom, koji su relativno povoljni za primaoca kredita jer su iznosi anuiteta unapred poznati za ceo period kredita, ali su i potencijalno nepovoljni za banku koja snosi rizik promena na finansijskom tržištu u budućnosti, zbog čega je fiksna kamatna stopa po pravilu viša nego po ekonomskom efektu varijabilna, jer u sebe uključuje i buduće rizike (izuzetno, kao što je to trenutno slučaj, ranije ugovorena fiksna kamata može biti nepovoljna za primaoca kredita, kada nakon zaključenja ugovora sa fiksnom kamatom, kamatne stope padnu). *Drugo* su ugovori s mešovitom kamatnom stopom, koja se sastoji iz fiksnog elementa, tzv. marže (margine), i varijabilnog elementa, koji je obično vezan za neku od referentnih međubankarskih kamatnih stopa za valutu kredita (LIBOR, EURIBOR). *Treću* vrstu čine ugovori s varijabilnom (promenljivom) kamatnom stopom, koja je obično vezana za neke objektivno proverive kriterijume za koje je važno da banka na njih ne može samostalno da utiče (kriterijum je sadržan u direktivi EU o prodaji na daljinu, koja je ugrađena u "potrošačku direktivu"⁴ i otud je ušla i u srpski Zakon o zaštiti potrošača.⁵

U kreditnoj praksi poslovnih banaka u Republici Srbiji, do donošenja Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga 2011. godine, bilo je uobičajeno ugovaranje *promenljive* kamatne stope na način da jedan deo ugovorene kamatne stope zavisi od tzv. referentne kamatne stope davaoca kredita (ili kamatne stope koja se određuje „u skladu s poslovnom politikom banke“), koja je zavisila od različitih parametara, nekad subjektivnih a nekad objektivnih. Pri tome vrlo često je ugovarana varijabilna kamatna stopa tako da je predviđano da njena visina bude u skladu s "poslovnom politikom banke", odnosno banke su ugovorom predviđale pravo da promene visinu kamatne stope sopstvenom jednostranom izjavom, bez pozivanja na bilo kakve objektivne kriterijume. Neke banke su ugovarajući promenljivu kamatu ipak predviđale kriterijume, odnosno parametre za njeno utvrđivanje. Kao primer, koji je više model od kog se nije mnogo odstupalo u praksi različitih banaka,

4 Vid. *The Directive on distance selling* koja je prestala da važi usvajanjem *The Directive on Consumer Rights* (2011/83/EC), koja je preuzela njena pravila.

5 Princip je bio prihvaćen u čl. 39, st. 2, t. 1 ranijeg Zakona o zaštiti potrošača (Slu žbeni glasnik RS br. 73/2009), sadržan je u čl. 37, st. 2, t. 1 važećeg Zakona. Princip je postavljen kao promena ugovornih odredbi koje ne daju potrošaču pravo na raskid ugovora (kada se radi o finansijskim uslugama čija cena zavisi od promena na finansijskom tržištu koje trgovac ne može da kontroliše).

može da posluži sledeća odredba tipskog ugovora jedne poslovne banke (nazvaćemo je P banka) o stambenom kreditu:

„Osnovna kamatna stopa Banke iz tačke 3 člana 1 je referentna kamatna stopa P banke a.d. Beograd koja se formira na osnovu troškova izvora finansiranja koje snosi Banka i tržišnih uslova poslovanja, a koja se utvrđuje Odlukom Banke i obavljuje na sajtu Banke“.

Pred sudove, ali i one koji su bili zaduženi za pravno oblikovanje kamatne politike, posle usvajanja Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga otvorilo se nekoliko pitanja, na koja ćemo pokušati da odgovorimo u ovom tekstu.

1) Da li ugovaranje promenljive kamatne stope s pozivanjem na promenu troškova finansiranja i tržišnih uslova poslovanja predstavlja ništave ugovorne klauzule u smislu ZOO (tj. u periodu pre stupanja na snagu Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga)?

2) Hipotetički posmatrano, ukoliko bi napred opisane odredbe ugovora o stambenom kreditu od strane suda bile ocenjene kao neprimenljive iz bilo kog razloga, koje bi bile posledice neprimenljivosti? Ako ugovorom predviđeni parametri (kako su u primeni protumačeni) ne ispunjavaju uslove za punovažnost, kako ostvariti volju ugovornih strana koja je nesporno bila da se ugovori promenljiva kamatna stopa koja će biti prilagođavana tržišnim uslovima? Koja je sudbina ranije naplaćene kamate, da li je moguće iznose naplaćene od strane banke po osnovu povećanja kamatne stope do kog je u međuvremenu došlo, odbraniti argumentima da je u međuvremenu došlo do povećanja troškova poslovanja, rasta cena sredstava na međubankarskom tržištu, značajnog rasta indeksa potrošačkih cena (to su eksplicitno dozvoljeni kriterijumi po članu 8 Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga), nezavisno od formulacije iz ugovora, ukoliko bi postojanje takvih činjenica potvrdilo veštačenje od strane veštaka finansijske struke? Dakle, da li se nesporno ugovorena mogućnost povećanja kamate može opravdati drugim tržišnim parametrima, osim ugovorenih, jer po našem mišljenju tako nešto odgovara nameri i volji ugovornih strana prilikom zaključenja ugovora, ili će ugovor o kreditu važiti kao delimično ništav, bez odredbe o (promenljivoj) kamati, ili će sankcija ništavosti pogoditi ugovor u celini?

2. Punovažnost odredbe o promenljivoj kamati po opštim pravilama ugovornog prava i posebnim podzakonskim propisima Narodne banke

Ugovaranje promenljive kamatne stope načelno je dozvoljeno u našem pravu. Istina, Zakon o obligacionim odnosima, koji u Glavi 35 uređuje na opšti način ugovor o kreditu, nije se izričito izjasnio o mogućnosti da kamata bude varijabilna, ali svakako to nije zabranio.

Kamata, dakle i visina kamatne stope, objektivno je bitan element ugovora o kreditu, u skladu s članom 1065 ZOO.⁶ Ugovor je zaključen kada su se stranke saglasile o bitnim elementima tog ugovora (članovi 26 i 32 ZOO). Kamata je deo predmeta ovog ugovora, a predmet mora biti dopušten, moguć i odrediv (član 46 ZOO); ugovoriti promenljivu kamatu *može biti* primer za odrediv predmet. Pri tome, Zakon o obligacionim odnosima, koji se kao opšti propis ima primeniti na obaveze dospele pre donošenja specijalnog (Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga) u članu 50, st. 1 predviđa da je predmet odrediv ako ugovor sadrži podatke na osnovu kojih se može odrediti (objektivan kriterijum odredivosti) ili ako su strane ostavile trećem da ga odredi (subjektivna odredivost). To, prema preovlađujućem shvatanju u našoj doktrini i praksi znači da nije dozvoljeno da stranke prepuste jednoj od njih da predmet odredi.⁷Ovo, dakle, nije samo izričita odredba Zakona o zaštiti korisnika

6 Kamata je bitan element ugovora o zajmu ukoliko se radi o teretnom zajmu, zajmu sa kamatom, samim tim i ugovora o kreditu. Vid. tako Slobodan Perović, *Obligaciono pravo*, 7. izd., Beograd 1990, 636. Zvuči tau tološki, ali ako su stranke opredelile da zaključe ugovor o zajmu sa kamatom ili ugovor o kreditu, "visina kamate ulazi u red onih pitanja o kojima stranke moraju postići saglasnost". Švajcarsko pravo sadrži, među tim, dopunsko-dispozitivnu normu kada je o visini kamate reč: to je kamata uobičajena za zajmove iste vrste u vreme i u mestu u kome je primljen zajam. Vid. čl. 314 Švajcarskog zakonika o obligacijama. Vid. i Pierre Tercier, Pascal G. Favre, *Les contrats spéciaux*, 4. éd., Genève-Zurich-Bâle 2009, 442-444. Ugovor će dakle biti punovažno sklopljen i ako se stranke izričito ne sporazumeju o visini kamate. Po ZOO, ako stranke ugovore kamatu a ne odrede njenu visnu, primeniće se stope koje zavise od toga da li su stranke fizička lica (kada treba primeniti imaginarnu kamatu koja se na štedne uloge po viđenju plaća u mestu ispunjenja) ili pravna lica (tad se primenjuje bankarska kamata na rok od godinu dana). Vid. čl. 399, st. 3 ZOO. Upor. *Prednacrta Građanskog zakonika Republike Srbije*, druga knjiga, *Obligacioni odnosi*, Beograd, 2009, u kome je kao alternativa predviđeno da tada važi stopa zakonske zatezne kamate (član 445).

7 Deta ljnije o s tavovima u kontinenta lnoevropskim zemljama u pogled u ove mogućnosti, kao i o stavovima domaće obligacionopravne doktrine koja i u ovom pitanju prevashodno sledi francuski uzor, M. Živković, *Obim saglasnosti neophodan za zaključenje ugovora*, Beograd 2006, 43, 56-57, 177, 183-184. U doktrini zasnovanoj

finansijskih usluga,⁸ koja se na obaveze pre njegovog stupanja na snagu ne primenjuje, već proizlazi iz Zakona o obligacionim odnosima, važećeg u momentu zaključenja ugovora.

Posledica neodredivosti nekog od elemenata predmeta ugovora, s čim se izjednačava odredba kojom je diskreciji jedne strane prepušteno određenje tog elementa, jeste izričito ništavost (član 47 ZOO).

U principu, takva su bila i rešenja podzakonske regulative kod nas, pre donošenja zakona. Tako, tačka 8 Odluke iz 2006. godine kaže: "Ako se efektivna kamatna stopa promeni zbog promene elemenata na osnovu kojih se obračunava, banka o toj promeni, i pre početka primene promenjene efektivne kamatne stope, pismeno obaveštava klijenta." Iz ove odredbe nesumnjivo proizlazi da je ugovaranje varijabilne kamatne stope dozvoljeno, doduše uz pozivanje na izmenu elemenata na osnovu kojih se ona obračunava, a ne na osnovu jednostrane izjave banke, uz propisivanje obaveze prethodnog pismenog obaveštavanja klijenta, kako bi mu se pružila prilika da se o promeni izjasni i eventualno prigovori banci ili Narodnoj banci Srbije. Tačka 5 Odluke iz 2009. godine u stavu 8 kaže da opšti uslovi poslovanja banke moraju da sadrže, između ostalog, "bliže određenje kriterijuma za promenu ugovorene promenljive kamatne stope, i to: – kad se promena odnosi na ukupnu nominalnu kamatnu stopu – banka je dužna da bliže odredi njene elemente, periode u kojima će je menjati, način izmene i razloge za izmenu; – kad je promena nominalne kamatne stope uslovljena promenom referentne kamatne stope – banka je dužna da bliže odredi a) vrstu referentne kamatne stope i njenu visinu u vreme utvrđivanja opštih uslova poslovanja, kao i periode u kojima će je menjati, i b) iznos marže koju dodaje referentnoj kamatnoj stopi ili oduzima od nje". Naposljetku, član 5 Odluke iz 2011. godine, koja je i danas na snazi, predviđa da "Kod kredita/depozita/lizinga kod kojih su elementi na osnovu kojih se obračunava efektivna kamatna stopa ugovoreni kao promenljivi – za potrebe obračuna ove stope uzima se

na ZOO, jedino stav ljubljanskog profesora Cigoja išao je u pravcu dopuštenosti odredbe koja određivanje predmeta prepušta jednoj od ugovornih strana – v. S. Cigoj u B. Blagojević, V. Krulj (redaktori), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, knjiga prva, Savremena administracija, Beograd 1980, 159 (drugo izdanje Beograd 1983, 177). Upor. drugačije čl. 315 nemačkog Građanskog zakonika (BGB), po kome ako je određenje predmeta povereno jednoj strani, ona to mora učiniti poštujući pravičnost. Ako druga strana ospori pravičnost, određenje je prepušteno sudu. Upor i čl. 1129, st. 2 francuskog Građanskog zakonika (CC). Vidi za promene u francuskoj praksi koje idu za restriktivnim tumačenjem odredivosti Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Philippe Stoffel-Munck, *Droit civil, Les Obligations*, 4. éd., Paris 2009, 303.

8 Vid. čl. 26, st. 2 Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga.

vrednost tih elemenata na dan ovog obračuna“, što takođe nedvosmisleno govori u prilog dozvoljenosti ugovaranja promenljive kamatne stope kada se promena vezuje za neki objektivno proveriv element. Vidljivo je da je na ovu regulativu uticao kriterijum iz Direktive EU o prodaji na daljinu, docnije ugrađen u “potrošačku direktivu“ koji je odatle ušao i u srpski Zakon o zaštiti potrošača (član 39).

Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga, dodatno uređujući ovu materiju, članovima 8 i 26 precizira parametre za utvrđivanje visine promenljive kamatne stope, utvrđujući uslov koji mora da ispunjava promenljiv element da bi se zadovoljio kriterijum odredivosti (zvanično objavljivanje promenljivog elementa), i dajući dva primera, koje navodi *exempli causa* (referentna kamatna stopa, indeks potrošačkih cena). Pored toga, zahteva se da elementi od kojih zavisi promena kamatne stope budu takvi da na njih ne može da utiče jednostrana izjava volje neke od ugovornih strana, te da nije dozvoljeno upućivanje na poslovnu politiku kad su posredi elementi određivanja kamatne stope koji su po zakonu obavezni.

Po našem mišljenju, ne radi se samo o kodifikaciji već postojećeg dobrog poslovnog običaja, nego i o njegovom dodatnom preciziranju, što je razumljivo: pisano pravo je po prirodi preciznije od običaja, koji su više načelni i fluidniji su. Takođe, smatramo da se ovde ne radi o imperativnoj odredbi u užem smislu, tj. o odredbi koja se može primeniti neposredno i retroaktivno. Upravo zbog toga je ovaj zakon u završnim odredbama (član 54) posebno uredio sudbinu odredbi o promenljivoj kamatnoj stopi iz ugovora koji su zaključeni ranije, predvidevši, **prvo**, da će se članovi 8 i 26 tog zakona primeniti na one obaveze (rate) koje dospevaju nakon stupanja zakona na snagu (5. decembra 2011), te, **drugo**, da se svi ranije zaključeni ugovori moraju do dana stupanja na snagu tog zakona uskladiti s članovima 8 i 26, i to tako da visina promenljive a neodredive kamatne stope, odnosno promenljivog dela kamatne stope, ne može biti veća od one koja je postojala u trenutku zaključenja ugovora (inicijalna kamatna stopa). Ovim se, na dozvoljen način, prelaznom odredbom, donekle odstupa od zabrane retroaktivnosti, tako što je u prelaznim i završnim odredbama napravljena razlika između *odredivog* i *neodredivog* promenljivog elementa, pa se za slučaj neodredivih promenljivih elemenata nalaže izmena ugovora, tako što će se usaglasiti sa članovima 8 i 26, a ujedno i utvrđuje maksimalna visina kamatne stope (odnosno njenog neodredivog promenljivog dela) na onu koja je postojala u momentu zaključenja ugovora.

Zakonodavac ne kaže izričito da li će se tako izmenjen ugovor primenjivati *ex tunc* ili samo za ubuduće. Prvo rešenje ostavilo bi eventualna plaćanja kamate preko predviđene maksimalne stope bez osnova, i nastala bi obaveza na povraćaj. Drugo bi značilo samo primenu na buduće rate. Prvo rešenje oslanja se na stav da je ugovorna odredba po kojoj kamatna stopa neodrediva zapravo ništava. Izmenom ugovora se na osnovu deklaracije o ništavosti ovaj element ugovora supstituiše stopom koja je važila u momentu zaključenja. Sve kamate plaćene po ništavoj (neodredivoj) stopi primljene su bez osnova i imaju se vratiti. Smatramo da ovaj stav ima jače uporište u važećem pravu.

S druge strane, i na osnovu ove prelazne odredbe Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga proizlazi da klauzula u ugovoru zaključenom pre stupanja na snagu zakona, kojom je predviđena promenljiva kamatna stopa na način koji se ne podudara u potpunosti sa uslovima predviđenim ovim zakonom (članovi 8 i 26) nije *samo zbog toga* ništava. Njena punovažnost, odnosno dejstvo mora se proveriti primenom opštih pravila obligacionog prava, istovremeno i kriterijumom iz člana 54 ovog zakona, tj. potrebno je staviti pod lupu njenu odredivost. A ta provera treba da odgovori na pitanje da li je ništav ugovor u celini ili samo odredba o kamati, u potonjem slučaju i na pitanje čime će ništava odredba o kamati biti zamenjena.

Sa ovim pitanjem susrela se sudska praksa. Imajući u vidu da je problem eskalirao nastupanjem svetske ekonomske krize pre nekoliko godina, a da kriza u suštini i dalje traje, ne samo kod nas, ne čudi činjenica da domaći sudovi još uvek nisu zauzeli konačan stav u vezi s postavljenim pitanjem.

Indikativna je jedna nepravosnažna prvostepena sudska odluka kojom je banka, nazovimo je banka K., obavezana da vrati iznose uvećanja kamata uz obrazloženje da je odredba kojom je predviđena promena kamatne stope bila neodređena i otud nepunovažna, te da je njenim postupanjem povređen niz opštih načela obligacionog prava, poput savesnosti i poštenja, ravnopravnosti stranaka u obligacionom odnosu i dobrih poslovnih običaja.⁹

Ovaj slučaj, naime, pokazuje da odgovor na postavljeno pitanje u velikoj meri zavisi od detalja u pogledu formulacija ugovora kojima je predviđena varijabilna kamata.

9 O slučaju videti relativno opširan medijski izveštaj na internet stranici http://www.b92.net/biz/vesti/srbija.php?yyyy=2012&mm=03&dd=26&nav_id=594450.

U slučaju protiv banke K. radilo se o mešovitoj kamatnoj stopi, koja se sastojala od šestomesečnog LIBOR-a za švajcarski franak i fiksne marže, a ne o celokupnoj promenljivoj kamatnoj stopi kao u slučaju formulacije koju je upotrebila banka pomenuta na početku teksta. Banka K. je jednostrano, pozivom na izmenjene tržišne okolnosti i poslovnu politiku banke, promenila fiksni deo određenja kamatne stope, odnosno maržu, koju je podigla za više od tri puta; takvo ponašanje sud je okarakterisao kao nedozvoljeno, obavezavši banku da klijentu vrati razliku u naplaćenju kamati između uvećane kamate i one koja bi bila plaćena bez tog uvećanja. Treba imati u vidu da sam tekst ugovora u tom slučaju nije izričito predviđao nikakve kriterijume za promenu marže, pa se radilo o izmeni na osnovu jednostrane odluke banke. Takođe, klijenti koji su tužili banku K. prigovorili su na ovo povećanje kako toj banci tako i, u narednoj instanci, Narodnoj banci Srbije, pa se ne može reći da su ispunjenjem obaveze prihvatili povećanje, što bi se eventualno moglo reći za one klijente koji su povećanu kamatu platili bez prigovora.

Bez namere da se prerano uopštava, čini se da je sud na stanovištu da sankcija ništavosti pogađa samo nezakonitu ugovornu klauzulu o visini, odnosno određivanju kamatne stope, a da ugovor u celini opstaje.¹⁰

Pravi stav sudske prakse biće poznat kod se ustalili praksa najviših sudova.¹¹ U odnosu na tu praksu treba voditi računa i o različitom

¹⁰ Interesantno je ovakav stav dovesti u vezu sa pravilima o delimičnoj ništavosti. Prvo je pitanje da li ugovor može opstati bez ništave odredbe (čl. 105, st. 1 ZOO). Odgovor bi zavisio od stava o identitetu ugovora. Ako je ugovor o kreditu ili ugovor o zajmu sa kamatom posebna vrsta ugovora, onda bez odredbe o kamatnoj stopi ne bi mogao opstati, izuzev ako ne dođe do zamene nevažeće odredbe drugom, kao što je to opisano u fusnoti 6. Može se postaviti pitanje i da li je odredba o promenljivoj kamatnoj stopi za banku-ugovornika odlučujuća pobuda (čl. 105, st. 1 ZOO *in fine*), kada bi ugovor bio ništav u celini, ili bi pak bio primenjen čl. 105, st. 2 ZOO i ugovor bio „oslobođen“ nezakonite klauzule. Čini se da dva parametra treba istovremeno vrednovati: bilo bi neopravdano banci koja je ovako ugovorila nametnuti kredit bez kamate, ili pak dužniku, poništenjem ugovora, nametnu ti obavezu na restituciju koju ne može da ispuni, što će aktivirati stvarna ili lična obezbeđenja koja su data za obezbeđenje potraživanja iz kredita. Vid. Dragor Hiber, Miloš Živković, *Obezbeđenje i učvršćenje potraživanja*, Beograd, 2015, str. 91 – 92 (za založno pravo), str. 356–357 (za jemstvo).

¹¹ Vid. za praksu Vrhovnog suda Hrvatske <http://www.index.hr/vijesti/clanak/vrhovni-sud-odlucio-kamate-na-kredite-u-svicarcima-su-nezakonite/819777.aspx>, a za praksu u mađarskog Vrhovnog suda <http://www.lb.hu/hu/print/joghat/22014-szamu-pje-hatarozat>, uz komentar na <http://udrugafrenak.hr/priopcenje-udruge-franak-u-vezi-s-aktualnim-dogadanjima-u-madarskoj-vezanima-za-kredite-s-valutnom-klauzulom/>.

ugovaranju promenljive kamate u bankarskoj praksi. Korektivna odredba člana 54 Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga, maksimiziranje na visinu kamatne stope u trenutku zaključenja ugovora, može biti primenjena kada je to nužno, ali nije apriorno rešenje za svako ugovaranje promenljive kamate.

3. Pravni režim ugovorene i naplaćenje promenljive kamate (umesto zaključka)

Hipoteza je, dakle, da je i pre nego što je na snagu stupio Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga ugovaranje promenljive kamatne stope bilo dozvoljeno ako je kamata bila *odrediva* u smislu ZOO, i da se prema prelaznim odredbama Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga takva *odrediva* kamata ima primeniti kako je ugovorena pod uslovom da nije prepušena volji samo jednog ugovornika. Ako test, odnosno provera ugovorenih i primenjenih kriterijuma za utvrđivanje visine promenljive kamatne stope da pozitivan rezultat, ako kriterijum(i) nije(nisu) suprotni ovim imperativnim odredbama, odredba o promenljivoj kamatnoj stopi je dozvoljena, potraživanja na osnovu nje nastala pre stupanja na snagu zakona su punovažno nastala i naplaćena i ne može biti govora o obavezi povraćaja. U suprotnom, odredba je ništava, i banka duguje povraćaj ranije naplaćenje kamate.

Primer za kriterijume predviđene za utvrđivanje promenljive kamatne stope, često sadržane u formularnim ugovorima, su oni citirani na početku, kao formulacija banke P: (a) troškovi izvora finansiranja koje plaća banka, i (b) tržišni uslovi poslovanja. Ovi kriterijumi su, u konkretnom primeru, primenjivani tako što je na osnovu njih utvrđivana osnovna (referentna) kamatna stopa, odlukom banke i objavljivana na sajtu banke. Dodatni kriterijum bila je odredba kojom je banka zadržala pravo izmene ugovorene kamatne stope u zavisnosti od promene osnovne kamatne stope i poslovne politike banke.

Ovaj potonji kriterijum je na granici dozvoljenosti. Formulu je nužno proveriti praksom i utvrđivati da li se, u odnosu na konkretne kreditne partije, zaista radilo o izmeni osnovne kamatne stope, na osnovu objektivnih kriterijuma, a ne o korišćenju "zadržanog prava" na jednostranu izmenu kamatne stope.

Osnovni kriterijumi ovde predviđeni, troškovi izvora finansiranja koje plaća banka i tržišni uslovi poslovanja, po našem mišljenju mogu biti kvalifikovani kao kriterijumi odredivosti koji ne zavise

od volje jednog ugovornika, u *formalnom pogledu*. Činjenica da je banka utvrđivala i objavljivala osnovnu kamatnu stopu, izračunatu na osnovu ovih kriterijuma, ne znači da su oni zavisni od njene volje. Utvrđivanje je samo operacija primene pokazatelja iz kojih se ti kriterijumi sastoje, obračunavanje, dakle, ima deklarativnu prirodu konstatacije spoljnih okolnosti, a ne konstitutivnu. Prirodno je da je ta operacija, kao složena i stručna, poverena banci. Objavljivanje je nužno za primenu ugovora.

Zamisljivo je međutim da banka zloupotrebi ovlašćenje i dužnost da utvrdi tržišna kretanja koja su suština varijable promenljivosti, ali dužnik je po prirodi stvari takav obračun, odnosno utvrđenu kamatnu stopu mogao da ospori. To bi značilo da banka svoju ugovornu obavezu pretvaranja odredive u određenu stopu nije valjano ispunila. *Ne bi se radilo, dakle, o nevažnosti nego o nepoštovanju kriterijuma odredivosti*. Naravno, sve ovo ako objektivna odredivost postoji (pošto određivanje visine kamatne stope u konkretnom slučaju nije bilo povereno trećem, subjektivna odredivost je van analize).

Troškovi izvora finansiranja, kao parametar od kog po ugovoru zavisi visina (promenljive) osnovne kamatne stope, određeni su tržištem finansijskih sredstava, pa banka može pokazati njihovo kretanje. Mera uticaja banke na ovu varijablu koja bi bila relevantna za analizirano pitanje bila bi moguća samo u slučaju monopolisanog tržišta kapitala (što nije slučaj). Dakle, i ovaj parametar zadovoljava i kriterijum odredivosti i ne zavisi od volje banke.

Troškovi izvora finansiranja koje plaća banka su, takođe, deo tržišnih uslova poslovanja banke. Ako je moguć kriterijum deo, pretpostavka je da je moguća i celina. Načelno, smatramo da je moguće kao parametar za promene kamate odrediti tržišne uslove poslovanja, a da to zadovoljava uslove iz člana 50, st. 1 Zakona o obligacionim odnosima. Ovako stipulisan mehanizam (kriterijum) usaglašavanja nije jednostavan, ali se i pored složenosti može smatrati slučajem objektivnog kriterijuma odredivosti ili da to može biti. Radi se o *standardu* koji je primenljiv u bankarskom poslovanju i obuhvata jedan broj pokazatelja kojima se mere tržišna kretanja. Umesto da pobroji takve parametre, banka se (u skladu sa tadašnjom praksom) opredelila da ih sintetički iskaže. Pretpostavka je da banka može da pokaže kriterijume kojima je primenjivala ovaj standard, od rasta cena na malo, preko stepena naplativosti plasmana, rizika države, do kretanja ponude i tražnje bankarskog proizvoda, na primer – nije nam poznato na koje kriterijume su se banke u poslovnoj praksi oslanjale.

Na eventualni prigovor da klijenti nisu unapred znali kako će se kretati ova dva parametra, može se reći da to i nije pretpostavka za njihovu dozvoljenost, odnosno kvalifikaciju odredivosti. Da su oni precizno unapred (kvantitativno) iskazani, makar u jednačini, a ne rezultatu te jednačine, ne bi se radilo o odredivom nego određenom kriterijumu.

Bitno je, dakle, da se u tumačenju, odnosno primeni ovog pravnog standarda, banka držala objektivnih kriterijuma kojima se mere uslovi poslovanja, i da je rezultantu objavljivala u skladu sa ugovorom. Nezadovoljni klijenti koji smatraju da standard nije pravilno primenjen mogli su da ospore njegovu primenu, a ne postojanje. Oспорavanja, koliko nam je poznato, nije bilo, radi se o izvršenim obavezama u odnosu na koje se pojavljuje pravno pitanje, ili pravna pretenzija, da naknadnim osporavanjem samog kriterijuma, u suštini retroaktivnom primenom Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga, i to tehničkog rešenja koje je on usvojio a ne suštine (kojom se promenljiva kamata dozvoljava) ospore. Ako je dakle sporno kako je banka utvrđivala kretanja tržišnih uslova, nije sporna odredivost nego njena primena.

Ako bi sud zauzeo suprotno stanovište i našao da je odredba o promenljivosti kamatne stope bez dejstva usled neodređenosti, smatramo da bi se morala primeniti odredba člana 54 Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga za slučaj *neodredivih* kriterijuma za izmenu kamatne stope, i to tako što bi se primenila kamatna stopa postojeća u trenutku zaključenja ugovora kao maksimalna. Držimo da banka ne bi mogla da se poziva na izraženu nameru ugovornika da kamatnu stopu u čini promenljivom, jer je to mogla da učini na taj način što bi predvidela odrediv način za izmene kamatne stope (u tom pravcu govori i pravilo tumačenja *in dubio contra stipulatorem* iz člana 100 ZOO, a u ovom slučaju banka je sastavljač nacrta ugovora), te bi u tom slučaju pozivanje na tržišne parametre, makar i one koji su sada eksplicitno navedeni kao dozvoljeni, usled izričite odredbe člana 54 Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga bilo bez dejstva, jer se kao maksimalna mora primeniti stopa koja je važila u vreme zaključenja ugovora. Jedino pozivanje na prećutno saglašavanje sa izmenom kamatne stope, u slučajevima u kojima su klijenti nastavili da plaćaju uvećanu kamatu bez primedbi i prigovora, moglo bi da se upotrebi u odbranu iznosa naplaćenog po osnovu uvećanih kamata, mada odredbe člana 67 ZOO o zakonskoj formi otežavaju izvođenje ovakvog dokaza, pošto se o izmeni kamatne stope nije zaključivao pismeni aneks ugovora (usmene dopune moguće su u pogledu sporednih tačaka, što visina kamate kod kredita

nije, ili ako se radi o smanjenju ili olakšavanju obaveza jedne ili obe strane, kad forma postoji u njihovom interesu, što ovde opet nije slučaj).

U svakom slučaju, imajući u vidu opštu temu skupa za koji je ovaj tekst pisan, *Pravo u funkciji zaštite slabijeg*, treba na kraju konstatovati, prvo, da ugovori o kreditu predstavljaju odličan primer u kome je lako ustanoviti ko je slabija stranka; drugo, da je promenama i razvojem bankarskog sektora, razvojem tržišta bankarskih usluga, formirana kamatna politika koja je latentno stvarala uslove za nepravedne klauzule na štetu tog slabijeg; treće, da je država reagovala na ispravan način kada je promenljiva kamata u pitanju, uvodeći parametre koji su inače prihvaćeni i poznati i u uporednom pravu. Za zaštitu slabijeg često, pa i u ovom slučaju, može biti najznačajnije rešenje tranzicionog pitanja. U osnovi, i ovde je naša regulativa dobra. U njenoj primeni, u tumačenju propisa s jedne, i opštih uslova bankarskog poslovanja s druge strane, praksa mora nastojati da izbegne prelazak iz krajnosti u krajnost. Tako je kod nas kod hipoteke i načina namirenja poverioca, iz sistema strogog načela oficijalnosti i bezuslovne i preterane zaštite dužnika (koja je neminovno vodila poskupljenju i opadanju kredita) pravni okvir prešao u sistem vansudskog namirenja u kome je položaj dužnika sasvim upitan. Verovatno će tek rešenja koja dolaze ostvariti potrebnu ravnotežu. Slično, kod promenljivih kamata, ugovoranje kamata koje su *de facto*, kada je o promenljivoj stopi reč, bile u rukama banaka – poverilaca ne treba, naročito ne tumačenjem, pretvoriti u sistem koji će oslobađati dužnika od, u suštini, fer prihvaćenih uslova. Rešenje mora biti pažljivo odmereno i razumno.

Literatura

(2009) *Prednacrta Građanskog zakonika Republike Srbije*. Beograd: Vlada Republike Srbije, druga knjiga, Obligacioni odnosi

Živković M. (2006). *Obim saglasnosti neophodan za zaključenje ugovora*. Beograd: Službeni glasnik

Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga. *Službeni glasnik RS*. Br. 36 (2011) i 139 (2014)

Zakon o obligacionim odnosima. *Službeni list SFRJ*. Br. 29 (1978) Zakon o zaštiti potrošača. *Službeni glasnik RS*. Br. 62 (2014)

Hiber D. Živković M. (2015) *Obezbeđenje i učvršćenje potraživanja*. Beograd: Pravni fakultet Universiteta u Beogradu

Malaurie P., Aynès L., Stoffel-Munck P. (2009). *Droitcivil, LesObligations*. Paris: LGDJ, Lextenso editions

Perović S. (1980). *Obligaciono pravo*. Beograd: Privredna štampa 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

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.*

Dr Đorđe L. Nikolić,*
Vanredni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu
Dr Mihajlo Cvetković,* Asistent
Pravnog fakulteta, Univerzitet u
Nišu

originalni naučni članak

UDK: 347.44(497.11)

Rad primljen: 30.06.2015.
Rad prihvaćen: 03.12.2015.

POJAM PREDUGOVORA U PREDNACRTU GRAĐANSKOG ZAKONIKA REPUBLIKE SRBIJE**

Apstrakt: U radu se razmatra pojam predugovora koji se obično definiše kao ugovor koji obavezuje na zaključenje nekog drugog – glavnog ugovora. Ovako određen pojam predugovora je veoma širok, jer u svom minimalnom značenju obuhvata imenovanje ugovornika i upućivanje na vrstu budućeg glavnog ugovora. Nasuprot tome, veći broj građanskih zakonika, ali i pretežniji deo pravne teorije, pojam predugovora definiše uže, jer insistira na zahtevu da predugovor mora da sadrži kako bitne sastojke glavnog ugovora (*essentialia negotii*), tako i rok za njegovo zaključenje.

Posle sveobuhvatne analize šireg i užeg pojma predugovora, u radu se predlaže jedno srednje rešenje. Naime, s obzirom da glavni ugovor, kao predmet predugovora, treba da je određen ili bar odrediv, autor smatra da je glavni ugovor odrediv i određivanjem vrste (tipa) glavnog ugovora, kao i pojedinih (ne svih) njegovih bitnih elemenata koji su osobeni za taj ugovor. Takav predugovor obavezuje, a strana koja odbija da zaključi glavni ugovor izlaže se ugovornoj odgovornosti. Njime se ne ugrožavaju interesi ugovornika i pravna sigurnost, jer je glavni ugovor individualizovan njegovom odredivošću.

Ključne reči: Predugovor (*pacta praeparatoria*), glavni (konačni) ugovor, pregovori, realni ugovori, delimični sporazumi, predmet ugovora, bitni elementi ugovora.

* djonik@prafak.ni.ac.rs

* mihajloc@prafak.ni.ac.rs

** Ovaj rad je rezultat istraživanja na projektu: „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“, br. 179046, koji podržava Ministarstvo prosvete i nauke.

1. Uvodne napomene

Pojedine velike kodifikacije građanskog prava, kao što je to slučaj sa francuskom i nemačkom kodifikacijom, uopšte ne regulišu predugovor. Nasuprot njima, austrijski Opšti građanski zakonik (u daljem tekstu: austrijski OGZ) je jedan od prvih građanskih zakonika koji sadrži pravila o predugovoru.¹ Predugovor je posebno uređen i u švajcarskom i poljskom pravu.² Ranije ruske građanske kodifikacije, verovatno zbog toga što su bile pod uticajem nemačke građanske kodifikacije, nisu poznavale predugovor, ali je on dosta detaljno uređen u aktuelnom Građanskom zakoniku Ruske Federacije (u daljem tekstu: GZ Ruske Federacije).³

Interesantno je da srpski Građanski zakonik (u daljem tekstu: srpski GZ) nije sledio svoj izvornik, tako da ne sadrži pravila o predugovoru. Ali, predugovor je bio predviđen u Predosnovi Građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju (u daljem tekstu: Predosnova GZKJ).⁴ Pravila o predugovoru sadrži i Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima profesora Konstantinovića (u daljem tekstu: Skica prof. Konstantinovića).⁵ Iz Skice prof. Konstantinovića su, uz značajniju izmenu, pravila o predugovoru preuzeta i u jugoslovenski Zakon o obligacionim odnosima (u daljem tekstu ZOO).⁶

U oblasti predugovora oduvek se vodila diskusija u kojoj je bilo, a ima još i danas, mnogo nejasnoća, kolebanja i neslaganja. Ranije se postavljalo čak i pitanje da li je pojam predugovora uopšte moguć, jer je, po navodu prof. Orlića, postojalo mišljenje da je taj pojam izlišan i da smeta logici i čistoti pravničkog razmišljanja (Orlić, 1986: 144). Negativan stav o predugovoru imali su i pojedini naši i švajcarski istaknuti civili-

1 § 936. austrijskog OGZ, prevod: Dragoljub Arandelović, Austrijski građanski zakonik, drugo izdanje, IKP Geca Kon A.D., Beograd, 1921.

2 Čl. 22 švajcarskog Zakonika o obligacijama (u daljem tekstu: švajcarski ZO), prevod: Marija Toroman i Svetislav Arandelović, Savremena administracija, Beograd, 1976; Čl. 389-390 Građanskog zakonika NR Poljske od 1964. godine (u daljem tekstu: poljski GZ), prevod: Franjo Knih, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1966.

3 Čl. 429 Građanskog zakonika RF, Гражданский кодекс Российской Федерации, Чasti I, II i III, „TD Elit-2000“, Moskva, 2002.

4 § 923. Predosnove GZKJ, Predosnova Građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju, Državna štamparija Kraljevine Jugoslavije, Beograd, 1934.

5 Čl. 29. Skice prof. Konstantinovića, Mihailo Konstantinović, Obligacije i ugovori, Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima, (NIU „Službeni list SRJ“, Beograd, 1996).

6 Čl. 45 ZOO („Službeni list SFRJ“, br. 29, 39/85, 45/89, 59/89; „Službeni list SRJ“, br. 31/93).

sti (Gams, 1972: 244); (v.Thur, 1924: 235–236).⁷ Ipak, polazeći od principa autonomije volje, stariji srpski pravници nisu isključivali mogućnost postojanja predugovora, iako ovaj institut nije bio predviđen u SGZ (Blagojević, 1939: 106, 120, 202); (Arandelović, 1936: 66).⁸ Isti je slučaj i sa pojedinim istaknutim nemačkim pravnicima (Larenc, 1976: 77).⁹

U savremenom pravu pojam predugovora je opšte prihvaćen. Čak se i u pravnoj teoriji zemalja čije ga ranije građanske kodifikacije nisu poznavale, smatra da u tržišnim uslovima predugovor ima veoma široku primenu (Sadikov, 2001: 331). Ali, mnoga pitanja ostala su, ipak, još uvek otvorena. Sva ta pitanja su i u bivšem jugoslovenskom pravu došla do izražaja naročito prilikom donošenja ZOO, ali je, po svemu sudeći, jugoslovenski zakonodavac propustio priliku da u taj zakon unese rešenja koja su mogla predstavljati model i za uporedno pravo (Orlić, 1968: 146). Odstupajući od rešenja iz Skice prof. Konstantinovića, jugoslovenski zakonodavac je pokazao da nije imao potpuno jasan stav o nekim značajnim pitanjima povodom predugovora. Zbog toga i danas, više od trideset sedam godina od donošenja ZOO, mnoge dileme nisu iščezle. Naprotiv, ostala su sporna pitanja povodom pojma predugovora, a naročito pitanje njegovog dejstva. Ovu konstataciju potvrđuje i publikovani Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije (u daljem tekstu: Prednacrt), u kojem se odsustvo jasnog i čvrstog stava iskazuje alternativnim rešenjima, pri čemu su, po svemu sudeći, tradicionalna rešenja iz austrijskog OGZ opet dobila prevagu.

Sve to upućuje na zaključak da zaista postoji potreba da se, u toku priprema za izradu Prednacrt, još jednom preispita pojam predugovora.

2. O pojmu predugovora uopšte

Zaključenju ugovora, koje pretpostavlja ponudu i njen prihvata, može prethoditi i tzv. predugovorni stadijum (Radišić, 2008: 129). U njemu lica zainteresovana za zaključenje ugovora preduzimaju različite aktivnosti.

7 Prof. Gams u prilog takvom stavu navodi pojedine pravne sisteme (srpsko, francusko i nemačko pravo) koji predugovor uopšte i ne predviđaju, kao i nemogućnost da se strane nateraju da izjave volju koja je neophodna za konačno zaključenje ugovora. I u kasnijem izdanju njegovog udžbenika (Gams, Đurović, 1981: 225), koje je usledilo posle donošenja ZOO, stoji njegova opaska da se predugovorom, onako kako je uređen ZOO, udvostručuje zaključenje ugovora.

8 Arandelović ističe: „U našem građ. zakonik u ne govori se izrečno o ovim predugovorima, ali su oni i po našem građ. zak. (§ 531) mogućni“.

9 Larenc navodi da zakon ne sadrži odredbe o predugovorima, ali da je na osnovu slobode ugovaranja nesumnjivo da su takvi ugovori punovažni i da proizvode pravno dejstvo.

Neke od njih ne rađaju konkretnije obaveze i nazivaju se „traktatima“ ili „pregovorima“, dok druge poprimaju oblik saglasnosti volja koja tvori određena prava i obaveze. U te posebne i neopozive sporazume iz predugovornog stadijuma, koji su u opštem pandektnom pravu nazvani *pacta praeparatoria*, ubraja se i *pactum de contrahendo*, odnosno predugovor (Radišić, 2008: 129). Takve saglasnosti jedni autori podvode pod pojam ugovora, iako nisu krajnji cilj ugovornika (Radišić, 2008: 129). Drugi autori takve saglasnosti shvataju kao sporazume, jer stvaraju prava i obaveze opšte prirode, dok kao ugovore kvalifikuju samo one koje stvaraju konkretna prava i obaveze i kod kojih se stepen verovatnoće da će doći do zaključenja ugovora bliži izvesnosti (Georgijević, 2004: 586); (Orlić, 1993: 398).¹⁰ Predugovor se, prema ovim drugim autorima, kvalifikuje kao ugovor iz predugovornog stadijuma (Georgijević, 2004: 586). U stvari, ako se proces zaključenja ugovora posmatra u celini, počev od prvih pregovora pa do konačnog zaključenja ugovora, onda je predugovor negde na sredini (Perović, 1980: 235); (Ubavić, 2000: 14); (Kosovac, 2000: 63). On je u svakom slučaju korak više od pregovora (Perović, 1980: 235); (Loza, 2000: 117); (Kosovac, 2000: 63), jedna etapa u procesu zaključenja (Jelčić, 1988: 157), a veoma često i onaj poslednji korak (Tamaš, 2004: 226) do zaključenja glavnog ugovora. Pri tome, za razliku od pregovora i ostalih pripremnih sporazuma koji ne obavezuju,¹¹ bar ne u smislu ugovora (Perović, 1980: 235); (Loza, 2000: 117); (Kosovac, 2000: 63), dotle predugovor upravo stvara obavezu za jednu ili obe strane ugovornice da zaključe određeni ugovor.

Pojam predugovora je, u jednom opštijem smislu nesporan, jer se definiše kao ugovor ili sporazum koji obavezuje na zaključenje nekog drugog ugovora (Vuković, 1964: 318); (Larenc, 1976: 77); (Radišić, 2008: 129); (Loza, 2000: 117); (Salma, 2001: 308); (Sadikov, 2001: 331); (Orlić, 1986: 148); (Salma 1986: 25); (Subić, 1993: 14); (Plavšak, Juhart, Vrenčur, 2009: 293). Taj drugi ugovor naziva se glavnim (konačnim) ugovorom.¹² Predugovor obavezuje

10 Prof. Orlić, ukazujući na znatnu razliku između sporazuma i ugovora, navodi:

„Ugovor označava saglasnost volja dveju (ili više) strana u cilju postizanja određenih pravnih dejstava među kojima se najva žnije pravno dejstvo ogleda u nastanku u obligacionog odnosa. Nasuprot tome, sporazum označava svaku saglasnost volja iz koje ne moraju nastati precizno definisana obligacionopravna dejstva kao što je to slučaj kod ugovora“.

11 Prof. Orlić ne dovodi u pitanje pravna dejstva ostalih pripremnih sporazuma (sporazumi o pregovaranju i delimični sporazumi), s tim što precizira da oni mogu proizvoditi pravna dejstva „u onom obimu i sa onim domašajem koji im daje saglasnost izjavljenih volja (Orlić, 1993: 415).

12 Terminologija je veoma neujednačena. Najčešće se upotrebljava izraz predugovor (avantcontrat, Vorvertrag), ali se kaže i prethodni ugovor (предварительный договор),

obe strane ugovornice ili samo jednu od njih na zaključenje glavnog ugovora (Larenc, 1976: 77); (Perović, 1980: 235); (Radišić, 2008: 129); (Orlić, 1986: 148); (Vizner, 1978: 209); (Draškić, 1995: 107); (Sadikov, 2001: 331); (Georgijević, 2004: 590),¹³ a glavni ugovor se zaključuje između samih ugovornika, s tim što je moguće i da se jedna strana ugovornica predugovorom obaveže da, umesto sa drugom stranom, glavni ugovor zaključi sa trećim licem (Radišić, 2008: 129); (Orlić, 1986: 148); (Georgijević, 2004: 590). U svakom slučaju, predugovor uvek pretpostavlja postojanje dva ugovora. Oni se zaključuju jedan za drugim, pri čemu predugovor predstavlja samo prvi korak, pripremu za zaključenje glavnog ugovora kojim se, inače, ostvaruju krajnji ciljevi ugovornika. S obzirom na to da je njegov neposredni cilj zaključenje glavnog ugovora, predugovorom se zasniva samo privremeni pravni odnos (Vuković, 1964: 319); (Perović, 1980: 235); (Radišić, 2008: 129); (Orlić, 1986: 148); (Jelčić, 1988: 158); (Ubavić, 2000: 14). Taj odnos prestaje zaključenjem glavnog ugovora, što je, inače, ispunjenje predugovora. Zbog toga ova dva ugovora uopšte ne mogu da postoje i proizvode pravna dejstva u isto vreme (Perović, 1980: 235); (Radišić, 2008: 129); (Vizner, 1978: 209); (Orlić, 1986: 148); (Jelčić, 1988: 158); (Georgijević, 2004: 588).

Ovako određen pojam predugovora je veoma širok, jer obuhvata jedan minimum elemenata, koji u svom minimalnom značenju imenuje buduće ugovorne strane i upućuje na vrstu budućeg glavnog, odnosno konačnog ugovora između njih (Salma, 1986: 22). Oni bi se mogli označiti kao „zajednički elementi predugovora uopšte“ (Salma, 1986: 23). Smatra se da je ova šira koncepcija predugovora usvojena u švajcarskom ZO, koji propisuje: „Ugovorom se može preuzeti obaveza za zaključenje budućeg ugovora.“¹⁴

Nasuprot izloženom, veći broj građanskih zakonika, ali i pretežniji deo pravne teorije (Arandžević, 1936: 66, 67); (Perović, 1980: 234); (Đorđević, Stanković, 1980: 153); (Vizner, 1978: 207) pojam predugovora definiše znatno uže, jer insistira na zahtevu da predugovor mora da

contratpreliminaire) ili upravo preliminarni ugovor i preliminar, zatim pripremni ugovor, preparatorni ugovor, a vrlo retko obećanje prodaje (promesse de vendre). Drugi ugovor, čije zaključenje predstavlja ispunjenje predugovora naziva se ili glavni ugovor (contratprincipal), ili osnovni ugovor (osnovnoј dogovor) ili konačni ugovor (contratdefinitif).

13 Predugovor kojim se obavezuje samo jedna strana ugovornica naziva se jednostrano obaveznim, a onaj kojim se obavezuju obe strane ugovornice naziva se dvostrano obaveznim predugovorom. Kod prvog se samo jedan ugovornik obavezuje da zaključi konačan ugovor, dok drugi takvu obavezu nema, već ima samo pravo da zahteva od saugovornika da pristupi zaključenju glavnog ugovora. Kod drugog se obe strane uzajamno obavezuju.

14 Čl. 22, st. 1 švajcarskog ZO.

sadrži kako bitne sastojke glavnog ugovora, tako i rok za njegovo zaključenje. Tako koncipiran predugovor prvi put je bio „ozakonjen“ u austrijskom OGZ. U njemu se, između ostalog, propisuje da predugovor obavezuje samo ako su određeni „kako vreme zaključenja, tako i bitni delovi ugovora“.¹⁵ I poljski GZ sledio je rešenje iz austrijskog OGZ.¹⁶ Istu koncepciju usvaja i aktuelni GZ Ruske Federacije propisujući da se prethodnim ugovorom „strane obavezuju da u budućnosti zakluče ugovor o prenosu imovine, ispunjenju posla ili pružanju usluga (glavni ugovor) pod uslovima predviđenim prethodnim ugovorom“, s tim što „prethodni ugovor mora da sadrži odredbe koje omogućuju da se odredi predmet, a takođe i drugi bitni uslovi ugovora“.¹⁷

Pri određivanju pojma predugovora jugoslovenska pravna teorija je, najpre, sledila rešenja iz austrijskog OGZ. Ona su bila usvojena i u Predosnovi GZKJ,¹⁸ da bi, potom, u Skici prof. Konstantinovića bilo predloženo jedno kompromisno rešenje. Međutim, jugoslovenski zakonodavac nije u ZOO uneo celovito rešenje iz Skice prof. Konstantinovića, već se opredelio za njegovu izmenu, što je dovelo u pitanje ne samo precizan pojam predugovora, već i njegovo dejstvo. I alternativan predlog u Prednacrtu ne dotiče se pojma predugovora, već samo otvara nove dileme.

Izvesne nedoumice izaziva i karakter roka za zaključenje glavnog ugovora. Jedni autori smatraju da je taj rok bitan element predugovora, tako da predugovor punovažno nastaje samo ako su strane odredile i rok za njegovo zaključenje (Marković, 1997: 195); (Jakšić, 1962: 121); (Đorđević, Stanković, 1980: 153); (Vizner, 1978: 207); (Kosovac, 2000: 61), što pojedini zakonici i izričito propisuju.¹⁹ Drugi autori, oslanjajući se na odredbe ZOO, zaključuju da rok za zaključenje glavnog ugovora nije bitan element predugovora (Perović, 1980: 236); (Radišić, 2008: 130); (Draškić, 1995: 108); (Jelčić, 1988: 160); (Subić, 1993: 912); (Ubavić, 2000: 15), tako da predugovor punovažno nastaje i bez saglasnosti ugovornika o roku za zaključenje glavnog ugovora. U prilog takvom stavu ide, pre svega, okolnost da se dejstvo predugovora zakonskim propisima redovno vremenski ograničava,²⁰ što je sasvim logično, pošto se zaključenje glavnog ugo-

15 § 936 austrijskog OGZ.

16 Čl. 389 poljskog GZ.

17 Čl. 429, st. 1 i 3 GZ Ruske Federacije.

18 V. § 923 Predosnove GZKJ.

19 V. § 936. austrijskog OGZ, kao i čl. 389 poljskog GZ.

20 Izvršenje predugovora može se tražiti najdalje za godinu od dana kada je glavni ugovor trebalo da se zaključi (§ 936 austrijskog OGZ, kao i čl. 390, § 3 poljskog GZ),

vora ne može neograničeno odlagati (Perović, 1980: 237) (Jakšić, 1962: 121).²¹ Taj zakonom određeni rok, bilo da se kvalifikuje kao rok trajanja predugovora,²² ili kao prekluzivni rok (Jakšić, 1962: 121); (Loza, 2000: 118); (Draškić, 1995: 109); (Subić, 1993: 912); (Ubavić, 2000: 16), ili kao rok zastarelosti (Vizner, Kapor, Carić, 1971: 51),²³ teče od isteka roka predviđenog za zaključenje glavnog ugovora, a ako taj rok nije predviđen, predugovor opet punovažno nastaje, jer se propisuje da rok za zaključenje glavnog ugovora počinje da teče „od dana kad je prema prirodi posla i okolnostima ugovor trebalo da bude zaključen“.^{24,25}

3. Pojam predugovora u Skici prof. Konstantinovića

Po ugledu na pojam predugovora iz švajcarskog ZO, predugovor se u Skici prof. Konstantinovića definiše kao ugovor kojim se strane ugovornice, ili jedna od njih, obavezuju da docnije zakluče drugi, glavni ugovor,²⁶ što je širi pojam predugovora. Pored toga, čini se da je to i osnovni oblik

do isteka roka koji je predviđen za zaključenje prethodnog ugovora, a ako takav rok u prethodnom ugovoru nije određen, u roku od jedne godine od trenu tka zaključenja prethodnog ugovora (čl. 429, st. 4 GZ Ruske Federacije), odnosno u roku od šest meseci od isteka roka predviđenog za zaključenje glavnog ugovora, a ako taj rok nije predviđen, onda od dana kada je prema prirodi posla i okolnostima ugovor trebalo da bude zaključen (čl. 45, st. 5 ZOO).

21 Jakšić, u tom smislu, smatra da ograničenje dejstva predugovora na kratak rok „ima cilj da privremeni odnos stvoren predugovorom ne bi predugo trajao, a time i neizvesnost kontrahenata predugovora.“

22 Lazar Marković smatra da se predugovor „gasi, tj. gubi pravnu vrednost i obe stranke s u slobodne“, ako se u određenom roku u ne za hteva ni zaključenje glavnog ugovora ni naknada štete (Marković, 1997: 196).

23 Čl. 390, § 3. poljskog GZ.

24 Čl. 45, st. 5. ZOO.

25 To određivanje roka za zaključenje glavnog ugovora prema prirodi posla i ostalim okolnostima je ne samo složeno (Tamaš, 2004: 226), već i veoma neizvesno (Jelčić, 1988: 157), jer će na opredeljenje suda uticati veoma različite okolnosti, a naročito značaj i složenost glavnog ugovora, vrednost predmeta ugovora, promenljivost cene predmeta ugovora, njegova laka pokvarljivost (Draškić, 1995: 109); (Tamaš, 2004: 226--227), ali i razlozi zbog kojih je odloženo zaključenje glavnog ugovora (Tamaš, 2004: 227). Zbog toga se čini da je rešenje iz Skice prof. Konstantinovića (čl. 29, st. 3 predviđa da navedeni rok teče od zaključenja predugovora) mnogo jednostavnije i sigurnije. Takvu ocenu potvrđuju i redaktori GZ Ruske Federacije, jer su rešenje iz Skice prof. Konstantinovića uneli u svoju kodifikaciju (čl. 429, st. 4).

26 Čl. 29, st. 1 Skice prof. Konstantinovića: „Ugovorom se strane ugovornice, ili jedna od njih, mogu obavezati da docnije zakluče drugi, glavni ugovor (predugovor).“

predugovora od kojeg se, kao njegov poseban oblik, razlikuje uži pojam predugovora koji sadrži sve bitne sastojke glavnog ugovora.²⁷

U raspravama koje su prethodile donošenju ZOO, kao i u svim kasnijim raspravama, pojam predugovora iz Skice prof. Konstantinovića nije naišao na razumevanje i podršku pravne teorije, što je ocena koja se, pre svega, odnosi na širi pojam predugovora. On se osporava tvrdnjom da je predugovor, saglasno rešenju iz austrijskog OGZ, kao i pretežnom stavu nemačke pravne teorije i sudske prakse,²⁸ „samo ono što sadrži bitne uslove za zaključenje glavnog ugovora“, odnosno da je „predugovor bez bitnih uslova pregovor a ne predugovor“ (Vedriš, 1970: 18).²⁹ U tom smislu izražava se i sumnja u opravdanost shvatanja o mogućnosti postojanja „dve vrste jedne iste pravne pojave“ (Orlić, 1993: 417), zbog čega se i zalaže za njihovo „pojmovno i terminološko razdvajanje“ (Orlić, 1993: 417). Naime, smatra se da je odredbama o predugovoru u širem smislu prof. Konstantinović predložio pravila o delimičnom sporazumu, a da predugovor može postojati samo u svom užem obliku (Orlić, 1993: 417). Saglasnost volja o zaključenju budućeg ugovora, kojom nisu obuhvaćeni svi njegovi bitni elementi, smatra se, dakle, „delimičnim sporazumom“ (Orlić, 1993: 417). On obavezuje njegove učesnike samo na nastavak pregovora u cilju zaključenja određenog ugovora i razlikuje se u svim bitnim obeležjima od predugovora.³⁰

Isto tako, polazeći od stava da predugovor, kao i svaki drugi ugovor, mora da ima svoj predmet, koji je određen ili bar odrediv,³¹ i prof. Radišić osporava širi pojam predugovora. Naime, pošto je predmet predugovora

27 Čl. 29, st. 5 Skice prof. Konstantinovića: „A li ako su u predugovoru određeni bitni uslovi za zaključenje glavnog ugovora, sud će na zahtev zainteresovane strane osuditi drugu stranu koja odbija da pristupi zaključenju glavnog ugovora da to uradi u roku koji će joj odrediti, posle čijeg isteka će se presuda smatrati kao zaključenje glavnog ugovora.“

28 Larenc navodi (1976: 78) da nemačka sudska praksa, u slučaju kad su pojedine tačke ugovora ostale još uvek otvorene, zahteva da sadržaj glavnog ugovora može biti određen pu tem tumačenja predugovora na jedan sudski proverljiv način, s tim što je nemački RG zaključio da to nije bilo moguće u slučaju kad je u predugovoru ugovora o kupovini zemljišne parcele cena ostala neodređena (RGZ 124, 81).

29 Larenc smatra (1976: 78) da je takav predugovor, pošto se ne može ostvariti, nevažeci.

30 „Samo prva vrsta zaslu žuje da se o njoj i dalje govori kao o predugovoru. Druga vrsta se od nje razlikuje u svim bitnim obeležjima kao što su: obim saglasnosti u pogledu sadržine, pravna dejstva i sankcije“ (Orlić, 1993: 417).

31 Čl. 46, st. 2 ZOO; čl. 389 poljskog GZ propisuje da se kod predugovora „jedna ili obe ugovorne strane obavezuju da zaključe određeni ugovor“.

zaključenje drugog, glavnog ugovora, taj drugi ugovor se može smatrati određenim ili odredivim samo ako je određen ili odrediv njegov predmet (Radišić, 2008: 129). U tom smislu precizira se da ugovornici treba u predugovoru „da utvrde bitne sastojke konačnog ugovora na čije se zaključenje obavezuju“ (Radišić, 2008: 129).³² Takav stav je podržao i prof. Orlić navodeći da se, „zbog ciljne povezanosti predugovora i glavnog ugovora, zahtev u pogledu određenosti predmeta prenosi sa konačnog ugovora i na prethodni“ (Orlić, 1986: 153).

Nama se, ipak, čini da je teško pretpostaviti da je prof. Konstantinović pomešao pojmove, odnosno da je istim izrazom označio dva različita pojma. Pre se može pretpostaviti da se on opredelio za jedno kompromisno rešenje, tj. za širi pojam predugovora, kao njegov osnovni oblik, i za uži pojam predugovora kao izraz kompromisa sa tradicionalnim rešenjima iz austrijskog OGZ. Pri tome, s obzirom da bi užu pojam predugovora pored šireg bio izlišan, jer bi ga širi pojam predugovora u potpunosti obuhvatao, prof. Konstantinović je tom užem pojmu predugovora pripisao i posebno dejstvo. Ono se ogleda u ovlašćenju suda da nevenu stranu osudi da zaključi glavni ugovoru određenom roku, posle čijeg isteka će se presuda smatrati kao njegovo zaključenje.³³ S obzirom da se navedeno dejstvo odnosi samo na predugovor koji sadrži sve bitne elemente glavnog ugovora, ono potvrđuje da postoji i predugovor koji ne sadrži sve te elemente.

4. Pojam predugovora u jugoslovenskom ZOO i Prednacrtu GZ Republike Srbije

Jugoslovenski ZOO nije u potpunosti sledio rešenja iz Skice prof. Konstantinovića, tako da njegove odredbe o pojmu predugovora izazivaju ozbiljne nedoumice. Naime, u njemu se, najpre, po ugledu na rešenje iz Skice prof. Konstantinovića, predugovor definiše kao „ugovor kojim se preuzima obaveza da se docnije zaključi drugi, glavni ugovor“,³⁴ što je širi pojam predugovora. Međutim, propisujući posebnom odredbom da „predugovor obavezuje ako sadrži bitne sastojke glavnog ugovora,³⁵ju-

32 „Da bi predugovor bio valjano zaključen, mora biti u njemu tačno određena sadržina dugovanih činidbi koje se strane jedna drugoj obavezuju da ispune“ (Plavšak, Juhart, Vrenčur, 2009: 293).

33 Čl. 29, st. 5 Skice prof. Konstantinovića.

34 Čl. 45, st. 1 ZOO.

35 Čl. 45, st. 3 ZOO.

goslovenski ZOO favorizuje rešenje iz austrijskog OGZ,³⁶ kojeprethodni širi pojam predugovora potpuno isključuje. Takvo uređenje učinilo je suvišnim i poseban uži pojam predugovora iz st. 5 čl. 29 Skice prof. Konstantinovića, tako da on nije ni unet u jugoslovenski ZOO.³⁷

Čini se da ni redaktori Prednacrta u vezi sa pojmom predugovora nisu imali neke novije ideje, već su, načelno, ostali privrženi užem pojmu predugovora, odnosno stavu da predugovor obavezuje ako sadrži bitne elemente glavnog ugovora.³⁸ Ipak, oni su, u vidu alternative, predložili i pojedina rešenja iz Skice prof. Konstantinovića, koja nisu bila prihvaćena u ZOO. Njima se pojam predugovora veoma zamagljuje, jer dve od tri predložene alternative pretpostavljaju i postojanje predugovora u širem smislu,³⁹ kakav poznaje Skica prof. Konstantinovića, ali koji nije moguć, odnosno ne obavezuje ni po ZOO, ni po Prednacrta GZ Republike Srbije.

5. Opredeljenje za uži ili širi pojam predugovora

Naša pravna teorija je kod opredeljenja za uži ili širi pojam predugovora bila i ostala pod jakim uticajem rešenja iz austrijskog OGZ, tako da se nije moglo afirmisati ni kompromisno rešenje iz Skice prof. Konstantinovića. Takvo njeno opredeljenje se u vreme donošenja ZOO može razumeti kao nekakvo favorizovanje rešenja iz austrijskog OGZ. Ali, ono se ne može uspešno braniti u Prednacrta, jer njegovi redaktori nisu imali sluha i za afirmaciju predugovora u širem smislu.

Opšte je poznato da sam izraz „predugovor“, ali i ostali izrazi kojima se on označava (pripremni, preparatorni, prethodni, preliminarni), upućuje na zaključak da se njime samo priprema i olakšava zaključenje

36 Prof. Orlić takođe zaključuje da redaktori ZOO nisu prihvatili osobeno rešenje prof. Konstantinovića „i vratili su se k lasičnim uzorima austrijskog prava“ (Orlić, 1986: 154).

37 Interesantno je da su odredbe o pojmu predugovora iz jugoslovenskog ZOO (čl. 45) sledili i redaktori GZ Ruske Federacije (čl. 429), jer se prve tri odredbe koje se odnose na prethodni ugovor sadržinski podudaraju.

38 Čl. 40, st. 3 Prednacrta GZ Republike Srbije.

39 A lternativna odredba iz st. 5 čl. 40 Nacrta GZ Republike Srbije („Neizvršenje obaveze da se zaključi glavni ugovor daje pravo saugovorniku da zahteva naknadu štete koju zbog tog neizvršenja trpi.“) odnosi se u Skici prof. Konstantinovića na dejstvo predugovora u širem smislu. Isto tako, i alternativna odredba iz st.

6 čl. 40 Nacrta GZ Republike Srbije („A li, ako su u predugovoru određeni bitni uslovi za zaključenje glavnog ugovora, ...“) pretpostavlja postojanje i predugovora u širem smislu.

glavnog (konačnog) ugovora (Perović, 1980: 235); (Orlić, 1993: 395); (Draškić, 1995: 107); (Kosovac, 2000: 61); (Ubavić, 2000: 14). Takav ugovor bi, po logici stvari, najčešće predstavljao nepotpunu ili delimičnu saglasnost, koja još uvek ne znači zaključenje konačnog ugovora, nego samo pripremu za njegovo zaključenje (Orlić, 1993: 396–397); (Draškić, 1995: 107).⁴⁰ S obzirom na to, ako bi predugovor morao da sadrži sve bitne sastojke glavnog ugovora, onda bi se gotovo u potpunosti negirala njegova pripremna uloga.⁴¹ U odsustvu te njegove osobene pripreme uloge, pojedini autori ne vide neku drugu ulogu predugovora, zbog čega zaključuju da je takav predugovor nepotreban, jer bi se njime samo udvostručivalo zaključenje jednog istog ugovora (Gams, Đurović, 1981: 225); (Radišić, 2008: 131); (Georgijević, 2004: 591, 593). I, zaista, ako su ugovornici posle postignute saglasnosti volja o svim bitnim elementima ugovora, umesto glavnog, zaključili predugovor, onda to znači da se oni, bar na prvi pogled, nepotrebno izlažu ne samo novim naporima i troškovima oko zaključenja glavnog ugovora, već i neizvesnosti da li će takav ugovor kasnije biti zaključen. U tom smislu i prof. Orlić opravdano zapaža da, u slučaju kad je saglasnost ostvarena o bitnim tačkama ugovora, ne postoji mnogo razloga da se zaključuje predugovor, jer je „povoljnije za ugovorne strane da odmah zakluče konačni ugovor, a ne predugovor“ (Orlić, 1986: 157). Pa ipak, danas se, uglavnom, skoro uopšte ne dovodi u pitanje predugovor u užem smislu. On se zaključuje kada strane, iz veoma različitih razloga, koji mogu biti praktične ili psihološke prirode (Radišić, 2008: 131), neće ili trenutno ne mogu da zakluče glavni ugovor (Jakšić, 1962: 120); (Perović, 1980: 235); (Loza, 2000: 117); (Kosovac, 2000: 61); (Ubavić, 2000: 14); (Tamaš, 2004: 219). To može biti potreba da se odloži zaključenje glavnog ugovora zbog toga što jedna ili obe strane treba da izvrše neke pripreme za zaključenje ili izvršenje glavnog ugovora, ali i želja ugovornika da još malo razmisle o zaključenju glavnog ugovora (Georgijević, 2004: 593), da provere neke činjenice, da sačekaju razvoj okolnosti (Draškić, 1995: 107), da izvrše dodatne konsultacije ili da pribave saglasnost trećeg lica (Plavšak, Juhart, Vrenčur, 2009: 293). Ali, čak i u slučaju kad je predugovor u užem smislu nepotreban, jer ostvaruje samo neznatnu pripremnju ulogu, on zbog toga nije nedopušten, jer sloboda ugovaranja dozvoljava da se zaključuju i nepotrebni ugovori (Radišić, 2008: 131).

40 U tom smislu, navodi se da postoji saglasnost oko toga da je funkcija predugovora u pripremanju glavnog ugovora, kao i da je predugovor bio i ostao pripremnju ugovor za glavni ugovor (Salma, 1986: 22, 27).

41 Pripremna funkcija predugovora se „u značajnoj meri gubi, kada se stranke obavezuju na određivanje svih bitnih elemenata“ (Salma, 1986: 27).

U slučaju kad predugovor sadrži sve bitne sastojke glavnog ugovora, može biti sporno da li je zaključen samo predugovor ili se već radi o konačnom ugovoru (Larenc, 1976: 77); (Orlić, 1986: 151); (Georgijević, 2004: 593). Odgovor na to pitanje može se dobiti samo *in concreto*, uzimajući u obzir pravu nameru stranaka i okolnosti konkretnog slučaja (Georgijević, 2004: 593), s tim što, u slučaju kad postoji saglasnost o bitnim elementima ugovora, treba polaziti od zakonske pretpostavke da je glavni ugovor zaključen.⁴² Kad postoji sumnja da li je u pitanju jedno ili drugo, treba poći od pretpostavke da su strane ugovornice zaključile konačni ugovor, a ne predugovor (Orlić, 1986: 131).⁴³ Ova pretpostavka se može oboriti samo nedvosmisleno izraženom namerom ugovornih strana da zaključuju predugovor (Georgijević, 2004: 592). Ipak, u slučaju pogrešnog označavanja sadržine onoga što je bila zajednička namera ugovornika, sud ne sme da se povodi za njihovim tumačenjem, već sam treba da utvrdi pravu suštinu ugovora koji je između njih zaključen (Orlić, 1986: 151); (Georgijević, 2004: 592).

Autori koji smatraju da je moguć samo predugovor u užem smislu polaze od stava da predugovor mora da ima određen ili odrediv predmet (Radišić, 2008: 129). Pošto je njegov predmet zaključenje glavnog ugovora, taj glavni ugovor mora da bude određen ili makar odrediv (Radišić, 2008: 129); (Orlić, 1986: 153), što se postiže određivanjem ili određivošću njegovog predmeta (Radišić, 2008: 129). S obzirom na to da se predmet predugovora određuje posredno, tj. određivanjem predmeta glavnog ugovora (Radišić, 2008: 129); (Orlić, 1986: 153); (Plavšak, Juhart, Vrenčur, 2009: 293), zaključuje se da predugovor treba da sadrži sve bitne elemente glavnog ugovora (Radišić, 2008: 129); (Plavšak, Juhart, Vrenčur, 2009: 293). Takvim određivanjem predmeta predugovora, minimizira se njegova pripremna uloga, ali se povećava izvesnost ili čini skoro potpuno izvesnim zaključenje glavnog ugovora.

