
UDK 34(058)



ISSN 0350-8501

УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

**ЗБОРНИК РАДОВА
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ**

БРОЈ 86 | ГОДИНА LVIX | 2020

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

№ 86 | YEAR LVIX | 2020

НИШ, 2020.

ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ

Ниш, 2020.

Издавач

Правни факултет у Нишу

За издавача

Проф. др Горан Обрадовић, декан

Главни и одговорни уредник

Проф. др Ирена Пејић,
редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

Чланови Редакционог одбора

Др Мартин Белов, редовни професор
Правног факултета, Универзитет
"Климент Охридски" у Софији, Бугарска

Др Серјогин Андреј Викторовић, доцент
Правног факултета Јужног федералног
универзитета, Ростов на Дону, Руска
Федерација

Dr Spyridon Vrelis, Professor emeritus, Faculty of Law, University of Athens, Prof. and Dr. h.c. (ELTE Budapest)

Dr Michael Geistlinger, професор
Универзитета, Салцбург, Аустрија

Др Сашо Георгијевски, редовни професор
Правног факултета "Јустинијан Први" у
Скопљу, Република Северна Македонија

Др Марина Димитријевић, редовни
професор Правног факултета
Универзитета у Нишу

Др Владимир Ђурић, научни сарадник
Института за упоредно право у Београду

Др Гордана Илић-Попов, редовни
професор Правног факултета
Универзитета у Београду

Dr Mustafa Yasan, доцент Правног
факултета, Универзитет "Sakarya", Турска

Др Тодор Каламатијев, редовни професор
Правног факултета "Јустинијан Први" у
Скопљу, Република Северна Македонија

Др Весна Кнежевић Предић, редовни
професор Факултета политичких наука,
Универзитета у Београду

Др Мирослав Лазић, редовни професор
Правног факултета Универзитета у Нишу

Др Златан Мешкић, ванредни професор
Правног факултета Универзитета у
Зеници, Босна и Херцеговина

Др Душица Миладиновић-Стефановић,
ванредни професор Правног факултета
Универзитета у Нишу

Др Хајрија Мујовић, научник саветник
Института друштвених наука у Београду

Др Драган Николић, редовни професор
Правног факултета Универзитета у Нишу

Др Душан Николић, редовни професор
Правног факултета Универзитета у
Новом Саду

Др Владан Петров, редовни професор
Правног факултета Универзитета у
Београду

Др Невена Петрушић, редовни професор
Правног факултета Универзитета у Нишу

Др Дарко Радић, редовни професор
Правног факултета у Бањој Луци,
Република Српска, Босна и Херцеговина

Др Жељко Радић, редовни професор
Правног факултета Свеучилишта у
Сплиту, Хрватска

Др Небојша Раичевић, редовни професор
Правног факултета Универзитета у Нишу

Др Дарко Симовић, редовни професор
Криминалистичко-полицијског
Универзитета у Београду

Др Драгољуб Тодић, научни саветник
Института за међународну политику и
привреду у Београду

Др Димитрије Ђеранић, доцент Правног
факултета у Источном Сарајеву,
Република Српска, Босна и Херцеговина

Др Сања Ђопић, виши научни сарадник
Института за криминолошка и
социолошка истраживања у Београду

Уредник рубрике: Доц. др Михајло Цветковић

Секретар Редакционог одбора: Сања Ђорђевић Алексовски,
асистент Правног факултета Универзитета у Нишу

Лектура радова и превод резимеа: Гордана Игњатовић (енглески)

Лектура: Александра Гојковић (српски)

Технички уредник: Ненад Милошевић

Технички уредник онлајн издања: Владимир Благојевић

Штампа: Графика Галџи Ниш

Тираж: 120

Зборник радова Правног факултета у Нишу
под називом Collection of Papers, Faculty of Law, Nis је у пуном тексту доступан
у HeinOnline бази података, EBSCO бази Legal Source, као и у бази Central and Eastern
European Online Library – CEEOL.

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

COLLECTION OF PAPERS, FACULTY OF LAW, NIS

NIŠ, 2020

Publisher:

Faculty of Law, University of Niš

For the Publisher:

Prof. dr Goran Obradović, Dean

Editor-in-Chief:

Irena Pejić, LL.D, Full Professor
Faculty of Law, University of Niš

Editorial Board of the Law Faculty Journal

Prof. dr Martin Belov, Full Professor, Faculty of Law, Sofia University "St. Kliment Ohridski", Sofia, Bulgaria

Doc. dr Seryogin Andrey Viktorovich, Assistant Professor, Faculty of Law, Southern Federal University, Rostov-on-Don, Russian Federation

Dr Spyridon Vrelis, Professor emeritus, Faculty of Law, University of Athens, Prof. and Dr. h.c. (ELTE Budapest)

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

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

Prof. dr Marina Dimitrijević, Full Professor, Faculty of Law, University of Niš, Serbia

Dr Vladimir Đurić, Research Associate, Institute of Comparative Law, Belgrade, Serbia

Prof. dr Gordana Ilić-Popov, Full Professor, Faculty of Law, University of Belgrade, Serbia

Doc. dr Yasan Mustafa, Assistant Professor, Faculty of Law, Sakarya University, Turkey

Prof. dr Todor Kalamatijev, Full Professor, Faculty of Law "Iustinianus Primus", Ss. Cyril and Methodius University, Skopje, Macedonia

Prof. dr Vesna Knežević Predić, Full Professor, Faculty of Political Science, University of Belgrade, Serbia

Prof. dr Zlatan Meškić, Associate Professor, Faculty of Law, University of Zenica, Bosnia and Herzegovina

Prof. dr Miroslav Lazić, Full Professor, Faculty of Law, University of Niš, Serbia

Doc. dr Dušica Miladinović Stefanović, Associate Professor, Faculty of Law, University of Niš, Serbia

Dr Hajrija Mujović, Research Fellow, Institute of Social Sciences, Belgrade, Serbia

Prof. dr Dragan Nikolić, Full Professor, Faculty of Law, University of Niš, Serbia

Prof. dr Dušan Nikolić, Full Professor, Faculty of Law, University of Novi Sad, Serbia

Prof. dr Vladan Petrov, Full Professor, Faculty of Law, University of Belgrade, Serbia

Prof. dr Nevena Petrušić, Full Professor, Faculty of Law, University of Niš, Serbia

Prof. dr Darko Radić, Full Professor, Faculty of Law, University of Banja Luka, Republic of Srpska, Bosnia and Herzegovina

Prof. dr Željko Radić, Full Professor, Faculty of Law, University of Split, Croatia

Prof. dr Nebojša Raičević, Full Professor, Faculty of Law, University of Niš, Serbia

Prof. dr Darko Simović, Full Professor, University of Criminal Investigation and Police Studies Zemun, Belgrade, Serbia

Dr Dragoljub Todić, Research Fellow, Institute of International Politics and Economics, Belgrade, Serbia

Doc. dr Dimitrije Ćeranić, Assistant Professor, Faculty of Law in East Sarajevo, Republic of Srpska, Bosnia and Herzegovina

Dr Sanja Ćopić, Senior Research Associate, Institute of Criminological and Sociological Research, Belgrade, Serbia

Column Editor: Mihajlo Cvetković, LL.D

Secretary of the Editorial Board: Sanja Đorđević Aleksovski

Proofreading and Translation (summaries): Gordana Ignjatović (English)

Proofreading: Aleksandra Gojković (Serbian)

Layout editor: Nenad Milošević

Online Journal editor: Vladimir Blagojević

Print: Grafika Galeb Niš

Circulation: 120

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>
<http://home.heinonline.org/titles/Law-Journal-Library/Collection-of-Papers-Faculty-ofLaw-Nis/?letter=C>
Central and Eastern European Online Library – CEEOL

САДРЖАЈ / CONTENTS

Уводна реч..... XI

Editor's Introductory Note..... XII

І ЧЛАНЦИ / ARTICLES

У ФОКУСУ / IN FOCUS

ВАНБРАЧНА ЗАЈЕДНИЦА / COHABITATION

Nataša Lucić,

Dunja Duić,

Davor Muhvić,

Izvanbračna zajednica: Analiza međunarodnih i europskih
normi u svrhu stvaranja nacionalnih standarda 15

*Cohabitation: The Survey of International and EU Law
Standards in view of creating national standards 38*

Ивана Грубешаић,

Џенана Радончић,

(Не)дискриминаторни третман ванбрачних партнера у
остваривању права на породичну пензију 39

*(Non)Discriminatory Treatment of Cohabitation Partners in
Exercising the Right to Survivor's Pension 57*

Мирко Живковић,

Осврт на нека питања српског
међународног приватног права..... 59

Review of certain issues in Serbian Private International Law... 74

Ивана Симоновић,

Лишење пословне способности у светлу концепта
пословне способности као људског права 75

*Deprivation of Legal Capacity, in light of the Concept of Legal
Capacity as a Human Right 89*

Игор Милинковић, Комерцијално сурогат материнство и проблем комодификације (етичке дилеме и могућност проналажења правног одговора)	91
<i>Commercial Surrogacy and the problem of Commodification (Ethical dilemmas and the Possibility of Legal answer).....</i>	108
Strahinja Miljković, Igor Simić, Quasi-Legal Effects of the Law No. 05/L-079 on Strategic Investments of the Provisional Institutions of Self-Government of Autonomous Province Kosovo and Metohija.....	111
<i>Квази-правна дејства Закона бр. 05/Л-079 о стратешким инвестицијама Привремених институција Аутономне Покрајне Косова и Метохије</i>	123
Слободанка Ковачевић Перић, Улога синдиката у поступку отказа уговора о раду	125
<i>The Role of Trade Unions in the Employment Contract Cancellation Procedure.....</i>	138
Даниела Блажевска, Права детета и масовни медији у Републици Северној Македонији	139
<i>The Rights of the Child and the Mass Media in the Republic of North Macedonia.....</i>	155
Милијана Буха, Право на бесплатну правну помоћ у кривичном поступку БиХ.....	157
<i>The Right to Free Legal Aid in Criminal Proceedings in Bosnia and Herzegovina</i>	174
Борјана Миковић, Историјски развој института старатељства над особама којима је одузета или ограничена пословна способност с посебним освртом на Босну и Херцеговину	177
<i>The Historical Development of Adult Guardianship concerning Persons fully or partially deprived of Contractual Capacity, with specific reference to Bosnia and Herzegovina</i>	192

II ПРИКАЗИ / REVIEW

Бојан Стојановић, Први скуп Глобалног форума за избеглице, Женева, 16-18. децембар 2019. године	195
--	-----

III РАДОВИ СТУДЕНАТА ДОКТОРСКИХ СТУДИЈА / PHD STUDENTS' PAPERS

Софија Николић Попадић, Правни аспекти управљања ризицима од поплава	201
<i>Legal Aspects of Flood Risk Management</i>	221
Јована Миловић, Поклон за случај смрти у српском праву.....	223
<i>Donatio mortis causa in Serbian Legislation</i>	236
Јована Мисаиловић, Посебна радноправна заштита материнства.....	237
<i>Maternity Protection in Employment Law</i>	252
Сања Станковић, Анализа одредаба Закона о бесплатној правној помоћи Републике Србије које уређују бесплатну правну помоћ у прекограничном спору de lege lata и de lege ferenda	253
<i>Free Legal Aid Act of the Republic of Serbia: Analysis of provisions regulating free legal aid in cross-border disputes de lege lata and de lege ferenda</i>	271
Упутство за ауторе	273

Уводна реч

Поштовани читаоци,

У фокусу броја 86/2020 Зборника радова Правног факултета у Нишу налазе се два научна рада из области породичног права у којима је тема истраживања ванбрачна заједница са анализом међународних и европских норми, као и проблем дискриминаторног третмана ванбрачних партнера у остваривању права на породичну пензију. Такође, у броју који се налази пред вама публикован је део научних радова који су настали као резултат учешћа на Међународној научној конференцији „Право и мултидисциплинарност“ одржаној 12-13. априла 2019. године на Правном факултету у Нишу. Сви радови прошли су поступак двоструке анонимне рецензије у Асистент3 систему онлајн уређивања научног часописа.

У Нишу, април, 2020.

*Главни и одговорни уредник
Проф. др Ирена Пејић*

Editor's Introductory Note

Dear Readers,

In this issue of the Collection of Papers of the Law Faculty, University of Niš (86/2019), the rubric In Focus comprises two scientific articles in the field of family law, presenting the results of scientific research and analysis of international and European norms on extramarital partnerships, as well as on the discriminatory treatment of extramarital partners in exercising the right to family pension. The other scientific papers published in this issue of the Law Faculty journal have been submitted as a result of participation in the International Scientific Conference "Law and Multidisciplinarity", which was held at the Faculty of Law, University of Niš, on 12-13 April 2019. All publish papers have been subject to a double-blind peer review process conducted within the SCIndeks Assistant3 online journal editing system.

Niš, April 2020

*Prof. Irena Pejić, LL.D.
Editor-in-Chief*

І ЧЛАНЦИ

Dr Nataša Lucić,*
Docent Pravnog fakulteta u Osijeku
Univerzitet Josipa Jurja Strossmayera, Hrvatska
Dr Dunja Duić,*
Docent Pravnog fakulteta u Osijeku
Univerzitet Josipa Jurja Strossmayera, Hrvatska
Dr Davor Muhvić,*
Docent Pravnog fakulteta u Osijeku
Univerzitet Josipa Jurja Strossmayera, Hrvatska

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfno-23431

UDK: 347.628.41(100)
Раd примљен: 01.10.2019.
Раd прихваћен: 08.01.2020.

IZVANBRAČNA ZAJEDNICA: ANALIZA MEĐUNARODNIH I EUROPSKIH NORMI U SVRHU STVARANJA NACIONALNIH STANDARDAA**

Apstrakt: Izvanbračna zajednica može podrazumijevati različite oblike izvanbračnog suživota; unatoč tome, u pravnom smislu terminom izvanbračna zajednica označava se obiteljska životna zajednica para koji nije sklopio brak. Pravno uređenje izvanbračne zajednice, kao pitanje obiteljskog prava, prvenstveno je stvar nacionalnog prava. Međutim, u suvremenom svijetu društvenih promjena, globalizacije, međunarodnih integracija i slobode kretanja ljudi, i međunarodno i europsko pravo moraju dati određene odgovore na postojanje velikog broja izvanbračnih obitelji. Budući da nacionalni zakonodavci imaju vrlo različite pristupe njihovoj pravnoj zaštiti, nije jednostavno odrediti jasne pravne standarde za zaštitu izvanbračnih obitelji na međunarodnoj i europskoj razini.

U ovom radu prvo se pojmovno određuje pojam izvanbračne zajednice u pravnom smislu. Nadalje, raspravlja se pravni položaj izvanbračnih obitelji u smislu međunarodnopravne zaštite ljudskih prava. U radu se naglašava utjecaj sudske prakse ESLJP, kao i sudske prakse Suda Europske unije kao najrelevantnijih pravosudnih institucija uključenih u pravnu zaštitu obiteljskog života izvanbračnih obitelji na međunarodnoj razini. Ovim istraživanjem nastoji se ponuditi neke korisne znanstvene spoznaje o pitanju međunarodnopravne zaštite izvanbračnih obitelji. Zaključno se pokušava dati odgovor na pitanje uživaju li izvanbračne obitelji adekvatan pravni status u međunarodnom pravu i pravu EU, te opsegu i sadržaju pravne zaštite izvanbračnih obitelji u ovim pravnim režimima.

Кljučне rijeчи: izvanbračna zajednica, pravni status, obiteljsko pravo, međunarodno pravo (ljudskih prava), europsko pravo.

* nlucic@pravos.hr

* dduic@pravos.hr

* dmuhvic@pravos.hr

** Раd је изложен на Међународној конференцији „Право и мултидисциплинарност“, одржаној 12–13. 4. 2019. на Правном факултету у Нишу.

1. Uvod

Suvremene promjene u obiteljskim formacijama, koje obilježava povećan broj izvanbračnih zajednica otvaraju niz pitanja u pravu, kako na nacionalnoj, tako i europskoj, ali i široj međunarodnoj razini. Nema sumnje kako su nacionalni zakonodavci u traženju adekvatnog modela pravne zaštite osoba u izvanbračnim zajednicama suočeni s vrlo složenim pitanjima razvoja prava prilagođenog potrebama suvremenih obitelji, ali sociodemografski trendovi sve većeg broja parova koji se odlučuju na obiteljski život izvan braka i pred tvorce europskog, pa i međunarodnog prava stavljaju kompleksna pitanja koja zahtijevaju učinkovite i pravno sigurne odgovore.

Promatrajući u užem europskom kontekstu, možemo reći da se još od stvaranja Europskih zajednica pa sve do današnjih 28 država članica Europske unije (dalje u tekstu: EU), na zajedničkom europskom prostoru građani EU svakodnevno susreću s činjenicom da se u Europi bez granica prilikom preseljenja u drugu državu članicu ponekad ne mogu osloniti na obiteljske odnose koji su im pravno priznati i zaštićeni u matičnoj državi. Posljedično se u takvim situacijama može dovesti u pitanje ostvarenje temeljnog ljudskog prava na obiteljski život.

U ovom ćemo radu najprije raspraviti o određenju izvanbračne zajednice kao instituta obiteljskog prava, njegovom suvremenom razvoju i osnovnim obilježjima. Zatim ćemo analizirati različite modele pravne zaštite izvanbračnih obitelji u odabranim zakonodavstvima europskih zemalja. Nakon analize nacionalnih zakonodavstava raspraviti ćemo o pravnoj zaštiti izvanbračnih obitelji u međunarodnom i europskom pravu u cilju davanja odgovora na pitanje uživaju li izvanbračne obitelji adekvatan pravni status u ovim pravnim režimima. Također ćemo, nakon analize postojeće prakse Europskog suda za ljudska prava (dalje u tekstu: ESLJP) i Suda Europske unije (dalje u tekstu: Sud EU), raspraviti o mogućnosti budućeg razvoja europskih i međunarodnih mehanizama harmonizacije nacionalnih standarda u ovom pravnom području.

2. Izvanbračna zajednica kao pravni institut – razvoj i obilježja

U sociološkom, ali i pravnom smislu, izvanbračne zajednice nedvojbeno postoje koliko i brak. Analiza povijesnog razvoja instituta izvanbračne zajednice ukazuje na dinamičan i neujednačen pristup pravnoj zaštiti osoba u izvanbračnim zajednicama kako u zakonodavstvu, tako i u sudskoj praksi europskih zemalja. Ovisno o vremenu i prostoru, izvanbračni je suživot ostavljao vrlo različite tragove u pravu. Od njegove izričite zabrane do pravne zaštite, pravo gradi svoj odnos prema izvanbračnom suživotu koliko i prema braku, pa je uzimajući u obzir njegovu vremensku i prostornu neujednačenost vrlo teško odrediti jasne početke razvoja pravne zaštite izvanbračnih zajednica (Lucić, 2015).

Iako je i danas zbog vrlo različitog pristupa europskih zakonodavstava o izvanbračnim zajednicama teško govoriti u europskom kontekstu, ipak možemo reći da se u razvoju ovog instituta kako ga određuje suvremeno pravo dogodila vidljiva prekretnica krajem sedamdesetih i početkom osamdesetih godina prošloga stoljeća. Seksualna revolucija toga vremena promijenila je društvenu percepciju o tome da je brak nužna pretpostavka obiteljskog života, naglo je porastao broj onih koji su se odlučili na zajednički život bez sklapanja braka (Lucić, 2015: 34–44), a ovi su društveni trendovi zahtijevali da i zakonodavstvo pored braka prepozna druge oblike obiteljskog života među partnerima. Prva europska zemlja koja je ozakonila izvanbračne zajednice bila je Švedska. Zakonom o izvanbračnim zajednicama iz 1973. godine švedski je zakonodavac propisao da nakon prestanka zajednice u zajedničkom domu može nastaviti živjeti onaj izvanbračni drug kojemu je to potrebnije (Sörgjerd, 2012: 144). Iako je izvanbračnim drugovima pružao minimalan oblik zaštite, ovaj je zakon vrlo značajan u kontekstu razvoja izvanbračne zajednice kao pravnog instituta jer upravo njime izvanbračna zajednica po prvi puta i jest postala zakonski institut i zbog toga je ovaj zakon na svojevrsan način označio početak razvoja pravne zaštite osoba u izvanbračnim zajednicama na europskom prostoru koji traje još i danas.

Za očekivati je bilo da će se nakon Švedske zakonsko uvažavanje izvanbračnih zajednica brzo nastaviti širiti i na ostatku nordijskog prostora, obzirom da se upravo na tom prostoru broj izvanbračnih zajednica i najbrže povećavao, ali to ipak nije bio slučaj.¹ Daljnji razvoj zakonske zaštite izvanbračnih zajednica se nastavio na prostorima bivše Jugoslavije i Mađarske (Antakolskaia, 2006; Lucić 2015). I premda je Švedska prva ozakonila izvanbračne zajednice, osobama u izvanbračnim zajednicama tada je pružila tek minimalan oblik pravne zaštite, dok su gotovo u isto vrijeme na prostoru bivše Jugoslavije izvanbračni drugovi stekli vrlo visok stupanj pravne zaštite. Slovenija je još Zakonom o braku i porodičnim odnosima iz 1976. godine, braku i izvanbračnoj zajednici utvrdila potpuno jednake obiteljskopravne učinke², a iste je godine i nasljednopravni položaj bračnih i izvanbračnih drugova potpuno izjednačila³ (Lucić, 2015: 50). Izvanbračna je zajednica u Hrvatskoj postala zakonska kategorija još 1974.

1 Sve do devedesetih godina prošlog stoljeća Švedska je ostala jedina nordijska zemlja koja je ozakonila neformalni oblik izvanbračne zajednice (vidi više u Antakolskaia, 2006; Lucić, 2015).

2 Čl. 12 Zakona o braku i porodičnim odnosima SR Slovenije (Uradni list SR Slovenije br. 15/76).

3 Čl. 10 Zakona o nasljeđivanju SR Slovenije (Uradni list SR Slovenije br. 15/76): "*Kao bračni drugovi uzajamno se nasljeđuju također i muškarac i žena koji su duže vremena živjeli u trajnoj vanbračnoj zajednici, a nisu sklopili brak, samo u slučaju ako nema razloga zbog kojih brak između njih ne bi bio valjan.*"

godine, donošenjem Zakona o stambenim odnosima⁴, a Zakon o braku i porodičnim odnosima⁵ iz 1978. godine je osobama u izvanbračnoj zajednici pružio istu imovinskopравnu заштиту као и особама у браку и утврдио им право и дужност међусобног уздржавања. Изванбрачну је заједницу у погледу уређења имовинских односа и права на уздржавање годину дана након Хрватске с браком изједначила и Босна и Херцеговина, двије године послје Србија, а једанаест година послје и Црна Гора (Lucić, 2015: 51).⁶

Од тога времена све до данашњих дана, на европском се простору стално повећава број изванбрачних заједница, а законодавства многих европских земаља још увијек траже адекватан одговор на социодемографске промјене повећаног броја изванбрачних обitelji. Паралелно с развојем обiteljskopравне заштите хетеросексуалних партнера који нису склопили брак, од краја осамдесетих година прошлога столјећа одвијала се и борба за правно уважавање хомосексуалних партнера. У многим је правним системима ова паралелна борба резултирала заједничким рјешенијима, па су поред брака створени нови институти обiteljskog права који производе правне учинке темелјене на обiteljsком статусу партнера истог и/или различитог пола.

Због врло различитих модела њене правне заштите, данас је изванбрачну заједницу као правни институт теško дефинирати. Претпоставке постојања као и правни учинци изванбрачне заједнице у правним се системима европских земаља увелике разликују. У идућем поглављу ћемо детаљније приказати како је у неким правним системима претпоставка заштите у изванбрачној заједници формализација заједнице регистрацијом пред надлежним тијелом, у неким другим склапање формалног уговора, док у неким системима изванбрачни суживот ствара правне учинке без његове формализације у било којем облику, самом чињеницом постојања животне заједнице одређено вријеме. Исто тако, негде је заштита изванбрачног суживота намијенјена искључиво партнерима различитог, а у неким другим системима партнерима истог пола, у неким је отворена и једнима и другима. Опсег правне заштите такође варира од система до система и овиси о прописаним претпоставкама за настанак изванбрачне заједнице у правноме смислу. Можемо рећи да је, проматрајући у обiteljskopравним оквирима, правно уређење животних заједница изван брака засигурно једно од најнеуједначенијих правних подручја.⁷ Бројни

4 Закон о стамбеним односима СР Хрватске (Народне новине СР Хрватске бр. 52/74).

5 Закон о браку и породичним односима СР Хрватске (Народне новине СР Хрватске бр. 11/78).

6 Види и Драшкић (1998).

7 Препознајући проблем који различити приступи европских законодавца институту изванбрачних заједница стварају у правној пракси, особито приликом миграцијских кретања изванбрачних обitelji, Комисија за европско обiteljsко право (eng. *Commission on European Family Law*), међународна академска група зnanstvenika основана ради потањања усклађивања обiteljsкога права на европској разини, своје је послједње дјеловање посветила управо изради

su razlozi doveli do ovih neujednačenosti. Različiti sociodemografski trendovi, pravno tradicijska, pa i religijska obilježja, a nerijetko i politička strujanja (vidi Lucić, 2015: 63–76), sve je to utjecalo na neujednačen pristup europskih zakonodavaca pravnoj zaštiti izvanbračnih zajednica. Isto tako, brojni se autori slažu u tome da postoje vrlo različiti motivi zbog kojih se partneri odlučuju živjeti u izvanbračnim zajednicama (Antokolskaia, 2006; Brattström, M., 2008: 354; Louw *et al.*, 1998: 578), a upravo je nedostatak sinergije u motivima njenog osnivanja često i razlog zbog kojeg je europskim zakonodavcima i danas teško naći adekvatne odgovore na njihov povećan broj.

Budući da se institut registriranog partnerstva razvio u poseban institut otvoren za sklapanje, ovisno od sustava do sustava, heteroseksualnim partnerima koji ostvaruju životnu zajednicu, a ne žele i/ili homoseksualnim partnerima koji ostvaruju životnu zajednicu, a ne mogu sklopiti brak, nekada je nemoguće napraviti jasna i stroga razgraničenja među svim oblicima pravno zaštićenih životnih zajednica izvan braka. Stoga u radu govorimo o formalnim izvanbračnim zajednicama u smislu zajednica čija se formalizacija ne ostvaruje nužno samo registracijom pri nadležnom tijelu, nego bilo kojim oblikom formalizacije kao pretpostavke pravne zaštite, dok pod neformalnim izvanbračnim zajednicama podrazumijevamo zajednice među onim partnerima koji ostvaruju obiteljski život *de facto*.

3. Pravna zaštita izvanbračnih zajednica u nacionalnom pravu europskih zemalja

Suvremena europska zakonodavstva danas poznaju vrlo različite modele pravne zaštite izvanbračnih zajednica. Dok neki sustavi još uvijek odolijevaju pored braka pravno osnaživati druge oblike životnih zajednica, drugi su vrlo otvoreni obiteljskopravne učinke širiti na druge oblike obiteljskog života, kako među heteroseksualnim tako i među homoseksualnim zajednicama. Primjer takve europske zemlje je *Nizozemska*. Pored mogućnosti sklapanja braka, nizozemski pravni sustav partnerima omogućava registraciju zajednice pred nadležnim tijelom. I ako ne registriraju svoju zajednicu partneri će uživati određene oblike pravne zaštite, ali neformalne životne zajednice proizvode daleko manji broj pravnih učinaka od onih registriranih pred nadležnim tijelom. Sva tri oblika obiteljskog života su otvorena za osnivanje i partnerima različitoga i partnerima istoga spola.⁸ Registracijom partneri stječu pravni položaj vrlo sličan partnerima u braku.

načela radi usklađivanja obiteljskopравnih zakonodavstava u području zaštite izvanbračnih zajednica.

⁸ Nizozemska je prva europska zemlja koja je partnerima istoga spola omogućila sklapanje braka 2001. godine. Prethodno je mogućnost registracije partnerstva pred nadležnim tijelom

Razlike u pravnim učincima između braka i registriranog partnerstva gotovo da i nema, ovi se instituti razlikuju uglavnom u načinu nastanka i prestanka (vidi Schrama, 2014). Za razliku od partnera koji su registrirali svoju zajednicu i tako stekli pravni položaj sličan pravnom položaju bračnih drugova, partnere koji nisu registrirali svoju zajednicu nizozemsko zakonodavstvo prepoznaje uglavnom u određenim poreznopravnim te pitanjima socijalnog osiguranja. Vrlo vjerojatno ponukani sviješću o tome da ne uživaju jednak oblik zakonske zaštite kao osobe u formalnim zajednicama, izvanbračni partneri u Nizozemskoj koji nisu registrirali svoju zajednicu radi pravne su sigurnosti skloni sklapanju ugovora kojim uređuju svoje imovinske i druge pravne odnose (Latten; Mulder, 2013: 113). Zanimljivo je da su njihovom sklapanju skloniji stariji partneri iako su vrlo dobro prihvaćeni i među mlađom populacijom.⁹ Važnost ugovornog uređenja pravnih odnosa među partnerima u neformalnim zajednicama se vrlo često ističe u nizozemskoj pravnoj teoriji, a uvažava ih i sudska praksa (vidi Forder, 2010; Schrama, 2014) pa možemo reći kako se model ugovorne zaštite u neformalnim zajednicama u Nizozemskoj vrlo uspješno primjenjuje.

Švedska životne zajednice partnera koji nisu sklopili brak uređuje posebnim Zakonom o izvanbračnim zajednicama iz 2003. godine (šved. *Sambolag 2003: 376*). Ovaj se zakon na jednak način primjenjuje na heteroseksualne i homoseksualne partnere koji, kako je naglašeno u čl. 1 istog zakona, žive u istom kućanstvu kao bračni drugovi. Njime se regulira način podjele imovine koju čini zajednički dom i pokušstvo partnera nakon prestanka izvanbračne zajednice, ako je ova imovina tzv. izvanbračna stečevina, a ne vlastita imovina jednog od partnera. Ovaj zakon također štiti slabiju stranu u izvanbračnoj zajednici od jednostranih štetnih postupaka druge strane, regulira slobodu ugovaranja imovinskih odnosa među partnerima, a sadrži i procesne odredbe (Brattström, 2008; Jänterä-Jareborg et al., 2015). Izvanbračni partneri nemaju mogućnost formalizacije svoje zajednice registracijom pred nadležnim tijelom. Registracija je bila omogućena samo homoseksualnim partnerima prije nego što im je 2009. godine Švedska omogućila sklapanje braka. Budući je brak u Švedskoj postao otvoren za sklapanje svim partnerima neovisno o spolnoj orijentaciji, švedski je zakonodavac procijenio kako nema potrebe za daljnjim egzistiranjem instituta registriranog

u nizozemski pravni sustav uvedena 1998. godine kao mehanizam otvoren i partnerima istog i suprotnog spola. Štoviše, kako bi svi partneri uživali ista prava, zakonom je bila predviđena mogućnost promjene ranije sklopljenog braka u registrirano partnerstvo. Međutim, ova je zakonska mogućnost ukinuta u ožujku 2009. jer su je često koristili partneri koji su tako htjeli na lakši način izaći iz braka (budući da je prestanak registriranog partnerstva jednostavniji od prestanka braka), kao i zbog toga što sličnu mogućnost nisu poznavala druga zakonodavstva (Latten; Mulder, 2013: 110).

⁹ Vidi podatke nizozemskog ureda za statistiku (niz. *Centraal Bureau voor de Statistiek*) dostupne na poveznici <https://www.cbs.nl> (27. kolovoza 2019).

partnerstva, ali partneri koji su prema ranije važećem zakonodavstvu sklopili registrirano partnerstvo zadržavaju registracijom stečena prava i dužnosti (više u Sörgjerd, 2012).

Zanimljiv pravni put u traženju odgovora na borbu za prava homoseksualnih partnera i heteroseksualnih partnera koji nisu sklopili brak imala je i *Mađarska*. Naime, heteroseksualne neformalne zajednice mađarsko zakonodavstvo prepoznaje već nekoliko desetljeća, a od 1995. godine odlukom Ustavnog suda Mađarske (Odluka Ustavnog suda Mađarske broj 14/1995) definicija izvanbračne zajednice je promijenjena i u korist homoseksualnih partnera. Međutim, iako se kroz institut izvanbračne zajednice zakonodavstvom prepoznaju neformalne zajednice među partnerima čak i neovisno o njihovoj spolnoj orijentaciji, pravna se zaštita partnera u neformalnim zajednicama u Mađarskoj uvelike razlikuje od pravne zaštite partnera u braku.¹⁰ Zbog toga im je mađarski zakonodavac namjeravao omogućiti formalizaciju zajednice registracijom pred nadležnim tijelom kojom bi stekli sličnu zakonsku zaštitu kao i bračni drugovi. Međutim, ovo rješenje u Mađarskoj nikada nije zaživjelo jer je Ustavni sud Mađarske zakon koji ga je predviđao ocijenio neustavnim i prije njegova stupanja na snagu (Odluka Ustavnog suda Mađarske br. 32/2010), s obrazloženjem da se omogućavanjem registracije i heteroseksualnim, ne samo homoseksualnim zajednicama duplicira institut braka i time narušava njegova posebna ustavna zaštita. Pod utjecajem ovih stajališta Ustavnog suda Mađarske, mađarski je zakonodavac usvojio novi zakonski prijedlog kojim se formalizacija zajednice registracijom omogućava isključivo homoseksualnim partnerima (Szeibert, 2015).

I *Hrvatska* se ubraja u red europskih zemalja koje pravnu zaštitu partnerima u neformalnim zajednicama pružaju samom činjenicom zajedničkog života kroz određeno vrijeme. Hrvatska je obiteljskopravnu zaštitu životnih zajednica partnera različitog spola (bračnih i izvanbračnih drugova) i partnera istoga spola (životnih partnera i neformalnih životnih partnera) odijelila u dva propisa, Obiteljski zakon¹¹ i Zakon o životnom partnerstvu osoba istog spola¹². Neovisno u kojem od četiri ovim zakonima predviđenim obiteljskopравnim institutima partneri odlučili živjeti, uživat će potpuno jednake pravne učinke, drugim ri-

10 Unatoč činjenici što ne uživaju jednak oblik pravne zaštite kao osobe u braku, i u Mađarskoj se sve više partnera odlučuje na zajednički život bez sklapanja braka. Ragadics, T. ističe kako se mađarsko društvo suočava s neprestanim smanjenjem broja sklopljenih brakova te navodi da prema podacima iz prve polovice 2010. godine vjerojatnost da će mađarska žena sklopiti brak tijekom svoga života iznosi 44 posto (Regadics, 2018: 99).

11 Obiteljski zakon (Narodne novine 103/15).

12 Zakon o životnom partnerstvu osoba istog spola (Narodne novine 92/14).

ječima nakon tri godine zajedničkog života¹³ partneri različitog spola koji se u hrvatskom pravu nazivaju izvanbračni drugovi imaju sva prava i dužnosti kao i bračni drugovi, a partneri istoga spola, koji se u hrvatskom pravu nazivaju neformalni životni partneri, sva prava i dužnosti kao i životni partneri koji su svoje životno partnerstvo sklopili pred nadležnim tijelom (više u Lucić, 2017). Ovo se na prvi pogled može učiniti kao vrlo otvoren pristup pravnoj zaštiti osoba u neformalnim zajednicama, ali hrvatski primjer dobro potkrepljuje argumentaciju da neformalnost u pravnom prometu može biti ozbiljan kamen spoticanja pravnoj sigurnosti. Iako kada su u pitanju homoseksualne zajednice hrvatska pravna praksa nije dovoljno bogata da bi iz nje mogli izvoditi nedvojbene zaključke o formalnosti kao pretpostavci pravne sigurnosti, pravna zaštita heteroseksualnih zajednica koja u hrvatskom obiteljskom zakonodavstvu egzistira već gotovo četiri desetljeća ostavlja dosta prostora raspravi je li model izjednačavanja formalnih i neformalnih zajednica kakav je odabrala Hrvatska zaista put koji bi trebala slijediti i druga europska zakonodavstva (Lucić, 2015).

Za razliku od Hrvatske, mnoge europske zemlje uvažavajući formalitet kao temelj pravne sigurnosti, odbijaju pravne učinke formalnih zajednica kao što su brak i registrirana partnerstva širiti na neformalne zajednice. Primjer takve europske zemlje je *Njemačka*. Prije nego što im je 2017. godine njemački zakonodavac omogućio sklapanje braka, homoseksualni partneri u Njemačkoj su mogli sklopiti registrirano partnerstvo čime su uživali slična prava kao i bračni drugovi. Neformalne zajednice u njemačkom pravu nisu uživale obiteljskopravnu zaštitu. Stav je njemačkog zakonodavca bio da svi heteroseksualni partneri koji žele zakonsku regulaciju svojih obiteljskih odnosa u svakom trenutku mogu sklopiti brak, a svi homoseksualni partneri registrirano partnerstvo, te da treba poštovati slobodnu volju onih koji to ne žele (Bierbrauer, 2011: 3), drugim riječima ne presumirati pravnu volju partnera koja proizlazi iz formalizacije za koju se nisu sami odlučili. Nakon što je Njemačka svim parovima neovisno o spolu omogućila sklapanje braka, ukinula je institut registriranog partnerstva, a pravne učinke braka ni danas nije proširila na neformalne zajednice. U knjizi IV njemačkog Građanskog zakonika kojim se uređuje obiteljskopravna materija neformalne se zajednice spominju samo u dijelu kojim se regulira pravo uzdržavanja, gdje se u čl. 1579. navodi da će onaj tko stupi u stabilnu životnu zajednicu s drugom osobom izgubiti pravo na uzdržavanje.¹⁴ Zakonska regulacija imovinskih odnosa temeljena na obiteljskom odnosu para, nasljednopravnih odnosa, osobnopravnih odnosa, prava i dužnosti međusobnog uzdržavanja itd., u njemačkom pravu

13 Ili kraće kada je riječ o izvanbračnoj zajednici, ako je u zajednici rođeno zajedničko dijete ili je nastavljena sklapanjem braka (čl. 11, st. 1).

14 U čl. 1579 njemačkog Građanskog zakonika se navode razlozi iz kojih se zahtjev za uzdržavanje može odbiti, sniziti iznos uzdržavanja ili uzdržavanje vremenski ograničiti.

ostaje rezervirana za partnere koji su volju za uživanjem ovih učinaka iskazali sklapanjem braka. U novijoj sudskoj praksi Njemačke vidljiva je ipak intencija da se nakon prestanka neformalnih životnih zajednica kod podjele imovine uzme u obzir činjenica zajedničkog života tamo gdje se obiteljski život odlikovao trajnošću i stabilnošću zajednice, pa postoje primjeri gdje su primjenom općih pravila građanskog prava njemački suci ipak pronašli načine za zaštitu slabije strane nakon njenog prestanka (vidi Lucić, 2015; Martiny, 2005).

Ni *Grčka* nije pružila obiteljskopravnu zaštitu osobama u neformalnim izvanbračnim zajednicama. Na povećan broj izvanbračnih obitelji Grčka je 2008. godine odgovorila uvođenjem mogućnosti sklapanja izvanbračnog ugovora¹⁵ za čiju se valjanost traži javnobilježnička ovjera. U svakom slučaju, slično kao i u Njemačkoj, neformalne životne zajednice u Grčkoj i dalje ostaju izvan domene obiteljskopravne regulative. U grčkom se zakonodavstvu neformalne izvanbračne zajednice spominju samo kao razlog za gubitak prava na uzdržavanje, u smislu da će osoba koja osnuje izvanbračnu zajednicu izgubiti pravo na uzdržavanje od bivšeg bračnog druga (čl. 1444(2)), te u kontekstu prava na medicinski pomognutu oplodnju i zaštite od obiteljskog nasilja (Koutsouradis; Konsta, 2015). Za razliku od njemačke, čak i grčka sudska praksa ostaje dosljedna u naglašavanju da neformalne zajednice nisu predmet pravne regulacije, štoviše da su takve zajednice na margini zakonitosti (odluka Vrhovnog suda Grče br. 775/2011, prema Koutsouradis; Konsta, 2015).

Poljska ulazi u krug europskih zemalja čiji zakonodavac oklijeva jasnije odgovoriti na povećan broj izvanbračnih obitelji. I dok se heteroseksualni partneri koji žive u neformalnim zajednicama u svakom trenutku mogu odlučiti na sklapanje braka radi zakonskog uvažavanja njihove zajednice, problem postoji s partnerima u homoseksualnim zajednicama kojima poljski zakonodavac nije omogućio sklapanje braka, niti im je omogućio bilo kakav drugi oblik formalizacije zajednice kojom će steći pravnu zaštitu sličnu zaštiti u braku. Poljski pravni teoretičari ističu slobodu ugovornog uređenja pravnih odnosa među izvanbračnim partnerima (Bugajski, Wysocka-Bar, 2015; Nazar, 2014), a poljska kao i grčka sudska praksa naglašava kako nema prostora primjeni zakonskih normi kojima se reguliraju imovinski odnosi bračnih drugova na partnere u izvanbračnoj zajednici, pa se imovinskopravni odnosi među partnerima nakon prestanka zajednice rješavaju prema općim pravilima građanskog prava (prema Bugajski, Wysocka-Bar, 2015).

15 Sklapanje ovih ugovora je najprije bilo omogućeno samo heteroseksualnim, a potom od 2015. godine i homoseksualnim partnerima, nakon što je ESLJP u slučaju *Vallianatos and Others v. Greece* (2013) ograničavanje mogućnosti njihova sklapanja samo na heteroseksualne partnere ocijenio diskriminatornim.

Možemo zaključiti da je proteklih godina pravno uređenje životnih zajednica različitih od braka u zakonodavstvima mnogih europskih zemalja bilo praćeno brojnim reformama u cilju pronalaska adekvatnih odgovora na suvremene promjene u obiteljskim formacijama. Reforme, njihovi uspjesi i neuspjesi kod primjene u sudskoj praksi, prijedlozi reformi koji su samo djelomično prihvaćeni ili u cijelosti odbijeni, sve to je rezultiralo značajnim neujednačenostima u ovom pravnom području što nikako ne pogoduje ostvarenju pravno sigurnih međudržavnih kretanja izvanbračnih obitelji. Uspješnijem rješavanju takvih nesigurnosti svakako bi pridonijeli adekvatni supranacionalni međunarodnopravni i europskopravni instrumenti za postizanje harmonizacije ovog obiteljskopravnog područja. Jesu li i u kojoj mjeri oni danas razvijeni i ima li prostora njihovom daljnjem razvoju, nastojat ćemo odgovoriti u idućem poglavlju.

4. Međunarodnopravna zaštita izvanbračnih zajednica

4.1. Status izvanbračnih zajednica u univerzalnom sustavu zaštite ljudskih prava: Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima iz 1966.

Zaštita obiteljskih zajednica može se pronaći u dvije odredbe Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima iz 1966.¹⁶ Prva je ona iz njegovoga čl. 17, prema kojoj se „[n]itko [...] ne smije izvrnuti samovoljnom ili nezakonitom miješanju u njegov privatni život, *obitelj*, dom ili dopisivanje“ (kurziv dodan), a druga je ona iz čl. 23, kojom se pruža šira zaštita obitelji kao „prirodne i temeljne jedinice društva“ koja „ima pravo da je društvo i država štite“. Navedeni članci Pakta u velikoj se mjeri temelje na člancima 12 i 16 Opće deklaracije o ljudskim pravima iz 1948.¹⁷ Čl. 23 Pakta odnosi se na općenitu zaštitu obitelji kao institucije privatnog prava, dok je čl. 17 Pakta ograničen na zaštitu privatnosti pojedinih članova obitelji u kontekstu obiteljskog života. Smatra se međutim da je značenje samog pojma obitelji isto u obje odredbe (Nowak, 2005: 393).

U navedenim odredbama nigdje se izričito ne spominju izvanbračne obiteljske zajednice.¹⁸ Štoviše, čl. 23 Pakta, koji započinje sa spomenutom proklamacijom

¹⁶ *United Nations Treaty Series*, sv. 999, str. 171.

¹⁷ Rezolucija Opće skupštine Ujedinjenih naroda 217 A (III) od 10. prosinca 1948.

¹⁸ Navedeno vrijedi i za sve ostale (regionalne) međunarodne ugovore o ljudskim pravima. Uz Europsku konvenciju o ljudskim pravima iz 1950. koja će biti obrađena zasebno to su u prvom redu Američka konvencija o ljudskim pravima iz 1969. (*United Nations Treaty Series*, sv. 1144, str. 144) i Afrička povelja o pravima čovjeka i naroda iz 1981. (*United Nations Treaty Series*, sv. 1520, str. 245). Američka konvencija u čl. 17 sadrži vrlo sličan tekst onome iz članka 23 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, osim što se stavkom 5 navedenoga članka još dodatno priznaju jednaka prava *djeci rođenoj u braku i djeci rođenoj izvan braka*. No ni navedena odredba ne daje jasne smjernice oko statusa izvanbračne zajednice

o obitelji kao prirodnoj i temeljnoj jedinici društva koja uživa zaštitu društva i države (st. 1), u daljnjim se stavicama u potpunosti prebacuje na materiju braka. U stavku 2 istoga članka priznaje se tako pravo muškaraca i žena u dobi bračne zrelosti *da stupe u brak i osnuju obitelj*. Obitelj se u Paktu dakle direktno dovodi u kontekst zasnivanja braka i iz samog teksta nije jasno odnosi li se pojam obitelji kako je proklamiran u stavku 1 čl. 23 i na izvanbračne zajednice.

Nejasnoća teksta Pakta u pogledu izvanbračnih zajednica ipak je otklonjena od strane Odbora za ljudska prava, provedbenog tijela Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima u njegovim relevantnim Općim komentarima. U Općem komentaru broj 16¹⁹ vezanom uz čl. 17 Pakta Odbor za ljudska prava je zaključio da pojam „obitelj“ treba široko tumačiti kako bi uključio sve osobe koje čine obitelj kako se ona shvaća u društvu određene države stranke Pakta (st. 5). Odlučujući kriteriji za postojanje obitelji su, osim krvne veze i zakonskih oblika uspostavljanja veze poput braka i posvajanja, zajednički život, ekonomske veze i drugi oblici intenzivnih, redovnih odnosa (Nowak, 2005: 394). Nadalje, Odbor za ljudska prava je u svom Općem komentaru broj 19,²⁰ interpretirajući domašaj čl. 23 Pakta, još opsežnije elaborirao da se koncept obitelji razlikuje u nekim svojim aspektima ne samo od države do države, već ponekad i od regije do regije unutar iste države te da stoga nije moguće dati neku opću definiciju toga koncepta. Ako se neka skupina osoba smatra obitelji prema zakonodavstvu ili praksi određene države tada joj se, prema Odboru za ljudska prava, mora jamčiti zaštita propisana čl. 23 Pakta. U tom kontekstu Odbor izričito uz koncepte „nuklearne“ i „proširene“ obitelji, te različite oblike obitelji poput samohranih roditelja i njihove djece navodi i nevjenčane parove i njihovu djecu (st. 2). Nadalje, prema Općem komentaru broj 28²¹ o jednakosti muškaraca i žena u kontekstu čl. 3 Pakta „pri davanju učinaka priznanju obitelji u kontekstu čl.

u kontekstu pravne zaštite obitelji proklamirane navedenim člankom Američke konvencije. Ona samo jamči jednakost prava djeteta rođenog u izvanbračnoj zajednici onome rođenom u braku, ali ni na koji način ne eksplicira da je sama izvanbračna zajednica obuhvaćena pojmom obitelji koja se štiti navedenim člankom. Afrička povelja o pravima čovjeka i naroda iz 1981. u svome članku 18 proklamira obitelj kao „prirodnu jedinicu i temelj društva“, te od zajednice priznatu „zaštitnicu morala i tradicionalnih vrijednosti“ koja uživa zaštitu i pomoć države. Pravo na brak i općenito pojam braka ne spominje se izričito u ovom međunarodnom ugovoru. Odnosi li se ovako opisan koncept obitelji i na izvanbračne zajednice također nije jasno iz samog teksta članka 18.

19 General Comment No. 16: Article 17 (Right to Privacy), Human Rights Committee, Thirty-second session (1988).

20 General Comment No. 19: Article 23 (The Family), Human Rights Committee, Thirty-ninth session (1990).

21 General Comment No. 28: Article 3 (The Equality of Rights Between Men and Women), Human Rights Committee, Sixty-eight session (2000).

23 važno je prihvatiti koncept različitih oblika obitelji, uključujući nevjenčane parove i njihovu djecu i samohrane roditelje i njihovu djecu te osigurati jednako postupanje prema ženama u tim kontekstima“ (st. 27).

Odbor za ljudska prava prema tome smatra da je čl. 23 Pakta otvoren za zaštitu obitelji i u širem smislu značenja toga pojma, uključujući i izvanbračne zajednice, ali pri tome konačnu riječ ipak daje nacionalnim pravima. No treba ipak imati na umu da države stranke nemaju potpunu slobodu u definiranju obitelji jer bi se time značajno oslabila jamstva iz čl. 23. Država stranka tako ne bi mogla usvojiti definiciju obitelji primjenjujući vrijednosti koje su u potpunoj suprotnosti sa standardima međunarodnopravne zaštite ljudskih prava (Joseph, Castan, 2013: 668).

Da se pojam obitelji prema odredbama Pakta odnosi i na izvanbračne zajednice potvrđeno je i praksom Odbora za ljudska prava na temelju pojedinačnih pritužbi temeljem prvog Fakultativnog protokola uz Pakt iz 1966.²² Odbor je tako u slučaju *Hendriks v. Netherlands*²³, u kojem se radilo o održavanju odnosa s djetetom nakon raskida zajednice oca i majke, iznio stajalište da se „izraz ‘obitelj’ iz članka 23, stavka 1 ne odnosi [...] samo na obiteljski dom koji postoji za vrijeme braka“, već da „ideja obitelji mora nužno obuhvaćati i odnose između roditelja i djeteta“. U sličnom predmetu *Balaguer Santacana v. Spain*²⁴ Odbor je bio još jasniji iznijevši stajalište prema kojemu se „izraz ‘obitelj’ mora razumijevati u širem smislu“, te da se koncept obitelji „ne odnosi samo na obiteljski dom tijekom braka ili ko-habitacije, već također na općenite odnose roditelja i djeteta“. Navedeni izričaj upućuje na zaključak da Odbor ne vidi ništa sporno u pogledu primjene izraza obitelji u Paktu i na izvanbračne zajednice.

Posebno je značajan predmet *Joslin et al. v. New Zealand*²⁵, u kojem se radilo o dva lezbijska para koja su živjela u izvanbračnim zajednicama zajedno s djecom iz svojih prethodnih heteroseksualnih brakova. Podnositeljice pritužbe smatrale su da su diskriminirane u odnosu na osobe u bračnim zajednicama budući da zakonodavstvo Novog Zelanda ne omogućava sklapanje braka homoseksualnim zajednicama. Odbor je zauzeo stajalište da se ne radi o diskriminaciji budući da je brak prema čl. 23, st. 2 Pakta definiran kao zajednica muškarca i žene. No, ni iz čega ne proizlazi da Odbor navedene izvanbračne zajednice nije smatrao obiteljskim zajednicama (Vidi i Nowak, 2005: 394). Posebno je ilustrativno u tom smislu posebno mišljenje članova Odbora Lallaha i Scheinina, u kojem su se složili sa zaključcima Odbora. Lallah i Scheinin tako su naglasili da je moguće da

22 *United Nations Treaty Series*, vol. 999, str. 171.

23 Communication No. 201/1985, UN Doc. CCPR/C/33/D/201/1985.

24 Communication No. 417/1990, UN Doc. CCPR/C/51/D/417/1990.

25 Communication No. 902/1999, UN Doc. CCPR/C/75/D/902/1999, 30 July 2002.

uskрата određenih prava i koristi homoseksualnim parovima koji se omogućavaju bračnim parovima može predstavljati diskriminaciju temeljem čl. 26 Pakta. Međutim, u ovom konkretnom slučaju, budući da su se podnositeljice moguće i namjerno pozivale isključivo na diskriminaciju zbog nemogućnosti sklapanja braka i „[u]zimajući u obzir tvrdnju države stranke *da priznaje podnositeljice pritužbe s ili bez djece kao obitelji*“ (kurziv dodan), moraju složiti sa zaključkom Odbora da se ovdje nije radilo o diskriminaciji.