S druge strane, pitanje je da li se predmet predugovora i glavnog ugovora, zbog njihove ciljne povezanosti, moraju u potpunosti podudarati. Nama se čini da ta podudarnost ne mora da bude potpuna, tako da se odredivost glavnog ugovora, kao predmeta predugovora, može i treba da shvati u jednom širem smislu. Ona se ostvaruje i određivanjem vrste glavnog ugovora, kao i pojedinih (ne svih) njegovih bitnih elemenata koji su osobeni za taj ugovor (širi pojam predugovora). Tako, na primer, predugovor o

42 Čl. 26 ZOO: „Ugovor je zaključen kad su se ugovorne strane saglasile o bitnim sastojcima ugovora.“

43 U tom smislu navodi se da je „konačan ugovor pravilo a predugovor izuzetak“ (Radišić, 2008: 131).

zaključenju ugovora o prodaji određenog ili odredivog stana, po ceni koja bi se u nastavku pregovora sporazumno odredila, imao bi za predmet zaključenje odredivog ugovora o prodaji. Jer, suštinu ugovora o prodaji čini predmet prodavčeve obaveze, čijim određivanjem se taj ugovor individualizuje, dok se za cenu može uzeti da je, u jednom širem smislu, određiva već samim određivanjem predmeta prodavčeve obaveze. Isto važi i za predugovor ugovora o građenju određene građevine, kao i za predugovor ugovora o zakupu određenog stana. Takvim širim pojmom predugovora preuzima se obaveza da se zaključi glavni ugovor, pošto se prethodno postigne saglasnost i o preostalim njegovim bitnim elementima.

Sve to upućuje na zaključak da je moguć i predugovor u širem smislu. On bi, kao nekakav minimum, pretpostavljao određivanje vrste glavnog ugovora, kao i individualizovanje tog ugovora određivanjem bar nekih od njegovih bitnih sastojaka koji su, inače, za taj ugovor osobeni. Upravo u tom smislu se i u jednom delu pravne teorije navodi da predugovor, između ostalog, „sadrži sve ili samo pojedine bitne elemente nameravanog ugovora“ (Georgijević, 2004: 590). Tako shvaćenim predugovorom ne ugrožavaju se interesi ugovornih strana, niti se dovodi u pitanje pravna sigurnost, jer se glavni ugovor, određivanjem njegovog tipa i nekih od osobenih bitnih elemenata, čini odredivim.

Za zaključenje predugovora u širem smislu strane su zainteresovane, pre svega, u slučaju kad su pregovori za zaključenje glavnog ugovora već daleko odmakli, tako da postoji interes pregovarača da se, i pre zaključenja glavnog ugovora, saglasnost o pojedinim njegovim elementima učvrsti, kao i da se oni obavežu na nastavak pregovora i zaključenje glavnog ugovora (Orlić, 1993: 397). Takvim predugovorom povećava se izvesnost da će glavni ugovor biti zaključen (Georgijević, 2004: 586), a istovremeno on dobija i jednu veoma zapaženu privrednu funkciju, jer u neizvesnim tržišnim uslovima stvara podlogu za čvrste poslovne odnose između privrednika koji su, prema predmetu delatnosti, uslovima poslovanja i iz drugih razloga, upućeni na uzajamnu saradnju (Salma, 1986: 28). U savremenim privrednim odnosima ovakav predugovor ima značajnu ulogu i u planiranju privrednih aktivnosti (Salma, 1986: 26). U svim tim slučajevima predugovor u širem smislu nije samo korak od pregovora, već korak do zaključenja glavnog ugovora. Takav predugovor se kvalitativno razlikuje od pregovora, jer obavezuje na nastavak pregovora i zaključenje glavnog ugovora, dok pregovori ne obavezuju na zaključenje glavnog ugovora i mogu se prekinuti (Perović, 1980: 234–235); (Ubavić, 2000: 14); (Tamaš,

2004: 226). U odnosu na predugovor u užem smislu,⁴⁴ ovakvim predugovorom se i u daleko većoj meri ostvaruje njegova pripremna uloga. Zbog svega toga je i u pravnoj teoriji nedvosmisleno iskazan stav da je opravdan i predugovor u širem smislu, tj. predugovor koji sadrži samo pojedine bitne elemente konačnog ugovora (Georgijević, 2004: 596).

Pojedini autori smatraju da je moguć i predugovor u jednom najširem smislu reći, kojim se samo imenuju buduće ugovorne strane i upućuje na vrstu budućeg glavnog ugovora (Salma, 1986: 28), odnosno predugovor koji ne sadrži bitne elemente glavnog ugovora (Jelčić, 1988: 159), s tim što se pozivaju na rešenje iz švajcarskog prava (Salma, 1986: 25). Čini se, ipak, da takav predugovor ne bi imao nikakav smisao, jer se imenovanjem ugovornika i određivanjem samo vrste glavnog ugovora taj ugovor, kao predmet predugovora, ne može smatrati ni određenim, ni odredivim,⁴⁵ a predugovor sa predmetom koji nije ni odrediv je ništav.⁴⁶ I švajcarski ZO propisuje da se predmet ugovora slobodno utvrđuje u granicama zakona,⁴⁷ ali ne propisuje sankciju ništavosti za ugovor čiji predmet uopšte nije utvrđen, jer se pretpostavlja da u tom slučaju pravo poverioca nije ni zamišljeno kao jedno ozbiljno pravo, zbog čega se volji samog dužnika prepušta da neutvrđenu obavezu ispuni ili da je ne ispuni (Marković, 1997: 57). S obzirom na to, sasvim osnovano se može pretpostaviti da su i švajcarski zakonodavac, i prof. Konstantinović, predviđajući predugovor u širem smislu, tj. predugovor koji ne sadrži sve bitne elemente glavnog ugovora,⁴⁸ sigurno imali u vidu glavni ugovor koji je makar odrediv.

6. Zaključak

Iako je predugovor, kao pravni institut, u uporednom pravu skoro opšte prihvaćen, mnoge dileme u vezi sa tim institutom još uvek nisu iščezle. Naprotiv, ostalo je sporno i tako značajno pitanje kao što je pojam predugovora. Ovaj zaključak potvrđuje i publikovani Prednacrt GZ Republike Srbije, u kojem se odsustvo jasnog i čvrstog stava u vezi sa pojmom predugovora iskazuje alternativnim rešenjima, pri čemu je, po svemu sudeći, uži pojam predugovora iz austrijskog prava, opet dobio prevagu.

44 Pripremna (preparatorna) uloga predugovora u užem smislu je skoro zanemarljiva, jer je kod takvog predugovora skoro sve unapred određeno.

45 Čl. 46, st. 2 ZOO.

46 Čl. 47 ZOO.

47 Čl. 19, st. 1 švajcarskog ZO.

48 U pravnoj teoriji se smatra da „kako odredbe iz Skice prof. Konstantinovića, tako i odredbe švajcarskog ZO potvrđuju postojanje i ove vrste predugovora“ (Georgijević, 2004: 597).

Očigledno je da redaktori Prednacrta nisu imali sluha za afirmaciju predugovora u širem smislu, kojim bi se, u složenim i promenljivim društvenim odnosima, potpunije ostvarivala njegova pripremna uloga. Zbog toga se zalažemo za širi pojam predugovora koji bi, kao nekakav minimum, pretpostavljao određivanje vrste glavnog ugovora, kao i individualizovanje tog ugovora određivanjem pojedinih (ne svih) njegovih bitnih sastojaka koji su, inače, za taj ugovor osobeni. Takvim predugovorom obavezivali bi se ugovornici da nastave pregovore radi postizanja saglasnosti o preostalim elementima glavnog ugovora, kao i da zakluče glavni ugovor. On bi se kvalitativno razlikovao od pregovora, jer bi obavezivao na nastavak pregovora i zaključenje glavnog ugovora, dok pregovori ne obavezuju na zaključenje glavnog ugovora i mogu se prekinuti.

Tako shvaćenim predugovorom ne ugrožavaju se interesi ugovornih strana, niti se dovodi u pitanje pravna sigurnost, jer se glavni ugovor, određivanjem njegovog tipa i nekih od osobenih bitnih elemenata, čini odredivim.

Jedinu prepreku na putu za afirmaciju predugovora u izloženom širem smislu, za šta se, inače, i zalažemo, predstavlja zakonska odredba koja propisuje da predugovor obavezuje ako sadrži bitne sastojke glavnog ugovora.

Literatura

- 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
- Sadikov, O. N. (2001). Glava 31, u: O.N. Sadikov (Ответственный редактор) *Graždanskoe pravo Rossii, Obščajačastʹ: Kurs lekciĭ*. Moskva: Юристъ
- VonThur, A. (1924). *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationen rechts, I Hallbband*. Tubingen
- Aranđelović, D. (1936). *Osnovi obligacionog prava s naročitim obzirom na Građanski zakonik Kraljevine Srbije*. Beograd: IK Gece Kona
- Blagojević, B. (1939). *Posebni deo obligacionog prava, Ugovori, jednostrani pravni poslovi, građanskopravni delikti*. Beograd: IKP Geca Kon A.D
- Vedriš, M. (1970), *Zapisnik sa 2. sednice Potkomisije za obligacione odnose održane 31. marta i 1. aprila 1970. godine*
- Vizner, B. (1978). *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Knjiga 1. Zagreb

- Vuković, M. (1964). *Obvezno pravo*, Knjiga II. Zagreb: Školska knjiga
- Gams, A. (1972). *Uvod u građansko pravo, Opšti deo*, Beograd: Naučna knjiga
- Georgijević, G. (2004). Predugovor – Osnovna obeležja, opravdanost i značaj. *Pravni život*. 10. 585–605
- Draškić, M. (1995). Komentar čl. 45. ZOO. u: Slobodan Perović (gl. ured.). *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, I knjiga. Beograd: Savremena administracija
- Đorđević, Ž. Stanković, V. (1980). *Obligaciono pravo, Opšti deo*. Beograd: Savremena administracija
- Jakšić, S. (1962). *Obligaciono pravo, Opšti dio*. Sarajevo: IP „Veselin Masleša“
- Jelčić, O. (1988). Odnos između predugovora i ugovora o opciji, *Zakon o obligacionim odnosima, 1978–1988, Knjiga o desetogodišnjici*. Tom I. Beograd: Savez udruženja pravnika Srbije
- Kosovac, M. (2000). Predugovori za sklapanje ugovora u privredi. *Pravni informator*. 4. 61–64
- Loza, B. (2000). *Obligaciono pravo, Opšti dio*. Beograd: Službeni glasnik
- Marković, L. (1997). *Obligaciono pravo*. Beograd: NIU Službeni list SRJ
- Orlić, M. (1986). Predugovor u jugoslovenskom pravu (U traganju za izgubljenom prilikom). Poseban otisak iz *“Godišnjaka” Pravnog fakulteta u Sarajevu*. XXXIV. 143–164
- Orlić, M. (1993). *Zaključenje ugovora*. Beograd: Institut za uporedno pravo
- Perović, S. (1980). *Obligaciono pravo*, Knjiga prva. Beograd: Privredna štampa
- Radišić, J. (2008). *Obligaciono pravo, Opšti deo*. Beograd: Nomos
- Salma, J. (1986). Predugovor (Teze za raspravu). *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*. 6 (LVIII (XXXV)). 22–29
- Salma, J. (2001). *Obligaciono pravo*. Novi Sad: „Pravo“ DOO
- Subić, M. (1993). Predugovor u sudskoj praksi. *Pravni život*. 9–10. 909–916
- Tamaš, V. (2004-1). Izvršenje predugovora o prometu nepokretnosti. *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*. 6 (vol. 76). 226–235
- Tamaš, V. (2004-2). Predugovor o prometu nepokretnosti i pravo na naknadu štete zbog njegove povrede, u: Zdravko Petrović (ur.). *Aktuelni problemi naknade štete i osiguranja*. Budva/Beograd: Intermeks. 219–227
- Ubavić, M. (2000). Predugovor. *Izbor sudske prakse*. 4. 14–17

Đorđe L. Nikolić, LL.D.

Full Professor

Faculty of Law, University of Niš

Mihajlo Cvetković, 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 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.*

Dr Marija Ignjatović,
Vanredni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

originalni naučni članak

UDK: 342.726-053.2(37)

Rad primljen: 30.06.2015.

Rad prihvaćen: 03.12.2015.

OSVRT NA PRAVNI POLOŽAJ DETETA U RIMSKOM PRAVU

Apstrakt: Cilj ovog rada je da se ukaže da je pravna zaštita deteta oduvek budila interesovanje šire naučne javnosti, počev od rimskog prava pa do savremenog gde je ovo pitanje posebno aktuelno, jer se radi o posebnoj kategoriji lica (deci) i njihovoj pravnoj zaštiti. Ovo otuda što je reč o licima koja zbog svoje nezrelosti (maloletstva), nisu u stanju da samostalno rukovode sopstvenom ličnošću, da donose važne odluke u vezi sa svojim položajem u društvu, da upravljaju i raspolazu svojom imovinom, odnosno, da se samostalno brinu o zaštiti i ostvarivanju svojih prava i interesa. O ovim licima, njihovim pravima i interesima u prvom redu brinu njihovi roditelji, a potom i staratelji. Oni su dužni da preduzmu sve neophodne mere zarad zaštite ličnih i imovinskih prava i interesa svoje maloletne dece. Ova potreba da se pruži zaštita najmlađoj kategoriji lica bila je poznata i u starom Rimu. Međutim, pravni položaj deteta nije uvek bio isti u svim periodima u razvoju rimskog prava. Status deteta razlikovao se u predklasičnom, klasičnom i postklasičnom pravu i u mnogome je bio uzročno-posledično vezan sa statusom žene (majke). Kao što je žena pravno gledano, postojala samo preko muškarca koji bi je priznavao za ćerku, suprugu, majku, tako je i dete faktički i pravno postojalo tek po priznanju od strane oca porodice (pater familias). To je dalje značilo da pravni položaj deteta nije bio nužno određen rođenjem, već je na njega uticalo niz faktora, u prvom redu da li se dete moglo proglasiti naslednikom na temelju pola ili ne.

Ključne reči: pravni položaj deteta, rimsko predklasično, klasično, postklasično pravo, priznanje deteta.

* marija@prafak.ni.ac.rs

1. Uvod

Istorijski posmatrano, o zaštiti deteta prvi put počinje da se govori još u prvobitnoj ljudskoj zajednici. To je bio period matrijahalnog rodovskog uređenja u kome su postojali grupni brakovi. S obzirom na to da se nije znalo, i da nije bilo važno ko je otac deteta, celokupnu brigu oko podizanja dece preuzimala je majka, a u slučaju njene smrti njena najstarija sestra ili najstariji brat. Ukoliko pak dete nije imalo srodnika, o njemu je vodila računa cela zajednica (*gens*). Prvobitna zaštita deteta sastojala se u obezbeđivanju najosnovnijih uslova za život, odnosno u nastojanju da se dete osposobi za vođenje samostalnog života (Ignjatović, 2005: 7).

Sa razvojem rimske države, društva i prava, pitanje pravne zaštite deteta, odnosno lica *alieni iuris* postalo je jako složeno, jer je bilo izloženo različitim uticajima, počev od istorijskih, socioloških, kulturnih, običajnih i drugih, koji su igrali veoma važnu ulogu u formiranju ovog vida pravne zaštite. U tom smislu, ono je bilo različito tretirano u periodu patrijahalne porodične zajednice, za koju je Gaj (Ignjatović, 2005: 7) često koristio naziv *ercto non cito* ili *societas frateli*, a različito u individualnoj zajednici koja se razvila prelaskom sa kolektivne na privatnu svojinu i jačanjem uloge *pater familias*. Potom, pravni položaj deteta nije uvek bio isti u svim periodima u razvoju rimskog prava. Status deteta razlikovao se u predklasičnom, klasičnom i postklasičnom pravu i umnogome je bio uzročno-posledično vezan sa statusom žene (majke).

2. Pravni položaj deteta

Na regulisanje pravnog položaja deteta u velikoj meri uticao je i sam status kome je dete pripadalo, a što je bilo uslovljeno samim robovlasničkim karakterom rimske države. Dakle, nije bilo svejedno da li se je dete rodilo kao slobodni građanin ili rob, da li je bilo Latin ili peregrin, kao i da li je rođeno u zakonitom braku ili konkubinatu i, na kraju, za života oca ili po njegovoj smrti, pa samim tim da li je bilo lice *sui iuris* ili lice *alieni iuris*. Tako se u Ulpinijanovim Institucijama u knjizi 1, isticalo: „Glava domaćinstva je ono lice koje živi po svojoj vlasti *potestas*, bez obzira na to da li je dostiglo uzrast punoletstva ili ne“ (Borkowski, du Plessis, 2005: 113). Iako sa aspekta savremenog prava, ovo pravilo deluje apsurdno, ono je i te kako bilo primenjivano u rimskom pravu i bilo je logična posledica društvenih odnosa, gde je dete postajalo lice *sui iuris* nakon smrti oca, ako je otac bio *pater familias*, nezavisno od toga kog je uzrasta bilo dete, odnosno da li je bilo punoletno ili ne.

U slučaju da nije bilo punoletno, do sticanja punoletstva ovom detetu je imenovan tutor ili kasnije staratelj (Ignjatović, 2007: 16).

Prema jednom od fundamentalnih koncepta rimske porodice, svaka porodica imala je svoga *pater familiasa*. Kao što je žena pravno gledano, postojala samo preko muškarca koji bi je priznavao za ćerku, suprugu, majku, tako je i dete faktički i pravno postojalo tek po priznanju od strane oca porodice (*pater familias*). To je dalje značilo da pravni položaj deteta nije bio nužno određen rođenjem, već je na njega uticao niz faktora, u prvom redu da li se dete moglo proglasiti naslednikom na temelju pola ili ne.

Da bi dete bilo pravom priznato, i da bi moglo da uživa pravnu zaštitu, kao prethodno pitanje nametalo se da li ga je otac porodice priznao ili ne, što je pak podrazumevalo da je reč o detetu rođenom u zakonitom braku. Tako Gaj u prvoj knjizi Institucija navodi: „Takođe, pod našom su vlašću i naša deca, rođena u zakonitom braku. Ovo je pravo karakteristično za rimske građane; teško da postoje ljudi koji imaju toliku vlast nad svojom decom kakvu mi imamo“ (Stanojević, 2009: 45). To je dalje značilo da ovaj princip nije važio za dete rođeno u vanbračnoj zajednici. Ukoliko je dete bilo rođeno u konkubinatu, primalo je status majke i jedino je nju moglo da nasledi. Do promene ovog pravila došlo je u vreme Konstantina, kada je uvedena ustanova pozakonjenja koja je pružila mogućnost izjednačavanja bračne sa vanbračnom decom, naknadnim priznanjem od strane oca (Ignjatović, Kitanović, 2013: 657–667). U Justinijanovom pravu, pozakonjenje se moglo izvršiti i carskim reskriptom, i to u onim slučajevima kada brak sa konkubinom nije bio omogućen iz određenih razloga ili kada je bio nepoželjan zbog njene „nedostojnosti“. U tom slučaju otac deteta je mogao da zahteva od imperatora, bilo peticijom ili testamentom, da dete bude ozakonjeno ukoliko otac nije imao nikakvih zakonskih problema.

Dakle, pravni položaj deteta u prvom redu zavisio je od toga da li je otac priznao dete za svoje ili ne. U tom smislu najranija moć koju je otac mogao da ispolji nad *filiis familias* bilo je izopštenje deteta. Pri rođenju, pri vrlo simboličnom običaju, novorođenčad, muška i ženska – su polagana pred noge oca. On bi – bez objašnjenja ili opravdanja – priznao dete kao svoje, time što bi ga podigao, ili odbacio, ostavljajući ga gde jeste. Prihvaćeno dete bi postajalo član *familia*; nepriznato dete je bivalo bacano u reku da umre od gladi. Većina odbačene dece bile su devojčice, ali neka su bila i bolesni i zdravstveno slabi dečaci. Na Oxyrhynchus Papiri, pismu muža ženi, sadržane su bile instrukcije, da ako je beba muško, da ga zadrži, a ako je žensko da je odbaci. Međutim, u praksi se, najčešće, događalo da je novorođenče ostavljano na mesto gde bi slučajni prolaznik

mogao da ga nađe i prisvoji. Takvo dete obično je bilo tretirano kao rob, iako je imalo status slobodnog građanina.¹ Ovo pravilo bilo je na snazi sve do 374. godine kada je, najverovatnije pod uticajem hrišćanske vere i učenja, odbacivanje dece bilo strogo zabranjeno. Tako su imperatori Valentijan Valens i Gracijan Probus isticali u svom kodeksu: „Svako treba da brine i odgleda svoje potomke. Ako neko razmišlja o odbacivanju podleže kazni za to“ (Borkowski et al. 2005: 114).

U slučaju priznavanja deteta od strane oca porodice, nad detetom se uvodila vlast *ius vitae ac necis*, slična onoj koju je imao gospodar nad svojim robom (Yaron, 1962: 243). Dionisije Hlikarinski opisuje neprikosnovenu vlast oca porodice, ustanovljenu još za vreme vladavine Romula, koja je bila definisana kao apsolutna i u *Lex duodecim tabularum*. Tako, „ocu je bilo dopušteno da proda sina, isto tako ocu je bilo dopušteno da stekne imovinu preko sina, sve do treće prodaje, dok se ovaj, konačno, ne oslobodi očinske vlasti“ (Lex tab. IV, 3) (Nikolić, Đorđević, 2002: 77).²

Ovako široko postavljena vlast šefa porodice davala je za pravo, dakle, da se deca kažnjavaju, batinaju, pa čak i ubiju. Tako, na primer, *Lex Iulia de adulteris* predviđala je pravo ocu da ubije čak i udatu ćerku, ako bi je zatekao u preljudi u njegovoj kući ili kući njenog supruga (Borkowski et al. 2005: 115).

Međutim, iako su postojali razni pravni osnovi definisani čak i u zakonskim tekstovima, za ovako široko postavljeno pravo života i smrti praksa govori da su slučajevi u kojima se ovo pravo primenjivalo doslovno bili jako retki. Razlozi za to, verovatno, leže u osudi od strane šire zajednice i u ličnom strahu od kazne bogova, samog šefa porodice. Tako je vremenom, vlast nad životom i smrti bila postepeno ukinuta, pa čak je nosila i ozbiljne posledice ako bi se primenjivala. Tako se u Marcijanovim Institucijama, u knjizi 14 navodi: “Ako neki čovek ubije sina u toku lova, koji je vršio preljudu sa svojom pomajkom, božanski Hadrijan će ga deportovati na pusto ostrvo, jer očinska vlast treba da se zasniva na samilosti, a ne na surovosti“ (Borkowski et al. 2005: 115). U vreme Konstantina ubijanje dece bilo je proglašeno za kvalifikovano krivično delo.

Isto tako, na samom početku rimske istorije bilo je karakteristično da je otac porodice mogao da proda dete u ropstvo ukoliko je ono izvršilo

1 <http://www.ancientlibrary.com>, preuzeto 29. 04. 2015. godine.

2 Ovako široko postavljena vlast šefa porodice, odnosila se ne samo na decu već i na žene u Rimu. Tako, “ako bi žena pila vino, bez dozvole mu ža, ako je otišla na neku svečanost i lumpovala”, šef porodice je imao pravo da je istera iz kuće, pa čak i da je ubije. Detaljnije vidi (Jovanović, 2002: 60).

kakav delikt. Ovo pravo oca porodice baziralo se na činjenici da su u početku rimske istorije deca bila tretirana kao lična svojina *pater familias*, što potvrđuje i činjenica da je on imao na raspolaganju klasične imovinskopravne lekove, iste kao i vlasnik stvari. Tako, ako je dete bilo kidnapovano, smatralo se da je ukradeno ocu, što mu je davalo za pravo da zahteva vraćanje deteta putem *rei vindicatio* i da tuži za odštetu prema *furtum* postupku.

Postojao je i izuzetak od pravila da je otac porodice imao pravo života i smrti nad decom, a to je bio slučaj kada je ćerka postajala vestalka, sveštenica koja je služila u hramu boginje Veste. Device Veste bile su zakonski nezavisne, i disciplinski su bile podređene samo glavnom pontifiku. Ukoliko bi se vestalka povukla iz službe posle obaveznih 30 godina služenja, dolazila je pod vlast oca porodice ako je on bio živ, a ako nije, imenovan joj je bio staratelj (Borkowski et al. 2005: 114).

Kada je bilo u pitanju zaključenje braka, prava dece, ili bolje rečeno želje dece, u velikom su zavisile od oca porodice. Tako, u početku, prava oca porodice bila su velika, jer je on mogao da prinudi dete na zaključivanje braka. U doba Republike sa liberalizacijom partnerskih odnosa, ovo pravo oca porodice gubi svoj izvorni karakter, iako je u ovom periodu otac zadržavao pravo za sebe da dâ saglasnost za zaključenje braka. Tako se u Paulovom ediktu u knjizi 35 ističe: „Do braka ne može da dođe ako nije u saglasnosti svih onih koji učestvuju u tom činu, pa tako i onih pod čijom vlašću su oni koji brak zaključuju“ (D. 23.2.2). Takođe, otac porodice je imao veliku ulogu i u slučaju razvoda braka, jer je on mogao da prinudi svoje dete da prekine brak (Ignjatović, 2009: 105).³

3. Imovinski položaj deteta

Kada je u pitanju bio imovinski položaj deteta, deca u početku nisu mogla da poseduju i da raspoložu imovinom. Sve što se sticalo pripadalo je ocu

³ Ćerka pod očinskom vlašću nije mogla da raskine brak, dok je lice *alieni iuris*. Pravo kasnog Carstva takođe je poštovalo ovo pravilo. Ćerka je ostajala prinuđena na očev izbor, čak i nakon njegove smrti, kada je ona postajala lice *sui iuris*. Videti (Astolffi, 1989: 104). Pravo na raskid braka imala su lica koja su i ugovarala brak. U zavisnosti od toga koje lice je raskidalo brak, razlikovali su se *divortium* i *repudium*, kao dobrovoljni raskidi braka. Iako su i jedan i drugi način imali za krajnji cilj istu posledicu, ipak su postojale i razlike. Tako je *repudium*, za razliku od *divortium*, bio definisan kao raskid ili razvod do koga je dolazilo jednostranom izjavom volje jednog od verenika, odnosno bračnih drugova, za razliku od *divortium*, kod koga je brak bio razveden samo uz saglasnost obeju strana (*divortium mutuo consensu*) ili bar bez krivice druge strane (*divortium bona gratia*). Detaljnije vidi (Ignjatović, 2009: 105).

porodice. Tako je u Gajevim Institucijama bilo navedeno: „Sve što dobiju deca ili robovi u našoj je *potestas*, jer su i oni lica u *potestas*, pa kao takva ne mogu imati ništa svoje (Gai, Inst. 2,87) (Stanojević, 2009: 125). Međutim, sa razvojem rimske države i razvojem imovinsko-pravnog prometa, počev od perioda Republike, pa nadalje, i deca su mogla da imaju svoj *peculium*. Njegov obim zavisio je od uzrasta deteta i od drugih okolnosti. Tako, u doba principata, Avgust je sinovima, koji su služili vojsku, davao pravo da steknu imovinu na osnovu služenja vojnog roka (*peculium castrense*). U doba Konstantina značajno je bila proširena kategorija imovine koju je mogao steći sin. Ona nije obuhvatala samo pravo na imovinu stečenu u vršenju vojne obaveze, već je jednako kako za mušku tako i za žensku decu obuhvatala i imovinu koja je bila naslediva u slučaju smrti majke (*peculium adventitium*) (Ignjatović et al. 2013: 661). U vreme Justinijana, ova imovina je toliko bila proširena da je obuhvatala praktično celu imovinu koju je sticalo dete, a koja nije bila *peculium castrense*. Tako je u svojoj konačnoj formi rimsko pravo dozvoljavalo značajna imovinska prava deci koja su bila pod vlašću *pater familias*.

Sa druge strane, još od perioda Republike bilo je slučajeva da je šef porodice davao ovlašćenja deci (sinovima) da u njegovo ime istupaju u ekonomskom prometu i da zaključuju pravne poslove. U tom slučaju dobitak od zaključenih pravnih poslova prelazio je na oca, ali ono što je karakteristično jeste da nisu prelazili i dugovi. Kada su dugovi bili u pitanju, čekalo bi se da dete postane punoletno kako bi za dugove odgovaralo drugoj strani sa kojom je zaključilo pravni posao. Dakle, iako je sin bio jedna ugovorna strana, teoretski gledano, druga strana nije mogla da sprovede ugovor dok sin ne bi postao samovlasno lice (Ignjatović, 2005: 66–67).

4. Suđenje detetu

Imajući u vidu izraženu ulogu *pater familias* u definisanju kako ličnog tako i imovinskog statusa deteta, jasno se nameće zaključak da je njegova uloga bila izražena i u postupku suđenja deci. Još su drevni običajni zakoni predviđali ustanovu „domaćeg suđenja“ (*iudicium domesticum*), prema kojoj je pre nego što izrekne kaznu ženi, deci i robovima, otac porodice trebao da obavi konsultacije sa ustanovljenim unutrašnjim Savetom rodbine, kao jednim vidom familijarne skupštine (Apasiev, 2014: 26). Ona je bila sastavljena od starijih članova ili bliskih srodnika ili dugogodišnjih kućnih prijatelja. Međutim, zaključci koji bi bili donešeni na ovoj skupštini nisu imali obligatorno dejstvo za oca porodice, tako da on nije morao striktno da ih se pridržava. Međutim, kako

smo to napomenuli ranije, iako su zakoni davali široka ovlašćenja ocu porodice, do zloupotrebe ovih ovlašćenja u praksi nije dolazilo, naročito u periodu Republike, jer je postojala bojazan od *infamia* (gubitka časti ili osude čitave zajednice) kao i *nota censoria* (upisa u cenzorske spiskove). Zakonodavstvo u doba principata bilo je još kritičnije prema široko postavljenoj vlasti oca porodice, pa ju je još više ograničilo što je i uslovalo i njegovo puno ograničenje i ukidanje za vreme vladavine Valentijana Prvog. Od perioda kognatske porodice vlast *pater familias* prema licima koja su bila pod njegovom vlašću više nije bila neograničena a ni doživotna. Ona se u to vreme svodila samo na pravo na kastigaciju, tj. proporcionalno i respektabilno kažnjavanje najčešće preko blagog šibanja (prutom) i pravo da zahteva poštovanje, a kada je to bilo nužno i izdržavanje. Za uzvrat, otac porodice je bio dužan da čuva decu, da ih vaspitava i izdržava (Apasiev, 2014: 26).

5. Zaključak

Na osnovu svega gore navedenog, može se izvesti zaključak da je u rimskom pravu, s obzirom na robovlasnički karakter države i patrijahalni duh rimskog društva, pravni položaj deteta, a samim tim i njegova zaštita, umnogome zavisio od niza različitih faktora (statusa, zakonitosti, pozakonjenja, itd.), pri čemu se posebno izdvaja uloga i uticaj oca porodice u ustanovljavanju i regulisanju pravnog položaja deteta i njegove pravne zaštite. Iako sa aspekta savremenog prava, ovo deluje apsurdno, dominantna uloga oca porodice bila je logična posledica društvenih odnosa u kojima je dete postajalo lice *sui iuris* tek nakon smrti oca, ako je otac bio *pater familias*, nezavisno od toga koji je uzrast bilo dete, odnosno da li je bilo punoletno ili ne. Kao što je žena, pravno gledano, postojala samo preko muškarca koji bi je priznavao za ćerku, suprugu, majku, tako je i dete faktički i pravno postojalo tek po priznanju od strane oca porodice (*pater familias*). Međutim, iako rimsko pravo predstavlja daleku prošlost, ono je postavilo osnovne principe savremenog roditeljskog prava i teorijski preko oca porodice, a praktično i preko majke, uvelo je obavezu roditeljima da budu u funkciji zaštite slabijeg, tj. da budu u funkciji svoje dece preko obaveze na čuvanje, izdržavanje i vaspitavanje dece.

Literatura

- Astolfi, R. (1989). *Il fidanzamento nel Diritto Romano*. Milani: CEDAM
- Jovanović, M. (2002). *Komentar starog rimskog Ius civile (knjiga prava: Leges regiae)*. Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta
- Yaron, R. (1962), Vitae necisque potestas. *The legal History Review*. Vol. 30, Issue 2. 243-251.
- Apasiev, D. (2014). *IUDICIA PUBLICA, rimsko krivično procesno pravo (sa posebnim osvrtom na pravosudni sistem u vreme Republike)*. Doktorska disertacija. Skoplje: Pravni fakultet „Justinijan Prvi“ Univerziteta „Sveti Kiril i Metodij“
- Ignjatović, M. (2005). *Starateljstvo nad maloletnicima u rimskom i savremenom pravu*. Magistarska teza. Skoplje: Pravni fakultet „Justinijan Prvi“ Univerziteta „Sveti Kiril i Metodij“
- Ignjatović, M. (2007). *Starateljstvo nad maloletnicima –nekad i sad*. Beograd: Zadužbina Andrejević
- Ignjatović, M. (2009). *Predbračni imovinsko-pravni odnosi u rimskom i savremenom pravu*. Doktorska disertacija. Skoplje: Pravni fakultet „Justinijan Prvi“ Univerziteta „Sveti Kiril i Metodij“
- Ignjatović, M. Kitanović, T. (2013). Konstantinov akt o pozakonjenju (*legitimatio*). *Zbornik radova „1700 godina Milanskog edikta“*. Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu. 657-667.
- Nikolić, D. Đorđević, A. (2002). *Zakonski tekstovi starog i srednjeg veka*. Niš: Bona Fides
- Stanojević, O. (2009). *Gai, Institutiones*. Beograd: Zavod za udžbenike

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

Рад примљен: 30.06.2015.
Рад прихваћен: 03.12.2015.

ZWANG VERSUS FREIHEIT: VERTRAULICHE UND ANONYME GEBURT AUF DEM PRÜFSTEIN¹

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 ersterLiniebestimmte 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 zurückzuführen².

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

² 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 option³“.

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 Leihmutterchaft 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 aufzuoktroymieren 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 können⁴.

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 – nun 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 alleauf 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

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

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

Dr Nataša Hadžimanović,

Viši naučni istraživač,

Maks Plank Institut za uporedno i međunarodno privatno pravo,

Hamburg, Nemačka

PRINUDA ILI SLOBODA: POVERLJIVI I ANONIMNI POROĐAJ

Rezime

U Nemačku regulativu je 2014. godine uveden koncept "anonimnog porođaja", koji se oslanja na tradiciju francuskog instituta accouchement sous X. Nova regulativa ima za cilj da da reguliše koncept anonimnog porođaja, čime bi se onemogućilo ženama, koje iz nekog razloga žele ili moraju da sakriju svoju trudnoću, da izvrše porođaj u tajnosti a zatim ostave dete bez zaštite, ne navodeći bilo kakve lične podatke. U radu se istražuje u kojoj meri se novom regulativom postiže pravedno odmeravanje interesa: prava žene na anonimnan porođaj i prava deteta da sazna svoj identit i biološko poreklo.

Ključne reči: *poverljivi i anonimnan porođaj, accouchement sous X, tajni porođaj, filozofija slobode, komparativno porodično pravo, francusko pravo, nemačko pravo.*

PRAVO GRAĐENJA

Apstrakt: Pravo građenja je novo stvarno pravo u zakonodavstvu zemalja nastalih na prostoru bivše jugoslovenske države. Radi se o pravnom institutu koji daje mogućnost pravnog razdvajanja zemljišta i zgrade izgrađene na tom zemljištu. Osnivanjem prava građenja načelo superficies solo cedit, umjesto između zemljišta i zgrade, primijenjuje se između prava građenja i zgrade, tako da je zgrada pripadnost prava građenja, a ne zemljišta na kome je izgrađena kako bi to bio slučaj da nema prava građenja. Pravo građenja, na neki način, preuzima ulogu zemljišta. Zgrada se može pravno odvojiti od zemljišta i to upravo pravom građenja, ali se ne može odvojiti zgrada od prava građenja jer se radi o jedinstvenoj pravnoj nepokretnosti. U skladu sa tim, ne može jedno lice biti nosilac prava građenja, a drugo vlasnik zgrade, već je to uvijek jedno te isto lice. Pravo građenja ima dvostruku pravnu prirodu tako da ono istovremeno predstavlja i opterećenje zemljišta na kome je osnovano i samostalnu nepokretnost u pravnom smislu.

Ključne riječi: pravo građenja, nepokretnost, pravno jedinstvo nepokretnosti, zemljište, zgrada, upis u javnu evidenciju.

1. Uvod: Pravo građenja na jugoslovenskom pravnom području

Od rimskog prava do danas postoje ili su postojale različite pravne konstrukcije koje su omogućavale pravno razdvajanje zgrade od zemljišta na kojem je zgrada izgrađena (Tajić, 2005: 47; Simonetti, 2003: 395 i dalje; Knežić-Popović, 1982: 241 i dalje; Puhan, 1953: 332; Vuković, 1947: 522). Pravni stručnjaci su ponudili, a zakonodavac prihvatio rješenja koja su bila prihvatljiva za određene političko-pravno-ekonomske uslove.

* r.jotanovic@pravobl.org

Tako je i u ranijem, tzv. jugoslovenskom pravnom sistemu, u skladu sa socijalističkim društveno-ekonomskim uređenjem koje se zasnivalo na društvenoj svojini, uveden institut poznat kao „pravo korišćenja“ koji je imao nekoliko pojava formi.

„Pravo korišćenja“ je bio hibridni naziv koji su pravници prilagodili tadašnjim pravno-političkim prilikama koje su favorizovale društvenu nauštrb privatne svojine. Brojnim zakonskim propisima izvršen je prelazak (građevinskog) zemljišta iz privatne u društvenu svojinu,¹ a potom je na zemljištu u društvenoj svojini došlo do konstituisanja raznih oblika „prava korišćenja“ (pravo upravljanja, korišćenja i raspolaganja, privremeno pravo korišćenja na neizgrađenom građevinskom zemljištu, pravo prvenstvenog korišćenja (pravo preče gradnje), pravo korišćenja radi izgradnje i trajno pravo korišćenja).

Trajno pravo korišćenja je bilo surogat prava građenja jer je pravno odvajalo zgradu od zemljišta, tako da su i titulari bili različiti: zemljište u društvenoj svojini, a zgrada u svojini nosioca prava trajnog korišćenja. Trajno pravo korišćenja je bilo vezano za zgradu i moglo se prenositi samo zajedno sa zgradom. Osnovna uloga koju je trajno pravo korišćenja imalo bila je zadovoljavanje stambenih (prostornih) potreba građana. Ako to ne bi bio slučaj, trajno pravo korišćenja bi prestalo.

Za vrijeme dok je na području bivše jugoslovenske države egzistiralo pravo korišćenja, u modernim evropskim državama, kao što su Austrija i Njemačka koje su zasnovane na kapitalističkim (tržišnim) uslovima privređivanja, funkcionisalo je pravo građenja. Upravo su austrijski i njemački propisi o pravu građenja² bili uzor prilikom normiranja prava građenja u pravnim sistemima država koje su pripadale ranijem jugoslovenskom pravnom krugu. Tako je Slovenija u Stvarnopravnom zakoniku (SPZRS) regulisala institut „stavbna pravica“,³ Hrvatska je u Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (ZVRH) regulisala pravo građenja,⁴ Makedonija je u Zakonu o građevinskom zemljištu⁵ i Zakonu o privatizaciji i zakupu na građevinskom zemljištu u državnoj

1 Osnovni zakon o eksproprijaciji, *Službeni list FNRJ*, 28/47; Zakon o eksproprijaciji, *Službeni list FNRJ*, 12/57; Zakon o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta, *Službeni list FNRJ*, 52/58 i dr.

2 Njemačka Uredba o nasljednom pravu građenja od 15. 01. 1919. godine i izmjenama od 21. 09. 1994. godine i austrijski Zakon o pravu građenja od 26. 04. 1912. godine i izmjenama od 30. 06. 1977. godine i 25. 04. 1990. godine.

3 Čl. 256–265 Zakona, *Uradni list*, 87/02 i 91/13.

4 Čl. 280–296 Zakona, *Narodne novine*, 91/96, 68/98, 137/99, 22/00 i 73/00.

5 *Službeni vesnik*, 17/11 i 53/11.

svojini⁶ regulisala pravo dugoročnog zakupa na građevinskom zemljištu, Republika Srbija je u Prednacrta Građanskog zakonika: peta knjiga – Stvarno pravo (PGZRS)⁷ regulisala pravo građenja (čl. 300–323), dok u Bosni i Hercegovini zbog složenog (ustavno)pravnog uređenja postoje tri zakona koji regulišu pravo građenja i to: Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Brčko Distrikta (ZVBDBiH, čl. 74–90),⁸ Zakon o stvarnim pravima Republike Srpske (ZSPRS, čl. 286–302)⁹ i Zakon o stvarnim pravima Federacije Bosne i Hercegovine (ZSPFBiH, čl. 298–314).¹⁰ Crna Gora iako je donijela Zakon o svojinsko-pravnim odnosima¹¹ njime nije regulisala pravo građenja kao novi stvarnopravni institut.

2. Pojam prava građenja

U pravu Republike Srpske pravo građenja se definiše kao „... ograničeno stvarno pravo na nečijem zemljištu koje daje ovlašćenje svom nosiocu da na površini zemljišta ili ispod nje ima vlastitu zgradu, a vlasnik zemljišta dužan je to da trpi“.¹² Na sličan način pravo građenja definisano je i u pravu Federacije BiH (čl. 298, st. 1), Brčko Distrikata BiH (čl. 74, st. 1) i Republike Hrvatske (čl. 280, st. 1), jer institucija prava građenja u ovim državama ima zajednički nazivnik u austrijskom pravu građenja i njemačkom nasljednom pravu građenja.

Analizom navedene definicije prava građenja odmah se uočava sintagma „nečije zemljište“ koju je u definiciji upotrijebio zakonodavac. Ona može imati više značenja: da se pravo građenja može osnovati samo na zemljištu koje se nalazi u svojini određenog titulara (nečije zemljište), a ne i na zemljištu bez titulara. Zatim, da se ne može osnovati na opštim ili javnim dobrima, osim ako posebnim zakonom to nije regulisano,¹³ s tim da se na ovim dobrima može pravno odvojiti zgrada od zemljišta

6 Službeni vesnik, 4/05, 13/07, 165/08, 146/09, 18/11 i 51/11.

7 Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije, peta knjiga-Stvarno pravo, Nezvanična skica odredaba (prva verzija) samo za sopstvenu upotrebu čitalaca kojima je upućena, Beograd, decembra, 2014. godine.

8 Službeni glasnik, 11/01, 40/04, 19/07 i 8/03.

9 Službeni glasnik, 124/08, 58/09 i 95/11.

10 Službene novine, 66/13.

11 Službeni list, 19/09.

12 Čl. 286. st. 1. ZSPRS.

13 Čl. 7 ZSPRS; čl. 7 ZSPFBiH; čl. 3 i čl. 35 ZVRH.

putem koncesije.¹⁴ S druge strane, svako fizičko i pravno lice može biti nosilac prava svojine i drugih stvarnih prava,¹⁵ tako da se na zemljištu u svojini države (republike), jedinica lokalne samouprave (gradovi ili opštine) i dr. pravnih lica javnog prava,¹⁶ može osnovati pravo građenja kao i na zemljištu u svojini fizičkih i dr. pravnih lica, osim ako poseban zakon ne određuje nešto drugo.¹⁷ Tako je stupanjem na snagu ZVBD dotadašnje pravo upravljanja, korišćenja i raspolaganja na zemljištu koja je imao Brčko Distrik BiH *ex lege* pretvoreno u pravo svojine, a trajno pravo korištenja na zgradi izgrađenoj na takvom zemljištu pretvoreno je u pravo građenja.¹⁸

Čini se ipak da je sintagma „nečije zemljište“ upotrijebljena da bi se napravila razlika u odnosu na sintagmu „tuđe zemljište“. Naime, ova druga upućuje na zaključak da se pravo građenja može osnovati samo na zemljištu koje je u svojini drugog lica, tj. nosilac prava građenja i vlasnik zemljišta su dva različita, a ne ista lica. Međutim, u pravnim sistemima većine zemalja koje su regulisale pravo građenja omogućeno je da isto lice može istovremeno biti u ulozi oba titulara.¹⁹ To proizilazi ne samo iz formulacije „nečije zemljište“, već je i eksplicitno regulisano u okviru odredbi o pravu građenja, kao što je to i učinjeno u pravu Republike Srpske: „*Vlasnik zemljišta može biti nosilac prava građenja na svome zemljištu*“.²⁰ Ovo svojstvo vlasnik zemljišta može steći na način da „izvorno“ osnuje pravo građenja u svoju korist kao i na način da u slučaju prestanka prava građenja konsolidacijom zadrži pravo građenja na svom zemljištu. Svrha osnivanja prava građenja na vlastitom zemljištu može biti obezbjeđivanje prvenstvenog ranga u javnoj evidenciji, jer pravo građenja ima prioritet u odnosu na sva druga ograničena stvarna prava

14 Čl. 7, st. 4 ZSPRS; čl. 7, st. 6 ZSPFBiH i čl. 3, st. 4 ZVRH.

15 Čl. 3, st. 1 ZSPRS; čl. 3, st. 1 ZSPFBiH i čl. 1, st. 1 ZVRH.

16 Čl. 22 ZSPRS; čl. 22 ZSPFBiH i čl. 35 ZVRH.

17 U PGZRS, u okviru odredbi o pravu građenja, eksplicitno je regulisano da mogućnost zasnivanja prava građenja imaju pojedina javnopravna i privatnopravna pravna lica (čl. 301, st. 2), kao i fizička lica (čl. 301, st. 2).

18 Čl. 205, st. 1 i 2 ZVBD.

19 Izuzetak je PGZRS gdje se u definiciji prava građenja navodi da se ra di o ograničenom stvarnom pravu imao ca na „tuđem zemljištu“ (čl. 300, st. 1). Među tim, iako nije dozvoljeno „izvorno“ osnovati pravo građenja na vlastitom zemljištu, to je moguće u slučaju prestanka prava građenja: „...*ali sopstvenik ako hoće može zadržati postojanje prava građenja na svom zemljištu*“, čl. 318, st. 3 PGZRS.

20 Čl. 290, st. 2 ZSPRS.

koja opterećuju zemljište,²¹ time se povećava i vrijednost zemljišta (Medić, 2011: 211) i dr.

U okviru odredbe o pravu građenja kao pravu na „nečijem zemljištu“ proističe i mogućnost različitog pravnog režima na zgradi ispod i/ili iznad zemljišta i samog zemljišta. Zgrada kao objekat prava građenja može biti izgrađena ne samo na površini zemljišta, već i ispod njegove površine,²² tako da se pravo građenja može osnovati na površini zemljišta u korist jednog lica, ispod površine zemljišta u korist drugog lica ili jedno i drugo u korist istog lica ili vlasnika zemljišta, a vlasnik zemljišta može za sebe osnovati pravo građenja na površini ili ispod površine zemljišta (Simonetti, 2013: 6).

3. Obavezan sadržaj prava građenja

Osnovni sadržaj prava građenja jeste ovlaštenje da se ima pravo svojine na zgradi iznad ili ispod površine zemljišta. Pri tome, nosilac prava građenja ne može imati veća ovlaštenja nego što ih ima sam vlasnik zemljišta da na svom zemljištu gradi zgradu (Medić, 2011: 210). Zemljište i zgrada izgrađena na zemljištu po osnovu prava građenja zajedno predstavljaju samostalnu nepokretnost u pravnom smislu. Takav pravni režim proističe iz prirode prava građenja jer je ono ne samo teret zemljišta kao prirodne nepokretnosti koju opterećuje, već se pravno odvaja od zemljišta i (zajedno sa zgradom) predstavlja samostalnu nepokretnost u pravnom smislu, pa možemo reći da na neki način ima dvostruki pravni život (Medić, 2011: 208). Kad ne bi bilo prava građenja zgrada bi po principu *superficies solo cedit* bila priraštaj zemljišta i kao takva pripadala vlasniku zemljišta. Međutim, pravo građenja upravo omogućuje primjenu ovog principa na način da sada važi između prava građenja i zgrade izgrađene na pravu građenja, a ne više između zgrade i zemljišta na kome je izgrađena. Štaviše, može se reći da princip *superficies solo cedit* ima jače pravno dejstvo između prava građenja i zgrade, nego između zemljišta i zgrade, jer se zgrada (pravno) može odvojiti od zemljišta i to upravo pravom građenja, a ne postoji način da se (pravno) odvoji zgrada od prava građenja. Zgrada izgrađena na pravu građenja nije samostalan objekat prava svojine ili drugog stvarnog prava nezavisno od prava građenja, kao što je to u odnosu na zemljište na kome

21 V. čl. 294, st. 3 ZSPRS; čl. 306, st. 4 ZSPFBiH; čl. 288, st. 2 ZVRH i čl. 83, st. 2 ZVBDBiH.

22 Čl. 286, st. 1 ZSPRS; čl. 298, st. 1 ZSPFBiH; čl. 280, st. 1 ZVRH; čl. 74, st. 1 ZVBDBiH i čl. 300, st. 2 (alternativa čl. 300, st. 1) PGZRS.

je izgrađena, tj. ne može jedno lice biti vlasnik zemljišta, a drugo nosilac prava građenja, već je to uvijek jedno te isto lice.

Po definiciji, pravo građenja se može osnovati na zgradi koja je već izgrađena ili koja će tek biti izgrađena.²³ Stoga, može se postaviti pitanje kakav je pravni režim prava građenja bez zgrade, a kakav sa izgrađenom zgradom, odnosno radi li se o istom pravnom režimu? Pravo svojine na zgradi iznad ili ispod površine zemljišta može se steći na dva načina: izgradnjom zgrade na neizgrađenom građevinskom zemljištu ili pravnim odvajanjem izgrađene zgrade od zemljišta na jedan od sljedećih načina: otuđenjem zgrade, a zadržavanjem prava svojine na zemljištu ili obrnuto, otuđenjem zemljišta, a zadržavanjem prava svojine na zgradi ili otuđenjem zgrade jednom licu, a zemljišta drugom licu ili razdvajanjem zemljišta i zgrade u svojini istog lica (Simonetti, 2013: 7).

Dakle, pravo građenja može postojati sa ili bez izgrađene zgrade, i u zavisnosti od toga u pravnom prometu (otuđenje, nasljeđivanje i opterećenje) se može „kretati“ na dva načina: sa zgradom ili bez zgrade. Međutim, ukoliko bi se konstantno vršio pravni promet prava građenja bez izgrađene zgrade onda bi to bilo protivno samom cilju zbog kojeg je pravo građenja ustanovljeno kao stvarno pravo *numerus clausus* i predstavljalo bi neko drugo pravo obligacionopravnog karaktera. Zbog toga se pravo građenja uvijek osniva u cilju izgradnje zgrade. Ukoliko nosilac prava građenja u određenom vremenskom periodu ne bi izgradio zgradu, onda bi vlasnik zemljišta sudskim putem mogao zahtijevati ukidanje prava građenja.²⁴ Kako bi se spriječile zloupotrebe prava građenja zakonodavac bi trebao odrediti kraće rokove kojim bi se sankcionisala neaktivnost nosioca prava građenja kao što je to učinjeno u PGZRS,²⁵ a za razliku od rješenja u ZVRH.²⁶

Ono oko čega bi se, takođe, zakonodavac trebao eksplicitno izjasniti jeste i momenat kad se smatra da je zgrada izgrađena, jer i po ovom pitanju bi moglo doći do zloupotrebe prava građenja time što bi se zgrada samo

23 Čl. 286, st. 3 ZSPRS; čl. 298, st. 3 ZSPFBiH i čl. 280, st. 3 ZVRH.

24 Čl. 299, st. 1 i 2 ZSPRS; čl. 311, st. 1 i 2 ZSPFBiH; čl. 88, st. 1 ZVBDBiH i čl. 294, st. 1 i 2 ZVRH.

25 U čl. 316, st. 1 i 2 PGZRS određen je rok od dvije godine za početak izgradnje zgrade, odnosno rok od 10 godina za njen završetak, računajući od dana zaključenja ugovora kojim se osniva pravo građenja.

26 U čl. 294, st. 1 i 2 ZVRS određen je rok od 20 godina za izgradnju zgrade, odnosno 6 godina ako je zgrada bila izgrađena pa je srušena.

započela graditi ili bi se izgradila u određenom obimu, a nije izvjesno vrijeme njenog stavljanja u funkciju za koju je namijenjena. Rješenja zakonodavca u tom pogledu mogu biti različita i kretati se od momenta izgradnje prve stropne konstrukcije (ploče), pa do dobijanja upotrebne dozvole. Smatramo da nijedno ekstremno rješenje od navedenih nije dobro i da je prihvatljivo neko srednje rješenje koje bi omogućilo ostvarivanje stvrhe prava građenja, uz istovremeno određivanje pojma zgrade nezavisno od toga da li se ili ne gradi na pravu građenja.²⁷ Tako npr. jedan od bitnih uslova za pojam zgrade jeste njena trajna veza sa nepokretnošću na kojoj se nalazi,²⁸ što znači da privremeni objekti (montažni objekti, kiosci i dr.) nisu pripadnost zemljišta, pa samim tim ni prava građenja. Pored toga, potrebno je razmotriti mogućnost da objekat prava građenja, pored zgrade, mogu biti i druge građevine, odnosno građevinski objekti kao npr. kanali za navodnjavanje, cjevovodovi raznih namjena, žičare, sportski tereni i dr., koji se od zemljišta odvajaju uglavnom pravom službenosti ili koncesijom. U svakom slučaju: *„Pojam zgrade nije univerzalan već ovisi o konkretnom pravnom uređenju, dometu ustanove prava građenja, odnosno interpretaciji ove pravne ustanove prema konkretnim okolnostima uzimajući u obzir pravno shvaćanje koje se oblikovalo u određenom pravnom poretku* (Simonetti, 2013: 10).

Kao *essentialia negotii* (zakonska sadržina) pravnog posla kojim se osniva pravo građenja moraju se navesti podaci o zgradi koja će se izgraditi. To se čini sporazumno između vlasnika zemljišta i nosioca prava građenja inače bi ovaj drugi mogao izgraditi zgradu bilo kakve namjene, dimenzija i dr., a projektna dokumentacija zgrade treba da se nalazi u prilogu ugovora o osnivanju prava građenja. Osim toga, potrebno je uzeti u obzir i odgovarajuće zakonske odredbe kojima se regulišu dokumenti prostornog uređenja (urbanistički projekti i planovi), kako bi se utvrdilo da li je na određenom zemljištu dozvoljeno građenje, zatim vrsta, spratnost i drugi uslovi za izgradnju zgrade. Ovi elementi ne utiču na punovažnost ugovora o osnivanju prava građenja, već samo na mogućnost njegovog izvršenja, ali se svaki ugovor, pa i ovaj, zaključuje s ciljem da proizvede određeno pravno dejstvo, a u ovom slučaju to je izgradnja odgovarajuće zgrade.

27 Prema čl. 3, st. 1, t. lj), Zakona o uređenju prostora i građenju, *Službeni glasnik Republike Srpske*, 40/13: *„Zgrada je objekat čiju građevinsku cjelinu čine horizontalni i vertikalni elementi i krov (sa svim instalacijama i opremom), koji čine funkcionalnu cjelinu, a namijenjena je za stanovanje ili obavljanje određenih djelatnosti ili funkcija“.*

28 Prema čl. 6 ZSPRS: *„Nepokretnosti su čestice zemljišne površine, zajedno sa svim onim što je sa zemljištem trajno (podvukao R. J.) spojeno na površini ili ispod nje, ako zakonom nije drugačije određeno“.*

Pored navođenja svih podataka koji se odnose na zgradu, obavezna sadržina ugovora o osnivanju prava građenja su i podaci o zemljištu iz javne evidencije. Ugovorom se, takođe, mora regulisati i način korišćenja dijela zemljišta na kojem nije izgrađena zgrada, a na kojem nosilac prava građenja ima ovlaštenja i dužnosti plodouživaoca.²⁹ Analogna primjena odredbi zakona o prestanku plodouživanja regulisana je i prilikom prestanka prava građenja, s tim da ova odredba u ugovoru može biti *essentialia negotii* ili *naturalia negotii*,³⁰ što znači da vlasnik zemljišta i lice kojem je prestalo pravo građenja mogu i drugačije urediti svoje odnose, a ne na način kako je to regulisano imperativnim pravilima Zakona koja regulišu prestanak plodouživanja.

Essentialia negotii pravnog posla o osnivanju prava građenja može biti i odredba koja reguliše naknadu koja pripada vlasniku zemljišta,³¹ iako je u većini pravnih sistema ova odredba *naturalia negotii*,³² što znači da autonomija volje ugovornih strana ima prioritet u odnosu na zakonsko rješenje. Poštujući načelo autonomije volje mogu se ugovoriti različiti modeli (ne)plaćanja naknade vlasniku zemljišta: da se ne plaća nikakva naknada, da se naknada plaća u drugačijim vremenskim intervalima, a ne mjesečno, da se naknada plaća u postotku mjesečne zakupnine, da se daje, čini ili trpi nešto drugo umjesto plaćanja naknade itd. (*Simonetti*, 2002: 24). Odstupanje od načela autonomije volje postoji u slučaju kad je vlasnik zemljišta država, odnosno jedinica lokalne samouprave, u kom slučaju je za zemljište potrebno odrediti naknadu utvrđenu po tržišnoj cijeni.³³

Međutim, u cilju ostvarenja osnovne, socijalne funkcije prava građenja bilo bi dobro omogućiti pripadnicima određenih socijalnih kategorija stanovništva da uopšte ne plaćaju ili da plaćaju manju naknadu od tržišne, čime bi država koja je vlasnik građevinskog zemljišta efikasno riješila pitanje beskućnika izgradnjom tzv. socijalnih stanova.³⁴

29 Čl. 287, st. 1 ZSPRS; čl. 299, st. 1 ZSPFBiH; čl. 75, st. 1 ZVBDBiH i čl. 281, st. 1 ZVRH.

30 U Republici Srpskoj i Brčko Distriktu BiH je to *essentialia negotii*, v. čl. 300, st. 2 ZSPRS i čl. 89, st. 1 ZVBDBiH, dok je u Federaciji BiH i Republici Hrvatskoj to *naturalia negotii*, v. čl. 312, st. 2 ZSPFBiH i čl. 295, st. 2 ZVRH.

31 Čl. 287, st. 2 ZSPRS.

32 Čl. 299, st. 2 ZSPFBiH; čl. 75, st. 2 ZVBDBiH i čl. 281, st. 2 ZVRH.

33 Čl. 363, st. 1 ZSPFBiH; čl. 209, st. 1 ZVBDBiH i čl. 391, st. 1 ZVRH.

34 Takvo rješenje je prihvaćeno u Republici Hrvatskoj, v. čl. 391, st. 2 ZVRH.

4. Mogući sadržaj prava građenja

Pored obaveznog (zakonskog, promjenljivog, esencijalnog) sadržaja prava građenja koji je regulisan imperativnim (kogentnim) normama i koji je kvantitativno manjeg obima, ugovor o osnivanju prava građenja (ili o promjeni sadržaja) može imati i neobavezni (mogući, ugovorni, varijabilni, akcidentalni) sadržaj određen voljom vlasnika zemljišta i nosioca prava građenja. Odredbama zakona koje regulišu pravo građenja eksplicitno nije određen ugovorni sadržaj prava građenja,³⁵ već je ugovornim stranama ostavljena mogućnost da to same urade u granicama slobode ugovaranja. Ukoliko slučajni sastojci pravnog posla nisu ugovoreni, pravo građenja postoji i bez njih. Međutim, ako se ugovore, ovi sastojci postaju obavezujući za ugovorne strane (*inter partes*), a upisom u javnu evidenciju obavezuju i sva treća lica (*erga omnes*). Bez upisa u javnu evidenciju, slučajni sastojci pravnog posla o osnivanju prava građenja zadržavaju svoju obligacionopravnu prirodu tako da i ne čine njegov sadržaj, a samim upisom postaju integralni dio njegovog zakonskog sadržaja (Simonetti, 2013: 20).

Ugovorni sadržaj prava građenja u zakonima država jugoslovenskog pravnog područja uglavnom je neodređen ili indirektno određen. Tako je regulisano da je pravo građenja otuđivo i nasljedivo pravo.³⁶ Međutim, može se ugovoriti i drugačiji pravni režim u smislu da se otuđenje prava građenja uslovi saglasnošću vlasnika zemljišta. Otuđenje prava građenja moguće je ograničiti na određenu socijalnu kategoriju stanovništva (mladi bračni parovi, invalidi, penzioneri, boračke kategorije i sl.), što je u skladu sa njegovom socijalnom funkcijom. Zabrana otuđenja može biti ugovorena za određeni vremenski period. U svakom slučaju, nezavisno od toga da li je uslovljeno saglasnošću vlasnika zemljišta,

35 Za razliku od rješenja u bivšim jugoslovenskim državama, njemačka Uredba o nasljednom pravu građenja veoma iscrpno reguliše mogući sadržaj nasljednog prava građenja i to: obavezu podizanja, održavanja i načina u potrebe zgrade, obavezu osiguranja zgrade od požara i drugih rizika i obavezu ponovnog građenja u slučaju razaranja zgrade; obavezu snošenja javnih dažbina i trpljenja određenih privatnopravnih opterećenja; obavezu nosioca prava građenja da u slučaju nastupanja određenih pretpostavki prenese zgradu u svojinu vlasnika zemljišta (nazadkupnja); obavezu nosioca prava građenja da sukcesivno plaća odgovarajuću naknadu vlasniku zemljišta; obavezu vlasnika zemljišta da nosiocu prava građenja ponudi produžetak nasljednog prava građenja i prvenstveno pravo obnavljanja, odnosno ponovnog osnivanja nasljednog prava građenja (§2), kao i obavezu da nosilac prava građenja ne može otuđiti ili opteretiti nasljedno pravo građenja sa zgradom ili povećati opterećenje bez saglasnosti vlasnika zemljišta (§5).

36 Čl. 291, st. 1 ZSPRS; čl. 303, st. 1 ZSPFBiH; čl. 79, st. 1 ZVBDBiH i čl. 285, st. 1 ZVRH.

pravo građenja se može otuđiti samo pod jednakim (istim) uslovima pod kojima je i osnovano ili stečeno, što proističe iz načela *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*. Time se osigurava da se svrha prava građenja ne mijenja ili bar ne mijenja u značajnom dijelu (Tajić-Velić, 2006: 470).

Pravo građenja se može opteretiti službenostima, realnim teretima, založnim pravom, zemljišnim dugom, kao i na svaki drugi način u skladu sa zakonom.³⁷ To je u skladu sa njegovom pravnom prirodom da se radi o nepokretnosti u pravnom smislu, a svaka nepokretnost se može opteretiti svim vrstama tereta regulisanim zakonom koji reguliše stvarna prava. Posebno značajno za nosioca prava građenja jeste mogućnost opterećenja založnim pravom – hipotekom u cilju realizacije stambenog kredita za izgradnju zgrade. Moguće je ugovoriti i zabranu opterećenja prava građenja bez saglasnosti vlasnika zemljišta. Može se ugovoriti i zabrana ili ograničenje prava nadogradnje, dogradnje ili pregradnje zgrade.

Jedan od načina ograničenja prava građenja jeste i u slučaju ugovornog prava preče kupovine.³⁸ Ovo pravo može imati vlasnik zemljišta (nazadkupnja) ako se ne izgradi zgrada u određenom roku, ako se zgrada ne koristi radi ostvarivanja svrhe prava građenja i dr. Isto tako, nosilac prava građenja može imati pravo preče kupovine zemljišta (pravo prvokupa) u slučaju da se vlasnik zemljišta odluči na njegovu prodaju. Ukoliko bi došlo do realizacije prava preče kupovine u ovim slučajevima pravo građenja ne bi prestalo, jer vlasnik zemljišta može biti nosilac prava građenja na svom zemljištu.³⁹ Ovo je posebno značajno za zaštitu titulara pojedinih stvarnih prava koja bi prestankom prava građenja prestala konsolidacijom.

Za razliku od njemačkog i austrijskog prava,⁴⁰ u pravnim sistemima zemalja koje su pripadale jugoslovenskom pravnom krugu vremenski

37 Čl. 291, st. 2 ZSPRS; čl. 303, st. 2 ZSPFBiH; čl. 79, st. 2 ZVBDBiH i čl. 285, st. 2 ZVRH.

38 Prema čl. 312 PGZRS i čl. 79, st. 4 ZVBDBiH, pravo preče k upovine vlasnika zemljišta, odnosno nosioca prava građenja je zakonsko.

39 Drugačije rješenje je u PGZRS, gdje pravo građenja može postojati samo na tuđem zemljištu pa bi ugovaranje prava preče kupovine u korist vlasnika zemljišta ili nosioca prava građenja au tomatki dovelo i do prestanka prava građenja, izuzev ako se ne zadrži postojanje prava građenja na svom zemljištu (čl. 318, st. 3).

40 U Njemačkoj je to period između 75 i 99 godina, a u Austriji, po Zakonu o pravu građenja, je to bio period između 30 i 80 godina, da bi Novelama od 25. 04. 1990. godine, taj period normiran od 10 do 100 godina. PGZRS, takođe, u čl. 314, st. 1 ograničava vrijeme trajanja prava građenja na 100 godina.

nije ograničeno (maksimalno) trajanje prava građenja. To ne isključuje mogućnost njegovog osnivanja na određeni (duži) vremenski period, što potvrđuje i odredba o prestanku prava građenja u okviru koje je kao jedan od načina prestanka predviđen i „istek ugovorenog roka“.⁴¹ Ali, ako se i ugovori vrijeme trajanja prava građenja, uvijek postoji mogućnost njegovog produženja.⁴² Ugovaranje roka može biti od uticaja na mogućnost konstituisanja hipoteke, jer prestankom prava građenja (istekom ugovorenog roka) prestaje i hipoteka koja ga opterećuje čime pravni položaj povjerioca može biti ugrožen.

Slično roku, ugovorne strane mogu dogovoriti i prestanak prava građenja pod raskidnim uslovom.⁴³ Zakonom je predviđena mogućnost da vlasnik zemljišta može od suda zahtijevati ukidanje prava građenja ako se zgrada ne izgradi u roku od deset godina, odnosno ako nije ponovo izgrađena u roku od šest godina u slučaju rušenja.⁴⁴

Nezavisno od toga može se ugovoriti bilo koji raskidni uslov koji je u skladu sa pravnim poretkom.⁴⁵ Tako se prestanak prava građenja može ugovoriti ako se ne plaća ugovorena naknada (renta), ako se mijenja (bitnije) namjena zgrade bez pristanka vlasnika zemljišta ili se (teže) povrijede druge ugovorne obaveze.⁴⁶ Kao i ugovaranje prava građenja na određeni vremenski period, tako i ugovaranje pod raskidnim uslovom dovodi do neizvjesnosti njegovog trajanja „... koja je nužna u pravnom prometu radi pravne sigurnosti osobito u slučaju hipotekarnog zalaganja“ (Simonetti, 2011: 8).

Pored navedenih ugovornih sastojaka, pravo građenja se može ograničiti ili dopuniti i drugim slučajnim sastojcima pravnog posla kojim se osniva ili preinačava sadržaj prava građenja ukoliko nisu suprotni imperativnim propisima, odnosno pravnoj prirodi prava građenja. Tako npr. još se može ugovoriti teret snošenja različitih (javnih) tereta na

41 Čl. 298, st. 1 ZSPRS i čl. 310, st. 1, t. 4 ZSPFBiH, dok je u čl. 86, st. 2 ZVBDBiH i čl. 292, st. 1 ZVRH regulisano samo „istekom roka“, bez navođenja da se radi o „ugovorenom“ roku.

42 Tako je i regulisano u čl. 314, st. 3 PGZRS.

43 Prema § 4, st. 1 austrijskog Zakona o pravu građenja i § 11, st. 1 Njemačke Uredbe o nasljednom pravu građenja, pravo građenja se ne može ograničiti raskidnim uslovom.

44 Čl. 299, st. 1 i 2 ZSPRS i 311, st. 1 i 2 ZSPFBiH. U čl. 88, st. 1 ZVBDBiH regulisan je samo rok od 10 godina za izgradnju zgrade, dok je u čl. 294, st. 1 ZVRH ovaj rok je regulisan u trajanju od 20 godina. U čl. 316 PGZRS, pored roka od deset godina za izgradnju zgrade, regulisan je i rok od dvije godine do čijeg isteka nosilac prava građenja mora započeti sa izgradnjom zgrade.