Iako izvanbračne zajednice, kao što je pokazano, ulaze pod definiciju obitelji iz čl. 17 i 23 Pakta, to ne znači nužno da su osobe u bračnim i osobe u izvanbračnim zajednicama izjednačene u svojim pravima ako se razlike temelje na objektivnim i razumnim kriterijima. Prema zaključku Odbora za ljudska prava u slučaju *Danning v. Netherlands*:

„Odluka o ulasku u pravni status braka, koja prema nizozemskom zakonodavstvu pruža i određene koristi i određene dužnosti i odgovornosti, leži u potpunosti na osobama koje su u kohabitaciji. Odlukom da ne sklope brak, g. Danning i njegova kohabitantica nisu, prema pravu, preuzeli puni opseg dužnosti i odgovornosti nametnute vjenčanim parovima. Posljedično, g. Danning ne uživa sve koristi koje nizozemsko pravo pruža vjenčanim parovima. Odbor zaključuje da razlikovanje na koje se g. Danning žalila ne predstavlja diskriminaciju u smislu članka 26 Pakta“.²⁶

4.2. Status izvanbračnih zajednica u regionalnom europskom sustavu zaštite ljudskih prava: Europska konvencija o ljudskim pravima iz 1950.

Europska konvencija o ljudskim pravima iz 1950.²⁷ također sadrži odredbu prema kojoj se osnivanje obitelji dovodi u usku vezu sa sklapanjem braka (čl. 12 Konvencije). Prema čl. 12 navedene Konvencije „[m]uškarci i žene u dobi za sklapanje braka imaju pravo stupiti u brak i osnovati obitelj, u skladu s domaćim zakonima koji uređuju ostvarenje tog prava“. No Europska konvencija o ljudskim pravima uz navedenu sadrži i vrlo široko formuliranu odredbu o pravu na zaštitu obiteljskog života iz čl. 8 (Vidi Caflisch, 2011: st. 10 i Schabas, 2015: 389). Prema čl. 8, stavku 1 Konvencije „[s]vatko ima pravo na poštovanje svoga privatnog i obiteljskog života“ (kurziv dodan). Prema tome, budući da *svatko ima pravo na*

²⁶ Communication No. 180/1984, UN Doc. CCPR/C/29/D/180/1984. Vidi i: *Sprenger v. Netherlands*, Communication No. 395/90, UN Doc. CCPR/C/44/D/395/1990 i *Hoofdman v. Netherlands*, Communication No. 602/1994, UN Doc. CCPR/C/64/D/602/1994.

²⁷ Formalan naziv je Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. *European Treaty Series* No. 005, No. 009, No. 046, No. 114, No. 117, No. 177, No. 187 i *Council of Europe Treaty Series* No. 194. Korišten je hrvatski tekst objavljen u: *Narodne novine – Međunarodni ugovori*, br. 18/1997, 6/1999, 8/1999, 14/2002, 13/2003, 9/2005, 1/2006 i 2/2010.

poštovanje svog obiteljskog života, čl 8 odnosi se na obitelji u širem smislu od onoga iz čl. 12, obuhvaćajući i bračne i izvanbračne zajednice, s ili bez djece. Jedini uvjet je da su takve zajednice usko povezane i trajne. Zaštita koju pruža čl. 8 Konvencije ne odnosi se tako, recimo, na odraslu djecu koja više nisu ovisna o svojim roditeljima i više ne žive s njima (Caflisch, 2011: st. 12). Pri utvrđivanju radi li se o zajednici koja uživa zaštitu obiteljskog života prema čl. 8 Konvencije prema Europskom sudu za ljudska prava može biti relevantno više faktora, poput zajedničkog života para, duljine veze ili podizanja zajedničke djece (Vidi i Harris et al., 2018: 505 te Schabas, 2015: 389).²⁸ Prema stavku 2, čl. 8 Europske konvencije i izvanbračna je zajednica stoga zaštićena od miješanja javne vlasti u ostvarivanju prava na poštivanje svoga obiteljskog života „osim u skladu sa zakonom i ako je u demokratskom društvu nužno radi interesa državne sigurnosti, javnog reda i mira, ili gospodarske dobrobiti zemlje, te radi sprječavanja nereda ili zločina, radi zaštite zdravlja ili morala ili radi zaštite prava i sloboda drugih“. Osim ove negativne obveze za državu, člankom 8 nameće se i pozitivna obveza zaštite obiteljske zajednice, uključujući i izvanbračnu, i njezinih članova, posebice djece (Caflisch, 2011: st. 13).

Da izvanbračna zajednica uživa zaštitu čl. 8 Europske konvencije o ljudskim pravima potvrđeno je i praksom Europskog suda za ljudska prava. U slučaju *Kroon and others v. Netherlands*²⁹ radilo se o ženi i muškarcu koji su dobili dijete u izvanbračnoj zajednici. Nizozemski zakoni nisu omogućavali ocu djeteta da ga prizna kao svoje jer je majka još uvijek bila formalno u braku s drugim muškarcem. ESLJP stao je u zaštitu *de facto* obiteljske zajednice bioloških roditelja i njihovoga djeteta u skladu s čl. 8 Konvencije. U slučaju *Róžański v. Poland*³⁰ radilo se o muškarcu kojem su poljski zakoni onemogućavali priznanje svoga izvanbračnog djeteta budući da je dijete već bilo pravno priznato od strane majčina novoga partnera. Sud je u vaganju interesa mogućeg biološkog oca djeteta i novostvorene obiteljske zajednice majke s novim partnerom zaključio da su podnositelju pritužbe povrijeđena prava zajamčena čl. 8 Konvencije o zaštitu njegovoga obiteljskog života.

Unatoč početnim opiranjima ESLJP je naposljetku ipak priznao da i homoseksualne zajednice potpadaju pod zaštitu obiteljskog života prema čl. 8 Konvencije (Vidi Harris et al., 2018: 505 i Schabas, 2015: 390). U slučaju *Schalk and Kopf v.*

28 *Van der Heijden v. the Netherlands*, ECtHR, App. no. 42857/05, Court (Grand Chamber), Judgment, 3 April 2012, st. 50.

29 *Kroon and others v. Netherlands*, ECtHR, App. no. 18535/91, Court (Chamber), Judgment, 27 October 1994.

30 *Róžański v. Poland*, ECtHR, App. no. 55339/00, Court (First Section), Judgment, 18 May 2006.

*Austria*³¹ Sud je tako zamijetio „rapidnu evoluciju društvenih stavova prema homoseksualnim parovima u mnogim državama članicama“, te da ih je značajan broj država prepoznao i u svojim pravnim propisima (st. 93). Sud je u skladu s time zaključio da je „umjetno održavati stajalište da, u usporedbi s parom različitih spolova, homoseksualni par ne može uživati ‘obiteljski život’“ u kontekstu čl. 8 Konvencije (st. 94).

Slično kao i kod Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, činjenica što ESLJP širi zaštitu obiteljskog života i na izvanbračne zajednice ne znači nužno da su osobe u bračnoj i izvanbračnoj zajednici izjednačene u svojim pravima. U slučaju *Van der Heijden v. Netherlands*³² radilo se o ženi koja je bila zadržana u pritvoru trinaest dana zbog toga što je odbila svjedočiti protiv svoga izvanbračnog partnera. Naime, pravo odbiti svjedočiti prema nizozemskom pravu pripadalo je isključivo bračnim partnerima, ali ne i izvanbračnim. Sud je zauzeo stajalište da u ovom slučaju unatoč nespornom postojanju izvanbračne zajednice nema povrede čl. 8 naglasivši sljedeće:

„[d]ržave su ovlaštene postaviti granice privilegije nesvjedočenja i povući liniju kod braka ili kod registriranog partnerstva. Zakonodavstvo je ovlašteno pružiti poseban status braku ili registraciji i ne pružiti ga drugim *de facto* oblicima kohabitacije. Brak pruža poseban status onima koji u njega stupe; pravo na brak zaštićeno je člankom 12 Konvencije i stvara društvene, osobne i pravne posljedice. [...] Također, pravne posljedice registriranog partnerstva izdvajaju ga od ostalih oblika kohabitacije. Više nego duljina podržavajuće prirode odnosa odlučno je postojanje javnog zavjetovanja, što sa sobom nosi korpus prava i dužnosti ugovorne prirode“ (st. 69).

Sud je zaključio da podnositeljica pritužbe nipošto ne zaslužuje nikakvu kritiku glede svoje odluke da živi u izvanbračnoj zajednici, njezina je odluka hoće li formalizirati svoju zajednicu ili ne, ali je dužna prihvatiti pravne posljedice te svoje odluke (st. 76).

5. Zaštita izvanbračnih zajednica u pravu EU

Obiteljsko pravo i obiteljski odnosi nisu u nadležnosti EU-a, nego isključivo pripadaju u nadležnost država članica. Međutim, u velikom broju područja djelovanja EU obiteljski odnosi igraju manju ili veću ulogu i zato u zakonodavstvu EU pronalazimo regulacije nekih dijelova obiteljskog života.

31 *Schalk and Kopf v. Austria*, ECtHR, Application no. 30141/04, Court (First Section), Judgment, 24 June 2010.

32 Vidi *supra*, bilj. 28.

Najznačajnijim zakonodavstvom za obiteljske odnose na razini EU treba smatrati ono koje se odnosi na pravo na spajanje obitelji vezano uz slobodu kretanja radnika, ostvarivanje međunarodne zaštite, zaposlenje u EU institucijama i jednakost u zapošljavanju. Ono što je najvažnije je da EU zakonodavac nema namjeru regulirati obitelj *per se*, nego su odredbe o obitelji vezane uz postizanje funkcioniranja unutarnjeg tržišta (Sammut, 2006: 109). Iz ovog područja treba izdvojiti Direktivu 2004/38/EZ o pravu građana Unije i članova njihovih obitelji na slobodno kretanje i boravište na području države članice (dalje u tekstu: Direktiva 2004) koja u čl. 2(2)(b) propisuje da za potrebe spajanja obitelji članom obitelji treba smatrati: *partnera s kojim građanin Unije ima registriranu zajednicu na temelju zakonodavstva države članice, ako je po zakonodavstvu države članice domaćina registrirana zajednica izjednačena s bračnom zajednicom, i u skladu s uvjetima utvrđenima u relevantnim zakonima države članice domaćina*. Uz to čl. 3(4) propisuje da *države članice olakšavaju ulazak i boravište partneru s kojim je građanin Unije u trajnoj vezi, uz odgovarajuću potvrdu*. S druge strane, Direktiva 2003/86/EZ pravu na spajanje obitelji državljana trećih zemalja ne navodi izvanbračne drugove na popisu članova obitelji u čl. 4(1), ali propisuje da *države članice mogu na osnovu zakona ili propisa dopustiti ulazak i boravište državljaninu treće zemlje i s kojim je sponzor u uredno dokazanom stabilnom dugoročnom odnosu*.

Možemo iz navedenih direktiva, a to nije jedino zakonodavstvo EU koje zadire u obiteljske odnose (Waalwijk, 2014: 48), zaključiti da EU zakonodavstvo ne koristi istu terminologiju za izvanbračne zajednice što svakako treba smatrati jednim od razloga pravne nesigurnosti. Proizlazi da je Direktivom 2004 izvanbračni drug eksplicitno naveden kao član obitelji, dok u Direktivi 2003 to nije slučaj. Ipak, neregistriranu izvanbračnu zajednicu kod spajanja obitelji državljana EU treba dokazati potvrdom, dok kod prava na spajanje obitelji sa trećim državljanima nema potrebe za potvrdom, ali treba dokazati stabilne i dugoročne odnose. Zanimljivo, Direktiva 2011/95/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 13. prosinca 2011. o standardima za kvalifikaciju državljana trećih zemalja ili osoba bez državljanstva za ostvarivanje međunarodne zaštite, za jedinstveni status izbjeglica ili osoba koje ispunjavaju uvjete za supsidijarnu zaštitu te sadržaj odobrene zaštite (dalje u tekstu: Direktiva 2011 o kvalifikaciji) u čl. 2(j) članom obitelji smatra *nevjenčanog partnera u stabilnoj vezi ako zakon ili praksa dotične države članice postupa s nevjenčanim parovima na sličan način kao i s vjenčanim parovima prema svojem zakonu koji se odnosi na državljane trećih zemalja*. To znači da za potrebe ostvarivanja spajanja obitelji pri ostvarivanju međunarodne zaštite treba dokazati stabilnost zajednice, ali se kao dokaz njezine stabilnosti izričito ne zahtjeva postojanje dugoročnog odnosa kao što je slučaj kod Direktive 2003/86/EZ, niti se zahtjeva odgovarajuća potvrda, niti registra-

cija kao što je slučaj u Direktivi 2004. Nadalje, kada govorimo o izvanbračnim zajednicama treba naglasiti da zakonodavstvo EU ne razlikuje homoseksualne i heteroseksualne izvanbračne zajednice. Pravna neusklađenost i ne definiranje razlika između tipova izvanbračnih zajednica dovodi do niza sudskih postupaka pred Europskim sudom za ljudska prava i Sudom EU.

Sud EU svojom praksom doprinosi rješavanju pravnih praznina koje nastaju u obiteljskim odnosima u okviru prekograničnog kretanja osoba u izvanbračnim zajednicama. Svakako treba istaknuti presude u predmetima *Reed* (pravo na spajanje obitelji heteroseksualne izvanbračne zajednice)³³, *Grant* (pitanje diskriminacije homoseksualne izvanbračne zajednice)³⁴, *D i Švedska protiv Vijeća* (Sud odbija odlučiti da homoseksualni brak iz jedne države članice treba priznati kao brak u drugoj državi članici)³⁵ *Maruko*³⁶ i *Römer* (Sud odlučuje o mirovinskim pravima partnera u homoseksualnoj zajednici).³⁷

Prvi značajan predmet koji se pojavio pred Sudom EU je predmet *Reed* u kojem je Sud EU presudio da se Britanka koja nije vjenčana za Nizozemca, ali s kojim živi u heteroseksualnoj izvanbračnoj zajednici, nema pravo pozvati na odredbe o spajanju obitelji u trenutku kada on seli u Nizozemsku zbog posla.³⁸ U ovom predmetu, Sud EU je izbjegao podvesti izvanbračnog druga pod termin „supružnik“ i time dati osnovu za spajanje obitelji, tj. izbjegao je izjednačiti prava bračnih i izvanbračnih partnera. Treba naglasiti da tadašnja Uredba 1612/68, koja je modernizirana Direktivom 2004, nije predviđala pravo na spajanje obitelji izvanbračnim partnerima. Novija sudska praksa prikazuje sazrijevanje tumačenja od strane Suda EU od doba kada je presuđeno po prvi put o pravima izvanbračnih zajednica u predmetu *Reed*.

Na ovom mjestu treba uputiti na dva novija predmeta vezana uz prava na spajanje obitelji izvanbračnih zajednica, jedan se odnosi na homoseksualne (*Coman*)³⁹, a drugi na heteroseksualne (*Banger*).⁴⁰

Predmet *Coman* odnosi se na rumunjskog državljanina koji ima i američko državljanstvo. On je u lipnju 2002. u New Yorku upoznao Roberta Clabourna Ha-

33 Predmet 59/85 Nizozemska vs. Reed [1986] EU: C: 1986: 157

34 Predmet C-249/96 Grant v. South West Trains Ltd. [1998] EU: C: 1998: 63

35 Spojeni Predmet C-122/99 i C-125/99 P D i Švedska v. Vijeće EU [2001] EU: C: 2001: 304

36 Predmet C-267/06 Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen [2008] EU: C: 2008: 179

37 Predmet C-147/08 Römer v. Freie und Hansestadt Hamburg [2011] EU: C: 2011: 286

38 Predmet 59/85 Nizozemska vs. Reed [1986] ECR 1283

39 Predmet C-673/16 Coman [2018] EU: C: 2018: 385

40 Predmet C-89/17 Banger [2018] EU: C: 2018: 570

miltona, američkog državljanina. Ondje su zajedno živjeli od svibnja 2005. do svibnja 2009. Tada se R. A. Coman preselio u Bruxelles kako bi radio za Europski parlament kao asistent zastupnika, dok je R. C. Hamilton ostao u New Yorku. Vjenčali su se u Bruxellesu 5. studenoga 2010. U prosincu 2012. R. A. Coman i njegov suprug pokrenuli su pred rumunjskom upravom upravni postupak da bi dobili dokumente potrebne kako bi R. A. Coman mogao sa svojim suprugom, koji nije državljanin Unije, raditi i zakonito boraviti u Rumunjskoj u razdoblju duljem od tri mjeseca.⁴¹ U ovom predmetu riječ je o priznavanju prava na spajanje obitelji osobama koje u homoseksualnom braku sklopljenom u jednoj državi članici žele temeljem prava EU o slobodi kretanja radnika preseliti u drugu državu članicu u kojoj nema mogućnosti sklapanja homoseksualnih brakova. Problematika priznavanja prava slobode kretanja homoseksualnim zajednicama već je godinama predmet akademskih rasprava (Kochenov, 2009: 156; Rijpma, Koffeman, 2014: 455; Waaldijk, 2014: 49; A. Tryfonidou, 2015: 195). U ovom predmetu Sud EU pravi značajan zaokret u odnosu na presudu u predmetu *D i Švedska protiv Vijeća*, navodeći da „definicija pojma „bračni drug“ koja bi se odnosila samo na heteroseksualni brak neizbježno bi dovela do diskriminacije na temelju spolne orijentacije“.⁴² Dakle, Sud promjenom retorike odlučivanja nalaže da se homoseksualni brak iz jedne države članice treba priznati kao brak u drugoj državi članici (Anitei, 2018: 113–124; Rijpma, 2019: 330–333). Koliko god ova presuda bila revolucionarna u smislu zaštite prava osoba homoseksualne orijentacije, ostavlja ipak više otvorenih pitanja. Između ostaloga, postavlja se pitanje ima li mjesta analogiji kada su u pitanju izvanbračne zajednice (neovisno o njihovom obliku), u smislu da se izvanbračnim partnerima kod primjene europskih standarda slobodnog kretanja priznaju sva prava koja proizlaze iz obiteljskog statusa i u onim zemljama članicama koje ih pravno ne uvažavaju. Sud se o tom pitanju u predmetu Coman nije očitovao.

U predmetu *Banger* riječ je o obrnutoj slobodi kretanja, tj. povratku državljanina EU u svoju matičnu zemlju. R. Banger državljanka je Južne Afrike, a njezin izvanbračni partner Philip Rado državljanin je Ujedinjene Kraljevine. Od 2008. do 2010. živjeli su zajedno u Južnoj Africi. U svibnju 2010. P. Rado prihvatio je zaposlenje u Nizozemskoj. U toj je državi članici do 2013. živio s R. Banger. R. Banger u toj je državi članici stekla boravišnu iskaznicu kao „član šire obitelji“ građanina Unije. U 2013. R. Banger i P. Rado odlučili su se preseliti u Ujedinjenu Kraljevinu. R. Banger u toj je državi ministru unutarnjih poslova podnijela zahtjev za boravišnu iskaznicu. Ta joj je iskaznica odbijena uz obrazloženje da je izvanbračna partnerica P. Rada.⁴³ Kako bi riješio ovu situaciju, sud koji po-

41 Predmet C-673/16 Coman [2018] EU: C: 2018: 385, par 14

42 Predmet C-673/16 Coman [2018] EU: C: 2018: 385, par 75

43 Predmet C-89/17 Banger [2018] EU: C: 2018: 570, par. 1–14

stavlja prethodno pitanje u uvodu odmah naglašava da je jedina razlika između predmeta koji se pred njime vodi i predmeta koji je doveo do presude *Singh* (u kojoj je Sud presudio u korist „povratka“ u matičnu državu)⁴⁴ okolnost da je R. Banger nevjenčana partnerica građanina Unije, dok su u potonjem predmetu S. i R. Singh bili vjenčani.⁴⁵ U ovom predmetu Sud EU je odlučio da države članice moraju priznati izvanbračnu zajednicu kada odlučuju o pravu na boravak ovisnog izvanbračnog druga, ako je građanin Unije sa svojim partnerom u trajnoj vezi (Sayeed, Neale, 2019: 97)⁴⁶. Sud naglašava da ako ne bi postojalo takvo izvedeno pravo boravka u korist takvog državljanina treće zemlje, građanin Unije bio bi obeshrabren napustiti državu članicu čiji je državljanin radi korištenja svojim pravom boravka sukladno članku 21, stavku 1 UFEU-a u drugoj državi članici zbog činjenice da ne postoji izvjesnost da će u državi članici iz koje dolazi moći nastaviti obiteljski život koji se razvio i ustalio s tim državljaninom treće zemlje u državi članici domaćinu prilikom stvarnog boravka.⁴⁷ Kako je u ovom predmetu bilo riječ o priznavanju prava boravka izvanbračnog partnera kao člana šire obitelji, a u predmetu *Coman* o priznavanju homoseksualnog braka kao braka između muškarca i žene, u ovom trenutku temeljem sudske prakse proizlazi da veća prava u okviru slobodnog kretanja imaju homoseksualni brakovi nego neformalne izvanbračne zajednice.

Velike razlike između nacionalnih pravnih sustava unutar EU bez granica predstavljaju ozbiljnu prepreku postizanju zajedničkog europskog identiteta (Boele-Woelki, 2004: 163). Iz pravne regulacije EU zakonodavstva i situacije koje dovode do postupaka pred sudovima u Luxemburgu i Strasbourgu jasno je da se danas u prekograničnim situacijama ljudi ne mogu osloniti na kontinuitet svojih obiteljskih odnosa prilikom promjene prebivališta. Iz tog razloga potrebno je postizanje konsenzusa na europskoj razini u pogledu definicije izvanbračnih zajednica i zauzimanje koherentnijeg pristupa na razini EU.

6. Zaključak

U kojim god okvirima analizirali pravnu regulaciju izvanbračnih zajednica, u nacionalnim, europskim ili međunarodnim, analiza nas uvijek dovodi do istih zaključaka, a to je da se suvremeno pravo tragajući za pravim putem prilagodbe povećanom broju izvanbračnih obitelji razvija neujednačenim i nekonzistentnim smjerom. I dok na nacionalnoj razini postoji problem divergentnosti u odgovaranju na pitanje koji su to opće primjenjivi standardi pravne zaštite osoba u izva-

44 Presuda C 370/90, *Singh* [1992] EU: C: 1992: 296

45 Predmet C-89/17 *Banger* [2018] EU: C: 2018: 570, par. 13–14

46 Predmet C-89/17 *Banger* [2018] EU: C: 2018: 570, par. 31

47 Predmet C-89/17 *Banger* [2018] EU: C: 2018: 570, par. 28

nbračnoj zajednici neovisno o motivima zbog kojih se nisu odlučili na sklapanje braka, europsko i međunarodno pravo traga za pravnim instrumentima kojima će pomirujući ove nacionalne neujednačenosti obiteljski život u izvanbračnim zajednicama zaštititi na jednak način kao i obiteljski život u braku. Ipak, iz analize međunarodnih i europskih normi možemo zaključiti da u tom nastojanju do danas niti jedan od ovih dvaju pravnih režima nije uspio.

Praksa Odbora za ljudska prava i ESLJP, kao i praksa Suda EU, težeći postizanju jednakog tumačenja i primjene prava, bez diskriminacije na obiteljskom statusu, više ne dvoji oko postojanja obiteljskog života među osobama u izvanbračnoj zajednici, neovisno o tome jesu li formalizirale svoju zajednicu registracijom pred nadležnim tijelom. Unatoč tome, noviji europski i međunarodni dokumenti kojima se jamče prava koja proizlaze iz obiteljskog statusa, u isti pravni položaj uz bračne zajednice stavljaju uglavnom samo registrirane izvanbračne zajednice. Jasno je da nema mjesta zaključku o tome kako tvorcima europskog i međunarodnog prava preferiraju formalne ispred neformalnih izvanbračnih zajednica. Držimo da je osnovni problem kada je u pitanju pravna zaštita neformalnih izvanbračnih zajednica, bilo da govorimo na nacionalnoj, europskopravnoj ili međunarodnopravnoj razini, utvrditi koje točno pretpostavke izvanbračni suživot treba ispunjavati da bi među partnerima stvarao obiteljski status i kako ispunjavanje tih pretpostavki nedvojbeno dokazivati u pravnom prometu. I premda formalizacija zajednice olakšava izjednačavanje pravnog položaja bračnih i izvanbračnih drugova, što je vidljivo na svim razinama njihove pravne zaštite, odnosno da, drugim riječima, izostanak formalizacije opravdava neizjednačavanje, u praksi se oba europska suda, i onog u Strasbourgu i Luxembourg, a osobito u praksi nacionalnih sudova europskih zemalja, često propituje ima li kod izostanka jednakog oblika pravne zaštite za sve obitelji neovisno o (ne) postojanju formalnog akta elemenata diskriminacije.

Jasno je vidljiv nedostatak koherentnosti kod stvaranja europskih i međunarodnih mehanizama za zaštitu izvanbračnih obitelji, osobito kada je u pitanju sloboda kretanja temeljena na obiteljskom statusu. Držimo da će za veće korake u razvoju koherentnijih mehanizama ipak trebati pričekati ishode trenutno vrlo turbulentnih zakonodavnih i sudskih previranja oko pravne zaštite izvanbračnih obitelji na nacionalnoj razini. Možemo zaključiti da je, premda bi trebalo biti reverzibilno, odnos nacionalnog prema europskom i međunarodnom pravu u ovom pravnom području takav da razvoj potonjeg trenutno uvelike ovisi o razvoju prvog. Prema tome, iako je cilj ovoga rada bio analizirati europske i međunarodne norme u svrhu stvaranja mogućih instrumenata harmonizacije nacionalnih standarda pravne zaštite izvanbračnih obitelji, istraživanje nas je dovelo do zaključka da se osnovna prepreka takvom ishodu nalazi upravo tamo gdje bi ovi instrumenti trebali djelovati, u nacionalnim pravima (europskih) zemalja.

Zaključno možemo utvrditi i to da će, govoreći u kontekstu pravnog područja koje smo analizirali u ovome radu, pristupom sociologije prava trebati dati određene odgovore temeljene na empirijskim ispitivanjima granica međusobne ovisnosti obiteljskopравnih normi i suvremenih društvenih faktora koji dovode do promjena u obiteljskim formacijama, te u tom smislu upućujemo na daljnja istraživanja njihove sinergije u ovom pravnom području.

Literatura/References

Anitei, N. C. (2018). Decision in Case C-673/16 Relu Adrian Coman and Others/ General Inspectorate for Immigration. *Jurnalul de Studii Juridice*, 13(1-2), str. 113–124.

Antokolskaia, M. (2006). *Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical Perspective*, Intersentia, Antwerp/Oxford.

Bierbrauer, D. (2011). *Machen wir es uns schwer? – Die nichteheliche Lebensgemeinschaft und Art. 6 Abs. 1 GG*, GRIN Verlag, München.

Boele-Woelki, K. (2005). The principles of European family law: its aims and prospects, *Utrecht Law Review*, 1(2), str. 160–168.

Brattström, M. (2008). The Protection of a Vulnerable Party when a Cohabitee Relationship Ends – An Evaluation of the Swedish Cohabitees Act., u: (ur.) Verschraegen, B. *Family Finances*, Jan Sramet Verlag, Vienna.

Bugajski, B., Wysocka-Bar, A. (2015). Informal relationships – Poland, u: (ur.) Boele-Woelki, K. et al. *European Family Law in Action, Volume 5: Informal Relationships*. Intersentia, Cambridge/Antwerp/Portland.

Caflich, L. (2012). Family, Right to, International Protection. U R. Wolfrum (Prir.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Vol. III (str. 1119). Oxford: Oxford University Press.

Draškić, M. (1998). *Vanbračna zajednica*, Naučna knjiga, Beograd.

Forder, C. (2000). *Het informele huwelijk: de verbondenheid tussen mens, goed en schuld*, Kluwer, Deventer.

Harris, D. et al. (2018). *Harris, O'Boyle & Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, 4th edition. Oxford: Oxford University Press.

Jänträ-Jareborg, M., Eriksson, L., Brattström, M. (2015). Informal relationships – Sweden, u: (ur.) Boele-Woelki, K. et al. *European Family Law in Action, Volume 5: Informal Relationships*. Intersentia, Cambridge/Antwerp/Portland.

Joseph, S., Castan, M. (2013). *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials and Commentary*, 3rd edition, Oxford: Oxford University Press.

Kochenov, D. (2009). On options of citizens and moral choices of states: gays and European federalism. *Fordham International Law Journal* 33, str. 156–205.

Koutsouradis A.; Konsta A. (2015). Informal relationships – Greece, u: (ur.) Boele-Woelki, K. et al. *European Family Law in Action, Volume 5: Informal Relationships*. Intersentia, Cambridge/Antwerp/Portland.

Latten, J. J., Mulder, C. H. (2013). Partner relationships in the Netherlands: new manifestations of the Second Demographic Transition. *Genus*, 69(3), str. 103–121.

Louw, D.A., Van Ede, D.M., Louw, A.E. (1998). *Human Development*. Cape Town: Kagiso Tertiary.

Lucić, N. (2015). Dokazivanje izvanbračne zajednice – odgovori na neujednačeno zakonodavstvo i sudsku praksu. *Pravni vjesnik*, 31 (3-4), str. 101–132.

Lucić, N. (2015). *Izvanbračna zajednica i pravna sigurnost*, doktorska disertacija, Pravni fakultet u Sveučilišta Zagrebu, Zagreb.

Lucić, N. (2017). Pravno uređenje braka i drugih oblika životnih zajednica, u: Rešetar et al. *Suvremeno obiteljsko pravo i postupak*. Pravni fakultet Osijek, Osijek, str. 61–102.

Lucić, N. (2019). Cohabiting, u: Bartolini, A. et al. (ur.) *Dictionary of Statuses within EU Law*, Springer.

Lucić, N., Grigić, N. (2015) Marriage v. cohabitation in the legal practice of the European court of human rights, u: (ur.) Barković, I., Lulić, M. *Contemporary legal and economic issues V*, str. 57–84.

Martiny, D. (2005). Rechtsprobleme der nichtehelichen Lebensgemeinschaft während ihres Bestehens nach deutschem Recht. u: (ur.) Scherpe, J. i Yassari, N. *Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften*, Mohr Siebeck.

Nazar, M. (2014). Rozdział XI. Konkubinaty. Związek partnerski, u: (ur.) Smyczyński, T., *System Prawa Prywatnego T. 11, Prawo rodzinne i opiekuńcze*, C.H. Beck, Warsaw, str. 982–1043.

Nowak, M. (2005). *U. N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, 2nd edition. Kehl, Strasbourg, Arlington: N. P. Engel.

Ragadics, T. (2018). Brak i izvanbračna zajednica u današnjem mađarskom društvu, *Nova prisutnost* 16/1, str. 89–99.

Rijpma J.J. (2019). You Gotta Let Love Move ECJ 5 June 2018, Case C-673/16, Coman, Hamilton, Acsept v Inspectoratul General pentru Imigrări. *European Constitutional Law Review*, 15, str. 324–339.

Rijpma J.J., Koffeman, N.R. (2014). Free Movement Rights for Same-Sex Couples under EU law: What Role to Play for the European Court of Justice?, u: (ur.) D. Gallo et al. *Same Sex Couples Before National, Supranational and International Jurisdictions*, Springer Verlag.

Sammut, I. (2006). Family Law in the EU's Acquis Communautaire: Where is it going? u: (ur.) P. Xuereb, *The Family, Law, Religion and Society in the EU and Malta*. Msida, Malta, str. 107–119.

Sayeed, S.; Neale, D. (2019) Immigration and Asylum Case Law in 2018 (Part 2): Developments in Free Movement, Economic Migration, Nationality and Statelessness. *Judicial Review Volume 24(2)*, str. 93–106.

Schabas, W.A. (2015), *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press.

Schrama, W. (2014). Marriage and alternative status relationships in the Netherlands, u: (ur.) Eekelaar, J. and George, R., *Routledge Handbook of Family Law and Policy*, Routledge, London, str. 14–25.

Schrama, W. (2014). Vermogensverschuivingen na scheiding van ongehuwde samenlevers: contractuele grondslagen (I. dio), *Tijdschrift Relatierecht en Praktijk*, str. 25–28.

Schrama, W. (2014). Vermogensverschuivingen na scheiding van ongehuwde samenlevers: contractuele grondslagen (II. dio), *Tijdschrift Relatierecht en Praktijk*, str. 38–42.

Sörgjerd, C. (2012). *Reconstructing Marriage: The Legal Status of Relationship in a Changing Society*, Intersentia, Cambridge/Antwerp/Portland.

Szeibert, O. (2015). Informal relationships – Poland, u: (ur.) Boele-Woelki, K. et al. *European Family Law in Action, Volume 5: Informal Relationships*. Intersentia, Cambridge/Antwerp/Portland.

Tryfonidou, A. (2015). EU free movement law and the legal recognition of same-sex relationships: the case for mutual recognition, *Columbia Journal of European Law*, 21(2), str. 195–248.

Waaldijk, K. (2014). Great diversity and some equality: non-marital legal family formats for same-sex couples in Europe. *Genus*, 1(2), str. 42–56.

Doc. Nataša Lucić, PhD,

Assistant Professor,

Faculty of Law Osijek, J. J. Strossmayer University of Osijek, Croatia

Doc. Dunja Duić, PhD, LL.M.,

Assistant Professor,

Faculty of Law Osijek, J. J. Strossmayer University of Osijek, Croatia

Doc. Davor Muhvić, PhD,

Assistant Professor,

Faculty of Law Osijek, J. J. Strossmayer University of Osijek, Croatia

COHABITATION: THE SURVEY OF INTERNATIONAL AND EU LAW STANDARDS IN VIEW OF CREATING NATIONAL STANDARDS

Summary

Cohabitation may imply various forms of joint life but, in the legal sense, cohabitation is an extramarital community of a couple living together without being legally married. Legal regulation of cohabitation, as a family law issue, is primarily a matter of national law. However, in the modern 21st century world of social changes, globalisation, international integrations and freedom of movement of people, international law has to give some response to the existence of a large number of cohabiting families. Since national legislators have different approaches to the legal protection of cohabitation, it is not very easy to provide clear legal standards for the protection of cohabitating families at the international level.

In this paper, we will first provide the definition of the legal term of cohabitation. Then, we will focus on the legal status of cohabitating families under international (human rights) law. As European based scholars, we will further emphasise the relevance of the case law of the European Court of Human Rights and the case law of the Court of Justice of the European Union as the most relevant judicial institutions involved in the legal protection of the cohabitants' right to family life in Europe. We will also offer some useful insights on the matter of international regulation of cohabitation on a broader, global scale. Finally, we will try to provide an answer to the question whether cohabitants have an adequate legal status in international law and EU law, and discuss the content and scope of cohabitants' family protection in those legal regimes.

Keywords: *Cohabitation, Legal status, Family Law, International (Human Rights) law, EU law.*

Др Ивана Грубеших,*
Доцент Правног факултета,
Универзитет у Зеници, Федерација БиХ
Др Џенана Радончић,*
Доцент Правног факултета,
Универзитет у Зеници, Федерација БиХ

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfno-23308

UDK: 342.7:347.628.41
368.914

Рад примљен: 25.09.2019.
Рад прихваћен: 03.04.2020.

(НЕ)ДИСКРИМИНАТОРНИ ТРЕТМАН ВАНБРАЧНИХ ПАРТНЕРА У ОСТВАРИВАЊУ ПРАВА НА ПОРОДИЧНУ ПЕНЗИЈУ**

Апстракт: Рад је инспирисан недавном одлуком Уставног суда Босне и Херцеговине којим се утврђује дискриминација ванбрачних партнера у односу на брачне партнере поводом уживања права на породичну пензију. Овакво прогресивно тумачење долази као наставак на ранију одлуку истог Суда којим се утврдила дискриминација ванбрачних партнера спрам брачних партнера у погледу насљедних права. Ауторке рада се слажу са закључцима Уставног суда БиХ у обје наведене одлуке, али дјелимично из других разлога, због чега сматрају важним допунити кориштену аргументацију и образложење. У раду стога најприје указују на трендове у пракси Европског суда за људска права, праћено анализом релевантног законодавства у БиХ, како би се, у оквиру теста дискриминације, испитало да ли је законодавац у БиХ адекватно искористио дискрециони простор за креирање и имплементацију јавних политика социјалног осигурања, те да ли је на темељу цијелокупног правног режима ванбрачне заједнице код ванбрачних партнера створио легитимна (оправдана) очекивања да је њихова заједница живота изједначена по имовинскоправним ефектима са брачном заједницом.

Кључне речи: неједнак третман, дискриминација, ванбрачна заједница, породична пензија.

* grubestic.ivana@gmail.com

* dzana.radoncic@gmail.com

** Рад је изложен на Међународној конференцији „Право и мултидисциплинарност“, одржаној 12–13. 4. 2019. на Правном факултету у Нишу.

1. Увод

У раду ауторке истичу проблематику неједнаког третмана брачних и ванбрачних партнера у погледу остварења права на породичну пензију, као једног од кључних имовинских права које произилази из породичне заједнице. Ентитетским породичним законодавством начелно су изједначене брачне и ванбрачне заједнице у погледу имовинских дејстава. Међутим, појединим прописима, попут ентитетских закона о пензионо-инвалидском осигурању, ванбрачни партнери су искључени из уживања права доступних брачним партнерима. Став је ЕСЉП, изражен у бројним одлукама, да свака држава чланица Вијећа Европе (даље: ВЕ) има тзв. дискрециони простор за доношење одлуке о изједначавању брачне и ванбрачне заједнице у погледу издржавања, (ван)брачне стечевине, насљеђивања, породичне пензије и осталих релевантних имовинских права. Предметом анализе ће бити процјена може ли се држава позвати на дискрециони простор и слободу одлучивања онда када је цјелокупним правним режимом створила оправдана очекивања ванбрачних партнера на равноправан третман у погледу имовинских права. У ту сврху бит ће размотрени национални прописи којима се утврђују имовинска права с обзиром на појмовно одређење породице, те релевантна судска пракса, а нарочито рецентна одлука Уставног суда БиХ, у којој је разматрано питање дискриминаторног третмана ванбрачних партнера у односу на брачне партнере поводом права на породичну пензију.

Са институционализацијом брака, на ванбрачну заједницу живота се све мање благонаклоно гледало, како друштвено, тако и правно.¹ Међутим, пораст у броју ванбрачних заједница је наметнуо потребу њиховог формалног признања и детаљнијег правног регулисања (House of Commons, 2009). Различите варијанте ванбрачних или не-брачних заједница живота постоје широм свијета, под различитим називима, *common law* брак (Baglow, 2014: 36), *de facto* заједница живота, неформални брак, (регистровано) партнерство, са значајно различитим правним посљедицама. За потребе писања овог рада полазимо од концепта ванбрачне заједнице у духу домаћег правног разумијевања – као заједницу живота лишену било каквог формализма, потребе за регистрацијом, пријављивањем надлежном државном тијелу, склапању споразума, увођењу у евиденције и сл. (*de facto* заједнице живота), при чему могу бити прописани додатни услови везано за заједнички живот, дужину трајања заједничког живота, постојање дјеце итд.

1 Тако је почетком 19. стољећа Наполеон наводно изјавио да ванбрачни партнери игноришу право/закон, па и право/закон игнорише њих. Преузето 15. 8. 2019. <https://core.ac.uk/download/pdf/43094634.pdf>

С обзиром да су овакве неформалне заједнице живота друштвена неминовност, пред законодавца се поставља питање да ли и на који начин пружити правну заштиту ванбрачним партнерима.² Да ли их треба изједначити у цјелости са брачним партнерима, додијеливши им исти правни статус или пак без потпуног изједначавања, пружањем одређених права својствених браку – имовинска права на (ванбрачну) стечевину, насљедна права, права на породичну пензију, право на издржавање и слично.³

У чланку ће ванбрачне заједнице у БиХ бити анализирани само у контексту одређених имовинскоправних дејстава, конкретно, права на породичну пензију. Иако право на различите облике издвајања од стране државе у области социјалног осигурања не произилази директно из Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (даље: ЕКЉП), судска пракса је понудила детаљнија тумачења направивши дистинкцију у категоријама социјалних права, између оних која почивају на уплати доприноса и оних који се тичу различитих накнада без претходног доприноса корисника права (Gómez Heredero, 2007: 23). Практика је у том погледу конзистентна, неспорно је да права из области социјалног осигурања која се темеље на уплати доприноса представљају права имовинске природе и самим тим потпадају под опсег примјене члана 1 Протокола број 1 уз ЕКЉП.⁴

Иако у раду полазимо од слободе коју су двије особе различитог пола имале приликом избора да ли ће ступити у брак или ванбрачну заједницу, из перспективе међународних људскоправашких стандарда отворена су питања у погледу заштите коју треба пружити ванбрачним партнерима: Да ли су ванбрачне заједнице у погледу статуса и права која из такве заједнице произилазе изједначене са брачним заједницама, зато што су упоредиви институти? Да ли државе уживају аутономију да ограниче статус и ефекте различитих облика ванбрачних заједница и да их формално разликују од брака? (Grau, 2004: 135 i dalje).

2 Види: Истраживачки центар – Парламентарни институт, Скупштина Црне Горе. *Право ванбрачних другова на породичну пензију – Хрватска, Француска, Италија, Нјемачка и Словенија*. Бр. 13 (2015).

3 О различитим инструментима јачања положаја надживјелог (ван)брачног партнера види Софтић Каденић, Д. (2013). Брачни уговор и уговор о насљеђивању у праву Федерације Босне и Херцеговине као инструменти јачања правног положаја надживјелог брачног партнера. *Зборник радова са научног скупа «Развој породичног права – од националног до европског»* (стр. 135–153). Мостар: Правни факултет Универзитета «Џемал Биједић».

4 Види Одлуке ЕСЉП, *Gaygusuz vs. Austria* број представке 17371/90 од 16. 9.1996. године и *Van Raalte vs. the Netherlands* број представке 20060/92 од 21. 2. 1997. године.

2. Стандарди установљени праксом Европског суда за људска права

Правни статус ванбрачних заједница се може посматрати у контексту неколико људских права: праванаједнакоправан третман (принцип забране дискриминације) у вези са другим правом, попут *права на поштивање приватног и породичног живота*⁵, *слободе савјести и вјероисповијести*⁶, и за нас најзанимљивијег, *права на имовину*⁷.

Право на породичну пензију уживају, јасно је, чланови породице. Ко међутим чини породицу? Појам породице је у контексту конвенцијских права доживио значајну еволуцију кроз бројна тумачења од стране ЕСЉП⁸, при чему је за нас најважније то што појам породице није ограничен на бракове и на њему засноване породице, него обухвата и различите ванбрачне/фактичке заједнице, са фокусом на стабилности и континуитету у породичним везама (чак и без кохабитације).⁹ То, међутим, не значи да *de facto* породице морају бити формално признате. Заправо, чак и незаконите заједнице живота, могу довести до настанка породице и тиме потпасти под опсег примјене члана 8 ЕКЉП. Тиме се не дира у слободу државе да одлучи да ли ће, на који начин и у којој мјери заштитити ванбрачне партнере који чине породицу, а који нису формално закључили брак.¹⁰ У предмету *Vallianatos и други против Грчке*¹¹, ЕСЉП је отишао и корак даље, признајући квалитет породице двојици одраслих мушкараца који су били, по оцјени Суда, у стабилној вези, иако нису фактички скупа живјели.¹² У либералном духу, ЕСЉП потврђује да, убудуће, када европски

5 Неовисно о формалном признавању ванбрачне заједнице и њеном изједначавању са браком, такве заједнице често доводе до формирања породичног живота (чине породицу).

6 У случајевима заснивања бракова у религијској форми, без закључивања брака у грађанској форми.

7 За потребе испитивања да ли ванбрачне заједнице имају једнаке имовинскоправне ефекте као и бракови.

8 Шире: European Court of Human Rights. *Guide on Article 8 of the Convention – Right to respect for private and family life*. Задњи пут ажурирано 30. 4. 2019.

9 Ibid.

10 О критици екстензивног разумијевања појма породице, види; Puppink, G., *The dilution of the family in human rights: Comments on Vallianatos and other ECHR cases on „family life“*, преузето 20. 8. 2019., <https://www.ejiltalk.org/the-dilution-of-the-family-in-human-rights-comments-on-vallianatos-and-other-echr-cases-on-family-life/>

11 Пресуда ЕСЉП, *Vallianatos and Others v. Greece*, број представке 29381/09 и 32684/09 од 7. 11. 2013. године.

12 Bitiukova, V. (2014). *Vallianatos and Others vs. Greece: What is in there for Lithuania?*. *Strasbourg Observers*. Преузето 20. 8. 2019. <https://strasbourgobservers.com/2014/01/13/vallianatos-and-others-v-greece-what-is-in-there-for-lithuania/>

законодавци буду регулисали породицу и породичне ствари, потребно је, приликом избора средстава дјеловања „обавезно узети у обзир друштвени развој, као и промјене у перцепцији друштвених и грађанских питања и односа, укључујући и чињеницу да не постоји само један начин или један избор када је у питању вођење нечијег приватног или породичног живота.“¹³

ЕСЉП се током 2009. године бавио са два предмета релевантна за разматрање заштите коју уживају ванбрачни партнери. Ради се о случајевима *Şerife Yiğit v. Turkey*¹⁴ и *Muñoz Diaz*¹⁵. У предмету *Muñoz Diaz*, апликантица се као припадница ромске мањине у Шпанији удала, по ромским обичајима, за припадника ромске мањине, без формалног закључења грађанског брака. Брак је као такав признат у ромској заједници, гдје се сматра да сва права и обавезе из брака произлазе из ове форме брака, иако формално није изједначен са грађанским браком. Након смрти апликантичиног партнера, првостепени суд и суд посљедње инстанце су одбили захтјев апликантице за пензијом с образложењем да никада није била супруга преминулог, јер није закључила ни грађански нити религијски брак по шпањолском праву (Ouald Chaib 13. 4. 2010) ЕСЉП је утврдио да се овдје ради о *de facto* брачном статусу, те да је Уставни суд Шпаније у ранијим случајевима закључења *de facto* брака по канонском праву признавао брачни статус уколико је брак закључен у доброј вјери, те да се овдје има додатно узети у обзир да се ради о припадници ромске мањине, због чега је у конкретном случају утврдио повреду чл. 14 у вези с чл. 1 Протокола бр. 1 ЕКЉП-а (Meškić, 2018: 44).¹⁶

У сличном предмету, *Şerife Yiğit v. Turkey*, поставило се питање поштивања приватног живота и забране дискриминације (члан 8, у вези са чланом 14 ЕКЉП). Руководећи се чланом 1 Протокола 1, у вези са чланом 14 и чланом 8 ЕКЉП, Суд је испитивао да ли је у конкретном случају почињена дискриминација на темељу природе брака – грађански vs. вјерски брак (тзв. остали заштићени основи). Велики значај је дат принципу секуларизма у Турској, те је прихваћено да се формалним разликовањем грађанског од вјерских бракова слиједи легитиман циљ заштите јавног поретка и заштите права и слобода других, превасходно жена. У оквиру теста пропорционалности, ЕСЉП прави дистинкцију између случаја *Muñoz Diaz* и *Şerife Yiğit* на трагу концепта добре вјере – г-ђа Yiğit, по мишљењу Суда,

13 Тачка 84 наведене пресуде.

14 Одлука ЕСЉП број 3976/05 од 2. 11. 2010. године.

15 Одлука ЕСЉП број 49151/07 од 8. 12. 2009. године.

16 Преузето 22. 8. 2019. <http://www.analitika.ba/sites/default/files/ECHR%20i%20Anti%20diskriminacija%20%E2%80%93%20Zbornik%20May%202018.pdf%20-%20za%20web.pdf>

није имала/требала имати легитимно очекивање да ће остварити право на породичну пензију, јер је била свјесна потребе да формализира свој брак у складу са грађанским закоником, те је имала довољно времена да то учини (26 година вјерског брака) – тврдио је Суд, дакле, да није била у доброј вјери (Ouald Chaib, 11. 10. 2010). Добра вјера у овом контексту није ништа друго до концепт легитимних очекивања.

У оба наведена случаја било је довољно времена да се формално закључи грађански брак (26, односно 29 година). Ни у првом нити у другом случају није спорно постојање породичног живота. Међутим, у предмету *Miñoz Diaz* ЕСЉП је закључио да систем заједничких вјеровања културално дефинисане заједнице не може бити игнорисан (у овом случају ромске популације), док није прихваћен навод Şerife Yeğit да вјерски брак „представља друштвену реалност у Турској“, те да представља „карактеристику живота у Турској“. Ипак, док шпањолске власти признају одређене облике неформалних, неграђанских бракова, у Турској је грађанска форма брака једини формално прихваћен облик заједничког живота хетеросексуалних партнера. Због тога ЕСЉП изводи закључак да је различит третман пропорционалан, те да нема повреде члана 1 Протокола бр. 1, нити повреде члана 8 ЕКЉП.

Занимљиво је да Велико вијеће ЕСЉП сматра заштиту жена легитимним циљем који турски законодавац жели постићи тиме што ствара додатни притисак ради закључивања бракова и формализирања односа у заједници живота, а с друге стране у оваквим случајевима, који заиста представљају друштвену стварност Турске, жени која је била у вишедеценијској моногамној заједници живота одбија признати било какав статус и тиме јој одбија пружити заштиту. Чини се да, како је истакнуто у издвојеном мишљењу судије Rozakisa, праве компараторе у овом случају чине дугогодишње ванбрачне заједнице и бракови, а не грађански насупрот вјерским браковима. У цјелости се занемарује дужина трајања заједнице живота (26 година), чињеница да је подносиатељица представке родила 6 дјеце са преминулим партнером, те да је од њега била финансијски овисна читаво вријеме трајања заједнице живота, што је *de facto* изједначава са браком. Да ли фактички једнаке/сличне ситуације захтијевају једнако/слично третирање? Аргумент да се желе заштити муслиманске жене од шеријатских бракова није убједљив, јер им се овако одриче било каква заштита, па није јасно од чега и како ЕСЉП заправо штити жене које ће и даље закључивати вјерске бракове. Суд је сматрао да, иако постоје државе чланице ВЕ које признају и друге стабилне односе уз традиционални брак, Турска се не може обавезати на то. Овакво ограничење је, по мишљењу Суда, прихватљиво, јер има легитиман циљ, као и објективно и разумно оправдање, будући да се заштита ограничава на службено признате

бракове, што су у овом случају само грађански бракови. Разлика која је направљена између брачних и ванбрачних заједница је у овом контексту стога оправдана. Закључак ЕСЉП-а за сада је јасан: државе нису дужне признати друге односе уз брак, због чега нису ни обавезне штитити неформалне бракове на истој разини као формално ваљане бракове (Ould Chaib, 2010).

Поменуте пресуде отварају бројна питања, од питања постојања међународног консензуса о посебним потребама мањина, услијед којих држава треба заштити њихову сигурност, идентитет и животни стил, што је већ потврдио у погледу ромских мањина у предметима *Chapman*¹⁷ и *Buckley*¹⁸, до разматрања домета принципа секуларизма и заштите жена у вјерским браковима. Државе чланице ВЕ заиста уживају дискрециони простор у процјени да ли и до које мјере разлике у иначе истовјетним ситуацијама оправдавају различит третман у праву.¹⁹ Дискрециони простор је већи када се ради о усвајању јавних економских, фискалних или друштвених мјера, које су блиско везане за располагање државним новчаним ресурсима.²⁰ Међутим, ЕСЉП је тај који ће у сваком конкретном случају процјењивати да ли је одређена мјера усклађена са обавезама које за државу чланицу ВЕ произлазе из ЕСЉП и протокола.

Из представљене судске праксе ЕСЉП-а можемо извући двоструки закључак (Rutten, 2010: 84), (а) пуко позивање на принцип равноправности није довољно да би се ванбрачној заједници (убрајајући ту и вјерске/традиционалне бракове) додијелио формалноправно једнак статус као и браку, (б) али да се, под посебним околностима, ванбрачни партнер/ица, може успјешно позвати на принцип равноправности како би за себе исходило/ла примјену одређених законских рјешења, упркос неформалном (па чак и незаконитом) статусу брака. У досадашњој пракси ЕСЉП-а, општеприхваћено је да брачним партнерима припада посебан статус и права, те да заштита брака начелно представља значајан и легитиман разлог који би могао оправдати различит третман брачних и ванбрачних заједница. Због тога државе (и даље) имају одређени дискрециони простор за различит третман брачних и ванбрачних заједница, нарочито у погледу

17 ЕСЉП, *Chapman vs. United Kingdom*, број представке 27238/95, одлука од 18. 1. 2001. године.