45 V. čl. 75 Zakona o obligacionim odnosima, „Službeni glasnik SFRJ“, br. 29/78.

46 Čl. 315, st. 1 PGZRS.

zgradi ili zemljištu, način korišćenja (preostalog) zemljišta nakon izgradnje zgrade, obaveza osiguranja zgrade od različitih rizika, obaveza (redovnog i vanrednog) održavanja zgrade, mogućnost osnivanja etažne svojine na izgrađenoj zgradi i dr.

5. Sticanje prava građenja

Zakoni regulišu dva načina osnivanja prava građenja: pravnim poslom ili odlukom suda.⁴⁷ Pravnim poslom pravo građenja se osniva uz ispunjenje zakonskih pretpostavki: da je osnivač upisan u javnu evidenciju kao vlasnik zemljišta, da postoji punovažan pravni osnov i da se izvrši (dvostruki) upis u javnu evidenciju.

Svaki upisani vlasnik zemljišta može osnovati pravo građenja u svoju ili korist drugog lica. Pri tome, na zemljištu ne mogu postojati bilo kakva ograničena stvarna prava kojima bi pravo građenja štetilo, odnosno potrebna je saglasnost titulara ovih prava za upis prava građenja.⁴⁸

Postoji i ograničenje za osnivača prava građenja ako se radi o zemljištu u svojini države ili jedinica lokalne samouprave, u kojem slučaju postoji obaveza raspisivanja javnog konkursa.⁴⁹ Ograničenja mogu postojati i u odnosu na strana fizička i pravna lica kada se primijenjuju odredbe zakona koje regulišu sticanje svojine stranih lica na nepokretnostima (*Simonetti*, 2006: 2 i dalje).

Pravni posao kojim se osniva pravo građenja može biti jednostrani ili dvostrani. Jednostrani pravni posao može biti testament u kojem će zavještalac (vlasnik zemljišta) odredbom o legatu konstituisati pravo građenja u korist legatara. Najčešći način osnivanja prava građenja je, ipak, dvostrani pravni posao i to ugovor koji zaključuju vlasnik zemljišta i nosilac prava građenja. Forma u kojoj se zaključuje ovaj ugovor je propisana posebnim zakonom, a u BiH to je Zakon o notarima.⁵⁰ Notarska obrada isprava je obavezna za sve pravne poslove čiji je predmet sticanje prava na nepokretnostima,⁵¹ a pošto je pravo građenja nepokretnost u pravnom smislu, onda se ove odredbe odnose i na pravo građenja. Pored uslova u pogledu forme, pravni posao kojim se osniva pravo građenja mora

47 Čl. 293, st. 1 ZSPRS; čl. 305, st. 1 ZSPFBiH; čl. 80, st. 1 ZVBDBiH i čl. 286, st. 1 ZVRH.

48 Čl. 294, st. 3 ZSPRS; čl. 306, st. 3 ZSPFBiH; čl. 83, st. 2 ZVBDBiH i čl. 288, st. 2 ZVRH.

49 Čl. 348, st. 1 ZSPRS; čl. 363, st. 1 ZSPFBiH; čl. 209, st. 1 ZVBDBiH i čl. 391, st. 1 ZVRH.

50 „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 86/04, „Službene novine Federacije BiH“, br. 45/02 i „Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH“, br. 9/03.

51 Čl. 68, st. 1, t. 4 Zakona o notarima Republike Srpske i čl. 73, st. 1, t. 4 Zakona o notarima Federacije BiH, i čl. 47, st. 1, t. 4, Zakona o notarima Brčko Distrikta BiH.

sadržavati i *clausulu intabulandi*, mada ova klauzula može biti sadržana i u posebnoj ispravi sačinjenoj, takođe, u formi notarski obrađene isprave.

Pravni posao je pravni osnov za sticanje prava građenja, a način njegovog sticanja u ovom slučaju je upis u javnu evidenciju. Upis u javnu evidenciju prava građenja je specifičan, u skladu sa njegovom pravnom prirodom. Naime, pravo građenja se stiče tzv. dvostrukim upisom i to tako da se ovo pravo upiše u zemljišnoknjižni uložak zemljišta kao njegovo opterećenje i to sa prvim rang mjestom, a potom se otvara novi zemljišnoknjižni uložak prava građenja. U list „A“ novoosnovanog zemljišnoknjižnog uloška prava građenja upisuju se podaci o pravu građenja i zgrada koja je izgrađena ili na kojoj je osnovano pravo građenja. Takođe, ovdje je potrebno označiti opterećeno zemljište i broj zemljišnoknjižnog uloška zemljišta, kao što se u teretnom listu zemljišta navodi broj zemljišnoknjižnog uloška prava građenja. Međusobnim upućivanjem na zemljišnoknjižne uloške zemljišta i prava građenja postiže se potpunost i preglednost javne evidencije i podvlači neodvojiva veza između prava građenja i zemljišta koje opterećuje.⁵² U list „B“ prava građenja upisuje se nosilac prava građenja i svaka naredna promjena nosioca u slučaju prenosa prava građenja, a u listu „C“ upisuju se eventualna opterećenja prava građenja.

Pravo građenja na osnovu sudske odluke može se osnovati u postupku diobe ili u ostavinskom postupku, kao i u drugim slučajevima određenim zakonom.⁵³ Diobom se pravo građenja može osnovati u postupku utvrđivanja suvlasničkih dijelova na nepokretnosti u zajedničkoj svojini i u postupku razvrgnuća suvlasničke zajednice (Simonetti, 2014: 310). Dioba između suvlasnika ili zajedničara može biti na osnovu sporazuma u okviru kojeg mogu dogovoriti i osnivanje prava građenja u korist pojedinih suvlasnika ili zajedničara na zemljištu koje prelazi u svojinu drugih suvlasnika ili zajedničara. Sud, takođe, svojom odlukom može u postupku diobe osnovati pravo građenja bez saglasnosti suvlasnika ili zajedničara, s tim da to može samo u postupku razvrgnuća suvlasničke zajednice, a ne i u postupku utvrđivanja suvlasničkih dijelova na nepokretnosti u zajedničkoj svojini (Simonetti, 2014: 313).

Sud će (ne i „može“) u ostavinskom postupku osnovati pravo građenja ako je zavještalac u testamentu, legatom ili nalogom, odredio osnivanje prava građenja u korist legatara ili korisnika naloga. U ovom slučaju odredba testamenta o

52 V. čl. 289 ZSPRS; čl. 301 ZSPFBiH; čl. 77 ZVBDBiH i čl. 283 ZVRH.

53 Čl. 295, st. 1 ZSPRS; čl. 305, st. 1 ZSPFBiH; čl. 82, st. 1 ZVBDBiH i čl. 289, st. 1 ZVRH.

legatu ili nalogu predstavlja posredan pravni osnov, a pravosnažna odluka suda neposredan pravni osnov za sticanje prava građenja.

Odredbama zakona je regulisano da se pravo građenja sudskom odlukom može osnovati i u drugim slučajevima određenim zakonom. Pošto zakonom koji reguliše stvarnopravne odnose nisu predviđeni ovi drugi slučajevi, to se može regulisati posebnim zakonima (*lex specialis*) kao što je npr. Zakon o eksproprijaciji.⁵⁴ Ovim zakonom se može regulisati da se na eksproprijisanoj nepokretnosti osnuje pravo građenja u korist korisnika eksproprijacije, ako je to u skladu sa ciljem eksproprijacije, npr. izgradnja zgrade.

Na osnivanje prava građenja odlukom suda primijenjuju se pravila o osnivanju službenosti odlukom suda,⁵⁵ a Zakonom je regulisano da se pravo službenosti odlukom suda stiče na način predviđen za njeno sticanje na osnovu pravnog posla.⁵⁶ To znači da pravosnažna sudska odluka predstavlja samo pravni osnov za osnivanje prava građenja, a ono se stiče dvostrukim upisom u javnu evidenciju.

Pravo građenja se, osim pravnim poslom i sudskom odlukom, može steći i primjenom načela pouzdanja u javnu evidenciju ako je sticalac bio savjestan (Medić, 2011: 214), na šta upućuje odredba koja reguliše da će se u pogledu osnivanja prava građenja, njegove promjene i prestanka, te u pogledu zaštite povjerenja u javnu evidenciju na odgovarajući način primijeniti odredbe Zakona koje se odnose na pravo svojine.⁵⁷ To praktično znači da se pravo svojine na nepokretnostima, pa samim tim i pravo građenja kao nepokretnost u pravnom smislu, može steći od nevlasnika (sticanje na osnovu zakona) ako je kao takav upisan u javnu evidenciju, a sticalac postupa sa povjerenjem u javnu evidenciju ne znajući da ono što je tamo upisano nije istinito i/ili potpuno (Jotanović, 2014: 554 i dalje).

Građenjem na tuđem pravu građenja, kao i prekoračenjem međe građenjem se, takođe, može steći pravo građenja od strane graditelja.⁵⁸ U tom slučaju

54 Zakon o eksproprijaciji, „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 112/06; Zakon o eksproprijaciji „Službene novine Federacije BiH“, br. 70/07; Zakon o eksproprijaciji nekretnina u Brčko Distriktu BiH, „Službeni glasnik Brčko Distrikta“, br. 26/04; Zakon o izvlaštenju, „Narodne novine“, br. 9/94.

55 Čl. Čl. 295, st. 2 ZSPRS; čl. 305, st. 2 ZSPFBiH; čl. 82, st. 2 ZVBDBiH i čl. 289, st. 2 ZVRH.

56 Čl. 195, st. 3 ZSPRS; čl. 207, st. 3 ZSPFBiH i čl. 226, st. 3 ZVRH. Prema čl. 141, st. 2 i 2 ZVBDBiH upis prava službenosti u javnu evidenciju nema konstitutivno dejstvo.

57 Čl. 294, st. 5 ZSPRS; čl. 306, st. 4 ZSPFBiH i čl. 288, st. 5 ZVRH.

58 Čl. 63 ZSPRS; čl. 63 ZSPFBiH; čl. 157 ZVRH i čl. 43 PGZRS.

se primijenjuju pravila koja važe za sticanje svojine građenjem na tuđem zemljištu, odnosno prekoračenjem međe građenjem. S obzirom na to da Zakon reafirmira primjenu načela *superficies solo cedit*, graditelj će neposredno steći pravo građenja samo u slučaju kad je savjestan, a nosilac prava građenja nesavjestan.⁵⁹

U pojedinim zakonodavstvima regulisana je i mogućnost sticanja prava građenja održajem. Tako npr. u njemačkom pravu moguće je tabularnim održajem steći pravo građenja pogrešnom uknjižbom po proteku roka od 30 godina.⁶⁰ Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije, takođe, reguliše mogućnost sticanja prava građenja održajem,⁶¹ ali ne sadrži dodatne odredbe o ovom načinu sticanja tako da bi se u ovom slučaju analogno mogle primijeniti odredbe o sticanju svojine na nepokretnostima putem održaja.⁶²

6. Prestanak prava građenja

Zakoni regulišu nekoliko razloga prestanka prava građenja: propašću opterećenog zemljišta, sporazumom, ovlašćenikovim odricanjem, istekom ugovorenog roka i ispunjenjem ugovorenog raskidnog uslova, rasterećenjem, ukidanjem, prestankom korisnika, zaštitom tuđeg povjerenja.⁶³ Međutim, nije detaljnije regulisan nijedan od navedenih slučajeva prestanka prava građenja, izuzev u slučaju prestanka ukidanjem⁶⁴. Da li je nastupio neki od razloga za prestanak prava građenja utvrđuje se pravosnažnom sudskom odlukom koja predstavlja samo pravni osnov, a pravo građenja će prestati tek brisanjem iz javne evidencije kao samostalnog zemljišnoknjižnog tijela i kao tereta zemljišta, tzv. dvostruko brisanje (Simonetti, 2011: 19).

Prestankom prava građenja brisanjem iz javne evidencije nastupaju određene pravne posljedice. Prvenstveno dolazi do uspostavljanja

59 V. čl. 59 ZSPRS; čl. 59 ZSPFBiH i čl. 152 ZVRH.

60 § 902 BGB-a.

61 Čl. 303.

62 V. čl. 29 PGZRS.

63 Čl. 298, st. 1 ZSPRS; čl. 310, st. 1, t. 1-5 ZSPFBiH; čl. 86, st. 2 ZVBDBiH; čl. 292, st. 1 ZVRH i čl. 315, st. 1 PGZRS reguliše još neke slučajeve prestanka prava građenja: neplaćanje ugovorne naknade, bitnija izmjena namjene zgrade bez pristanka vlasnika zemljišta, znatnije prekoračenje granica prava građenja ili teže povrede ugovorne obaveze. Iako ovaj prednacrt ne reguliše mogućnost osnivanja prava građenja na vlastitom zemljištu, ovo pravo usljed konsolidacije neće prestati ako to želi vlasnik zemljišta (čl. 318, st. 3).

64 Čl. 299 ZSPRS; čl. 311 ZSPFBiH; čl. 88, st. 1 ZVBDBiH; čl. 294 ZVRH i čl. 316 PGZRS.

pravnog jedinstva između zemljišta i zgrade, odnosno svega onoga što je pravom građenja bilo od zemljišta pravno odvojeno. Rezultat toga jeste da se regulišu dvije vrste pravnih odnosa: između vlasnika zemljišta i nosioca prava građenja, sa jedne strane, i između titulara tuđih stvarnih prava koja su bila teret prava građenja i nosioca prava građenja i/ili vlasnika zemljišta, sa druge strane.

Na odnos između vlasnika zemljišta i lica kojem je prestalo pravo građenja primijenjuju se pravila koja važe za odnose nakon prestanka prava plodouživanja.⁶⁵ Vlasnik zemljišta je dužan licu kojem je prestalo pravo građenja isplatiti naknadu u visini vrijednosti zgrade,⁶⁶ ali je ovo pravilo dispozitivne prirode tako da ugovorne strane mogu i drugačije dogovoriti. Kad je država ili jedinica lokalne samouprave vlasnik zemljišta obavezno je raspolaganje sa nepokretnostima, odnosno pravom građenja samo pod tržišnim uslovima, s tim da i ovdje postoji odstupanje ukoliko je to u interesu opšteg i socijalnog napretka građana (npr. izgradnja zdravstvenih, obrazovnih i drugih ustanova od javnog interesa).⁶⁷ Lice kojem je prestalo pravo građenja može obezbijediti svoje pravo na naknadu konstituisanjem nekog stvarnopravnog sredstva obezbjeđenja na zemljištu sa zgradom (npr. realnog duga ili hipoteke).

Stvarna prava koja su imala treća lica na pravu građenja prestaju s prestankom tog prava. Međutim, založno pravo koje je teretilo pravo građenja, njegovim prestankom će teretiti naknadu koju duguje vlasnik zemljišta licu čije je pravo građenja prestalo, što znači da ukoliko na pravu građenja nije izgrađena zgrada, nema ni naknade u visini vrijednosti zgrade tako da će založno pravo prestati (*Simonetti*, 2011: 25). Isto tako, službenosti, stvarni tereti i založno pravo u korist i na teret prava građenja sa zgradom ostaju kao službenosti i stvarni tereti u korist, odnosno na teret zemljišta sa zgradom s dotadašnjim prvenstvenim redom,⁶⁸ što znači da ako nema zgrade i ova stvarna prava prestaju (*Babić, Hašić, Medić, Povelakić, Velić*, 2014: 797, *Babić, Hašić, Medić, Povelakić, Velić*, 2011: 320).

65 Čl. 300, st. 2 ZSPRS; čl. 312, st. 2 ZSPFBiH; čl. 89, st. 1 ZVBDBiH i čl. 295, st. 2 ZVRH.

66 Čl. 300, st. 3 ZSPRS; čl. 312, st. 3 ZSPFBiH; čl. 89, st. 2 ZVBDBiH; čl. 295, st. 3 ZVRH i čl. 320, st. 1 PGZRS. I prema § 27, st. 1 njemačke Uredbe o nasljednom pravu građenja postoji obaveza plaćanja naknade u visini vrijednosti zgrade, ali se može ugovoriti i drugi iznos i vrsta naknade, kao i da se isključi obaveza plaćanja naknade. Prema čl. 9, st. 2 austrijskog Zakona o pravu građenja ova naknada plaća se samo u iznosu od jedne četvrtine vrijednosti zgrade, ako nije drugačije ugovoreno.

67 Čl. 348 ZSPRS; čl. 363 ZSPFBiH, čl. 209 ZVBDBiH i čl. 391 ZVRH.

68 Čl. 301, st. 3 ZSPRS; čl. 313, st. 3 ZSPFBiH; čl. 90, st. 3 ZVBDBiH i čl. 296, st. 3 ZVRH.

7. Zaključak

Regulisanjem prava građenja kao novog stvarnopravnog instituta zakonodavac želi ostvariti nekoliko funkcija: pravnu, socijalnu i ekonomsku. Njegova pravna funkcija ogleda se u (pravnom) razdvajanju zgrade i zemljišta na kojem je zgrada izgrađena. Time se omogućuje sticanje prava svojine na zgradi nezavisno od prava svojine na zemljištu, a takav stvarnopravni položaj nosioca prava građenja je mnogo povoljniji od sličnog obligacionopravnog odnosa, kao npr. ugovora o koncesiji ili zakupa građevinskog zemljišta.

Ne manje značajna je i socijalna funkcija prava građenja. Naime, u savremenim životnim uslovima raste potreba za stambenim prostorom, posebno siromašnog dijela stanovništva. U takvim uslovima su i cijene (građevinskog) zemljišta enormne, tako da je pravo građenja jedan od efikasnih načina da se smanje ukupni troškovi izgradnje zgrade i to upravo za vrijednost (građevinskog) zemljišta koje nosilac prava građenja obezbjeđuje za određenu periodičnu naknadu, a istovremeno može i da hipotekarno založi pravo građenja čime će obezbijediti i sredstva za izgradnju zgrade. Naravno, pravo građenja ne služi samo izgradnji ovih „socijalnih stanova“, ali bi to trebala biti njegova primarna uloga.

Ekonomska funkcija koja se ostvaruje pravom građenja od značaja je za vlasnike (građevinskog) zemljišta. Vlasnici zemljišta zadržavaju pravo svojine na (građevinskom) zemljištu i mogu istim raspolagati bez ograničenja. Istovremeno ostvaruju periodičnu naknadu u visini prosječne zakupnine za takvo zemljište, a nakon prestanka prava građenja postaju vlasnici zgrade čime povećavaju vrijednost samog zemljišta. Ugovorom o osnivanju prava građenja može se nosilac prava građenja obavezati na plaćanje javnopravnih dažbina za opterećeno zemljište, umjesto vlasnika zemljišta.

Literatura

Babić, I. Hašić, E. Medić, D. Povelakić, M. Velić, L. (2014). *Kometar Zakona o stvarnim pravima Federacije BiH*. Sarajevo: Privredna štampa

Babić, I. Hašić, E. Medić, D. Povelakić, M. Velić, L. (2011). *Komentar Zakona o stvarnim pravima Republike Srpske*. Sarajevo: Privredna štampa Vuković, M.

(1947). Razvitak prava građenja. *Arhiv za pravne i društvene nauke Beograd*. 4/1947. 520–530

Jotanović, R. (2014). Načelo povjerenja u Katastar nepokretnosti u pravu Republike Srpske. *Pravna riječ – Časopis za pravnu teoriju i praksu Banja Luka*. 40/2014. 553–572

- Knežić-Popović, D. (1982). Počeci razvoja superficiesa. *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*. XXIX/1982. 241–260
- Medić, D. (2011). *Novo stvarno pravo Republike Srpske*. Banja Luka: FPN Apeiron
- Puhan, I. (1953). *Superficies solo cedit* u rimskom pravu. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*. 3–4/1953. 332–340
- Simonetti, P. (2014). *Stjecanje prava vlasništva na temelju pravnog posla u Bosni i Hercegovini i Hrvatskoj (1945–2011)*. Banja Luka: Službeni glasnik Republike Srpske
- Simonetti, P. (2013). Odlike prava građenja i superficijarnog prava. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*. v. 34, 1/2013. 3–35
- Simonetti, P. (2011). Pravo građenja – trajanje i prestanak. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*. v. 32, 1/2011. 1–29
- Simonetti, P. (2006). Pravo vlasništva i pravo građenja stranih osoba na nekretninama u Republici Hrvatskoj. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*. v. 27, 1/06. 1–55
- Simonetti, P. (2003). Rimski superficies i njegov utjecaj na suvremena prava kontinentalne Europe. Međunarodni simpozijum «*Contemporary Law, Legal Science and Justinian's Codification*». Skopje, 20–22. listopada 2003. godine. 395–420
- Simonetti, P. (2002). Osnivanje prava građenja, *Pravna misao Sarajevo*. 7–8/2002. 21–40
- Tajić, L. (2005). Pravo građenja. *Pravni savjetnik*. 7–8/05, 46–51
- Tajić-Velić, L. (2006). Pravo građenja u SR Njemačkoj i njegovo uvođenje u pravni sistem Bosne i Hercegovine. *Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse* – Zbornik radova sa četvrtog međunarodnog savjetovanja održanog u Neumu, 16. 17 i 18. lipnja 2006. godine. 459–474
- Osnovni zakon o eksproprijaciji. *Službeni list FNRJ*. Br. 28. 1947
- Zakon o eksproprijaciji. *Službeni list FNRJ*. Br. 12. 1957
- Zakon o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta. *Službeni list FNRJ*. Br. 52. 1958
- Stvarnopravni zakonik. *Uradni list Republike Slovenije*. Br. 87. 2002. Br.91. 2013
- Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima. *Narodne novine Republike Hrvatske*. Br. 91. 1996. Br. 68. 1998. Br. 137. 1999. Br. 22. 2000. Br. 73. 2000
- Zakonu o građevinskom zemljištu. *Službeni vesnik Republike Makedonije*. Br. 17 2011. Br. 53. 2011

- Zakonu o privatizaciji i zakupu na građevinskom zemljištu u državnoj svojini, *Službeni vesnik Republike Makedonije*. Br. 4. 2005. Br. 13. 2007. Br. 165. 2008. Br. 146 2009. Br. 18. 2011. Br. 51. 2011
- Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Brčko Distrikta. *Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH*. Br. 11. 2001. Br. 40. 2004. Br. 19. 2007. Br. 8. 2003
- Zakon o stvarnim pravima. *Službeni glasnik Republike Srpske*. Br. 124. 2008. Br. 58. 2009. Br. 95. 2011
- Zakon o stvarnim pravima. *Službene novine Federacije BiH*. Br. 66. 2013
- Zakon o svojinsko-pravnim odnosima. *Službeni list Crne Gore*. Br. 19. 2009
- Zakona o uređenju prostora i građenju. *Službeni glasnik Republike Srpske*. Br. 40. 2013
- Zakon o obligacionim odnosima. *Službeni glasnik SFRJ*. Br. 29. 1978
- Zakon o notarima. *Službeni glasnik Republike Srpske*. Br. 86. 2004
- Zakon o notarima. *Službene novine Federacije BiH*. Br. 45. 2002
- Zakon o notarima. *Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH*. Br. 9. 2003
- Zakon o eksproprijaciji. *Službeni glasnik Republike Srpske*. Br. 112. 2006
- Zakon o eksproprijaciji. *Službene novine Federacije BiH*. Br. 70. 2007
- Zakon o eksproprijaciji nekretnina u Brčko Distriktu BiH. *Službeni glasnik Brčko Distrikta*. Br. 26. 2004
- Zakon o izvlaštenju. *Narodne novine Republike Hrvatske*. Br. 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 free 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 Right¹. 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*)² 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 Act³. Judicial pledge is regulated mainly by the Act on Securing Claims⁴. The provisions regulating statutory pledge are found in different legislative acts, including: the Internal Navigation Act (art. 136)⁵, the Cultural Heritage Protection Act (art. 142)⁶, the Inheritance Act (art. 142)⁷, 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 mrsnd 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 Rights⁸ and the Contractual Mortgage Act⁹. 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*”¹⁰. 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 public¹¹. If the mortgage contract is not concluded in written form, it is considered void¹².

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 contract¹³. The Act also regulates the non-obligatory elements of the mortgage contract (the permitted clauses) but contains no special provision regarding the forbidden clauses¹⁴

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 claim¹⁵. 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)¹⁶. 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 bidding¹⁷. 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).

17 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 object¹⁸. 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 creditor¹⁹. 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 courts²⁰ 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 document²¹. 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 risks²².

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 existed²³. 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 rights²⁴.

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 object²⁵. 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 Cadastre²⁶.

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 mortgage²⁷.

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 pledge²⁸. Since mortgage can only be acquired as non-possessory pledge,²⁹ 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 creditor³⁰. 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 document³¹.

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 statement³². 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, etc³³. The Contractual Pledge Act also prescribes that during the first bidding the mortgaged object cannot be sold under the determined minimal sale price³⁴. 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 settlement³⁵. 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 reached³⁶. 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 bidder³⁷. 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 expert³⁸. 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 sale³⁹. 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 enforcer⁴⁰. 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 Appeals⁴¹. 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 Credits⁴². 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 loans⁴³. 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 protection⁴⁴. 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/EEC⁴⁵, and in some cases protection was afforded on the basis of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms⁴⁶.

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.

45 One of the most discussed cases lately is the Courts decision in *Aziz v. Catalunya Caixa* 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. 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

Dr Tina Pržeska,

Docent,

*Pravni fakultet "Justinijan Prvi", Univezitet "Sveti
Ćirilo i Metodije", Skoplje*

PRAVNI STATUS HIPOTEKARNOG POVERIOCA I HIPOTEKARNOG DUŽNIKA

Rezime

U radu se analizira pravni status hipotekarnog poverioca i hipotekarnog dužnika u Republici Makedoniji u svetlu Zakona o svojini i drugim stvarnim pravima i Zakona o ugovoru o zalozi iz 2003. U makedonskom pravnom sistemu, Zakon o ugovoru o zalozi reguliše pravo zaloge stečeno ugovorom, i obuhvata odredbe koje uređuju ugovornu zalogu na pokretnim stvarima (svojinu i državinu) kao i hipotekarne odnose.

Autor naglašava da se princip ravnopravnosti kao osnovni princip u regulisanju građanskopravnih odnosa primenjuje na zalogu kao pravo in rem. U skladu sa ovim principom, sve stranke u građanskopravnim odnosima moraju imati jednaka prava u pogledu sticanja, uživanja i zaštite svojih prava. Primena ovog principa takođe podrazumeva da nijedna od strana u građanskopravnim odnosima ne može imati dominantan položaj kao ni mogućnost da nametne svoju volju suprotnoj strani. Autor takođe navodi da se princip jednakosti ne može u potpunosti primeniti ukoliko postoji samo formalna jednakost strana. Iz tog razloga, u savremenom građanskom pravu su predviđene mere pravne zaštite ekonomski slabije strane. Što se tiče zaloge kao prava in rem, založni dužnik ili hipotekarni dužnik se smatra ekonomski slabijom stranom kojoj treba pružiti adekvatnu pravnu zaštitu u odnosu na hipotekarnog poverioca.

U tekstu se dalje analizira pravni položaj hipotekarnog dužnika, pozivanjem na odredbe Zakona o ugovoru o zalozi koje mogu biti povoljne ili nepovoljne za hipotekarnog dužnika, kao što su: odredbe koje omogućavaju da zaloga bude proširena na plodove predmeta zaloge (osim ako nije drugačije uređeno ugovorom o zalozi); mogućnost založnog poverioca da zahteva sudsku prodaju celog objekta, u slučaju kada je založen idealni deo (udeo); nedostatak pravnih lekova u korist hipotekarnog dužnika u toku postupka sudske zabrane, i slično.

Autor takođe analizira zaštitu hipotekarnog dužnika kao ekonomski slabije strane u propisima Evropske unije, gde je potreba za zaštitom hipotekarnih dužnika postala suštinsko pitanje u poslednjih nekoliko

godina zbog razornog efekta ekonomske krize na hipotekarnom tržištu. Kao što je navedeno u tekstu, sudska praksa Evropskog suda pravde (a pre svega odluka ovog suda u slučaju Aziz v.Catalunyacaixa C-415/11) pokazuje da je zaštita hipotekarnog dužnika u Evropskoj uniji prvenstveno dostupna preko regulative iz oblasti prava potrošača (npr. Direktiva 93/13/EEZ o nepoštenim odredbama u potrošačkim ugovorima), mada se prilikom odlučivanja uzimaju u obzir i druge zaštitne mere.

Ključne reči: *hipotekarni poverilac, hipotekarni dužnik, makedonsko zakonodavstvo, propisi EU, sudska praksa EU.*

PRIVATNA AUTONOMIJA I ZABRANA DISKRIMINACIJE U GRAĐANSKOPRAVNIM ODNOSIMA

Apstrakt: Načelo privatne autonomije je jedno od četiri načela – stubova građanskog prava. Zajedno sa načelima pravne jednakosti, prometljivosti građanskih subjektivnih prava i njihove zaštite imovinskom sankcijom, privatna autonomija (autonomija volje) oblikuje građanskopravne odnose i ponašanje njihovih subjekata.

Privatna autonomija podrazumeva prostor za slobodno ispoljavanje ličnosti: za njeno samoodređenje u vezi sa zasnivanjem građansko-pravnih odnosa, slobodom izbora druge strane - ako je taj odnos ugovorni, i određivanjem njegove sadržine po meri i potrebama saugovarača. Spona između pojedinačnih ovlašćenja iz kojih je sačinjena sadržina privatne autonomije jeste slobodan izbor, koji nužno nagoveštava i mogućnost nejednakog postupanja, a ono je, kao diskriminatorno, zabranjeno.

Zabrana diskriminacije je ustavni princip većine savremenih država. Za države članice Evropske unije to je i obavezujuće pravilo iz osnivačkih akata ove nadnacionalne organizacije i jedan od instrumenata oživotvorenja četiri osnovne slobode na kojima ona počiva. Članice EU dužne su da svojim nacionalnim propisima - kako javnog, tako i privatnog prava - omoguće slobodno kretanje ljudi (rada), robe, usluga i kapitala.

Zabrana diskriminacije se mora primeniti i u građansko-pravnim odnosima, što se pokazuje nekolikim smernicama. Počelo se od zabrane diskriminacije u radnopravnim odnosima, da bi sada ona postala

* ivana@prafak.ni.ac.rs

** Rad je rezultat istraživanja na projektu „Usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske unije“, koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu u periodu 2013–2018. godine.

ključnom u obezbeđivanju svakome jednakog pristupa slobodnom tržištu i snabdevanju robom i uslugama. S obzirom da se ovaj vid pravnog prometa odvija po pravilima građanskog prava i korišćenjem njegovih instituta (posebno ugovora), prirodno je zapitati se da li se menjaju načela iz kojih oni izvire. Model-pravila za ujednačavanje evropskog privatnog prava kazuju nam da je to mogući pravac u kom će se ono razvijati: Nacrtom zajedničkog pojmovnog okvira (Draft Common Frame of Reference) nediskriminacija postaje standard u zaključivanju pravnih poslova kojima se pribavljaju dobra i usluge namenjeni neodređenom broju lica.

U radu analiziramo značenje zabrane diskriminacije i njen odnos sa privatnom autonomijom, ne bi li smo otkrili koliko su međusobno pomirljive, da li isključuju ili ograničavaju jedna drugu ili u građanskom pravu ima prostora za obe.

Ključne reči: *privatna autonomija, sloboda ugovaranja, zabrana diskriminacije, Draft Common Frame of Reference.*

1. Uvod

Načelo privatne autonomije jeste jedan od četiri stuba građanskog prava i zajedno sa načelima pravne jednakosti, prometljivosti subjektivnih prava i njihove zaštite imovinskom sankcijom oblikuje građansko-pravne odnose i ponašanje njihovih subjekata.

Privatna autonomija (autonomija volje) podrazumeva prostor za slobodno ispoljavanje ličnosti: za njeno samoodređenje u vezi sa zasnivanjem građansko-pravnih odnosa, a, ako je on ugovorni – i slobodom izbora druge strane i određivanjem njegove sadržine po meri i potrebama saugovarača. Spona između pojedinačnih ovlašćenja kao činilaca privatne autonomije jeste slobodan izbor, koji nužno nagoveštava i mogućnost nejednakog postupanja, a ono je, ukoliko je diskriminatorno, zabranjeno.

Zabrana diskriminacije je ustavni princip većine savremenih država. Za države članice Evropske unije to je i obavezujuće pravilo iz njenih osnivačkih akata i jedan od instrumenata oživotvorenja četiri osnovne slobode na kojima ona počiva. Članice Unije dužne su da svojim nacionalnim propisima – kako javnog, tako i privatnog prava – omoguće slobodno kretanje ljudi (rada), robe, usluga i kapitala, ne praveći, pritom, razlike prema nacionalnosti¹, polu, rasi ili etničkom

1 Član 18 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije (Treaty on the functioning of the European Union), *OJ C 326/12*. Dalje: Ugovor.

poreklu, veri ili ubeđenju, fizičkom ili psihičkom nedostatku, starosti ili seksualnoj orijentaciji.²

Zabrana nejednakog postupanja, uzrokovanog ličnim svojstvom ili karakteristikama drugog, osim u aktima primarnog prava EU, ispisana je i u njenom sekundarnom pravu. Diskriminatorni razlozi iz čl. 19 Ugovora bliže su uređeni posebnim smernicama (tzv. smernice člana 19), primenjivim u tačno određenoj pravnoj situaciji ili pravnom odnosu (npr., zabrana polne diskriminacije u vezi sa pristupom robi i uslugama na tržištu). Pogledom na pravna područja konkretizacije zabrane diskriminacije aktima sekundarnog prava, možemo zaključiti da je ona odavno napustila javnopravne odnose država – pojedinac, svoj tradicionalni domen važenja, postavši značajna i u privatnom pravu. Ne radi se tu samo o radnopravnim odnosima (pre privatnopravnim nego građanskopravnim), već o ugovornim odnosima, dakle, o onome što se smatra građanskim pravom u užem smislu i njegovim srcem. Smernicom 2004/113/EZ o primeni principa jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pristupu robi i uslugama i snabdevanju njima³ neposredno se ustanovljava dužnost jednakog postupanja, jednako obavezujuća za subjekte i javnog i privatnog prava. Ova i Smernica 2000/43/EZ o primeni principa jednakog postupanja bez obzira na rasno ili etničko poreklo⁴ izazvale su posebnu pažnju civilista i opravdanu dilemu o primerenosti zabrane diskriminacije, kao izraza distributivne pravde, u privatnom pravu, kao području korektivne pravde. Pažnja je usmerena na analizovanje njenog uticaja na klasična načela građanskog prava, pre svega – na načelo privatne autonomije. Odavno je ova analiza izgubila čisto teorijski značaj; grupa stručnjaka koja radi na kodifikaciji evropskog privatnog prava uobličila je zabranu diskriminacije u posebno (subjektivno?) pravo da se ne bude diskriminisan u određenim vrstama ugovornih odnosa, i za njegovu povredu predložila i sankciju obaveznog zaključenja ugovora. Autonomnost osobe kojoj se nameće zaključenje ugovora ovim je bitno sužena, pa je dopušteno zapitati se da li je dobrovoljnost još uvek dominantno obeležje građanskopravnih odnosa. Na stručnoj je javnosti da se argumentovano odredi prema ovom model-pravilu, što je zadatak i ovog rada. Na ovom mestu citiraćemo rečenicu koja slikovito izražava,

2 Član 19 Ugovora.

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.

čini se, preovlađujući stav civilista: „U normama o zabrani diskriminacije odzvanjaju posmrtna zvona za građansko pravo.“ (Reppen, 2007: 11)

Zaštita od diskriminacije postala je „vruća“ tema i za građansko pravo⁵, o čemu postoje krajnje suprotstavljena mišljenja. Na jednom polu je stav o zabrani diskriminacije kao stranom telu u građanskopravnim odnosima, jer se oni rukovode principom privatne autonomije. Na drugom – stav da je pravo na jednako postupanje, bez obzira na lična svojstva i karakteristike, osnovno ljudsko pravo, jednako važeće i u odnosima između pojedinca i države i u onim privatnopravnim. Zanimljivo je što se i predstavnici prvog stava pozivaju na ljudska prava, ali u obrnutom smeru, ističući da ih sankcionisanje nejednakog postupanja prema drugom zapravo ograničava.⁶

Pitanje diskriminacije je područje na kom se susreću politički rezon i oportunist, pravna načela i opšte prihvaćene i pravno zaštićene vrednosti, moralni obziri, ali i lične sklonosti, predrasude, usađeni obrasci ponašanja, pa i iracionalne predstave o drugom i drugačijem. Savremena društva teže sveobuhvatnoj zaštiti od diskriminacije, i u privatnopravnim odnosima, što se čini manje spornim od načina na koji će se to učiniti. Za privatno pravo važan je izbor zaštitnih instrumenata, jer on može bitno da utiče na klasična načela građanskog prava, čak i da suspenduje njihovu primenu.

2. Privatna autonomija i njena stara i nova ograničenja

2.1. Privatna autonomija

Postulat da je građanskopravni odnos u celosti prepušten volji subjekata proizlazi iz načela privatne autonomije. Sloboda volje i slobodna inicijativa dominiraju građanskim pravom, privatnim takođe,

5 Među mnogima izdvojamo zbornik u kome su objavljena predavanja održana u Centru za evropsko privatno pravo, *Non-discrimination in European Private Law* (ed. Reiner Schulze), Mohr Siebeck, Tübingen, 2011. Upućujemo i na zbornik radova sa Treće regionalne konferencije Foruma za građansko pravo Jugoistočne Evrope, održane u Tirani 2013, sa rezultatima istraživanja antidiskriminacionog prava u Srbiji, Crnoj Gori, Makedoniji, Hrvatskoj, Bosni i Hercegovini i Albaniji: *Civil Law Forum for South East Europe: Collection of studies and analyses (Autonomy and Anti-discrimination in Private Law*, na stranama 15–168), Third Regional Conference, Tirana, 2013, Centre for SEELS, Skopje, 2013.

6 Ide se čak i do tvrdnje da je sloboda da se drugi diskriminiše osnovna sloboda svakog od nas (Storme, Leible, 2011: 29). Korišćena argumentacija – ljudska prava – pokazuje upliv javnopravnih elemenata u savremeno privatno pravo, označeno u pravnoj teoriji kao konstitucionalizacija privatnog prava.

omogućavajući subjektima privatnopravnih odnosa da ove svojevolumno uređuju, stvaranjem pravila kojima će optimalno zadovoljiti sopstvene potrebe i interese. Otuda je većina građanskopravnih normi tek neobavezujuća preporuka, favorizovana kada nema druge (i drugačije) norme stvorene voljom pojedinca. Odnosi i instituti uređeni ne ovim – dispozitivnim, već imperativnim normama – nisu mnogobrojni; najviše ih je u porodičnim i statusnim stvarima, u kojima su opšti interes ili neophodnost zaštite jedne strane pravnog odnosa (npr., deteta u roditeljsko-dečjem odnosu) razlozi većem državnom mešanju.

Privatna autonomija i sloboda ugovaranja, kao njen izraz u ugovornim odnosima, gde dostiže svoj vrhunac⁷, zasnovana je na liberalnoj filozofiji 19. veka, teoriji *laissez – faire* i veri u svemoć ljudske volje i sposobnosti čoveka, kao svesnog i umnog bića, da oblikuje pravilo koje će najbolje odgovarati njegovim interesima, ali ga i obavezivati da se drži date reči. Vera u čovekovu razumnu procenu za sebe najboljeg i sposobnost da to izrazi ugovorom morala je svako naknadno mešanje u ugovorni odnos videti kao paternalističko i neprihvatljivo. Sudija ugrožava pravnu sigurnost ukoliko odluči da, zbog nesrazmere u vrednosti činidaba, okonča ugovorni odnos koji formalno ispunjava sve uslove punovažnosti. Činidba se ima ispuniti čak i ako protivčinidba nije vrednija od „zrna bibera“⁸ (Zweigert, Kötz, 1996: 319, 321), jer su se tako dogovorile dve poslovno sposobne i razumne osobe. Slikovito rečeno, kodifikacije iz 19. veka i liberalna misao, prevladajuća u 19. veku; u sestrinskom su odnosu, lice i naličje iste pojave, istog duha koji ih je nadahnuo.⁹

7 Popu t svakog načela, i privatna je au tonomija definisana na visokom nivou apstrakcije, pa se konkretizuje objašnjenjem svojih ispoljavanja u pojedinim granama građanskog prava. Pored već navedene slobode ugovaranja (u ugovornom pravu), u stvarnopravnim odnosima njen su izraz nepostojanje obaveze da se pravo svojine vrši i sloboda raspolaganja svojinom, u naslednom pravu – ostaviočeva sloboda zaveštajnog raspolaganja, u procesnom pravu – dispozicija u zaštiti povređenog ili ugroženog subjektivnog prava.

8 U anglosaksonskom pravnom sistemu ovo je rado navođeno obrazloženje stava da ugovor nije nevažeći i nepravičan samo zbog toga što za dato nije dobijena ni približno srazmerna protivvrednost (*inadequacy of consideration*). Važnom se smatrala proceduralna pravičnost, koja se mogla proveriti bez ulaženja u sadržinu ugovora (važni su poslovna sposobnost, predmet ugovora i *consideration*). Sadržajna (zapravo suštinska) nepravičnost u drugom je planu i ona sama neće učiniti ugovor nevažećim.

9 Tako će nemački civilisti svoj građanski zakonik nazvati bratom liberalizma 19. veka, 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, nav. prema: Hannes Rösler, „Protection of the Weaker Part y in European Contract Law: Standardized and Individual

U takvom mizanscenu nije bilo mnogo prostora za državnu intervenciju, niti se ona smatrala potrebnom: jednostavno se verovalo u čovekov razum i njegovu sposobnost racionalnog i samoodgovornog ponašanja.¹⁰ Dvadeseti vek, posebno ekonomska kriza dvadesetih godina, poljuljao je vladajuću paradigmu. Formalna jednakost, upisana u drugo važno građanskopravno načelo – načelo ravnopravnosti i koordinacije volja, ne mora nužno da vodi i suštinskoj ravnopravnosti, zato što ovu, više od pravnih normi i postulata, određuju socijalni i materijalni položaj, intelektualne sposobnosti i obrazovanje, psihološki profil strana jednog odnosa. Takva neravnopravnost ne afirmiše slobodu volje obeju strana, već samo one boljeg položaja, najčešće materijalnog. Radi obezbeđenja suštinske ravnopravnosti, kao preduslova da za sve učesnike građanskopravnog odnosa ovaj bude izraz njihovih slobodnih volja, nužna su odstupanja od privatne autonomije.

2.2. Ograničenja privatne autonomije u savremenom pravu

U zavisnosti od vrste građanskopravnog odnosa, princip privatne autonomije ili je dosledno sproveden ili, zbog značaja pravnog odnosa na koji se primenjuje ili pretežnijeg interesa, nužno ograničen, srazmerno i primerenim sredstvima. Klasična tri kruga ograničenja kojima se obezbeđuje ostvarivanje zajedničkog (opšteg) interesa jesu prinudne (imperativne) norme, javni poredak, moral i dobri običaji.

Svrha građanskopravnih odnosa jeste zadovoljenje individualnih potreba pojedinaca ili njihovih organizacija, u čijoj su pravnoj sferi vidljivi i građanskopravni učinci. Neposredne koristi za društvo, po pravilu, nema, a svakako ne sme biti ni štete. Navedene granice služe usaglašavanju pojedinačnog interesa sa opštim, dajući državi pravo na kontrolu zakonitosti i moralnosti za strane građanskopravnog odnosa željenog cilja. Od kraja 19. veka naovamo, činjenica da su saugovarači izrazili volju bez nedozvoljenih pritisaka ili mana (zablude, prinude ili prevare) nije dovoljna za zaključak da je on za obe pravičan; insistira se na stvarnoj slobodi odlučivanja i ugovornom paritetu (*Vertragsparität*) (Unberath, 2012: 753). Ne odustaje se od autonomije volje, već se ona prilagođava – za savremeno ugovorno pravo – tipičnom načinu zaključenja ugovora: umesto ugovora kojima su prethodili pregovori,

Inferiority in Multi-Level Private Law“, *European Review of Private Law*, 4, 2010, str. 732, nap. 14.

10 „Ko kaže ugovor kaže pravičnost“ (Ripert, Carbonnier), jer se ne očekuje da dve odrasle i racionalne osobe zaključe ugovor protivno svojim interesima i na sopstvenu štetu.

preovlađuju formularni i adhezioni ugovori, koji svode slobodu ugovaranja ponuđenog na izbor „uzmi ili ostavi“ (Zweigert et al., 1996: 323). Kontrolom formalne i sadržajne ispravnosti ugovora i uspostavljanjem narušene ravnoteže, pravo se očigledno stavlja na stranu slabije strane, a slobodu ugovaranja obogaćuje pojmom *suštinske ugovorne pravičnosti*.

U savremenom pravu ima i drugih primera državnog mešanja u privatne odnose, ne bi li se slabija strana zaštitila ili dovela u početnu poziciju jednaku poziciji druge strane. Ovaj, nazovimo ga državni intervencionizam ili novi paternalizam, najpre vidljiv u radnom i porodičnom pravu, oblasti socijalnog osiguranja, pravu o nelojalnoj konkurenciji, danas postoji i u odnosima koji su jezgro građanskog prava i u kojima je najmanje izuzetaka od sva četiri njegova načela. Svedočimo naročitoj zaštiti potrošača, pooštrenoju predugovornoj dužnosti informisanja, posebnim zaštitnim pravilima o oglašavanju proizvoda, pravu na odustanak od valjanog ugovora, zaštiti od nepravičnih ugovornih klauzula (Rösler, 2010: 735–743). Dodatna zaštita slabije strane o kojoj je ovde reč opravdava se poznatim argumentima: samo formalna proklamacija slobode volje ne garantuje da će obe strane ugovornog odnosa ravnopravno i jednako doprineti njegovom oblikovanju.

Strukturalna nejednakost moći, posebno ekonomske, narušava ugovorni paritet, time i mogućnost samoodređenja slabije strane.¹¹ Otuda se u savremenoj doktrini građanskog prava govori o materijalizaciji njegovih osnovnih načela (Canaris, 2000: 273–364; Riesenhuber, 2006: 355–356), o socijalnoj pravičnosti u građanskom pravu, njegovom područjavanju (Rösler, 2010: 751), konstitucionalizaciji (Leible, 2011: 36), kojim se pojmovima objašnjavaju novi ciljevi građanskog (šire i privatnog) prava, donedavno, u podeli na javno i privatno pravo, sadržanih u sferi ovog prvog. Pravo o zaštiti potrošača i antimonopolsko pravo dobar su pokazatelj preoblikovanja klasičnih građanskopravnih postulata pod uticajem opštih interesa, potrebe zaštite slabije strane, obezbeđivanja svim subjektima ravnopravnih uslova za učešće na tržištu.

11 U čuvenoj odluci, kolokvijalno nazvanoj Jemstvo, Savezni ustavni sud Nemačke odlučivao je o pravu suda da ispituje sadržinu ugovora o jemstvu kojim se obavezala siromašna osoba, bez redovnih prihoda. Zauzeo je stav da su građanski sudovi dužni da intervenišu i omoguće izmenu ugovora čija je jedna strana u suštinski podređenom položaju i za koju bi ugovor imao izuzetno teške posledice. Ovo je, prema Sudu, posledica istovremenog dejstva privatne au tonomije i ustavnog principa države blagostanja. BverfG 19 Oct. 1993, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BverfGE)

89, 214, 232, 233. Nav. prema: 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, str. 733–734.

Antidiskriminaciona pravila u evropskom privatnom pravu možda su najizrazitiji primer prodora javnog u privatno pravo, takođe i novo ograničenje privatne autonomije.

3. Zabrana diskriminacije

Stavljanje drugog u drugačiji položaj samo zbog njegovog ličnog (identitetskog) svojstva jeste diskriminacija. Izraz potiče od latinskog *discriminare* i u svom osnovnom značenju opisuje drugačije postupanje, ponižavanje, potcenjivanje. Pored ovog, negativnog i najčešćeg razumevanja, diskriminacija ima i neutralno značenje – razlikovanje, drugačije postupanje. Zakonskom zabranom diskriminacije sankcionišu se postupci kojima se osoba, zbog nekog svog ličnog svojstva, stavlja ili bi mogla biti stavljena u nepovoljniji položaj (neposredna diskriminacija).¹² Nepovoljan položaj može ishoditi iz ponašanja (akta, radnje, propuštanja) prividno zasnovanog na načelu jednakosti i zabrane diskriminacije, a suštinski – diskriminatornog, zato što se postupa isto prema osobama koje su u različitim situacijama.¹³ Ova diskriminacija je posredna. Rodno mesto izraza je američko precedentno pravo, prvi put pomenuto u slučaju *Griggs v Duke Power Company*.¹⁴ Evropski sud pravde ga je upotrebio u slučaju *Defrenne II*¹⁵ i objasnio da ima takvih, naizgled neutralnih i nediskriminatornih, postupaka, koji se ipak imaju smatrati suprotnim principu zabrane diskriminacije. Nakon nekoliko sličnih odluka, pojam posredne diskriminacije ušao je i u evropsko zakonodavstvo.¹⁶

12 Član 6 Zakona o zabrani diskriminacije, *Sl. glasnik RS*, br. 22/09.

13 Videti čl. 7 Zakona o zabrani diskriminacije. Neposrednom se diskriminacijom sa osobama u uporedivim situacijama neopravdano postupa različito, i ona je uočljiva na prvi pogled. Posredna diskriminacija je „finiji“ oblik, zato teže uočljiv, jer primena naizgled neutralnog pravila, koje ne treba da bude osetljivo na lična svojstva osobe na koju se primenjuje, ovu suštinski dovodi u nepovoljan položaj. Videti i: Ivana Krstić, komentar čl. 6 i 7 Zakona o zabrani diskriminacije u: Petrušić, Krstić, Marinković, *Komentar Zakona o zabrani diskriminacije*, Pravosudna akademija, Beograd, 2014, str. 40–42 i 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 Aerienne (SABENA)* [1975].

16 U osnivačkim ugovorima Evropske unije nije izdvojen nijedan poseban oblik diskriminacije, pa tako ni posredna, već je ova uopšte zabranjena, bez obzira kojim se postupkom ispoljava.

Zabrana diskriminacije prirodna je posledica garancije poštovanja ljudskog dostojanstva i civilizacijskog konsenzusa da je svako ljudsko biće, samim tim što to jeste, vredno po sebi i da ima pravo na uvažavanje i poštovanje. To potvrđuje čitav korpus međunarodnih akata Ujedinjenih nacija i Uneska, regionalnih organizacija, naposljetku i propisi Evropske unije¹⁷. Većina država je ustavima garantovala pravo na jednakost i ravnopravnost, a diskriminaciju zabranila. Na temelju ovih ustavnih normi države (među njima i naša) donele su posebne antidiskriminatorne zakone.¹⁸

Radi dalje analize, čime zahvatamo u evropsko privatno pravo, potrebno je ukazati na pravila kojima se u Evropskoj uniji ostvaruje pravo na jednako postupanje, bez diskriminacije.

4. Izvori antidiskriminacionog prava u Evropskoj uniji

Antidiskriminaciono pravo Unije jeste skup javnopravnih i privatnopravnih normi, koje treba tražiti u: osnivačkim ugovorima, Povelji o osnovnim pravima u Evropskoj uniji, Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, sekundarnom pravu (prevashodno u smernicama) i odlukama Evropskog suda pravde i Evropskog suda za zaštitu ljudskih prava. Ovaj skup pravnih izvora različite pravne snage, dejstva i načina primene u državama članicama služi ostvarivanju politike koju Unija sprovodi na unutrašnjem tržištu, gde su svi subjekti u jednakom položaju, a kretanje ljudi, robe, usluga i kapitala slobodno.¹⁹

17 Ugovor o funkcionisanju Evropske unije, Povelja o osnovnim pravima u Evropskoj uniji, Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, antidiskriminacione smernice, praksa sudova Unije.

18 Osim Zakona o zabrani diskriminacije i: Zakon o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom (*Sl. glasnik RS*, br. 33/06), Zakon o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba sa invaliditetom (*Sl. glasnik RS*, br. 26/09), Zakon o ravnopravnosti polova (*Sl. glasnik RS*, br. 104/09), Zakon o zaštiti prava i sloboda nacionalnih manjina (*Sl. glasnik RS*, br. 72/09). Ustavne garancije su u čl. 21 Ustava (*Sl. glasnik RS*, br. 98/06), kojim je diskriminacija zabranjena, propisano da su pred Ustavom i zakonom svi jednaki i da svako ima pravo na jednaku zakonsku zaštitu, bez diskriminacije. Važna je i garancija neprikosновенosti ljudskog dostojanstva, koje su svi dužni poštovati i štiti, propisana čl. 23 Ustava.

19 Videti čl. 26 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije.

4.1. Zabrana diskriminacije u primarnom pravu EU

Zabrana da lična svojstva budu razlog nejednakog postupanja sadržana je u dvama članovima Ugovora o funkcionisanju Evropske unije: u čl. 18 Ugovora, u kome je sankcionisano pravljenje razlike prema nacionalnosti, i čl. 19 Ugovora, sa širom listom zabranjenih diskriminatorskih razloga i ovlašćenjem Evropskom parlamentu i Savetu za preduzimanje mera suzbijanja diskriminacije. Na listu zabranjenih razloga dodati su: pol, rasno i etničko poreklo, religijsko ili drugo uverenje, invaliditet, starosna dob i seksualna orijentacija. Normativnog antidiskriminatorskog karaktera su i odredbe o četirima osnovnim slobodama na unutrašnjem tržištu Unije; i kad je dozvoljeno ograničiti ih, to nipošto ne sme dovesti do diskriminacije (npr., robe poreklom iz druge države članice), bilo otvorene, bilo prikrivene.²⁰

U Povelji o osnovnim pravima u Evropskoj uniji²¹ diskriminatorno ponašanje se posmatra kao povreda jednakosti, koja je – zajedno sa dostojanstvom, slobodom i solidarnošću, kao neotudivim i univerzalnim vrednostima – ugrađena u temelj Unije. Svrstavanjem svih prava i sloboda iz Povelje pod jednu od ove četiri vrednosti lakše se utvrđuje neposredni zaštitni objekt norme: zabranom diskriminacije iz čl. 21 Povelje neposredno se štiti (pravo na) jednakost, posredno – ljudsko dostojanstvo, čije je uvažavanje univerzalna moralna obaveza svakog prema svakome. Izdvojeno je nekoliko ličnih svojstava pojedinca ili grupe koji ne smeju biti razlog nejednakog postupanja: nacionalnost, pol, rasa, boja kože, etničko ili socijalno poreklo, genetske karakteristike, jezik, religija ili uverenje, političko ili drugo mišljenje, pripadnost nacionalnoj manjini, imovinski položaj, rođenje, invaliditet, godine starosti i seksualna orijentacija.

Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda²² zabranjuje diskriminaciju članom 14, propisivanjem da se njome ustanovljena prava i slobode imaju uživati bez diskriminacije zasnovane na razlozima poput pola, rase, boje kože, jezika, religije, političkog ili drugog uverenja (mišljenja), nacionalnog ili društvenog porekla, pripadnosti nacionalnoj manjini, imovinskog položaja, rođenja ili

20 Videti npr. čl. 36 Ugovora o funkcionisanju EU, kojim su uređeni dopušteni izuzeci od slobode kretanja robe.

21 Charter of Fundamental Rights of the European Union, consolidated version *OJ C 326 of 26 October 2012*, p. 391.

22 Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, *Sl. list, SCG*, br. 9/03.

statusa druge vrste. Upotrebom izraza „razlozi poput“ (*any ground such as*) ističe se otvorenost liste i mogućnost da se i drugi razlozi diskriminacije smatraju povredom Konvencije.

Na navedenim izvorima primarnog prava zasnovane su smernice (izvori sekundarnog antidiskriminatornog prava), užeg predmeta uređenja. Njima je zabrana diskriminacije konkretizovana izdvajanjem ličnog svojstva i vrste pravnih odnosa (pravnih situacija) u kojima ono ne sme biti povod nejednakom postupanju.²³

4.2. Zabrana diskriminacije u sekundarnom pravu EU – smernice o zabrani diskriminacije važne za građansko pravo

Među smernicama o zabrani diskriminacije, svojim značajem za građansko pravo izdvajaju se dve: Smernica 2000/43/EZ od 29. 6. 2000. o primeni principa jednakog postupanja bez obzira na rasno ili etničko poreklo i Smernica 2004/113/EZ o primeni principa jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pristupu robi i uslugama i snabdevanju njima. Ostalim smernicama promoviše se pravo na jednako postupanje u pitanjima zapošljavanja, samozapošljavanja i na radu, a države obavezuju na sankcionisanje svih oblika diskriminacije odgovarajućim merama.²⁴

Godine 2006. doneta je još jedna važna smernica za građansko pravo – Smernica 2006/123/EZ od 12. 12. 2006. o uslugama na unutrašnjem tržištu.²⁵ Njome se zabranjuje diskriminatorno postupanje prema pojedinim učesnicima na tržištu zbog njihove nacionalnosti (državljanstva) ili prebivališta/boravišta koje im otežava ili onemogućava korišćenje usluga dostupnih javnosti.

23 Na primer, Smernicom 2004/113/EEZ o primeni principa jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pristupu robi i uslugama i snabdevanju njima zabranjeni diskriminatorni razlog je pol, a zaštićena pravna situacija – snabdevanje robom i uslugama dostupnim javnosti, bez obzira na to da li je druga strana pravnog odnosa subjekt javnog ili privatnog prava.

24 Smernica Saveta Evrope 2000/78 od 27. 11. 2000. o ustanovljavanju opšteg okvira za jednako postupanje prilikom zapošljavanja i obavljanja delatnosti (*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*); Smernica 2006/54/EZ Evropskog parlamenta i Saveta Evrope o primeni principa jednakih šansi i jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pitanjima rada i zapošljavanja (*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.*

Pravilima smernica o zabrani diskriminacije kao model poslužili su angloameričko pravo i sudska praksa (Geddes, Guiraudon, 2004: 334, 340–344). Za njihovu primenu u državama članicama značajan je stav Evropskog suda pravde o mogućem neposrednom horizontalnom dejstvu sekundarnog prava – između pravnih subjekata u njihovim građanskopravnim odnosima – osim vertikalnog, kao pravila.²⁶ Takvog su dejstva smernice kojima se konkretizuju opšti principi primarnog prava i njima ustanovljene slobode. U slučajevima *Kücükdeveci* i *Mangold* Sud je zabrani starosne diskriminacije pripisao neposredno dejstvo, kakvo, prema čl. 18 Ugovora o funkcionisanju EU, ima jedino zabrana diskriminacije po osnovu nacionalnosti. Prethodno je ukazao da Povelja o osnovnim pravima u Evropskoj uniji zabranjuje starosnu diskriminaciju (čl. 21), da je njena pravna snaga jednaka snazi osnivačkih ugovora, otuda i jednakog, neposredno obavezujućeg dejstva, čak i za učesnike građanskopravnog odnosa.²⁷

5. Uticaj zabrane diskriminacije na građansko pravo

Zabranom diskriminacije obezbeđujemo jednakost u postupanju prema svim osobama u uporedivim situacijama. Da li je građanskom pravu, s vlastitim postulatima o načinu ponašanja pravnih subjekata, potrebna i ova zabrana?

Međusobno ophođenje strana građanskopravnog odnosa određeno je principom jednakosti subjekata građanskog prava i ravnopravnosti njihovih volja.²⁸ Njegovim poštovanjem odluka koja treba da ima građanskopravno dejstvo postaje suštinski autonomna i odraz prave volje svog donosioca. Ravnopravnost individualnih volja se objašnjava činjenicom da se građanska subjektivna prava i obaveze zasnivaju, tj. preuzimaju radi ostvarenja vlastitih interesa, koji se, u slučaju međusobne suprotstavljenosti, imaju usaglašavati

26 Na osnovu kog su prava smernicom priznata građanskopravnim subjektima neposredno sprovodiva samo prema državi; da bi smernica delovala prema drugim subjektima privatnog prava, potrebno je da bude preuzeta u domaće pravo.

27 Ovakvo tumačenje Suda nije prošlo bez kritika. Videti, npr., 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, str. 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, str. 38–42.

28 Član 11 Zakona o obligacionim odnosima (*Sl. list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89, *Sl. list SRJ*, br. 31/93. Dalje: ZOO): „Strane u obligacionom odnosu su ravnopravne.“

sa ravnopravnih pozicija. Građanskom pravu je neprihvatljivo potčinjavanje jedne volje drugoj, tobože značajnijoj.

Ponekad, ipak, nije dovoljno samo pozvati se na načelnu jednakost strana, pa da one to suštinski i budu. Ova ravnopravnost samo je formalnopravna, i to se u pravnoj doktrini redovno naglašava (Gams, Đurović, 1982: 40; Kovačević Kuštrimović, Lazić, 2008: 102). Čini se da je građansko pravo najosetljivije na nejednakost u ekonomskoj snazi, jer većina njegovih korektivnih pravila treba nju da otkloni ili je učini makar prihvatljivom. Ukoliko je zbog nje narušeno načelo ekvivalentnosti činidaba, mogući su raskid obostranoobavezujućeg ugovora ili njegova revizija (čl. 133 ZOO); poništenje pravnog posla, jer je zelenaški ili sa prekomernim oštećenjem, takođe je uslovljeno odstupanjem od ovog pravila (čl. 139 i 141 ZOO). Ima i drugih odredaba namenjenih uspostavljanju narušene ugovorne ravnoteže, ali primenjivih u *postojećem* pravnom odnosu.

Početak dejstva i činjenica da pomenute norme većinom otklanjaju ekonomsku nejednakost, ne i onu izazvanu nekim identitetskim svojstvom (polom, verom, etničkom ili rasnom pripadnošću...), prave značajnu razliku između domašaja građanskopravnog načela ravnopravnosti i jednakosti i zabrane diskriminacije. Ono se pokazuje nedovoljnim (nije preterano reći i neprimenljivim) pre nastanka građanskopravnog odnosa, posebno ugovornog, i izbora druge strane, jer tu, osim izuzetno, dominira autonomija u odlučivanju. Neizabrani bi mogao tvrditi da je diskriminisan zato što su mu neopravdano²⁹ ponuđeni nepovoljniji uslovi, ili zato što uopšte nije razmatran kao ugovorni partner. Ponudilac bi imao pravo da svoj izbor brani pozivanjem na garantovanu mu autonomnost i nepostojanje dužnosti da se obrazloži učinjeni izbor, pa i kad je diskriminatorski, jer i takvo ponašanje dozvoljava načelo privatne autonomije.

S druge strane, kome se prebaci da je neopravdano nejednako postupao prema drugom morao bi dokazati ili da postupak nije diskriminatorski ili da za diskriminaciju ima valjanog opravdanja. Kolokvijalno rečeno, treba položiti račune, objasniti čemu stavljanje osobe u nepovoljan položaj ako takvo postupanje ne zahtevaju tip ili specifičnosti ugovornog odnosa.³⁰

29 Misli se na uslove čije ispunjenje uopšte nije važno za ugovor, jer bi ovaj, i bez njih, bio isti.

30 Zato što ugovor nije *intuitu personae* ili zato što ga je učestalost u praksi u dobroj meri standardizovala.

5.1. Smernice 2000/43/EZ i 2004/113/EZ kao model antidiskriminacionih pravila u Nacrtu zajedničkog pojmovnog okvira

Građanskopravni značaj Smernice 2000/43/EZ od 29. 6. 2000. o primeni principa jednakog postupanja bez obzira na rasno ili etničko poreklo i Smernice 2004/113/EZ o primeni principa jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pristupu robi i uslugama i snabdevanju njima možemo posmatrati iz dva ugla.

Prvi ugao gledanja tiče se predmeta uređenja, subjekata na koje se smernice primenjuju i konkretnih obaveza država u vezi sa njihovim sprovođenjem.

Obema se smernicama zahvataju pravni odnosi o pribavljanju robe ili korišćenju usluga namenjenih neodređenom broju lica, tj. javnosti, u čijem zasnivanju nije dopušteno praviti razlike prema rasi, etničkom poreklu ili polu pribavioca robe i korisnika usluge.³¹ Instrumenti u ovakvom pravnom prometu uređeni su normama privatnog prava – ugovornog i trgovinskog, pre svega, i treba ih prilagoditi normi o zabrani diskriminacije. Najneposrednijem uticaju, i to ograničavajućem, izložena su načela privatne autonomije i slobode ugovaranja.

Dužnost jednakog postupanja obavezuje sve pravne subjekte, i javnog i privatnog prava, koji javnosti nude robu i usluge. Sledstveno tome, ni ugovor između privatnopravnih subjekata ne sme biti diskriminatoran, a takav je ako su izbor druge strane, uslovi zaključenja i sadržina ugovora isključivo bili određeni njenim rasnim ili etničkim poreklom ili polom.

Smernice su akti neposrednog dejstva na države, a posrednog – na subjekte u korist, tj. na teret kojih su ustanovljena konkretna prava i obaveze. Obaveza je države da za svaki oblik diskriminacije obezbedi delotvornu sankciju, u sudskom, upravnom ili postupku pomirenja.

Posmatranje antidiskriminacionih smernica iz drugog ugla tiče se njihovog mogućeg uticaja na buduće, zajedničko evropsko privatno pravo. Analizom treba obuhvatiti Nacrt zajedničkog pojmovnog okvira³², kojim

31 Smernica 2000/43/EZ obuhvata i druge pravne odnose: za pošljavanje, samozapošljavanje, rad, organizovanje zaposlenih, socijalnu zaštitu, socijalno i zdravstveno osiguranje, obrazovanje.

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. Dalje: Nacrt.

se predlažu referentni principi, definicije i model-pravila za jedinstveno uređenje privatnopravnih odnosa u Evropskoj uniji. Nacrt je sačinila grupa stručnjaka iz Studijske grupe za Evropski građanski zakonik i *Acquis*-grupe, ne bi li evropskom zakonodavcu poslužio kao „vodič ili priručnik“ (Nacrt, 2009: 31) u radu na građanskoj kodifikaciji.

Nacrtom je zabrana diskriminacije uobličena u posebno subjektivno pravo da se ne bude diskriminisan (II – 2:101, *Right not to be discriminated against*), zaštićeno deliktnom odgovornošću za prouzrokovanu štetu, ali – i to je novina – merama koje se inače primenjuju zbog povrede predugovornih i ugovornih dužnosti (II – 2: 104 Nacrta). Pojam, oblici i zabranjeni diskriminatorni razlozi, kao i građanskopravne situacije u kojima se ovo pravo ostvaruje, preuzeti su iz pomenutih smernica.

Zabrana diskriminacije je opšti princip primarnog prava Evropske unije. Nacrtom je ona konkretizovana priznanjem posebnog prava da se zbog pola, etničkog ili rasnog porekla ne bude diskriminisan u „ugovornom ili drugom pravnom odnosu čiji je predmet pristup robi i uslugama dostupnim javnosti, ili snabdevanje njima“ (II – 2: 101 Nacrta). *Drugi pravni odnos* prevod je u Nacrtu upotrebljenog izraza *juridical act*, koji obuhvata pravne radnje preduzete sa ciljem izazivanja određenog pravnog učinka. Iz objašnjenja autora saznajemo da se mislilo na pravno obavezujuće izjave volje (i konkludentne radnje) poput: ponude i prihvata ponude; jednostranih obećanja i obavezivanja neposrednog dejstva, bez potrebe prihvatanja; dozvola i odobrenja; ovlašćivanja drugog i izdavanja punomoćja; odustanka, opoziva, otkaza ili raskida; jednostranih pravnih radnji kojima se stvaraju ili prenose prava ili ih se titular odriče (Nacrt, 2009: 170). Ovaj skup najrazličitijih pravnih radnji povezuje istovetna pravna posledica: osobu koja ih je preduzela pravno obavezuju odmah i neposredno, nezavisno od ponašanja druge strane. Obaveza ponekad može biti uslovljena, kao kod jednostranih obećanja ili obavezivanja, ali bez uticaja na opisani osnovni pravni učinak. Važnim se čini naglasiti da zaštita prava da se ne bude diskriminisan počinje pre zaključenja ugovora, od trenutka iskazane namere da se pribavi roba ili koristi usluga, obuhvata sve faze ugovornog odnosa,³³ uključujući i ostvarivanje prava zbog neispunjenja obaveze (III – 1: 105 Nacrta).