18 ЕСЉП, *Buckley vs. United Kingdom*, број представке 20348/92, одлука од 25. 9. 1996. године.

19 Као први такав случај види одлуку ЕСЉП, *Marckx vs. Belgium*, број представке 6833/74, одлука од 13. 6. 1979. године.

20 Види, ЕСЉП, *Burden vs. The UK*, број представке 13378/05, одлука од 22. 5. 2008. године.

јавних и фискалних политика, попут опорезивања или пензијског и инвалидског осигурања.

Изузетак, када различит третман неће бити дозвољен, ограничен је на врло специфичне ситуације у којима Суд узима у обзир бројне околности, попут те да ли је закон конкретне државе пружио одређену правну заштиту специфичним неформалним односима (одређеној врсти ванбрачне заједнице); да ли је спорна заједница живота упоредива са другим односима с обзиром на релевантне аспекте (на примјер, постојање добре вјере у вези са статусом брака); да ли су постојала очекивања/увјерења партнера да су склопили ваљан брак; потврђивање тих очекивања ставом и актима државних власти; околност да су очекивања партнера била оправдана ставом и поступцима државе у вези с неформалним браком; као и то да ли би одбијање пружања заштите било несразмјерно у датим околностима (Rutten, 2010: 85).

3. Анализа стања у БиХ

а. Право на породичну пензију и недоследности у дефинисању појма породице у ентитетском законодавству Босне и Херцеговине

Породична пензија је социјална бенефиција која се остварује „у циљу обезбјеђења сигурности прихода као посљедица околности (догађаја) – смрти која је предухитрила одлазак у пензију“ (Gillion, Turner, Bailey, Latulippe, 2000: 69), а правну природу породичне пензије у националном правном систему одређују основни елементи специфични за овај вид бенефиција – квалифицирајући период осигурања, круг корисника пензије, те однос зависности корисника (да ли је корисник способан за рад, самостално издржавање или не) (Gillion et al.: 89).

Ентитетско законодавство у БиХ којим се уређује обавезно пензијско и инвалидско осигурање²¹ предвиђа наведене елементе као основне предуслове за остварење права на породичну пензију, међутим, питање одређења корисника породичне пензије у посљедњих неколико година указало је на бројне недоследности које су саставни дио законодавстава унутар сваког од ентитета, па и између ентитета, те неефикасан механизам измјене закона након усвајања пресуда, које су прекретница у тумачењу таквих недоследности. У конкретном случају, законодавно одређење корисника породичне пензије у ФБиХ ограничава се на преживјелог брачног

²¹ Закон о пензијском и инвалидском осигурању, *Сл. новине ФБиХ*, бр. 13/2018; Закон о пензијском и инвалидском осигурању, *Сл. гласник РС*, бр. 134/2011, 82/2013, 96/2013 - одлука УС и 103/2015.

супружника, разведеног брачног супружника, уколико има признато право на издржавање, и дјецу²², искључујући категорију ванбрачних партнера. На једнак начин круг корисника је био одређен и претходно важећим Законом о ПИО ФБиХ из 1997. године, чланом 60.²³ Такођер, специфично уређен круг корисника предвиђа и Закон о ПИО РС, који, поред брачног супружника, превиђа могућност остварења права на породичну пензију и за разведене брачне и *ванбрачне супружнике*, уколико им је признато право на издржавање²⁴, искључујући при томе у потпуности категорију ванбрачних супружника који су у тренутку смрти осигураника били у ванбрачној заједници.

Овакво правно одређење корисника породичне пензије низ година изазива проблеме у пракси, а који посљедично доводе до правне несигурности странака. Уставни суд БиХ (даље: УС БиХ) је својом праксом у посљедњих неколико година указао на тенденцију изједначавања статуса брачних и ванбрачних партнера, што је видљиво на основу усвајања пресуде по апелацији бр. 4207/13²⁵, а која се односи на дискриминаторан третман ванбрачних партнера у погледу наслеђивања, што је узето у обзир усвајањем новог Закона о наслеђивању у ФБиХ 2014. године (Крешић, Омердић, 2018: 265). У истом правцу УС БиХ закључује и усвајањем одлуке по апелацији бр. 4077/16 у октобру 2018. године²⁶, а којом се утврђује дискриминаторан третман ванбрачних партнера у остварењу права на породичну пензију. Ова одлука је прекретница у поимању концепта породице и статуса ванбрачних партнера, те ће у наставку рада иста бити анализирана у контексту дате аргументације, и концептуалних питања простора слободне процјене државе, начела легитимних очекивања странака, и постојања дискриминаторног третмана ванбрачних партнера.

Питање дефиниције брачних и ванбрачних заједница, односно породице као појма, налазимо у ентитетском породичном законодавству. Тако Породични закон ФБиХ (даље: ПЗ ФБиХ)²⁷ уређује појам породице као *„животне заједнице родитеља и дјеце и других крвних сродника, сродника по тазбини, усвојилаца и усвојеника и особа из ванбрачне заједнице ако живе у заједничком домаћинству“*. Даља анализа указује да су партнери у брачним

22 Чл. 69 Закона о ПИО ФБиХ.

23 Закон о пензијском и инвалидском осигурању, *Сл. новине ФБиХ*, бр. 29/1998, 49/2000, 32/2001, 73/2005, 59/2006, 4/2009, 55/2012.

24 Чл. 70 Закона о ПИО РС.

25 Одлука по апелацији УС БиХ бр. 4207/13, *Сл. гласник БиХ*, бр. 83 (2016).

26 Одлука УС БиХ по апелацији бр. 4077/16, *Сл. гласник БиХ*, бр. 80 (2018).

27 Чл. 2 ПЗ ФБиХ, *Сл. новине ФБиХ*, бр. 35/2005, 31/2014.

и ванбрачним заједницама изједначени по питању имовинских ефеката тих заједница – обавези међусобног издржавања²⁸, праву на издржавање након престанка ванбрачне заједнице²⁹, правном уређењу стечене имовине у ванбрачној заједници³⁰. ПЗ ФБиХ изједначава брачне и ванбрачне партнере и у погледу заштите од насиља у породици³¹. Иако Породични закон РС (у наставку ПЗ РС) не дефинише изричито појам ванбрачне заједнице, из појма породице нису изричито искључени ванбрачни партнери, дефинишући чланом 2 исту као „животну заједницу родитеља и дјеце и других сродника“³². Даља анализа ПЗ РС указује на изједначен положај брачних и ванбрачних партнера у контексту имовинских ефеката заједница, што је изричито наведено чланом 12, и на једнак начин уређено као и у ФБиХ – обавези међусобног издржавања³³, праву на издржавање након престанка ванбрачне заједнице³⁴, и статусу стечене имовине.³⁵

Појам породице укључује брачне и ванбрачне партнере и у другим прописима приватне сфере права. У Закону о наслеђивању у ФБиХ (даље: ЗоН ФБиХ) ванбрачно и брачно сродство потпуно је изједначено³⁶ у контексту законског наслеђивања³⁷ и уговора о наслеђивању.³⁸ Једнак приступ налазимо и у Закону о наслеђивању РС.³⁹ Изједначавање статуса брачних и ванбрачних партнера присутно је и у другим прописима којима се уређују приватни правни односи – Закон о облигационим односима ФБиХ изједначава њихов статус у погледу тога између којих лица не тече застара⁴⁰; Закон о раду у ФБиХ и РС дефинише као чланове уже породице брачну и ванбрачну супругу у погледу остварења права на

28 Чл. 213 ПЗ ФБиХ.

29 Чл. 230 ПЗ ФБиХ.

30 Чл. 263 ПЗ ФБиХ.

31 Чл. 380 ПЗ ФБиХ. Изједначавање брачних и ванбрачних партнера по питању заштите од породичног насиља даље је уређено и чланом 6 Закона о заштити од насиља у породици ФБиХ, *Сл. новине ФБиХ*, бр. 20/2013.

32 ПЗ, *Службени гласник РС*, бр. 54/2002, 41/2008, 63/2014 и 56/2019 - одлука УС.

33 Чл. 9 ПЗ РС.

34 Чл. 248 ПЗ РС.

35 Чл. 284 ПЗ РС.

36 Чл. 4 Закона о наслеђивању, *Сл. новине ФБиХ*, бр. 80/2014.

37 Чл. 9 ЗоН ФБиХ.

38 Чл. 126 ЗоН ФБиХ.

39 Чл. 4 Закона о наслеђивању, *Сл. гласник РС*, Бр. 1/2009, 55/2009, 91/2016.

40 Чл. 381 Закона о облигационим односима, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/1978, 39/1985, 45/1989, 57/1989, *Сл. лист РБиХ*, бр. 2/1992, 13/1993, 13/1994.

плаћено одсуство⁴¹; Закон о парничном поступку у ФБиХ предвиђа право свједока на ускраћивање одговора на питања уколико би одговор довео до кривичног гоњења њега, односно његовог брачног или ванбрачног партнера, те других чланова породице⁴², те дефинише лица која могу бити пуномоћници у парничном поступку (за физичка лица то могу бити брачни, односно ванбрачни друг странке, те други сродници у складу са Законом)⁴³, а једнака рјешења предвиђена су и Законом о парничном поступку у РС.

Разматрајући рјешења предвиђена прописима из области социјалног осигурања и социјалне заштите, као сфере којој припада и уређење питања породичне пензије, дефинисање појма породице слиједи начело равноправности брачних и ванбрачних партнера. Тако се Законом о здравственом осигурању у ФБиХ члановима породице осигураника сматрају како брачни тако и ванбрачни партнер, у контексту остварења права на здравствено осигурање као члана породице осигураника⁴⁴. Једнак приступ сусреће се и у оквиру Закона о основама социјалне заштите, заштите цивилних жртава рата и породица са дјецом, у којем се као чланови породице наводе брачни и ванбрачни партнер у контексту остварења права која припадају цивилним жртвама рата⁴⁵. И Закон о правима бранилаца и чланова њихових породица у ФБиХ дефинише круг чланова породице, у који такођер укључује и ванбрачне партнере⁴⁶. Дакле, осим ентитетских прописа о пензионим и инвалидском осигурању, којима се не предвиђа могућност остварења права на породичну пензију од стране ванбрачног партнера, други прописи који уређују материју социјалног осигурања као и области социјалне заштите, дефинишу породицу на начин да се члановима сматрају и ванбрачни партнери, који на једнак начин остварују право на социјалне престације, а под условима карактеристичним за постојање ванбрачне заједнице (дужина трајања исте, рођење дјетета).

Ипак, недоследна примјена дефинисања породице предвиђена породичним законом резултирала је тиме да неки прописи не предвиђају ванбрачног

41 Чл. 53 Закона о раду, *Сл. новине ФБиХ*, бр. 26/2016, 89/2018; чл. 89. Закона о раду, *Сл. гласник РС*, бр. 1/2016, 66/2018.

42 Чл. 140 Закона о парничном поступку, *Сл. новине ФБиХ*, бр. 53/2003, 73/2005, 19/2006, 98/2015.

43 Чл. 301 Закона о парничном поступку ФБиХ.

44 Чл. 20 Закона о здравственом осигурању, *Сл. новине ФБиХ*, бр. 30/1997/, 7/2002, 70/2008, 48/2011, 36/2018.

45 Чл. 5 Закона о основама социјалне заштите, заштите цивилних жртава рата и породица са дјецом, *Сл. новине ФБиХ*, бр. 36/1999, 54/2004, 39/2006, 14/2009, 45/2016.

46 Чл. 17 Закона о правима бранилаца и чланова њихових породица, *Сл. новине ФБиХ*, бр. 33/2004, 56/2005, 70/2007, 9/2010.

партнера као члана породице којем се признаје одређено право. Тако Закон о стварним правима не предвиђа ванбрачног партнера као члана породице у погледу остварења права служности⁴⁷, док Закон о држављанству Босне и Херцеговине предвиђа могућност стицања држављанства олакшаном натурализацијом само за брачног друга уколико је брак трајао најмање 5 година.⁴⁸

б. Анализа релевантне судске праксе

Иако се домаћи законодавац креће у општем правцу изједначавања брачних и ванбрачних заједница, у појединим специфичним областима задржава рестриктиван приступ. Таква је област пензијског и инвалидског осигурања, гдје, успркос покретању јавних дебата по питању неуједначеног третмана брачних и ванбрачних партнера, те иницијатива из невладиног сектора⁴⁹, усвајање новог Закона о ПИО у ФБиХ 2018. године је протекло без измјене члана 60 и без формалног изједначавања брачних и ванбрачних заједница у погледу права на породичну пензију. На основу жалбе Центра женских права, упућене Омбудсману за људска права БиХ, ова институција је 29.6.2015. године поднијела иницијативу за измјену Закона о ПИО релевантним институцијама. Влада ФБиХ се у свом изјашњењу очитовала да иницијатива Омбудсмана није прихваћена, а ради израде новог Закона о ПИО у том моменту. Иако је тачно да је тада нови Закон о ПИО био у процедури, једнако је тачно да је у нацрту било пропуштено уношење допуне у члан 60 како је предложено у иницијативи.⁵⁰

С обзиром на пасивност законодавца, утолико је значајније што се УС БиХ имао прилику очитовати о потенцијалним дискриминаторним законодавним рјешењима и праксама у погледу третмана ванбрачних партнера/ица у остварењу права на породичну пензију. Ради се о предмету АП бр. 4077/16 по апелацији Изете Шехагић од 11. 10. 2018. године, у којем је апелантица сматрала да јој је прекршено право на недискриминацију из члана II/4 Устава БиХ и члана 14 ЕКЉП у вези с правом на имовину због тога што, као ванбрачна партнерица, није могла стећи право на породичну пензију Закону о ПИО, иако је ванбрачна заједница у потпуности изједначена

47 Чл. 256 Закона о стварним правима, *Сл. новине ФБиХ*, бр. 66/2013, 100/2013.

48 Чл. 10 Закона о држављанству Босне и Херцеговине, *Сл. гласник БиХ*, бр. 4/1997, 13/1997, 41/2002, 6/2003, 14/2003.

49 Став Омбудсмена за људска права БиХ, преузето 27. 8. 2019, <https://ombudsmen.gov.ba/Novost.aspx?newsid=639&lang=BS>; <https://www.ombudsmen.gov.ba/Novost.aspx?newsid=604&lang=BS>

50 Информације добивене на основу интервјуа са чланицом Центра женских права Заница, обављеног 30. 7. 2019. године.

са брачном заједницом према ПЗ ФБиХ. Похвална је одлука УС БиХ у погледу закључка о утврђивању кршења права на забрану дискриминације у вези са правом на имовину, међутим, ауторке, опреза ради, наглашавају да је образложење конкретне пресуде већински засновано на ранијој одлуци УС БиХ бр. АП 4207/13 од 30. 9. 2016. године, у којој је било спорно да ли се може апеланту као оставитељичином ванбрачном партнеру признати статус наследника првог наследног реда, те да се не даје додатно објашњење у свјетлу конкретног предмета. Наиме, у вријеме доношења пресуде бр. АП 4207/13 (2016. године) већ је био усвојен нови Закон о наслеђивању ФБиХ из 2014. године, којим је експлицитно одређено да оставитеља наслеђује и његов ванбрачни партнер/ица, који је у праву наслеђивања изједначен са брачним, уколико ванбрачна заједница испуњава услове прописане ПЗ ФБиХ, и ако је трајала до смрти оставитеља. Очигледно је да је УС БиХ као једну од одлучујућих околности узео то да су и предлагач новог ЗоН-а и законодавац препознали дискрепанцију између ПЗ ФБиХ и ЗоН ФБиХ, и закључили да је таква разлика резултирала дискриминарајућим третманом ванбрачних партнера/ица, а што су новим прописом отклонили.⁵¹ Оно што разликује ове двије ситуације и што доводи у питање оправданост позивања на конкретне тачке раније одлуке Суда је то што новим Законом о ПИО није дато право на породичну пензију ванбрачним партнерима.

УС БиХ се у обе пресуде позива на потребу досљедног поштивања „опредјељења из породичног права о једнаком третману брачне и ванбрачне заједнице“⁵². Неспорно је да ПЗ ФБиХ формално и начелно изједначава брачне и ванбрачне партнере, међутим Закон о ПИО ФБиХ не укључује ванбрачне партнере/ице у дефиницију чланова породице. УС БиХ у наведеним пресудама се није бавио питањем односа ПЗ ФБиХ као презумираног *lex generalis* према другим прописима као *lex specialis*, те наглашава да се ЕКЉП примјењује директно и има приоритет над свим другим законима, због чега се проблематика односа ПЗ ФБиХ и Закона о ПИО ФБиХ уопште није адресирала. Очигледно је да Закон о ПИО ФБиХ не укључује ванбрачне партнере/ице изричито, из чега се може закључити да је законодавац био рестриктивнији у оним случајевима када су у питању издвајања из јавних ресурса. Ипак, посматрајући ширу законодавну слику, кроз проведену анализу законодавства из поља социјалног осигурања и социјалне заштите, може се извести закључак да је опћа интенција законодавца да и у пољу социјалне сигурности брачни и ванбрачни партнери/ице уживају једнаку заштиту у контексту остварења права имовинског карактера.

51 Тачка 33 Одлуке УС БиХ.

52 Примјера ради види: тачка 32 и тачка 34 Одлуке УС БиХ бр. АП. 4207/13, тачка 31 Одлуке УС БиХ бр. АП. 4077/16.

Разматрајући даље захтјев апелантице да се ради о дискриминаторном третману ванбрачних партнера/ице, у контексту члана 3 Закона о забрани дискриминације у БиХ, којим се дефинише непосредна дискриминација као „*свако различито поступање према основама наведеним Законом када је неко лице или група лица доведена или је била или би могла бити доведена у неповољнији положај за разлику од неког другог лица или групе лица у сличним ситуацијама*“⁵³, потребно је примјенити тест за утврђивање дискриминације (Вехабовић, Измирлија, Кадрибашић, 2010: 11) у конкретном случају уживања права на породичну пензију:

1. Да ли навод о дискриминацији потпада под једно од права из Устава/ ЕКЉП? – У конкретном случају говоримо о праву на имовину које је заштићено чланом 1 Протокола 1 ЕКЉП (Gómez Heredero, 2007: 23), а у вези са чланом 14 (забрана дискриминације) и чланом 8 (право на приватни и породични живот) ЕКЉП;
2. Да ли постоји различито поступање? – У конкретној ситуацији различито поступање се очитује у непризнању права на породичну пензију ванбрачним партнерима/ицама у односу на брачне partnере/ице, што је видљиво на основу члана 60 Закона о ПИО ФБиХ из 1999. године, на основу разлике у брачном статусу (Мешкић, 2018: 49);
3. Дали се подносиатељ/ица захтјева налази у аналогној ситуацији у односу на другу групу? (Tobler, 2014: 551, 552) – У оквиру овог корака испитујемо да ли су брачна и ванбрачна заједница упоредиве категорије. Сматрамо да се ради о двије упоредиве категорије зато што дијеле низ елемената: у оба случаја се ради о заједници живота, могуће је заснивање породице (потомства), формално се уклапају у дефиницију породице на основу ПЗ ФБиХ, те су у контексту породичног права досљедно изједначене. Даље, статус ванбрачне заједнице формално је признат породичним и другим релевантним законодавством, те се начелно изједначава са брачном заједницом у погледу већине имовинскоправних ефеката. Једина разлика огледа се у критерију формалности, јер се брак закључује уз обавезно присуство представника државне власти, док је за настанак ванбрачне заједнице релевантно фактично заснивање заједнице живота, уз испуњење додатних услова који се тичу дужине трајања исте или рођења дјете;
4. Да ли разлика у поступању има објективно и разумно оправдање? – Из проведене анализе судске праксе ЕСЉП јасно је да државе чланице ВЕ уживају дискрециони простор приликом регулисања права на породичну пензију. Истовремено ЕСЉП поставља ограничење поља

⁵³ Чл. 3 Закона о забрани дискриминације БиХ, *Сл. гласник БиХ*, бр. 59/2009, 66/2016.

слободне процјене постојањем легитимних очекивања странака да буду признати одређени ефекти ванбрачних заједница. У овом случају потребно је узети у обзир опште опредјељење законодавца у погледу изједначавања брачних и ванбрачних заједница, и добру вољу странака приликом уласка у ванбрачну заједницу, у контексту њихових очекивања. Анализа ентитетског законодавства указује на то да, не само да постоји тенденција уједначавања брачне и ванбрачне заједнице, него и да не постоје прописи којима се ванбрачна заједница, као у случају *Serife Yigit*, забрањује или на било који начин инкриминира. Управо због тога се сматра да су легитимна очекивања ванбрачних партнера да су у свим имовинскоправним аспектима изједначени са брачним партнерима. Концепт легитимног очекивања који почива на принципима правне сигурности и добре вјере састоји се у томе да „*јавна власт приликом подузимања будућих активности мора узети у обзир легитимно очекивање које је нека особа имала приликом подузимања радње, будући да се поуздала у одређено поступање државне власти*“ (Љубић, Човић, 2016: 30). У коначници, констатујемо да регулисање права на породичну пензију не потпада ни под једну од ситуација које представљају изузетке од забране дискриминације наведене у члану 5 Закона о забрани дискриминације БиХ.

Проведена анализа указује да, кроз призму стандарда утврђених праксом ЕСЉП, узевши у обзир еволуцију ентитетског законодавства и тренутно уређење статуса породице у приватној и јавној сфери, неспорно можемо говорити о дискриминаторном третману ванбрачних партнера/ица у погледу остварења права на породичну пензију, а како је и потврђено праксом УС БИХ.

4. Закључак

Постојање различитог приступа законодавца у третману ванбрачних партнера/ица дало би се оправдати дискреционим простором који има свака држава у погледу правног уређења статуса ванбрачне заједнице, на што указују и анализирани пресуде ЕСЉП. Ипак, овакав приступ мора се сагледати узевши у обзир цјелокупно законодавство и интенцију законодавца у погледу признавања имовинскоправних ефеката ванбрачне заједнице у односу на брачну. Брачна и ванбрачна заједница су у највећој мјери изједначене у оквиру ентитетског Породичног закона у погледу имовинских ефеката тих заједница, те у погледу имовинских ефеката у оквиру других закона, како у приватној тако и у јавној сфери права. Усвајање скоријег законодавства указује на тенденцију законодавца у

правцу изједначавања брачне и ванбрачне заједнице, а што представља, заједно са претходно наведеним, основ за закључак да постоји легитимно очекивање странака да ће и у погледу остварења права на породичну пензију ванбрачни и брачни партнери/ице имати равноправан третман, те да су ове двије категорије упоредивог карактера. У том смислу, остварују се битни елементи постојања дискриминаторног третмана, на што указује и проведена анализа теста дискриминације. Преостаје подузимање наредног корака од стране националног законодавца да усклади ентитетско законодавство из области пензионог и инвалидског осигурања са опћим одређењем изједначавања имовинских ефеката брачне и ванбрачне заједнице.

Литература/References

Barlow, A. (2014). Legislating for Cohabitation in Common law Jurisdictions in Europe: Two Steps Forward and One Step Back? K. Boele-Woelki, N. Dethloff i W. Gephart (Prir.), *Family Law and Culture in Europe: Developments, Challenges and Opportunities* (77–94). Intersentia.

Bitiukova, V. (2014). Vallianatos and Others vs. Greece: What is in there for Lithuania?. *Strasbourg Observers*. <https://strasbourgobservers.com/2014/01/13/vallianatos-and-others-v-greece-what-is-in-there-for-lithuania/>

Brau, J.A. (2004). The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law. *The Columbia Journal of European Law* Vol.11, No. 1.

Demirović, R. (2013). Novi pravci u pravnom regulisanju vanbračne zajednice u bosanskohercegovačkom pravu. *Zbornik radova sa naučnog skupa „Razvoj porodičnog prava – od nacionalnog do evropskog“* (str. 113–135). Mostar: Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“.

Gillion, C., Turner, S., Bailey, C., Latulippe, D. (ur.) (2000). *Social security pensions – Development and reform*. Geneva: International Labour Office.

Gómez Heredero, A. (2007). *Social security as a human right*. Strasbourg: Council of Europe.

Guide on Article 8 of the Convention – Right to respect for private and family life. European Court of Human Rights. Zadnji put ažurirano 30. 4. 2019.

House of Commons, Briefing Paper No CBP-06348 od 30. 1. 2019. godine, Thurley, D., Occupational pensions-survivors' benefits for cohabitants

Преузето 15. 8. 2019., <https://core.ac.uk/download/pdf/43094634.pdf>

Krešić, B., Omerdić, Dž. (2018). Izjednačavanje prava vanbračnih i bračnih partnera – analiza presude Ustavnog suda Bosne i Hercegovine. *Zbornik radova sa naučnog skupa „Imovinsko-pravni aspekti porodičnih odnosa“* (str. 265–283). Mostar: Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“.

Ljubić Čović A. Legitimno očekivanje (u kontekstu članka 1 Protokola broj 1 Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda). *Nova pravna revija*. Br. 1/2016. 29–39.

Meškić, Z. (2018). Diskriminacija i zaštićeni osnovi u jurisprudenciji Evropskog suda za ljudska prava – trend proširivanja i produbljivanja zaštite. E. Hodžić (Prir.), *Evropski sud za ljudska prava i zaštita od diskriminacije, Jurisprudencija i evolucija standarda* (str. 25–69). Sarajevo: Analitika – Centar za društvena istraživanja. Преузето 22. 8. 2019. <http://www.analitika.ba/sites/default/files/ECHR%20i%20Anti%20diskriminacija%20%E2%80%93%20Zbornik%20May%202018.pdf%20-za%20web.pdf>

Ouald Chaib, S. (2010). Is a more inclusive wind blowing through the Court?. *Strasbourg Observers*. Преузето 25. 8. 2019. <https://strasbourgobservers.com/2010/04/13/is-a-more-inclusive-wind-blowing-through-the-court/>

Ouald Chaib, S., Şerife Yeğit v. Turkey: The Court did it again!. *Strasbourg Observers*. Преузето 25. 8. 2019. <https://strasbourgobservers.com/2010/11/10/serife-yigit-v-turkey-the-court-did-it-again/>

Istraživački centar – Parlamentarni institut, Skupština Crne Gore. *Pravo vanbračnih drugova na porodičnu penziju – Hrvatska, Francuska, Italija, Njemačka i Slovenija*. Br. 13 (2015).

Puppink, G., The dilution of the family in human rights: Comments on Vallianatos and other ECHR cases on “family life”, преузето 20. 08. 2019., <https://www.ejiltalk.org/the-dilution-of-the-family-in-human-rights-comments-on-vallianatos-and-other-echr-cases-on-family-life/>

Rutten, S. (2010). Protection of spouses in informal marriages by human rights. *Utrecht Law Review* (str. 76–91). Vol. 6, Issue 2.

Sanz Caballe (2004), S. Unmarried Cohabiting Couples before the European Court of Human Rights: Parity with Marriage. *The Columbia Journal of European Law* (str. 151–166). Vol.11, No. 1.

Softić Kadenić, D. (2013). Bračni ugovor i ugovor o nasljeđivanju u pravu Federacije Bosne i Hercegovine kao instrumenti jačanja pravnog položaja nadživjelog bračnog partnera. *Zbornik radova sa naučnog skupa «Razvoj porodičnog prava – od nacionalnog do evropskog»* (135–153). Mostar: Pravni fakultet Univerziteta «Džemal Bijedić».

Softić Kadenić, D. (2011). Novo nasljedno pravo u entitetima Bosne i Hercegovine de lege lata i de lege ferenda. *Nova pravna revija broj 2/2011* (36–44).

Tobler, C. (2014). Equality and Non-discrimination under the ECHR and EU Law – A Comparison Focusing on Discrimination against LGBTI Persons (str. 521–561). *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*.

Vehabović, F., Izmirlija, M., Kadribašić, A. (2010). Komentar Zakona o zabrani diskriminacije sa objašnjenjima i pregledom prakse u uporednom pravu. *Sarajevo: Centar za ljudska prava Univerziteta u Sarajevu*.

(Non)discriminatory treatment of the cohabitation partners regarding the right to survivor's pension

Doc. Ivana Grubešić, LL.D.,
Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Zenica,

Doc. Dženana Radončić, LL.D.,
Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Zenica,
Federation of Bosnia and Herzegovina

**(NON)DISCRIMINATORY TREATMENT OF COHABITATION PARTNERS
IN EXERCISING THE RIGHT TO SURVIVOR'S PENSION**

Summary

This paper has been inspired by a recent decision of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, which establishes the existence of unequal treatment of marital and cohabitation partners regarding the exercise of the right to survivor's pension, as one of the key property rights deriving from the family union. Such a progressive interpretation comes as a follow-up to an earlier decision of the same Court finding discrimination of cohabitation partners in comparison to spouses with respect to inheritance rights. The authors of the paper agree with the conclusions of the Constitutional Court of B&H in both of these decisions, but partly for other reasons, which is why they consider it important to supplement the argumentation and reasoning used in said decisions. Therefore, the paper first outlines the trends in the case law of the European Court of Human Rights, followed by an analysis of relevant legislation in B&H, in order to examine, within the discrimination test, whether the B&H legislature has adequately used the discretionary space to create and implement public social security policies and whether, based on the entire legal regime set up for the cohabitation union, it created legitimate (justifiable) expectations for the extramarital partners (bona fide) that their de facto extramarital cohabitation is equalized in property effects with the marital community.

Keywords: *unequal treatment, discrimination, cohabitation partners, survivor's pension.*

Др Мирко Живковић,*
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛАН НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfno-24464

UDK: 341.9(497.11)
Рад примљен: 16.12.2019.
Рад прихваћен: 25.12.2019.

ОСВРТ НА НЕКА ПИТАЊА СРПСКОГ МЕЂУНАРОДНОГ ПРИВАТНОГ ПРАВА**

Апстракт: Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља (1982/3) на снази је у Републици Србији готово четири деценије. О њему и решењима која садржи написана су два Коментара (још за време постојања бивше СФРЈ), као и велики број монографија и чланака. Судска пракса је такође доступна у појединим електронским базама података. Тако се готово стиче утисак да је о њему све речено и да су све дилеме у његовој примени отклоњене. Међутим, увек се може бацити нови поглед на поједине установе, судску праксу или литературу и још једном размислити о већ устаљеним схватањима и тумачењима. Управо томе је посвећен овај чланак. Поједина питања се поново разматрају, с једином намером да се евентуално да допринос будућој кодификацији српског МПП-а, која несумњиво предстоји.

Кључне речи: нејединствени правни поредак, утврђивање садржине страног права, меродавно право за развод брака, формални претпостављени реципроцитет и права странаца, реторзиона надлежност.

* raklestica@yahoo.fr

** Рад је резултат ангажовања на пројекту Правног факултета Универзитета у Нишу „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије (евиденциони број 179046 D).

1. Увод

Правна литература о питањима међународног приватног права у нашој земљи је прилично богата. Наравно, у тај корпус уџбеника, монографија и чланака сврставамо и радове аутора из бивших југословенских република, сада самосталних држава. Разлог томе је што је Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља донет 1982. године (ЗРСЗ),¹ у време постојања СФРЈ, а исто тако, што је и након распада заједничке државе релативно дуго важио и био примењиван као закон сваке од новостворених држава. Данас, овај закон је на снази у Републици Србији и Босни и Херцеговини (као закон ентитета, Републике Српске и Федерације БиХ).

О закону је, дакле, доста писано, и у време постојања СФРЈ и касније, у новоствореним државама. Међутим, како то већ бива, увек се може неко питање сагледати из новог угла, одређеној дилеми дати неко другачије тумачење или се могу преиспитати нека већ уврежена схватања. Руководећи се таквим размишљањем, покушаћемо да се у овом раду осврнемо на нека питања нашег међународног приватног права.

1.1. Да ли држава са сложеним правним поретком може бити без унутрашњих колизионих норми?

Када се ради о примени домаће колизионе норме на право државе са сложеним (нејединственим) правним поретком, познато је да то питање уређује члан 10 ЗРСЗ. Реч је о томе да је у страниој држави, на чију примену указује домаћа колизиона норма, законодавац овластио одређене територијалне јединице да самостално уређују материју приватног права (нпр., статусне, наследне, породичне односе). По правилу, територијалне јединице, користећи законодавна овлашћења која су добиле од централне власти, доносе своје прописе у одређеним доменима, често међусобно веома различите. Зато је за судију који примењује домаћу колизиону норму (у овом случају нашег) важно да зна начин на који ће у конкретном случају изабрати меродавно право ужег правног подручја унутар такве државе.

Правни писци су, тумачећи члан 10 ЗРСЗ, дали прихватљиво и поједностављено објашњење. Они истичу да се приликом решавања овог проблема најпре примењује „принцип једноступености“ (или „непосредног избора“), што значи да домаћи судија користи (наставља да примењује) домаћу колизиону норму и за одређивање ужег правног подручја унутар државе са сложеним правним поретком (Dika, Knežević, Stojanović, 1991: 43; Varadi, Bordaš, Knežević, Pavić, 2011; 203; Đorđević, Meškić, 2016: 58).

1 Сл. лист СФРЈ, 43/82, 72/82, Сл. лист СРЈ, 46/96.

Домаћа колизиона норма, дакле, не указује само на државу са сложеним правним поретком, већ и на уже правно подручје унутар ње. То је могуће због тога што је највећи број тачака везивања територијалног карактера и погодан да изврши и непосредну локализацију и одреди релевантно уже правно подручје (Станивуковић, Живковић, 2015: 317). Притом, наш судија у овом случају не води рачуна о унутрашњим колизионим нормама државе са сложеним правним поретком. Међутим, ако је тачка везивања садржана у колизионој норми држављанство, тешко је на овај начин доћи до решења. Најчешће, не постоји држављанство ужих правних подручја (нпр., ако су у питању провинције, кантони), а ако и постоји (нпр., када се ради о федеративно уређеним државама), већински је став да то држављанство није истог ранга као и држављанство саме државе са сложеним правним поретком и да се не може користити за одређивање меродавног права. У таквој ситуацији треба применити „принцип двостепености“ („посредног избора“), односно одређивање релевантног ужег правног подручја (те тиме и меродавног права унутар сложене државе) треба препустити њеним унутрашњим колизионим нормама. Према томе, домаћа колизиона норма доводи судију до прага државе са сложеним правним поретком, а избор ужег правног подручја врше њене унутрашње колизионе норме. Уколико ни на овај начин не може одредити меродавно право, како предвиђа став 2 члана 10 ЗРСЗ „... меродавно је право подручја у тој држави са којим постоји приближа веза“.

На овај начин стигли смо до критичног места. Питање је када ће се уистину применити ово треће решење (принцип најближе везе)?! Законодавац наводи да ће то бити случај „Ако се меродавно право државе чији правни поредак није јединствен не може утврдити на начин предвиђен у ставу 1. овог члана...“. То управо значи када „принцип једностепености“ и „принцип двостепености“ не дају жељени резултат, односно не указују на право ужег правног подручја. Но, када ће се то практично догодити када се ради о „принципу двостепености“? Навешћемо објашњења дата у два приручника за полагање Правосудног испита. У првом приручнику, читамо (да је) „...проблем са овим решењем у томе што многе земље, иако имају нејединствен правни поредак, немају своје унутрашње колизионе норме“, тако да „ако нема унутрашњих колизионих норми или оне не пружају решење, меродавно је право подручја унутар државе са којим постоји најближа веза“ (Кнежевић, Павић, 2008: 30–31). У другом приручнику, наведено је (да се) „... може догодити да држава на коју упућује колизиона норма међународног приватног права нема сопствена правила о решавању унутрашњег сукоба закона“ (Марковић Бајаловић, 2014: 57). Следствено томе, „ако се меродавно право не може одредити на описани начин (држава

у питању нема норме о решавању унутрашњег сукоба закона), примениће се право подручја у тој држави са којим постоји најближа веза (члан 10 став 2 ЗМПП)² (Марковић Бајаловић, 2014: 58).

Питамо се сада да ли је стварно могуће да нека држава са сложеним (нејединственим) правним поретком нема норме о решавању унутрашњег сукоба закона? Очигледно је да то није могуће. Таква држава мора да решава унутрашње сукобе закона да би уопште могла да функционише. Чињеница да на њеној територији постоји више правних поредака и да грађани који живе у сваком од њих свакодневно ступају у најразличитије приватноправне односе јасно говори у прилог постојања унутрашњих колизионих норми. Таква држава мора имати унутрашње колизионе норме због себе саме, како би омогућила нормални живот својих грађана са различитих правних поредака и нормално одвијање правног саобраћаја између њих. Не доноси она унутрашње колизионе норме због страних држава чије колизионе норме међународног приватног права могу упутити на примену њеног права, а она им олакшала одређивање ужег правног подручја.

Друго је питање на који ће начин држава са сложеним правним поретком регулисати проблем унутрашњег сукоба закона на својој територији. Она одлучује да ли ће донети *посебне* колизионе норме намењене решавању само унутрашњих сукоба закона (као што је то био случај у бившој СФРЈ² или сада у Босни и Херцеговини³) или ће колизионе норме међународног приватног права, намењене решавању сукоба закона са међународним елементом *истовремено* користити и за решавање унутрашњих сукоба закона (као што је то случај са колизионим нормама садржаним у шпанском Грађанском закону). Исто тако, одлучује да ли ће унутрашње колизионе норме бити јединствене за територију целе државе или ће бити донете на нивоу правних подручја, или пак, да ли ће бити садржане у законским текстовима или судској пракси. У сваком случају, унутрашње колизионе норме морају постојати и служити за нормално одвијање правног саобраћаја у држави са сложеним правним системом.

Наравно, ако је таква ситуација, логично се поставља питање зашто је онда наш законодавац предвидео треће решење (примену принципа најближе везе)? Другачије речено, ако већ тврдимо да унутрашње колизионе

2 Закон о решавању сукоба закона и надлежности у статусним, породичним и наследним односима, *Сл. лист СФРЈ*, 9/79 и 20/90, *Сл. лист СРЈ*, 46/96 и *Сл. лист СЦГ*, 1/2003 – Уставна повеља.

3 У питању је исти Закон који је наведен у фусноти 3. Преузет је Уредбом са законском снагом о преузимању и примјењивању савезних закона који се у Босни и Херцеговини примјењују као републички прописи, *Сл. лист РБиХ*, 2/92. Мешкић, 2017: 63.

норме сигурно постоје, када оне неће бити у стању да укажу на примену норми конкретног ужег правног подручја, те се помоћ мора потражити у принципу најближе везе?

То се може десити уколико унутрашња колизиона норма садржи тачку везивања која у датом случају не указује ни на једно правно подручје унутар сложене државе, већ преупућује на право неке треће државе. Такво преупућивање се у овом случају не може прихватити јер унутрашња колизиона норма (чак и ако се ради о колизионој норми МПП-а, али овде у функцији унутрашње колизионе норме) не може остварити *renvoi* ефекат. Исто тако, унутрашње колизионе норме које су донете на нивоу правних подручја (а не целе државе) неће омогућити одређивање конкретног правног подручја јер једноставно не знамо колизионим нормама ког правног подручја дати предност и зашто, тј. којима се обратити за одређивање меродавног права. У оба ова случаја, дакле, треба утврдити *најближу везу* са одређеним правним подручјем унутар државе са сложеним правним поретком (не и изван ње) и применити право тог правног подручја.

На крају, треба рећи да је добро што наше међународно приватно право у члану 10 ЗРСЗ⁴ прихвата „принцип једностепености“ као прво решење (за разлику од других држава које комбинују „принцип двостепености“ и принцип најближе везе). Разлог томе је што држављанство као тачка везивања губи примат и битку са уобичајеним боравиштем, те ће примена „принципа једностепености“ бити све учесталија. Притом, предност „принципа једностепености“ у односу на „принцип двостепености“ је очигледна – приликом његове примене, судија треба да утврди садржину само страног меродавног права (релевантног ужег правног подручја), док приликом примене „принципа двостепености“ треба најпре да сазна како гласи страна унутрашња колизиона норма, а потом да утврди и садржину страног меродавног права (релевантног ужег правног подручја).

2. Ко треба да преведе обавештење о садржини страног права и о чијем трошку?

Када се ради о утврђивању садржине страног (меродавног) права, познато је да у нашем међународном приватном праву то питање уређују Европска конвенција о обавештењима о садржини страног права из 1968. године („Лондонска конвенција“)⁵ и члан 13 ЗРСЗ. У смислу Конвенције (члан 2), Министарство правде је централни орган (односно, и „агенција за пријем“

⁴ Треба рећи да је ово једно од ретких решења ЗРСЗ које је у целости преузео Нацрт новог ЗМПП Републике Србије (уз побољшање саме формулације).

⁵ *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*, 7/91.

и „агенција за пренос“) који, између осталог, прибавља обавештења о садржини страног права. У пракси виших судова (а и у домаћој литератури) често се превиђа члан 8 Конвенције, према коме обавештења о садржини страног права дата у одговору *не обавезују* правосудни орган државе из које је захтев потекао. Насупрот томе, исто решење се (оправдано) наглашава када је реч о члану 13 ЗРСЗ, који иначе предвиђа да суд или други надлежни орган може затражити обавештење о страном праву од Министарства правде, као и да странке у поступку могу поднети јавну исправу о садржини страног права (Dika et al. 1991:50; Станивуковић et al. 2105: 308–309; Ђорђевић et al. 2016: 120–121; Varadi et al. 2011: 115; Јакшић, 2016: 333).

Не улазећи у бројна питања везана за ову тему, на овом месту истакли бисмо једно које се често појављује у пракси, а на које ни Конвенција ни члан 13 ЗРСЗ не пружају (добар) одговор. Реч је о следећем. Када Министарство правде од надлежног иностраног органа прибави обавештење о садржини страног права, то обавештење је, по правилу, састављено на језику те стране државе (замољене државе). Такво решење изричито предвиђа члан 14 Лондонске конвенције. Како се у том члану наводи, *одговор* на захтев за обавештење о садржини страног права биће састављен *на језику замољене државе*. Ово решење свакако није најбоље и у приличној мери умањује практичну вредност Конвенције. Додуше, у даљем тексту предвиђено је да се две или више држава уговорница могу договорити да у међусобним односима примењују другачије решење, али је јасно да се тиме основна идеја не доводи у питање. Одговор (обавештење о садржини страног права) је, дакле, састављен на језику замољене државе, а изузеци од тога могу се установити закључењем двостраних или нових вишестраних уговора.

Слична је ситуација и када се ради о примени члана 13 ЗРСЗ – осим ако двостраним уговором није предвиђено да се обавештење саставља на језику државе молиће, Министарство правде, које је проследило захтев нашег суда, добиће, по правилу, обавештење о садржини страног права на језику замољене државе или евентуално на француском или енглеском језику.

С тим у вези, поставља се питање ко треба да преведе ово обавештење на српски језик. Да ли то треба да учини Министарство правде и да онда суду пошаље обавештење о садржини страног права преведено на српски језик? Или би било довољно да Министарство пошаље суду обавештење на страном језику, у облику у коме га је добило, а да суд обезбеди превод на српски језик? Или превод треба да обезбеди странка у чијем је интересу да страно право буде примењено?

У разговору са представницима Министарства правде обавештени смо да је у неколико наврата Министарство, на поновљене захтеве суда, обезбеђивало превод обавештења на српски језик. Међутим, сматрамо да оно то не мора да чини. Из обавезе суда да по службеној дужности утврди садржину страног права (став 1 члана 13 ЗРСЗ) *следи да је то обавеза суда и да трошкови превођења страних текстова падају на терет судског буџета.*

Сматрамо, такође, да исто решење важи и ако је суд наложио странци да поднесе јавну исправу о садржини страног права.⁶ Међутим, уколико странка самоиницијативно одлучи да поднесе јавну исправу, у циљу скраћивања поступка сазнања или доказивања да обавештење Министарства правде није тачно, трошкове прибављања и превођења стране јавне исправе сноси она сама. Уколико добије спор, странка би могла да затражи од суда да јој у оквиру парничних трошкова, које је друга странка дужна да јој надокнади, досуди и оправдане трошкове које је имала око прибављања и превођења јавне исправе о садржини страног права.

3. О конструкцији колизионе норме из члана 35 ЗРСЗ

Опште је познато да члан 35 ЗРСЗ одређује меродавно право за развод брака. Само решење је подуже,⁷ али би се могло свести на следеће: за развод је меродаван, најпре, заједнички *lex nationalis* супружника, а ако су они различитог држављанства, онда се врши (обична) кумулација њихових националних права. Уколико се брак не би могао развести на тај начин, меродавно је право Републике Србије уколико један од супружника има пребивалиште на њеној територији или ако га нема, уколико је српски држављанин.

6 О томе да ли у овом случају суд може наложити странци да поднесе јавну исправу или она то једино може урадити на сопствену иницијативу, мишљења у доктрини су подељена. (Станивуковић et al. 2015: 309; Јездић, 1980: 50; Јакшић, 2016: 333)

7 Члан 35 ЗРСЗ гласи: „За развод брака меродавно је право државе чији су држављани оба брачна друга у време подношења тужбе. Ако су брачни другови држављани различитих држава у време подношења тужбе, за развод брака меродавна су кумулативно права обе државе чији су они држављани. Ако се брак не би могао развести по праву одређеном у ставу 2. овог члана, за развод брака меродавно је право Србије, ако је један од брачних другова имао у време подношења тужбе пребивалиште у Републици Србији. Ако је један од брачних другова држављанин Републике Србије који нема пребивалиште у Републици Србији, а брак се не би могао развести по праву одређеном у ставу 2. овог члана, за развод брака меродавно је право Републике Србије.“ ЗРСЗ, нажалост, није усклађен са Уставом Србије (2006), те смо цитирајући наведену одредбу назив СР Југославија заменили са Република Србија.

Ова одредба сигурно не спада у ред успешнијих решења ЗРСЗ. Најпре, о његовој анахроности говори временска одредница у колизионој норми намењена избегавању проблема мобилног сукоба закона. Спомине се само „време подношења тужбе“ јер у моменту његовог доношења тадашње породично право није познавало установу споразумног развода брака. Зато би данас, по аналогiji, ту одредницу требало тумачити тако да се односи и на „време подношења предлога за споразумни развод“. Такође, доста мастила у нашој доктрини потрошено је на објашњење значења почетне реченице у ставу 3 истог члана: „Ако се брак *не би могао* развести по праву одређеном у ставу 2. овог члана...“. У покушајима да се докучи смисао ових речи, створене су тзв. ужа и и шира концепција, у зависности од тога да ли треба сматрати да се оне односе на ситуацију када је један од супружника држављанин државе чије право не познаје установу развода или пак о томе да се брак не може развести обичном кумулацијом националних права због дивергенције бракоразводних узрока.

Осим тога, ради се о једном од ретких закона (по нашим истраживањима – једином) који допушта примену *два* права на развод брака, што је у супротности са решењима у упоредном међународном приватном праву која предвиђају примену само једног права.⁸ У том смислу заиста не треба завидети нашем судији који треба да разведе брак применом става 2 члана 35 ЗРСЗ (кумулятивно, *lex nationalis* супружника), односно да брак разведе према различитим националним правима супружника.

Зато не чуди превише што је у пракси то довело до прескакања прагова на (Кегеловој) лествици колизионе норме из члана 35 ЗРСЗ. Наиме, с обзиром да се у огромној већини случајева ради о бракоразводним парницама између нашег и страног држављанина, *пошло се од претпоставке да се брак не би могао развести* (без утврђивања садржине страног меродавног права, супружника странца) и брак се разводио применом нашег права будући да је један од супружника држављанин Републике Србије.

8 На пример, (последњег) заједничког пребивалишта/уобичајеног боравишта, *lex fori*. У 17 држава ЕУ примењује се Уредба 1259/2010 о појачаној сарадњи у материји меродавног права за развод и законску раставу (*Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation*, ОЈ. L. 343710 of 29. 12. 2010. Реч је о Белгији, Бугарској, Немачкој, Шпанији, Француској, Италији, Летонији, Луксембургу, Мађарској, Малти, Аустрији, Португалији, Румунији, Словенији, Литванији, Грчкој и Естонији. У члану 8 Уредбе предвиђена је примена једног права и одредбе ове Уредбе се универзално примењују (колизионе норме важе и према државама које нису чланице ЕУ). Видети такође и члан 61 Закона о међународном приватном праву Швајцарске.

Наравно, овакво прескакање прагова на колизионој лествици не може се оправдати. Чињеница да се радило о избегавању примене анахроног става 2 члана 35 и примене два национална права (обичном кумулацијом, за утврђивање бракоразводног узрока), може измамити зрно разумевања, али не и више од тога. У том смислу, управо желимо да укажемо на специфичност конструкције колизионе норме из члана 35 ЗРСЗ и потребу избегавања доношења сличних норми у будућности.

Специфичност члана 35 ЗРСЗ састоји се у томе што он на лествици предвиђа најпре два прага која су уобичајена у ЗРСЗ (примену *lex nationalis*), с тим што примена другог прага (обична кумулација у случају различитог држављанства супружника) није нимало једноставан задатак. Након тога, члан 35 ЗРСЗ предвиђа трећи и четврти праг који воде примени домаћег права под изразито лаким условима, посебно када је реч о услову да је један од супружника српски држављанин. Наиме, као што смо напоменули, највећи број развода са међународним елементом односи се на разводе бракова између наших и страних држављана. Отуда је искушење за судије да се прескакањем другог прага домогну *лагодне примене* домаћег права заиста велико. Дакле, у начелу, ради се о сугестији да у домаћем систему међународног приватног права не треба прописивати колизионе норме које најпре предвиђају уобичајену (или отежану) примену меродавног права, а након тога, ако се претходна решења не могу применити, примену домаћег права под условима које је лако испунити. Надамо се да је сугестија добро схваћена и да је јасно да се она не односи на класичне колизионе лествице које као последњи праг предвиђају примену *lex fori*, али без споменутих уобичајених/тежих/лакших услова примене.

На крају, изнели бисмо и мишљење да је добро што је Нацртом новог ЗМПП Републике Србије⁹ предвиђена и аутономија воље као могући начин одређивања меродавног права (члан 90). То значи да је супружницима омогућено да, уколико желе, могу да изаберу меродавно право за свој развод. Наравно, такав избор реално је очекивати у случају споразумног развода брака. Истовремено, ту отприлике лежи и објашњење за увођење оваквог решења – ако супружници својом вољом могу одлучивати о судбини самог брака, односно ако могу поднети предлог за споразумни развод, онда могу изабрати и меродавно право по коме ће брак бити разведен.

⁹ Нацрт новог Закона о међународном приватном праву Републике Србије (2014). Преузето 22. 11. 2019. <https://www.mpravde.gov.rs/obavestenje/6274/konacna>.

4. Формални претпостављени реципроцитет и права странаца да наслеђују у Републици Србији

Када је реч о реципроцитету као услову за уживање приватних права странаца, у домаћој литератури може се прочитати да треба сматрати да законодавац има у виду формални реципроцитет и, посебно, да се тај реципроцитет претпоставља. Конкретно, ова идеја често се наводи када се ради о праву странаца да наслеђују у Републици Србији (Varadi et al. 2011: 469). На тај начин конструише се „теорија првог корака“, која значи да наши органи треба странцу, држаљанину државе са којом до тада нисмо имали правни саобраћај по том питању, да признају право да наслеђује, „у нади да ће нам бити узвраћено реципрочним гестом уважавања“ (Varadi, Bordaš. Knežević, 2005: 449). Поред тога, када је реч о праву апатрида да наслеђују у Републици Србији, доминантно је схватање да им то право треба признати као опште право. Како се наводи, „замисливе су две солуције“ (Varadi et al. 2011: 469). С обзиром да се „не може говорити о реципроцитету са земљом њиховог држављанства“, ¹⁰ прва би била да им то право буде апсолутно недоступно, док би друга значила да им право да наслеђују буде доступно без икаквих услова, односно да се сматра општим правом. Ово последње становиште, изнето још 1964. године у познатом Коментару (Крећ, Рајић, 1964: 24) савезног Закона о наслеђивању (1955)¹¹, и данас се брани истим аргументима. Позива се на Конвенцију УН о правном положају лица без држављанства (1954)¹², која налаже да апатриди не буду третирани неповољније од странаца уопште (члан 13). Дакле, сматра се да би због непостојања државе у односу на коју би се утврђивало постојање реципроцитета, апатриди били у горем правном положају од странаца који имају држављанство одређене државе.