Ugovori su glavno, ne i jedino, polje važenja zabrane diskriminacije; obuhvaćeni su svi obligacioni odnosi, „ugovorni, ‘postugovorni’ i

33 Predlog da se izmene uslovi ugovora ili okonča postojeći pravni odnos deo su zaštićene sfere.

neugovorni, sa odgovarajućim prilagođavanjima“ (Nacrt, 2009: 210)³⁴. Ugovori (i izjave volja sličnog, obavezujućeg dejstva) jesu najčešći pravni instrumenti u snabdevanju robom i korišćenju usluga, i na njima će se, pre svega, proveriti delotvornost predloženih model-pravila. Prilikâ da se sankcioniše diskriminacija u neugovornim obligacionim odnosima, posebno ako im je izvor prouzrokovanje štete, biće (ako ih i bude) neuporedivo manje.

Povreda ovoga prava sankcionisana je ne samo uobičajenim i nespornim pravom na nadoknadu (imovinske i neimovinske) štete, već i merama za otklanjanje posledica neurednog ispunjenja ili neispunjenja obaveza. Upućuje se na shodnu primenu pravilâ o deliktnoj i o ugovornoj odgovornosti.³⁵ Dopušteno je kumuliranje sankcija, koje svojom vrstom, visinom i kombinacijom treba da budu srazmerne učinjenoj povredi (ili očekivanoj, a sprečenoj) i da imaju preventivno dejstvo (II – 2: 104 Nacrta). Upotrebljenim izrazima „odvraćajuće/sprečavajuće dejstvo“ (*dissuasive effect*) sugerisano je da se i od građanskopravne sankcije očekuje poučavajući i predupređujući uticaj na javnost, svojstven sankciji krivičnog prava.

Za građansko pravo ovo nije novina niti nepoznata teritorija (oduzimanje predmeta činidbe zabranjenog ugovora svedoči tome u prilog). Pre je logična posledica dve, međusobno uslovljene, činjenice. Jedna je konstitucionalizacija privatnog/građanskog prava, kojom mu se dodeljuje uloga vezana za javnopravne norme.

Osnovna tema i ograničeni prostor ne dozvoljavaju nam dublju analizu pojma konstitucionalizacija. Na ovom mestu neka samo bude primećeno da se njime opisuje uticaj normi primarnog prava Evropske unije na građansko pravo i njegove osnovne principe, inspirisane drugačijom filosofijom i svrhom. U takvom kontekstu, potrebnim se čini preispitivanje podele prava na javno i privatno, i smislenosti da interes istraje kao preovlađujući (ako ne i dominantan) kriterijum podele. Utisak o „mešanju“ javnog sa privatnim pravom pojačava stav Evropskog suda pravde, zauzet u

34 Nije sasvim jasno šta su „postugovorne obaveze“. Mogle bi obuhvatiti diskriminatorno ponašanje jedne strane prema drugoj po prestanku ugovora, na primer, zakupodavac zbog pola svog nekadašnjeg zakupca o ovom daje netačne informacije (primer naveden kod: Navarro, S. N., „Sex Discrimination in European and Spanish Contract Law“, *Non-Discrimination in European Private Law*, Schulze, R. (ed.), Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, str. 247).

35 Knjiga VI (Neugovorna odgovornost za štetu prouzrokovanu drugom) i Knjiga III, Poglavlje 3 (Posledice neispunjenja ugovora).

nekim slučajevima, o mogućem neposrednom (horizontalnom³⁶) dejstvu na privatnopravne odnose opštih principa iz primarnog prava Unije, tako i zabrane diskriminacije.³⁷ Takvim stavom Sud premošćava posredno dejstvo izvora sekundarnog prava, prevashodno smernica, na nacionalno pravo. Podsetimo se da je za uživanje i zaštitu prava iz smernica potrebno da država njihov sadržaj učini delom domaćeg prava. Povezano s našom temom, potrebno je doneti posebne zakone o zabrani diskriminacije ili postojeće usaglasiti sa tzv. antidiskriminacionim smernicama. Neusaglašenost ide na štetu domaćeg prava, jer ga nacionalni sudovi država članica neće primeniti. Smernica koja izražava opšti princip EU, kakav je i zabrana diskriminacije, primeniće se neposredno, ne samo u odnosu država – privatnopravni subjekt već i u međusobnim odnosima građana i njihovih pravno priznatih organizacija.³⁸

Druga činjenica proizlazi iz opisanog trenda – upotreba građansko-pravnih instrumenata radi ostvarenja distributivne pravde (nema je bez zabrane diskriminacije), koju je do sada bilo dužno obezbediti javno pravo. Najviše mogućnosti da odgovori ovoj ulozi ima novčana naknada štete, čiju visinu tada ne određuju isključivo vrsta i posledice diskriminacije, već ekonomska snaga prodavca/pružaoca usluge i njegov tržišni položaj (Nacrt, 2009: 235). Ovakvim se kriterijumima odmeravanja visine naknade udaljavamo od opštih pravila odštetnog

36 Dejstvom ustavnih principa na odnose između pojedinaca bavi se i Savezni ustavni sud Nemačke, što je teoretičarima, pre svega ustavnog, prava poznato kao *Drittwirkung-effekt*.

37 Case C-144/04 *Werner Mangold v. Rüdiger Helm* [2005]. Sud je zauzeo stav da je starosna diskriminacija, u ovom slučaju na radu, povreda zabrane diskriminacije kao opšteg principa komunitarnog prava. O važenju zabrane u drugim, reprezentativnijim građanskopravnim odnosima, Sud se ovom prilikom nije izjašnjavao, ali nije je ni decidno ograničio isključivo na oblast rada i zapošljavanja. Opravdana su pitanja o dejstvu takvog stava na, na primer, nacionalne norme statusnog, porodičnog ili ugovornog prava o starosnoj granici za sticanje poslovne sposobnosti i emancipaciju (postavljena u: 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, str. 463–465).

38 Case C-555/07 *Seda Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* [2007]. Još jedan slučaj starosne diskriminacije (sa potvrđenim stavom iz slučaja Mangold) svedoči o formiranom stavu Suda da je poštovanje ljudskih prava opšti princip prava Evropske unije, sadržan u njenim osnivačkim ugovorima i Povelji o osnovnim pravima u Evropskoj uniji.

prava, i reparaciji, tj. satisfakciji, kao prevashodnim ciljevima naknade štete, dodeljujemo kaznenu ulogu.³⁹

Naknada štete je najčešće predviđena sankcija; u smernicama koje su u osnovi Nacrta, jedina je posebno pomenuta. U većini nacionalnih antidiskriminacionih zakona propisana je kao jedna od mera sudske zaštite od diskriminacije.⁴⁰ Ukazali smo da se Nacrtom proširuje lista sankcija, dodavanjem mera tipičnih za povredu ugovora, uključujući i njegovo neispunjenje. One su: raskid ugovora, poništenje ugovora u celini ili njegovih diskriminatorskih odredaba (delimična ništavost), zamena diskriminatorskih odredaba neutralnim i prinudno ispunjenje nenovčane obaveze. Ukoliko je diskriminisano uskraćena mogućnost da zaključi ugovor ili je zbog nepravičnih uslova od toga sâm odustao, sud može naložiti da se s njim zaključi ugovor pod uobičajenim uslovima. Ovo je najozbiljnije ograničenje slobode ugovaranja, isključuje izbor ugovornog partnera i treba ga primenjivati oprezno.

Prema Zakonu o obligacionim odnosima, ako je neko po zakonu obavezan da zaključi ugovor, zainteresovano lice može zahtevati da se takav ugovor zaključi bez odlaganja.⁴¹ Zakonska odredba obavezuje lica koja obavljaju delatnost od opšteg ili šireg društvenog interesa (javne službe), pružaoce usluga od opšteg ekonomskog interesa za potrošače⁴² i subjekte koji u poslovanju koriste ograničene resurse ili prirodna bogatstva, jer svima treba da budu dostupna pod jednakim uslovima. Povreda ove dužnosti sankcioniše se pravom na naknadu štete (čl. 183 i 184 ZOO).⁴³

U Nacrtu nema ovakvih ograničenja, tako da se mera može primeniti bez obzira na vrstu delatnosti i egzistencijalni značaj robe ili usluge. Izbor mere treba da odrede njena srazmernost sa posledicom povrede, učinkovitost i sposobnost da predupredi buduću diskriminaciju odvracanjem mogućih počinitelaca. Nije dovoljan zahtev diskriminisano, već i procena suda da je prinudno zaključenje ugovora najbolji ili jedini način otklanjanja povrede.

39 U anglosaksonskom pravnom sistemu tome služi *punitive damages*, koja u većini prava evropskokontinentalnog pravnog sistema nema svoj pandan.

40 Videti Zakon o zabrani diskriminacije, čl. 43, st. 1, t. 4.

41 Član 27, st. 1 Zakona o obligacionim odnosima Videti i Zakon o energetici (*Sl. glasnik RS*, br. 145/14), po kome se obaveza pružanja javnih usluga u energetske delatnosti može uvesti ukoliko je neophodno obezbediti sigurnost, redovnost i kvalitet u snabdevanju.

42 Član 83, st. 1 i 2, t. 2 Zakona o zaštiti potrošača, *Sl. glasnik RS*, br. 62/14.

43 Po Zakonu o energetici (čl. 123 i 145), odbijanje da se zaključi ugovor sa kupcem koji ispunjava uslove sankcioniše se u postupku inspekcijaskog nadzora, u kome je inspektor ovlašćen da naloži priključenje na energetske sistem.

5.2. Ocena predloženih model-pravila

Nasuprot pravu da se ne bude diskriminisan stoji obaveza da se drugi ne diskriminiše. Zahvaljujući takvom odnosu prava i obaveze predloženog Nacrtom zajedničkog pojmovnog okvira, diskriminaciju je moguće sankcionisati obaveznim zaključenjem bilo kog ugovora, nezavisno od vrste robe, karaktera usluge (usluga od opšteg ekonomskog interesa) i tržišnog položaja njihovog snabdevača (monopolski ili dominantan položaj). Jedino je važno da su roba i usluga ponuđeni na tržištu, neodređenom broju lica. Korektiv u primeni ove mere trebalo bi da bude ekonomski: primenjivati je samo ako tržišni mehanizmi ne mogu da otklone posledice diskriminatornog postupka, jer nema alternativne ponude i mogućnosti da se potreba zadovolji na drugom mestu (diskriminator je monopolista). Posmatrano u kontekstu osnivačkim ugovorima garantovanog prava na slobodan pristup unutrašnjem tržištu EU, obu hvatanje svih ugovora model-pravilom postaje samorazumljivo: ne radi se samo o zaštiti dostojanstva diskriminisanog, već (možda i pre svega) o sprečavanju da diskriminacija ugrozi ekonomske temelje Unije – tržišnu privredu, preduzetnički duh i slobodno nadmetanje privrednih subjekata.

Pominjanje tržišta u vezi sa antidiskriminacionom politikom Evropske unije nije slučajno. Zapravo je izraz preovlađujuće karakteristike evropskog privatnog prava (ugovornog prava posebno) da je ono u bitnom određeno zahtevom nesmetanog razvoja slobodnog tržišta. Tome u prilog govori činjenica o usaglašavanju najpre onih njegovih delova najpotrebnijih liberalnom tržištu pravilima koja mu obezbeđuju nesmetano funkcionisanje i razvoj (*market-oriented private law*). Ne treba onda ni da nas čudi da se sa ujednačavanjem nacionalnih privatnih prava država članica najpre i najdalje otišlo u ugovornim odnosima. Na njima je težište rada većine radnih grupa za izradu model-pravila buduće, jedinstvene evropske građanske kodifikacije (Principi evropskog ugovornog prava, Trento projekat, Anri Kapitan grupa, Studijska grupa za izradu Evropskog građanskog zakonika). Diktat tržišta vidljiv je i u vezi sa pristupom zaštiti od diskriminacije u privatnopravnim odnosima.

Jedinstveno tržište Unije trebalo bi da pod jednakim uslovima bude dostupno svim subjektima, bili oni snabdevači robom i uslugama ili njihovi korisnici. Slobodna inicijativa, tržišno nadmetanje i konkurencija unapređuju tržište, na kome su robno-novčani odnosi dobrim delom uređeni građanskopravnim pravilima, ustrojenim po

načelima privatne autonomije i slobode ugovaranja. Njima se garantuje sloboda izbora u vezi sa zaključenjem ugovora, izborom druge strane, određivanjem njegove sadržine i drugih, saugovaračima bitnih, elemenata ugovornog odnosa. Zahvaljujući nepostojanju dužnosti da se učinjen izbor obrazlaže, razlozi na kojima je zasnovan mogu biti najraznovrsniji – dobri, loši ili vrednosno neutralni, iracionalni, štetni po donosioca odluke. Očekuje se da moralno neprihvatljive razloge (većina diskriminatornih osnova je takva) isključi tržišna logika. Računa se na ekonomski racionalno ponašanje tržišnih učesnika, kojima bi osnovni kriterijum u izboru ugovornog partnera trebalo da bude sposobnost da ispuni obavezu, a motiv – sticanje dobiti. I kriterijum i motiv su ekonomski i objektivni, tiču se ugovora, a ne ličnih svojstava ugovarača: prodavcu je svejedno da li je kupac muškarac ili žena, koje je nacionalnosti, boje kože ili vere; prihvatljiv je ukoliko može ispuniti obavezu, a kod stalnih poslovnih odnosa – i ako je savestan, pošten i pouzdan partner. Ko se rukovodi ličnim (ne)sklonostima ili predrasudama radi u korist sopstvene štete i konkurencije.

Tržišna pravila sama po sebi doprinose ravnopravnosti, jer profit i neprestano nadmetanje isključuju mogućnost da diskriminatorni motivi budu odlučujući za izbor druge strane ugovora. Kada tržište dobro funkcioniše nema razloga da država interveniše ne bi li obezbedila suštinsku ravnopravnost (Riesenhuber, 2006: 358; Basedow, 2008: 9221, 923; Rösler, 2010: 755). Opravdanim se razlozima smatra sistematsko uskraćivanje određene robe ili usluge čitavoj grupi pojedinaca istih ličnih svojstava (iz naše prakse, zabrana Romima ulaska na javni bazen) ili otežavanje pristupa nametanjem uslova koji se od drugih ne traže. Intervencija je potrebna i ako diskriminator ima monopolski položaj. Konkurencija, kao pokretački motiv jednakog postupanja prema drugima, tada ne postoji, nema ni alternativne ponude, pa bi za diskriminisanog, bez primene antidiskriminacionih normi, slobodan pristup jedinstvenom tržištu bio samo puka proklamacija.

6. Zaključak

Jednako dostupnosti dobara i njihovoj pravičnoj raspodeli teži distributivna pravda, koja se, ograničavanjem privatne autonomije zabranom diskriminacije, unosi u privatno pravo – područje korektivne pravde. Ovakav susret javnog sa privatnim pravom smatra se izrazom socijalne funkcije privatne autonomije (Riesenhuber, 2006: 189) i pokazuje da je privatno pravo postalo svesnije svoje šire društvene uloge (Rösler, 2010: 751).

Uključivanjem društvenih grupa čiji su pripadnici zbog ličnih svojstava izloženi stvarnoj diskriminaciji, država ostvaruje svoju socijalnu funkciju. Mogli bismo reći da se ponaša i pomalo paternalistički: širenjem domena zabrane diskriminacije, dala je sebi još jedan opravdan razlog da građanskopravni odnos ne prepusti u potpunosti slobodnoj volji njegovih učesnika, čak i ako bi to značilo promenu temeljnih načela građanskog prava.

Pitanjima zabrane diskriminacije u građanskopravnim odnosima potrebno je odmereno pristupiti, radi očuvanja njihove suštine i razloga zasnivanja. Proverom diskriminatornih osnova u polju građanskog prava i njihovog uticaja na zasnivanje i sadržinu odnosa koje ono uređuje, proučavanjem nastalih posledica i mogućnosti da budu opravdane legitimnim ciljem i izborom primerenog sredstva da se on postigne, pronaći ćemo pravu meru između autonomije i zabrane diskriminacije.

Ovoj konstataciji dodaćemo opšteprihvaćeni stav da ni preterana sloboda nije poželjna, niti je moguća. Više no jednom ponovljeno je da je istorija slobode volje istorija njenog ograničavanja. Ugovor, kao akt slobodne volje, i bilo kakvo njeno ograničavanje na prvi su pogled nespojivi koncepti, ali samo ako ih posmatramo izolovane od društvene stvarnosti. Razvoj društveno-ekonomskih odnosa primorao je zakonodavca da odustane od nemešanja u privatnopravne odnose i da ih, ukoliko odstupaju od opšteg interesa, primerenim korektivima uskladi sa njim. Bilo da su oni izraženi pravnim standardima javnog poretka (*l'ordre public*⁴⁴) ili dobrih običaja (*die gute Sitten*⁴⁵) ili njihovom kombinacijom, kako je to, uz dodatak prinudnih propisa, učinjeno u našem pravu (čl. 10 ZOO), izraz su iste ideje: slobodna inicijativa i samoodređenje strana građanskopravnog odnosa moraju se uskladiti sa opštim interesom, kao što se imaju usklađivati i međusobno. Ovakva ograničenja slobode volje su dobrodošla i neodvojiva od nje, jer bi neograničena sloboda poništila slobodu drugih, ali i samu sebe.

Pogled na važnije građanske kodifikacije uverava nas da je svako vreme imalo svoje razloge za ograničenje privatne autonomije i načine da to postigne. Antidiskriminacione norme, kojima se zabranjuje da identitetska svojstva drugog (rasa, etničko poreklo, nacionalnost, pol, seksualno opredeljenje, religijsko ili drugo ubeđenje...) budu razlog da se s njim ne zaključi ugovor, ispisuju nove granice. One su jedne od

44 Francuski građanski zakonik, švajcarski Zakon o obligacionom pravu, ranije Srpski građanski zakonik i Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru.

45 Nemački građanski zakonik, § 138.

najintenzivnijih spoljnih ograničenja, dolaze iz javnog prava, donoseći njegov *raison d'être* i ideju o distributivnoj pravdi.

Većina građanskopravnih odnosa jeste nadgradnja nad ekonomskim tokovima, čiji bi cilj – sticanje i uvećanje profita – trebalo da isključi diskriminatorno ponašanje, jer je ekonomski neracionalno. Kritičari prevelikog uticaja zabrane diskriminacije na građansko pravo polažu velike nade u delovanje tržišnih mehanizama, pristajući na uplitanje države antidiskriminacionom politikom samo ako su za otklanjanje posledica oni nepodesni ili nedostatni.

Alternativnom ponudom može se otkloniti samo jedna posledica diskriminacije – potpuno isključivanje sa tržišta, tako što će se diskriminisani snabdeti na drugom mestu i eventualnu razliku u ceni prevaliti na diskriminatora. Kad nema takve ponude, pod uslovom da diskriminisani želi, primerena i jedina moguća mera jeste obavezno zaključenje ugovora. Nijedna od mera ne štiti povređeno dostojanstvo, a ipak je to prevashodni zaštitni objekt svih antidiskriminacionih normi. Povreda ove vrste jedino je otklonjiva klasičnom, imovinskom sankcijom građanskog prava: naknadom štete, bilo u novcu, bilo prirodno (izvinjenjem ili javnim objavljivanjem sudske presude).

Literatura

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*. Nav. prema: Hondius, E. (2011). Diskriminierungsschutz und Europäisches Vertragsrecht. U Schulze R. (ed.). *Non-Discrimination in European Private Law*. Tübingen: Mohr Siebeck. 199–207. (Na str. 200, nap. 3)

Zakon o energetici. *Službeni glasnik RS*. Br. 145. 2014

Zakon o zabrani diskriminacije. *Službeni glasnik RS*. Br. 22. 2009

Zakon o zaštiti potrošača. *Službeni glasnik RS*. Br. 62. 2014

Zakon o obligacionim odnosima. *Službeni list SFRJ*. Br. 29. 1978; 39. 1985; 45. 1989 i 57. 1989. *Službeni list SRJ*. Br. 31. 1993

Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. *Službeni list SCG*. Br. 9. 2003

Zweigert, K., Kötz, H. (1996). *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrecht*. Tübingen: J. C. B. Mohr Siebeck

Kovačević Kuštrimović, R. Lazić, M. (2008). *Uvod u građansko pravo*. Niš: Punta

Lauber, A. V. (2011). From Market Integration to Human Integration: How Non-Discrimination Illustrates Fundamental Rights Aspects in Private Law. U 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“. U 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. U Schulze R. (ed.). *Non-Discrimination in European Private Law*. Tübingen: Mohr Siebeck. 233–265

Perović, S. (1975). *Zabranjeni ugovori u imovinsko-pravnim odnosima*. Beograd: NIU Službeni list SFRJ

Petrušić, N. Krstić, I. Marinković, T. (2014). *Komentar Zakona o zabrani diskriminacije*. Beograd: Pravosudna akademija

Reppen, T. (2007). Antidiskriminierung – die Totenglocke des Privatrechts läutet. U Josef Issense (Hrsg.). *Vertragsfreiheit und Diskriminierung*, str. 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

Ustav Republike Srbije. *Službeni glasnik RS*. Br. 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. Nav. prema: 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 (na str. 732, nap. 14)

Smernica 2000/43/EZ o primeni principa jednakog postupanja bez obzira na rasno ili etničko poreklo (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

Smernica 2004/113/EZ o primeni principa jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pristupu robi i uslugama i snabdevanju njima (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

Smernica Evropskog parlamenta i Veća od 27. 12. 2006. o uslugama na unutrašnjem tržištu (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 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.*

Milica Vučković,*
Asistent Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

originalni naučni članak

UDK: 347.235

Rad primljen: 30.06.2015.
Rad prihvaćen: 03.12.2015.

MESNA UOBIČAJENOST KORIŠĆENJA NEPOKRETNOSTI I TEORIJA PREOKUPACIJE U SISTEMU IMISIONE GRAĐANSKOPRAVNE ZAŠTITE**

Apstrakt: Osnovno pravilo imisione građanskopravne zaštite, oslonjeno u potpunosti na datosti društvene realnosti, jeste da se imisije moraju trpeti do određene granice. Kada imisije postaju prekomerne, pitanje je koje se, u svakom konkretnom slučaju, utvrđuje primenom određenih kriterijuma. Jedan od tih kriterijuma je I „mesna uobičajenost“ korišćenja nepokretnosti. Tako je, po Zakonu o osnovama svojinskopravnih odnosa Republike Srbije, iz 1980. godine, vlasnik nepokretnosti dužan da se uzdržava od prouzrokovanja imisija kojima se korišćenje drugih (susednih) nepokretnosti otežava preko mere koja je uobičajena s obzirom na prirodu i namenu nepokretnosti i mesne prilike. Teorija preokupacije je u tesnoj vezi sa kriterijumom „mesne uobičajenosti“, budući da po njoj, onaj ko se kasnije nastani ili otpočne kakvu delatnost u određenom mestu, u odnosu na imitent, nema pravo da se poziva na prekomernost imisija koje trpi. U većini prava ova teorija nije ostvarila uticaj na sudsku praksu i zakonodavstvo. Francuski Kasacioni sud se takođe jasno ogradio u odnosu na nju. Međutim, postoje i drugačija viđenja tog problema. U ovom radu se bavimo pitanjem primene teorije preokupacije u oblasti građanskopravne zaštite od imisija.

Ključne reči: susedsko pravo, imisije, nepokretnosti, teorija preokupacije.

* milica@prafak.ni.ac.rs

** Rad je rezultat istraživanja na projektu Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“, koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije, pod brojem 179046 D.

1. Uvod

Imisije, kao oblik smetanja suseda u mirnom uživanju prava na nepokretnostima, bile su poznate još rimskom pravu (Romac, 1975: 160; Johnston, 1998: 71–72; Gordley, 2010: 2–5). Industrijska revolucija donela je sa sobom, pored do tada neviđenog ekonomskog rasta, i ostalih pozitivnih i negativnih „nusproizvoda“, pojave visoko urbanizovanih sredina, industrijskih centara, koji su pod svoje okrilje okupili ogromnu masu ljudi željnih zarade i „slobodnog“ gradskog života. Urbanistički propisi danas imaju mnogo veću ulogu i značaj nego nekada, ali se ove sredine i dalje suočavaju sa pretrpanošću i raznovrsnim manifestacijama susedske interakcije. Dva ključna faktora koja doprinose nastanku imisionih sporova – život velikog broja ljudi na malom prostoru i privredni razvoj, danas u najvećoj meri pokazuju intenzitet svog delovanja na vršenje prava svojine na nepokretnostima (Yocas, 1966: 3–4).

Tako se odvijaju i transformacije prava svojine – od sveobuhvatne i „najapsolutnije“ vlasti povodom stvari, do socijalne funkcije, koja obavezuje vlasnika u interesu društva. Vlasnik se neminovno odriče dela svoje sebičnosti – svest o zajedničkom životu na određenom prostoru oblikuje vršenje prava svojine na nepokretnostima, posebno u velikim gradovima¹ (Kovačević Kuštrimović, 2002: 36; Lazić, 2009: 154).

U građanskom pravu imisije se tradicionalno izučavaju u okviru susedskog prava (Stojanović, 1983: 120; Stanković, Orlić, 1999: 209; Kovačević Kuštrimović, Lazić, 2009: 78; Lazić, 2009: 153; Lazarević, 2011: 444). Imisijama se bavi i ekološko pravo (Palačković, 1995: 357; Popov, 2012: 79–80). Zbog toga se često u pravnoj teoriji susreću stavovi

1 Gradski život je u pretežnoj meri zasnovan na industrijskoj proizvodnji, koja predstavlja najozbiljnijeg smetača u susedskim odnosima i jednog od najvećih zagađivača životne sredine. Gra dovi s u i stecišta različitih privrednih aktivnosti sekundarnog i tercijarnog sektora, koje danas u velikoj meri konkurišu industriji u smetanju čovekove privatne sfere i ugrožavanju prava na nepokretnostima, kao i vrednosti samih nepokretnih stvari. Na selu se na određenom, ne tako gusto naseljenom prostoru, susreću gotovo istovetne aktivnosti, koje čine srž seoskog života. Za razliku od toga, gradske sredine obiluju raznovrsnim delatnostima i stoga su plodno tle za sudaranje susedskih interesa. Zbog toga gradski život predstavlja veći izazov dobrosusedskim odnosima nego seoski. Razvoj i širenje gradova i predgrađa donosi brojne probleme svakodnevnog života, s obzirom na to da se u određenom trenu tku u rbani život susreće sa različitim aktivnostima tipičnim za seoske sredine (npr. slučajevi tovilišta stoke ili malih životinjskih farmi u predgrađima). U gradovima se često, zbog prenaseljenosti, susreću različite aktivnosti na malom prostoru (npr. golubarnik ili kokošinjac u susedstvu stambenog prostora), naročito u tzv. „divljim“ naseljima.

o prevazilaženju tradicionalnih okvira susedskog prava u zaštiti od imisija. Mišljenja smo da se radi o dvema različitim grupama pravnih instrumenata za zaštitu od imisija, građanskopravne i ekološkopravne, koje se u jednom manjem segmentu pokazuju komplementarnim, ali imaju različitu pravnu prirodu, domašaj i ciljeve (Lazić, 2012: 129).

Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa² (u daljem tekstu: ZOSPO) ne sadrži nijednu odredbu o susedskopravnim odnosima. Nacrt zakonika o pravu svojine i drugim stvarnim pravima Republike Srbije iz 2012. godine³ (u daljem tekstu: Nacrt) u čl. 279 daje definiciju susedskog prava kao zakonom, odnosno odlukom nadležnog organa određenog prava vlasnika nepokretnosti da, za neophodne potrebe u susedskom odnosu, tuđu nepokretnost koja je s njegovom u susedskom odnosu upotrebljava na određeni način i u određenoj meri, zahteva od njenog vlasnika da trpi upotrebu vlasnikove nepokretnosti na određeni način i u određenoj meri, zahteva od vlasnika da svoju nepokretnost ne upotrebljava na određeni način i u određenoj meri, ili zahteva da nešto čini povodom tih nepokretnosti. Dakle, moguće je uočiti tri vrste susedskog prava. Pravo na zaštitu od prekomernih i obaveza trpljenja određenih imisija pripadaju drugoj grupi susedskih prava: prava da se zahteva od vlasnika da svoju nepokretnost ne upotrebljava na određeni način i u određenoj meri.

Jedna starija pravna definicija susedskog prava određuje odnos susedstva kao „kvazikontrakt koji proizvodi uzajamne obaveze među susedima, što će reći, među sopstvenicima i držaocima susednih nepokretnosti“ (Pothier, 1845–1848: 328). Susedstvo se shvata i kao „prostorna zajednica nepokretnosti, koja vodi jednoj korisničkoj zajednici na nepokretnostima ovlašćenih i time uzajamnoj dužnosti obzira i trpljenja“ (Westermann, 1960: 310). Ne ulazeći u raspravu o pravnoj prirodi susedskog prava, možemo konstatovati da ove dve definicije u najvećoj meri izražavaju suštinu tih delikatnih odnosa: postojanje određene zajednice, koja podrazumeva određene, uzajamne obaveze i ovlašćenja, i koja nastaje nezavisno od volje svojih učesnika, budući da je određuje sama činjenica života na određenom prostoru. Jedna od obaveza koju nameće ta „nužna“ zajednica, a koja je svojstvena životu u društvu u svim njegovim aspektima, jeste obaveza trpljenja škodljivih uticaja do određene granice.

2 *Sl. list SFRJ*. 6/80 i 36/90, *Sl. list SRJ*. 29/96 i *Sl. glasnik RS*. 115/2005.

3 www.arhiva.mpravde.gov.rs

2. Pojam imisija

Imisije se još od rimskog prava shvataju kao materijalni uticaji koji se prostiru sa jedne na drugu nepokretnost (Johnston, 1998: 75). To shvatanje se zadržalo do današnjih dana. Ipak, postoje i druga shvatanja imisija, ne samo kao materijalnih, već i kao imaterijalnih entiteta (Petrović, 2011: 18–19; Bovey, 2000: 10–12). „Izvesne neimovinske štete ne menjaju ni u čemu materijalno stanje zemljišta ili stana, već umanjuju normalne koristi koje pruža svojina, bezbednost stanara, ugodnost sredine, lakoću pristupa zgradi. Kako do tih šteta dolazi bez materijalnih prodora, bez opipljivog oštećenja stvari, njihova dopuštenost ili nedopuštenost ne pada u oči na prvi pogled“ (Crouzel, 1919: 209). U pravu Švajcarske je, i u doktrini i u sudskoj praksi, jednodušno prihvaćen stav da se zaštita od prekomernih imisija predviđena švajcarskim Građanskim zakonikom odnosi i na tzv. idealne imisije (Bovey, 2000: 10–11). Idealne imisije se u švajcarskoj pravnoj teoriji definišu kao „svaki efekat korišćenja ili raspolaganja nepokretnošću koji škodi moralnom ili psihološkom blagostanju suseda“ (Bovey, 2000: 10). Nije bilo jedinstvenog stava o tzv. negativnim imisijama u doktrini, dok je u sudskoj praksi dominirao stav da se ovakvi uticaji ne smatraju imisijama (Bovey, 2000: 12). Međutim, od izmena iz 2009. godine, među primerima za škodljive uticaje (imisije) u čl. 684 švajcarskog Građanskog zakonika dati su i oduzimanje susedu sunčeve svetlosti ili dnevnog svetla, što je tipičan „predstavnik“ negativne imisije (Stanković et al, 1999: 210–211). Francuski sudovi su priznavali pravo na zaštitu usled estetskih neprijatnosti koje izaziva građevina ili moralnog zgražavanja i pada vrednosti stambenog objekta usled prisustva javne kuće, što se može smatrati vidovima idealnih imisija (J. Gordley 73; Yocas, 1966: 26–29).

U našoj pravnoj teoriji imisije se definišu kao „uticaji koji dolaze sa jedne nepokretnosti na drugu, koji su materijalne prirode i koji se mogu opaziti“ (Lazić, Pravna riječ, 2012: 118), odnosno, kao „materije koje potiču sa jedne nepokretnosti i vazduhom, vodom, odnosno zemljištem, prodiru na druge nepokretnosti i onemogućavaju njihovo korišćenje“ (Babić, 2012: 95). Prisutan je i stav o neophodnosti uvođenja jednog integralnog pojma imisija koji bi obuhvatio u sebi i pojmove negativnih i idealnih imisija (Petrović, 2011: 19).

Iako se u pravnoj teoriji uobičajio termin „imisija“, zakonodavac ga ne upotrebljava, niti ga susrećemo u Nacrtu. Tako, ZOSPO u čl. 5 govori o „radnjama i uzrocima“ koje potiču od nepokretnosti, dok je u Nacrtu prihvaćen izraz „škodljivi uticaji“. Ovakva terminološka opširnost

omogućava da se u pojam imisija uključe različiti oblici škođenja, pored onih koji su egzemplarno dati i koji se uobičajeno navode u zakonskim tekstovima (Lepetić, 1995: 380).

3. Zaštita od imisija u pojedinim pravima evropskokontinentalnog pravnog kruga

Švajcarski građanski zakonik (1912)⁴, pored negatorne tužbe uređene čl. 641 ("Vlasnik ima pravo na zaštitu od oduzimanja njegove stvari, kao i od protivpravnog uznemiravanja prava svojine"), predviđa i specijalnu zaštitu od imisija u čl. 679: "Onaj ko je pretrpeo ili mu pretil opasnost od štete, zbog toga što je vlasnik prekoračio svoje pravo, može tužiti vlasnika i tražiti uspostavljanje pređašnjeg stanja ili preduzimanje mera za izbegavanje opasnosti, ne odričući se prava na nadoknadu štete." Prekoračenje prava svojine iz čl. 679 sastoji se u povredi pravila susedskog prava o zabrani prekomernih imisija iz čl. 684 švajcarskog Građanskog zakonika, koja se u švajcarskom pravu tretiraju kao zakonska ograničenja prava svojine (Bovey, 2000: 59). Naime, članom 684 ovog zakonika je predviđeno da su u vršenju prava svojine, naročito u vođenju određenog biznisa na svojoj nepokretnosti, vlasnici obavezni da se uzdrže od svakog prekoračenja istog (ekcesivno vršenje prava svojine), štetnog po susedne nepokretnosti. Ovim odredbama se naročito zabranjuju štetni efekti u vršenju prava svojine koji nisu opravdani lokacijom i prirodom nepokretnosti ili lokalnim običajem, kao što su emitovanje štetnih isparenja, buke, vibracija, radijacija ili oduzimanje svetlosti.

Nemački građanski zakonik (1900)⁵ predviđa, u paragrafu 906 da "vlasnik jedne nepokretnosti ne može zabraniti dovođenje gasova, mirisa, dima, čađi, toplote, šumova, potresa i sličnih uticaja koji potiču sa druge nepokretnosti, ukoliko se tim uticajima ne ometa upotreba njegove nepokretnosti ili se ometa u nezatnoj meri..... Isto važi i kada je materijalni uticaj izvršen u meri koja je uobičajena za određeno mesto i ne može se sprečiti merama koje su ekonomski razumne za korisnike nepokretnosti te vrste. Kada je vlasnik obavezan da trpi imisije, može zahtevati nadoknadu štete, ukoliko imisije ugrožavaju upotrebu ili prihod sa pogođene nepokretnosti, na način koji je uobičajen u tom mestu, preko granice koja se očekivano može tolerisati."

4 <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/21.html>.

5 http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb.

U pravnoj teoriji se smatra da je ovakva formulacija navedenih odredaba BGB-a o imisijama izraz pro-industrijske i pro-poljoprivredne orijentacije nemačkog zakonodavca i rezultat postupnog i vremenom sve izraženijeg upliva države u privatnopravne odnose i regulativu (Thier, 2010: 96–97). Dok je sredinom 19. veka postojao rezervisan, čak neprijateljski stav prema upotrebi nepokretnosti u industrijske svrhe, do te mere da je vlasnik nepokretnosti pogođene imisijama gotovo uvek uspevao sa negatornim zahtevom⁶, krajem istog veka pritisak interesa industrije na zakonodavca bio je toliko intenzivan da je doveo do sadašnje formulacije paragrafa 906 BGB-a (Thier, 2010: 92–93). Godine 1869. u Nemačkoj je donet Industrijski zakonik (Gewerbordnung für den Nordentchen Bund). Ovim zakonikom je, u paragrafu 26, bilo predviđeno da sused fabrike koja poseduje administrativnu dozvolu za rad ne može protiv njenog vlasnika podići negatornu tužbu da spreči imisije koje od nje trpi. Mogao je zahtevati jedino mere za prevenciju imisija, odnosno, ako bi te mere bile preskupe, nadoknadu pretrpljene štete. Ovo pravilo se izvorno odnosilo na ograničen broj fabričkih postrojenja, da bi tokom vremena njegova primena bila proširena na sva postrojenja snabdevena administrativnom dozvolom (Thier, 2010: 95). Danas su pomenutim paragrafom zaštićene sve delatnosti od javnog značaja (gemeinwichtige Betriebe), kao što su policijske stanice, pošte, centri za zbrinjavanje zavisnika od droge, elektrane itd. Federalni Zakon o zaštiti od imisija (Bundesimmissionschutzgesetz) iz 1974. preuzeo je ovaj koncept privilegovane zaštite (Thier, 2010: 96).

Code civil (1804)⁷ ne sadrži nijednu opštu odredbu o imisijama i građansko-pravnoj zaštiti od imisija. Ovaj pravni institut se u francuskom pravu razvijao kroz građansku i upravnu sudsku praksu. Francuski Kasacioni sud je u tom razvoju odigrao ključnu ulogu, formulisanjem pravila imisione građansko-pravne zaštite koje se ne razlikuje od rešenja drugih prava evropskokontinentalnog pravnog kruga: sused se može pravno zaštititi samo od prekomernih ili abnormalnih imisija, odnosno imisija kojima se nanosi prekomerna šteta susedu (Gordey, 2010: 65; Yocas, 1966: 14–16). Italijanskim građanskim zakonikom⁸ iz 1942. godine predviđeno je da „vlasnik zemljišta ne može zabraniti imisije dima, toplote, isparavanja,

6 Bilo je dovoljno da se u tvrdi „trajni neuobičajeni vid upotrebe“.

7 <http://www.w.w.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20150513>

8 http://www.gpichironi.it/sitenew/at_tachments/026_Codice-Civile-aggiornato-al-28-febbraio-2013.pdf

šumova i slične uticaje koji potiču sa susednog zemljišta, ako oni ne prelaze uobičajenu meru snošljivosti, uzimajući u obzir mesne prilike. Pri primeni ovog propisa sud mora uskladiti zahteve proizvodnje sa pravnim značajem svojine. Mora se povesti računa i o prvenstvu određenog načina upotrebe“ (čl. 844).

4. Zaštita od imisija u pravu Republike Srbije

U našem pravu se odredbe o građanskopravnoj zaštiti od prekomernih imisija nalaze u dvama posebnim zakonima. To su ZOSPO i Zakon o obligacionim odnosima⁹ (u daljem tekstu: ZOO). Članom 5 u stavu 1 ZOSPO-a predviđeno je da je vlasnik nepokretnosti dužan da se pri korišćenju nepokretnosti uzdržava od radnji i da otklanja uzroke koji potiču od njegove nepokretnosti, kojima se otežava korišćenje drugih nepokretnosti (prenošenje dima, neprijatnih mirisa, toplote, čađi, potresa, buke, oticanje otpadnih voda i sl.) preko mere koja je uobičajena s obzirom na prirodu i namenu nepokretnosti i mesne prilike, ili kojima se prouzrokuje znatna šteta. Stvarnopravni instrument zaštite je negatorna tužba. Ako je prekomerna imisija uzrokovana opštekorisnom delatnošću za koju je dobijena dozvola nadležnog državnog organa, može se zahtevati samo naknada štete koja prelazi normalne granice (čl. 156, st. 3 ZOO). Nacrtom je predviđena nešto potpunija regulativa ovog pravnog instituta. Tako je predviđeno da vlasnik nepokretnosti čije je korišćenje otežano preko mere uobičajene s obzirom na prirodu i namenu nepokretnosti i mesne prilike škodljivim uticajem koji potiče od radnje ili izvora sa susedne nepokretnosti (buka, prašina, dim, čađ, miris, otpadna voda, potres, toplota, svetlost, elektromagnetni talasi i sl.) može zahtevati od njenog vlasnika da se od radnje uzdrži, odnosno izvor uticaja otkloni. Uzdržavanje od radnje, odnosno otklanjanje izvora škodljivog uticaja ne može se zahtevati ako se radnja vrši, odnosno izvor koristi sa dozvolom nadležnog organa ili u okviru opštekorisne delatnosti, kao ni ako uzdržavanje od radnje, odnosno otklanjanje izvora predstavlja nesrazmeran teret za vlasnika (čl. 294, st. 1 i 2). U tom slučaju se može ostvariti pravo na pravično obeštećenje, odnosno naknadu štete (čl. 294, st. 3)

9 *Sl. list SFRJ*, 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Sl. list SRJ*, 31/93 i *Sl. list SCG* 1/2003 – Ustavna povelja.

5. Prekomerne imisije, mesno uobičajeno korišćenje nepokretnosti i teorija preokupacije

Vlasnik, odnosno korisnik nepokretnosti, može se efikasno pravno odbraniti ne od svih imisija, jer to bi bilo nemoguće, već samo od prekomernih. Smetnje koje dolaze sa susedne nepokretnosti moraju se trpeti do određene granice. Kada se ta granica pređe, imisije postaju prekomerne i otvara se put za građanskopravnu zaštitu (Yocas, 1966: 4).

Prekomernost imisija je faktičko pitanje i odgovor na njega zavisi od svih okolnosti konkretnog slučaja. Kriterijumi za procenu prekomernosti su objektivni, a stožerni su priroda i namena nepokretnosti i mesne ili lokalne prilike (Bovey, 2000: 23–27; Petrović, 1979: 343). U srpskom i francuskom pravu se ovi kriterijumi ispituju s obzirom na nepokretnost sa koje potiču imisije (Yocas, 1966: 65–66, Stojanović, Pop-Georgiev, 1983: 19, Lazić, 2012: 119–120, Milić, 1987: 1456). U švajcarskom pravu se procena vrši uvidom u situaciju i nepokretnosti sa koje potiču imisije i nepokretnosti pogođene (pogođenih) imisijama (Bovey, 2000: 27), dok se u nemačkom pravu polazi od ukupnog stanja u određenom području u kom se nalaze te nepokretnosti (Petrović, 2011: 198).

Kriterijumi prirode i namene nepokretnosti i lokalnih prilika, odnosno mesne uobičajenosti su tesno povezani. U urbanim sredinama se u utvrđivanju ovog stanja nepokretnosti polazi od zone u kojoj se nalaze odnosne nepokretnosti. U tome su presudni urbanistički propisi (Bovey, 2000: 27).

Mesno uobičajeno korišćenje je onaj vid korišćenja nepokretnosti koji duži vremenski period preovladava u određenom mestu i smatra se tipičnim (Stojanović et al, 1983: 29; Lazić, Pravna riječ, 2012: 119; Bovey, 2000: 28–29). Budući da se dominantne karakteristike jednog kraja mogu znatno izmeniti tokom vremena, ne može se govoriti o stečenom pravu – o pravu da se nanosi šteta susedu koji se doselio u određeno mesto ili tu otpočeo delatnost posle imitenta, čak i kada je aktivnost od koje potiču imisije uobičajena za to mesto (Bovey, 2000: 28; Petrović, 2011: 190; Stojanović et al, 1983: 29–30). Upravo suprotna ideja je sadržana u teoriji pojedinačnog pređašnjeg zauzimanja.

Ova teorija se pripisuje francuskom pravnom teoretičaru Demolombe –u, koji je u svom delu „Cours de Code Napoleon“ iz 1882. godine izneo stanovište da pri odlučivanju o pravu na nadoknadu štete od prekomernih imisija treba da presudi prvenstvo određenog načina upotrebe. Ako se u kraju u kom deluje neka fabrika njeni susedi žale na imisije od njenih

postrojenja, pravo na nadoknadu štete bi trebalo, po ovoj teoriji, da imaju samo oni susedi koji su u tom mestu bili nastanjeni, odnosno obavljali delatnost, pre nego što je fabrika otpočela sa radom (Petrović, 2011: 189–190). Po ovom učenju, onaj ko se nastani u blizini fabrike „prihvata rizik“ nastupanja štete (Raymond, 1965: 344).

Francuski Kasacioni sud se početkom 20. veka izričito izjašnjavao protiv teorije pojedinačnog pređašnjeg zauzimanja (Petrović, 2011: 190). Međutim, kasnije se ona provlači kroz brojne sudske odluke¹⁰. Tako, u jednoj odluci iz 1968. godine, u sporu *Air France c. Société E.R.V.E. et autres*, sud je, pozivajući se na krivicu oštećenog, dosudio sniženi iznos nadoknade štete pogođenom susedu. U postupku povodom ovog spora kompanija *Air France* je bila osuđena da nadoknadi štetu građevinskom preduzeću *E.R.V.E*, zbog prekomerne imisije buke koju su trpeli susedi aerodroma u Nici, nastanjeni u stanovima u zgradama koje je to preduzeće izgradilo blizu postojećeg aerodroma. Iznos nadoknade je bio umanjen pozivanjem na krivicu oštećenog, sa obrazloženjem da je rečeno preduzeće pre početka gradnje stambenih objekata u blizini aerodroma moralo voditi računa o zatečenom načinu upotrebe u tom kraju, i da tome prilagodi gradnju (Petrović, 2011: 183). Takođe, teorija pređašnjeg zauzimanja se u francuskom pravu u novije vreme pojavljuje ne prikriveno i ne pod „maskom“ krivice oštećenog, već otvoreno, u vidu odredaba Zakonika o stanovanju i građenju – *Code de la construction et de l’habitation*¹¹. Ovim zakonikom, u čl. L112–16, predviđeno je da štete koje držalac (korisnik) nepokretnosti pretrpi usled imisija od poljoprivredne, industrijske, trgovačke ili aeronautičke delatnosti, ne rađaju pravo na nadoknadu štete kada je odobrenje za gradnju izdato, odnosno ugovor o prodaji ili zakupu zaključen nakon što je neka od rečenih delatnosti otpočela i traje u tom mestu, ukoliko se takva delatnost obavlja u skladu sa odredbama važećih zakona i uredaba i ako se ista sve vreme obavlja pod odobrenim uslovima.

Tako su određene delatnosti u francuskom pravu dobile povlašćeni položaj priznavanjem prava na prigovor preokupacije (Boullisset, Couchet, 2010: 455). Uslov je da se delatnost koja je zaštićena stečenim pravom na određenom području sve vreme vrši u skladu sa istim uslovima iz administrativnog odobrenja, i da imisije od nje nisu postale u većoj

10 Kako se u teoriji smatra, francuski sudovi su ovu koncepciju ipak posredno prihvatili, u onim slučajevima kada se nalaze u sukobu javni i privatni interes.

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>.

meri nesnošljive nakon doseljavanja suseda čije pravo na zaštitu od prekomernih imisija se suspenduje (Boulisset, Couchet, 2010: 455).

U nemačkom i švajcarskom pravu koncepcija pređašnjeg zauzimanja je izričito odbačena (Petrović, 2011: 191), dok Građanski zakonik Italije predviđa da se pri odlučivanju o zahtevu za zaštitu od prekomernih imisija mora voditi računa i o prvenstvu određenog načina upotrebe i time imitentu posredno priznaje pravo na prigovor pređašnjeg zauzimanja.

U suštini ove koncepcije je suspenzija prava na zaštitu od prekomernih imisija, i to bez ikakve nadoknade onome ko trpi te imisije bez mogućnosti da se pravno odupre i zaštiti. Pomenutim rešenjem iz francuskog prava ne samo da se oduzima pogođenom susedu pravo na nadoknadu štete, ono mu ne daje čak ni pravo na pravičnu nadoknadu zbog lišavanja jednog od prava iz korpusa susedskih prava, zbog čega se u francuskoj pravnoj teoriji raspravlja o njegovoj ustavnosti (Gordey, 2010: 80).

Čini se da se teorija preokupacije logično nadovezuje na standard "mesne uobičajenosti". Naime, u pitanju je određena, dugotrajna upotreba većine nepokretnosti u određenom mestu, u dužem vremenskom periodu. I ta mesna uobičajenost određuje od koje ćemo nepokretnosti poći u razmatranju prekomernosti – pogođene ili one od koje potiču imisije. Sam zakonodavac nam implicitno dopušta da se oslonimo na teoriju preokupacije. "Lokalna upotreba povređuje princip da u susedskom pravu ne postoji nikakvo stečeno ili privilegovano pravo. Kako opšti karakter jednog lokaliteta određuje dominantna vrsta upotrebe ili eksploatacije nepokretnosti, novi stanovnici mesta moraju se nužno tome potčiniti. Takođe, na izvestan način, obaveza prilagođavanja lokalnoj upotrebi kreira pravo prioriteta ili prevencije u korist onih koji su već nastanjeni u tom mestu. Npr. ako je način upotrebe u određenom mestu isključivo ili većinom poljoprivredni, onaj ko se tu smesti morao bi, u principu, trpeti imisije koje su uobičajeno i po redovnom toku stvari povezane sa poljoprivredom, čak i ako bi one negde drugde mogle biti smatrane prekomernim" (Bovey, 2000: 29). To je teorija kolektivnog pređašnjeg zauzimanja, koja predstavlja ekvivalent francuskog prava standardu mesne uobičajenosti nemačkog prava i onih prava koja su se razvijala pod njegovim uticajem, uključujući tu i naše (Petrović, 2011: 197). Nju treba jasno razlikovati od teorije pojedinačnog pređašnjeg zauzimanja. Ako je primenom zakonskih kriterijuma utvrđeno da su određene imisije prekomerne, imitent se ne može pozivati na to da treba da bude oslobođen odgovornosti na osnovu toga što se dugi niz godina pre nego što se u

njegovom susedstvu našao pogođeni vlasnik bavio štetnom delatnošću. Prekomernost imisija se utvrđuje u svakom konkretnom slučaju kada se pred sudom rešava spor povodom zahteva suseda pogođenog imisijama uperenog protiv suseda-imitenta.

U uređenim zajednicama urbanistički propisi u velikoj meri obesmišljavaju teoriju preokupacije, čak mogu i potisnuti standard "mesne uobičajenosti". Ako je jedno područje na osnovu urbanističkih propisa podeljeno na zone, od kojih su neke stambene, neke industrijske i sl., i ne postavlja se pitanje da li je određena delatnost uobičajena u određenom mestu, već da li je dozvoljena u tom mestu (Marty, Raynaud, 1965: 315–318; Gordley, 2010: 77–79).

Urbanistički propisi, kao i propisi ekološkog prava mogu biti značajan oslonac pri odlučivanju o prekomernosti imisija. U tom kontekstu se postavlja i pitanje vezanosti građanskog sudije ovim propisima, naročito u pogledu graničnih vrednosti pojedinih vidova imisija, utvrđenih ekološkopравnim propisima (Bovey, 2000: 31). U pravnoj teoriji se ističe principijelna nezavisnost građanskog sudije pri odlučivanju o prekomernosti imisija, u tom smislu da povreda rečenih propisa ne znači istovremeno i postojanje prekomerne imisije građanskog prava, niti da njihovo poštovanje znači da je isključena mogućnost odgovornosti za prekomerne imisije po pravilima građanskog prava. Na suprotnoj strani je gledište da je građanski sudija njima ipak vezan, i da, ako ih ne primenjuje, mora to i da obrazloži (Bovey, 2000: 31–32). Sa porastom značaja ekoloških tema u savremenom svetu nauke i tehnike u službi industrijskog i drugog privrednog razvoja, sve su izraženiji predlozi da se za utvrđivanje prekomernosti imisija u građanskom sudskom postupku primene objektivna merila – kvantifikatori egzaktnih nauka (Lazić, Pravna riječ, 2012: 119). To istovremeno vodi i jačem uplivu javnog prava u privatno i porastu značaja urbanističkog i ekološkog zakonodavstva u primeni građanskopravne zaštite od prekomernih imisija.

Kriterijum mesne uobičajenosti je sam po sebi u dovoljnoj meri objektivan, s obzirom na to da implicira ono što predstavlja dominantnu karakteristiku određenog područja stvaranu tokom dužeg vremenskog perioda, bez uzimanja u obzir konkretne pojedinačne situacije pogođenog suseda. Uvođenje još veće "doze" objektivnosti u imisionu građansko-pravnu zaštitu može dovesti do zanemarivanja privatnih interesa u korist javnih i tako ostaviti "malog čoveka" bez zaklona i "utočišta" građanskopravne zaštite. Građanski sudija bi svakako trebalo da bude slobodan da kvalifikuje kao prekomerne i one imisije koje u

konkretnom slučaju nisu prekoračile granične vrednosti propisa javnog prava (Bovey, 2000: 38). Međutim, obavezna primena kvantifikatora kao objektivnih pokazatelja dopuštenosti ili nedopuštenosti imisija značajna je prepreka nepravičnosti, koju sa sobom nosi primena teorije pojedinačnog pređašnjeg zauzimanja.

6. Zaključak

Problem zaštite od prekomernih imisija je uvek aktuelan. Još od rimskog prava oko njega se razvijaju doktrinarne polemike, teorijske koncepcije, zakonska rešenja, vodi se borba interesa privrede i države na jednoj strani i građana na drugoj. U njemu sudska praksa već vekovima nalazi izvor svoje kreativne misije u pravu.

Očekivalo bi se da toliko bavljenje ovim problemom dovede do nekog zadovoljavajućeg rešenja. Međutim, čini se da je to rešenje danas dalje nego ikada. To je oblast u kojoj se, ne toliko očigledno, ali opet vrlo intenzivno, sudaraju javni i privatni interes. Dokaz za ovu tvrdnju može se pronaći u analizi istorijske geneze pojedinih zakonskih rešenja i analizi sudske prakse pojedinih zemalja.

Može se činiti da se problem rešava sam po sebi stupanjem na scenu ekološkog prava i veštačkim širenjem dimenzija građanskopravne zaštite od imisija. Građanskopravna zaštita u neznatnoj meri može doprineti zaštiti životne sredine, odnosno zaštitu prava čoveka na zdravu životnu sredinu. Ekološko pravo takođe ne može mnogo pomoći privatnopravnim subjektima, koji zapravo ne vide mnogo dalje od međa svoje nepokretnosti i potreba svoje delatnosti, u zaštiti od prekomernih imisija koje proizvode njihovi susedi.

Teorija pojedinačnog pređašnjeg zauzimanja suprotstavlja se i efikasnoj ekološkopravnoj zaštiti i efikasnoj građanskopravnoj zaštiti od prekomernih imisija. Od nje su se ogradile i sudska praksa i pravna teorija. U odredbama većine građanskih zakonika takođe nije našla svoje mesto. Međutim, tamo gde nije izričito predviđena, može se sresti u prikrivenom vidu, kao npr. krivica oštećenog, ili u vidu nekog propisa javnog prava koji ima za cilj da spreči nastanak susedskih sporova. Njena primena u većini slučajeva narušava ravnotežu između suprotstavljenih interesa u susedskoj zajednici, dajući jednom subjektu stečena prava nauštrb prava drugog, i pored proklamovane načelne ravnopravnosti pravnih subjekata u građanskom pravu. Sveprisutna težnja za primenom objektiviziranih merila prekomernosti može doprineti njenom

suzbijanju ili barem svesti njeno prisustvo na prihvatljivu meru u onim slučajevima u kojima se njena primena pokazuje opravdanom.

Literatura

- Babić, I. (2012). Imisije u građanskom pravu. *Pravna riječ*. 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. U: J. Gordley (Prir.), *The development of liability between neighbours* (str. 1-64). Cambridge, UK: Cambridge University Press
- Gordley, J. (2010). Disturbances among neighbours in French Law. U: J. Gordley (Prir.), *The development of liability between neighbours* (str. 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
- Kovačević Kuštrimović, R, Lazić, M. (2009). *Stvarno pravo*. Niš: Punta
- Kovačević Kuštrimović, R. (2002). Susedsko pravo u budućoj kodifikaciji građanskog prava. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 36–50
- Lazarević, D. (2011). *Službenosti i susedsko pravo*. Beograd: Poslovni biro
- Lazić, M. (2012). Imisije i građanskopravna zaštita. *Pravna riječ*. 32 (IX). 113–128
- Lazić, M. (2012). Zaštita od buke – komunalna buka i imisija buke. *Tematski zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru*. 129–144
- Lazić, M. (2009). Susedska prava i zloupotreba prava. *Tematski zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, Pristup pravosuđu*. 151–161
- Lepetić, D. (1995). Štetne imisije i prirodno pravo. *Pravni život*. 9. 379–390
- Marty, G, Raynaud, P. (1965). *Droit civil, tome II, Les biens*. Paris: Sirey
- Milić, D. (1987). Zaštita od imisije i od zloupotrebe susedskog prava uopšte. *Pravni život, tematski broj: Prava na nepokretnim stvarima*. 12 (XXXVII). 1445–1460

Palačković, D. (1995). Građansko-pravna ekološka zaštita. *Pravni život*. 9. 357–377

Petrović, M. (2011). *Industrijsko susedstvo i odgovornost za štetu*. Niš: Pravni fakultet Univerziteta u Nišu

Petrović, M. (1979). Imisije. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*. 3–4. 337–346

Popov, D. (2012). Nedopuštene imisije i zaštita životne sredine. *Zbornik radova pravnog fakulteta u Novom Sadu*. 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

Romac, A. (1975). Stambene prilike u starom Rimu. *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*. XXIII. 141–174

Stanković, O., Orlić, M. (1999). *Stvarno pravo*. Beograd: Nomos

Stojanović, D. (1983). *Stvarno pravo*. Beograd: Novinsko-izdavačka ustanova „Službeni list SFRJ“, OOUR „Knjige“

Stojanović, D, Pop-Georgiev, D. (1983). *Komentar Zakona o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima*. Beograd: Novinsko-izdavačka ustanova „Službeni list SFRJ“, OOUR „Knjige“

Thier, A. (2010). Disturbances among neighbours in Germany 1850-2000. U: J. Gordley (Prir.), *The development of liability between neighbours* (str. 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

Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa. *Službeni list SFRJ*. Br. 6 (1980) i Br. 36 (1990), *Službeni list SRJ*. Br. 29 (1996) i *Službeni glasnik RS*. Br. 115 (2005)

Zakon o obligacionim odnosima. *Službeni list SFRJ*. Br. 29(1978), 39 (1985), 45 (1989) – odluka USJ i 57 (1989), *Službeni list SRJ*. Br. 31 (1993) i *Službeni list SCG*. Br. 1 (2003) – Ustavna povelja

Nacrt Zakonika o pravu svojine i drugim stvarnim pravima. www.arhiva.mpravde.gov.rs

Code civil. <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20150513>

Code de la construction et de l'habitation. <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006074096&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/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)

Code civil Suisse. [https:// www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/21.html](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

originalni naučni članak

UDK: 366.5(497.5)

Rad primljen: 30.06.2015.

Rad prihvaćen: 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. Općenito o zaštiti potrošača u hrvatskom pravnom poretku

Dvadeset prvog ožujka 2014. donesen je u Republici Hrvatskoj novi Zakon o zaštiti potrošača (dalje: ZZZP),¹ 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 2003,² a drugi 2007. (dalje: ZZZP/07).³ 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.⁴ 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).⁵ 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),⁶ ali i u druge sektorske propise⁷), te donošenje posebnih sektorskih zakonskih

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, 6/13.

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 st vari, o zelenoškim 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 pot vrđivanju 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. 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.

i podzakonskih akata.^{8 9} Smatralo se da će se tako bolje očuvati sustavnost i konzistentnost postojećeg građanskopravnog uređenja, te spriječiti da uvođenje specifičnih i u pravilu funkcionalno orijentiranih koncepata europskog potrošačkog prava dovede do neželjenih dezintegrirajućih učinaka u nacionalnom pravnom sustavu.¹⁰ 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.¹¹ ZOO-om su prošireno¹² 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.¹³ 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,¹⁴ donesen je novi ZZP. Neke nedorečenosti i nedostaci ovog zakona otklanjani su u nekoliko navrata njegovim izmjenama i dopunama, kao i donošenjem posebnih zakona,¹⁵ što je rezultiralo privremenim zatvaranjem pregovora u Poglavlju 28 (Zaštita potrošača i zdravlja) u studenom 2009.¹⁶

No, ni nakon završetka pregovora i potpisivanja Ugovora o pristupanju Republike Hrvatske EU¹⁷ 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.¹⁸ To se prvenstveno odnosilo na usvajanje odredaba Direktive 2008/122/EZ, Direktive 2009/22/EZ, te posebno Direktive 2011/83/EU o pravima potrošača.¹⁹ Usklađivanje je dijelom izvršeno izmjenama ZZP-a iz 2009.²⁰ 2012.²¹ i 2013.²² 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 zakonodavstava 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 potrošača²³ 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 otkloni ili barem ublaži prepreke funkcioniranju unutarnjeg europskog tržišta, a koje su posljedica niza specifičnosti tzv. europskog ugovornog prava.²⁴ Zbog ograničenih zakonodavnih ovlasti²⁵ te načela supsidijarnosti i proporcionalnosti,²⁶ 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,²⁷ 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,²⁸ u kontekstu teme ovog rada značajna je aktivnost na reviziji potrošačkog ugovornog *acquis*-a.²⁹ Nakon analize postojećeg stanja europskog potrošačkog ugovornog prava,³⁰ Europska komisija (dalje: Komisija) objavljuje „Zelenu knjigu Komisije o reviziji pravne stečevine na području zaštite potrošača EZ-a“ od 8. veljače 2007,³¹ 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 potrošača³² 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.³³ Zbog navedenog i niza drugih spornih pitanja,³⁴ Prijedlog Direktive izazvao je dugotrajne rasprave i protivljenja te konačno usvojeni tekst Direktive 2011/83/EU³⁵ 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).

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.³⁶ 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,³⁷ 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.³⁸ 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.³⁹ 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)

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 harmonizacije⁴⁰ i Direktiva 2011/83/EU predstavlja akt koji u načelu prihvaća tehniku maksimalne harmonizacije, tj. većinu prava potrošača uređuje po tom modelu.⁴¹ 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).⁴²

40 Tj. većina potrošačkih direktiva (uključujući i sve koje su obuhvaćene Prijedlogom, odnosno končanim 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 „dvojnjoj“ 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 ZZZP/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 ZZZP-a. I. dio (Temeljne odredbe) sadržajno ostaje uglavnom isti (lista prava potrošača; referiranje na EU akte; odnos prema drugim zakonima; definicije).⁴³ Kako je za određivanje polja primjene ZZZP-a najvažnija *definicija potrošača* treba napomenuti da, iako definicija nije na prvi pogled mijenjana u odnosu na ZZZP/07,⁴⁴ 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 ZZZP-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.^{45 46}

U II. dijelu dolazi do promjena u strukturi. Naime, ZZZP/07 je u II. dijelu (Prodaja proizvoda i pružanje usluga) obuhvatio sve materijalnopravne odredbe koje

prostorija mogu zadržati postojeće zakonodavstvo u 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 ZZZP/07) prebačena u Glavu: Opće odredbe u dijelu III. ZZZP-a koji regulira potrošačke ugovore (čl. 41, st. 3 i 4).

44 Naime, izmjenama ZZZP/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.⁴⁷ 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).⁴⁸ 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,⁴⁹ bez obzira na od trgovca prihvaćen naziv ili uvjete.⁵⁰ 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.⁵¹ 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.⁵² 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,⁵³ preuzete iz čl. 5 Direktive te dopunjene i jednom novom:⁵⁴ 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.⁵⁵

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.⁵⁶

Iz Direktive 2011/83/EU su preuzeta i pravila o *prelasku rizika* slučajne propasti ili oštećenja robe kod kupoprodaje (čl. 45 ZZP),⁵⁷ 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 *dodatna 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.⁵⁸ 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.⁵⁹ 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.⁶⁰

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,⁶¹ 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.⁶² 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.⁶³ 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.⁶⁴ Uvodi se i obrazac za jednostrani raskid,⁶⁵ ali potrošač može raskinuti ugovor i drugom nedvosmisljenom 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. „*skrivenih naknada 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).⁶⁶

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 raštrkanosti 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
734

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.*

Dr Aleksandar Ćirić,*
Redovni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu
Dr Predrag Cvetković,*
Vanredni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

originalni naučni članak

UDK: 339.52

Rad primljen: 30.06.2015.
Rad prihvaćen: 03.12.2015.

NAČELO SPECIJALNOG I DIFERENCIJALNOG TRETMANA U PRAVU SVETSKE TRGOVINSKE ORGANIZACIJE**

Apstrakt: Tema rada je tretman specijalnog tretmana u pravu Svetske trgovinske organizacije (STO). Princip specijalnog tretmana u međunarodnom pravu, na kome počiva i princip specijalnog tretmana u pravu STO, počiva na principu suštinske, a ne formalne jednakosti. Opisana činjenica zasnovana je na dinamičkom sagledavanju jednakosti u međunarodnom pravu, a samim tim i u pravu Svetske trgovinske organizacije. Naime, načelo jednakosti je pravni standard koji se konkretizuje u svetlu datih okolnosti. Insistiranje na formalnoj jednakosti neće uvek dovesti do jednakog rezultata primene norme imajući u vidu razlike u resursima i karakteristikama država. Dejstvo principa specijalnog i diferencijalnog tretmana u pravu STO tretmana je takvo da norme prava Svetske trgovinske organizacije dobijaju svojstvo diferencijalnih (asimetričnih) normi. Radi se o normama koje ustanovljavaju različit nivo prava i obaveza država članica, čime se koriguje dejstvo principa jednakosti i reciprociteta kao načela prava STO. U konačnom, princip posebnog tretmana doprinosi efikasnijem ostvarivanju ciljeva STO, uključujući i korist za države koje prihvataju da nerazvijene i države u razvoju imaju (privremen i obimom ograničen) povoljniji tretman u odnosu na razvijene države

* aciric@prafak.ni.ac.rs

* pepi@prafak.ni.ac.rs

** Rad je rezultat istraživanja na projektu „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“ (179046) koji se realizuje na Pravnom fakultetu Univerziteta u Nišu, uz podršku Ministarstva za nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije.

članice. Sa druge strane, neograničena primena principa specijalnog tretmana nije u interesu nerazvijenih i država u razvoju, niti je cilj per se: privremenost i restriktivnost načela specijalnog tretmana predstavljaju konstitucionalne elemente ovog principa u pravu Svetske trgovinske organizacije; time se i priznaje da u strukturi hijerarhije principa prava STO, princip jednakosti (emaniran u principu nediskriminacije) ima prednost nad principom posebnog tretmana.

Ključne reči: *princip specijalnog tretmana; Svetska trgovinska organizacija; princip reciprociteta; princip nediskriminacije.*

1. Uvod

Princip specijalnog tretmana (e. „*Special and Differential Treatment*”; dalje i: „S&D” princip) načelo je prava Svetske trgovinske organizacije čiji je cilj uvažavanje različitog nivoa ekonomskog razvoja njenih država članica.¹ Cilj STO nije da bude instrument i institucija bogatih koji će biti još bogatiji, već upravo suprotno: da se nerazvijenim državama omogući da, koristeći prava koja proizilaze iz članstva u STO, optimalno učestvuju u izgradnji i razvoju međunarodnog multilateralnog trgovinskog sistema, te da svoje ekonomije učine konkurentnim takmacima na globalnom tržištu. Time bi ove države u punoj meri uživale prednosti i koristi koje donosi adekvatno sprovedeno načelo slobode trgovine.

Princip specijalnog i diferencijalnog tretmana institucionalizuje princip pravičnosti kao temeljno načelo međunarodne trgovine, time što sprečava da razvojne potrebe nerazvijenih i država u razvoju budu zapostavljene ili locirane na periferiju interesovanja prava

1 Svetska trgovinska organizacija nastala je kao izraz ekonomske globalizacije, definisane kao proces integracije globalne trgovine robom i uslugama i otvaranju granica za strane direktne investicije. Ubrzavanje procesa globalizacije imalo je za rezultat eliminisanje barijera u međunarodnom protoku robe, usluga i novca. Dijalektika ovog procesa zakonito je vodila kreiranju adekvatnog pravnog odgovora. On je, prirodom postavljenih zadataka, morao proisteći iz polja delovanja Međunarodnog ekonomskog prava. Generisana kao rezultat uspešnog okončanja Urugvajске runde pregovora o Opštem sporazumu o carinama i trgovini (e. „*General Agreement on Tariffs and Trade*”; GATT), u svojim temeljima imala je težnju da postane sistemski strukturirani regulatorni okvir svetske trgovine. Danas STO ima 161 državu članicu 29 država posmatrača (161. država članica su Sejšelska ostrva, primljena u STO 26. 04. 2015. godine). Više o pravno-političkim i ideološkim premisama na kojima je zasnovana Svetska trgovinska organizacija: (Cvetković, 2010: 1–8, 44–66).

STO i odredbi drugih (bilateralnih ili regionalnih) međunarodnih trgovinskih sporazuma. Princip se zalaže za razvojni obrazac međunarodne trgovine koji interese država u razvoju stavlja u centar pažnje međunarodnog trgovinskog režima na način koji te interese čini ravno- pravnim interesima razvijenih država.

Princip specijalnog i diferencijalnog tretmana počiva na solidarnosti aktera međunarodne trgovine. Ovaj princip nije metafizički već ima realno utemeljene u potrebi ravnomernog ekonomskog razvoja, koji, u krajnjem, koristi ne samo nerazvijenim i državama u razvoju već i razvijenim državama. Zaštita slabijeg je, dakle, deklarativni politički cilj iza kojeg suštinski stoje ekonomski razlozi.

Navedeni princip počiva na dinamičkom sagledavanju jednakosti u međunarodnom pravu, a samim tim i u pravu Svetske trgovinske organizacije. Načelo jednakosti je pravni standard koji se konkretizuje u svetlu datih okolnosti. Dinamičnost u sagledavanju pojma jednakosti zahteva da se ona sagledava kao suštinska, a ne formalna jednakost. Insistiranje na formalnoj jednakosti neće uvek dovesti do jednakog rezultata primene norme, imajući u vidu razlike u resursima i karakteristikama država koje odnosnu normu primenjuju. Upravo u potrebi obezbeđenja suštinske jednakosti leži razlog nastanka principa specijalnog i diferencijalnog tretmana.

U međunarodnom pravu jednakost je koncept koji izmiče definisanju jer „različite verzije jednakosti imaju različit suštinski rezultat” (Cullet, 1999: 553). Naime, pravna jednakost neće uvek neophodno dovesti do jednakog rezultata. Ukoliko je reciprocitet obaveza baziran samo na formalnoj jednakosti između država, rezultat takve recipročne obaveze neće biti identičan: razlog izostanka jednakih rezultata primene formalno jednakog pravila leži u razlici u pozicijama i resursima država u pitanju. Na primer, otvaranje tržišta za stranu robu (zasnovano na principu nediskriminacije, odnosno jednakog tretmana) može imati štetne posledice za industrije nerazvijenih država koje nisu dovoljno konkurentne: nacionalna industrija može biti pogođena do mere da se dovede u pitanje samo njeno postojanje. Stoga primena formalno jednakog pravila u takvom slučaju nema poželjan ishod: to jest, ne obezbeđuje suštinsku jednakost.

Ključni elemenat koji doprinosi navedenoj dvojnosti ishoda je nejednakost u stepenu razvoja. Izraz „nejednakost u stepenu razvoja” označava strukturalnu razliku između država koja onemogućava homogenost međunarodne zajednice. Stoga se ova zajednica posmatra kao heterogena

struktura. Primenjeno na ovu strukturu, tradicionalno međunarodno pravo bazirano na pravnom formalizmu ne može da zadovolji postulat jednakosti suverenih država. Postoji, dakle, potreba da se prilikom formulisanja i implementacije pravnih pravila u obzir uzme nejednakost u stepenu razvoj država.

Pravo ima potencijal uklanjanja nejednakosti u stepenu razvoja između država. Pravna norma može imati pozitivnu ulogu u ostvarivanju njihove „suštinske jednakosti“. Opisanu ulogu pravo ostvaruje time što je njen cilj da obezbedi svim državama odgovarajući pristup „plodovima“ globalnog ekonomskog razvoja.

Norme međunarodnog prava kojima se uređuje pitanje trgovinske razmene dinamične su i diferencirane u primeni u odnosu na države sa različitim stepenom razvoja. Time doprinose ostvarivanju suštinske jednakosti između država, što i jeste njihov cilj (Flory, 1987:11). Ove norme time ostvaruju važan cilj međunarodnog ekonomskog prava time što eliminišu nejednakosti razvoja i kao sredstvo ostvarivanja tog cilja promovišu tzv. „kompenzatornu nejednakost“ koja pravnu (formalnu) nejednakost stavlja u funkciju zaštite slabijih aktera u međunarodnoj ekonomskoj razmeni.

Princip specijalnog i diferencijalnog tretmana je, dakle, rezultat napora kreatora međunarodnog ekonomskog prava da eliminišu *status quo* u pogledu strukturalne nejednakosti, odnosno da priznaju uticaj te nejednakosti na rezultat primene norme. Navedeno priznanje prethodi promovisanju eliminisanja opisane nejednakosti kao cilja normi međunarodnog ekonomskog prava. Navedeni pristup međunarodnog prava dovodi do stvaranja tzv. diferencijalnih normi. Ove norme inkorporiraju dvostruki standard za procenu da li se država ponašala u skladu ili protivno određenoj normi. Njima se definišu različiti standardi i obim prava i obaveza država čime se odstupa od simetrije sistema recipročnih prava i obaveza (stoga se nazivaju i asimetrične norme) (Magraw, 1990: *passim*). Primer normi međunarodnog prava koje se imaju smatrati diferencijalnim su upravo one koje prave razliku između razvijenih i nerazvijenih država (Halvorsen, 1999: 69). Ova razlika je jasno bazirana na izuzetku od principa reciprociteta. U ovom slučaju, odstupanje od principa reciprociteta bazirano je na kompenzatornoj jednakosti (kao formi suštinske jednakosti), a ne na formalnom reciprocitetu (simetriji).

2. Princip specijalnog tretmana kao princip prava STO

Princip specijalnog i diferencijalnog tretmana je, po vremenu nastanka, kanon pravnog režima upostavljenog Opštim sporazumom o carinama i trgovini koji je prethodio stvaranju Svetske trgovinske organizacije. Koren S&D tretmana leži u mogućnosti datoj državama (nakon neuspeha pregovora o osnivanju Međunarodne trgovinske organizacije 1948. godine) da derogiraju (izjave rezerve) na primenu principa nediskriminacije sadržanog u tekstu Povelje o osnivanju Međunarodne trgovinske organizacije, a potom preuzetog u tekst Opšteg sporazuma o carinama i trgovini (e. „*General Agreement on Trade and Tariffs*“; dalje i: GATT).² Derogiranje je pravdano potrebom ostvarivanja privrednog razvoja i realizacije obnove nakon II Svetskog rata. Navedene rezerve uključene su u član XVIII GATT-a . U prvo vreme član XVIII Opšteg sporazuma o carinama i trgovini obezbeđivao je samo mogućnost izjavljivanja rezervi koja nije bila ni specijalna niti diferencijalna: naime, važila je kao opcija za sve države.

Mogu se prepoznati četiri faze u razvoju cilja specijalnog i diferencijalnog tretmana.

U prvoj fazi koja je trajala od nastanka Opšteg sporazuma o carinama i trgovini 1947. godine pa do šezdesetih godina prošlog veka, cilj navedenog principa je bilo prevazilaženje štetnih posledica koje uzrokuje primena načela najvećeg povlašćenja kao emanacije opšteg principa nediskriminacije (Ćirić, 2012: 64–71). Ključna negativna posledica ovog principa bio je izostanak ustanovljavanja i razvoja industrijske baze država. Stoga je primena načela specijalnog i diferencijalnog tretmana trebalo da obezbedi podršku industrijalizaciji nerazvijenih i država u razvoju s ciljem povećanja proizvodnje koja supstituiše uvoz (razvoj tzv. „*infant industries*“). Opisani pristup uslovio je da se državama u razvoju prizna viši stepen prava na intervenciju u upravljanju nacionalnim ekonomijama u odnosu na mogućnost takve intervencije u nerazvijenim zemljama.

Druga faza primene specijalnog i diferencijalnog tretmana trajala je od šezdesetih do sedamdesetih godina prošlog veka. U ovom periodu beleži se proces oslobađanja dotadašnjih kolonija od svojih dominiona. Stoga

² Princip nediskriminacije bio je prisutan u predlogu u povelje o osnivanju Međunarodne trgovinske organizacije. Nakon neuspeha njenog osnivanja princip nediskriminacije je preuzet u tekst GATT-a 1947; sam GATT je bio deo predloga Povelje o osnivanju Međunarodne trgovinske organizacije (Glava IV predloga Povelje).

je cilj navedenog principa bio podrška emancipaciji novih država nastalih iz tako oslobođenih kolonijalnih poseda.

U trećoj fazi (sedamedesetih i osamdesetih godina), cilj principa specijalnog i diferencijalnog tretmana bio je jačanje institucionalnog okvira privreda država ugovornica u cilju jačanja njihovog izvoza i višeg nivoa integracije u svetsku trgovinu.

U četvrtoj fazi (devedesetih godina, nakon osnivanja STO), cilj S&D načela je smanjenje siromaštva. U Sporazumu o osnivanju STO ovaj je koncept deklarisan formulacijom kojom se ukazuje na „*potrebu za pozitivnim naporima da zemlje u razvoju, a posebno one najmanje razvijene među njima, osiguraju sebi učešće u rastu svetske trgovine koji je primeren potrebama njihovog ekonomskog razvoja*”.

Kao pravni izraz političkog cilja da se omogući adekvatan razvoj nerazvijenih država članica STO, princip specijalnog tretmana prisutan je u GATT/STO sistemu od samog njegovog ustanovljavanja. Već u preambuli Opšteg sporazuma o carinama i trgovini, „*podizanje životnog standarda*” bilo je navedeno kao jedan od razloga nastanka Sporazuma. U Sporazumu o osnivanju STO ovaj je koncept proširen formulacijom kojom se ukazuje na „*potrebu za pozitivnim naporima da zemlje u razvoju, a posebno one najmanje razvijene među njima, osiguraju sebi učešće u rastu svetske trgovine koji je primeren potrebama njihovog ekonomskog razvoja*”.³

Osnovne karakteristike principa specijalnog tretmana u pravu Svetske trgovinske organizacije jesu:⁴

1. pravo država članica na specijalni tretman je (Sporazumom o STO) stečeno političko pravo;
2. države u razvoju imaju pravo da uživaju privilegovani pristup tržištima država članica;
3. države u razvoju imaju pravo da ograniče uvoz iz drugih država članica u većoj meri nego što je to pravo razvijenih država članica;
4. države u razvoju imaju dodatnu diskreciju i veći stepen slobode da subvencioniraju svoj izvoz;
5. države u razvoju imaju viši nivo fleksibilnosti u odnosu na primenu određenih STO pravila, uključujući i pravo na privremeno odlaganje primene ovih pravila.

3 Videti: tač. 3. preambule Sporazuma o osnivanju STO.

4 *ibid*, str. 6.

2.1. Karakteristike principa specijalnog i diferencijalnog tretmana u pravu Svetske trgovinske organizacije

Koncept principa specijalnog tretmana je evolutivan od samog nastanka u sistemu GATT-a 1947. Evolutivni karakter navedenog principa opstao je i u sistemu Svetske trgovinske organizacije. Od osnivanja STO nije bilo formalne izmene normi kojima se ovaj tretman uređuje, ali je princip nastavio da se razvija, bilo kroz političke izjave i deklaracije (kao što je to ministarska deklaracija usvojena tokom Doha runde), bilo kroz interpretativnu aktivnost i sudski aktivizam panela i apelacionog tela STO.

U GATT-u 1994. navedeno je da „strane ugovornice priznaju da će ostvarenje ciljeva ovog Sporazuma biti olakšano postepenim razvitkom njihovih privreda, naročito kada se radi o onim državama članicama čije privrede ne omogućavaju veći životni standard stanovništva i koje su tek u prvim fazama razvitka“.⁵ Takođe, predviđeno je da „svaka strana ugovornica čija privreda nije u stanju da stanovništvu obezbedi viši nivo životnog standarda i koja se nalazi u prvim fazama svoga razvitka, imaće pravo da privremeno odstupi od odredbi drugih članova ovoga sporazuma, kako je to predviđeno odeljcima A, B, i C ovoga člana“.⁶

Takođe, svaka država članica čija se privreda nalazi na putu razvitka, ali koja ne ispunjava kriterijume navedene u gore citiranoj odredbi, može da podnese zahtev drugim članicama na osnovu odeljka G člana XVIII GATT-a.⁷

Princip specijalnog i diferencijalnog tretmana omogućava nerazvijenim državama da budu oslobođene od recipročnih koncesija u trgovinskim sporazumima. Član XXVIII predviđa da razvijene države ne očekuju reciprocitet za obaveze reduciranja ili ukljanjanja carinskih i drugih barijera u trgovini sa nerazvijenim državama. Tri su stuba principa specijalnog i diferencijalnog tretmana: izostanak zahteva reciprociteta, preferencijalni pristup tržištu i pravo korišćenja protekcionističkih mera. Navedeni princip sadržan u sporazumima nastalim iz Urugvajске runde pregovora (TRIPS, GATS, GATT) otelotvoruje

5 Videti: čl. XVIII:1 GATT-a 1994.

6 Videti: čl. XVIII: 4 b) GATT-a 1994.

7 Videti: čl. XVIII: 4b). Navedenu odredbu sadržao je i GATT -1947, pri čemu je ona pretrpela revidiranje (član XVIII: B dodat je 1957. godine). Izmenom se dozvoljava državama u razvoju da modifikuju ili odstupe od određene obaveze predviđene pravom STO u cilju zaštite industrija „u povelju“ (e. “infant industries”), odnosno zbog rešavanja problema održavanja ravnoteže spoljnotrgovinskog bilansa.

se kroz fleksibilnije rokove za preuzimanje određenih obaveza preuzetih tokom pregovora o pristupanju, kao i pružanje tehničke pomoći za primenu ovih obaveza.

U članu XXVIII bis GATT-a nazvanom „Carinski pregovori“, formulisanom i usvojenom tokom pedesetih godina prošlog veka, pojačan je značaj načela recipročnosti u trgovinskim pregovorima. Naime, stav 3b) navedenog člana priznaje pravo država ugovornica da prilikom multilateralnih pregovora vode računa o „*potrebi da manje razvijene zemlje mogu sa više elastičnosti da pribegavaju carinskoj zaštiti u cilju olakšanja svog ekonomskog razvoja, kao i o potrebi ovih istih zemalja da zadrže primenu carina iz fiskalnih razloga*“. Uvođenje ove odredbe značilo je potpunu I „entuzijazmom“ prožetu podršku pravu država u razvoju da im se dodeli margina pravne diskrecije u sprovođenju načela recipročnosti, u skladu sa potrebama njihovog ekonomskog razvoja (Hudec, 1987: 27).

Vrhunac procesa legitimizacije prava država u razvoju na odstupanje od preuzetih obaveza u sistemu GATT-a pozivanjem na princip specijalnog tretmana bilo je uvođenje novog dela IV nazvanog „Trgovina i razvoj“, koje je usledilo 1964. godine. Značaj ovog noveliranja jeste u njegovoj „snazi koju ima usaglašena izjava o principu specijalnog tretmana“, pri čemu je deo IV pravni izraz takve izjave.⁸ U odredbama ovog dela, pre svega u članu XXXVI: 8, šire „asimetrično“ tumačenje recipročnosti (u smislu manje striktnog pristupa za države u razvoju, što je refleksija načela specijalnog tretmana) elaborirano je na sledeći način:

„Razvijene strane ugovornice neće očekivati reciprocitet za obaveze koje preuzmu u trgovinskim pregovorima u smislu da smanje ili ukinu carine i ostale prepreke u trgovini manje razvijenim stranama ugovornicama“.

U Addendum-u uz ovu odredbu objašnjava se da „izostanak“ očekivanja reciprociteta znači da se od nedovoljno razvijenih država ne očekuje da u toku trgovinskih pregovora čine ustupke koji su u neskladu sa njihovim razvojnim, finansijskim i trgovinskim potrebama, uzimajući u obzir njihov raniji trgovinski razvoj.⁹

Pored gore navedenih čvrstih obaveza preuzetih od strane razvijenih država, a čija sadržina predstavlja konstitutivni deo načela specijalnog tretmana, deo IV GATT-a predviđa i obaveze koje imaju karakter „obaveze sredstva“, odnosno ulaganja najboljih napora u pogledu podrške državam u razvoju koje su članice STO. Tako, razvijena država članica obavezna je

8 *ibid*, strana 56–58.

9 Videti: *Addendum* člana XXXVI:8 GATT 1994.

da (osim ukoliko ne postoje osnovani razlozi, uključujući i pravne, koji je u tome sprečavaju) obezbedi prioritet smanjenju ili uklanjanju prepreka proizvodima čiji izvoz jeste (ili ima potencijal da postane) od posebnog interesa za manje razvijene države članice.¹⁰ Princip specijalnog tretmana reafirmisan je u paragrafu 44 Deklaracije iz Dohe, kojim se potvrđuje da odredbe o specijalnom tretmanu predstavljaju integralni deo STO sporazuma. Uzimajući u obzir bojazan država u razvoju u pogledu funkcionisanja ovih odredbi, na predlog jednog broja država usvojen je Okvirni sporazum o specijalnom tretmanu (e. „*Framework Agreement on Special and Differential Treatment*“).¹¹ Deklaracijom je predviđena obaveza Komiteta za trgovinu i razvoj da sagleda postojeće odredbe o specijalnom tretmanu i učini ih preciznijim, efikasnijim i funkcionalnijim.¹²

Sa tim ciljem Deklaracija usvaja program rada za pitanja specijalnog tretmana, sadržan u „Odluci o pitanjima implementacije“ (e. „*Decision on Implementation-Related Issues and Concerns*“).¹³ Odlukom o pitanjima implementacije predviđeno je da Komitet za trgovinu i razvoj ima sledeće zadatke:

- da identifikuje odredbe o specijalnom tretmanu koje su obavezne i one koje to nisu;
- da razmotri pravne i praktične implikacije koje transformacija odredbi o specijalnom tretmanu iz neobaveznih uz obavezne imaju kako za države u razvoju, tako i za razvijene države.¹⁴

Odlukom o pitanjima implementacije države članice STO izričito su se saglasile da odredba o specijalnom tretmanu iz člana XVIII GATT-a mora da se tumači na način koji je manje teretan za države u razvoju nego što su to uslovi za primenu člana XII, koji sadrži kriterijume za odstupanje

10 Videti: čl. XXVII st. 1. a) GATT-a.

11 Videti: 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.

12 Komitet za trgovinu i razvoj (e. „Committee on Trade and Development“) jedan je od komiteta koje je osnovala Ministarska konferencija, uz Komitet za platno-bilansne restrikcije (e. „Committee on Balance of Payments“) i Komitet za budžet, finansije i administraciju (e. „Committee on Balance on Budget, Finance and Administration“). Videti: čl. IV: 7 Sporazuma o STO.

13 Videti: 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, tač.1.1.

14 Videti: par. 12. 1. i) Odluke o implementaciji.

od primene određenih pravila GATT-a zbog platnobilansnih teškoća. Navedeni stavovi sadržani u Odluci o pitanjima implementacije su pre svega političkog karaktera. Njima se manifestuje podrška stavovima država u razvoju da se pravo na specijalni tretman tumači u skladu sa njihovim potrebama (mada se pri tome ne menjaju postojeće odredbe GATT-a i drugih sporazuma koje sadrže princip specijalnog tretmana).¹⁵

2.2. Dejstvo principa specijalnog tretmana u pravnom sistemu STO

Kao što je već rečeno, cilj principa specijalnog tretmana je da obezbedi da države u razvoju učestvuju u rastu svetske trgovine, na način i u meri koji odgovara potrebama njihovog ekonomskog razvoja.¹⁶

Ovako definisani cilj principa specijalnog tretmana i stepen njegove realizacije ne ostvaruje se, što je i prirodno (svaki princip ima dejstvo u skladu sa *in concreto* okolnostima), u svim situacijama jednako. U konstelaciji konkretnih odnosa, primena principa specijalnog tretmana može imati rezultat nekonzistentan sa potrebama država u razvoju.

Pored toga, nedorečenost i dvosmislenost formulisanja principa specijalnog tretmana u određenim odredbama prava STO ne obezbeđuje da se princip primenjuje bezuslovno na način koji efektivno pospešuje položaj država u razvoju, čijim interesima i njihovoj zaštiti prvenstveno služi (naravno, u svetlu jačanja privreda ovih država do nivoa kada postaju ravnopravni akteri multilateralnog trgovinskog sistema oličenog u normama prava STO).

U slučaju kada pravilo STO sistema jasno predviđa domen i dejstvo primene načela specijalnog tretmana, nema teškoća u njegovoj interpretaciji. Primer ovakve, jasne odredbe kojom se utvrđuje obaveza poštovanja načela specijalnog tretmana je član 12. 10. Dogovora o pravilima i procedurama za rešavanje sporova u sistemu STO (e. „*Dispute Settlement Understanding*“;

15 U literaturi ima stavova o potrebi da STO ideološku potku na kojoj se zasniva (liberalni kapitalizam i slobodna trgovina), dopuni komplementom u vidu „razvojne“ komponente praćene zahtevom „pravičnosti“ u ostvarivanju interesa država u razvoju kao učesnica multilateralnog trgovinskog sistema (Garcia, 2004: passim). Pri tome se ukazuje na činjenicu da „norme i način funkcionisanja STO režima postavljaju značajna ograničenja slobodi političkog izbora država u razvoju. Ova ograničenja nisu praćena ustupcima ovim državama, usmerenim ka povećanju njihove sposobnosti da učestvuju u u oblikovanju međunarodnog trgovinskog režima“. „Razvojna komponenta“ bi, dakle, bila instrument povećavanja ove sposobnosti država u razvoju.

16 Videti: tač. 3. preambule Sporazuma o osnivanju STO.

dalje i: DSU). Navedeni član sadrži jasnu odredbu (koja reflektuje princip specijalnog tretmana), na osnovu koje se samo državama u razvoju mogu produžiti, relevantnim odredbama DSU utvrđeni rokovi za pripremu argumentacije.¹⁷ Tako je panel koji je postupao u sporu „*India-Quantitative Restrictions*“, koji su povele SAD protiv Indije, odobrio Indiji deset dodatnih dana da podnese svoj odgovor na tužbu.¹⁸

Primer koji ilustruje teškoće i implikacije koje nedovoljno ili nejasno determinisanje načela specijalnog tretmana može imati u praktičnom diskursu rešavanja sporova u sistemu STO, jeste pitanje koje se javilo prilikom rešavanja spora „*Chile-Price Band System*“. Arbitar koji je u ovom sporu postupao u skladu sa ovlašćenjima iz člana 21, 3 DSU (kojim se predviđa arbitraža za slučaj da je izostala odgovarajuća implementacija izveštaja panela ili apelacionog tela), utvrdio je da bi svakako mogao uzeti u obzir mogućnost da produži rok za implementaciju preporuke apelacionog tela, imajući u vidu teškoće sa kojima se Čile susreće kao država u razvoju. Međutim, takve okolnosti Čile nije specifikovao. Sa druge strane, država tužilac je takođe bila država u razvoju (Argentina), koja se, kao i Čile, suočavala sa teškoćama. Da li u ovom slučaju voditi računa o državi u razvoju koja mora da implementira meru (Čile), ili o onoj kojoj je u interesu hitno sprovođenje izveštaja DSB organa (Argentina)? Odmeriti i opredeliti prevlast jednog nad drugim razvojnim „legitimitetom“ ozbiljna je dilema, posebno u situaciji kada odredba člana 21, st. 2 DSU ne daje vodič za rešavanje ovog pitanja.¹⁹

Pored toga, princip specijalnog tretmana u određenim okolnostima može biti primenjen i u cilju zaštite interesa razvijenih država. Primer ovakve primene principa specijalnog tretmana je odredba člana 9 Sporazuma o tekstilu i odeći (e. „*WTO Agreement on Textiles and Clothing*„). Ovom odredbom predviđeno je da Sporazum prestaje da proizvodi dejstvo prvog dana 121. meseca nakon što je Sporazum o osnivanju STO stupio na snagu, odnosno 1. januara 2005. godine. Nakon isteka ovog roka tekstil

17 Radi se o rokovima u tvrđenim odredbama člana 14. 7. i 14. 8. DSU.

18 Videti: Report of the Panel, „*India-Quantitative Restrictions*“, <http://www.sice.oas.org/DISPUTE/wto/ds90/90r.asp>, §5. 10.

19 Videti: „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. Predmet spora bile su mere sa karakterom „price band“ sistema, kojim se u tvrđu je minimalni i maksimalni iznos cene određenih uvezenih poljoprivrednih proizvoda. Panel i apelaciono telo smatrali su da u ovom slučaju Čile nije na odgovarajući način implementirao odluke DSB tela.

i odeća postaju proizvodi koji imaju identičan tretman kao i ostala roba, pri čemu se eliminišu kvote uvedene na osnovu odredbi Sporazuma o tekstilu i odeći; kvote su bile uvedene u cilju zaštite razvijenih država od nekontrolisanog uvoza iz zemalja u razvoju, poput Kine i Indije, čija je komparativna prednost značajna u pogledu ovih proizvoda. Pored toga, bilo je argumenata da izostanak ograničenja uvoza iz Indije i Kine istovremeno nanosi štetu drugim državama u razvoju. Pitanje je rešeno pristupanjem Kine Svetskoj trgovinskoj organizaciji (Indija je članica od 1995. godine). Tom prilikom je potpisan „Privremeni zaštitni mehanizam za određene proizvode“ (e. „*Transitional Product-Specific Safeguard Mechanism*“) koji je dao osnov drugim državama da preduzmu mere u slučaju poremećaja tržišta koje izaziva rastući uvoz iz Kine.²⁰ Kina je takođe, kao kompromis iznuđen političkim pritiscima, uvela izvozne carine na tekstilne proizvode, koje se primenjuju od momenta isteka važenja Sporazuma o tekstilu i odeći.

Navedeni primeri argument su za stav da načelo specijalnog tretmana može imati nedorečene implikacije u kontekstu primene pravila STO i interpretacije njegovih odredbi. Primarni cilj STO sistema nije obezbeđenje ravnomernog ekonomskog razvoja u diskursu odnosa razvijenih i nerazvijenih država. Upravo suprotno: sekundarni karakter ostvarivanja takvog, uravnoteženog razvoja je u temelju samog STO sistema. Argument za ovakvo pozicioniranje principa specijalnog tretmana jeste činjenica da je Svetska trgovinska organizacija primarno usmerena ka ostvarivanju načela slobode trgovine, a ne uravnoteženog razvoja (Hoekman, 2005: 423; Finger, 2002: passim). Stoga se princip specijalnog tretmana mora koristiti pažljivo, u svetlu konkretnih okolnosti, imajući u vidu da je njegoa primena pre svega dopuna i korektiv dejstvu načela nediskriminacije kao ključnom principu uređivanja multilateralnog trgovinskog sistema. Upravo je to razlog što je pitanje odnosa načela specijalnog tretmana i principa diskriminacije predmet izlaganja koje sledi.

2.3. Odnos principa specijalnog tretmana i načela nediskriminacije

Ključ za čitanje principa specijalnog tretmana jeste u činjenici da on predstavlja odstupanje od principa nediskriminacije kao ključnog pravno-ekonomskog principa prava Svetske trgovinske organizacije.²¹

20 Videti: W TO Ministerial Conference, „Accession of the People’s Republic of China: Decision of 10 November 2001“, WT/L/432 (November 23, 2001).

21 Načelo nediskriminacije je ugaoni kamen u pravnom temelju konstrukcije prava STO, otelotvoren kroz načelo najvećeg povlašćenja i načelo nacionalnog tretmana.

Ovo odstupanje po svom dejstvu, predstavlja diskriminaciju u korist zemalja u razvoju. Navedena diskriminacija sadržana je bilo u odredbama samih STO sporazuma (različit, odnosno duži period implementacije određenih obaveza za države u razvoju), bilo u ustupcima koje države u razvoju, tokom bilateralnih pregovora, dobijaju od strane razvijenih država članica.

Opravdanje uvođenja ovakve diskriminacije leži u prihvatanju činjenice da se ekonomski uslovi i trgovinske potrebe država u razvoju suštinski razlikuju od potreba razvijenih država: takva razlika u potrebama nalaže adaptaciju i korigovanje primene pravila iz sistema STO, ukoliko se želi uspeh u sprovođenju ovih pravila od strane svih država članica. Osnov navedene tvrdnje nalazi se u činjenici da dva tipa nacionalnih ekonomija (nerazvijene i razvijene) sa različitim potrebama ne mogu biti efikasno uređena apsolutno identičnim pravilima multilateralnog trgovinskog sistema.²² Pored toga, prihvatanje „dozvoljene“ diskriminacije, koja je rezultat sprovođenja načela specijalnog tretmana, u širem smislu može se smatrati sprovođenjem principa „zajedničkog poduhvata“ imajući u vidu da se njime jedna grupa država (razvijene države) odriče svojih prava zasnovanih na načelu nediskriminacije, u korist druge grupe država, kako bi se ostvario zajednički cilj osnivanja i funkcionisanja STO.

Činjenica da princip posebnog tretmana ograničava dejstvo načela diskriminacije nije ostala bez reakcija, koje se mogu podeliti u dve grupe.

Prva je da je princip specijalnog tretmana bazični postulat međunarodnog ekonomskog poretka, te da je u tom smislu ravnopravan sa načelom nediskriminacije (Howse, 2003: 390).

Drugu grupu reakcija odslikava stav izražen u Izveštaju konsultativnog borda STO (tzv. „*Sutherland Report*“), koji je princip specijalnog tretmana definisao je kao „značajan izvor diskriminacije u multilateralnom trgovinskom sistemu“, mada se istovremeno priznaje da je princip

Ova su načela komplementarna i funkcionišu simultano. Načelo nediskriminacije javlja se i u drugim oblastima međunarodnih ekonomskih odnosa, pre svega u oblasti stranih investicija.

22 Ovakav diferencijalni tretman prisutan je i u drugim pravnim režimima međunarodnog prava. Tako, u međunarodnom ekološkom pravu prihvaćen je princip zajedničke ali diferencirane odgovornosti (e. „*common but differentiated responsibility*“) koji uzima u obzir različite stepene kapaciteta za zadovoljavanje ekoloških standarda prilikom definisanja nivoa odgovornosti za ostvarivanje određenih globalnih ciljeva u ovoj oblasti (Bafundo 2005: 461).

značajan deo pravnog nasleđa („*acquis*“) STO, te da „ostaje validan koncept“ (Sutherland Report, 2004: §88).

Očigledno je da u svetlu nivoa ostvarivanja ciljeva STO, princip specijalnog tretmana predstavlja „neophodni ustupak“ bez koga bi princip nediskriminacije bio primenjivan bez ograničenja. Međutim, takva potpuna i bezuslovna primena nije moguća, ali svakako ostaje cilj kojim se teži. Naime, očuvanje prava na specijalni tretman nije u interesu razvijenih, ali ni država u razvoju, jer bi u suprotnom specijalni tretman bio cilj *per se*. Stoga je u odredbama o specijalnom tretmanu naglašen njegov prelazni i privremeni karakter, bilo kroz ograničavanje primene na određeni period vremena, bilo putem postepene redukcije prava koja su garantovana ovim načelom (Garcia, 2004: *passim*).

Nesporno se, međutim, može zaključiti da, ukoliko se struktura hijerarhija principa prava STO, princip nediskriminacije mora imati prednost nad principom specijalnog tretmana. Ključni argument u ovom smislu je činjenica da je STO institucija primarno usmerena ka ostvarivanju načela slobode trgovine i ekonomskog liberalizma, a ne uravnoteženog razvoja (Hoekman, 2005: 423).

Prevalentni značaj načela nediskriminacije u odnosu na načelo specijalnog tretmana potvrđen je izveštajem apelacionog tela u sporu „EC-Tariff Preferences“.²³ Predmet spora bilo je pravo EU da, koristeći se pravom iz tzv. „klauzule podrške“ (e. „*enabling clause*“),²⁴ dodeli određenim državama specijalni (povoljniji tretman) u cilju sprovođenja „Sporazuma o narkoticima“. „Sporazum o narkoticima“, koji je obezbeđivao ovakav tretman državama sa kojima je zaključen (12 država), osporila je Indija. Njen argument bio je da je Sporazum suprotan odredbama člana I: 1 GATT-a (koji predviđa obavezu poštovanja načela najvećeg povlašćenja) i paragrafu 2 „klauzule podrške“. Apelaciono telo smatralo je (kao i većina članova panela) da klauzula podrške predstavlja izuzetak od obaveze poštovanja načela najvećeg povlašćenja iz člana I: 1. GATT-a

23 Videti: Report of the Appellate Body, „European Communities-Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries“, (dalje i: „EC-Tariff Preferences“); [http://www.worldtradelaw.net/reports/wtoab/ec-preferences\(ab\).pdf](http://www.worldtradelaw.net/reports/wtoab/ec-preferences(ab).pdf).

24 „Klauzula podrške“ daje pravo državama članicama da sa državama u razvoju zaključe preferencijalne sporazume kojima se derogira obaveza poštovanja načela najvećeg povlašćenja iz člana I: 1 GATT-a 1994. Zasnovana je na odluci iz „GATT ere“ o „Različitim i povoljnijem tretmanu, recipročnosti i većem nivou učešća država u razvoju“ (e. „Decision of the Contracting Parties on Differential and More Favourable Treatment, Reciprocity and Fuller Participation of Developing Countries“). Ova odluka danas je deo GATT-a 1994 i diskursu prava STO naziva se „Enabling Clause“.

1994.²⁵ Time je potvrđena hijerarhijska prednost u primeni načela nediskriminacije (reflektovanog kroz načelo najvećeg povlašćenja) u odnosu na „razvojnu komponentu“, sadržanu u „klauzuli podrške“.²⁶

3. Zaključak

Princip specijalnog i diferencijalnog tretmana načelo je prava Svetske trgovinske organizacije čiji je cilj uvažavanje različitog nivoa ekonomskog razvoja njenih država članica. Cilj STO nije da bude instrument i institucija bogatih koji će biti još bogatiji, već upravo suprotno: da se nerazvijenim državama omogući da, koristeći prava koja proizilaze iz članstva u STO, optimalno učestvuju u izgradnji i razvoju međunarodnog multilateralnog trgovinskog sistema, te da svoje ekonomije učine konkurentnim takmacima na globalnom tržištu. Time bi ove države u punoj meri uživale prednosti i koristi koje donosi adekvatno sprovedeno načelo slobode trgovine.

Princip specijalnog i diferencijalnog tretmana institucionalizuje princip pravičnosti kao temeljno načelo međunarodne trgovine uz promovisanje obrasca koji interese država u razvoju stavlja u centar interesovanja međunarodnog trgovinskog režima na način koji te interese čini ravnopravnim interesima razvijenih država. Navedeni princip počiva na dinamičkom sagledavanju jednakosti u međunarodnom pravu, a samim tim i u pravu Svetske trgovinske organizacije. Naime, pravna jednakost ne dovodi uvek do jednakog rezultata: primena formalno jednakog pravila ne obezbeđuje suštinsku jednakost. Norme međunarodnog prava imaju za cilj eliminisanje nejednakosti razvoja i kao sredstvo ostvarivanja tog cilja promovišu tzv. „kompenzatornu nejednakost“: radi se o konceptu koji pravnu (formalnu) nejednakost stavlja u funkciju zaštite slabijih aktera u međunarodnoj ekonomskoj razmeni. Ove norme

25 Ipak, apelaciono telo je u kratkom obrazloženju navelo da „klauzula podrške“ ima u izvesnom smislu status različit od drugih izuzetaka od primene prava STO. Videti: Appellate Body Report, „EC-Tariff Preferences“, §90.

26 Apelaciono telo u tvrdilo je nesaglasnost mere EU sadržane u Sporazumu o narkoticima sa obavezom zabrane nediskriminacije iz člana I:1 GATT-a i klauzulom podrške. Argument za ovakvu odluku bio je da „Sporazum o narkoticima“ nije utvrdio, *inter alia*, objektivne kriterijume čije bi ispunjenje omogućilo drugim državama da se koriste preferencijalima njime u tvrđenim. Time se, među tim, ne narušava validnost zak ljučka o supermaciji načela nediskriminacije (otelotvorenog in concreto kroz načelo najvećeg povlašćenja) nad načelom specijalnog tretmana. Videti: „EC-Tariff Preferences“, Summary of Dispute: http://www.wto.org/english/tratop_E/dispu_e/cases_e/1pagesum_e/ds246sum_e.pdf.

inkorporiraju dvostruki standard za procenu da li se država ponašala u skladu ili protivno određenoj normi. Njima se definišu različiti standardi i obim prava i obaveza država čime se odstupa od simetrije sistema recipročnih prava i obaveza (stoga se nazivaju i asimetrične norme).

Princip specijalnog i diferencijalnog tretmana je, po vremenu nastanka, kanon pravnog režima upostavljenog Opštim sporazumom o carinama i trgovini koji je prethodio stvaranju Svetske trgovinske organizacije. Koncept principa specijalnog tretmana je evolutivan od samog nastanka u sistemu GATT-a 1947; evolutivni karakter navedenog principa opstao je i u sistemu Svetske trgovinske organizacije. Od osnivanja STO nije bilo formalne izmene normi kojima se ovaj tretman uređuje, ali je princip nastavio da se razvija, bilo kroz političke izjave i deklaracije, bilo kroz interpretativnu aktivnost i sudski aktivizam panela i apelacionog tela STO.

Cilj principa specijalnog tretmana i stepen njegove realizacije ne ostvaruje se, što je i prirodno (svaki princip ima dejstvo u skladu sa *in concreto* okolnostima), u svim situacijama jednako. U konstelaciji konkretnih odnosa, primena principa specijalnog tretmana može imati rezultat nekonzistentan sa potrebama država u razvoju. Pored toga, nedorečenost i dvosmislenost formulisanja principa specijalnog tretmana u određenim odredbama prava STO ne obezbeđuje da se princip primenjuje bezuslovno na način koji efektivno pospešuje položaj država u razvoju, čijim interesima i njihovoj zaštiti prvenstveno služi.

Ključ za čitanje principa specijalnog tretmana jeste u činjenici da on predstavlja odstupanje od principa nediskriminacije kao jednog od osnovnih principa prava Svetske trgovinske organizacije. Razlog odstupanja leži u činjenici da dva tipa nacionalnih ekonomija (nerazvijene i razvijene) sa različitim potrebama ne mogu biti efikasno uređeni apsolutno identičnim pravilima multilateralnog trgovinskog sistema. Nesporno se, međutim, može zaključiti da u hijerarhiji principa prava STO, princip nediskriminacije mora imati prednost nad principom specijalnog tretmana. Ključni argument u ovom smislu je činjenica da je STO institucija primarno usmerena ka ostvarivanju načela slobode trgovine i ekonomskog liberalizma, a ne uravnoteženog razvoja.

Literatura

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

Ćirić, A. (2012). *Međunarodno trgovinsko pravo – opšti deo*. Niš: Pravni fakultet Univerziteta u Nišu

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. U: 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

Cvetković, P. (2010). *Uvod u pravo Svetske trgovinske organizacije*. Niš: Pravni fakultet Univerziteta u Nišu

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.*

Dr Milena Jovanović Zattila,*
Redovni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

originalni naučni članak

UDK: 366.5:347.44

Rad primljen: 30.06.2015.
Rad prihvaćen: 03.12.2015.

PRAVO POTROŠAČA NA POVLAČENJE IZ UGOVORA**

Apstrakt: Povlačenje iz ugovora, kao tekovina komunitarnog potrošačkog prava, pretpostavlja ekskluzivno pravo koje potrošači mogu koristiti po potrebi i bez navođenja konkretnog razloga. U pitanju je izuzetak od opšteg principa ugovornog prava *pacta sunt servanda*, koji ima za cilj suspendovanje pravnog dejstva već zaključenog ugovora, kao i vraćanje u pređašnje stanje onoga što je primljeno ili učinjeno na ime ispunjenja. Pravo na povlačenje omogućava da potrošač napravi izbor pre nego što ugovor postane obavezujući po njega. Dok se na ovaj način potrošačima pruža mogućnost da se predomisle, za trgovce i treća lica to je faktor nesigurnosti s obzirom na to da do isteka roka za jednostrani raskid ugovora nije jasno da li je ugovor zaključen ili ne. Fragmentarna regulacija potrošačkog prava uslovila je terminološku raznolikost samog pojma, što se odrazilo i na različito shvatanje ovog instituta atipičnog za trgovinsko i obligaciono pravo. Iako se pravo na povlačenje vezuje za ograničeni broj potrošačkih ugovora, specifičnost njegovog pravnog režima i uslovi pod kojima se ono obavlja u suprotnosti su sa načelom pravne sigurnosti. Otuda i tumačenje da evropski koncept potrošačkog prava promoviše princip *pacta non sunt servanda*.

Ključne reči: potrošački ugovor, pravo na povlačenje, komunitarno potrošačko pravo, *pacta sunt servanda*.

1. Uvodne napomene

Iako načelno suprotstavljen osnovnom ugovornom načelu *pacta sunt servanda*, ovaj institut je uveden radi zaštite potrošača i pružanja dodatne

* milena@prafak.ni.ac.rs

** Rad je rezultat istraživanja na projektu „Usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske unije“ koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu u periodu 2013–2018. godine.

mogućnosti za razmišljanje i odustajanje od upravo zaključenog ugovora. Pomenuta fragmentarna regulacija¹ potrošačkog prava uslovila je i terminološku raznolikost, te se tako on označava još i kao „pravo na opoziv“, „pravo na odustanak“, „pravo na jednostrani raskid“, „pravo na promenu mišljenja“ i dr. Direktiva 2002/65/EZ koristi termin „*right to withdrawal*“² (Terry, 2008: 145–177; Rott, 2001: 186–200; Hessel, 2007: 232–348; Shulze, 2008: 25–139) što bi doslovno značilo „pravo na povlačenje“ iz ugovora. Povlačenje iz ugovora često se upodobljava sa terminom jednostranog raskida ugovora, što je karakteristično za pravnu tekovinu EU.

Tako je Direktivom o potrošačkim pravima,³ pored opštih pravila o dužnosti obaveštavanja, predviđen i dodatni skup pravila kod ugovora zaključenih na daljinu, ugovora zaključenih izvan poslovnih prostorija, ugovora o potrošačkom kreditu i ugovora o tajmšeringu. Stupanjem na snagu nove Direktive o potrošačkim pravima, od 13. juna 2014. godine, potrošači u svim državama članicama EU ostvaruju ista prava prilikom

1 Fragmentacija zakonodavstva negativno utiče na tržište. Poseban problem predstavljaju kolizivne norme država članica i Uredba Rim I, koja obavezuje trgovce da ne smeju primenjivati niži stepen zaštite od one koju daju potrošačima prinudni propisi države u kojoj imaju redovno boravište. Posledice toga su povećanje troškova po trgovca, s obzirom na to da mora da se upozna sa stepenom zaštite potrošača u zemlji odredišta. To, dalje, za posledicu ima nedovoljnu motivisanost malih preduzetnika da prodaju svoje proizvode u drugim državama. Ukoliko bi oni i prilagodili svoje poslovanje novim propisima, negativne posledice će se na kraju odraziti na potrošača u vidu povećanih cena. Više o fragmentarnoj regulaciji: *Green paper on the Review of the Consumer Acquis*, Commission of the European Communities, Brussels, 2007, COM(2006)744 final, str. 6. S obzirom na to da je (ugovorno) pravo zaštite potrošača deo privatnog prava, u velikom broju evropskih država još uvek postoji otpor harmonizaciji. Oponenti procesa harmonizacije smatraju da su razlike u pravnom uređenju privatnog prava među evropskim državama suviše velike, zbog čega harmonizacija nije moguća. Kao dodatni argument navode da usklađivanje nije nužan preduslov izgradnje unu trašnjeg tržišta i intenzivnijeg odvijanja trgovine. Trgovina između država članica EU odvijala bi se i bez toga s obzirom na to da postoje supranacionalni pravni instrumenti koji su pouzdani mehanizmi regulisanja trgovine na međunarodnom planu.

2 Više o genezi ovog instituta videti u gore navedenim izvorima. Direktiva o zaključenju ugovora izvan poslovnih prostorija bila je prva koja je potrošaču omogućila da odustane od ugovora u određenom roku bez posledica (*cooling-off period*). Agresivne prodajne i marketinške tehnike dovodile su do zloupotrebe slabijeg položaja potrošača, usled čega su morala biti doneta posebna, do tada nepoznata pravila (Xavier, 1992: 167).

3 Directive 2011/83/EU on consumer rights, OJ L304, November 22, 2011, dostupno na <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:304:0064:0088:EN:PDF>.

kupovine roba i usluga sredstvima daljinske komunikacije, kao i kod kupovine izvan poslovnih prostorija trgovca, bez obzira na to u kojoj su državi EU kupili proizvod ili uslugu. Pre nego što potrošač zaključi neki od pomenutih ugovora, trgovac je u obavezi da ga na jasan način obavesti o uslovima, rokovima i postupku izvršenja prava na jednostrani raskid ugovora, o pretpostavkama pod kojima potrošač gubi to pravo, kao i o obrascu za jednostrani raskid ugovora.

Rok u kome potrošač ima pravo da se povuče iz ugovora je sa nekadašnjih sedam produžen na četrnaest dana. Međutim, za razliku od predašnjeg rešenja koje se zasnivalo na principu minimalne harmonizacije,⁴ pri čemu su države članice mogle slobodno da uspostave bilo koji rok duži od sedam dana, Direktiva ne ostavlja prostora za produženje roka u cilju bolje zaštite potrošača. U slučaju jednostranog raskida ugovora, trgovac je u obavezi da u roku od četrnaest dana nadoknadi plaćenu cenu potrošaču, kao i troškove isporuke robe. Iz navedenog proističe da je suština povlačenja potrošača iz ugovora zaustavljanje njegovog pravnog dejstva, ukoliko je zaključen, kao i vraćanje onoga što je na ime ispunjenja već učinjeno.

2. Od minimalne do maksimalne harmonizacije

Najveći broj direktiva iz oblasti zaštite potrošača sadrži minimalne standarde, mada su evidentne promene u tom pogledu. U vreme usvajanja prvih direktiva na području zaštite potrošača, minimalna harmonizacija je bila jedini način za usvajanje propisa imajući u vidu velike razlike i često suprotstavljene interese država članica. Najnoviji razvoj zaštite potrošača ide u pravcu maksimalne harmonizacije. Ovakav pristup podrazumeva iscrpno uređenje određenog područja, čime se sprečavaju države članice da samostalno deluju (Howells/Wilhelmsson, 2003: 370–388; Doughan, 2000: 854; Howells, 2006: 63–88). Protivnici principa maksimalne harmonizacije smatraju da se time ne doprinosi pojačanoj zaštiti potrošača, s obzirom na to da se države sprečavaju u kreiranju sopstvene politike vezane za ovu oblast. Zbog toga pitanje zaštite potrošača ne sme se u potpunosti prepustiti Uniji, jer je ona

4 Posledica minimalne harmonizacije je različito transponovanje direktiva u nacionalna zakonodavstva. Jedan od primera je i pravo potrošača na povlačenje iz ugovora u ugovorima na daljinu i izvan poslovnih prostorija, gde su rokovi varirali od države do države. To je značilo da svaki put kada trgovac želi da započne poslovanje u drugoj državi, mora da se upozna sa nacionalnim odredbama.

primarno fokusirana na uspostavljanje zajedničkog tržišta.⁵ S druge strane jedinstvena pravila niskog nivoa zaštite nisu ni od kakve koristi. Potrošaču nije primarno važno da mu je zaštita u svim zemljama istovetna već da je on može i ostvariti (Smits, 2009: 1–10).

U direktivama koje se odnose na pravo zaštite potrošača, informisanost je od posebne važnosti, naročito kada je u pitanju princip minimalne ili proporcionalne intervencije. Nova Direktiva o potrošačkim pravima ima za cilj da doprinese boljem funkcionisanju zajedničkog tržišta na kome će potrošači i trgovci imati potpuno poverenje u prekogranične transakcije. Zakonodavstvo EU primenjuje se i na nacionalne i međunarodne slučajeve kako bi se izbegla potpuna fragmentacija prava. Ipak, usled izražene kompleksnosti i asimetričnosti potrebni su i dalje ugovorni instrumenti koji utiču na dodatno sužavanje principa *pacta sunt servanda*. To je posebno vidljivo kod prava na povlačenje zasnovanog na uslovima prilikom zaključivanja ugovora, vrsti ugovora ili na udaljenosti između ugovornih strana. Evropeizacija ključnih područja privatnog prava, sudska kontrola uslova u različitim vrstama ugovora i direktive o prodaji potrošačke robe i garancijama sa brojnim pravilima poluimperativne prirode su od ključnog značaja. Sve navedeno bazira se na potrebi za povećanjem potrošačkog poverenja u unutrašnje tržište (Miklitz, 2012: 46–62). Potpuna harmonizacija u pravilima koja se odnose na povlačenje iz ugovora i pravilima o informisanju omogućila bi uspešnije funkcionisanje ovog tržišta.

3. Pravna priroda prava na povlačenje

U pogledu prava na povlačenje iz ugovora, u pravnoj literaturi nailazimo na suprotstavljena tumačenja: od onih da je potrošačko pravo EU „preterano darežljivo“ prema potrošačima (Ben-Shahar/Posner, 2011: 116), do toga da se unošenjem ove odredbe štite potrošači od zaključenja ugovora protiv njihove volje (Rekaiti, Van den Bergh, 2000: 377). Oni koji

5 Postavlja se pitanje koliko će se dobiti primenom principa maksimalne harmonizacije. Odredbe se decentralizuju u korist Unije, čime države gube svoj manevarski prostor. Problem kod maksimalne harmonizacije je što se ona kosi sa načelom supsidijarnosti i proporcionalnosti. U vertikalnim odnosima potpuna harmonizacija je korisna, posebno u propisivanju prava i obaveza stranaka i u pravilima koja se odnose na povlačenje iz ugovora. S druge strane, u horizontalnim odnosima koji se odnose na predugovorne informacije, pravne lekove i slučajeve materijalnih nedostataka, kao i uvođenje crne i sive liste, ona može biti veoma problematična imajući u vidu da se radi o situacijama koje zadiru u samu srž ugovornog prava država članica.

se zalažu za postojanje ovog prava smatraju da je prilikom zaključenja pojedinih vrsta ugovora (posebno ugovora na daljinu i izvan poslovnih prostorija) smanjena percepcija potrošača o eventualnom riziku. Određene agresivne prodajne i marketinške tehnike dovode do zloupotrebe slabijeg položaja potrošača, usled čega je bilo nužno doneti posebna pravila koja su do tada bila nepoznata. Prvenstveno se misli na potrošačevo pravo na jednostrani raskid ugovora. Svrha unošenja odredbe o pravu na povlačenje iz ugovora u određenom roku bez navođenja razloga, bila je da omogući potrošaču da razmisli o svojim ishitrenim odlukama. Stoga mu pravo na odustanak omogućava da se informiše o ponudama koje međusobno konkurišu i da bez pritiska razmisli o zaključenom ugovoru (Grundmann, 2002: 276). Pravne posledice povlačenja iz ugovora regulišu se u skladu sa nacionalnim pravom. To se posebno odnosi na povraćaj novca i proizvoda. Kako bi potrošač mogao ostvariti svoje pravo u potpunosti, Direktiva obavezuje prodavca da potrošaču pruži pisano obaveštenje o njegovom pravu na raskid ugovora sa podacima lica protiv koga to pravo može ostvariti.

Iako je ovo pravo primarno dato radi poboljšanja položaja potrošača, on ga može i zloupotrebiti tako što će upotrebljavati proizvod za vreme tzv. *cooling-off* perioda i vratiti ga nakon toga kao proizvod lošeg kvaliteta.⁶ Povlačenje iz ugovora povećava i troškove potrošačkih transakcija, jer se po pravilu ugovori zaključuju nakon isteka *cooling-off* perioda. U vezi sa tim postavlja se pitanje na koji način ovo pravo utiče na punovažnost ugovora, tj. da li je isti nastao pre isteka roka za

6 Iako je pravo na povlačenje načelno dopušteno za određene vrste ugovora, saglasno njihovoj pravnoj prirodi, postoje i situacije u kojima se korišćenje ovog prava smatra neprimerenim, pa tako i nedopuštenim. Kada je reč o ugovorima na daljinu, potrošač se pravom na odustanak ne može koristiti u sledećim slučajevima: ako je uz potrošačev pristanak započeto sa pružanjem usluge pre isteka roka za odustajanje; ako cena proizvoda ili usluge zavisi od promena na finansijskim tržištima na koje potrošač ne može u ticati; ako je potrošač dao porudžbinu, specifikaciju ili upu tstvo za izradu proizvoda; kod isporuka audio i video-zapisa koje je potrošač otvorio; kod isporuke časopisa; za igre na sreću i za ugovore zaključene na javnoj aukciji (čl. 19, st. 1). Kad su u pitanju ugovori zaključeni izvan poslovnih prostorija pravo na povlačenje ne može se primenjivati na ugovore o nabavci namirnica za svakodnevnu upotrebu koje se dopremaju na kućni prag, za razne hitne popravke, ako ih je potrošač sam zatražio (čl. 19). Pravo na povlačenje ne primenju je se na ugovore o prodaji nekretnina i druge ugovore koji se odnose na druga stvarna prava, ugovore zaključene pu tem au tomata, sa telekomunikacionim operaterima upotrebom javnih telefona, kao i na ugovore o osig u ranju, ugovore o kreditima i finansijskim uslugama čije cene zavise od fluktuacija na tržištu, zaključene izvan poslovnih prostorija osiguravača ili pru žaoca finansijskih usluga.

povlačenje. Prema jednom stanovištu takav ugovor nije pravno valjan sve dok ne istekne rok za vršenje prava na odustanak. Do tog trenutka ugovor „lebdi“ i izjednačava se sa ugovorima koje zaključuju maloletnici ili zastupnici bez ovlašćenja (Rott, 2006: 1114). Ovakvo shvatanje brani se argumentom da u trenutku zaključenja ugovora nije postojala stvarna volja potrošača, usled čega ugovor nije ni nastao. Saglasno ovom shvatanju smatra se da ugovori u kojima je, zbog njihove specifičnosti, potrošaču priznato pravo na povlačenje, nisu zakonski nastali, jer volja potrošača u vezi sa zaključenjem ugovora nije bila potpuno slobodna. Ipak, u slučaju usvajanja ovog koncepta ni potrošač, ni trgovac ne bi mogli da izvrše svoje ugovorne obaveze pre isteka roka za povlačenje, jer se ne može izvršiti ugovor koji još uvek nije nastao (Mihailović, 2013: 96).

Prema drugom shvatanju, ugovori koji sadrže pravo na povlačenje smatraju se punovažnim od trenutka njihovog zaključenja. U skladu sa Direktivom, ugovorne strane mogu izvršavati obaveze proistekle iz ugovora tokom roka za odustanak.⁷ U tom smislu prevladava mišljenje da ugovor sa pravom potrošača na povlačenje postoji, a da postojanje samog prava utiče na sudbinu ugovora. Državama članicama je, s druge strane, ostavljena mogućnost da zadrže postojeća nacionalna pravila kojima se trgovcima zabranjuje da tokom roka za povlačenje naplaćuju cenu od potrošača. Ovo shvatanje počiva na tumačenju da ugovor može biti u potpunosti izvršen i pre isteka roka za odustanak. S obzirom na to da za ugovore o pružanju usluga važe posebna pravila, u slučaju korišćenja prava na povlačenje ne postoji mogućnost da prestacija bude vraćena u pređašnje stanje. Tako, ovaj ugovor ne može biti realizovan sve dok se potrošač izričito izjavom ne saglasi sa izvršenjem, a opet, kada ugovor bude u potpunosti izvršen smatraće se da se potrošač odrekao prava na odustanak. Na taj način, shodno karakteru ugovora o pružanju usluga, volja potrošača se formira u dve faze i mora biti izražena dva puta. Prvi put potrošač to čini u trenutku zaključenja ugovora. S obzirom na to da u ovoj fazi postoji pretpostavka o mani volje potrošača, on svoju volju mora izraziti još jednom u okviru roka od 14 dana. Sve dok to ne učini i po drugi put, ne može se započeti sa izvršenjem ugovora (Mihailović, 2013: 96). U ovoj fazi potrošač svoju volju može izraziti trojako: zahtevom da trgovac ispuni ugovor, saglašavanjem sa pravom trgovca da ugovor bude izvršen ili ćutanjem, odnosno nevršenjem prava u roku od 14 dana od dana zaključenja ugovora.

Specifičan karakter ugovora o pružanju usluga omogućio je da se potrošač može koristiti pravom na povlačenje sve dok isti ne bude u potpu-

⁷ Direktiva, čl. 9, st. 3.

nosti izvršen.⁸ To podrazumeva i drugačije pravne posledice povlačenja potrošača iz ugovora nakon što se otpočelo sa njegovim izvršenjem, pri čemu odustanak nema retroaktivno dejstvo. Ukoliko do toga dođe, potrošač plaća trgovcu iznos koji je srazmeran onome što je ispunjeno do trenutka kada je on obavestio trgovca o realizaciji prava na odustanak u odnosu na cenu ugovora.⁹

Pravnu prirodu prava na povlačenje umnogome određuje imperativni pravni režim, koji ne daje mogućnost potrošaču da se odrekne ovog prava pre nego što je ono i nastalo. Potrošač ga se, doduše, može odreći, ali tek nakon što je pravna obaveza nastala, u roku od 14 dana od zaključenja ugovora. S obzirom na to da pravo na povlačenje nastaje mimo volje ugovornih strana, postavlja se pitanje njegove opravdanosti u kontekstu principa *pacta sunt servanda* (Luzak, 2013: 3).¹⁰ Mogućnost da potrošač jednostrano raskine ugovor u određenom roku bez navođenja konkretnog razloga, kao i široko postavljena obaveza na predugovorno obaveštavanje u imperativno određenom režimu vode „prezaštićenosti potrošača“ zbog čega ga je potrebno menjati (Eidenmuller, 2011: 8; Smit, 2011: 9). U tu svrhu predlaže se drugačiji pravni režim zasnovan na zakonu, ali sa mogućnošću donošenja odluke od obe ugovorne strane. To bi značilo pregovaranje potrošača i trgovca o upotrebi prava na povlačenje. Ukoliko do toga dođe, očekivano je da bi trgovci iskoristili mogućnost isključenja ovog prava u opštim uslovima poslovanja, što bi ugrozilo potrošačka prava. Iz prethodno navedenog, evidentno je da imperativni pravni režim pokazuje svoje slabosti, ali da ni njegova zamena dispozitivnim pravilima nije adekvatno rešenje.

Kako nijedno od pomenutih stanovišta ne zadovoljava interese obe ugovorne strane, trebalo je pronaći rešenje prihvatljivo i za potrošača i za trgovca. Čini se da je ono pronađeno u konceptu da je pravo na povlačenje opcija ponuđeno potrošaču. Potrošač bi imao mogućnost izbora između ugovora sa pravom na povlačenje i ugovora bez tog prava. Kako bi trgovci nudili nešto nižu cenu za ugovore u kojima pravo na odustanak ne bi postojalo, krajnji ishod bi zavisio od potrošača i njegove procene da li je pravo na povlačenje vredno cene koju bi platili (Mihailović, 2013: 99). Tako bi pravo na povlačenje poprimilo formu svojevrsnog osiguranja potrošača od rizika da roba ili usluga koju je kupio ne odgovara njegovim potrebama, a viša cena koju bi platio imala bi funkciju

8 Čl. 14, st. 3 Direktive

9 Čl. 14, st. 3 Direktive

10 U teoriji prevladava stav da nema posebnog opravdanja za imperativnost ove norme.

premije osiguranja (Eidenmuller, 2011: 10). Ovom opcijom bi se koristili samo potrošači koji bi procenili da bi im to bilo u interesu. U slučaju da se opredele da se koriste pravom na povlačenje, ne bi bila dovedena u pitanje mana volje u pogledu plaćanja nešto više cene i obrnuto. Ovo je kompromisno rešenje za obe ugovorne strane: potrošači mogu iskoristiti svoje pravo na odustanak ukoliko procene da im je to u interesu, a trgovci u tom slučaju mogu naplatiti višu cenu. Ovakvo rešenje, prihvatljivo za obe ugovorne strane, uticalo bi i na fleksibilnost pravnog režima na povlačenje.

4. Zaključna razmatranja

Pravo na povlačenje iz ugovora izaziva oprečna tumačenja oko toga da li ga i u kojim situacijama treba dopustiti. Reč je o jednostranom pravu potrošača da se u okviru predviđenog roka povuče iz ugovora bez najave i bez posledica, što je suprotno principu *pacta sunt servanda*. Time potrošač pravi izbor pre nego što ugovor postane obavezujući po njega. Opravdanje za postojanje ovog prava nalazi se u njegovoj adekvatnijoj zaštiti kod specifičnih ugovora, gde je procenjeno da bi potrošaču dodatna pomoć bila neophodna usled njegove smanjene percepcije o eventualnom riziku. S druge strane, postoji otpor realizaciji prava na povlačenje tumačenjem da se time favorizuje potrošač kao „prezaštićena“ strana u ugovoru, što rađa i zloupotrebu ovog prava u okviru *cooling-off* perioda.

Sa aspekta realizacije postavlja se pitanje na koji način ovo pravo utiče na punovažnost ugovora. Prema jednom stanovištu takav ugovor nije pravno valjan sve dok ne istekne rok za vršenje prava na odustanak. Saglasno drugom shvatanju, ugovori koji sadrže pravo na povlačenje smatraju se punovažnim od trenutka njihovog zaključenja. Imperativnost pravne norme o korišćenju prava na povlačenje umnogome determiniše i njegovu pravnu prirodu. Ublažavanje njegove strogosti, uvođenjem opcije izbora potrošača da se opredeli za ugovor sa pravom na povlačenje uz višu cenu ili odricanje od tog prava uz nižu cenu, menja i njegovu prirodu. U tom smislu povlačenje iz ugovora poprima formu svojevrsnog osiguranja potrošača od rizika da roba ili usluga koju je kupio ne odgovara njegovim potrebama, a viša cena koju bi platio imala bi funkciju premije osiguranja. Na taj način se i relativizuje tvrdnja da evropsko potrošačko pravo promovise koncept *pacta non sunt servanda*.

Literatura

- Ben-Shahar, O./Posner, E (2011), The Right to Withdraw in Contract Law, *The Journal of Legal Studies*, vol. 40, No. 1, str. 112–132
- Doughan, M. (2000), Minimum Harmonization and the Internal Market, *Common Market Law Review*, vol. 37, str. 841–868
- Eidenmuller, H. (2011), Why Withdrawal Rights, *European Review for Contract Law*, vol. 7, str. 1–17
- Grundmann, S. (2002), Information, Party Autonomy and Economic Agents in European Contracts Law, *Common Market Law Review*, br. 39, str. 263–286
- Hesselink, M. (2007), European Contract Law: A Matter of Consumer Protection, Citizenship or Justice? *EPRL 17*, str. 232–348
- Howells, G. (2006), The Rise of European Consumer –Whither National Consumer Law, *Sydney Law Review*, vol. 28, str. 63–88
- Howells, G./Wilhelmsson, T. (2003), EC Consumer Law: Has it Come of Age, *European Law Review*, vol. 28, br. 3, str. 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, str. 1–23
- Xavier, L. (1992) The Protection of Consumers in European Community Law, *Yearbook of European Law*, vol. 12, str. 153–177
- Shulze, R. (2008), *New Features in Contract Law*, Sellier, Munchen, str. 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*, br. 2, str. 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, str. 1–14
- Miklitz, H–W. (2012), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Mortsel, Intersentia
- Mihailović, B. (2013), Pravna priroda prava potrošača na odustanak od ugovora, *Revija za evropsko pravo*, br. 2–3, Udruženje za evropsko pravo, Kragujevac, str. 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*, br. 23, str. 352–377

Rott, P. (2001), *Information obligations and withdrawal rights*, u Twig-Flesner, C., *The Cambridge Companion to European Private Law*, Cambridge University Press, Cambridge, str. 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, str. 1106–1121

Terryn, E. (2008), *The right of withdrawal*, u Schulze R. (ed), CFR and existing EC contract law, Sellier, Munchen, str. 145–177

Pravni izvori

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

originalni naučni članak

UDK: 366.5:347.91[497.6:4-672EU]

Rad primljen: 30.06.2015.

Rad prihvaćen: 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.¹ 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

*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.

postupka 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).² 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).³ 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).⁴ 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.⁵ 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.⁶ Makedonija je kao prva među državama u kojima je vrijedio jugoslovenski ZMPP uspjela završiti reformu u 2007. godini,⁷ 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,⁸ 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 Gore⁹, 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 pordučja 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.¹⁰ 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.¹¹ 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

11 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*¹² 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.¹³

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.*

zasnivao protivno čl. 17–19 Brisel I, takva odluka se prema čl. 45, st. 1, e) Brisel I ne bi priznala. Utoliko su odredbe o nadležnosti u pogledu ugovora o osiguranju i potrošačkih ugovora izjednačene sa isključivom nadležnosti (Stanivuković, 2004: 268). Postavlja se pitanje da li je ovako izjednačavanje opravdano. Prema izvještaju *Jenarda* o Briselskoj konvenciji iz 1968. godine, historijski se ovaj izuzetak od pravila, da se odredbe na kojima je zasnovana sudska nadležnost prilikom priznanja strane odluke ne kontrolišu, opravdava time da su tadašnje potpisnice Briselske konvencije propise o međunarodnoj nadležnosti u potrošačkim sporovima smatrale prinudnim ili čak dijelom javnog poretka.¹⁴ Zadržavanje ovako stroge kontrole međunarodne nadležnosti u potrošačkim sporovima u postupku priznanja stranih odluka u nauci se smatra zastarjelom, između ostalog, jer se potrošač prema čl. 26 Brisel I može sam upustiti u spor (Kropholler, 2002: Art 35). Stoga se u literaturi već ranije predlagalo da do priznanja ne treba doći samo ukoliko je odluka o nadležnosti presude koja se priznaje donesena na štetu potrošača, dok druge povrede odredaba o nadležnosti za potrošačke sporove ne smiju biti razlog za nepriznanje (Hüßtege, 2003: Art. 25). U prijedlogu za reviziju Uredbe Brisel I Komisija je otišla korak dalje i izbrisala suprotnost odredbama o nadležnosti za sporove navedene u čl. 45, st. 1, e), (*ex* čl. 35, st. 1 Uredbe 44/2001), iz liste razloga za nepriznanje strane odluke. U konačnoj verziji Uredbe Brisel I učinjena je samo jedna odgovarajuća izmjena u odnosu na prethodno važeći tekst, gdje sada prema čl. 45, st. 1, e) Uredbe Brisel I povreda odredaba o nadležnosti za potrošačke sporove predstavlja razlog za nepriznanje strane sudske odluke samo ako je potrošač bio tužena strana u postupku. Na ovaj način je održana ranija zaštita potrošača u stadiju priznanja strane sudske odluke, ograničena na situacije u kojima se odluka o nadležnosti može donijeti na štetu potrošača, što je od izuzetne važnosti (Domej, 2014: 512). U suprotnom bi poduzeća bila motivisana da tuže potrošače u mjestu svog sjedišta, u nadi da potrošač neće na sebe preuzeti troškove vođenja spora u inostranstvu te na taj način dođu do odluka u odsustvu, koje bi se priznale u državi prebivališta potrošača (Mankowski, 2014: 630).

2.4. Tumačenje zaštite potrošača u svijetlu

Povelje osnovnih prava EU (POP)

Prema čl. 38 POP, „politike Unije osiguravaju visok stepen zaštite potrošača“. Prema objašnjenjima uz POP¹⁵, načelo sadržano u ovom članu zasniva se na čl. 169 UFEU. Diskusija u Konventu, koji je bio zadužen za izradu POP-a, sezala je od isključivanja zaštite potrošača iz POP, preko većeg oslanjanja na čl. 169

14 Izvještaj P. Jenard o Konvenciji o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim predmetima, *Sl. list EU* 1979, C 59/1.

15 *Sl. list EU* 2007, C 303/02.

UFEU, 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.¹⁶ 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).¹⁷ 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.¹⁸ Ono ima svoje dejstvo prema svim nacionalnim propisima, koji su usmjereni ka tome da osiguraju pravnu zaštitu za prava koja dodjeljuje pravo EU.¹⁹

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*

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.

officio obaveze sudova da utvrde nepoštenost odredbi u općim uslovima potrošačkih ugovora²⁰, zatim arbitražnih klauzula u potrošačkim ugovorima²¹, te sve ćeće procesnog položaja udruženja potrošača²² (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*²³, gdje udruženju potrošača iz španije prema španskom procesnom pravu nije dozvoljeno tužiti trgovca u mjestu sjedišta udruženja potrošača, nego isključivo na mjestu mjestu poslovnog nastana ili prebivališta tuženika. Udruženje potrošača je željelo izdejtstvovati 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.²⁴ Nadalje, udruženje potrošača smatralo je da španski propis prema kojem ne postoji pravni lijek protiv odluke suda koji se u ovakvim sporovima proglašuje mjesno nenadležnim 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 potrošača²⁵ 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 potrošača²⁶ 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.l. EU).