Наше је мишљење да ове ставове, иако прилично етаблиране међу генерацијама правника, ипак треба преиспитати. Када је реч о праву странаца да наслеђују у Републици Србији, можемо размишљати и на другачији начин. Најпре, можемо се запитати да ли је увек реч о формалном реципроцитету, па још и претпостављеном. Законодавац се о томе не изјашњава, мада би било добро да наведе о којој врсти реципроцитета по правној садржини се ради када је реч о материји приватних права странаца (или да донесе посебан закон о утврђивању узајамности). Можда би било добро разликовати да ли се ради о законском или тестаменталном наслеђивању, и у овом другом случају, да ли су тестаментални наследници

10 Varadi, 2005: 450.

11 Службени лист ФНРЈ, 20/55.

12 Сл. лист ФНРЈ – Међународни уговори и други споразуми, 9/59.

из круга законских наследника или нису. Ако се ради о законским или тестаменталним наследницима из круга законских наследника, постојање узајамности могло би се претпостављати до доказа о супротном. Уколико је реч о тестаменталним наследницима изван круга законских наследника, та лица би требало да затраже од Министарства правде потврду о постојању узајамности. Притом се (у оба случаја) не мора радити о формалној, већ се може захтевати материјална узајамност.¹³ Зато треба напустити идеју о претпостављеном формалном реципроцитету као важном правилу у материји приватних права странаца. Илузорно је чекати на „реципрочни гест уважавања“ стране државе чији органи неће ни знати да смо учинили „први корак“. Овај проблем не треба решавати у судској пракси, већ доношењем закона или закључивањем двостраних међународних уговора.

Када су у питању *апатриди*, и овде је могуће изменити вишедеценијско становиште. Конвенција о правном положају лица без држављанства инсистира да они од стране држава уговорница буду третирани на што повољнији начин, а у сваком случају на начин који неће бити неповољнији од оног који је под истим условима предвиђен за странце уопште (члан 7, ст. 1). То практично значи да би апатриди били строже третирани од категорије странаца (држављана одређене стране државе) уколико би им право да наслеђују било апсолутно недоступно због немогућности утврђивања реципроцитета. Они немају држављанство, па, дакле, нема ни државе у односу на коју би се утврђивало постојање реципроцитета. Друга крајност је, како смо видели, да им ово право буде признато као опште право, и у том случају они су третирани на повољнији начин него странци држављани одређене државе. Међутим, питамо се, постоји ли неко средње решење које апатриде не ставља ни у гори ни у повољнији положај, већ у положај који је разумно близак оном у коме се налазе странци држављани одређене државе? Може ли се постојање реципроцитета у овом случају утврђивати у односу на неку државу са којом је апатрид у одређеној вези – државу у којој има пребивалиште или у којој је рођен? Сматрамо да може и зато указујемо на решење словеначког законодавца у ставу 3 члана 7 *Zakona o ugotavljanju vzajemnosti* (2017). Како је у тој одредби предвиђено, у случају да је наследник лице без држављанства, постојање узајамности се утврђује, према његовом избору, у односу на државу његовог рођења или у односу на државу у којој има пребивалиште. Ако је стекло пребивалиште у Републици Србији, то може бити и држава у којој је пре тога имало пребивалиште. Овим решењем нису повређене конвенцијске одредбе и лице без држављанства се уистину налази у добром положају, сигурно

¹³ Ово су решења која предвиђа словеначки *Zakon o ugotavljanju vzajemnosti* (ZUVza-1), *Uradni list RS*, št. 27/17. Члан 4 и члан 7 тог Закона.

бољем него странци уопште. Њему је дата могућност избора државе у односу на коју ће се утврђивати постојање узајмности и оно може бирати између две, односно три државе. Ипак, та ограничена аутономија воље не иде до екстрема и управо се избегава да му се конкретно право призна као опште право. Ово зато што у случају да има пребивалиште на домаћој територији, постојање реципроцитета могло би се утврђивати у односу на државу у којој је имало пребивалиште пре него што га је стекло у домаћој држави. И у овом случају, према решењу словеначког законодавца, реч је о материјалној узајмности.

Сугестија би, дакле, била, начелно посматрано, да се посвети још више пажње материји права странаца, посебно када се ради о стицању својине на непокретностима, било правним пословима *mortis causa* или *inter vivos*. Услов узајмности који фигурира у оба случаја треба ближе одредити и сагледати последице решења. То је посебно важно у ситуацији када још увек немамо закон о стицању својине на непокретностима у посебним подручјима, тако да се све чешће дешава да странци постају власници непокретности у непосредној близини границе или у другим важним подручјима. Услов претпостављеног формалног реципроцитета свесрдно томе доприноси. Зато би још требало размислити и о експропријацији по правичној накнади непокретности у таквим посебним подручјима (када она законом буду успостављена), уз каснију могућност странаца да наслеђују само *in numerario* у тим подручјима, и то уз другачије схваћен услов реципроцитета.

5. Уместо закључка

У овом тексту осврнули смо се на нека питања нашег међународног приватног права. Наравно, има их још. Пре свега, на начелном нивоу, потребно је донети нови Закон о међународном приватном праву. Нацрт је завршен још јула 2014. године и нужно је извући га из фиоке у Министарству правде и евентуално уз одређене измене (мање или веће, ствар је правне политике) упутити га Народној скупштини. Осим тога, у циљу заокруживања система, било би добро да наша земља постане чланица Хашке конвенције о изабраном суду (2005), као и Хашке конвенције о признању и извршењу страних одлука у грађанској или трговачкој материји од 2. јула 2019. године.

Поред тога, када се ради о ужим питањима, ваља размотрити и на који начин уредити проблем судског имунитета стране државе. Да ли приступити Конвенцији УН о судском имунитету држава и њиховој имовини (2004), којој сада недостаје још осам од потребних 30 ратификација да би ступила

на снагу, или донети посебан закон, по угледу на поједине државе са репрезентативним правним системима. У сваком случају, садашње одредбе о судском и извршном имунитету стране државе, садржане у члану 25 ЗПП и члану 22 ЗИО, заиста су анахроне и допуштају извршној власти (Министарству правде, код судског, и Министарству спољних послова, код извршног имунитета) да утичу на доношење одлука о питањима која су *par excellence* судског карактера.

Исто тако, треба размотрити и потребу даљег постојања појединих установа. Ту у првом реду мислимо на реторзиону судску надлежност из члана 48 ЗРСЗ. Њена правна природа је спорна (Vuković, Kunštek, 2005: 65), а сама идеја не доприноси улози међународног приватног права као инструмента сарадње међу државама. Наиме, наш суд може да заснује надлежност на основу критеријума које домаће право иначе не познаје, ако је тужени држављанин државе чије право предвиђа тај критеријум, тако да српски држављанин (као и држављани других држава) у тој држави може на основу њега бити тужен. Питање је, наравно да ли се ради о прекомерном основу надлежности или о основу који наш законодавац није сматрао довољно важним да га предвиди и тако омогући нашим судовима заснивање надлежности. Но, било да се ради о једном или о другом, чињеница је да наш суд није надлежан према критеријумима које је за ту врсту спорова предвидео наш законодавац и сада, путем реторзионе надлежности, настоји „на мишиће“ да заснује своју надлежност.¹⁴ Притом се може десити да страни суд никада није засновао своју надлежност против српског држављанина по том критеријуму. Притом, намера исказана у наведеној пресуди (а она, вероватно и јесте суштина ове установе), да наш суд сваки пут када није надлежан према нормама нашег права, покуша да ипак испослује своју надлежност путем установе реторзионе судске надлежности (провером критеријума надлежности у праву страног држављанина), заиста не оставља добар утисак. То би представљало тежњу ка некој врсти *осветничког* проширења надлежности у односу на државе света које предвиђају другачије критеријуме надлежности. Сасвим је нормално, наиме, да у одређеним споровима наш суд није надлежан зато што је законодавац сматрао да је прописао довољне основе надлежности који указују на повезаност са нашим државом, а у конкретном спору то није случај. С друге стране, ако се ради о прекомерном основу надлежности, не треба их примењивати, јер наши судови не треба да на тај начин штите наше држављане. Уосталом, методи борбе против прекомерних основа

14 Види једину одлуку о томе (са погрешком у делу тумачења) објављену на *Paragraf lex-у* – Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж 2 322/2013 од 5. 6. 2013.

надлежности су ипак другачији (непризнавање стране судске одлуке, успостављање „система огледала“ и сл.).

На крају, још да напоменемо да је важан сегмент развоја нашег међународног приватног права и едукативни део. Младим правницима треба пажљиво објашњавати материју међународног приватног права, што подразумева како *разбијање стереотипа* (на пример, увреженог тумачења да двострани међународни уговори као *lex specialis* увек имају примат над вишестраним међународним уговорима),¹⁵ тако и објашњавање одређених *финеса*. На пример, објаснити им да код укидања сваке формалности код легализације постоји разлика када се то укидање чини путем двостраног уговора (који се, по правилу, односи на све јавне исправе, дакле, на општи начин) и вишестраног уговора (који има у виду само јавне исправе које се подносе у оквиру предмета уговора, ради остварења циљева који су њиме постављени).

Имајући у виду све претходно речено, може се изградити модеран систем српског међународног приватног права које ће млади правници знати да примењују у пракси.

Литература/References

Бечка конвенција о уговорном праву. *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори и други споразуми*. Бр. 30. 1972.

Varadi, T., Bordaš, B., Knežević, G., Pavić, V. (2011). *Međunarodno privatno pravo*. Beograd: Pravni fakultet

Varadi, T., Bordaš, B., Knežević, G. (2005). *Međunarodno privatno pravo*. Novi Sad: Forum.

Vuković, Đ., Kunštek, E. (2005). *Međunarodno građansko postupovno pravo*. Zagreb: Zgombić i partneri.

Dika, M., Knežević, G., Stojanović, S. (1991). *Komentar Zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu*. Beograd: Nomos.

Đorđević, S. Meškić, Z. (2016). *Međunarodno privatno pravo I, opšti deo*. Kragujevac: Pravni fakultet.

Јакшић, А. (2016). *Међународно грађанско процесно право*. Београд: Правни факултет.

15 Овај став нема утемељење у Бечкој конвенцији о уговорном праву. Видети члан 30 „Примена узастопних уговора о истом предмету“ Бечке конвенције о уговорном праву, *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори и други споразуми*, 30/72.

- Јездић, М. (1980). *Међународно приватно право I*. Београд: Научна књига.
- Кнежевић, Г., Павић, В. (2008). *Приручник за полагање правосудног испита – Међународно приватно право – 11*. Београд: Службени гласник.
- Крећ, М., Павић, Ђ. (1964). *Komentar Zakona o nasleđivanju*. Zagreb: Narodne novine.
- Марковић Бајаловић, Д. (2014). *Приручник за полагање Правосудног испита, Међународно приватно право*. Београд: Пројурис.
- Меškić, Z. (2017) Rješenja unutrašnjeg (interlokalnog) sukoba zakona u građanskopravnim stvarima u BiH s obzirom na nepostojanje državljanstva Distrikta Brčko. U XII Савјетовање из области грађанског права (Зборник радова). *Актуелна питања из области грађанског права у Босни и Херцеговини, теорија и пракса*. Република Српска. 61–73.
- Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж2 322/2013 од 5. 6. 2013.
- Станивуковић, М., Живковић, М. (2015). *Међународно приватно право, општи део*. Београд: Службени гласник.
- Европска конвенција о обавештењима о садржини страног права. *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*. Бр 7. 1991.
- Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља. *Сл. лист СФРЈ*, 43/82, 72/82, *Сл. лист СРЈ*, 46/96.
- Закон о решавању сукоба закона и надлежности у статусним, породичним и наследним односима. *Сл. лист СФРЈ*. Бр. 79 и 20. 1990. *Сл. лист СРЈ*. Бр. 46. 1996 и *Сл. лист СЦГ*. Бр. 1. 2003 – Уставна повеља.
- Закон о наслеђивању. *Сл. лист ФНРЈ*. Бр. 20. 1955.
- Конвенција о правном положају лица без држављанства. *Сл. лист ФНРЈ – Међународни уговори и други споразуми*. Бр. 9. 1959.
- Federal Act on Swiss Private International Law of 18 December 1987 in effect as from 1st January 2017.
- Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation, OJ. L. 343710 of 29. 12. 2010.

Prof Mirko Živković, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

REVIEW OF CERTAIN ISSUES IN SERBIAN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Summary

The Act concerning the Resolution of Conflict of Laws with the provisions of other states (1982/3) has been in force in the Republic of Serbia for almost four decades. Two Commentaries have been written about this Act and the legal solutions contained therein, as well as a large number of monographs and scientific articles. Case law is also available in electronic databases. Although it seems that everything has been said about it and that all dilemmas related to its application have been eliminated, there is always room for casting a new light on particular institutes, reviewing Private International Law literature and case law, and rethinking the well-established conceptions and interpretations. In this paper, the author reviews certain PIL issues which are considered to have been resolved. The discussion tackles specific narrow topics pertaining to non-unified legal systems, the procedure for establishing the content of foreign law, the issue of law applicable to divorce, the problem of reciprocity regarding the aliens' right to inherit, and the procedural institute of reciprocal jurisdiction. The proposed solutions are not intended to be the final ones. On the contrary, they are intended to contribute to the future codification of Serbian PIL, which would align it with the prominent national PIL systems in the comparative Private International Law.

Keywords: *non-unified legal system, content of foreign law, law applicable to divorce, presupposed formal reciprocity, rights of aliens, reciprocal jurisdiction*

Др Ивана Симоновић,*
Доцент Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛАН НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfno-23598

UDK: 342.7:347.155
Рад примљен: 15.10.2019.
Рад прихваћен: 02.11.2019.

ЛИШЕЊЕ ПОСЛОВНЕ СПОСОБНОСТИ У СВЕТЛУ КОНЦЕПТА ПОСЛОВНЕ СПОСОБНОСТИ КАО ЉУДСКОГ ПРАВА**

Апстракт: У Републици Србији право на правну личност уставом је гарантовано право; правна способност стиче се рођењем, општа је, трајна и безусловна. Основно је својство сваког човека, и он се њоме легитимише као личност у праву. Наведене одлике не опажамо код пословне способности – нема је свака особа, нити је, за оне које је имају, она нужно истог степена. Разлику узрокује различитост њихових функција: правном способношћу човеку се, као биолошком бићу, додаје нови – правни – квалитет, и тек са њом он постаје и правна личност; пословном способношћу штити се особа којој се признаје, али и остали учесници у правном промету. Отуда потичу и њена условљеност довољном развијеношћу интелектуалних, вољних и емоционалних процеса, њено степеновање и могућност губитка (али и враћања) током живота.

Овакав (преовлађујући) приступ, заснован на парадигми о неопходности очуваног менталног капацитета, почиње се критиковати као превазиђен. Конвенцијом о правима особа са инвалидитетом (2006) право на пословну способност постављено је као основно људско право, а сама пословна способност као неопходан услов остваривања пуне једнакости (пред законом) свих људских бића. Особи са интелектуалним сметњама треба пружити подршку да оствари своју пословну способност с обзиром на сметње које има, а не испитивати да ли су оне препрека да пословну способност уопште и стекне.

* ivana@prafak.ni.ac.rs

** Рад је резултат истраживања на пројекту “Усклађивање права Србије са правом Европске уније”, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу, у периоду 2013–2019. године.

У светлу ове фундаменталне промене у поимању пословне способности, у раду проверавамо исправност закључка о постепеном укидању разлике између правне и пословне способности. Уколико нам се ова теза чини сувише смелом, проверићемо исправност предлога (у неким земљама законски већ прихваћеног) да се, макар, напусте институти степеновања и лишења пословне способности и замене различитим, конкретној особи са интелектуалним сметњама, прилагођеним облицима помоћи и подршке.

Кључне речи: *пословна способност, лишење пословне способности, људска права, Конвенција о правима особа са инвалидитетом, подршка особама са интелектуалним сметњама.*

1. Увод

Конвенција Уједињених нација о правима особа са инвалидитетом¹ направила је револуцију у посматрању инвалидитета и поступању према особама са инвалидитетом. Њоме је потврђено да се сва права гарантована међународним уговорима односе и на особе са инвалидитетом, без дискриминације (Петрушић, Бекер, Ћирић Milovanović, 2016: 7), а право на једнакост/равноправност пред законом (чл. 12 Конвенције) акценковано као једно од најзначајнијих за доследну и правилну примену осталих конвенцијских одредаба.

Равноправност пред законом основни је општи принцип заштите и остваривања људских права, гарантован већим бројем међународних докумената, између осталог и Универзалном декларацијом о људским правима и Међународним пактом о грађанским и политичким правима. Конвенцијом о правима особа са инвалидитетом овом принципу приступа се са позиција урођеног достојанства и забране дискриминације,² следом чега особе са инвалидитетом имају право да буду признате као особе пред законом, тј. као личности у праву, са пуном пословном способношћу.

1 Закон о потврђивању Конвенције о правима особа са инвалидитетом. *Службени гласник РС – Међународни уговори*. Бр. 49/09. Даље: Конвенција.

2 Начело забране дискриминације (чл. 3 ст. 1 (б)) општи је принцип на ком је Конвенција заснована. Чланом пет Конвенције (Једнакост и забрана дискриминације) гарантована је једнакост свих људи пред законом и право на једнаку заштиту и једнаке погодности у складу са законом. Државе уговорнице забраниће сваку дискриминацију по основу инвалидности и гарантоваће особама са инвалидитетом једнаку и ефикасну правну заштиту од дискриминације по било ком основу.

Право на равноправност из чл. 12 Конвенције подразумева да је пословна способност урођено и универзално својство сваког појединца зато што проистиче из чињенице да су она или он људска бића. Темељем тога, право на пословну способност јесте основно људско право, којим се сваки појединац признаје као особа пред законом – увек и свуда равноправно с другима – без обзира на неко лично својство. По међународном праву о људским правима не постоје дозвољене околности за ускраћивање или ограничавање права на признање пред законом³, па ни права на пословну способност. Историјски посматрано, пословна способност најчешће је одузимања или ограничавана због менталних сметњи које отежавају самостално старање о себи и самосталну заштиту својих права и интереса. Особи лишеној пословне способности поставља се старалац, овлашћен да одлучује уместо штићеника (у његово име и за његов рачун). Штићеник остаје носилац права и обавеза (јер је правно способан), али без могућности самосталног и правно делотворног остваривања садржине већине њих.

2. Нормативни садржај права на равноправност Конвенције о правима особа са инвалидитетом

Члан 12 ст. 1 и 2 “Конвенције о правима особа са инвалидитетом” гласи:

1. Државе уговорнице поново потврђују да особе са инвалидитетом имају право да свуда буду признате пред законом, као и друга лица.
2. Државе уговорнице признају да особе са инвалидитетом остварују свој правни капацитет (*legal capacity*) равноправно са другима, у свим аспектима живота.

Ставом 1 цитираног члана потврђује се право на правну личност особа са инвалидитетом, које уживају једнако као и други, самим тим што су људска бића. Ставом 2 иде се даље, па се особама са инвалидитетом признаје и право самосталног остваривања (вршења) права и обавеза која уживају као правни субјекти.

Иза употребљеног израза *legal capacity* заправо крије се суштина промене у одређивању појма пословне способности и повезивања овог правног института са теоријом и праксом права о људским правима. Српски превод у Закону о потврђивању Конвенције о правима особа са инвалидитетом дослован је – правни капацитет – и није најсрећније решење, јер није близак домаћој правној теорији и пракси, нити исказује суштински другачије промишљање о пословној способности. Конвенцијом први пут се правна и пословна способност повезују у јединствену, нераздвојну, целину и

3 Општи коментар бр. 1 (2014) члана 12 пар. 5.

промовишу као основно људско право, припадајуће сваком људском бићу, једнако као и права на живот, достојанство, слободу.⁴

Да бисмо боље разумели промену у приступу пословној способности и њен преображај из (тек) елемента правног статуса физичког лица (које се стиче под одређеним условима, а не рођењем) у основно људско право, неопходно је анализовати изразе којима су писци Конвенције одредили садржину појма *legal capacity*. У томе нам може помоћи и Општи коментар бр. 1 (2014)⁵ који је Комитет за права особа са инвалидитетом издао након што је, на основу извештаја држава потписница о примени Конвенције, утврдио да оне нису разумеле да се пословној способности мора приступити као неутуђивом људском праву. С обзиром на значај ове новине, Комитет је организовао интерактивне форуме на којима се дискутовало о пословној способности. Уочено је да се не разумеју нов концепт о пословној способности и обим обавеза које државе потписнице с тим у вези преузимају, нити да је промена условљена другачијим моделом инвалидности, ком се, такође, приступа са позиције људских права.⁶ Више не може бити речи о одузимању пословне способности због психофизичког оштећења, најчешће менталног, нити о одлучивању у име и за рачун особе са инвалидитетом (тзв. заменско одлучивање).⁷ Заправо, зато што пословна способност постаје основно људско право и универзална вредност коју дели читав људски род, више не постоје легитимни разлози њеног ускраћивања, било ком и по било ком основу. Заменско одлучивање постаје неприхватљиво, јер особу са инвалидитетом лишава могућности одлучивања о себи, својим правима и интересима и, од субјекта права, претвара је у правни објекат о ком се одлучује. Уместо тога, државе су у обавези обезбедити разноврсне и

4 Хрватски законодавац најпре је *legal capacity* превео само као правна способност (правни положај), да би Исправком Закона о потврђивању Конвенције о правима особа са инвалидитетом грешку исправио и преводом обухватио и правну и пословну способност. Видети: Конвенција о правима особа са инвалидитетом, *Narodne novine MU*, бр. 6/07 и 5/08. О усклађивању хрватског породичног законодавства са Конвенцијом и европским документима о пословној способности видети: Milas Klarić, 2014: 92–115.

5 Општи коментар бр. 1 (2014), Члан 12: Равноправност пред законом, усвојен на једанаестом заседању Комитета за права особа са инвалидитетом, одржаном од 31. марта до 11. априла 2014.

6 Општи коментар бр. 1 (2014), пара. 3.

7 Пракса је показала да су пословне способности најчешће лишаване особе са менталним, когнитивним и психосоцијалним сметњама. Комитет истиче да ово нису оправдани разлози, јер једно лично својство – инвалидитет – постаје разлог другачијег (неравноправног) поступања и дискриминисања особе са инвалидитетом у односу на општу популацију. За стање у Србији видети: Petrušić, Beker, Ćirić Milovanović, 2016: 85–86.

конкретној особи прилагођене (формалне и неформалне) облике помоћи и подршке у остваривању њене пословне способности.⁸

Имајући ово у виду, у Општем коментару бр. 1 (2014) појашњена је садржина појма *legal capacity* и државама дате смернице у испуњавању преузетих обавеза. Основне обавезе, свакако, јесу промена или стављање ван снаге законâ на основу којих је могуће лишење пословне способности и обезбеђивање особама са инвалидитетом подршке и помоћи у остваривању њихове (пуне) пословне способности.⁹

3. Анализа конвенцијског права на равноправност и другачијег поимања пословне способности

3.1. Изједначавање правне и пословне способности

Ставом 1 чл. 12 Конвенције о правима особа са инвалидитетом потврђује се право особа са инвалидитетом да буду признате као особе у праву и за право.¹⁰ Оне су личности у праву и, као такве, уживаоци свих права и обавеза признатих одговарајућим међународним документима и националним правом. Дакле, правно су способне, и то никад није било спорно.

Захваљујући томе што имају пун правни капацитет – а он обједињава правну и пословну способност – особе са инвалидитетом јесу и вршиоци тих права и обавеза¹¹, способне да својим радњама стварају правнозначајне учинке у свим сферама живота. Таквим правним капацитетом – јединством правне и пословне способности – признаје се особама са инвалидитетом право самосталног (или, ако је потребно и особа са инвалидитетом то жели, уз помоћ и подршку) заснивања, мењања и окончања правних односа, какво право имају и особе без инвалидитета („на једнакој основи са другима“, ст. 2 чл. 12 Конвенције). У Општем коментару наводе се примери: „право да се буде власник имовине или да се она наслеђује (за ово је довољна и правна способност, нап. аут.), да се контролишу финансије, има равноправан приступ банкарским кредитима, хипотекарним зајмовима и другим облицима финансијског кредитирања, као и да се не буде лишен имовине нечијом самовољом.“¹² У навођењу ових правних послова, који

8 Чл. 12 ст. 3 Конвенције о правима особа са инвалидитетом.

9 Опште обавезе држава потписница прописане су чл. 4 Конвенције о правима особа са инвалидитетом.

10 У правној литератури наилази се на израз *legal standing* (McSherry, 2012: 23).

11 *Legal agency*, Ibidem, стр. 23.

12 Општи коментар бр. 1 (2014), пара. 11.

су углавном акти имовинског располагања (уговори о зајму, о кредиту обезбеђеном хипотеком...) и на основу употребе израза „да контролишу“ (своје правне односе, нап. аут.) видимо да су државе потписнице дужне особама са инвалидитетом обезбедити самостално и пуноважно располагање имовином, дакле, ефективно остваривање садржине пословне способности. Имајући у виду да се право на пословну способност признаје у свим сферама живота, пуноважне су и њихове правне радње неимовинске природе, у грађанскоправним и у односима уређеним прописима јавног права (нпр., изборно право, в. Настић, 2015: 137–155).

Нужност омогућавања особама са инвалидитетом пуноважног иступања у правном промету (самостално или уз помоћ и подршку) темељи се на чињеници да су оне људска бића: пословна способност је *универзално урођено право*, припадајуће свим људима, укључујући особе са инвалидитетом.¹³ Обухвата, истовремено и неодвојиво, право имања права (правна способност) и право њиховог пуноважног вршења (пословна способност). Обе се способности морају признати да би право особа са инвалидитетом на пуну пословну способност било остварено, не могу се раздвојити.¹⁴

3.2. Раздвајање пословне способности од менталне способности

Признање права на пуну пословну способност обавезује и на раздвајање пословне способности од менталне и стављање ван снаге прописа којима се омогућава да особа оштећених или смањених вештина одлучивања¹⁵ због тог буде лишена пословне способности. Претпостављена или стварна ментална неспособност не смеју се користити као оправдање ускраћивања пословне способности, јер се установљавају претежно на основу медицинских критеријума, који су недовољни за такву процену.¹⁶ Не пориче се чињеница да је неким особама, због болести или психосоцијалних сметњи, отежано самостално остваривање садржине појединих права и обавеза, али не дозвољава да их се због тога стави у неравноправан положај у односу на општу популацију. Уколико желе, имају право на помоћ у добијању и разумевању информација потребних да одлуче и одлуку саопште, као и право да таква – њихова – одлука произведе намеравани правни учинак.