23 Sud EU, C-413/12, Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León/ Anuntis Segundamano España SL (još nije objavljen u Sl.l. 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 EUGV VO). Ovo vrijedi kako za građanskopravne 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 1965²⁷, ali je svjesno nije uvrstio u Uredbu Brisel I (Gottwald, 2013: Art 23 EuGVO). Sud EU je u predmetu iz 1999. godine²⁸ 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*²⁹ 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 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.³⁰

3. Zaštita potrošača u procesnom međunarodnom privatnom pravu BiH

Domaći ZMPP uopšte ne poznaje potrošačke ugovore. Tako je Zakon o zaštiti potrošača³¹ 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 BiH³² 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.³³

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 posljedicu 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 odluke u kojoj se potrošač kao tužbena strana odlučio za pravosuđe koje je za sebe smatrao povoljnijim, iako ono nije nadležno prema uredbi Brisel I

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.

(Doerner, 2015: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 ZZP kao dodatni uslov navodi da se zaštita odnosi samo na „ugovore zaključene u BiH“, u čl. 97, st. 3 ZZP 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 ZZP 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 ZZP. Ovakvo tumačenje je nužno, ako se uzme u obzir da čl. 97 ZZP 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 ZZP 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 zaštiti 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 EuGV VO. U I. Saenger (Prir.), *Zivilprozessordnung*. Baden-Baden: Nomos

Domej, T. (2014). Die Neufassung der EuGV VO – Quantensprünge im europäischen Zivilprozessrecht. *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RebelsZ)*. 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. EUGV VO. 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 EuGV VO zum Europäischen Vollstreckungstitel. U G. Reichelt/W. Rechberger (Prir.), *Europäisches Kollisionsrecht* (str. 63–81). Wien: Manz

Krebber, 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 EuGV VO. *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 (Prir.), *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 (Prir.), *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. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)*. 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)

Рад примљен: 30.06.2015.

Рад 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 Obligations¹ and the new Turkish Commercial Code² 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 Act³, 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 void⁴.

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 it⁵.

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 consumer⁶.

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 standards⁷.

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)⁸. 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*⁹.

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 contract¹⁰.

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 (Karahana, 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

harmed. 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 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,
Docent Pravnog fakulteta,
Univerzitet Sakarya, Turska

ZAŠTITA POTROŠAČA PROTIV OPŠTIH USLOVA UGOVARANJA KAO PRIMERA NELOJALNE KONKURENTSKE PRAKSE BANAKA U PRAVU TURSKJE

Rezime

Predmet ove studije je zaštita potrošača, kao ugrožene grupe, protiv opštih termina i uslova bankarskih ugovora koji, prema novim propisima u turskom pravu, predstavljaju primer nelojalne konkurentske prakse. Kodifikacijski zahvati usmereni na zaštitu potrošača protiv opštih termina i uslova ugovaranja predstavljaju značajan napredak u turskom pravu, naročito tokom prvih godina 21 veka. Kao priznanje za impresivne napore uložene u procesu harmonizaciju svog pravnog sistema, Turska je 1999. godine dobila kandidaturu za članstvo u Evropskoj uniji. Kao rezultat zakonodavnih zahvata i nastojanja, doneti su novi Zakon o obligacionim odnosima i novi Zakon o trgovini, koji su stupili na snagu 2012. godine. Treba napomenuti da oba zakona sadrže odredbe o opštim terminima i uslovima ugovaranja koje imaju reformski karakter. Zakon o zaštiti potrošača usvojen je 2013. godine. Odredbama ovog zakona eksplicitno su regulisani opšti uslovi ugovaranja u potrošačkim ugovorima kao i sankcije za nelojalnu konkurentsku praksu.

Turski Zakon o obligacionim odnosima definiše opšte uslove ugovaranja i propisuje specifične sankcije za nezakonite opšte termine i uslove ugovaranja. Turski Zakon o trgovini takođe prepoznaje opšte termine i

uslove ugovaranja koji su u suprotnosti sa pravilima poštene prakse i koji se smatraju vrstom nelojalne konkurencije. Osim toga, građanske i krivične sankcije se takođe mogu primeniti na opšte uslove ugovaranja koji se smatraju vrstom nelojalne konkurentske prakse u bankarskom sektoru. Prema članu 55. Turskog Zakona o trgovini, primena opštih uslova ugovaranja koji su suprotni pravilima poštene prakse predstavlja povredu pravila o zabrani nelojalne konkurencije.

Autor se posebno bavi povredama pravila zabrane nelojalne konkurencije u bankarskim ugovorima između banaka i potrošača, u slučajevima kada je do povrede došlo usled upotrebe nepoštenih opštih termina i uslova ugovaranja. Glavni razlog ovake nepoštene prakse je jača ekonomska pozicija banaka u odnosu na potrošače kao slabiju stranu u bankarskim ugovorima. Ova kontradiktornost navela je autora da analizira ovu temu, u odnosu na novu koncepciju formulisanu u pomenutim zakonskim aktima. U ovom radu, autor detaljno razmatra novi pristup ovom problemu. Autor najpre daje pregled raznih vrsta opštih termina i uslova ugovaranja koji predstavljaju primere nelojalne konkurencije u bankarskom sektoru. Osim toga, analiziraju se uslovi povrede principa poštenog ugovaranja kao i rezultati građanskih i krivičnih sankcija koje se primenjuju u pogledu nelojalne konkurentske prakse.

Ključne reči: *prava potrošača, zaštita potrošača, nelojalna konkurencija, opšti termini i uslovi ugovaranja, bankarsko pravo, nepoštena bankarska praksa, bankarski ugovori, potrošačko pravo, Zakon o trgovini, pravo Turske.*

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.¹ 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.² 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%).³ 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/Resourcess/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

tivnih mogućnosti. No, ova situacija donekle je imala i svoju pozitivnu stranu, jer je „motivirala“ entitetske zakonodavce da konačno urede 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*⁴ (dalje: *Zakon*). Do ovih pravnih novela pružanje finansijskih usluga bilo je *de facto* u rukama samih davatelja koji su autonomnom regulacijom podrobnije uređivali odnose s fizičkim osobama. *Zakon* je pretežito formuliran po uzoru na *Direktivu 2008/48/EZ o ugovorima o potrošačkom kreditu*⁵ (dalje: *Direktiva 2008/48/ EZ*) što proizlazi iz šire obaveze usklađivanja nacionalnog zakonodavstva 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

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

uređuju 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 (Mišćenić, 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)⁶ 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 izbjegniju odredbe koje se mogu smatrati nepravičnim, poput primjerice upućujućih odredaba kojim se davatelj poziva na poslovnu politiku kada su u pitanju obavezni elementi ugovora.

6 „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 podvrgnuti 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,⁷ nego što se pridržavaju imperativnih odredbi *Zakona o zaštiti potrošača u BiH*.⁸ 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 kontrahenata. Jedan od problema s kojim su se korisnici potrošačkih kredita u BiH susretali bilo je neobjavlivanje 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 stavljani 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 praksi⁹ 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

⁹ 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,¹⁰ 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.

¹⁰ *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 u 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 strukturane tako da su jednako uočljive, čime se eliminira opasnost prikriivanja 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 točno 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.¹¹

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

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

u kreditni 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 financijskom 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.¹² Iz tog razloga *Zakon* obavezuje davatelje financijskih 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 financijskom *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.¹³ 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).

Posterionim informiranjem korisnik je uvijek aktualan u pogledu svoje financijske situacije, što mu omogućava racionalno raspolaganje kućnim budžetom,

13 *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 svojevrstu pauzu u otplati kako bi konsolidirao financijsko stanje i samim tim izbjegao jednostrani raskid ugovora kojeg prati dospjelost 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*¹⁴ 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.¹⁵

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.¹⁶ 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 kamat), 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.¹⁷

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 acquis* (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).

17 *Dijagnostički pregled zaštite potrošača i finansijske pismenosti u bankarskim uslugama i sektoru mikrofinanciranja u BiH*, Studija Svjetske banke, 2010. Anketa 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 financijskoj 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 financijskih 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 financijske 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 glavicu. 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 financijsko 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 mikro-kreditnom sektoru, koji je po znatno liberalnijim uvjetima, ali skupljom 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 financijskih usluga ponašali su se gotovo pa samovoljno u odnosima sa građanima, a takvo postupanje deklaratorno najčešće su pravdali „potrebom održavanja stabilnosti i solventnosti financijskog 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 financijskih 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 financijskog 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 poslovnih

zbilje, neophodno je kontinuirano provođenje nadzora nad poštivanjem *Zakona* od strane Agencije za bankarstvo, što implicira i sankcioniranje svih oblika nepoštenih poslovnih prakse. Prvi korak na putu kvalitetne zaštite korisnika je načinjen, ali isto tako nužno je poduzeti i aktivnosti promoviranja *Zakona* i financijskog 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

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>

Dauses, 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

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-.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 financijske pismenosti", Svezak II: Usporedba s dobrim praksama, veljača, Zagreb, Retrieved 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 financijskih 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 6) **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&Pyrgakis, 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)¹; 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 characterization², 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”³. 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 place⁴. 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 seized⁵.

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* rules⁶, not to found their international competence on indirect damages (*dommage par ricochet*)⁷.

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 based⁸. The rule applies only in relation to injuries to personality, and not in relation to infringements of a trade mark and copyright on the Internet⁹. 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 paper¹⁰.

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 2010¹¹:

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”¹².

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* judgment¹³, 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 1991¹⁴, 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 origin¹⁵.

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

¹⁵ 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° 25¹⁶; 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^ο 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*)

Saradnik Helenskog instituta za međunarodno i inostrano pravo; Partner u Advokatskoj kancelariji Lambadarios, Atina; Atina, Grčka

**UTICAJ DIREKTIVE O ELEKTRONSKOJ TRGOVINI NA IZBOR
MERODAVNOG PRAVA I NORMI O NADLEŽNOSTI ZA ZAŠTITU
SLABIJE STRANE (LICA OŠTEĆENIH PO OSNOVU VANUGOVORNE
ODGOVORNOSTI I POTROŠAČA)**

Rezime

U skladu sa odgovarajućim promenama u nacionalnim pravnim sistemima i međunarodnim konvencijama koje se odnose na zaštitu lica oštećenih po osnovu vanugovorne odgovornosti za štetu i potrošača, Regulativa Brisel I (s jedne strane) kao i Regulative Rim I i Rim II (s druge strane) predviđaju određene kolizione norme koje omogućavaju zaštitu slabije strane u sferi međunarodne nadležnosti i izbora merodavnog prava. U slučaju spora, pod određenim široko postavljenim uslovima, slabija strana ima pravo da pokrene postupak pred sudom države svog uobičajenog boravišta i da primeni supstancijalno pravo te iste države.

Generalno se smatra da Direktiva o elektronskoj trgovini (2000/31/EC) uvodi takozvani princip države porekla u oblast elektronske trgovine. Prema ovom principu, na trgovinske aktivnosti kompanije u virtuelnom (cyber) prostoru može se primeniti samo pravo države njenog porekla, u slučaju kada bi primena pravila druge države bila nepovoljnija za kompaniju.

Autor smatra da takozvani princip države porekla ne može uticati niti na primenu privatnog prava niti na preovlađujuće principe i pravila u oblasti kolizivnih normi i međunarodne nadležnosti. Ovaj stav je prihvaćen i u praksi grčkih sudova i nije osporen ni dosadašnjim odlukama Suda pravde Evropske unije.

Ključne reči: *nadležnost, sukob zakona, Regulativa Brisel I, Regulativa Rim I, Regulativa Rim II, Direktiva o elektronskoj trgovini, princip države porekla, oštećeni, potrošači.*

Aleandra 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)¹ embodies the most important EC Directives² in this area. Presidential decrees 339/1996, 182/1999, 100/2000 and 131/2003³, 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 ConsPL⁴, 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 broad⁵, 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 associations⁶. 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 rights⁷. 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 action⁸ (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 consumer⁹. 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 ConsPL¹⁰ 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)¹¹. 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 disputes¹². 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.¹³ 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: αρ. 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 3297/2004¹⁴ 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)¹⁵. Marine and aviation insurance are governed by the Private Maritime Code¹⁶ and the Private Aviation Code¹⁷, respectively. Another important legislative act is the Law on compulsory insurance of civil liability arising from motor vehicle accidents¹⁸.

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 ConsPL¹⁹, 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 9th 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 profession²⁰. 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 insurance²¹, 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 parties²², (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 insurance²³. 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 InsL²⁴ also apply by analogy to aviation insurance.

In a commercial insurance contract, the insurer undertakes large risks (Χατζηνικολάου-Αγγελίδου, 2000: 48). Large risks insurance²⁵ 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 limits²⁶. 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 contract²⁷. 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 avoided²⁸.

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 policy²⁹. 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 insurance³⁰. 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 policyholder³¹.

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.

object³². 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)³³; (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 avoided³⁴. (b) The policyholder has the right to rescind from the contract irrespective of cause, unless otherwise provided in the insurance policy³⁵. 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 immediately³⁶.

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 breach³⁷. 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 alteration³⁸. 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 period³⁹; (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 purposes⁴⁰; (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 negligence⁴¹. 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 representatives⁴²; 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 risks⁴³; (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 contract⁴⁴.

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 contract⁴⁵; (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 policyholder⁴⁶; (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 policyholder⁴⁷. 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 months⁴⁸; (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 policyholder⁴⁹.

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 thereby⁵⁰. 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 liable⁵¹.

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 void⁵²; (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 party⁵³.

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: αριθ. 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)⁵⁴. 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 dependent⁵⁵. 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: αρith. 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. (3rd 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^η 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. (3rd 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^η έκδ.) (2008). Ασφαλιστικός Κώδικας. Η βασική νομοθεσία της ιδιωτικής ασφάλισης, ερμηνευτικά σχόλια και κριτικές παρατηρήσεις. Αθήνα-Κομοτηνή: Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα

Ρόκας, Ι. (11^η 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^η 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^η 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^{ης} 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,

Advokat Atinske advokatske komore,

Stručni saradnik Helenskog instituta za međunarodno i strano pravo, Atina, Grčka

ZAŠTITA POTROŠAČA U GRČKOJ, NAROČITO U UGOVORIMA O OSIGURANJU

Rezime

U Grčkoj, zakonodavstvo o zaštiti potrošača je uglavnom rezultat obaveze Grčke da implementira odgovarajuće zakonske odredbe prava Evropske unije. Prema Zakonu o zaštiti potrošača 2251-1994, potrošač je svako fizičko i pravno lice ili udruženje bez pravnog subjektiviteta, kome su namenjeni proizvodi ili usluge ponuđene na tržištu, i koji koristi te proizvode ili usluge u svojstvu krajnjeg korisnika. S obzirom da je definicija pojma „potrošač“ prilično široka, privredna društva takođe mogu imati status potrošača, sve dok su krajnji korisnici proizvoda i usluga.

U Grčkoj ne postoje specijalni sudovi za potrošačke sporove. Nadležnost za rešavanje sporova između potrošača i snabdevača, zbog povreda privatnih prava na osnovu Zakona o zaštiti potrošača, imaju redovni sudovi u redovnom postupku. Ipak, Zakon o zaštiti potrošača predviđa da sva uduženja potrošača imaju pravo da zatraže zaštitu prava svojih članova (potrošača) pred sudovima i upravnim organima. Ovaj Zakon takođe predviđa mogućnost mirnog rešavanja potrošačkih sporova. Zakonom 3297-2004 uspostavljena je institucija Zaštitnika potrošača (Ombusmana), kao nezavisnog organa za vansudsko rešavanje sporova u oblasti potrošačkog prava, koji je pod nadzorom Ministarstva za razvoj. Institucionalna uloga Zaštitnika potrošača je da interveniše u slučaju potrošačkih sporova i predlaže sporazumno rešavanje istih vansudskom nagodbom. Ministarstvo razvoja je odgovorno za implementaciju evropskog i nacionalnog zakonodavstva, kao i politike zaštite potrošača, koja se ostvaruje preko Generalnog sekretarijata za potrošače (GSC). Osnovne dužnosti ovog Sekretarijata su pružanje informacija potrošačima, njihova edukacija, savetodavna funkcija i pruženje pravne pomoći.

Postojanje institucija koje se bave potrošačkom politikom, udruženja potrošača, mogućnost upotrebe alternativnih metoda za rešavanje sporova i dostupnost procedura u okviru institucije Zaštitnika potrošača su važan korak ka suštinskoj zaštiti potrošačkih prava. Naime, zaštita potrošača može biti efikasna tek ukoliko potrošači postanu aktiv-

ni učesnici u tržišnim odnosima, čime olakšavaju primenu tržišnih propisa. Stiče se utisak da su potrošači sve aktivniji, da postepeno postaju svesni svojih prava i imaju želju da preduzmu određene korake u pravcu ostvarivanja svojih prava. Promena stava potrošača je takođe prisutna na tržištu osiguranja.

Pravo na privatno osiguranje je u načelu regulisano Zakonom o osiguranju, koji uređuje sve vrste osiguranja, uključujući i trgovinske i potrošačke ugovore o osiguranju. Nositelac polise osiguranja (osoba koja zaključuje ugovor o osiguranju sa osiguravačem) ili osiguranik (osoba koja snosi rizik za osigurani slučaj) su krajnji korisnici usluge osiguranja, koji prema odredbama Zakona o zaštiti potrošača imaju svojstvo potrošača, bez obzira na vrstu poslovne aktivnosti kojom se bave. S obzirom na činjenicu da je osnovni cilj zakonodavca prilikom regulisanja osiguranja bila zaštita stanke koja zaključuje ugovor iz ličnih razloga, Zakon o osiguranju sužava polje primene potrošačkog zakonodavstva jer određuje potrošača kao fizičko i pravno lice koje zaključuje ugovor o osiguranju iz nekomercijalnih razloga.

U tom smislu, može se smatrati da u oblasti zaštite potrošača zakonodavstvo iz domena prava osiguranja ima primat nad potrošačkim zakonodavstvom jer precizno određuje slučajeve u kojima se Zakon o zaštiti potrošača primenjuje na osiguranje. Odredbe Zakona o osiguranju su u načelu obavezne, u meri u kojoj imaju za cilj zaštitu prava nosioca polise osiguranja. Kada se radi o kontroli opštih uslova osiguranja, primenjuju se odgovarajuće odredbe iz Zakona o zaštiti potrošača zajedno sa posebnim pravilima sadržanim u Zakon o osiguranju. Shodno tome, odredbe o standardnim uslovima ugovora i nepoštenim uslovima ugovaranja sadržane u Zakonu o zaštiti potrošača važe i za opšte uslove osiguranja. Najvažniji principi zaštite nosilaca polisa osiguranja u grčkom pravu su: a) obaveza pružanja informacija osiguraniku; b) eksplicitno navođenje termina i uslova osiguranja; c) pravo na povlačenje i raskid ugovora; d) trajno osiguravajuće pokriće; e) zabrana raskida ugovora bez prethodne najave; f) zaštita u slučaju subrogacije; g) zaštita od ništavih ugovora o osiguranju.

Ključne reči: zaštita potrošača, Zakon o zaštiti potrošača, Zaštitnik potrošača (ombudsman), Zakon o osiguranju, Grčka.

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)

Раđ примљен: 30.06.2015.

Раđ 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).¹

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).² 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.³ 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 account⁴ 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.⁵ 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.⁶

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 illiquidity⁷ and insolvency⁸ 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.⁹ 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).¹⁰ 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,¹¹ 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

11 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 obligations¹² through and to ensure that the circumstances for denial of the institute¹³ 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 68.898.¹⁴ 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 Entschuldungsvölligmittelloser Personenund zur Änderung des Verbraucherinsolvenzverfahrens*. Retrieved: 12 December 2014, from 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.

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.]

Dr Dejan Bodul,

Viši istraživač-saradnik, Katedra za građansko procesno pravo, Pravni fakultet, Sveučilište u Rijeci, Republika Hrvatska

Mr Ivan Rubinić,

Istraživač-saradnik/predavač, Katedra za ekonomske znanosti, Pravni fakultet, Sveučilište u Rijeci, Republika Hrvatska

**NACRT ZAKONA O STEČAJU POTROŠAČA REPUBLIKE HRVATSKE:
INSTRUMENT PRAVNE ZAŠTITE ZA PREZADUŽENE POTROŠAČE ILI
PRODUŽENJE STATUS QUO?**

Rezime

S obzirom na stvaranje novih akata u bivšim socijalističkim zemljama, stalno se postavlja pitanje koju vrstu prakse treba slediti. Da li zakonodavci treba da slede tradicionalane modele u okviru evropsko- kontinentalnog sistema, ili treba da se rukovode načelima anglo- američkog sistema, ili bi možda trebalo kombinovati najefikasnije aspekte oba sistema? U tom kontekstu, zakonodavci bi trebalo da u oblast stečajnog prava uvedu institut stečaja potrošača, koji je predmet velikog interesovanja u pravnoj teoriji i praksi. U komparativnopravnoj praksi se pribegava ogromnim kompromisima prilikom donošenja privremenih rešenja, u cilju pronalazjenja ravnoteže u disperziji rizika između dužnika i poverioca. Istraživanje o stečaju potrošača unutar pravnih sistema pokazalo je da postoji više organizacionih modela stečaja potrošača. Istorijski gledano, nemačko stečajno zakonodavstvo je zasigurno imalo najveći uticaj na hrvatsko stečajno pravo. Osim toga, rešenje o stečaju potrošača preuzeto iz nemačkog Zakona o nelikvidnosti (Insolvenzordnung) poslužilo je kao osnovica za Nacrt zakona o stečaju potrošača Republike Hrvatske iz 2014. godine. Svrha ovog rada je da pruži uvid u Nacrt hrvatskog zakona od stečaju potrošača i, istovremeno, da analizira da li je zakonodavac koristio najefikasnije primere dobre prakse za postizanje optimalnih rešenja.

Ključne reči: *stečaj potrošača, Nacrt zakona o stečaju potrošača, Hrvatska.*

PRAVNA ZAŠTITA TZV. PRAVNO NEVIDLJIVIH LICA

Apstrakt: Posebnu kategoriju fizičkih lica koja imaju nepovoljan pravni položaj i zbog toga su diskriminisana čine tzv. pravno nevidljiva lica – fizička lica koja nisu priznata kao subjekti prava jer nisu iz različitih razloga upisana u matične knjige rođenih i koja zbog toga nemaju službena dokumenta kojima mogu da dokažu svoj identitet, prebivalište i državljanstvo. Pošto ova fizička lica nisu priznata kao subjekti prava, ona ne mogu da uživaju i vrše sva ona prava koja pripadaju građanima jedne države, niti imaju mogućnost da, kao stranke u sudskim postupcima, štite svoju ličnost, prava i interese. Da bi se rešio pravni status pravno nevidljivih lica, koja predstavljaju najugroženiju društvenu grupu i suzbila njihova diskriminacija, zakonodavac je novelama Zakona o vanparničnom postupku iz 2012. uredio poseban statusni vanparnični postupak za dokazivanje rođenja i na taj način obezbedio ovim licima mogućnost da budu upisana u matične knjige rođenih. Upis u matične knjige rođenih predstavlja prvi i početni korak u pogledu zaštite ove kategorije lica jer se tako omogućava da i ona započnu da vrše ona prava koja pripadaju fizičkim licima kao subjektima prava.

Ključne reči: pravni subjektivitet, stranačka sposobnost, dokazivanje rođenja, vanparnični postupak za dokazivanje rođenja.

1. Uvod

Normama statusnog prava pravni poredak uređuje osnovne lične statusne pretpostavke svakog fizičkog lica i svojstva fizičkog lica, dok se normama ostalih grana prava predviđaju prava i obaveze subjekata prava i garantuje njihovo vršenje i zaštita.

* gordana_stankovic@yahoo.com

Jedno od osnovnih obeležja fizičkih lica je lično ime koje predstavlja najpotpuniji način za individualizaciju svakog fizičkog lica. Svako fizičko lice rođenjem stiče pravo na lično ime koje se sastoji od imena i prezimena. Pravo na lično ime koje se stiče rođenjem i pravo na upis u matičnu knjigu rođenih predstavljaju prava koja su Ustavom¹, Porodičnim zakonom² i Konvencijom o pravima deteta³ zagantovana svakom detetu. Da bi se steklo lično ime, kao apsolutno subjektivno pravo, nije dovoljno da se ono faktički upotrebljava. Pravni poredak, iz razloga pravne sigurnosti, zahteva obaveznu evidenciju svih ličnih imena. Ukoliko ime nije upisano u matične knjige, ono ne postoji. S druge strane, fizička lica kao pravni subjekti imaju opštu pravnu sposobnost koju im, kao biološkim, ljudskim jedinkama, priznaje pravni poredak, po pravilu, od trenutka rođenja.⁴

Događa se, međutim, da pojedina fizička lica, iako su rođena i faktički postoje, bez obzira da li su maloletna ili punoletna, nisu ostvarila pravo na lično ime, niti mogu da budu upisana u matične knjige rođenih iz različitih razloga.⁵ Iako se radi o fizičkim licima, njima pravni poredak ne priznaje opštu pravnu sposobnost jer nisu upisana u matične knjige rođenih. U javnim knjigama, kao verodostojnim službenim javnim ispravama koje sadrže podatke o ličnom statusu građana, nema podataka ni o imenu tih fizičkih lica, ni o vremenu i njihovom mestu rođenja ili ona ne mogu da budu upisana u matične knjige jer nema podataka o njihovim roditeljima koji i sami ne raspolažu podacima o činjenicama od kojih zavisi njihov status fizičkog lica (Benmansur, 2011: 413).

Neprijavlivanje činjenice rođenja, bez obzira što postoji i mogućnost naknadnog upisa u matične knjige, predstavlja učestalu pojavu kod jedne grupe posebno socijalno ugroženog stanovništva u Srbiji⁶ koja pripada

1 Odredba čl. 37 Ustava Republike Srbije, *Sl. glasnik RS*, 98/06.

2 Odredba čl. 13 Porodičnog zakona, *Sl. glasnik RS*, 18/05.

3 Odredba čl. 7 Konvencije o pravima deteta iz 1989, *Službeni list SFRJ Međunarodni ugovori*, 15/1990, *Službeni list SFRJ-Međunarodni ugovori*, 7/02.

4 Odredbom čl. 37, st. 1 Ustava Republike Srbije predviđeno je da svako lice ima pravnu sposobnost, kao pravo ličnosti i kao elementarno ljudsko pravo. Na taj način Ustav je garantovao svakom fizičkom licu pravo da bude subjekt u pravu i da stiče prava i obaveze.

5 Jedan od razloga je i nedostatak svesti kod pojedinih pripadnika romske populacije o potrebi upisa u matične knjige rođenih i nedostatak informacija o postupku upisa (Zaštitnik građana, 2012).

6 Radi se, pre svega o Romima, ali i o izbeglom stanovništvu u toku rata koji je vođen krajem dvadesetog veka na području nekadašnje Jugoslavije i o raseljenom

kategoriji tzv. pravno nevidljivih lica. Iz tog razloga ova fizička lica ne mogu da uživaju i vrše sva subjektivna prava koja pripadaju građanima Srbije i zbog toga su žrtve diskriminacije. Da bi se omogućilo da i ova kategorija fizičkih lica može da stekne lični status, kao prvi korak u sprečavanju njihove diskriminacije, zakonodavac je kreirao poseban statusni vanparnični postupak – postupak za utvrđivanje vremena i mesta rođenja (Stanković, Mandić, 2013: 191). Ovaj postupak ima za cilj da stvori validne pretpostavke za upis jednog lica u matične knjige.

2. Postupak za upisivanje činjenice rođenja

Prema Zakonu o matičnim knjigama,⁷ kojim je uređeno vođenje matičnih knjiga rođenih, u ovu javnu knjigu, koja predstavlja službenu evidenciju o ličnom stanju građana, vrši se upis rođenog deteta čiji su roditelji poznati ili su nepoznati, deteta bez roditeljskog staranja ili usvojenog deteta.⁸ Upis činjenice rođenja vrši se u upravnom postupku bez obzira na činjenicu da li se podatak o rođenju prijavljuje u zakonskom roku ili po isteku roka za prijavu rođenja nadležnom matičaru. Činjenica rođenja upisuje se u matičnu knjigu rođenih matičnog područja u čijem sastavu je naseljeno mesto rođenja deteta.

Jedan broj lica nije uopšte upisan u matične knjige rođenih pošto nisu mogla da dokažu vreme i mesto svog rođenja na način koji je predviđen propisima kojima se uređuje vođenje matičnih knjiga.⁹ Lice koje nije upisano u matične knjige rođenih u postupku redovnog ili naknadnog upisa i koje ne može da dokaže mesto i vreme svog rođenja izvodom

stanovništvu u toku NATO agresije na Državnu zajednicu Srbiju i Crnu Goru.

7 Zakon o matičnim knjigama, *Sl.glasnik RS*, 20/09, 145/14.

8 Rođenje deteta prijavljuje se nadležnom matičaru radi upisa u matičnu knjigu rođenih. Prijavljivanje rođenja je dužnost širokog kruga subjekata. Prijavljivanje vrši, pre svega, zdravstvena ustanova kad je dete rođeno u njoj, a ako je ono rođeno van zdravstvene ustanove, dužnost prijavljivanja ima otac deteta, drugi član domaćinstva ili lice u čijem je stanu dete rođeno ili majka čim bude za to sposobna. Pored toga, ovu dužnost imaju i babica i lekar koji su prisustvovali porođaju, a ako oni nisu prisustvovali porođaju ili nema drugih lica ili ona nisu u mogućnosti da prijave rođenje, tu dužnost ima lice koje je saznalo za rođenje. Rođenje deteta se prijavljuje u roku od 15 dana od dana rođenja.

9 Npr. dete čija majka ili oba roditelja nisu upisani u matičnu knjigu rođenih ne može da bude upisano u matičnu knjigu bez obzira da li je rođeno u zdravstvenoj ustanovi ili van nje. Upis u matičnu knjigu rođenih tog deteta mogućan je tek kada roditelji ili samo majka u postupku naknadnog upisa budu upisani u matičnu knjigu rođenih.

iz matične knjige rođenih ne može da ostvaruje prava koja pripadaju fizičkim licima.

Da bi se omogućilo da i lica koja u upravnom postupku ne mogu da dokažu vreme i mesto rođenja ostvare pravo na upis u matične knjige rođenih, odredbama Zakona o vanparničnom postupku,¹⁰ uređen je poseban sudski postupak koji treba da omogući dokazivanje rođenja i realizaciju prava na upis u matične knjige i druge javne knjige koje predstavljaju službenu evidenciju o ličnom stanju građana. Ovaj postupak je regulisan ne samo da bi se omogućilo da tzv. pravno nevidljiva lica regulišu svoj pravni status, već i da bi ona mogla da ostvaruju sva ustavna prava koja pripadaju građanima Srbije a koja ne mogu da vrše jer ne mogu da dokažu svoj pravni subjektivitet. Sudska odluka kojom je u postupku utvrđeno vreme i mesto rođenja služi kao osnov za upis u matične knjige rođenih jer se u matične knjige upisuju samo podaci o činjenicama koje su prijavljene, odnosno podaci sadržani u aktu nadležnog organa ili ustanove. Lice koje je dokazalo svoje rođenje sudskom odlukom upisom u matične knjige reguliše svoj pravni status tako što stiče pravo na ime, pravo na pravnu ličnost i pravo na pravnu sposobnost u skladu sa odredbom čl. 37 Ustava Srbije.

3. Postupak za utvrđivanje vremena i mesta rođenja

Postupak za utvrđivanje vremena i mesta rođenja je poseban statusni vanparnični postupak koji je regulisan Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o vanparničnom postupku¹¹ da bi se omogućilo da tzv. pravno nevidljiva lica, koja posle rođenja nisu bila upisana u matičnu knjigu rođenih, to pravo ostvare na osnovu rešenja vanparničnog suda. Za ovaj postupak, kao sinonim, zakonodavac koristi i termin postupak za „dokazivanje rođenja.“ Pored ovog postupka, novelama ZVP regulisan je i postupak radi stavljanja van snage rešenja o vremenu i mestu rođenja.¹²

Postupak za dokazivanje rođenja, po svojoj pravnoj prirodi, jeste neoficijelan vanparnični postupak. Ovaj postupak može da bude i

10 Zakon o vanparničnom postupku, *Sl. glasnik SRS*, 25/82 i 48/88 i *Službeni glasnik RS*, 46/95 – dr. zakon, 18/05 – dr. zakon, 85/12 i 45/13 – dr. zakon, 55/14, 6/15, u daljem tekstu: ZVP.

11 Zakon o izmenama i dopunama Zakona o vanparničnom postupku, *Službeni glasnik RS*, 85/12.

12 Postupak za stavljanje van snage rešenja o vremenu i mestu rođenja koji je propisan iz razloga pravne sigurnosti neće biti analiziran. Ova dva postupka se znatno razlikuju. Za razliku od postupka za dokazivanje rođenja, ovaj postupak je oficijelan jednostranački postupak.

jednstranački i dvostranački, zavisno od toga ko je pokrenuo postupak i da li je lice čije se rođenje utvrđuje živo ili nije (Stanković et al., 2013: 191).

Stvarno nadležan sud za vođenje postupka za dokazivanje rođenja, prema odredbama čl. 22 Zakona o uređenju sudova¹³ je osnovni sud. Mesna nadležnost u ovoj vanparničnoj pravnoj stvari izričito je regulisana zakonom. Za razliku od ostalih statusnih postupaka, u ovoj vanparničnoj stvari predviđena je mesna nadležnost svakog stvarno nadležnog suda, te se problem mesne nadležnosti uopšte ne postavlja jer je mesno nadležan svaki osnovni sud kao stvarno nadležan prvostepeni sud.¹⁴ Odredbom o mesnoj nadležnosti zakonodavac je nastojao da olakša pristup sudu tzv. pravno nevidljivim licima jer su predlagači odn. protivnici predlagača lica koja nemaju stalno prebivalište ili boravište, tako da se po tom kriterijumu ne bi mogla odrediti nadležnost suda.

Međutim, u situaciji kad je mesno nadležan svaki osnovni sud i kad postoji veći broj aktivno legitimisanih predlagača, moguće je da dođe do paralelnog vođenja postupka za dokazivanje rođenja jednog lica pred različitim osnovnim sudovima.

Sud, po pravilu, od učesnika u postupku saznaje o tome da li su istovremeno pokrenuti postupci kod različitih sudova. U tom slučaju bilo bi potrebno da vanparnični sud koji je došao do saznanja o tome da je i kod drugog suda pokrenut postupak za dokazivanje rođenja istog lica, u interesu pravne sigurnosti, zastane sa postupkom i da o pokretanju postupka pred drugim sudom, u okviru pravne pomoći, pribavi obaveštenje o tome da li je i kad kod drugog suda eventualno pokrenut isti postupak da bi se primenilo pravilo *forum praeventionis* i obustavio postupak kod nenadležnog suda.¹⁵

Zakonodavac nije posebno predvideo u kom sastavu sudi nadležni vanparnični sud, tako da u tom pogledu važe opšta pravila o sastavu suda. Prema odredbi čl. 17, st. 1 ZVP, nadležan je sudija pojedinac.

13 Zakon o uređenju sudova, *Sl. glasnik RS*, br. 116/08, 104/09, 101/09, 31/11, 78/11, 101/13.

14 Ova odredba, koncipirana u interesu tzv. pravno nevidljivih lica, jer se pošlo od toga da učesnik nema prebivalište ni boravište, pruža mogućnost i za zloupotrebu.

15 Kad je mesno nadležan svaki stvarno nadležan sud, potencijalno je mesno nadležan veći broj sudova. U tom slučaju onaj sud koji je prvi započeo postupak postaje mesno nadležan, dok svi ostali stvarno nadležni sudovi tog časa postaju nenadležni. Dejstvo prve procesne radnje sastoji se u tome što izaziva nenadležnost ostalih sudova koji su bili potencijalno nadležni za postupanje u konkretnoj vanparničnoj pravnoj stvari i sud koji je prvi započeo postupak ostaje mesno nadležan (*forum praeventionis*).

Aktivno procesno legitimisana lica su: lice čije rođenje se dokazuje, svako lice koje ima neposredan pravni interes i organ starateljstva (Stanković et al., 2013: 191).

Lice čije se rođenje dokazuje ima nesumnjiv pravni interes jer se radi o regulisanju njegovog pravnog statusa. Pošto je njegov pravni interes nesumnjiv, lice nije dužno da dokazuje postojanje svog pravnog interesa jer se on pretpostavlja. Dovoljno je da predlagač tvrdi da nije upisan u matične knjige rođenih.

Aktivnu procesnu legitimaciju ima i svako lice koje ima neposredan pravni interes. Ukoliko ovo lice pokreće postupak, ono je dužno da dokaže sudu postojanje svog pravnog interesa. Neposredan pravni interes za dokazivanje rođenja jednog lica mogu da imaju npr. roditelji, deca, srodnici, vanbračni partner, potencijalni naslednici.¹⁶

Organ starateljstva je aktivno procesni legitimisan radi zaštite interesa maloletnih lica ili lica koja uživaju posebnu društvenu zaštitu. Organ starateljstva, kao organ za porodičnopravnu zaštitu, nije dužan da dokazuje postojanje interesa za pokretanje ovog postupka jer on štiti opšti interes.

Ukoliko postupak za utvrđivanje vremena i mesta rođenja pokreće samo lice koje nije upisano u matične knjige rođenih, postupak je jednostranački. Kad postupak pokreću ovlašćeni predlagači, postupak je dvostranački jer je protivnik predlagača lice čije se rođenje utvrđuje (Stanković et al., 2013: 191).

Zakonodavac nije posebno uredio pitanje zastupanja u postupku onih učesnika koji su fizička lica iako je to bilo neophodno s obzirom na princip pravičnog suđenja i prava na pristup sudu. Tzv. pravno nevidljiva lica kao učesnici u postupku, nemaju priznatu pravnu sposobnost koja je pretpostavka za sticanje poslovne sposobnosti, a samim tim i procesne sposobnosti. Međutim, prema odredbi čl. 7 ZVP, fizička lica kao učesnici u vanparničnom postupku, i kad nemaju procesnu sposobnost po samom zakonu, imaju mogućnost da preduzimaju procesne radnje radi zaštite svojih prava i interesa, tako da mogu da imaju i postulacionu sposobnost.

¹⁶ Pravni interes bi mogao da postoji ukoliko npr. dete nije upisano u matične knjige rođenih jer i roditelji pripadaju kategoriji tzv. pravno nevidljivih lica, ili postoji potreba da se u tvrdi postojanje vanbračne veze, da se u tvrdi očinstvo ili materinstvo ili da se ostvari neko imovinsko pravo (Stanković et al., 2013: 191).

Prema noveliranoj odredbi čl. 85 Zakona o parničnom postupku (2011)¹⁷ iz 2014. koja se shodno primenjuje i u vanparničnom postupku, važi princip o slobodnom zastupanju (Stanković, 2013: 251). Prema odredbi navedenog člana, fizičko lice mogu da zastupaju: advokat, supružnik, krvni srodnik u pravoj liniji, brat, sestra i predstavnik službe pravne pomoći jedinice lokalne samouprave koji je diplomirani pravnik sa položenim pravosudnim ispitom (Stanković, 2014: 42)

Učesnici u postupku za dokazivanje rođenja nemaju pravničko obrazovanje da bi u postupku mogli da sami štite svoje interese i vrlo često ne mogu da komuniciraju sa sudom na adekvatan način, ne samo zbog nepoznavanja službenog jezika. Oni najčešće pripadaju kategoriji socijalno ugroženih lica tako da ne mogu da angažuju advokata, kao kvalifikovanog punomoćnika, a pošto još uvek ne postoji delotvoran sistem besplatne pravne pomoći, ne može ih zastupati, u skladu sa odredbama parničnog postupka, ni služba pravne pomoći jedinice lokalne samouprave.¹⁸ Osim toga, ova lica često nemaju žive krvne srodnike koji bi mogli da se jave u ulozi punomoćnika u skladu sa odredbama ZPP (2011). Osim toga, kad organ starateljstva učestvuje u postupku kao predlagač, pravnici ove javne ustanove ne mogu da se jave u ulozi zastupnika protivnika predlagača zbog kolizije interesa.

S druge strane, može se dogoditi i da zainteresovano lice, kao predlagač koji ima pravni interes da se utvrdi vreme i mesto rođenja nekog lica, nije u braku, tako da se njegov supružnik ne može javiti kao njegov potencijalni punomoćnik. Pored toga, na listi potencijalnih punomoćnika navedenih u odredbi čl. 85, st. 2 ZPP, koja se shodno primenjuje, ne nalazi se vanbračni partner, zbog teškoća u dokazivanju ovog statusa, iako je prema odredbama Ustava i Porodičnog zakona (2005) vanbračna zajednica izjednačena sa bračnom.

Problem zastupanja učesnika u postupku, ukoliko postoji potreba za tim, može da bude rešen na dva načina.

Jedan od načina predviđen je odredbama parničnog postupka koja se u vanparničnom postupku shodno primenjuju. S obzirom na to da su učesnici u ovom postupku po samom zakonu (odredba čl. 71i) oslobođeni plaćanja

17 Zakon o parničnom postupku, *Sl. glasnik RS*, 72 /11, 49 /13, 74 /13, 55/14. U daljem tekstu: ZPP (2011).

18 Iz tog razloga su se u praksi, kao zastupnici, javljale razne nevladine organizacije koje su pokretale u ime učesnika ovaj postupak čak i u periodu kad je, prema odredbama ZPP (2011) koje su važile do njegovog noveliranja iz 2014, važio advokatski monopol u zastupanju fizičkih lica.

taksi i drugih troškova postupka, kao i da se troškovi eventualnog veštačenja isplaćuju iz sredstava suda, ispunjeni su po samom zakonu uslovi za postavljanje besplatnog zakonskog zastupnika, kao privremenog zakonskog zastupnika,¹⁹ i sud ga može postaviti na zahtev učesnika²⁰ iz reda advokata.²¹ Troškovi zastupanja u ovom slučaju isplaćuju se iz sudskog budžeta.

Drugi način za rešavanje problema zastupanja predviđen je Uputstvom centrima za socijalni rad za postupanje u postupcima određivanja ličnog imena koje je decembra 2014. donelo Ministarstvo za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja. Prema ovom aktu, centar za socijalni rad je dužan da deci bez roditeljskog staranja odredi privremenog staratelja za vođenje postupka, kao i da je dužan da odredi lična imena i punoletnim osobama kojima nije određeno ime.

Postupak za dokazivanje rođenja pokreće se predlogom. Odredbama ZVP propisana je sadržina predloga kojim se zahteva od suda da utvrdi vreme i mesto rođenja jednog lica (Stanković et al., 2013: 192). Predlog, pored elemenata obavezne sadržine koja je predviđena za svaki podnesak u skladu sa pravilom o shodnoj primeni pravila parnične procedure, mora da sadrži podatke o imenu i prezimenu²² lica čije se rođenje dokazuje, njegovom polu i vremenu i mestu njegovog rođenja ako je poznato. Predlagač je dužan da u predlogu označi i dokaze kojima se te činjenice mogu utvrditi ili učiniti verovatnim.²³ Ako postoje, u predlogu za utvrđivanje vremena i mesta rođenja treba da budu navedene i druge činjenice koje mogu olakšati sudu da utvrdi vreme i mesto rođenja. To su

19 U ovom postupku u ispunjeni su uslovi za postavljanje privremenog zakonskog zastupnika iz odredbe čl. 81 ZPP (2011) koja se shodno primenjuje jer učesnik nije procesno sposoban pošto mu nije priznat subjektivitet i nema zakonskog zastupnika.

20 Problem može da predstavlja okolnost da je učesnik neuka stranka, a da sudija, da sudski budžet ne bi bio preopterećen, propusti da pouči učesnika o njegovom elementarnom ljudskom pravu – pravu na pravično suđenje iz koga proizlazi i pravo na besplatno zastupanje.

21 Ovaj način zastupanja je posebno pogodan u situaciji kad je organ starateljstva učesnik koji je pokrenuo postupak.

22 U predlogu u se, u stvari, označava ime i prezime kojim se učesnik služi u svakodnevnom životu iako ono nije upisano u matične knjige rođenih.

23 U postupku za dokazivanje rođenja ne mogu se na nesumnjiv način utvrditi vreme i mesto rođenja jer oni često nisu poznati. U tom slučaju vreme i mesto rođenja se samo posrednim putem mogu utvrditi i tako učiniti verovatnim i iz tog razloga zakonodavac je predvideo da se u predlogu označavaju dokazi kojima se činjenice koje se odnose na vreme i mesto rođenja mogu učiniti verovatnim.

podaci o roditeljima i drugim bliskim srođnicima lica čije se rođenje dokazuje, školovanju, zaposlenju, promeni boravišta i sl.

Predlog za utvrđivanje vremena i mesta rođenja koji nije podnelo lice čije se rođenje dokazuje mora da sadrži činjenice iz kojih proizlazi da predlagač ima pravni interes da pokrene postupak za utvrđivanje vremena i mesta rođenja. Predlagač je dužan i da ponudi dokaze koji se odnose na postojanje neposrednog pravnog interesa (Stanković et al., 2013: 192).

Zakonodavac je u pogledu dokazne snage dokaza koje predlagač nudi sudu u ovom postupku predvideo niži stepen izvesnosti jer je propisao blaže uslove u pogledu kvaliteta ponuđenih dokaza. Dokazima koji se nude, s obzirom na samu pravnu stvar, ne može se sa punom izvesnošću dokazati rođenje, odn. vreme i mesto rođenja. U postupku se dokazuje rođenje jednog lica za koje o samoj činjenici rođenja nema dokaza koji su predviđeni zakonom. Iz tog razloga predlagač treba da ponudi dokaze kojima sud može da utvrdi da činjenica rođenja koja se dokazuje nije nesumnjivo istinita već samo verovatna.

U postupku za dokazivanje rođenja dopuštena je subjektivna i objektivna kumulacija iz razloga procesne ekonomije. Ovakva mogućnost je posledica shodne primene pravila ZPP, koji dopušta da više lica istovremeno pokrene postupak i zatraži pravnu zaštitu. U ovom postupku postoji mogućnost podnošenja zajedničkog predloga više lica koja su u srodstvu i koja imaju potrebu da im se utvrdi vreme i mesto rođenja i koji ističu svoje zahteve u zajedničkom predlogu. To praktično znači da članovi jedne porodice koji nisu upisani u matične knjige rođenih mogu zajedničkim predlogom da pokrenu ovaj postupak. Na taj način se može rešiti problem upisa u matičnu knjigu rođenih za više lica.

Sud kome je podnet predlog za utvrđivanje vremena i mesta rođenja najpre ispituje da li je predlog formalno uredan.²⁴ Ukoliko je predlog uredan,

24 Predlog je formalno neuredan npr. ukoliko je predlagač koji ima pravni interes da se dokaže nečije rođenje u predlogu samo naveo ime i prezime protivnika predlagača koji nije upisan u matične knjige rođenih. U tom slučaju se očigledno radi o tome da je predlagač neuka stranka te takav predlog valja vratiti na ispravku i dopunu. Osim toga, takav predlog ne sadrži potrebne informacije i sud ne može da postupa i da zatraži informacije od organa koji su određeni zakonom. Ukoliko nije navedena adresa protivnika predlagača, otežano je i praktično onemogućeno dostavljanje. Sud u tom slučaju niti može da izvrši dostavljanje, niti može da, u skladu sa pravilom o shodnoj primeni pravila parnične procedure, sam pribavi adresu protivnika predlagača. Pošto se radi o licu koje nije upisano u matične knjige rođenih, ono se ne vodi u službenim evidencijama i sud ne može po službenoj dužnosti da od nadležnog

sud je dužan je sprovede prethodne izviđaje u okviru važenja istražnog načela. Sud je dužan da po službenoj dužnosti proveri određene činjenice koje se odnose na eventualni upis lica čije se rođenje dokazuje u matične knjige rođenih ili umrlih i da prikupi dokaze koji se odnose na vreme i mesto njegovog rođenja ukoliko oni postoje u javnim evidencijama građana.

Ukoliko je predlog formalno uredan, sud je dužan da donese rešenje kojim će naložiti ministarstvu nadležnom za unutrašnje poslove i matičarima na čijem je području boravilo lice čije se rođenje dokazuje da provere da li u njihovim evidencijama postoje podaci o vremenu i mestu rođenja lica čije se rođenje dokazuje i da o tome dostave izveštaj sudu u roku koji ne može biti duži od 30 dana. Sud može da naloži i drugim organima i ustanovama koje vode evidencije o fizičkim licima da mu pruže potrebna obaveštenja. Ako sudu ne bude dostavljen izveštaj u ostavljenom roku, smatra se da o licu čije se rođenje dokazuje nema podataka u evidencijama organa kojima je naloženo da izvrše proveru.

Ukoliko ima nagoveštaja da je lice čije se rođenje dokazuje imalo boravište u stranoj državi,²⁵ sud donosi rešenje o zastajanju sa postupkom dok ne pribavi potrebna obaveštenja od nadležnih organa strane države u skladu s pravilima o međunarodnoj pravnoj pomoći.

U postupku za dokazivanje rođenja, po prirodi stvari, sud je dužan da obavezno zakaže ročište radi raspravljanja o predlogu čim primi izveštaj nadležnih organa, odn. kad protekne rok za dostavljanje traženih izveštaja. Sud na ročište poziva, zavisno od situacije ko je predlagač, predlagača i lice čije se rođenje dokazuje. Poziv za ročište može da bude upućen i prevodiocu i tumaču ukoliko lice prema kome se postupak vodi ne poznaje službeni jezik suda ili se služi znakovnim jezikom u skladu sa pravilom o shodnoj primeni pravila ZPP (2011).

Na ročištu se, pošto se izjasne učesnici, izvode dokazi tako što se čitaju pribavljene isprave, saslušavaju svedoci i predlagač i, po

organa pribavi adresu prebivališta ili boravišta učesnika kome predlog treba dostaviti po pravilima o ličnom dostavljanju. U praksi se često, umesto da se podnesak vrati na ispravku i dopunu, pošto se radi o neukim učesnicima, zakazuje ročište iako to nije predviđeno zakonom, da bi se podnesak ispravio i dopunio neophodnim podacima ili saznala adresa na koju treba izvršiti dostavljanje. Ovakav postupak suda nesumnjivo odugovlači postupak i sprečava da se on odvija u razumnom roku, ali, s druge strane, predstavlja vid zaštitničke pomoći koja je karakteristična za vanparničnu proceduru.

25 Ovo je posebno značajno zbog činjenice da pojedine države Evropske unije (kao što je npr. bio slučaj sa Francuskom), proteruju sa svoje teritorije Rome iako su oni rođeni i živeli u toj državi.

potrebi, izvodi dokaz veštačenjem. Pošto je predmet postupka značajno statusno pitanje koje se tiče ličnog statusa, da ne bi došlo do eventualne zloupotrebe, predviđeno je neposredno izvođenje dokaza na samoj usmenoj raspravi.²⁶

Prema odredbama ZVP sud je dužan da u postupku sasluša najmanje dva punoletna svedoka čiji identitet utvrđuje uvidom u javnu ispravu s fotografijom.²⁷ Zakonodavac je postavio minimalne uslove koji se odnose na svedoke i u pogledu broja svedoka koje sud treba da sasluša. U pogledu uslova koje svedok treba da ispuni, zakonodavac predviđa samo punoletstvo²⁸ i da je sud na nesumnjiv način utvrdio njegov identitet uvidom u javnu ispravu s fotografijom tog lica. Državljanstvo svedoka, njegovo prebivalište ili nepoznavanje jezika na kome se postupak vodi nema uticaja na njegovu sposobnost za svedočenje.

U pogledu broja svedoka koje sud treba da sasluša, zakonodavac je predvideo minimalan broj svedoka²⁹ koji treba da posvedoče o vremenu i mestu rođenja lica čije se rođenje dokazuje. Na taj način on nije ograničio ukupan broj svedoka koji mogu da svedoče o bitnim činjenicama.

Da bi jedno lice bilo svedok, iako to zakonom nije izričito predviđeno, ono mora da bude potpuno poslovno sposobno. Može se dogoditi da je predlagač predložio kao svedoka lice koje je lišeno poslovne sposobnosti, potpuno ili delimično, ili lica nad kojim je produženo roditeljsko pravo. Zakonodavac je, međutim, pošao od pretpostavke da punoletno lice ima opštu poslovnu sposobnost. Zakon, isto tako, ne zahteva da svedok bude lice koje uživa javno poverenje. Međutim, može se dogoditi da se kao svedok javlja lice koje je ranije bilo osuđeno zbog

26 Zakonodavac je predvideo neposredno saslušanje svedoka i odredio način samog izvođenja dokaza. To znači da je u ovom postupku isključeno izvođenje dokaza čitanjem overene pisane izjave jednog lica koja zamenjuje usmeno svedočenje svedoka (Stanković.2013: 452). Isprave koje predstavljaju su rogat svedočenja pred sudom, koje inače predviđaju pravila parničnog postupaka, umesto svedokovog iskaza na zapisnik, bez obzira što se na brz i pogodan način mogu izvesti, u ovom postupku nisu dozvoljene iako zakonodavac u ovom postupku predviđa blaže uslove u pogledu dokaza kojima se u tvrđuje verovatnost činjenica.

27 U ovom postupku zakonodavac je odstupio od načela o slobodnoj oceni dokaza i predvideo je koje dokaze sud mora da izvede da bi utvrdio pravno relevantne činjenice.

28 Zakonodavac je na taj način isključio mogućnost da se kao svedoci nađu maloletna lica. Među tim, kao svedoci se mog u javiti lica koja s u stek la opšt u pos lovnu sposobnost emancipacijom.

29 Pošto je u ovom postupku sud dužan da sasluša najmanje dva svedoka, propust suda u tom pogledu predstavlja povredu postupka koja ima bitni značaj.

krivičnog dela davanja lažnog iskaza ili da se u ulozi predloženog svedoka nađe lice koje se uz nagradu bavi svedočenjem. U tom slučaju sud je dužan da uskrati svedočenje takvom licu.

Iako zakonodavac u odredbi st. 2 ovog člana predviđa da svedok treba da svedoči o vremenu i mestu rođenja lica čije se rođenje dokazuje, svedok u postupku za dokazivanje rođenja, kao dokazno sredstvo, ima dvostruku ulogu. S jedne strane, on svedoči o identitetu lica čije se rođenje dokazuje, a s druge, on svedoči o vremenu i mestu rođenja lica čije se rođenje dokazuje. Srodstvo ili vanbračni odnos nije smetnja za svedočenje. U ulozi svedoka može da se javi vanbračni partner, roditelj, dete ili drugi srodnik lica čije se rođenje dokazuje. Svedoci koji svedoče u postupku dokazivanja rođenja o vremenu i mestu rođenja ne mora nužno da budu i lica koja su prisustvovala rođenju lica čije se rođenje dokazuje u postupku. Sam predlagač u ovom postupku može da bude saslušan kao stranka. Zakonodavac je predvideo da sud može da odredi i veštačenje³⁰ kao dokazno sredstvo – da lekar odgovarajuće specijalnosti³¹ pregleda lice čije se rođenje dokazuje i dâ nalaz i mišljenje o njegovoj starosti. Iako zakonodavac kaže da sud može da odredi veštačenje, sud je ipak dužan da ga odredi po službenoj dužnosti uvek kad postoji sumnja u pogledu starosti lica čije se rođenje dokazuje. Lekar koga sud određuje rešenjem o izvođenju dokaza veštačenjem treba da bude upisan u registar sudskih veštaka za određenu oblast veštačenja.

Kad zaključi raspravu, sud donosi odluku na osnovu rezultata sprovedenog postupka kojom usvaja zahtev za utvrđivanje vremena i mesta rođenja lica čije se rođenje dokazuje ili odbija zahtev.

Rešenje kojim sud utvrđuje vreme i mesto rođenja mora da ima sadržinu koja je predviđena zakonom. Ono mora da sadrži: ime i prezime lica čije se rođenje dokazuje, njegov pol, dan, mesec, godinu i čas rođenja, mesto rođenja, kao i podatke o njegovim roditeljima ako su poznati.³² Sadržina rešenja

30 Zakonodavac nije izričito predvideo mogućnost da samo lice čije se rođenje dokazuje pre određivanja veštačenja predloži ličnost veštaka ili da sud omogućí da se ono izjasni u pogledu ličnosti veštaka iako bi i ovakvo zakonsko rešenje i potez suda bilo u skladu sa pravom na pravično suđenje i u skladu sa osnovnim principom o poštovanju ljudskih prava.

31 Termin „lekar odgovarajuće specijalnosti“ nije precizno određen i to može da izazove određene probleme u sudskoj praksi. Utvrđivanje starosti mogu da vrše pedijatri, ukoliko se radi o deci, ili gerontolozi, ukoliko se radi o starim licima, a to mogu da rade i specijaliste sudske medicine.

32 Ukoliko nema podataka o roditeljima, učesnik kasnije neće moći da zatraži da bude upisan u državljanstvo Republike Srbije po poreklu.

koje sud donosi u skladu je sa odredbama Zakona o matičnim knjigama. Rešenje mora da sadrži one podatke koji se upisuju u matičnu knjigu rođenih.

Ukoliko sud u toku postupka nije pouzdano mogao da utvrdi vreme i mesto rođenja, zakonodavac je posebnom odredbom propisao pravila na koji način sud treba da postupi (odredbe (čl. 71e i 71ž)).

Po svojoj pravnoj prirodi rešenje ima deklarativni karakter jer se njime utvrđuju činjenice koje su bitne za pravni status i utvrđivanje identiteta jednog lica. Rešenje ima konstitutivno dejstvo jer se na osnovu ovog rešenja reguliše pravni status lica čije je rođenje utvrđeno. Na osnovu ovog rešenja i izvršenog upisa lica čije je rođenje dokazano može da dokaže svoj pravni subjektivitet.

Postupak za dokazivanje rođenja je statusni postupak i iz tog razloga je hitan. Sud je dužan da sprovede postupak i odluči u roku od 90 dana od dana podnošenja predloga. Rok u kome sud treba da odluči može biti produžen najviše za 60 dana samo ako je bilo doneto rešenje o zastajanju sa postupkom zato što su postojali nagoveštaji da je lice čije se rođenje dokazuje imalo boravište u stranoj državi.

Protiv rešenja o vremenu i mestu rođenja može se izjaviti žalba. Žalbu mogu da izjave samo učesnici – predlagač i protivnik predlagača ukoliko imaju interes za izjavljivanje žalbe.

Ukoliko sud usvoji zahtev za utvrđivanje vremena i mesta rođenja, pošto je postupak jednostranački, onda nema nikoga ko bi mogao da izjavi žalbu na takvu odluku suda, osim predlagača koji nema pravni interes za izjavljivanje žalbe. Samo ako je sud odbio zahtev za utvrđivanje vremena i mesta rođenja, predlagač ima pravo da izjavi žalbu. Ukoliko je postupak za dokazivanje smrti bio dvostranački, nezadovoljni učesnik sudskom odlukom ima pravo na pravni lek.

Žalba se može izjaviti u roku od osam dana od dana dostavljanja. Rok u kome se žalba može izjaviti je kraći u odnosi na rok za izjavljivanje žalbe prema opštim pravilima vanparnične procedure. Rok za žalbu je zakonski i prekluzivni.

Za odlučivanje po žalbi nadležno je veće višeg suda. Drugostepeni sud je dužan da o žalbi odluči u roku od 30 dana od dana kada mu je žalba dostavljena. Pošto se radi o statusnom postupku, potrebno je da drugostepeni sud hitno odluči.

U postupku za utvrđivanje vremena i mesta rođenja predlagač je oslobođen plaćanja taksa i drugih troškova postupka, a troškovi veštačenja u tom postupku isplaćuju se iz sredstava suda. Ovakvo zakonsko rešenje je posledica načela socijalne zaštite i prava na pristup sudu.

Pravnosnažno rešenje prvostepeni sud je dužan da dostavi učesnicima. Pošto se naknadni upis činjenice rođenja vrši na osnovu sudske odluke, prvostepeni sud je dužan da pravnosnažno rešenje o vremenu i mestu rođenja dostavi i nadležnom matičaru u roku od osam dana od dana pravnosnažnosti, radi upisa činjenice rođenja u matičnu knjigu rođenih.

Nadležni matičar po službenoj dužnosti vrši upis činjenice rođenja u matične knjige rođenih.

Pravnosnažno rešenje kojim je utvrđeno vreme i mesto rođenja ne utiče na pravo ovlašćenih lica da u drugom postupku utvrđuju porodični status lica čije je rođenje dokazano. Osim toga, ni organ koji je nadležan da sprovede postupak za sticanje državljanstva Republike Srbije nije vezan pravnosnažnim rešenjem o vremenu i mestu rođenja. Ovom odredbom zakonodavac je eliminisao mogućnost da ovaj postupak bude zloupotrebljen u cilju sticanja državljanstva.

4. Kratak osvrt na dosadašnju sudsku praksu

U relativno kratkom periodu praktične primene postupka za dokazivanje rođenja, i pored pokrenutih postupaka za dokazivanje rođenja,³³ nema podataka koji se odnose na probleme u praktičnoj primeni ove procedure u publikacijama koje objavljuju sudsku praksu.

U ovim pravnim stvarima postupak se okončava ili rešenjem kojim se obustavlja postupak ili meritornim rešenjem kojim se usvaja predlog.³⁴

U najvećem broju slučajeva, sud usvaja predlog. Treba primetiti da će Uputstvo resornog ministarstva o postupanju organa starateljstva prilikom naknadnog upisa ličnog imena maloletnih i punoletnih lica iz decembra 2014. znatno da poboljša pravni položaj tzv. pravno nevidljivig lica i da im olakša put ka sticanju pravnog subjektiviteta, što će u određenoj meri doprineti smanjenju broja pokrenutih postupaka.

33 Prema podacima koji su se povremeno pojavljivali u sredstvima javnog informisanja, u prvoj godini primene ove vanparnične procedure bilo je pokrenuto oko dve stotine postupaka. Posebno je bio veliki broj postupaka na području glavnog grada.

34 Do ovih saznanja autor je došao u razgovorima koje je vodio sa pojedinim sudijama koji postupaju u ovim pravnim stvarima. Autor je posebno zahvalan sudiji dr Mileni Trgovčević Prokić, predsednik u vanparničnog odeljenja i sudske prakse Prvog osnovnog suda u Beogradu na pruženim informacijama.

Postupak se najčešće obustavlja zbog smrti predlagača. U pojedinim vanparničnim stvarima, međutim, postupak se obustavlja zbog povlačenja predloga jer su svedoci koji nešto znaju o činjenici rođenja jednog lica ili umrli ili se ne odazivaju na poziv suda.

U manjem broju slučajeva predlog za utvrđivanje vremena i mesta rođenja je odbijen jer se radilo o licima koja su bila upisana u matične knjige rođenih koje su vođene za AP KiM.

Okolnost da se u najvećem broju slučajeva usvaja predlog u ovom postupku dovodi do toga da se izjavljuje samo mali broj žalbi, te je i to razlog što nema publikovanih odluka u publikacijama koje objavljuju sudsku praksu.

Evidentno je da postoji problem zastupanja učesnika koji su fizička lica, posebno zbog činjenice da još uvek nije na zadovoljavajući način uređeno pružanje besplatne pravne pomoći. U praksi su česte situacije da nevladine organizacije, umesto organa starateljstva, u ime lica koja nisu regulisala iz različitih razloga svoj lični status pokreću postupak za dokazivanje rođenja i zastupaju ih u postupku, iako na to nemaju pravo prema odredbama ZPP (2011) i da to najčešće čine da bi ova lica stekla državljanstvo Republike Srbije (Izveštaj zaštitnika prava građana, 2012).³⁵

Od vremena kad je normativno regulisan postupak za dokazivanje rođenja (avgust 2012) do noveliranja ZPP (2011) u maju 2014, nevladine organizacije nisu mogle da zastupaju učesnike u ovom postupku jer je tada važio princip o advokatskom monopolu.³⁶ Prema odredbama noveliranog ZPP (2011) iz 2014. fizička lica mogu da zastupaju, pored supružnika i zakonom određenog kruga srodnika, isključivo advokati, bez obzira da li se advokaturom bave individualno, u zajedničkoj advokatskoj kancelariji ili u advokatskom ortačkom društvu (Stanković, Mandić. 2013: 200) i predstavnici službe pravne pomoći jedinice lokalne samouprave koji su diplomirani pravnici sa položenim pravosudnim ispitom. Na listi potencijalnih punomoćnika fizičkih lica ne nalaze se nevladine organizacije.

35 U pojedinim sudskim postupcima, organ starateljstva, koji nije, kao predlagač, pokrenuo postupak, ali je u skladu sa odredbama ZVP obavešten o ovom statusnom postupku, sam obaveštava pojedine nevladine organizacije i poziva ih da zastupaju učesnika.

36 U publikovanoj upravnosudskoj praksi ima slučajeva da je u vreme važenja odredbe čl. 85 ZPP (2011) pre njene izmene iz 2014. Upravni sud uskraćivao pravo nevladinim organizacijama da zastupaju stranke u postupku u skladu sa pravilom o shodnoj primeni pravila ZPP (2011).

Poseban problem koji je evidentiran u sudskoj praksi predstavljaju slučajevi kad se u ulozi učesnika javljaju lica koja tvrde da su raseljena iz Autonomne pokrajine Kosovo i Metohija i koja tvrde da su bila upisana u matične knjige rođenih ali da su ove knjige prilikom agresije NATO pakta uništene i da, pošto nemaju lična dokumenta, ne mogu da izvrše upis u obnovljene matične knjige.

5. Zaključno razmatranje

Poseban vanparnični statusni postupak za utvrđivanje vremena i mesta rođenja onih fizičkih lica koja nisu upisana u matične knjige rođenih omogućava upis u matične knjige na osnovu sudske odluke i sticanje ličnog statusa i predstavlja prvi korak u zaštiti posebne kategorije lica koja imaju potrebu za ovim vidom pravne zaštite u cilju sprečavanja njihove diskriminacije.

Literatura

Benmansur, J. (2011). Zaštita podataka o ličnosti i matične knjige. U S. Nogo (Ur). *Zaštita ljudskih prava i sloboda u vreme ekonomske krize* (str. 431–422). Tara: Udruženje za međunarodno krivično pravo

Zakon o vanparničnom postupku. *Sl. glasnik SRS*. Br. 25 (1982) i 48(1988), *Službeni glasnik RS*. Br. 46 (1995) – dr. zakon, 18 (2005) – dr. zakon, 85 (2012) i 45 (2013) – dr. zakon, 55 (2014), 6 (2015).

Zakon o matičnim knjigama. *Sl. glasnik RS*. Br. 20 (2009), 25 (2011), 145(2014)

Zakon o parničnom postupku. *Sl. glasnik RS*. Br. 72 (2011), 49 (2013), 74 (2013), 55 (2014)

Zakon o uređenju sudova, *Sl. glasnik RS*, Br. 116 (2008), 104(2009), 101(2009), 31(2011),78(2011), 101(2013).

Zaštitnik prava građana, *Izveštaj o položaju pravno nevidljivih lica u Republici Srbiji*, Beograd, 2012.

Konvencija o pravima deteta (1989). *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*. Br.15 (1990), *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, 7/02.

Ministarstvo za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja, *Uputstvo centrima za socijalni rad*. Br. 551-00-00051/2014-14 od 10. 12. 2014. Beograd, 2014.

Porodični zakon. *Sl. glasnik RS*. Br.18 (2005), 6 (2015)

Stanković, G., (2013). *Građansko procesno pravo, knjiga prva, Parnično procesno pravo*, Beograd: Megatrend

Stanković, G., Mandić, Lj., (2013). *Vanparnično procesno pravo*, Kosovska Mitrovica: „Sven“ – Niš

Stanković, G., Mandić, Lj., (2013). *Organizaciono građansko procesno pravo*. Kosovska Mitrovica: “Sven” – Niš

Stanković, G., (2014). *Zakon o vanparničnom postupku, Objašnjenja, tumačenja i stvarni registar*, peto izdanje, Beograd: Službeni glasnik

Stanković, G., (2014). *Zakon o parničnom postupku, Objašnjenja, tumačenja i stvarni registar*, peto izdanje, Beograd: Službeni glasnik

Uputstvo o vođenju matičnih knjiga i obrascima matičnih knjiga. *Sl. glasnik RS*. Br. 109 (2009), 4(2010), 10(2010)

Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, Br. 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.

POSTUPAK ZA LIŠENJE POSLOVNE SPOSOBNOSTI U PRAVU SRBIJE U KONTEKSTU MEĐUNARODNIH STANDARDA O PRAVIMA OSOBA SA INVALIDITETOM**

Apstrakt: U radu je analiziran novelirani postupak za lišenje poslovne sposobnosti u svetlu savremenih međunarodnih standarda o zaštiti prava osoba sa invaliditetom. Elaborirana su najvažnija zakonska rešenja kojima je ovaj poseban vanparnični postupak redizajniran, u kontekstu zakonskih uslova pod kojima osoba može u potpunosti ili delimično biti lišena poslovne sposobnosti. Polazeći od nove paradigme jednakosti osoba sa invaliditetom, u radu je ukazano na odstupanja od visokih pravozaštitnih postulata koje postupak za lišenje poslovne sposobnosti treba da zadovolji, imajući u vidu delikatnu prirodu predmeta odlučivanja.

Cljučne reči: osobe sa invaliditetom, lišenje poslovne sposobnosti, vanparnični postupak za lišenje poslovne sposobnosti.

1. Uvodna razmatranja

U Srbiji, kao i u drugim delovima sveta, mentalno zdravlje ima trend pogoršanja,¹ čemu doprinose višegodišnji kumulirani stres uzrokovan

*nevena@prafak.ni.ac.rs

** Rad je rezultat istraživanja na projektu „Usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske unije“, koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, u periodu 2013–2018. godine.

1 Prema istraživanju koje je 2004. godine sprovedla Svetska zdravstvena organizacija na uzorku od 60.000 odraslih osoba u 14 zemalja sveta, 9–17% ispitanika imalo je neku epizodu mentalnog poremećaja u protekloj godini, svaka četvrta osoba u nekom periodu svog života biva pogođena nekim mentalnim problemom, a očekuje se da će do 2020. godine na globalnom nivou depresija biti drugi uzrok ukupnog obolevanja i jedan od vodećih problema javnog zdravlja. Retrieved 15 September 2015 from <http://www.wfmh.org>.

ekonomskom krizom, ratovima u regionu, sankcijama, kao i siromaštvo, socijalno isključivanje i konstantna nesigurnost.² Veliki je i broj osoba sa fizičkim, senzornim, intelektualnim ili psihosocijalnim invaliditetom dugoročnog ili prolaznog karaktera, koji u interakciji sa različitim preprekama ometa njihovo puno i efikasno učešće u društvu ravnopravno sa drugima.

U potrazi za adekvatnim odgovorom na probleme sa kojima se suočavaju osobe sa invaliditetom (OSI), države poslednjih godina sprovode opsežne reforme u različitim pravnim oblastima.³ Tome podsticaj daju brojni međunarodni dokumenti, koji državama pružaju jasan putokaz za poboljšanje položaja OSI i zaštite njihovih ljudskih prava. Na univerzalnom planu poseban značaj ima *Konvencija UN o pravima osoba sa invaliditetom*, sa pratećim *Fakultativnim protokolom* iz 2006. godine⁴, koja promoviše socijalni model invalidnosti zanovan na ljudskim pravima⁵ i u potpunosti menja paradigmu u pristupu osobama sa invaliditetom: osobe sa invaliditetom ne sagledavaju se kao „objekti zaštite“, već kao „subjekti prava“, a od država se očekuje da uklone prepreke koje ih onemogućavaju u uživanju prava. Time se u društvenom tretmanu OSI pravi otklon u

2 Strategija razvoja zaštite mentalnog zdravlja, 2007. god. Retrieved 15 September 2015 from <http://www.zdravlje.gov.rs/tmpmz-admin/downloads/zakoni1/Strategija%20Razvoja%20Zastite%20Mentalnog%20Zdravlja.pdf>

3 Poslednjih godina reforme su naročito intenzivne u oblasti zaštite osoba sa problemima mentalnog zdravlja. Za države EU, videti: *Involuntary placement and involuntary treatment of persons with mental health problems*, FR A, 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>. Nove zakone o zaštiti osoba sa mentalnim smetnjama donele su Hrvatska, Makedonija, Bosna i Hercegovina, Crna Gora i Slovenija.

4 Convention on the Rights of Persons with Disabilities, usvojena na zasedanju Generalne skupštine 13. decembra 2006. Srbija je potvrdila ovu Konvenciju 2009. godine, zajedno sa Fakultativnim protokolom uz ovu Konvenciju. ("Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori", br. 42/2009). O procesu donošenja Konvencije i njenom značaju (Tatić: 2004: 57).

5 Najjednostavnije rečeno, socijalni model invalidnosti podrazumeva da se invaliditet posmatra u odnosu na način kako je društvo organizovano, a ne u odnosu na nečije oštećenje ili različitost. Potrebno je ukloniti prepreke koje ograničavaju životne izbore osoba sa invaliditetom, a kada se one uklone, OSI postaju samostalne i jednake u društvu. Socijalni model invalidnosti snažno promovišu i ranije usvojeni dokumenti iz kruga tzv. mekog prava: Principles for the Protection of Persons with Mental Illnesses and the Improvement of Mental Health Care od 19. Decembra 1991, U.N. Doc. A/46/49 (1991), Annex (188 – 92), U.N. Doc. A/46/49 i 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. Šire (Rosenthal, E. Rubenstein, S. L. 2003: 257).

odnosu na medicinski model i model socijalne pomoći (dobrobiti), koji su vladajući u većini sistema (Marković, 2012: 68; Beker: 2014: 12). Kada je u pitanju poslovna sposobnost, Konvencija je zasnovana na stavu da je ona ljudsko pravo koje pripada svima, što zahteva potpuno ukidanje instituta lišenja poslovne sposobnosti i njegovu zamenu mehanizmima koji se zasnivaju na pružanju podrške u ostvarivanju poslovne sposobnosti, koju u punoj meri kontroliše sama osoba sa invaliditetom (Dhanda, 2014: 42). Osnovno polazište je da OSI ostvaruju poslovnu sposobnost ravnopravno sa drugima u svim aspektima života a, ukoliko postoje životne situacije u kojima im je potrebna podrška, država je u obavezi da im podršku obezbedi, što podrazumeva da umesto tzv. *zamenskog odlučivanja* obezbedi *donošenje odluka uz podršku*.⁶ Mera za ostvarivanje poslovne sposobnosti obezbeđuje da se poštuju prava, volja i prioriteti konkretne osobe, spreče sukob interesa i neprimereni uticaji, a eventualna ograničenja moraju biti proporcionalna, oročena i biti predmet redovnog preispitivanja u postupku pred sudom ili drugim nezavisnim telom.⁷

U okrilju Saveta Evrope usvojena je, pored Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda iz 1955. god.⁸, i Revidirana evropska socijalna povelja⁹, kojom je predviđeno da „osobe sa invaliditetom imaju pravo na nezavisnost, socijalnu integraciju i puno učešće u životu društvene zajednice”¹⁰, kao nekoliko preporuka direktno usmerenih na zaštitu ljudskih prava i dostojanstva osoba sa mentalnim i psihosocijalnim invaliditetom¹¹.

6 Šire o uporednopravnim modelima donošenja odluka u z podršku (*Poslovna sposobnost kao ljudsko pravo – vodič kroz domaću praksu i moguće alternative starateljstvu*; 2012, 21–42).

7 Čl. 12 Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom. Šire: Ćirić Milovanović, Šimoković, 2012: 2–11; Beker, 2014: 11).

8 Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (“Službeni list SCG – Međunarodni ugovori”, br. 9/2003 od 26. 12. 2003. godine). Republika Srbija je Konvenciju preuzela kao pravni sukcesor državne zajednice Srbija i Crna Gora.

9 Zakon o potvrđivanju Revidirane evropske socijalne povelje (“Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori”, br. 42/2009).

10 Čl. 15 Revidirane evropske socijalne povelje.

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

Sa izvesnim zakašnjenjem, Srbija se priključila državama koje su reformisale svoje sisteme zaštite OSI. Usvojena je *Strategija unapređenja položaja osoba sa invaliditetom u Republici Srbiji (2007–2015)*, a doneti su *Zakon o suzbijanju diskriminacije osoba sa invaliditetom iz 2006. god.*¹², *Zakon o zabrani diskriminacije iz 2009. god.*¹³, *Zakon o zapošljavanju i profesionalnoj rehabilitaciji osoba sa invaliditetom*¹⁴ i drugi propisi.¹⁵ Kada je reč o zaštiti prava osoba sa intelektualnim i psihosocijalnim invaliditetom, doneta su dva zakona kojima je unapređen položaj ovih osoba. Najpre je 2013. god. usvojen *Zakon o zaštiti prava lica sa mentalnim smetnjama*¹⁶, kojim je, pored ostalog, reformisana dobrovoljna i prinudna hospitalizacija osoba sa mentalnim smetnjama (Petrušić, 2013: 323–344), da bi naredne, 2014. god. bio usvojen *Zakon o izmenama i dopunama*

No. 1235 (1994) on psychiatry and human rights. Retrieved 15 September 2015 from <http://www.coe.int>.

12 Ovim zakonom prvi put je utvrđena sveobuhvatna definicija osoba sa invaliditetom u skladu sa socijalnim modelom invalidnosti. U čl. 3, st. 1 propisano je da su osobe invaliditetom „osobe sa urođenom ili stečenom fizičkom, senzornom, intelektualnom ili emocionalnom onesposobljenošću koje usled društvenih ili drugih prepreka nemaju mogućnosti ili imaju ograničene mogućnosti da se uključe u aktivnosti društva na istom nivou sa drugima, bez obzira na to da li mogu da ostvaruju pomenute aktivnosti uz upotrebu tehničkih pomagala ili službi podrške“.

13 „Sl. glasnik RS“, br. 22/2009.

14 „Službeni glasnik RS“, broj 36/09.

15 O pravnom okviru zaštite prava osoba sa invaliditetom, šire: Poseban izveštaj o diskriminaciji osoba sa invaliditetom, Poverenik za zaštitu ravnopravnosti, Beograd, 2013. Retrieved 15 September 2015 from <http://www.ravnopravnost.gov.rs/sr/izve%C5%A1taji>.

16 “Sl. glasnik RS“, br. 45/13. Prema navodima iz Obrazloženja, cilj ovog zakona bio je da uspostavi adekvatan sistem zaštite mentalnog zdravlja, da promoviše ljudska prava i nediskriminaciju osoba sa mentalnim smetnjama i podstakne njihovo veće socijalno uključivanje. Zakon je, takođe, usmeren na stvaranje uslova za primenu savremenog pristupa u lečenju, koje se sprovodi u najmanje restriktivnom okruženju, što podrazumeva razvijanje adekvatnih vanbolničkih programa lečenja u zajednici i postepenu deinstucionalizaciju i zatvaranje psihijatrijskih ustanova azilantskog tipa u kojima su uslovi života alarmantni. Šire: Nacionalni mehanizam za prevenciju torture, Izveštaj za 2012. godinu, Zaštitnik građana, Beograd, 2013, str. 27, Retrieved 15 September 2015 from http://www.ombudsman.rs/attachments/2902izvestaj%20NPM_%202012.pdf). Videti i: Ljudska prava u Srbiji, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2013, str. 78–87. Retrieved 15 September 2015 from http://www.bgcentar.org.rs/images/stories/Datoteke/Ljudska_prava_u_Srbiji_2012.pdf.

*Zakona o vanparničnom postupku*¹⁷, kojim je noveliran postupak za lišenje poslovne sposobnosti.

Ovaj rad posvećen je novim zakonskim rešenjima kojima je redizajniran postupak za lišenje poslovne sposobnosti. U nemogućnosti da se u radu ovakve vrste celovito analizira ovaj postupak, ukazaću samo na najvažnije izmene i na ona zakonska rešenja koja je zakonodavac propustio da uskladi sa pravozaštitnim postulatima koji se ispunjenje očekuje u ovoj specifičnoj oblasti civilne procedure. Da bi se pravilno ocenio kvalitet procesnih pravila, koja su instrumentalne prirode, u prvom delu rada ukratko sam izložila razloge za lišenje poslovne sposobnosti u kontekstu novih međunarodnih standarda uspostavljenih Konvencijom o pravima osoba sa invaliditetom, dok je drugi deo rada posvećen procesnim rešenjima.

2. Razlozi za lišenje poslovne sposobnosti

Uprkos tome što je Srbija ratifikovala Konvenciju o pravima osoba sa invaliditetom i obavezala se da svoje zakonodavstvo uskladi sa konvencijskim standardima, u srpskom pravu i dalje postoji potpuno i delimično lišenje poslovne sposobnosti.¹⁸

Prema čl. 146, st. 2 Porodičnog zakona,¹⁹ potpuno se lišava poslovne sposobnosti punoletna osoba koja „*zbog bolesti ili smetnji u psihofizičkom razvoju nije sposobna za normalno rasuđivanje te zbog toga nije u stanju da se sama stara o sebi i o zaštiti svojih prava i interesa*“.²⁰ Poslovna sposobnost osobe koja je potpuno lišena poslovne sposobnosti izjednačena je sa poslovnom sposobnošću mlađih maloletnika, a to su deca ispod 14 godina, koja mogu preduzimati pravne poslove kojima se pribavljaju isključivo prava, pravne poslove kojima se ne stiču ni prava ni obaveze, kao i pravne poslove malog značaja.²¹ Punoletna osoba delimično se lišava poslovne

17 „Sl. glasnik RS“, br. 55/2014.

18 U literaturi se sreću različite definicije poslovne sposobnosti. Tako pojedini teoretičari poslovnu sposobnost definišu kao “sposobnost lica da svojom izjavom volje zaključuje pravne poslove i preduzima druge pravne radnje. (Kovačević Kuštrimović, Lazić, M, 2008: 115). Neki teoretičari naglašavaju da poslovna sposobnost podrazumeva sposobnost pravnog subjekta da svojim izjavama volje zasniva, prenosi, menja i gasi prava i obaveze, kao i da svojim izjavama proizvodi takva pravna dejstva u odnosu na druge. (Vodinić: 1999: 31).

19 „Sl. glasnik RS“, 18/2005 (u daljem tekstu: PZ).

20 Čl. 146, st. 1 PZ.

21 Čl. 64, st. 1 PZ. O poslovnoj sposobnosti dece: (Petrušić, 2008: 35–56).

sposobnosti ako „zbog bolesti ili smetnji u psihofizičkom razvoju svojim postupcima neposredno ugrožava sopstvena prava i interese ili prava i interese drugih lica“.²² Poslovna sposobnost osobe kojoj je delimično oduzeta poslovna sposobnost jednaka je poslovnoj sposobnosti starijih maloletnika,²³ a to su deca od 14 do 18 godina, koja mogu preduzimati sve pravne poslove uz prethodnu ili naknadnu saglasnost roditelja.²⁴ Sudskom odlukom o delimičnom lišenju poslovne sposobnosti određuju pravni poslovi koje lice delimično lišeno poslovne sposobnosti može, odnosno ne može samostalno preduzimati.²⁵

Evidentno je da su zakonski razlozi za oduzimanje poslovne sposobnosti, posebno mogućnost da osoba bude potpuno lišena poslovne sposobnosti, u direktnoj suprotnosti sa Konvencijom o pravima osoba sa invaliditetom i da ne zadovoljavaju uslove pod kojima se ograničavanje ljudskih prava može smatrati legitimnim. To je i sama država konstatovala u Inicijalnom izveštaju o primeni Konvencije,²⁶ koji je Komitetu za prava osoba sa invaliditetom podnela još 2012. god. U ovom izveštaju navodi se da „[...] zakonske norme kojima se uređuje starateljstvo i lišenje poslovne sposobnosti nisu modifikovane i predstavljaju određenu prepreku u poštovanju prava OSI“ (...) da je „većina (ih je) doneta u periodu kada su osobe sa invaliditetom [...] bile isključene iz društva“ [...], te da „postoji jasno opredeljenje Republike Srbije da unapredi režim lišavanja poslovne sposobnosti“. S druge strane, ako se posmatraju u kontekstu Ustava Republike Srbije,²⁷ odredbe o lišenju poslovne sposobnosti, koje predstavljaju

22 Čl. 147, st. 1 PZ.

23 Čl. 147, st. 3 PZ.

24 Čl. 64, st. 2 PZ.

25 Čl. 147, st. 3 PZ. Ova odredba je nedovoljno precizna jer ostavlja mogućnost da sudska odluka sadrži popis poslova koje osoba može samostalno da preduzima ili popis poslova koje ne može samostalno da preduzima. ZVP je u tom pogledu jasniji jer naleže sudu da u odluci navede vrstu poslova koje osoba može samostalno preduzimati (čl.40, st. 3 ZVP). Čini se da su oba zakonska pravila neadekvatna jer su suprotna suštini delimičnog lišenja poslovne sposobnosti. Ako se odlukom o delimičnom lišenju poslovne sposobnosti osoba ograničava u mogućnosti da svojim izjavama volje sklapa pravne poslove i preduzima druge radnje, jedino što bi odluka mogla da sadrži jeste popis pravnih poslova i radnji koje osoba ne može samostalno da preduzima. Tih pravnih poslova i radnji svakako je znatno manje u odnosu na one koji su u domenu pravno stvaralačke volje osobe delimično lišene poslovne sposobnosti.

26 Inicijalni izveštaj o primeni Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom, Vlada Republike Srbije, 2012. Retrieved 15 September 2015 from http://www.ljudskaprava.gov.rs/images/konvencije/inicijalni_izvestaj_na_srpskom_jeziku.pdf.

27 „Sl. glasnik RS“, br. 98/2006.

nužno propisivanje načina ostvarivanja prava na poslovnu sposobnost (Draškić, 2010: 365), potrebno je da budu usklađene sa Ustavom i međunarodnim standardima, što zahteva propisivanje pravila koja bi dodatno obezbedila da suština zajemčenog prava na poslovnu sposobnost ostane očuvana (Draškić, 2010: 365).

Uprkos tome što su državni organi svesni da je ustanova lišenja poslovne sposobnosti suprotna standardima u domenu zaštite ljudskih prava i prava osoba sa invaliditetom, zakonski razlozi za lišenje poslovne sposobnosti ni do danas nisu izmenjeni. Zbog toga su mentalni i psiho-socijalni invaliditet i dalje legalni osnov za oduzimanje poslovne sposobnosti, što je direktno suprotno propisima sadržanim u Konvenciji o pravima osoba sa invaliditetom, koja od država zahteva da umesto oduzimanja poslovne sposobnosti obezbede dostupnu podršku²⁸ za njeno ostvarivanje.²⁹

Iako propisi o uslovima za lišenje poslovne sposobnosti nisu izmenjeni, došlo je do promena u pogledu samog postupka za lišenje poslovne sposobnosti. U redovima koji slede analizirane su ključne novine u procesnom režimu.

3. Postupak za lišenje poslovne sposobnosti kao procesni metod

Postupak za lišenje poslovne sposobnosti regulisan je Zakonom o vanparničnom postupku³⁰, kao jedan od posebnih postupaka koji se odnose na uređenje ličnih stanja (Stanković: 2007, 73). Kao i drugi vanparnični

28 O mogućim oblicima podrške, detaljno: Opšti komentar člana 12 Konvencije o pravima osoba s invaliditetom Komitet za prava osoba s invaliditetom UN-a. Retrieved 15 September 2015 from <http://pecanik.net/opsti-komentar-clana-12-konvencije-o-pravima-osoba-s-invaliditetom/>.

29 O jazu koji postoji između domaćih propisa i savremenih međunarodnih standarda u domenu prava na poslovnu sposobnost svedoči i činjenica da je lišenje poslovne sposobnosti projektovano i kao svojevrсни mehanizam pritiska na osobe obolele od alkoholizma ili bolesti zavisnosti. Naime, kada s u ove osobe u pitanju, s ud može odložiti donošenje rešenja o delimičnom lišenju poslovne sposobnosti na period od šest do 12 meseci, ako se „osnovano može očekivati“ da će se one suzdržati od zloupotrebe alkohola ili drugih opojnih sredstava ili ako se podvrgnu lečenju u odgovarajućoj zdravstvenoj ustanovi. Među tim, sud lako može opozvati odluku o odlaganju ako lice prekine lečenje ili bude „otpušteno iz zdravstvene ustanove zbog narušavanja reda (podvukla N.P.)“ (čl. 41 ZVP).

30 Zakon o vanparničnom postupku (“Sl. glasnik SRS”, br. 25/82 i 48/88 i “Sl. glasnik RS”, br. 46/95 – dr. zakon, 18/2005 – dr. zakon, 85/2012, 45/2013 – dr. zakon, 55/2014 i 6/2015) – u daljem tekstu: ZVP.

postupci, i ovaj postupk regulisan je primenom uobičajene legislativne tehnike u domenu vanparničnog procesnog prava: propisana su opšta vanparnična procesna pravila,³¹ koja se primenjuju u svim vanparničnim postupcima, kao i specifična vanparnična procesna pravila koja se primenjuju samo u postupku za lišenje poslovne sposobnosti,³² s tim što je propisana shodna primena odredaba Zakona o parničnom postupku u svim onim procesnim situacijama koje nisu na poseban način regulisane ZVP.³³

Prilikom redizajniranja postupka za lišenje poslovne sposobnosti zakonodavac nije odstupio od uobičajenog procesnog metoda. Naime, za razliku od lišenja roditeljskog prava, koje je prebačeno u parnični postupak (Petrušić, 2009: 94), postupak za lišenje poslovne sposobnosti zadržao je svoju prirodu. To je i dalje vanparnični postupak, koji se u ovoj vrsti pravnih stvari na teritoriji Srbije primenjuje više od 140 godina, od usvajanja *Pravila o postupanju u nespornim (vanparničnim) delima* iz 1872. godine.

U literaturi je izražen stav (Gavrilović, 2015: 1) da vanparnični postupak nije primeren metod za postupanje u pravnim stvarima koje se tiču lišenja poslovne sposobnosti jer njihovo rešavanje podrazumeva raspravljanje o činjenicama, koje su, po pravilu, sporne, a sam vanparnični postupak prilagođen je rešavanju nespornih stvari. Smatram da ovakav stav nije utemeljen. Bez namere da dublje analiziram kompleksne kriterijume na osnovu kojih se vrši izbor metoda pravne zaštite, jer bi to prevazišlo predmet ovog rada, ukazaću samo na činjenicu da je vanparnični postupak, kao metod civilne procedure, složena procesna tvorevina sastavljena od veoma raznovrsnih i heterogenih postupaka (Rakić-Vodinelić, 1989: 25) i da se on decenijama uspešno primenjuje i u kontencioznim pravnim stvarima, čije rešavanje podrazumeva utvrđivanje spornih pravno-relevantnih činjenica, kakav karakter imaju i pravne stvari koje se tiču lišenja poslovne sposobnosti. Iskustvo pokazuje da vanparnični postupak, koji je u odnosu na parnični postupak fleksibilniji, brži, manje formalan i orijentisan na pomoć, ako je valjano regulisan, predstavlja adekvatan metod za pružanje pravne zaštite upravo sa onim pravnim stvarima u kojima postoji potreba za zaštitom ličnosti ili pravnih interesa osoba kojima je potrebna podrška društvene zajednice, kakav je slučaj i sa lišenjem poslovne sposobnosti. U državama u kojima vanparnični postupak predstavlja tradicionalan metod pravne

31 Čl. 1–30. ZVP.

32 Čl. 31–44 ZVP.

33 Čl. 30, st. 2 ZVP.

zaštite, kakav je slučaj sa Austrijom i Nemačkom, ovi postupci čine samo „jezgro vanparničnog postupka“ (Marković, 1972: 83–98). Zbog toga ne iznenađuje što je u ovim državama, nakon što su temeljno reformisale svoje vanparnično procesno pravo (Maganić, 2006: 465-497),³⁴ vanparnični postupak u „pobedničkoj ofanzivi“; U njegovom „okrilju“ danas su skoro svi postupci u vezi sa ličnim stanjima i porodičnim odnosima, uključujući i postupke koji se tiču poslovne sposobnosti i starateljstva (Petrušić, 2013a: 164; Maganić, 2006: 468).

Iako se zakonodavcu ne može prigovoriti što je zadržao vanparnični postupak kao metod za pružanje pravne zaštite u stvarima lišenja poslovne sposobnosti, može mu se i te kako zameriti što još uvek nije reformisao zastarelo i prevaziđeno vanparnično procesno pravo i uskladio ga sa principima pravne države i savremenim standardima pravičnog suđenja. Sveobuhvatna reforma domaćeg vanparničnog procesnog prava, koja se više ne sme odlagati, omogućila bi da i Srbija, sledeći trend transfera pravnih stvari iz parnice u vanparnični postupak, mnoge pravne stvari koje se tiču ličnog statusa i porodičnih odnosa prebaci u vanparnični postupak, kako je to učinila, na primer, Austrija,³⁵ čiji su procesni zakoni bili uzor u izgradnji domaće civilne procedure.

4. Novine u postupku za lišenje poslovne sposobnosti

4.1. Vremensko ograničenje i preispitivanje mere lišenja poslovne sposobnosti

Jedna od važnih novina u oblasti lišenja poslovne sposobnosti ogleda se u tome što je zakonodavac procesnim zakonom delimično modifikovao ovaj institut tako što je lišenje poslovne sposobnosti koncipirao kao meru zaštite i propisao da se ona određuje maksimalno na tri godine.³⁶ Nakon isteka roka na koji je mera određena („vreme proveravanja“), koji se unosi u rešenje suda, sud je dužan da po službenoj dužnosti (pre)

34 Austrija je to učinila usvajanjem Bundesgesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen (AußStrG) od 12. 12. 2003. (BGBl I 112), koji je stupio na snagu 1. 1. 2005. god., a Nemačka, usvajanjem Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) od 17. 12. 2008 (BGBl. I S. 2586, 2587).

35 Prema AußStrG, u vanparničnom postupku odlučuje o poreklu deteta, o izdržavanju maloletnog deteta i srodnika u prvoj liniji, daje se odobrenje za usvajanje deteta, odlučuje o sporazumnoj razvodu itd.

36 Čl. 40, st. 2 ZVP.

ispita da li i dalje postoje razlozi zbog kojih je lice lišeno poslovne sposobnosti.³⁷

Navedena zakonska pravila nesumnjivo predstavljaju značajan pomak u odnosu na ranija pravila koja su omogućavala da osoba bude lišena poslovne sposobnosti na neodređeno vreme, što je u praksi najčešće značilo da je osoba trajno lišena jednog od osnovnih ljudskih prava (Beker, 2014: 58). Vremensko ograničenje trajanja mere lišenja poslovne sposobnosti motivisano je nastojanjem da se otklone propusti na koje je ukazao Evropski sud u presudi donetoj 2009. god. u predmetu *Salontaji-Drobnjak protiv Srbije*³⁸ utvrdivši da u ovom slučaju postupak oduzimanja poslovne sposobnosti nije zadovoljio standarde pravičnog suđenja, te da je jedna od manjkavosti domaćeg prava nepostojanje obavezne periodične provere stanja lica kojem je oduzeta poslovna sposobnost (Adamović, 2010: 225–240). Osnovni nedostatak novog zakonskog rešenja ogleda se u tome što zakonodavac nije propisao kriterijume na osnovu kojih sud određuje trajanja mere unutar trogodišnjeg roka. Zbog toga se može očekivati da će po automatizmu određivati maksimalni trogodišnji rok, nezavisno od toga da li je nesposobnost osobe koja se lišava poslovne sposobnosti trajnog ili prolaznog karaktera. Iako postoji mogućnost da se pre isteka roka na koji je mera lišenja poslovne sposobnosti pokrene postupak za vraćanje poslovne sposobnosti, bilo bi, svakako, korisnije da je zakonodavac propisao rukovodna pravila koja bi sudu omogućila da rok trajanja mere uskladi sa okolnostima konkretnog slučaja i da po isteku roka *ef officio* sprovede novi postupak u kome će utvrditi postojanje razloga za lišenje poslovne sposobnosti.

ZVP propisano je: „Kad istekne vreme proveravanja, sud po službenoj dužnosti ispituje da li i dalje postoje razlozi zbog kojih je lice lišeno poslovne sposobnosti“.³⁹

U prelaznim i završnim odredbama ZVP propisano je da je dužnost suda da po službenoj dužnosti „ispita“ postojanje razloga za lišenje poslovne sposobnosti u odnosu na sva lica koja su lišena poslovne sposobnosti prema ranijim propisima, i to u roku od tri godine od dana pravnosnažnosti odluka za one odluke koje su donete dve godine pre stupanja na snagu novih propisa, odnosno u roku od godinu dana za odluke koje su ranije donete.⁴⁰

37 Čl. 42 ZVP.

38 *Salontaji-Drobnjak v. Serbia*, Application no. 36500/05, Retrieved 15 September 2015 from <http://www.vk.sud.rs/salontajn.html>.

39 Čl. 42, st. 1 ZVP.

40 Čl. 56, st. 2 ZVP.

U vezi sa odredbama koje nalažu sudu da po službenoj dužnosti „ispita da li i dalje postoje razlozi zbog kojih je lice lišeno poslovne sposobnosti“, najpre treba ukazati da se ne radi ni o kakvom posebnom postupku „ispitivanja“, već o novom postupku koji sud pokreće *ex officio* i u kome donosi novu odluku u pogledu poslovne sposobnosti osobe lišene poslovne sposobnosti. Ovaj postupak se u svemu ima sprovesti prema propisima kojima je regulisan postupak u kojem se odlučuje o poslovnoj sposobnosti, što uključuje utvrđivanje činjenica, izvođenje odgovarajućih dokaza i preduzimanje svih drugih potrebnih radnji koje se preduzimaju i kada se prvi put odlučuje o lišenju poslovne sposobnosti. Samim zakonom detaljno su regulisani mogući ishodi novog postupka: sud može utvrditi da ne postoje uslovi za vraćanje poslovne sposobnosti, kada utvrđuje novo „vreme provere“, može vratiti poslovnu sposobnost, umesto potpunog odrediti delimično lišenje, ali i obrnuto, a takođe je ovlašćen i da smanji, odnosno poveća obim poslova koje osoba može samostalno da preduzima, pored onih poslova na koje je zakonom ovlašćena.⁴¹

ZVP određuje da sud pokreće postupak za „ispitivanje postojanja razloga za lišenja poslovne sposobnosti“ posle isteka roka na koji je ova mera određena. Ovakvo zakonsko rešenje je neadekvatno iz najmanje dva razloga. Pre svega, ono je suprotno pravilu da mera lišenja poslovne sposobnosti može trajati najviše tri godine, jer će, u suštini, mera trajati onoliko dugo koliko traje postupak preispitivanja razloga za njen opstanak, od njegovog pokretanja, do pravnosnažnog okončanja. S druge strane, ovo pravilo ignoriše pravno dejstvo pravnosnažne sudske odluke kojom se privremeno ograničava poslovna sposobnost kao jedno od osnovnih ljudskih prava. Ova odluka prestaje da važi istekom roka na koji je mera lišenja poslovne sposobnosti određena, tako da prestaje svako ograničenje, a osoba stiče pun poslovni kapacitet. O ovim okolnostima zakonodavac očigledno nije vodio računa, jer da jeste, predvideo bi dužnost suda da pokrene i okonča postupak za „ispitivanje razloga za lišenje poslovne sposobnosti“ pre nego što istekne „vreme proveravanja“.

4.2. Procesni položaj i ovlašćenja osobe o čijoj se poslovnoj sposobnosti odlučuje

Lice o čijoj se poslovnoj sposobnosti odlučuje ima položaj stranke, nezavisno od toga da li je postupak pokrenut predlogom ovlašćenih subjekata ili po službenoj dužnosti. To podrazumeva da osoba o čijoj se poslovnoj sposobnosti odlučuje ima pravo na kontradiktoran sudski postupak

41 Čl. 42 i 42a ZVP.

(*adversarial trial*). Ovo elementarno procesno ljudsko pravo (Galič, 2005: 41–58) sprečava da u sudskom postupku osoba o čijim se pravima odlučuje bude svedena na objekat postupanja. Ostvarivanje ovog prava ključna je garancija da će osoba moći aktivno da sudeluje u postupku i iznošenjem činjenica, dokaza i pravnih stavova i izjašnjavanjem o procednoj građi, utiče na sadržinu sudske odluke. Zbog toga pravo na kontradiktoran postupak, koje se obično vezuje za dvostranačke (parnične) postupke, postoji i u kognicionim vanparničnim postupcima. Saglasno tome, ostvarivanje ovog prava mora biti obezbeđeno i u postupku za lišenje poslovne sposobnosti, i to nezavisno od toga da li je on pokrenut po službenoj dužnosti, kao jednostranački postupak, ili predlogom ovlašćenog subjekta, kada ima karakter dvostranačkog postupka.

I ranijim, kao i novim pravilima, propisana je dužnost suda da osobu prema kojoj se postupak vodi lično sasluša, s tim što se saslušanje obavlja u zdravstvenoj ustanovi ako se u vreme sprovođenja postupka osoba tamo nalazi, gde se održava i samo ročište (čl. 36, st. 1 ZVP). Razlika u formulaciji nije suštinskog karaktera: prema ranijim pravilima, u ovakvoj situaciji osoba se po pravilu sasluša u zdravstvenoj stanovi a, prema novim pravilima, obavezno se sasluša u toj ustanovi. (istakla N.P.). Najveću zabrinutost izaziva, međutim, činjenica da je zakonodavac zadržao pravilo koje sudu pruža mogućnost da odustane od saslušanja lica prema kome se postupak vodi samo ako bi to moglo da bude štetno po njegovo zdravlje ili ako saslušanje uopšte nije moguće s obzirom na duševno ili fizičko stanje tog lica (čl. 36, st. 3 ZVP). Očigledno je da su ova pravila nedovoljno jasna i otvaraju prostor za proizvoljno tumačenje. Sâma mogućnost da sud odustane od saslušanja osobe o čijoj poslovnoj sposobnosti odlučuje jer je procenio da bi to moglo da bude štetno po njeno zdravlje može biti izgovor da se osobi uskrati pravo da bude saslušana i da se njena reč čuje u postupku. Dosadašnja praksa je to jasno potvrdila: istraživanje sprovedeno tokom 2011. god. na uzorku 889 predmeta lišenja poslovne sposobnosti pokazalo je da u 87% slučajeva sud nije saslušao osobu, a da u 84% slučajeva sudija nije čak ni video osobu koju lišava poslovne sposobnosti (Lazarević, Ćirić Milovanović, Šimoković, 2012: 19).

Radi unapređenja položaja osoba o čijoj se poslovnoj sposobnosti odlučuje zakonodavac je propisao da sud „*uvažava mišljenje i stavove lica prema kome se postupak vodi, u meri u kojoj je to moguće s obzirom na stanje njegovog mentalnog zdravlja*“⁴². Iako je motivisana dobrim namerama, ova odredba nije operacionalizovana, pa se čini da je više izraz nastojanja da se

42 Čl. 36, st. 3 ZVP.

zakonu da moderna nota nego što je rezultat iskrene namere da se osobi zaista pruži prilika da izrazi svoj stav, koji može ostvariti određeni uticaj na sadržinu odluke. Da je takva namera postojala, zakonodavac bi (makar) propisao dužnost suda da u obrazloženju odluke navede razloge zbog kojih nije „uvažio“ mišljenje i stavove osobe koju je lišio poslovne sposobnosti.

Konačno, jedna od značajnih novina ogleda se u tome što je zakonodavac osobi prema kojoj se postupak vodi priznao ovlašćenje da protiv prvostepene odluke kojom je lišeno poslovne sposobnosti izjavi žalbu u roku od osam dana od dana dostavljanja odluke, i to bez obzira „na stanje svog mentalnog zdravlja“. Ovo pravilo je reakcija na pogrešnu pravnu praksu u kojoj se uobičajilo da se prvoostepene odluke uopšte ne dostavljaju osobama koje su lišene poslovne sposobnosti, iako su one, sve do pravnosnažnosti odluke o lišenju poslovne sposobnosti, procesno sposobne i mogu punovažno preduzimati sve radnje u postupku.

4.3. Zastupanje

Jedan od ozbiljnih propusta zakonodavca ogleda se u tome što je propustio priliku na adekvatan način reguliše zastupanje osobe o čijoj se poslovnoj sposobnosti odlučuje. Naime, među posebnim odredbama o postupku za lišenje poslovne sposobnosti i dalje postoji samo odredba kojom je propisano da je sud dužan da sasluša staraoca, odnosno privremenog zastupnika,⁴³ s tim što se može primeniti i opšta odredba ZVP kojim je propisana mogućnost da sud postavi privremenog zastupnika svakom učesniku u postupku kad su ispunjeni uslovi pod kojima parnični sud dužan tuženom postavlja privremenog zastupnika.⁴⁴ U konketstu postupka za lišenja poslovne sposobnosti slučajevi u kojima se osobi prema kojoj se ovaj postupak vodi može postaviti privremeni zastupnik ako nema svog zakonskog zastupnika i ako se u toku postupka pokaže da bi redovan postupak oko postavljanja zakonskog zastupnika dugo trajao, pa bi zbog toga za nju mogle da nastanu štetne posledice, kao i onda kad sud konstatuje da između nje i njenog zakonskog zastupnika postoji kolizija interesa.

U postupku za lišenje poslovne sposobnosti osoba o čijoj se poslovnoj sposobnosti odlučuje procesno je sposobna i može lično da preduzima procesne radnje ili da angažuje punomoćnika. Ukoliko se postupak vodi prema osobi koja je već lišena poslovne sposobnosti i kojoj je određen staratelj, on se pojavljuje i kao njen zakonski zastupnik. Problematična

43 Čl. 37 ZVP.

44 Čl. 6 ZVP u vezi sa čl. 81 ZPP.

situacija nastaje kada je postupak za lišenje poslovne sposobnosti pokrenuo organ starateljstva, koji je osobi o čijoj se poslovnoj sposobnosti odlučuje postavio privremenog staratelja, najčešće nekog od zaposlenih u organu starateljstva. U tom slučaju postoji potencijalni sukob interesa. Do sličnog sukoba interesa dolazi i kada se kao predlagač javlja član porodice koji je istovremeno i staratelj osobe prema kojoj se postupak vodi. Za ove i druge situacije zakonodavac nije propisao adekvatna rešenja, niti je odredio, makar primera radi, indikatore za prepoznavanje sukoba interesa. Zbog toga postoji opasnost da osoba suštinski nema zastupnika koji će je na adekvatan način zastupati i štiti njene interese. S druge strane, nepostojanje adekvatnih pravila otvara isuviše širok prostor za moguće zloupotrebe, što je nedopustivo, posebno ako se ima u vidu da je utvrđivanje sukoba interesa izuzetno kompleksan i suptilan zadatak, s obzirom na to da interes zakonskog zastupnika nije uvek jasan, već je često „maskiran“ i teško prepoznatljiv.

Rešenje svakako treba tražiti u propisivanju pravila o obaveznom advokatskom zastupanju, što bi podrazumevalo dužnosti suda da osobi o čijoj se poslovnoj sposobnosti odlučuje postavi besplatnog zastupnika ako nema sredstava da plati advokata, jer je to garancija da će pravo na kontradiktoran postupak biti delotvorno, a sam postupak ispuniti standarde pravičnosti. U prilog takvom stavu govori i praksa Evropskog suda za ljudska prava, koji prilikom ispitivanja tzv. *procesne zakonitosti* ovakvog tipa odluka odlučno stoji na stanovištu da su nacionalne vlasti dužne da obezbede „*specijalne procesne garancije*“ kad se postupak vodi prema licu koje nije u stanju da štiti svoja prava i interese,⁴⁵ što podrazumeva da se takvoj osobi mora obezbediti stručna pravna pomoć, odnosno kvalifikovani zastupnik, ako je to potrebno da bi njena prava i interesi bili zaštićeni. Prema shvatanju Evropskog suda, pravo na besplatnog zastupnika nije opšte pravo svih osoba prema kojima se postupak vodi, već da to pravo pripada samo onim osobama koje nisu sposobne da „*iznose argumente u svoju korist i shvate pravna pitanja koja se u postupku pojavljuju*“, ali je zadatak suda da o tome permanentno vodi računa tokom čitavog postupka.⁴⁶ Pored toga, Evropski sud očekuje da nacionalna sudska vlast obezbedi kvalitetno zastupanje i naročito ističe da samo imenovanje kvalifikovanog zastupnika nije dovoljno, te da je sud dužan da permanentno kontroliše kako postavljeni zastupnik

45 Winterwerp v. the Netherlands, (Application no. 6301/73), odluka od 24. 10. 1979, par. 60. Retrieved 15 September 2015 from <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57597>.

46 Megyeri v. Germany (Application no. 13770/88), odluka od 12. 05. 1992, par. 23. Retrieved 15 September 2015 from <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57785>

vrši svoju ulogu.⁴⁷ Važeći propisi, međutim, ne omogućavaju da se osobi o čijoj se poslovnoj sposobnosti odlučuje postavi besplatni advokat, čak i kada ona to izričito traži, jer se, saglasno čl. 170 ZPP, koji se u vanparničnom postupku shodno primenjuje, besplatni advokat može postaviti samo stranci koja je oslobođena prethodnog plaćanja troškova postupka, a u postupku za lišenje poslovne sposobnosti osoba prema kojoj se postupak vodi ne snosi troškove, pa se ova odredba ne može primeniti.

5. Zaključne napomene

Posle više od tri decenije Republika Srbija je maja 2014. godine transformisala postupak za lišenje poslovne sposobnosti. Neposredni povod za zakonodavnu intervenciju bilo je nastojanje da se uklone ona anahrona zakonska rešenja zbog kojih ovaj postupak nije ispunjavao ni minimum standarda pravičnog suđenja, dok je samo lišenje poslovne sposobnosti, u suštini bilo trajna mera. Analiza propisa kojima je redizajniran postupak za lišenje poslovne sposobnosti, u kontekstu uslova pod kojima se ova mera može primeniti, pokazuje da je, uprkos izvesnim poboljšanjima, ovaj postupak i dalje u neskladu sa savremenim pravozaštitnim postulatima u ovoj delikatnoj oblasti civilne procedure. Iako je Srbija 2009. godine ratifikovala Konvenciju o pravima osoba sa invaliditetom i time preuzela obavezu da svoje zakonodavstvo uskladi sa konvencijskim postulatima, iako je iste te godine Evropski sud za ljudska u predmetu *Salontaji-Drobnjak protiv Srbije* utvrdio da su pojedina zakonska rešenja suprotna evropskim standardima o ljudskim pravima, to nisu bili dovoljni razlozi da zakonodavac pristupi ozbiljnoj reformi postupka za lišenje poslovne sposobnosti u duhu nove paradigme jednakosti osoba sa invaliditetom. Medicinski pristup lišenju poslovne sposobnosti, neadekvatna rešenja u pogledu procesne pozicije i zastupanja lica prema kojem se postupak vodi, neadekvatni mehanizmi za prepoznavanje sukoba interesa i sprečavanje zloupotreba, samo su deo negativnih karakteristika zbog kojih je novi postupak za lišenje poslovne sposobnosti još uvek u neskladu sa standardima i postulatima pravičnog suđenja.

Literatura

Adamović, A. (2010) Lišenje poslovne sposobnosti – Srbija u postupku pred Evropskim sudom za ljudska prava, u: *Pristup pravosuđu – instrumenti za implementaciju evropskih standarda u pravni sistem Republike*

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/>

Srbije: tematski zbornik radova, Knj. 5 (Nevena Petrušić, ur.), Centar za publikacije Pravnog fakulteta, Niš

Beker, K. (2014) Lišenje poslovne sposobnosti, zakoni i praksa u Republici Srbiji, Inicijativa za prava osoba sa mentalnim invaliditetom MDRI-S, Beograd

Vodinelić, V. (1999) Funkcije poslovne sposobnosti maloletnika, Pravo – teorija i praksa, br. 3

Gavrilović, B. (2015) Zakonodavstvo kao kozmetika, Retrieved 15 September 2015 <http://pescanik.net/zakonodavstvo-kao-kozmetika/>

Galič, A. (2005) Načelo kontradiktornosti u parničnom postupku: stavovi slovenačkog ustavnog suda i Evropskog suda za ljudska prava, Pravni život, br. 12

Dhanda, A. (2014) Uticaj Konvencije UN-a o pravima osoba sa invaliditetom na zakonodavne izmene: kako treba izmeniti zakon da prepozna pravo sadržano u članu 12. Konvencije, u: Poslovna sposobnost i život u zajednici, Zbornik radova i preporuka (ur. Biljana Janjić, Kosana Beker, Milan M. Marković), Inicijativa za prava osoba sa mentalnim invaliditetom (MDRI-S), Beograd

Draškić, M. (2010) Novi standardi za postupak lišenja poslovne sposobnosti: aktuelna praksa evropskog suda za ljudska prava, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, godina LVIII, br. 2

Involuntary placement and involuntary treatment of persons with mental health problems, FR A, 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>

Inicijalni izveštaju o primeni Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom u Republici Srbiji (2012), Retrieved 15 September 2015 http://www.ljudskaprava.gov.rs/images/konvencije/inicijalni_izvestaj_na_srpskom_jeziku.pdf

Izveštaj za 2012. godinu, Zaštitnik građana, Beograd, 2013, Retrieved 15 September 2015 from http://www.ombudsman.rs/attachments/2902izvestaj%20NPM_%202012.pdf

Kovačević Kuštrmović, R. Lazić, M. Uvod u građansko pravo, Punta, Niš

Lazarevic, S. Ćiric Milovanovic, D. Šimokovic, L. (2012) Univerzalnost prava u praksi: analiza primene konvencije Ujedinjenih nacija o pravima osoba sa invaliditetom u odnosu na osobe sa intelektualnim teškoćama u Srbiji, Inicijativa za prava osoba sa mentalnim invaliditetom MDRI – Sand people in need, Beograd

Ljudska prava u Srbiji (2013) Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, Retrieved 15 September 2015 from 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

Petrušić, N. (2009), Postupak za lišenje roditeljskog prava, Bilten sudske prakse, br. 30. Okružni sud, Niš

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

Petrušić, N. (2013a), Austrijski model pomoći i podrške detetu u postupku za uređivanje roditeljskog staranja i ličnog kontakta, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, br. 65

Poseban izveštaj o diskriminaciji osoba sa invaliditetom, Poverenik za zaštitu ravnopravnosti, Beograd, 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 građansko 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

Strategija razvoja zaštite mentalnog zdravlja od 19. januara 2007. godine. Retrieved 15 September 2015 from <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.*

Dr Aleksandar Mojašević,*
Docent Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

originalni naučni članak

UDK: 347.91/95:33

Rad primljen: 30.06.2015.
Rad prihvaćen: 03.12.2015.

PARNICA NASUPROT NEPOSREDNOM PREGOVARANJU: EKONOMSKA ANALIZA**

Apstrakt: Predmet ovog rada jeste komparacija parnice i neposrednog pregovaranja, odnosno pravne i ekonomske dimenzije ovih dvaju različitih metoda rešavanja građanskopravnih sporova. U teorijskom delu rada biće izloženi najvažniji argumenti u prilog parnice, kao redovnog metoda, poput: jednakog tretmana stranaka, posebno onih sa nižim materijalnim statusom; mogućnosti ulaganja pravnih lekova; zadovoljenja principa potpune naknade štete; postizanja pravičnog rešenja, i drugih; kao i argumenti koji govore u prilog neposrednog pregovaranja, kao posebnog ADR metoda, kao što su: ušteda troškova, vremena i drugih resursa; izbegavanje rizika gubitka u parnici; postizanje mirnog rešenja, itd. Na bazi navedenih teorijskih argumenata, biće sprovedeno pilot-istraživanje na uzorku studentske populacije u svrhu ispitivanja njihovih stavova o prednostima i nedostacima parnice i neposrednog pregovaranja (zavisna varijabla). Struktura uzorka sačinjena je od podjednakog broja studenata završnih godina Pravnog, Ekonomskog i Filozofskog fakulteta u Nišu, te pripadnost fakultetu predstavlja nezavisnu varijablu. Opšti cilj istraživanja jeste ustanoviti da li, generalno gledano, postoji statistički značajna razlika u preferiranju parnice u odnosu na neposredno pregovaranje studenata prava naspram studenata ekonomije i studenata psihologije. Polazi se od toga da studenti prava favorizuju parnicu u odnosu na neposredno pregovaranje, rukovodeći se prvenstveno neekonomskim parametrima u proceni dvaju metoda, kao posledica edukacije pravnika. No, generalni zaključak ovog istraživanja jeste da ne

* mojasevic@prafak.ni.ac.rs

** Ovaj članak je rezultat rada u okviru projekta pod nazivom „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“, finansiranog od strane Ministarstva prosvete i nauke Republike Srbije (referentni broj 179046).

postoji statistički značajna razlika u preferiranju parnice, odnosno neposrednog pregovaranja studenata prava u odnosu na studente ekonomije i psihologije.

Ključne reči: *parnica, neposredno pregovaranje, komparacija, efikasnost.*

1. Teorijski okvir istraživanja

U stranoj pravnoj teoriji (Fiss, 1984) odavno su istaknuta četiri ključna razloga u *prilog parnice* i prateće politike njenog promovisanja. Pri tom, ovi razlozi istovremeno su upereni *protiv poravnanja*, kao ishoda pregovaranja, koje se u okviru ekonomskih modela najčešće prikazuje kao poželjnija alternativa u odnosu na parnicu. Reč je o sledećim argumentima: neravnoteži moći između strana u sporu; problemu dobijanja saglasnosti na zaključeni sporazum o poravnanju; nedostatku pravnog osnova sporazuma o poravnanju za kontinuiranu sudsku intervenciju; i nepostizanju pravičnog rešenja putem pregovora. U nastavku teksta elaboriraćemo svaki od ovih razloga posebno.

Prvo, pojedini ekonomski modeli (Cooter, Marks, Mnookin, 1982) posmatraju pregovaranje i poravnanje u *senci prava*, tj. u senci očekivanog suđenja i sudske presude kao njegovog ishoda. U tim modelima polazi se od bazične pretpostavke da stranke imaju *jednako bogatstvo*. No, iako bogatstvo stranaka ne mora nužno uticati na pregovaračku moć stranaka i, posledično, ishod pregovora, postoje slučajevi u kojima je ono presudno. Na primer, u slučaju spora između radnika i velike korporacije zbog povrede na radu ili u vezi s radom, očit je disbalans u materijalnoj, i konsekvantno, pregovaračkoj snazi dveju strana. S tim u vezi, Fiss (Fiss, 1984: 1076) navodi tri načina kako nejednaka raspodela bogatstva može uticati na ishod pregovora. Prvo, bogatija stranka je spremnija da *prikupi i obradi informacije* koje su joj neophodne za anticipiranje ishoda suđenja. To praktično znači da je bogatija stranka u prednosti nad siromašnijom strankom u toku pregovora oko sklapanja poravnanja, budući da može preciznije da predvidi ishod suđenja kao alternativu pregovorima. Drugo, siromašnija stranka može prihvatiti niži iznos poravnanja u odnosu na onaj iznos novca koji bi dobila na osnovu sudske presude, zbog *hitne potrebe za novcem ili izvršenjem neke obaveze*. To ne mora nužno biti sporno, ali ako bogatija stranka (u ulozi tuženog) iskoristi tu hitnu potrebu za novcem siromašnije stranke kako bi izdejstvovala plaćanje nižeg iznosa poravnanja, može se govoriti o zloupotrebi. Treće, bogatija

stranka (u svojstvu tuženog) može iskoristiti činjenicu da siromašnija stranka (u ulozi tužioca) nema dovoljno sredstava da iznese stvar na suđenje kako bi u pregovorima snizila iznos poravnjanja. Znajući ovu činjenicu, bogati tuženi može u toku pregovora sniziti poravnanje za iznos parničnih troškova koje tužilac ne bi mogao da plati na suđenju.

Imajući u vidu rečeno, Fis promoviše parnicu s obzirom na to da sudija, kao nepristrasno treće lice, može otkloniti posledice disbalansa u materijalnim mogućnostima stranaka, korišćenjem određenih procesnih mehanizama, poput dopune odbrane (siromašnog) tužioca, pozivanja svodoka, itd (Fiss, 1984: 1077).

Drugi Fisov argument u korist parnice vezan je za tzv. *principal-agent problem* (Fiss, 1984: 1078–1082). Naime, s obzirom na to da postoji mogućnost da agent ne postupa u interesu svog klijenta, već u sopstvenom interesu u toku pregovora oko sklapanja poravnjanja, jasno je da sklopljeno poravnanje može biti na štetu klijenta (pricipala). Ovaj problem naročito se usložnjava kada su u pitanju određene *organizacije ili grupe*. Upravo se kod njih može postaviti pitanje ovlašćenja za zastupanje članova u pregovorima oko sklapanja poravnjanja sa trećim licima, kao i pitanje saglasnosti sa sadržinom sklopljenog poravnjanja. Čak i ukoliko se zna ko je ovlašćen da zastupa određenu organizaciju, ne znači da će to lice (agent) postupati u najboljem interesu članova organizacije prilikom pregovora oko sklapanja poravnjanja sa trećim licima. Recimo, menadžer akcionarskog društva može sklopiti poravnanje koje je u njegovom interesu, a ne u interesu vlasnika društva. Sličan rezon važi i za sindikalne predstavnike i članove sindikata. S druge strane, kao primer neformalnih grupa kojima nedostaju precizna pravila o proceduri koja propisuju način dobijanja saglasnosti na zaključene sporazume sa trećim licima, Fis navodi etničke ili rasne manjine, grupe bivših osuđenika i druge grupe. Konačno, i kod tzv. *grupnih parnica (class actions)* ispoljava se problem dobijanja saglasnosti radi obezbeđenja punovažnosti sporazuma o poravnanju.

Treće, ovaj autor (Fiss, 1984: 1082) ističe da se u određenim ekonomskim modelima (Posner, 1973; Shavell, 1982; Priest, 1982) poravnanje posmatra kao savršen supstitut presudi, bez uzimanja u obzir činjenice da se presudom u prvom stepenu ne okončava parnični postupak, kao i da nakon pravnosnažnosti presude nekada postoji potreba za praćenjem naloženih mera. Fis navodi primer (Fiss, 1984: 1083) brakorazvodnih parnica u kojima postoji potreba za kontinuiranom sudskom intervencijom. Osim toga, postoji mogućnost i da se okolnosti promene nakon sklapanja

sporazuma o poravnanju. Te izmenjene okolnosti zahtevaju da sud, po podnetom zahtevu za modifikaciju sporazuma, promeni uslove sklopljenog sporazuma. Međutim, u većini slučajeva to je nemoguće, jer nema dovoljno činjeničnog i pravnog osnova da sud procenjuje o nečemu o čemu prethodno nije odlučivao (Fiss, 1984: 1083).

Konačno, Fis dosledno staje u odbranu *pravde*, a ne mira, tj. pravičnog, a ne mirnog rešenja spora. Polazeći od činjenice da zagovornici ADR metoda protežiraju poravnanje, budući da se njime, a ne presudom, postiže mirno rešenje spora uz niže ukupne društvene troškove parnice, Fis ističe (Fiss, 1984: 1085) da adjudikaciju valja posmatrati u širem smislu. Naime, po njegovom mišljenju, (verovatno i mišljenju većine pravnik), sudije predstavljaju javne službenike koji svoj legitimitet crpe iz volje predstavnika naroda, poput nosilaca izvršne i zakonodavne vlasti. Nadležnost sudija definisana je normama javnog prava, a ne normama privatnog prava, te su dužni da podstiču one vrednosti koje su propisane ustavom i zakonima. Fis vidi parnicu više kao javnopravnu ustanovu, za razliku od ADR zastupnika koji na parnicu gledaju kao na privatno-pravnu ustanovu. Ti različiti pogledi na parnicu upravo čine liniju razdvajanja između Fisa i njegovih istomišljenika, s jedne strane, i ADR zastupnika, s druge strane. Naime, ADR zastupnici vide parnicu samo kao jedan od metoda rešavanja sporova i, shodno tome, ako bi broj parnica bio iznad društvenog optimuma, to bi ukazivalo da ovaj metod nije efikasan. Iz tog razloga, trebalo bi pribеći drugim metodima rešavanja sporova, prvenstveno pregovaranju. S druge strane, zastupnici parnice pridaju adjudikaciji širi smisao, koji se ogleda u tome da bi stvarnost trebalo približiti određenim idealima, naravno, uz pomoć državne prinude. Nije dužnost sudije, prema mišljenju Fisa, da maksimizira ciljeve (koristi) pojedinačnih stranaka, niti da osigurava mir među strankama u sporu. „*Biti protiv poravnanja* [podvukao A. M.] sugeriše jedino da ukoliko se stranke poravnaju, društvo dobija manje nego što se čini, i u pogledu cene, [društvo] ne zna da za to [zaključenje sporazuma o poravnanju] plaća. Stranke se mogu poravnati, ostavljajući pravdu po strani. Poravnanje u nekom sporu u školi može osigurati mir, ali ne i rasnu jednakost. [...], i iako takva mirna koegzistencija može biti nužan preduslov [za ostvarenje] pravde, [...], ona nije pravda sama po sebi. Poravnati se za nešto znači prihvatiti manje od nekog ideala.“

Pored navedenih osnovnih argumenata u korist parnice, u teoriji (Coleman, Silver, 110–119) navodi se još nekoliko razloga koji dovode u pitanje politiku koja promoviše pregovaranje i poravnanje. Reč je o tome da se sudskim presudama bolje štiti javni poredak; zatim, da sporazum o po-

ravnanju može generisati negativne eksterne efekte na (treća) lica van sporazuma; kao i da sudske presude generišu pozitivne eksterne efekte na treća lica, odnosno da sudske presude predstavljaju neku vrstu *javnih dobara*.

S druge strane, postoje određeni, mahom, *ekonomski razlozi* zbog kojih bi za stranke u sporu bilo korisnije da izaberu neposredno pregovaranje i, posledično, sklapanje poravnanja u odnosu na suđenje, odnosno nastavak parničnog postupka do donošenja pravosnažne presude. Prvo, parnica je *skuplji* metod rešavanja sporova u odnosu na neposredno pregovaranje jer iziskuje viši nivo materijalnih izdataka sa individualnog i društvenog aspekta. Drugim rečima, sklapanjem poravnanja štede se transakcioni troškovi suđenja, prvenstveno sudski parnični troškovi i troškovi advokata. Zatim, sklapanjem poravnanja, stranke i drugi učesnici u postupku (sudije i advokati) *štede vreme* koje mogu iskoristiti za druge produktivne delatnosti, što znači da izbor poravnanja generiše niži nivo oportunitetnih troškova u odnosu na suđenje. Dalje, ukoliko se poravnaju, stranke izbegavaju *rizik gubitka u parnici*, koji je naročito izražen u pravnom sistemu, poput našeg, u kojem stranka koja izgubi u parnici snosi ukupne parnične troškove (tzv. *princip rizika*).¹ Shodno tome, stranka koja ima averziju prema riziku, recimo ako je siromašna, biva podstaknuta na sklapanje poravnanja. Dodajmo i to da je poravnanje poželjnije od sudske presude budući da počiva na *autonomiji volje stranaka*, a ne na prinudi koja je karakteristika državnog (sudskog) aparata koji sprovodi parnični postupak i donosi presudu.

2. Metodološki pristup

2.1. Problem, predmet i značaj istraživanja

Uzimajući u obzir istaknutu dihotomiju između parnice i neposrednog pregovaranja, otvara se pitanje *izbora* između ova dva metoda rešavanja sporova. Budući da je reč o tipičnim pravnim institutima, ne treba da čudi zbog čega ovo pitanje pobuđuje pažnju pravnih teoretičara. No, otkud interesovanje ekonomske nauke za ovu temu? Odgovor je jednostavan. Čim postoji *izbor* između dve ili više alternativa, otvara se prostor za *ekonomsku analizu*, u ovom slučaju, analizu efikasnosti različitih

¹ U teoriji se princip rizika naziva i *engleskim pravilom* u vezi sa alokacijom ukupnih parničnih troškova, nasuprot *američkom pravilu*, po kojem svaka strana snosi svoje troškove. Različitim metodama alokacije parničnih troškova najdetaljnije bavio se Stiven Šavel (Shavell, 1982).

metoda rešavanja sporova sa aspekta maksimizacije društvenog blagostanja. Budući da je parnica *skuplji* metod rešavanja sporova u odnosu na neposredno pregovaranje, to bi bio potreban, verovatno i dovoljan razlog za nekog ko ekonomski rezonuje² da se opredeli za „alternativu“. S druge strane, faktor isplativosti neposrednog pregovaranja verovatno ne bi predstavljao dovoljan razlog zbog koga bi se tipičan pravnik „odrekao“ parnice, *kao osnovnog i redovnog metoda rešavanja sporova*. S obzirom na to da iza ovog metoda stoji *država* sa svojim aparatom prinude, trebalo bi da parnica pravicima uliva više poverenja. Smatramo da je ovakav stav, između ostalog, posledica edukacije pravnika. Kako to dobro primećuje prof. Knežević (Knežević, 2006, str. 136), *edukatori često prenaglašavaju značaj i ulogu države i prava u ljudskim životima, što može imati za posledicu iskrivljenu sliku stvarnosti*.

U ovom radu polazimo od toga da je neposredno pregovaranje između stranaka u sporu³ efikasniji metod u odnosu na parnicu, samim tim, i da je politika podsticanja pregovaranja *poželjnija* sa aspekta minimizacije ukupnih društvenih troškova parničnog postupka. No, poznato je da se većina pravnika ne rukovodi uopšte, ili samo, efikasnošću u slučaju bilo kog izbora, pa i izbora između različitih metoda rešavanja sporova. Zato se otvara pitanje: *da li većina pravnika, u normativnom smislu, prihvata pregovaranje kao poželjniji metod?* Naša pretpostavka jeste da u pravničkoj populaciji dominira većinski stav u korist parnice, a koji je prevashodno posledica edukacije ove struke. Drugim rečima, većina pravnika percipira parnicu (sudenje) kao *forum za zadovoljenje pravde, za potpuno obeštećenje*, a to je vrednost koja je superiorinija u odnosu na efikasnost, odnosno minimizaciju troškova postupka. Da bismo proverili našu hipotezu, sprovodimo pilot-istraživanje stavova studenata Pravnog fakulteta u Nišu o prednostima i nedostacima parnice i neposrednog pregovaranja, svesni činjenice da se dobijeni rezultati ne mogu uopštiti i primeniti na celokupnu pravničku populaciju. Zato je ovde reč o *pilot-istraživanju* sa namerom da se u budućnosti sprovede slično istraživanje na široj populaciji pravnika. Inače, teorijski značaj ovog istraživanja ogledao bi se u unapređenju dosadašnjih saznanja o odnosu

2 To ne mora nužno biti ekonomista, budući da je sve više pravnika koji koriste „ekonomski rezon“ u sagledavanju pravnih pitanja. Do toga je došlo zahvaljujući ekspanziji nove naučne discipline *Ekonomске analize prava*, kojoj i au tor ovog rada pripada.

3 Kada treće lice učestvuje u pregovaranju, reč je o *posrednom pregovaranju*. Najtipičniji oblik jeste *medijacija*. No, u ovom radu izostavljamo medijaciju i druge slične alternativne metode, budući da se fokusiramo na parnicu i *neposredno pregovaranje između stranaka u sporu nakon pokretanja postupka*.

parnice i neposrednog pregovaranja i, naročito, ekonomskoj dimenziji tog odnosa. Praktični značaj ogledao bi se u primeni dobijenih rezultata u svrhu poboljšanja edukacije pravnika o efikasnosti navedenih metoda.

2.2. Cilj i hipoteze istraživanja

Opšti cilj istraživanja jeste ustanoviti da li, generalno gledano, postoji statistički značajna razlika u preferiranju parnice u odnosu na neposredno pregovaranje studenata prava naspram studenata ekonomije i studenata psihologije.

S obzirom na opšti cilj istraživanja, polazna pretpostavka jeste da studenti prava radije biraju parnicu u odnosu na neposredno pregovaranje, odnosno radije biraju nastavak postupka u odnosu na ponuđeno poravnanje, za razliku od studenata ekonomije i psihologije.

No, pored opšteg cilja, istraživanje obuhvata i nekoliko specifičnih ciljeva. *Prvi specifični cilj istraživanja jeste ustanoviti da li, i u kojoj meri, studenti prava, za razliku od studenata ekonomije i psihologije, uzimaju u obzir određene ekonomske parametre, poput: troškova, vremena, ličnog napora ili rizika, prilikom izbora između parnice i pregovaranja. Iz ovog cilja istraživanja proizilazi nekoliko posebnih hipoteza:*

Studenti prava, za razliku od studenata ekonomije i psihologije, radije će birati nastavak parničnog postupka radi potpunog obeštećenja nego što bi poravnanjem pristali na niži iznos naknade štete, zanemarujući uštedu vremena, novca ili rizik gubitka u parnici.

Studenti prava, za razliku od drugih grupa, radije će birati nastavak parničnog postupka čak i u slučaju kada je vrednost poravnanja viša u odnosu na očekivanu vrednost od presude, dok će studenti ekonomije, za razliku od drugih grupa, radije birati poravnanje u ovoj situaciji.

Studenti prava, za razliku od studenata ekonomije i psihologije, radije će izabrati nastavak parničnog postupka očekujući niži stepen ličnog angažovanja nego što bi se upustili u pregovaranje koje iziskuje više napora i angažovanja.

Drugi specifični cilj istraživanja jeste ustanoviti da li, i u kojoj meri studenti prava, za razliku od studenata ekonomije i psihologije, u određenim specifičnim situacijama, radije biraju parnicu nego pregovaranje zbog: jednakog tretmana i bolje pravne zaštite u sudskom postupku; postizanja pravičnog, a ne mirnog rešenja spora; i izbegavanja zastupanja od strane

drugog lica u pregovorima. Iz ovog cilja proizilaze sledeće posebne hipoteze:

Studenti prava, za razliku od studenata ekonomije i psihologije, radije će birati parnicu nego pregovaranje zbog očekivanog jednakog tretmana u sudskom postupku.

Studenti prava, za razliku od studenata ekonomije i psihologije, radije će birati parnicu nego pregovaranje zbog očekivane bolje pravne zaštite u sudskom postupku. Studenti prava, za razliku od studenata ekonomije i psihologije, radije će birati parnicu nego pregovaranje zbog izbegavanja principal-agent problema u pregovorima.

Studenti prava, za razliku od studenata ekonomije i psihologije, radije će birati parnicu nego pregovaranje zbog potpunog obeštećenja i zaštite ugroženih prava u sudskom postupku.

Treći specifični cilj istraživanja jeste ustanoviti da li, i u kojoj meri, postoje odstupanja u pogledu odnosa prema riziku od strane studenata prava u odnosu na studente ekonomije i psihologije. Konkretnije rečeno, bazični nalaz teorije izgleda da pojedinci ispoljavaju *averziju prema riziku* u situaciji kada izbor uključuje *siguran dobitak* (pozitivan okvir), ali da promenom okvira iz pozitivnog u negativni (u situaciji kada izbor uključuje *siguran gubitak*) ispoljavaju *sklonost ka riziku* (Kahneman, Tversky, 1979), stavljamo u kontekst izbora između parnice i pregovaranja i ispitujemo odnos studenata prema riziku. Posebna hipoteza od koje polazimo jeste da će promenom okvira (iz pozitivnog u negativni), pravnici, u odnosu na ekonomiste i psihologe, ispoljiti statistički značajnu razliku u izboru parnice i poravnanja i pokazati veću sklonost ka riziku.

2.3. Varijable istraživanja

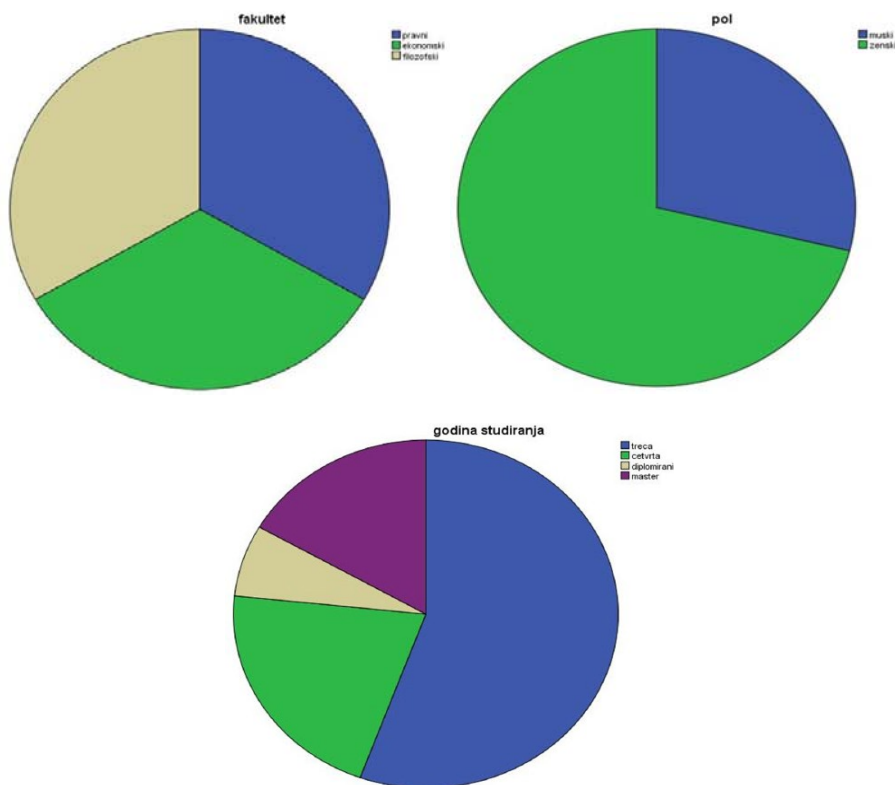
Budući da u ovom istraživanju prevashodno ispitujemo stavove studentske populacije pravnika u odnosu na stavove studenata ekonomije i psihologije, *pripadnost fakultetu* predstavljaće prvu *nezavisnu varijablu*, u odnosu na koju ćemo ispitati stavove studentske populacije o preferiranju parnice, odnosno neposrednog pregovaranja (*zavisna varijabla*).