13 Општи коментар бр. 1 (2014), пара. 12бис.

14 Општи коментар бр. 1 (2014), пара. 12бис in fine.

15 Одређење менталне способности у Општем коментару бр. 1 (2014), пара. 12.

16 Способност доношења одлука такође је и друштвено одређена (васпитно-образовним системом, породичним и ширим окружењем одрастања и живљења).

4. Пословна способност у праву и пракси Републике Србије

4.1. Услови за стицање пословне способности

У праву Републике Србије, материјалноправне одредбе о пословној способности налазе се у Породичном закону, а процесне, којима је уређен поступак лишења пословне способности, у Закону о ванпарничном поступку. Већ чињеница да је институт лишења пословне способности део важећег права говори нам о његовој неусклађености са међународним стандардима утврђеним Конвенцијом о правима особа са инвалидитетом и новим социјалним моделом инвалидитета. Анализа одредаба Породичног закона о условима стицања пословне способности потврдиће чињеницу да идеја о пословној способности као универзалном и урођеном људском праву још увек није заживела, као што ни измене Закона о ванпарничном поступку из 2014. године, којима се установљава обавезно периодично преиспитивање изречене мере лишења пословне способности, нису одговарајућа примена конвенцијских одредаба.

Матични законски пропис о пословној способности јесте Породични закон из 2005. г., према ком се потпуна пословна способност стиче пунолетством (навршеном осамнаестом годином живота), судском одлуком дозвољеним склапањем брака пре пунолетства и постајањем родитељем са најмање шеснаест година, на основу дозволе суда и испуњења прописаних услова.¹⁷ Нормом су уређене три различите ситуације – редовно стицање пословне способности и две врсте еманципације старијег малолетника, али је само први начин значајан за нашу тему, јер се односи на правни статус пунолетне одрасле особе.

У нашем праву, пунолетним се постаје са навршеном осамнаестом годином живота (чл. 11 ст. 1 ПЗ) и тада се аутоматски, *ipso iure* и без испитивања менталне зрелости осамнаестогодишњака, постаје потпуно пословно способним. Законска је (оборива) претпоставка да је свака пунолетна особа способна за нормално расуђивање и одлучивање и да се може самостално старати о својој личности, правима и интересима, а у правном промету властитим изјавама воље стварати правне учинке (стицати права, обавезивати се и одговарати за последице својих допуштених правних поступака¹⁸).

17 Чл. 11 Породичног закона, *Сл. гласник РС*, бр. 18/05. Даље: ПЗ.

18 Грађанскоправна одговорност за недопуштене поступке – проузроковање штете – стиче се раније, са навршеном четрнаестом годином живота, чл. 160 ст. 3 Закона о облигационим односима (*Сл. лист СФРЈ*, 29/78, 39/85, 45/85 и 57/89; *Сл. лист СРЈ*, 31/93).

Мада способност *нормалног* расуђивања није изричито нормирана као услов стицања пословне способности, она то, ипак, јесте. У поступку лишења пословне способности она је предмет процене: уколико се утврди да пунолетна особа није способна за нормално расуђивање, те због тога није у стању сама се старати о својој личности, правима и интересима, судском одлуком може бити лишена пословне способности.¹⁹ С друге стране, неспособност самосталног старања о себи и заштити својих права и интереса може бити разлогом да се над пунолетном особом продужи родитељско право (чл. 85 ПЗ), због чега она ни не стиче пословну способност, већ остаје у статусу особе под родитељским старањем.

4.2. Процесна правила о лишењу пословне способности

Способност нормалног расуђивања оцењује се на основу вештачења судског вештака одговарајуће медицинске струке²⁰, чији налаз и мишљење о стању менталног здравља особе често имају снагу крунског доказа, иако се суд тиме не сме задовољити. У складу са Препоруком бр. Р(99)4 Савета Европе и Комитета министара о начелима правне заштите пунолетних особа смањених способности, законодавац обавезује суд да лично саслуша особу о чијој се пословној способности одлучује и да уважи њено мишљење и ставове у мери у којој је то могуће с обзиром на стање њеног *менталног здравља*.²¹ Ову законску измену свакако треба поздравити, али и констатовати две чињенице. Најпре, да се право на једнаку и закониту правну заштиту (на правичан поступак) може релативизовати због менталног здравља особе (одустајањем од саслушања ако би то било штетно по њено здравље или неуважавањем њеног мишљења и ставова, опет због њеног менталног здравља). Затим, да се није одустало од медицинских разлога као (пресудних) критеријума оцене пословне способности, упркос критикама таквог приступа (в. Petrušić, Beker, Ćirić Milovanović, 2016: 13–14; McSherry, 2012: 23).

Болест или сметње у психофизичком развоју, ипак, могу бити само повод за испитивање и процену пословне способности, али, сами за себе, нису довољни и никада не могу довести до лишења пословне способности. На њихово постојање мора се надовезати једна од двеју могућих последица. Прва је неспособност за расуђивање због које се особа не може сама старати о себи и заштити својих права и интереса (због чега може бити потпуно

19 Видети чл. 146 ст. 1 Породичног закона.

20 Чл. 38 ст. 1 Закона о ванпарничном поступку, *Сл. гласник РС*, бр. 25/82, 48/88, 46/95, 18/05, 85/12, 45/13, 55/14 и 6/15. Даље: ЗВП.

21 Чл. 36 ст. 1 и 2 ЗВП.

лишена пословне способности); друга – непосредно угрожавање својих или туђих права или интереса, уз очувану способност расуђивања (што може водити делимичном лишењу пословне способности).²² Задатак је суда да, уз помоћ вештака медицинске струке, неспорно утврди сваку правно значајну чињеницу из овог узрочно-последичног низа и његову непрекидност, јер оне тек у свом јединству могу бити материјалноправни разлог лишења пословне способности.

Примећујемо да одредбе Породичног закона предвиђају да суд, мада је утврдио постојање разлога, *може*, а да не мора, изрећи меру лишења пословне способности. Законом о ванпарничном поступку, с друге стране, могућност избора потребне, али другачије, мере помоћи и подршке не постоји: норма је тако стипулисана да обавезује суд да особу према којој се поступак води лиши (потпуно или делимично) пословне способности кад нађе да постоје за то прописани услови.²³ Породични закон, који је донет пре усвајања Конвенције о правима особа са инвалидитетом²⁴, више је у складу с њом, макар зато што оставља могућност другачијег поступања, него што су измене Закона о ванпарничном поступку из 2014, између осталог и учињене да би Република Србија одговорила (неким својим) обавезама преузетим ратификацијом Конвенције.

Будући да је Република Србија чланица Савета Европе, на другачије уређење института пословне способности обавезује нас и Препорука Савета Европе и Комитета министара бр. Р(99)4 о принципима правне заштите неспособних одраслих особа.²⁵ Њоме се, као један од 28 принципа, установљава и принцип очувања пословне способности у највећој могућој мери (принцип 3): правни прописи треба да уваже чињенице постојања различитих степена способности и њене променљивости током живота. Сходно томе, не треба одмах примењивати мере заштите које одраслу неспособну особу аутоматски лишавају пословне способности, већ обезбедити јој другачије облике помоћи или представљања у правним односима који се тичу њене личности или имовине. Мада је Препоруком дозвољено *ограничење* пословне способности, уколико је неопходно за заштиту одрасле неспособне особе, ипак, акценат је значај успостављања примеренијих мера помоћи, којима ће се уважити жеље,

22 В., чл. 146 и 147 ПЗ.

23 В., чл. 40 ст. 1 ЗВП.

24 Породични закон донет је 2005, а Конвенција о правима особа са инвалидитетом усвојена је 13. децембра 2006. (GA Res 61/106. UN Doc A/Res/16/106), а ступила на снагу 3. маја 2008. г.

25 Recommendation No. R(99)4 on Principles concerning the Legal Protection of Incapable Adults, усвојена 23. фебруара 1999. г.

потребе и осећања особе према којој се мера примењује и омогућити да она искаже своје мишљење или став о питањима која је се тичу.²⁶

Да би судија, уместо лишења, одредио другачију врсту неопходне помоћи у остваривању пословне способности, потребно је нашим правним прописима уредити разноврсне формалне и неформалне облике такве помоћи и подршке, довољно прилагодљиве потребама и преференцијама особе које се тичу. Из таквог корпуса мера, требало би да и сама одрасла особа може изабрати ону коју, за своју ситуацију, сматра најпримеренијом, без интервенције суда. Истраживања судског поступања у поступцима лишења пословне способности (в., Petrušić, Beker, Ćirić Milovanović, 2016: 13–14) показују да је суд у потпуности усмерен на утврђивање неспособности и да се, за мерне инструменте, користе статусни приступ и принцип исхода.

Статусни приступ усмерава се на испитивање психо-физичког здравља особе, која се проглашава пословно неспособном уколико се код ње утврде озбиљна и тешка ментална или интелектуална оштећења. (McSherry, 2012: 23) Медицинска дијагноза, дакле, довољна је за изрицање тешке статусне последице каква је губитак пословне способности, што је неприхватљиво и у супротности са одредбама Породичног закона. Подсетимо, болест или сметње у психо-физичком развоју могу бити искључиво повод за оцену пословне способности.

Принципом исхода и функционалним тестом процењује се очувана способност доношења одлука (тзв. когнитивни приступ процене пословне способности). Првим се упоређују раније понашање и одлучивање особе са садашњим одлукама и друштвеним правилима, како би се утврдило има ли одступања и, уколико их има, са каквим последицама. (McSherry, 2012: 24) Предмет процене код функционалног теста јесу способности разумевања и упамћивања значајних информација, способност њихове употребе ради доношења конкретне одлуке и, на крају, способност њеног саопштавања. (McSherry, 2012: 24) Будући да се не ради о апстрактној процени когнитивних способности, констатација о умањеним способностима за доношење неких одлука (нпр., за послове располагања вреднијом имовином, али не и за послове управљања или за обављање свакодневних послова располагања мање вредности или мањег значаја) не укида аутономност особе у осталим

26 Принцип 9 – Поштовање жеља и осећања одрасле неспособне особе. Двадесет и осам установљених принципа правне заштите тиче се одраслих особа које, због недовољно развијених или оштећених телесних и менталних својстава, не могу самостално одлучивати о својим личним или имовинским односима, или их не могу разумети, о њима се изјаснити или спровести у дело донету одлуку, чиме, последично, нису у стању ни да заштите своје интересе (Први део Препоруке – Област примене).

сферама живота. Сматра се да би функционални тест могао бити применљив и у системима у којима пословна способност не може бити одузета, и то као метод утврђивања врсте помоћи и подршке у одлучивању и њиховог прилагођавања актуелним способностима, вештинама и потребама особе са инвалидитетом. (в., Devi, Bickenbach, Stucki, 2011: 252–253; Petrušić, Beker, Ćirić Milovanović, 2016: 13)

5. Закључак

Право на равноправност/једнакост пред законом из члана 12 Конвенције о правима особа са инвалидитетом утврђује да је пословна способност урођено и универзално својство сваке особе, зато што проистиче из чињенице да су он или она људска бића. Темељем тога, право на пословну способност постаје ново људско право, којим се сваки појединац признаје за личност у праву и за право, увек и свуда равноправно са другима, без обзира на индивидуалне разлике или лична својства.²⁷ Применом међународних стандарда о заштити основних људских права, нема оправданих разлога за задирање у пословну способност, која је универзална и потпуна.

Нов приступ поставља пословну способност на ниво универзалног људског права, утемељеног на људском достојанству, задирањем у коју (ограничавањем или одузимањем) пориче се вредност особе као људског бића. Анализом (обавезујућих) конвенцијских одредаба о пословној способности, закључујемо да пословна способност готово да постаје трајна и неповредива, попут правне способности. Право на једнакост пред законом из чл. 12 Конвенције повезује правну и пословну способност у нераздвојиво јединство, што одступа од преовлађујућег, законског и теоријског, приступа правном субјективитету физичких лица, виђеног као сложен институт у ком правну способност нужно не мора да прати и пословна способност.

Приписивање пословној способности обележја основног људског права добија на значају у ситуацијама у којима пунолетна особа не може самостално иступати у правном промету, најчешће зато што јој болест или психо-социјалне сметње отежавају разумевање и одлучивање. Упоредноправно и историјски посматрано, таква се особа лишава пословне

27 Речено изразима из Конвенције, признаје се *право на пун правни капацитет*, сачињен из две нераздвојне компоненте – правне и пословне способности. Обе се морају истовремено признати (стећи) – и способност имања права и обавеза и способност њиховог самосталног остваривања – да би право на пословну способност, на начин уређен Конвенцијом, суштински било универзално, потпуно и једнако за све, без дискриминације по било ком основу.

способности (потпуно или делимично) и ставља под старатељство, а њен старалац овлашћује да одлучује уместо ње (у име и за рачун) или да сагласношћу и проценом најбољег штићениковог интереса даје правну делотворност његовим изјавама воље. Правилна примена члана 12 Конвенције о правима особа са инвалидитетом искључује меру лишења пословне способности и налаже њену замену разноврсним, потребама и способностима конкретне особе прилагођеним, облицима помоћи и подршке у одлучивању.

Уместо лишења пословне способности говори се о помоћи и подршци у остваривању пуне пословне способности. Особа остаје пословно способна (јер је то сада трајно својство њеног правног субјективитета), а њена воља правно делотворна, с тим што има право на помоћ у одлучивању и исказивању воље. Ратификацијом Конвенције о правима особа са инвалидитетом, држава се обавезује на обезбеђивање прилагодљиве помоћи и подршке, на прелаз са заменског одлучивања (у име и за рачун) на одлучивање уз помоћ и подршку и укидање законске могућности лишавања пословне способности пунолетне особе због процене да није у стању сама се старати о себи и својим правима и интересима. Последично, старатељство над пунолетном особом морало би бити, ако не потпуно напуштено, а оно темељно преобликовано, због другачијих права и обавеза стараоца.²⁸ Израз старалац постаје неодговарајући, јер пунолетна особа добија једног или више помоћника од поверења (које може и сама изабрати), ради циљане подршке тамо где јој инвалидитет отежава самостално вршење права и обавеза.

Сагледавање пословне способности кроз призму права о људским правима није сасвим заживело ни у универзитетској настави, где се пословна способност и даље изучава као елемент правног статуса физичког лица, којем нису својствене општост, трајност и неотуђивост. (в., Ковачевић Куштримовић, Лазић, 2008: 119–124; Vodinelić, 2012: 352–359) Правној и пословној способности приступа се на традиционалан академски начин: то су два засебна својства правног субјективитета; прва је еминентна, трајна и потпуна, друга се може степеновати, током живота изгубити (лишењем) и поново стећи. Конвенцијски стандард да су правна и пословна способност елементи истог института (за који је употребљен израз правни капацитет) и да су обе потпуне и трајне, није ушао ни у одговарајуће законске текстове и правну праксу, нити у уџбенике који се баве статусом правних субјеката.

28 Ограничено или делимично старатељство, са судском одлуком прецизно утврђеним овлашћењима стараоца, у тачно одређеним областима живота особе са инвалидитетом, могло би бити прелазно решење ка потпуном укидању института лишења пословне способности.

Република Србија није једина земља која је ставила резерве на члан 12 Конвенције о правима особа са инвалидитетом,²⁹ нити једина по чијем је праву могуће особу, због неспособности за расуђивање и немогућности самосталног старања о себи и својим правима и интересима, лишити пословне способности и ставити под старатељство. Заменско одлучивање није у потпуности замењено одлучивањем уз помоћ и подршку (што би захтевала доследна и правилна примена Конвенције), али му се прибегава као крајњој мери, код особа неспособних за самосталан живот због тешких менталних оштећења.³⁰

Напоследку, није нам била намера да поричемо разлике у менталној способности особа (што би се противило научним сазнањима) већ да промислимо о оправданости другачијег поступања према особама којима су ове способности умањене. Запитајмо се да ли због тога треба да буду лишене пословне способности (што је мала правна смрт) и зависне од туђег старања или би другачији облик помоћи, који не повређује њихово достојанство, био примеренији.

Литература/References

Vodinelić, V. (2012). *Građansko pravo. Uvod u građansko pravo i opšti deo građanskog prava*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union i JP Službeni glasnik.

Devi, N., Bickenbach, J., Stucki, G. (2011). Moving Towards substituted or supported decision-making? Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. *European Journal of Disability Research*. 5. 249–264.

Закон о ванпарничом поступку. *Службени гласник РС*. Бр. 25. 1982, 48. 1988, 46. 1995, 18. 2005, 85. 2012, 45. 2013, 55. 2014 и 6. 2015.

Закон о облигационим односима. *Сл. лист СФРЈ*. Бр. 29. 1978, 39. 1985, 45. 1985 и 57. 1989; *Сл. лист СРЈ*. Бр. 31. 1993

Закон о потврђивању Конвенције о правима особа са инвалидитетом. *Службени гласник РС – Међународни уговори*. Бр. 49. 2009.

Klarić Milovanović, I. (2014). Reforma skrbničkog zakonodavstva i europski pravni okvir. *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske*. Br. 1(V). 92–115.

29 В., UN Treaty Collections. Convention on Rights of Persons with Disabilities: Declarations with Reservations, 2007.

30 На сајту организације Alzheimer Europe могу се погледати правни прописи и пракса о пословној способности тридесет европских земаља (не и Републике Србије). Видети: [https://www.alzheimer-europe.org/Policy-in-Practice2/Country-comparisons/2010-Legal-capacity-and-proxy-decision-making/\(language\)/eng-GB](https://www.alzheimer-europe.org/Policy-in-Practice2/Country-comparisons/2010-Legal-capacity-and-proxy-decision-making/(language)/eng-GB)

Konvencija o pravima osoba sa invaliditetom. *Narodne novine MU*. Br. 6. 2007. и Br. 5. 2008.

Ковачевић Куштримовић, Р., Лазић, М. (2008). *Увод у грађанско право*. Ниш: Пунта.

McSherry, B. (2012). Legal Capacity Under the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. U *Journal of Law and Medicine*. Br. 20. 22–27.

Настић, М. (2015). Изборно право особа са инвалидитетом. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 70(LIV). 137–155.

Општи коментар бр. 1 (2014) Комитета за права особа са инвалидитетом. Једанаесто заседање, 31. март – 11. април 2014.

Petrušić, N., Beker, K., Ćirić Milovanović, D. (2016). *Smernice za postupanje sudija u slučajevima lišenja poslovne sposobnosti*. Beograd: Inicijativa za prava osoba sa mentalnim invaliditetom MDRI-S.

Породични закон. *Службени гласник РС*. Бр. 18. 2005.

Recommendation No. R(99)4 on Principles concerning the Legal Protection of Incapable Adults, усвојена 23. фебруара 1999. г.

UN Treaty Collections. Convention on Rights of Persons with Disabilities: Declarations with Reservations, 2007. Преузето 15. 9. 2019.

http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15-a&Chapter=4&lang=en

Doc. Ivana Simonović, LL.D.
Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Niš

DEPRIVATION OF LEGAL CAPACITY, IN LIGHT OF THE CONCEPT OF LEGAL CAPACITY AS A HUMAN RIGHT

Summary

In the legal system of the Republic of Serbia, every individual is guaranteed the right to legal personality (Article 37, para. 1 of the Constitution). Thus, the most important features of legal capacity (its universal character, permanence and unconditional application) have obtained their constitutional dimension. Contractual capacity does not comprise these features. It is not universal because it does not pertain to every single person, nor does it imply the same degree (scope) of capacity for those who have it. This distinction between the legal capacity and the contractual capacity is a consequence of their different functions. The former provides a new legal quality to every person as a biological being; one becomes a person in law thanks to the legal capacity. One of the many functions of contractual capacity is the protective one, in terms of safeguarding both the individual who is being recognized as a person in law and all other participants in legal affairs. Hence, it is preconditioned by the sufficient development of intellectual, willful and emotional processes, which are used as criteria for grading the scope of contractual capacity as well as for depriving an individual of this capacity and possibly re-instating it during one's lifetime.

Yet, this prevailing approach, based on the paradigm that the scope of one's contractual capacity is subjected to one's mental capacity, has been criticized as obsolete. The Convention on the Rights of Persons with Disabilities (2006) establishes the right to legal capacity as a basic human right, and as a necessary condition for attaining full equality of all human beings before the law. It seems that legal capacity comprises contractual capacity as well; thus, instead of assessing whether their intellectual disabilities are an obstacle to attaining contractual capacity, persons with intellectual disabilities should be supported to exercise their legal (and contractual) capacity, they should be assisted in making the decision and expressing it.

In light of this fundamental change in understanding the concept of contractual capacity, the author analyzes the validity of the conclusion that the distinction between the legal capacity and the contractual capacity is gradually being abandoned. If this hypothesis seems too bold, the author will assess the validity of the proposal (already accepted in some countries) to abandon the institutes of grading

contractual capacity and depriving a person of contractual capacity, and replacing them with different tailor-made forms of assistance and support, adapted to the specific needs of the person with intellectual disabilities.

Keywords: *legal capacity, contractual capacity, deprivation of legal capacity, human rights, Convention on the Rights of Persons with Disabilities, support for persons with intellectual disabilities.*

Др Игор Милинковић,*
Ванредни професор Правног факултета,
Универзитет у Бањој Луци, Република Српска

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfno-23441

UDK: 173.5:34
347.634

Раd примљен: 02.10.2019.
Раd прихваћен: 04.03.2020.

КОМЕРЦИЈАЛНО СУРОГАТ МАТЕРИНСТВО И ПРОБЛЕМ КОМОДИФИКАЦИЈЕ (ЕТИЧКЕ ДИЛЕМЕ И МОГУЋНОСТ ПРОНАЛАЖЕЊА ПРАВНОГ ОДГОВОРА)**

Апстракт: *Неплодност представља озбиљан глобални проблем репродуктивног здравља. Према подацима Свјетске здравствене организације, између 7 и 15% парова репродуктивног доба у свијету је неплодно. Технике асистираних репродукција омогућиле су паровима суоченим са неплодношћу да остваре родитељство. Стога је, из перспективе остваривања репродуктивне аутономије, примјена метода асистираних репродукција несумњиво оправдана. С друге стране, развој нових репродуктивних технологија побуђује сложене етичке дилеме. Техника асистираних репродукција која побуђује највише контроверзи јесте сурогат материнство, споразум или уговор којим жена (сурогат мајка) пристаје да роди дијете за другу особу или пар. Комерцијално сурогат материнство, за разлику од алтруистичког, подразумијева да ће родитељи наручиоци сурогат мајци, као накнаду за пружене услуге, исплатити новчани износ који превазилази разумне трошкове повезане са трудноћом.*

У раду ће се настојати дати одговор на питање да ли је комерцијално сурогат материнство етички мање прихватљиво у односу на алтруистичко, или су примједбе које се упућују комерцијалном сурогат материнству усмјерене на случајеве његовог первертовања, који би могли бити избјегнути усвајањем одговарајућих законских рјешења. Посебна пажња биће посвећена проблему комодификације и његовом односу према вриједности људског достојанства. У склопу анализе овог проблема, биће упозорено на опасност од развијања

* igor.milinkovic@pf.unibl.org

** Раd је изложен на Међународној конференцији „Право и мултидисциплинарност“, одржаној 12–13. 4. 2019. на Правном факултету у Нишу.

„комодификације у ширем смислу“, као и на механизме којима законодавац потенцијално може да осујети јачање ове тенденције. Анализи ће бити подвргнута рјешења прихваћена у упоредном праву, а биће анализирани и релевантне правне одредбе у Босни и Херцеговини (њеним ентитетима: Републици Српској и Федерацији Босне и Херцеговине).

Кључне ријечи: *асистирана репродукција, сурогат материнство, комерцијално сурогат материнство, достојанство, комодификација, право.*

1. Увод

Рапидан напредак биомедицинских технологија непрекидно побуђује нове етичке и правне дилеме. “Биомедицинска револуција”, такорећи свакодневно, пред законодавце и правну и (био)етичку мисао поставља нове изазове. Од права, као регулатора друштвених процеса, захтијева се да на новонастале појаве благовремено и адекватно одговори (што, имајући у виду динамику биомедицинског развоја, представља готово нерешив задатак). Од биоетике се очекује да законодавцу обезбиједи одговарајуће етичке смјернице, одн. да дефинише морални правац у складу с којим би употреба нових технологија требала да буде правно уређена (у чему ова дисциплина, с обзиром на бројне супротстављене позиције и одсуство консензуса о кључним темама, само дјелимично успијева). Сфера у којој су наведене дилеме нарочито изражене, јесте подручје хумане репродукције. Рат са неплодношћу, као глобалним здравственим проблемом¹, условљава развој нових метода асистиране репродукције. Међу њима, једну од најконтроверзнијих представља сурогат материнство.

Сурогат материнство представља „споразум или уговор којим жена – сурогат мајка – пристаје да роди дијете за другу особу или пар“ (Morgan, 1990: 56). Иако се коријени ове појаве препознају већ у Старом завјету², први званично забиљежени случај сурогат материнства догодио се у америчком граду Луизвилу (држава Кентаки, САД), 1980. године. Мушко дијете, зачето вјештачком инсеминацијом, рођено је 9. 11. 1980. године. У априлу сљедеће године, сурогат мајка, којој је за њене услуге било плаћено нешто мање

1 Према процјенама Свјетске здравствене организације (WHO), у свијету је са проблемом неплодности суочено између 7 и 15% парова репродуктивне доби (15–45 година) (Montoya, 2002: 198).

2 Према Старом завјету, Сара, у немогућности да zatrudни, наговорила је свога мужа Абрахама да дијете зачне са њиховом слушкињом Хагаром (Smith, 1982: 639).

од 10.000\$, предала је дијете биолошком оцу и његовој супрузи. По истеку рока од деведесет дана од дана рођења дјетета, мајка наручилац поднијела је захтјев за усвојење, који је одобрен (Smith, 1982: 659). Овом приликом, и гестациска мајка и брачни пар – наручиоци поступили су у складу са преузетим обавезама (што касније неће увијек бити случај; управо су спорови настали поводом уговора о сурогат материнству привукли пажњу шире јавности и указали на бројне правне и етичке контроверзе које сурогат материнство производи, на које, напосљетку, нису могли да се оглуше ни законодавци).³

Могуће је разликовати више облика сурогат материнства. Према генетској вези између гестациске мајке и дјетета, сурогат материнство може бити:

Непотпуно (традиционално) сурогат материнство које подразумијева да је јајна ћелија гестациске мајке оплођена спермом оца наручиоца (између