No, pored pripadnosti fakultetu, ispitaćemo i stavove studenata o preferiranju parnice, odnosno neposrednog pregovaranja u odnosu na *pol* (druga nezavisna varijabla). Konačno, i *godina studiranja* predstavljaće

posebnu nezavisnu varijablu u odnosu na koju ćemo meriti stavove studenata o istaknutom pitanju.

2.4. Opis uzorka, način sprovođenja istraživanja i plan statističke obrade podataka

Istraživanje je sprovedeno u Nišu marta 2015. godine. Ukupno je ispitano 90 studenata, i to po 30 (ili 33,3%) studenata Pravnog, Ekonomskog i Filozofskog fakulteta u Nišu – Departmana za psihologiju. Od ukupnog broja ispitanih, 64 ili 71% bile su osobe ženskog pola, a 26 ili 29% osobe muškog pola. Pedeset studenata ili oko 55% uzorka činili su studenti treće godine, 19 studenata ili oko 21% studenti četvrte godine, 15 studenata ili oko 17% pete godine i 6 studenata ili oko 7% diplomiranih. Prosečna starost ispitanika oba pola je oko 23 godine.



Grafikon 1. Struktura uzorka prema fakultetu, polu i godini studiranja.

Istraživanje je sprovedeno standardnom tehnikom naučne metodologije za prikupljanje podataka – anketnim upitnikom. Upitnik je sastavljen u svrhu sprovođenja istraživanja i sastojao se od 11 pitanja koja se odnose na ispitivanje stavova studenata o preferiranju parnice ili neposrednog pregovaranja. Ispitivanje je organizovano grupno na prigodnom uzorku studenata koji su prisustvovali časovima vežbi ili predavanja. U prilogu rada nalazi se upitnik.

Za statističku obradu prikupljenih podataka koristili smo program SPSS, verziju 19.

3. Rezultati istraživanja sa diskusijom

Tabela 1. Izbor između nastavka postupka i prihvatanja poravnanja u nižem iznosu.

	Preferencija parnice	Preferencija poravnanja	Nisam siguran	Ukupno
Pravni	11	17	2	30
Ekonomski	15	15	0	30
Filozofski	11	12	7	30
Ukupno	37	44	9	90

Na postavljeno pitanje *da li biste izabrali nastavak parničnog postupka u kojem biste ostvarili punu naknadu štete ili biste odmah prihvatili poravnanje, ali u nižem iznosu*, dobijena je statistički značajna razlika u preferiranju parnice i poravnanja između pravnika, ekonomista i psihologa (0,034). Kada se pogleda distribucija odgovora unutar svake grupe, vidi se da polovina ekonomista preferira parnicu (polovina poravnanje), 57% pravnika preferira poravnanje (37% preferira parnicu), dok je kod psihologa rezultat skoro identičan u pogledu izbora između parnice i poravnanja (36% prema 40%), ali ima i 23% neodlučnih (što je 77% od ukupnog broja neodlučnih). Kod ovog pitanja, očekivali smo da će pravnici iskazati veću preferenciju ka nastavku parničnog postupka u odnosu na obe grupe, ali se to nije potvrdilo, jer je ova grupa iskazala veću preferenciju prema poravnanju.

Drugo pitanje otkriva *razloge* zbog čega su u prethodnoj situaciji pravnici, ali i druge grupe ispitanika, birali poravnanje.⁴

4 Valja uzeti u obzir i to da je data mogućnost da jedan ispitanik zaokruži više razloga u prilog poravnanja. Od retko navođenih *drugih* razloga u korist poravnanja, izdvaja se po jedan odgovor „očuvanje psihičkog zdravlja“ iz grupe psihologa, odnosno

Naime, 52% odgovora pravnika odnosilo se na uštedu vremena, a 44% na izbegavanje rizika gubitka u parnici i plaćanja ukupnih parničnih troškova (dakle, uštedu troškova), kao razlog za izbor poravnanja. Zatim, 59% odgovora psihologa odnosilo se na uštedu vremena, a 35% na uštedu troškova kao razlog za taj izbor. Konačno, 69% odgovora ekonomista odnosilo se na uštedu troškova, a 25% na uštedu vremena. Sledi da je manji broj ekonomista (25%) naveo uštedu vremena kao razlog za izbor poravnanja u odnosu na pravnike i psihologe, kod kojih je rezultat približan (52%, odnosno 59%). Primetno je to da je veći procenat ekonomista (skoro 70%) naveo izbegavanje rizika gubitka u parnici i plaćanje troškova kao razlog za odabir poravnanja u odnosu na druge dve grupe (44% pravnika, odnosno 35% psihologa).

Dakle, ekonomisti preferiraju poravnanje identično kao i parnicu, a od onih ekonomista koji su izabrali poravnanje, kao razlog za taj izbor najveći procenat istakao je *averziju prema riziku gubitka i plaćanja troškova u parnici*. S druge strane, *najviše pravnika* opredelilo se za poravnanje, a kao ključne razloge navelo je *uštedu vremena i averziju prema riziku gubitka i plaćanja troškova u parnici*. Psiholozi preferiraju poravnanje skoro identično kao i parnicu, ali je kod njih dominantan razlog *ušteta vremena*.

Uzimajući u obzir ovakve rezultate, sledi da je opovrguta prva posebna hipoteza da će pravnici, u odnosu na druge grupe ispitanika, radije birati parnicu zbog potpune naknade štete nego poravnanje u nižem iznosu, zanemarujući ekonomske parametre, poput uštede vremena ili izbegavanja rizika gubitka u parnici i plaćanja troškova. Upravo suprotno očekivanom, pravnici su najviše birali poravnanje i, u većoj meri, u odnosu na ekonomiste, uzimali u obzir uštedu vremena kao razlog za taj izbor.

Tabela 2. Izbor između presude niže očekivane vrednosti i poravnanja veće vrednosti.

	Preferencija parnice	Preferencija poravnanja	Nisam siguran	Ukupno
Pravni	15	15	0	30
Ekonomski	22	6	2	30
Filozofski	15	13	2	30
Ukupno	52	34	4	90

pravnika, kao i odgovor da je „odlika našeg pravnog sistema da ću izgubiti u parnici“ od strane jednog ekonomiste.

Na treće pitanje dobijeni su vrlo interesantni rezultati, ali ne postoji statistički značajna razlika između pojedinih grupa ispitanika (0,098). Naime, kod ovog pitanja očekivalo se da će najveći procenat ekonomista birati poravnanje budući da je vrednost poravnanja od 4.000 evra bila veća u odnosu na očekivanu vrednost od presude u iznosu od 3.800 evra ($80\% \times 5.000 - 20\% \times 1.000$). Naša pretpostavka bila je da će ekonomisti radije birati poravnanje, znajući da izračunaju očekivanu vrednost od presude, a da će pravnici radije birati nastavak parničnog postupka. Rezultat je takav da je 20% ekonomista biralo poravnanje (73% nastavak postupka), a 50% pravnik nastavak postupka (druga polovina poravnanje). Kod psihologa rezultat je skoro izjednačen sa pravnicima – 43% biralo je poravnanje, a 50% nastavak postupka.

Dakle, ekonomisti su radije birali nastavak parničnog postupka nego poravnanje, dok su pravnici, slično kao i psiholozi, bili podeljeni prilikom ovog izbora. No, budući da na ovom pitanju ne postoji statistički značajna razlika između različitih grupa ispitanika, opovrgnuta je hipoteza da će studenti prava, za razliku od drugih grupa, radije birati nastavak parničnog postupka čak i u slučaju kada je vrednost poravnanja viša u odnosu na očekivanu vrednost od presude, dok će studenti ekonomije, za razliku od drugih grupa, radije birati poravnanje u datoj situaciji.

Tabela 3. Izbor između parnice uz manje angažovanje i pregovaranja uz veći napor.

	Preferencija parnice	Preferencija pregovaranja	Nisam siguran	Ukupno
Pravni	15	15	0	30
Ekonomski	10	16	4	30
Filozofski	10	17	3	30
Ukupno	35	48	7	90

Kod četvrtog pitanja pošli smo od toga da će studenti prava, za razliku od studenata ekonomije i psihologije, radije izabrati nastavak parničnog postupka očekujući niži stepen ličnog angažovanja nego što bi se upustili u pregovaranja koje iziskuje više napora i angažovanja. No, dobijeni rezultati ukazuju na to da nema statistički značajne razlike između različitih grupa ispitanika u pogledu datog izbora (0,261), čime je gorenavedena hipoteza opovrgnuta. Pedeset posto pravnik biralo

je parnicu (50% pregovaranje), 33,3% ekonomista i psihologa biralo je parnicu, a 53% ekonomista, odnosno 57% psihologa biralo je pregovaranje u datoj situaciji.

Tabela 4. Izbor između parnice i poravnanja u slučaju siromaštva.

	Preferencija parnice	Preferencija pregovaranja	Nisam siguran	Ukupno
Pravni	16	11	3	30
Ekonomski	18	6	6	30
Filozofski	22	4	4	30
Ukupno	56	21	13	90

Kod petog pitanja uveli smo *faktor siromaštva*, očekujući da će pravnici u ulozu siromašnog tužioca, za razliku od drugih grupa, radije birati parnicu, jer im je u njoj garantovan jednak tretman u odnosu na drugu stranu u sporu. Rezultat je takav da ne postoji statistički značajna razlika između pojedinih grupa ispitanika u pogledu izbora između parnice i pregovaranja (0,215), čime hipoteza nije potvrđena.

Tabela 5. Izbor između parnice sa boljom pravnom zaštitom i poravnanja

	Preferencija parnice	Preferencija poravnanja	Nisam siguran	Ukupno
Pravni	15	12	3	30
Ekonomski	18	10	2	30
Filozofski	18	9	3	30
Ukupno	31	51	8	90

Kod šestog pitanja pretpostavili smo da će studenti prava, za razliku od studenata ekonomije i psihologije, radije birati parnicu nego pregovaranje zbog *očekivane bolje pravne zaštite u sudskom postupku*. Sve grupe ispitanika, a ne samo pravnici, radije su birale parnicu i rezultat ne pokazuje statistički značajnu razliku (0,901).

Tabela 6. Izbor između parnice i pregovaranja uz angažovanje principala

	Preferencija parnice	Preferencija pregovaranja	Nisam siguran	Ukupno
Pravni	26	3	1	30
Ekonomski	24	4	2	30
Filozofski	22	3	5	30
Ukupno	72	10	8	90

Kod sedmog pitanja, pošli smo od toga da će studenti prava, za razliku od studenata ekonomije i psihologije, radije birati parnicu nego pregovaranje kako bi izbegli *principal-agent problem u pregovorima*. No, rezultat ukazuje na to da ne postoji statistički značajna razlika u izborima između ovih grupa ispitanika (0,436). Visok procenat pravnika (87%) zaista je birao nastavak postupka, ali je visok procenat prisutan i kod ekonomista (80%) i psihologa (74%).

Tabela 7. Odnos prema riziku – pozitivan okvir.

	Preferencija parnice	Preferencija poravnanja	Nisam siguran	Ukupno
Pravni	9	16	5	30
Ekonomski	7	17	6	30
Filozofski	8	17	5	30
Ukupno	24	50	16	90

Kod osmog pitanja pošli smo od toga da studenti prava neće birati siguran iznos poravnanja u odnosu na rizik dobitka identičnog iznosa na ime presude u parnici, za razliku od studenata ekonomije i psihologije. Rezultat je takav da nema statistički značajne razlike (0,981), jer je distribucija odgovora po grupama gotovo identična. S druge strane, u ukupnoj populaciji ispitanika, 55,5% njih biralo je sigurno poravnanje u odnosu na nesiguran iznos presude identične vrednosti.

Tabela 8. Odnos prema riziku – negativan okvir.

	Preferencija parnice	Preferencija poravnanja	Nisam siguran	Ukupno
Pravni	11	10	9	30
Ekonomski	14	12	4	30
Filozofski	8	11	10	30
Ukupno	34	33	23	90

Deveto pitanje bilo je u negativnom okviru i pošli smo od toga da će pravnici radije pristati da prihvate rizik gubitka u parnici nego što bi pristali na siguran gubitak identične vrednosti, za razliku od studenata ekonomije i psihologije. Drugim rečima, pošli smo od toga da će pravnici u većoj meri ispoljiti *averziju prema gubitku* i, shodno tome, birati parnicu. No, rezultat je takav da nema statistički značajne razlike u izborima ovih grupa ispitanika (0,407). S druge strane, u ukupnoj populaciji ispitanika, 38% njih ispoljilo je *averziju prema gubitku* i izabralo parnicu, odnosno 37% njih biralo je poravnanje. Primetno je i to da skoro svaki četvrti ispitanik nije bio siguran prilikom ovog izbora.

Tabela 9. Mirno rešenje spora nasuprot pravičnom rešenju spora.

	Preferencija parnice	Preferencija poravnanja	Nisam siguran	Ukupno
Pravni	20	10	0	30
Ekonomski	20	8	2	30
Filozofski	15	11	4	30
Ukupno	55	29	6	90

Deseto pitanje bilo je usmereno na to da proveriti li će pravnici radije preferirati parnicu zbog potpunog obeštećenja i zaštite ugroženih prava, za razliku od druge dve grupe, za koje se očekivalo da će birati mirno rešenje spora. No, kod ovog pitanja nije dobijena statistički značajna razlika u izborima različitih grupa ispitanika (0,249). Pravnici jesu radije birali nastavak postupka, ali su to činili i ekonomisti i psiholozi. U ukupnoj populaciji ispitanika, 62% njih biralo je nastavak parničnog postupka. Od 32% ispitanika koji su birali poravnanje, najčešće su kao razlog navodili „očuvanje međuljudskih odnosa“.

Konačno, kada se uzmu u obzir rezultati po grupama ispitanika koji se odnose na *dominantan odgovor na sva pitanja u upitniku*, vidi se da ne postoji statistički značajna razlika između pravnika, ekonomista i psihologa (0,337). Činjenica je da je dominantan odgovor kod svih grupa ispitanika u pravcu preferiranja parnice, ali on nije statistički značajan. Zatim, rezultati ukazuju na to da nema statistički značajne razlike između različitih grupa u pogledu dominantnog odgovora prema *godini studiranja* (0,473), kao i prema *polu* (0,846).

Tabela 10. Dominantan odgovor prema grupi ispitanika.

	Dominantna preferencija parnice	Dominantna preferencija poravnania	Dominantna neodlučnost	Ukupno
Pravni	16	11	0	27
Ekonomski	18	10	2	30
Filozofski	17	8	4	29
Ukupno	51	29	6	86

Tabela 11. Dominantan odgovor prema godini studiranja.

	Dominantna preferencija parnice	Dominantna preferencija poravnania	Dominantna neodlučnost	Ukupno
III	25	19	3	47
IV	13	5	1	19
Diplomirani	3	3	0	6
Master	10	2	2	14
Ukupno	51	29	6	86

Tabela 12. Dominantan odgovor prema polu.

	Dominantna preferencija parnice	Dominantna preferencija poravnania	Dominantna neodlučnost	Ukupno
Muški	14	8	1	23
Ženski	37	21	5	63
Ukupno	51	29	6	86

4. Zaključak

Jedina statistički značajna razlika u preferiranju parnice, odnosno neposrednog pregovaranja, između ovih grupa ispitanika, ispoljila se kod prvog pitanja. Ta razlika je takva da pravnici, za razliku od drugih grupa, u većoj meri preferiraju *poravnanje* u odnosu na nastavak parničnog postupka, a kao ključne razloge naveli su *uštedu vremena* i *averziju prema riziku gubitka i plaćanja ukupnih parničnih troškova*. Ovakav rezultat ukazuje na to da pravnici, suprotno našem očekivanju, prepoznaju i uvažavaju određene ekonomske parametre prilikom izbora između parnice i poravnanja. Štaviše, više pravnika navelo je uštedu vremena kao razlog za odabir poravnanja u odnosu na ekonomiste. Zatim, treće pitanje, kod koga je distribucija odgovora na granici statističke značajnosti, ukazuje na to da ekonomisti, opet suprotno našem očekivanju, nisu birali poravnanje, iako je to bilo racionalno u datoj situaciji. Potrebno je bilo izračunati očekivanu vrednost od presude, a to smo očekivali pre svega od ekonomista, i jasno uvideti da je izbor poravnanja racionalniji u odnosu na nastavak parničnog postupka. S druge strane, polovina pravnika izabrala je poravnanje, a naše očekivanje bilo je da će znatno manje pravnika napraviti takav izbor. U svakom slučaju, moguće je da bi se na većem uzorku ispoljila statistički značajna razlika između pravnika i ekonomista kod ovog pitanja. Dalje, pitanja četiri, pet, šest, sedam i deset su bila usmerena na to da provere da li će pravnici, za razliku od drugih grupa, birati parnicu zbog manjeg ličnog angažovanja, bolje pravne zaštite, jednakog tretmana, izbegavanja principal-agent problema u pregovorima, pune naknade štete usled očigledne povrede prava. Očekivali smo da će, pre svega pravnici, kao posledica edukacije, prepoznati ove faktore kao podsticajne za izbor parnice. Odgovori pravnika jesu išli u tom smeru, ali nije ispoljena statistički značajna razlika u odnosu na druge dve grupe ispitanika. Očito je to da su ekonomisti i psiholozi prepoznali određene pravne kategorije, poput jednakog tretmana u sudskom postupku zbog prisustva trećeg lica (sudije), bolje pravne zaštite (pre svega zbog mogućnosti ulaganja pravnih lekova) ili potpune kompenzacije, koje su ih motivisale u pravcu odabira parnice. Konačno, osmim i devetim pitanjem želeli smo da ispitamo odnos prema riziku, oslonivši se na poznatu teoriju izgleda. U ukupnoj populaciji ispitanika obistinila su se predviđanja teorije izgleda. Naime, u pozitivnom okviru, 55,5% ispitanika biralo je sigurno poravnanje u odnosu na nesiguran iznos presude identične vrednosti, dok je u negativnom okviru 37% njih biralo poravnanje. Dakle, promenom okvira smanjio se procenat ispitanika koji su birali poravnanje, što znači da se povećao

broj ispitanika koji su ispoljili spremnost na rizik, a što je u skladu s predviđanjem spomenute teorije. No, promenom okvira nije ispoljena statistički značajna razlika u izborima različitih grupa ispitanika. Naša pretpostavka je bila da će, promenom okvira, pravnici ispoljiti veću sklonost ka riziku, što se i obistinilo, ali su veću sklonost prema riziku iskazali i ekonomisti i psiholozi. Ovaj nalaz u skladu je s nalazom drugog istraživanja u našoj zemlji koje se posebno bavilo temom odlučivanja u uslovima rizika s ciljem ispitivanja dinamike sklonosti i odbojnosti prema riziku (Miličević, Pavličić, Kostić, 2007: 157). Dodajmo i to da je verovatno da bi distribucija odgovora na ovo pitanje bila drugačija da nije bilo opcije „nisam siguran/a“, jer je upravo kod ovog pitanja bilo najviše nesigurnih (skoro svaki četvrti ispitanik).

Kada se sagleda *dominantan odgovor na sva pitanja u upitniku* prema grupama ispitanika, generalno gledano, zaključak ovog istraživanja jeste da ne postoji statistički značajna razlika u preferiranju parnice, odnosno neposrednog pregovaranja studenata prava u odnosu na studente ekonomije i psihologije. Sledi da je opovrgnuta polazna pretpostavka da studenti prava, za razliku od studenata ekonomije i psihologije, radije biraju parnicu u odnosu na neposredno pregovaranje, odnosno radije biraju nastavak parničnog postupka u odnosu na ponuđeno poravnanje. Štaviše, pravnici su ispoljili i određen stepen ekonomske logike prilikom izbora između parnice i poravnanja, u smislu uključenja ekonomskih parametara, poput uštede vremena i troškova, u taj izbor. Jedan od mogućih uzroka ovakvog rezultata jeste da edukacija na pravnom fakultetu nije usmerena *samo* na promovisanje vrednosti pravde i pravičnosti. Prisustvo određenih tradicionalnih predmeta u Nastavnom planu Pravnog fakulteta u Nišu, a koji obrađuju i alternativne metode rešavanja sporova, poput Arbitražnog prava ili Građansko-procesnog prava, ali i uvođenje novih predmeta, poput Metoda rešavanja sporova ili Ekonomske analize prava, potencijalno ukazuje na to da su studenti prava dobro informisani o ekonomskoj dimenziji alternativnih metoda rešavanja sporova, u koje spada i neposredno pregovaranje. No, to ne znači da dalje ne treba razvijati ove i druge predmete koji će doprineti razvijanju „ličnosti“ pravnika u pravcu veće racionalnosti koja obuhvata, između ostalog, i ekonomsku efikasnost kao vrednost.

Literatura

- 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
- Knežević, G. Pavić, V. (2010). *Arbitraža i ADR*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu
- Miličević, A. Pavličić, D. Kostić, A. (2007). Odlučivanje u uslovima rizika i teorija izgleda. *Psihologija*. 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)

Рад примљен: 30.06.2015.

Рад 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.¹

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.).² 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,³ the country of origin of the *action directe*, Belgium⁴ and Spain⁵, as well as Norway⁶, 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,⁷ Sweden⁸ and Finland.⁹ Finally, there is a group of legal systems including countries such as Germany,¹⁰ the UK¹¹ and Austria¹², 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 directive¹³ 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.¹⁴

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

¹⁴ 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.¹⁵ 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.¹⁶ 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) EGBGB¹⁷.

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.¹⁸ It replaces the earlier Brussels I Regulation as of 2015.¹⁹ 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.²⁰ In relation to the EFTA-states of Norway, Switzerland and Iceland, the Lugano Convention²¹ 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.

²⁰ 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.

²¹ 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*²², 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

²² 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.²³ The wording of Art. 11(2) Brussels I Regulation (identical with Art. 13(2) Brussels I-bis Regulation) gives evidence of this rule.²⁴ 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).²⁵ 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.²⁶

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*.²⁷ 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.²⁸

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.²⁹ 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.³⁰ 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*³¹ (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.³² This is to be rejected in the case of a social security institution.³³

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.

6th Motor Insurance Directive.³⁴ 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.³⁵ 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.³⁶ The provisions of the Motor Insurance Directive are at all times used solely for illustrative remarks.³⁷ 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 protection³⁸ 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

years³⁹ while in Germany it is but 3 years⁴⁰ – 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. 9th edition. Berlin/Boston: Walter de Gruyter
- Birds, J. (2010). Birds' modern insurance law. 8th 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. 2nd 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, 6th edition, Vol. 10. Munich: C.H. Beck
- Kötz, H. Wagner, G. (2013). Deliktsrecht. 12th edition. München: Vahlen
- Kropholler J., von Hein, J. (2011). Europäisches Zivilprozessrecht, 9th 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: Giesecking

Merkin, R. (2010). Colinviaux's Law of Insurance. 9th 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. 3rd 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, 74th edition. München: C.H. Beck

Vlas, P. (2012). In: Magnus, U./Mankowski P. (ed.), Brussels I Regulation. 2nd edition. Munich: Sellier

Wandt, M. (2010). Versicherungsrecht, 5th edition. Köln: Carl Heymanns

Dr. Gunnar Franck,

Naučno-istraživački saradnik,

Max Planck Institut za uporedno i međunarodno privatno pravo,

Hamburg, Nemačka

OŠTEĆENE STRANE I OSIGURANJE OD LIČNE ODGOVORNOSTI: PRAVNA ZAŠTITA U EVROPSKOM MEĐUNARODNOM PRIVATNOM PRAVU

Rezime

Opšta mobilnost ljudi, roba, usluga i kapitala u okviru Evropske unije (EU) podrazumeva da razne privatne i profesionalne aktivnosti imaju za posledicu brojne događaje koji uzrokuju prekograničnu štetu i utiču na prekogranične odnose. Pravna situacija se dodatno komplikuje u slučaje- vima kada je načinjena šteta pokrivena osiguranjem od odgovornosti, koje podrazumeva učešće treće strane u sporu. Uprkos ovoj prilično složenoj situaciji, oštećena strana mora imati garancije da će dobiti efikasnu i pravičnu naknadu štete. Što se tiče zemalja članica EU, Unija je nadležna za uređenje materije sukoba zakona i sukoba jurisdikcija.

U članku se razmatraju mehanizmi Evropskog međunarodnog privatnog prava za zaštitu oštećenih strana u slučaju štete pokrivena osiguranjem od lične odgovornosti. U tom pogledu, zaštita oštećenog ostvaruje se na više nivoa, nizom kolizionih mera koje uređuju materiju sukoba zakona. Autor najpre ukazuje na pravni status quo u slučajevima osiguranja od odgovornosti, zatim razmatra različito uređenje pitanja direktnih tužbi u međunarodnom privatnom pravu, nakon čega analizira pitanje nadležnosti i merodavnog prava u slučajevima prekograničnih sporova za naknadu štete i, na kraju, razmatra specifične karakteristike direktne tužbe.

Detaljna analiza pokazuje da član 18. Regulative Rim II uređuje prava oštećenog na podnošenje direktne tužbe protiv obaveznog osiguravača sa prebivalištem u Evropskoj uniji. Isti zaključak važi i za naknadu štete koja poističe iz ugovora. U takvim slučajevima, dovoljno je da je direktna tužba dozvoljena bar jednim od nekoliko merodavnih prava koja se mogu primeniti na osnovu člana 18. Regulative Rim II.

Oštećeni koji ima prebivalište u EU ili u nekoj od država članica Luganske konvencije može podneti direktnu tužbu protiv stranog obaveznog osiguravača pred sudovima države svog prebivališta. Nadležnost postoji bez obzira na to da li je u konkretnom slučaju oštećeni "slabija strana" u odnosu na osiguravača. Pravo na podnošenje direktne tužbe nije ograničeno na obavezno osiguranje motornih vozila već se može primeniti na sve vrste osiguranja od odgovornosti.

Član 18. Regulative Rim II ujedno određuje i merodavno pravo za različite modalitete direktne tužbe. U slučajevima kada je merodavno pravo nekonstistentno, primenjuje se pravo koje je povoljnije za oštećenog. Nasuprot tome, član 18. Regulative Rim II nije relevantan za određivanje merodavnog prava po pitanju da li osiguravač ima pravo da uloži prigovor protiv svog osiguranika. Ovo pitanje je regulisano merodavnim pravom za ugovor o osiguranju. Isto važi i u pogledu merodavnog prava za dejstva prigovora osiguravača prema trećim licima.

Ključne reči: oštećena strana, šteta, direktna tužba, osiguranje od odgovornosti, sukob zakona, Regulativa Rim II, pravo osiguranja, nadležnost, odgovornost.

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 trial¹.

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)². Greece has been one of the first EU Member States to implement the Mediation Directive by enacting Law 3898/2010³ (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 mediator⁴. 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*)⁵; 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*)⁶; mediation may further be ordered by another EU court⁷ as well as be imposed by another provision of law (mediation *ex lege*)⁸. 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 obligations⁹. 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 Greece¹⁰ (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 Act¹¹.

Apart from the provisions of the Greek Mediation Act, a judicial mediation procedure is provided by Article 214B of the Greek Code of Civil Procedure¹² (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 trial¹³, 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 remarks¹⁴.

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)¹⁵. 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 attorneys¹⁶. The particular determination and adjudication of the hourly-based mediator's remuneration shall be made by the Minister of Justice¹⁷. It is to be noted that there is no provision about the mediator's remuneration in case of judicial mediation¹⁸. Apart from the mediator's remuneration, in both cases of mediation¹⁹, 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 fee²⁰.

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 disputes²¹ could only be applicable to mediation where recourse to mediation is required by the law or ordered by the court²². 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 mediation²³.

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 way²⁴. 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 mediation²⁵.

Applying the European regime, the Greek Mediation Act²⁶ refers to the Greek Code of Conduct for Mediators²⁷, 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 Act²⁸ 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 fraud²⁹ (by contrast with arbitrators, who are also liable for gross negligence³⁰). Furthermore, the Minister of Justice, Transparency and Human Rights can impose the sanction of temporary or permanent suspension of the mediator's accreditation³¹.

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 attorney³². 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 thereof³³.

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 disputes³⁴ 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 Directive³⁵. The ADR Directive shall be transposed to Greek law by 9 July 2015³⁶. 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.

tive³⁷ and fair³⁸ 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 524/2013³⁹ on online dispute resolution for consumer disputes (hereafter: the ODR Regulation), which is applicable from 9 January 2016⁴⁰. 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 platform⁴¹.

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 processes⁴².

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 inexpensive⁴³. 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 entities⁴⁴.

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]

Ανθιμος, Α. (2014). Οικονομικές πτυχές της διαμεσολάβησης. In Α. Καϊσης (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. Καϊσης (επιμ.), Δογματικά προβλήματα και εκφάνσεις της διαμεσολάβησης (pp. 79-85). Θεσσαλονίκη: Διεθνές Πανεπιστήμιο της Ελλάδος. [in English: Koltsaki, 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. Καϊσης (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. Καΐσης (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

Vassiliki Koumpli,

Naučno-istraživački saradnik,

Helenski institut za međunarodno i strano pravo, Atina,

Grčka

NEKA ZAPAŽANJA O POLOŽAJU SLABIJE STRANE U MEDIJACIJI

Rezime

Medijacija predstavlja pre svega filozofski koncept koji je poznat u gotovo svim civilizacijama. U savremenom društvu, promocija ovog koncepta se u velikoj meri zasniva na izvesnim političkim odlukama u pogledu načina upravljanja državom, koji je prvenstveno usmeren ka važnim ekonomskim i bužetskim pitanjima, funkcionisanju pravosudnog sistema kao i troškovima koje taj sistem podrazumeva za celo društvo. S obzirom da je medijacija relativno novi trend u pravosudnom sistemu, možemo se zapitati da li se i u kojoj meri jos uvek primenjuju tradicionalne procesne garancije. U tom pogledu, od velikog je značaja sagledati položaj osetljivije ili slabije strane u postupku medijacije. Pored pokušaja indentifikacije „osetljive ili slabije“ strane u procesu medijacije, svrha ovog rada je da proceni položaj „slabije strane“ u okviru dve specifične faze procesa medijacije: a) u fazi pristupanja procesu medijacije, sa posebnim osvrtom na moguće režime pravne pomoći, i b) u fazi sprovođenja postupka medijacije, sa posebnim osvrtom na ulogu medijatora i eventualnu potrebu da pravni zastupnici stranaka prisustvuju procesu i pomažu stankama. Na osnovu date analize, autor izvodi određene zaključke.

Ključne reči: *medijacija, osetljiva/slabija strana, pravna pomoć, medijator, nezavisnost, nepristrasnost, poverljivost, potrošači, alternativno rešavanje sporova, online rešavanje sporova.*

Andelija Tasić,
Asistentkinja Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

originalni naučni članak

UDK: 347.9:342.72/.73

Rad primljen: 30.06.2015.
Rad prihvaćen: 03.12.2015.

ZAŠTITA OD POZIVANJA NA ODGOVORNOST U ANTIDISKRIMINACIONOM PRAVU – NACIONALNI I EVROPSKI STANDARDI

Apstrakt: Predmet ovog rada jeste građanskopravna zaštita od diskriminacije u slučajevima pozivanja na odgovornost, tzv. viktimizacija. Sva tri antidiskriminaciona zakona – Zakon o zabrani diskriminacije, Zakon o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom i Zakon o ravnopravnosti polova sadrže odredbu o zabrani pozivanja na odgovornost, čime se zakonodavac ugledao na dva značajna akta EU u ovoj oblasti – Direktivu EU o rasnoj jednakosti i Direktivu EU o jednakosti pri zapošljavanju. Cilj rada jeste kritička analiza zakonskih propisa o zaštiti od viktimizacije, sa posebnim osvrtom na problem (preraspodele) tereta dokazivanja. U kojoj meri su pravila o viktimizaciji usklađena sa evropskim standardima, a u kom delu bi trebalo da budu drugačija, jasnija ili preciznije koncipirana, pitanja su na koja ovaj rad treba da ponudi odgovore.

Ključne reči: viktimizacija, antidiskriminacione parnice, postupak u parnicama za zaštitu od diskriminacije.

1. Uvodne napomene

Prilikom koncipiranja zakonskih rešenja na zakonodavcu leži teret izgradnje valjanog pravnog okvira koji prevashodno ima za cilj da zaštiti pojedinca od ugrožavanja, osporavanja ili povrede nekog njegovog prava. Zadatak zakonodavaca je, sem toga, da pojedinca (ili grupu lica)

* andjelija@prafak.ni.ac.rs

** Rad je rezultat istraživanja na projektu: „Usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske unije“, koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, u periodu 2013–2018. godine.

zaštiti i od svih onih (štetnih) posledica koje može da trpi zbog toga što uživa prava koja su mu pravnim propisima priznata. Čini se da taj izazov postaje još veći kada je reč o potpuno novim zakonskim propisima, kakvim se antidiskriminacioni propisi u Srbiji mogu smatrati.

Antidiskriminacioni pravni okvir, uz Ustav Republike Srbije¹, čine i Zakon o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom², Zakon o ravnopravnosti polova³ i Zakon o zabrani diskriminacije⁴. Sva tri zakona sadrže pravila materijalnopravne prirode, kao i pravila kojima se uređuje postupak za pružanje pravne zaštite. Cilj ovih pravnih propisa jeste zabrana diskriminacije, što je pravo koji predstavlja temelj savremenog demokratskog društva. Da bi se ovo pravo ostvarilo, pojedincu na raspolaganju stoje različiti mehanizmi pravne zaštite – ustavnopravna, krivičnopravna, građanskopravna i prekršajnopravna zaštita, kao i zaštita pred nezavisnim državnim organom – Poverenikom za zaštitu ravnopravnosti. Može se, međutim, desiti da namera da se pojedinac ili grupa zaštite od diskriminacije zapravo bude osnov za novo nejednako postupanje prema njima. Upravo će norme antidiskriminacionih propisa koje se odnose na zabranu pozivanja na odgovornost – viktimizaciju biti predmet kritičke analize u ovom radu. Ostvarivanje principa ravnopravnosti biće sagledano kroz prizmu odredaba nacionalnih i međunarodnih dokumenata o zaštiti od viktimizacije, a rezultati analize ovih pravnih propisa biće usmereni na predloge za unapređenje postojećih zakonskih rešenja i rešavanje dilema koja se u praksi mogu javiti.

2. Viktimizacija – pojam i normativni okvir

Zakon o zabrani diskriminacije, tzv. krovni antidiskriminacioni zakon, u čl. 9 izdvaja zabranu pozivanja na odgovornost kao poseban oblik diskriminacije, uz neposrednu i posrednu diskriminaciju, povredu načela jednakih prava i obaveza, udruživanje radi vršenja diskriminacije, govor mržnje, uznemiravanje i ponižavajuće postupanje i teške

1 Ustav Republike Srbije, *Sl. glasnik RS*, 98/2006.

2 Zakon o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom, *Sl. glasnik RS*, 33/06, u daljem tekstu i ZZD.

3 Zakon o ravnopravnosti polova, *Sl. glasnik RS*, 104/09, u daljem tekstu i ZRP.

4 Zakon o zabrani diskriminacije, *Sl. glasnik RS*, 22/2009, u daljem tekstu i ZZD.

5 Ova tri zakona predstavljaju tri ključna, sistemska zakona kojima je uređena oblast zaštite od diskriminacije. Sem njih, brojni drugi zakonski propisi fragmentarno se bavi i pitanjem jednakosti (Opširnije: Sudska građanskopravna zaštita od diskriminacije, 2012: 111–129).

oblike diskriminacije⁶. Ovim zakonom propisano je da diskriminacija postoji ako se prema licu ili grupi lica neopravdano postupa lošije nego što se postupa ili bi se postupalo prema drugima, isključivo ili uglavnom zbog toga što su tražili, odnosno nameravaju da traže zaštitu od diskriminacije ili zbog toga što su ponudili ili nameravaju da ponude dokaze o diskriminatorском postupanju.⁷

Već u 4. članu ZRP, istom onom u kome se definiše pojam diskriminacije, naglašava se da se diskriminacijom smatra i ako se prema licu neopravdano postupa lošije nego što se postupa prema drugome, isključivo ili uglavnom što je tražio ili namerava da traži pravnu zaštitu od diskriminacije ili je ponudio ili namerava da ponudi dokaze o diskriminatorском postupanju.

Zakon o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom, takođe, u čl. 6 propisuje da diskriminacija postoji i u slučaju da se prema diskriminisanom postupa gore nego što se postupa ili bi se postupalo prema drugome, isključivo ili uglavnom zbog toga što je diskriminisan tražio, odnosno namerava da traži pravnu zaštitu od diskriminacije ili zbog toga što je ponudio ili namerava da ponudi dokaze o diskriminatorском postupanju.

Pravila o viktimizaciji jesu pravila materijalnopravne prirode. Njima je, stoga, mesto u delu zakona u kome su uređeni pojam i oblici diskriminacije. Ovoj sistematizaciji pribegavaju i uporedna zakonodavstva iz regiona, sa izuzetkom bosanskohercegovačkog antidiskriminacionog zakona koji viktimizaciju uređuje u delu koji se tiče sudske građansko-pravne zaštite od diskriminacije⁸.

Viktimizacija se može javiti u dva vida – kao ona koja je usmerena na neposrednu žrtvu diskriminacije i ona koja je usmerena na druga lica. U prvom slučaju se lice koje je već pretrpelo diskriminaciju stavlja u neopravdano gori položaj, a u drugom slučaju se to čini licu koje na neki način pomaže žrtvi diskriminacije.

6 U literaturi se navodi da postoje dva osnovna oblika diskriminacije – neposredna i posredna diskriminacija, i da se svi ostali oblici diskriminacije mogu kvalifikovati kao jedan od ta dva oblika (Petrušić, Krstić, Marinković, 2014: 36–37).

7 Viktimizacija se uglavnom vezuje za sferu radnopravnih odnosa, pa se kao tužilac najčešće javlja zaposleni, a kao tuženi poslodavac koji viktimizaciju vrši povredom nekog prava iz oblasti radnog prava.

8 Zakon o zabrani diskriminacije, *Sl. glasnik BiH*, 59/09, čl. 18.

Razlog iz koga je uvedena norma o zabrani viktimizacije jeste, sa jedne strane, potreba da se pruži najšira pravna zaštita žrtvi diskriminacije, a, sa druge strane, da se ohrabre žrtva i svedoci diskriminacije da prijave svaku nedozvoljenu diskriminatorSKU radnju. Ova pravna norma odgovor je na viktimizaciju koja predstavlja vrstu nedopuštenog pritiska ili odmazde (Nezirović, 2012: 20).

Dve najznačajnije direktive Evropske unije u pogledu diskriminacije, Direktiva 2000/78/EC kojom se uspostavlja opšti okvir za jednako postupanje u vezi sa zapošljavanjem i profesijom (čl. 11)⁹ i Direktiva 2000/43/EC o implementaciji principa jednakog postupanja prema ljudima bez obzira na rasno ili etničko poreklo (čl. 9)¹⁰ zabranjuju viktimizaciju. Odredbama ovih direktiva od država članica traži se da uvedu neophodne mere kako bi se pojedinci zaštitili od bilo kakvog nepovoljnog tretmana ili štetnih posledica nastalih kao reakcija na pritužbu ili na postupke koji imaju za cilj poštovanje načela jednakog postupanja.¹¹

Evropska zakonodavstva uglavnom su preuzela definiciju viktimizacije koju sadrže navedene direktive. Ipak, neka zakonodavstva (Španija, Luksemburg) ograničila su viktimizaciju samo na sferu radnopravnih odnosa, dok se u Belgiji zaštita ne pruža svim licima (na primer onima koja pružaju podršku ili pomoć žrtvama diskriminacije) već samo žrtvama i neposrednim svedocima viktimizacije. Sa druge strane, u Velikoj Britaniji je, pre donošenja Zakona o ravnopravnosti 2010. godine, za viktimizaciju bio odgovoran i poslodavac koji ne želi da zaposli lice koje je prijavilo prethodnog poslodavca zbog diskriminacije, a ne samo neposredni učesnik događaja (prethodni poslodavac) (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 (u daljem tekstu i Direktiva o zapošljavanju).

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 (u daljem tekstu i Direktiva o rasnoj i etničkoj ravnopravnosti).

11 Iako Srbija još uvek nije članica Evropske unije, dokumenti ove organizacije od značaja su za nju budući da je 2008. godine potpisala Sporazum o stabilizaciji i pridru živanju, a marta 2012. godine dobila status kandidata za članstvo u ovoj organizaciji.

3. Elementi viktimizacije

Elementi viktimizacije jesu: 1) postojanje prethodne diskriminatorne radnje; 2) zahtev za pravnom zaštitom od diskriminacije (ili namera da se ona traži), ili, alternativno, nuđenje dokaza o postojanju diskriminacije (ili namera da se dokazi ponude); i 3) neopravdano gore postupanje prema licu koje traži ili namerava da traži pravnu zaštitu ili je ponudilo ili namerava da ponudi dokaze o diskriminatorskom postupanju.

Postojanje prethodne diskriminatorne radnje predstavlja prvi uslov za postojanje viktimizacije. Zakonodavac je, dakle, viktimizaciju ograničio na slučajeve koji se tiču prijavljivanja isključivo radnje diskriminacije, a ne bilo kog protivpravnog ponašanja tuženog. Ukoliko bi neopravdano gore ponašanje tuženog usledilo nakon što ga je tužilac, na primer, prijavio zbog kršenja propisa iz oblasti zaštite životne sredine,¹² ili nameravao da ponudi dokaze o tome, više se ne bi govorilo o viktimizaciji kao o posebnom obliku diskriminacije. To, pak, ne bi isključilo mogućnost da tužilac vodi parnicu protiv tuženog jer je neopravdano gore postupao prema njemu isključivo zbog toga što je prijavio njegovo nezakonito postupanje.

Postoje različiti oblici pravne zaštite koji diskriminisanom licu stoje na raspolaganju. Građanskopravna zaštita od diskriminacije može se tražiti tužbom, kao inicijalnom parničnom radnjom kojom se pokreće postupak u parnicama za zaštitu od diskriminacije (čl. 41 ZZD). Dalje, krivičnom prijavom može se tražiti krivičnopravna zaštita od diskriminacije, budući da je Krivičnim zakonikom¹³ regulisan određen broj krivičnih dela u vezi sa diskriminacijom. Prekršajnom prijavom pokreće se prekršajni postupak, takođe regulisan Zakonom o zabrani diskriminacije (glava VIII ZZD). Ustavnopravna zaštita ostvaruje se

12 Ovo pravilo može se uporediti sa pravilima Zakona o zaštiti uzbunjivača (*Sl. glasnik RS*, 128/14). Ovim zakonom taksativno su nabrojane informacije na koje se zaštita od uzbunjivanja odnosi. Tako, zakonodavac sankcioniše otkrivanje informacija o kršenju propisa, kršenju ljudskih prava, vršenju javnog ovlašćenja protivno svrsi zbog koje je povereno, opasnosti po život, javno zdravlje, bezbednost, životnu sredinu, kao i radi sprečavanja štete velikih razmera. Zabranjeno je svako činjenje ili nečinjenje u vezi sa uzbunjivanjem kojim se uzbunjivaču ili licu koje ima pravo na zaštitu kao uzbunjivač ugrožava ili povređuje pravo, odnosno kojim se to lice stavlja u nepovoljniji položaj.

13 *Sl. glasnik RS*, 85/05, 88/05-ispr, 107/05-ispr, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13 i 108/14. Ovim zakonom inkriminisana su tri krivična dela u vezi sa diskriminacijom: povreda ravnopravnosti (čl. 128), povreda prava upotrebe jezika i pisma (čl. 129) i druga diskriminacija (čl. 387), kao i čitav niz krivičnih dela protiv ljudskih prava i sloboda koja u sebi sadrže i elemente diskriminacije.

putem kontrole ustavnosti i zakonitosti zakona i drugih opštih akata kao i odlučivanjem po ustavnoj žalbi. Pritužbom Povereniku za zaštitu ravnopravnosti pokreće se postupak pred posebnim državnim organom ustanovljenim ZZD koji, između ostalog, daje mišljenja i preporuke u konkretnim slučajevima i izriče meru opomene i obaveštavanja javnosti o izrečenoj opomeni (čl. 33 i 40 ZZD).¹⁴ Postoji dilema da li se pod zaštitom od diskriminacije podrazumeva i, na primer, zaštita koju žrtva diskriminacije traži od poslodavca u pogledu diskriminacije koju trpi od njega ili drugog zaposlenog.¹⁵

Zakonom nije predviđeno da je uslov za postojanje viktimizacije i da je diskriminacija zaista utvrđena odlukom suda ili drugog državnog organa. U literaturi se navodi da bi uslovljavanje zaštite od viktimizacije uspehom u dokazivanju diskriminacije bilo suprotno svrsi viktimizacije i lišilo bi je njene efikasnosti (Hanušić: 22–23). Smatram, ipak, da se ne bi svako prijavljivanje diskriminacije moglo smatrati razlogom za viktimizaciju, već samo ono koje *nije* usmereno na zloupotrebu propisa o zaštiti od diskriminacije i *nije* potkrepljeno informacijom za koju tužilac zna da nije istinita.

Kako je namera da se zaštita od diskriminacije traži ili da se ponude dokazi o postojanju diskriminacije još jedan od osnova za viktimizaciju, a zakonodavac nije dalje razradio ovaj pojam, smatram da ona mora biti ili saopštena tako da tuženom nije mogla da ostane nepoznata ili da proizlazi iz konkludentnih radnji tužioca (prikupljanje dokaza, informisanje o pravima povodom viktimizacije). Svakako, ovo je jedno od područja koje treba biti preciznije uređeno *de lege ferenda*.

Neopravdano gore postupanje prema licu koje je tražilo zaštitu od diskriminacije ili ponudilo dokaze o diskriminatorском postupanju

14 Prilikom koncipiranja različitih mehanizama za zaštitu od diskriminacije, zakonodavac je omogućio da se povodom istog akta diskriminacije paralelno vodi veći broj različitih antidiskriminacionih postupaka. To otvara brojna sporna pitanja, među kojima su i litispendencija ili rešavanje prethodnog pitanja. O ovom problemu u kontekstu postupka po pritužbama pred Poverenikom za zaštitu ravnopravnosti i drugih antidiskriminacionih postupaka opširnije: Petrušić, Grubač, 2014: 69–87.

15 Primer iz danskog prava pokazuje da je za postojanje viktimizacije dovoljno bilo i to što je stjuardesa jedne avio kompanije podnela pritužbu upravi kompanije da je diskriminisana na osnovu rasne pripadnosti. Kompanija jeste uzela pritužbu u razmatranje, ali je propustila da obavesti stjuardesu o ishodu disciplinskog postupka. Kako je stjuardesa odbila da učestvuje u postupku medijacije, kompanija je to iskoristila kao razlog da joj ne produži ugovor (Farkas, 2011: 39).

(ili imalo takvu nameru) utvrđuje se u postupku u parnicama za zaštitu od diskriminacije.

4. Postupak u parnicama za zaštitu od diskriminacije u slučajevima viktimizacije

Zakonom o zaštiti od diskriminacije propisan je poseban parnični postupak za zaštitu od diskriminacije. To je nepotpun postupak kojim su, uglavnom, propisana odstupanja od opštih pravila parnične procedure, a na pitanja koja nisu regulisana ovim zakonom shodno se primenjuju odredbe Zakona o parničnom postupku¹⁶.

Da se žrtvi viktimizacije pruža mogućnost da zaštitu traži u postupku u parnicama za zaštitu od diskriminacije regulisanim ZZD u skladu je, između ostalog, i sa odlukom Evropskog parlamenta u kojoj je istaknuto da bi se delotvorno ostvarivanje principa ravnopravnosti pospešilo ukoliko bi se pravila o preraspodeli tereta dokazivanja u parničnom i upravnom postupku proširila i na zaštitu od viktimizacije.¹⁷

4.1. Oblici građanskopravne zaštite u slučajevima viktimizacije

Tužilac u parnici može da traži: zabranu izvršenja radnje od koje pretila diskriminacija, zabranu daljeg vršenja radnje diskriminacije, odnosno zabranu ponavljanja radnje diskriminacije; utvrđenje da je tuženi diskriminatorski postupao prema tužiocu ili drugome; izvršenje radnje radi uklanjanja posledica diskriminatorskog postupanja; naknadu materijalne i nematerijalne štete i objavljivanje presude (čl. 43 ZZD).

Viktimizacija, kao oblik diskriminacije, može biti povod za isticanje svih pravozaštitnih zahteva predviđenih ZZD.

Titulari prava na zaštitu od viktimizacije jesu: 1) lice (grupa lica) koje je tražilo zaštitu od diskriminacije; 2) lice (grupa lica) koje namerava da traži zaštitu od diskriminacije; 3) lice (grupa lica) koje je ponudilo dokaze o diskriminatorskom ponašanju i 4) lice (grupa lica) koje namerava da ponudi dokaze o diskriminatorskom postupanju. Titulari su, dakle, žrtva diskriminacije koja je tražila ili namerava da

16 Zakon o parničnom postupku u, *Sl. glasnik RS*, 72/2011, 49/2013-odluke US, 74/2013-odluke US i 55/2014, u daljem tekstu i ZPP.

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.

traži zaštitu od diskriminacije kao i osoba koja pomaže ili namerava da pomogne diskriminisanom licu u ostvarivanju njegovog prava.

4.2. Teret dokazivanja u parnicama za zaštitu od diskriminacije u slučajevima viktimizacije

Teret dokazivanja jedan je od najznačajnijih pravnih instituta u anti-diskriminacionim parnicama. Uvažavajući specifičan položaj žrtve diskriminacije, koja retko na raspolaganju ima dokazna sredstva kojima bi dokazala svoje tvrdnje, zakonodavac je propisao pravila o preraspodeli tereta dokazivanja. Prema ovim pravilima, sadržanim u čl. 45 ZZD, ako je sud utvrdio da je izvršena radnja neposredne diskriminacije¹⁸ ili je to među strankama nesporno, tuženi se ne može osloboditi od odgovornosti da nije kriv. Ukoliko tužilac učini verovatnim da je tužen izvršio akt diskriminacije, teret dokazivanja da usled tog akta nije došlo do povrede načela jednakosti, odnosno povrede načela jednakih prava i obaveza snosi tuženi.

U kontekstu zaštite od viktimizacije postavlja se pitanje ko sa kakvim stepenom verovatnoće treba da dokaže koju od svojih tvrdnji.

Lice koje je tražilo zaštitu od diskriminacije treba da uveri sud: 1) da je tražilo zaštitu od diskriminacije i 2) da je usled toga trpelo štetne posledice. Dokazivanje prvog navoda ne bi trebalo da stvara poteškoće tužiocu. Ukoliko je postupak protiv tuženog pokrenut ili već okončan, tužilac će kao dokazno sredstvo priložiti inicijalni akt ili odluku suda ili drugog organa. Čak i da je tom odlukom utvrđeno da do diskriminacije nije došlo, to ne bi trebalo da predstavlja prepreku za vođenje postupka za zaštitu od viktimizacije. Na dokazivanje okolnosti da je tužilac tražio zaštitu od diskriminacije primeniće se pravila opšteg parničnog postupka o teretu dokazivanja, dok će se na dokazivanje postojanja diskriminacije primeniti pravila o preraspodeli tereta dokazivanja.

Lice koje namerava da traži zaštitu od diskriminacije, treba, pak, da uveri sud: 1) da je do diskriminacije došlo; 2) da je zbog toga nameravalo da traži zaštitu; 3) da je tuženi znao za njegovu nameru i 3) da usled navoda pod 1), 2) i 3) trpi štetne posledice. Ostaje diskutabilno da li je zaista potrebno da je utvrđeno postojanje diskriminacije ili je dovoljno

¹⁸ Prema čl. 6 ZZD neposredna diskriminacija postoji ako se lice ili grupa lica zbog njegovog odnosno njihovog ličnog svojstva u istoj ili sličnoj situaciji, bilo kojim aktom, radnjom ili propuštanjem, stavljaju ili su stavljeni u nepovoljniji položaj, ili bi mogli biti stavljeni u nepovoljniji položaj.

da tužilac opravdano veruje da se ponašanje tuženog može kvalifikovati kao akt diskriminacije. Pitanje postojanja diskriminacije postavilo bi se, smatram, kao prethodno pitanje u ovoj parnici.

Kako antidiskriminacioni zakoni nemaju posebna pravila o rešavanju prethodnog pitanja, shodno se primenjuju odredba ZPP. Prema čl. 12 ZPP, ako odluka zavisi od prethodnog rešenja pitanja da li postoji neko pravo ili pravni odnos, a o tom pitanju nije doneo odluku sud ili drugi nadležni organ, sud može sam da reši to pitanje ako posebnim propisima nije drugačije propisano. Odluka suda o prethodnom pitanju ima pravno dejstvo samo u parnici u kojoj je to pitanje rešeno. Na rešavanje prethodnog pitanja potrebno je primeniti pravila o preraspodeli tereta dokazivanja, te će na tužiocu biti da učini verovatnim da je do diskriminatorskog postupanja došlo a na tuženom da usled tog akta nije došlo do povrede načela jednakih prava i obaveza.

Ukoliko sud nađe da do diskriminacije nije došlo, „otpao“ bi jedan od uslova za postojanje viktimizacije pa se neopravdano različito ponašanje tuženog više ne bi moglo kvalifikovati kao ovaj oblik diskriminacije, što ne znači nužno da ono ne bi bilo sankcionisano po nekom drugom osnovu. Nešto teže jeste dokazivanje činjenice da je tužilac nameravao da traži zaštitu od diskriminacije (i da je tuženi o tome bio obavešten). Ovo se, takođe, mora dokazati, jer ukazuje na uzročno-posledičnu vezu između (nameravanog) ponašanja diskriminisanog lica i novog akta diskriminacije. Ovde će se, čini se, primeniti standardna pravila dokazivanja – ko nešto tvrdi, to treba i da dokaže, te će na tužiocu biti da dokaže da je poslodavac znao da on namerava da traži pravnu zaštitu, tj. da dokaže motiv poslodavca¹⁹. Naposljetku, potrebno je da se dokaže da usled toga što je nameravo da traži pravnu zaštitu trpi diskriminatorско postupanje. Na dokazivanje poslednjeg se, svakako, primenjuju pravila o preraspodeli tereta dokazivanja.

Nešto je složenija situacija u kojoj zaštitu od diskriminacije traži lice koje je ponudilo dokaze o diskriminatorском ponašanju. To lice, dakle, nije bilo neposredna žrtva diskriminatorskog postupanja već je svojim postupanjem doprinelo dokazivanju slučaja diskriminacije. Na njemu je da, u slučaju viktimizacije, dokaže: 1) da je ponudilo dokaze o diskriminatorском postupanju i 2) da usled toga trpi štetne posledice-

¹⁹ „Motiv“ nije termin svojs tven antidiskriminacionim parnicama, već diskriminacioni vrši diskriminaciju zbog određenog ličnog svojstva koje diskriminisanima ima. Ipak, kako se za razlog vršenja diskriminacije u ovom slučaju ne može koristiti termin „lično svojstvo“, smatrala sam da je i termin „motiv“ odgovarajući.

ce. Pitanje je da li se u ovoj parnici postojanje diskriminacije za koju je tužilac ponudio dokaze javlja kao prethodno pitanje. Čini se da, samim tim što akt ponude dokaza može da se dokaže, nema potrebe da se dokazuje i postojanje diskriminacije jer to nije od značaja za ishod postupka o viktimizaciji.

Najzahtevnija je situacija u kojoj se nalazi lice koje namerava da ponudi dokaze o diskriminatorskom postupanju. Za postojanje viktimizacije od značaja je: 1) da je tužilac nameravao da ponudi dokaze o diskriminatorskom postupanju; 2) da je tuženi znao za tu činjenicu; 3) da tužilac trpi štetne posledice usled navoda pod 1) i 2). Za razliku od prethodnog slučaja, ovde može biti važno i da li je do diskriminacije zaista došlo ili je bar kod tužioca postojalo uverenje da je do diskriminacije došlo. Da diskriminacije nije bilo, onda bi se namera tužioca da ponudi dokaze mogla smatrati i šikanoznim ponašanjem, a osnov viktimizacije, odnosno različitog ponašanja jer je tužilac nameravao da ponudi dokaz o diskriminatorskom postupanju, otpao bi. Svakako, na taj način ne bi bila dovedena u pitanje mogućnost da je tuženi neopravdano različito postupao prema tužiocu, samo bi osnov zbog koga je to radio bio drugačiji.

Postupak u parnicama za zaštitu od diskriminacije je hitan. Da bi se sprečila nenadoknadiva šteta, tužilac može tražiti izricanje privremene mere.

5. Zaključne napomene

Sva tri antidiskriminaciona zakona kao poseban oblik diskriminacije izdvajaju i zabranu pozivanja na odgovornost – viktimizaciju. Unošenjem ove norme u zakonski tekst zakonodavac je pokazao da sledi evropske trendove, kako one diktirane direktivama Evropske unije, tako i rešenjima iz uporednog zakonodavstva. Iako je zakonodavac obuhvatio širok krug aktivno procesno legitimisanih subjekata, stiče se utisak da nije sagledao praktične probleme koji se mogu pojaviti prilikom primene propisa o viktimizaciji. Nedovoljno jasni uslovi pod kojima se može tražiti zaštita od viktimizacije, otvaranje prethodnog pitanja i preraspodela tereta dokazivanja samo su neka od područja koja se u praksi mogu javiti kao sporna. Iz tih razloga, zakonodavac bi ubuduće trebalo da posveti više pažnje ovom obliku diskriminacije i preciznije i detaljnije uredi ovu oblast.

Literatura

- 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
- Nezirović, G. (2012). *Postupci za zaštitu od diskriminacije*, Preuzeto: 22.9.2015. www.rs.cest.gov.ba
- Petrušić, N. Grubač, M. (2014). Uzajamni odnos postupka pred Poverenikom za zaštitu ravnopravnosti i drugih antidiskriminacionih postupaka. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu.* 66 (2014). 69–87
- Petrušić, N. Krstić, I. Marinković, T. (2014). *Komentar Zakona o zabrani diskriminacije.* Beograd: Pravosudna akademija
- Sudska građanskopravna zaštita od diskriminacije.* (2012). Beograd: Poverenik za zaštitu ravnopravnosti
- 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
- Zakon o zabrani diskriminacije, *Službeni glasnik RS*, Br. 22. 2009
- Zakon o zabrani diskriminacije, *Službeni glasnik BiH*, Br. 59. 2009
- Zakon o zaštiti uzbunjivača, *Službeni glasnik RS*. Br. 128. 2014
- Zakon o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom, *Službeni glasnik RS*. Br. 33. 2006
- Zakon o ravnopravnosti polova, *Službeni glasnik RS*. Br. 104. 2009
- Zakon o parničnom postupku, *Službeni glasnik RS*, Br. 72. 2011, 49. 2013 – odluka
- US, 74. 2013 – odluka US i 55. 2014
- Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, Br. 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.*

ZBORNİK RADOVA PRAVNOG FAKULTETA U NIŠU (M51)

UPUTSTVO AUTORIMA

Opšte napomene	Rukopis rada kompjuterski obraditi korišćenjem programa <i>Word</i> , u fontu <i>Times New Roman Ćirilica (Serbian-Cyrillic)</i> , (osim originalnih latiniĉnih navoda), veliĉina fonta 12 pt , razmak izmeĊu redova 1,5. Format stranice treba da
Obim rada	Jedan autorski tabak - rad ne treba da ima više od 40.000 karaktera ,
Jezik i pismo	Jezici na kojima se mogu objavljivati radovi su srpski, engleski, ruski, francuski i nemaĉki.
Naslov rada	Naslov rada kucati veliĉinom fonta 14 pt, bold , Times New Roman
Autor(i)	Ime i prezime autora, naziv i puna adresa institucije u kojoj autor radi, kontakt e-mail adresa (veliĉina fonta 12 pt). Sve podatke o autorima, titula i institucija,
Podaci o projektu ili programu*	Na dnu prve stranice teksta, treba navesti u fusnoti sledeće: Naziv i broj projekta, naziv programa, naziv institucije koja finansira projekat.
Podaci o usmenom saopštenju rada*	Ako je rad bio izložen na nauĉnom skupu u vidu usmenog saopštenja pod istim ili sliĉnim nazivom, podatak o tome treba navesti u
Apstrakt	Apstrakt sadrži 100-250 reĉi.
Kljuĉne reĉi	Ne više od 10 kljuĉnih reĉi na srpskom i engleskom jeziku (Key words).
Struktura teksta	<ol style="list-style-type: none"> 1. Uvod 2. Podnaslov 1 <ol style="list-style-type: none"> 2.1. Podnaslov 2 <ol style="list-style-type: none"> 2.1.1. Podnaslov 3 3. Podnaslov 2 4. Zakljuĉak <p>Naslovi i podnaslovi pišu se fontom 12 pt, bold.</p>
Literatura (References)	Piše se nakon teksta, kao posebna sekcija. Poredati sve jedinice azbuĉnim redom po prezimenu autora, a kod istog autora, po godini izdavanja (od najnovije do najstarije). Molimo autore da iskljuĉe komandu numbering, tj. bez brojeva ispred. (Pogledati tabelu na kraju uputstva).
Rezime (Summary)	Piše se na kraju teksta posle Literature, duŹine do 2 000 karaktera
Tabele, grafikoni, slike	Tabele uraditi u Wordu ili Excelu. Fotografije, grafikoni ili slike dostaviti u formatu jpg.
Autorska prava	Autori radova potpisuju saglasnost za prenos autorskih prava. Izjavu preuzeti ovde .
Dostava radova	Radovi se dostavljaju u elektronskom obliku (kao attachment) na sledeću adresu: zbornik@prafak.ni.ac.rs
Ogledni primerak rada	Ovde moŹete preuzeti OGLEDNI PRIMERAK RADA

* Ovi podaci unose se samo u sluĉaju da rad ispunjava navedene uslove (projekat ili saopštenje)

UPUTSTVO ZA CITIRANJE LITERATURE

Navođenje citata treba uraditi **u tekstu**, kao što je navedeno u uputstvu. **Fus note** koristiti samo kada je neophodno pružiti dodatno objašnjenje ili propratni komentar, kao i u slučaju pozivanja na normativni akt, službena glasila i odluke sudova.

Citati i pozivi na literaturu u tekstu i lista bibliografskih jedinica na kraju teksta moraju se u potpunosti slagati. Svaki citat iz teksta i poziv na literaturu mora da se nađe na listi bibliografskih jedinica, odnosno, svaka bibliografska jedinica navedena u literaturi mora da se nađe u tekstu. Poziv na bibliografske jedinice navodi se u originalnom pismu, bez prevođenja.

Vrsta rada	Reference – literatura	Citiranje u tekstu
Knjiga, 1 autor	Kelzen, H. (2010). <i>Opšta teorija prava i države</i> . Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.	(Kelzen, 2010: 56)
Knjiga, Više autora	Dimitrijević, V. Popović, D. Papić, T. Petrović, V. (2007). <i>Međunarodno pravo ljudskih prava</i> . Beograd: Beogradski centar za ljudska prava.	Prvo citiranje u tekstu: (Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 128) Naredno citiranje u tekstu: (Dimitrijević et al. 2007: 200)
Kolektivno autorstvo	<i>Oxford Essential World Atlas</i> . (1996). 3.ed. Oxford: Oxford University Press.	(Oxford, 1996: 245)
Rad ili deo knjige koja ima priredivača	Nolte, K. (2007). Zadaci i način rada nemačkog Bundestaga. U Pavlović, V. i Orlović, S. (Prir.). <i>Dileme i izazovi parlamentarizma</i> . Beograd: Konrad Adenauer Stiftung. 279-289.	(Nolte, 2007: 280)
Članak u časopisu	Marković, R. (2006). Ustav Republike Srbije iz 2006 – kritički pogled. <i>Anali Pravnog fakulteta u Beogradu</i> . 2(LIV). 5-46	(Marković, 2006: 36)
Enciklopedija	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha encyclopedia of Japan</i> . Vol. 2. Tokyo: Kodansha. 1-3.	(Pittau, 1983: 3)
Institucija kao autor	Republički zavod za statistiku. (2011). <i>Mesečni statistički bilten</i> . Br. 11.	(Republički zavod za statistiku, 2011)
Propisi	Zakon o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja. <i>Službeni glasnik RS</i> . Br. 62. 2004.	Fus nota: Čl. 12. Zakona o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja, <i>Sl. glasnik RS</i> , 62/04
Sudske odluke	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905 ili <i>Omojudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10 ili Odluka Ustavnog suda IU-197/2002. <i>Službeni glasnik RS</i> . Br. 57. 2003.	Fus nota: Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] <i>ulu</i> Одлука Уставног суда ІУ-197/2002
Elektronski izvori	Wallace, A.R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Preuzeto 15.11.2005. http://www.gutenberg.org/etext/2530_ili European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Preuzeto 24.5.2007. http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp	Navođenje u tekstu: (Wallace, 2001) Fus nota: European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Preuzeto 24.5.2007. http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp

Journal of the Law Faculty, University of Niš (M51)

GUIDELINES FOR AUTHORS

General notes	The paper shall be processed in <i>MS Word (doc.)</i> format: paper size A4; font Times New Roman (Serbian-Cyrillic) , except for papers originally written in <i>Latin</i> script; font size 12 pt; line spacing 1,5.
Paper length	The paper shall not exceed 16 pages. An article shall not exceed 40.000 characters (including spaces). A review shall not exceed 6.000 characters (including spaces).
Language and script	Papers may be written in Serbian, English, Russian, French and German.
Paper Title	The paper title shall be formatted in font Times New Roman , font size 14 pt, bold . The title shall be submitted in English as well.
Author(s)	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.
Data on the project or program*(optional)	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.
Data on the oral presentation of the paper*(optional)	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.
Abstract	The abstract shall comprise 100 - 250 words at the most
Key words	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.
Text structure	<ol style="list-style-type: none"> 1. Introduction 2. Chapter 1 <ol style="list-style-type: none"> 2.1. Section 2 <ol style="list-style-type: none"> 2.1.1. Subsection 3 3. Chapter 2 4. Conclusion <p>All headings (Chapters) and subheadings (Sections and Subsections) shall be in <i>Times New Roman</i>, font 12 pt, bold.</p>
References	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 Guidelines for Authors .
Summary	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.
Tables, graphs, figures	Tables shall be prepared in <i>MS Word</i> or in <i>Excell</i> . Photos, graphs or figures shall be in jpg . format.
Copyright	The authors are obliged to sign a written consent on the transfer of copyright. The Author's Statement may be downloaded here .
Paper submission	The papers shall be submitted in electronic format (as an attachment) to the following address: zbornik@prafak.ni.ac.rs

* 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)	Kelzen, H. (2010). <i>Opšta teorija prava i države</i> . Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu	(Kelzen, 2010: 56)
Book, (a number of authors)	Dimitrijević, V., Popović, D., Papić, T., Petrović, V. (2007). <i>Međunarodno pravo ljudskih prava</i> . Beograd: Beogradski centar za ljudska prava	First in-text citation: (Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 128) A subsequent in-text citation: (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). Zadaci i način rada nemačkog Bundestaga. U V.Pavlović i S.Orlović (Prir.), <i>Dileme i izazovi parlamentarizma</i> (str. 279-289). Beograd: Konrad Adenauer Stiftung	(Nolte, 2007: 280)
Article in a journal	Marković, R. (2006). Ustav Republike Srbije iz 2006 – kritički pogled. <i>Anali Pravnog fakulteta u Beogradu</i> . 2(LIV). 5-46	(Marković, 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	Republički zavod za statistiku. <i>Mesečni statistički bilten</i> . Br. 11 (2011)	(Republički zavod za statistiku, 2011)
Legal acts and regulations	Zakon o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja. <i>Službeni glasnik RS</i> . Br. 62 (2004)	Footnote: Čl. 12. Zakona o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja, <i>Sl. glasnik RS</i> , 62/04
Court decisions	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905 ili <i>Omojudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10 ili Odluka Ustavnog suda IU-197/2002, <i>Službeni glasnik RS</i> . Br. 57 (2003)	Footnote: Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] <i>ulu</i> Одлука Уставног суда ІУ-197/2002
Online sources	Wallace, A. R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Retrieved 15. November. 2005, from http://www.gutenberg.org/etext/2530 or European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24. May. 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp	In-text citation: (Wallace, 2001) Footnote: European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24. May. 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp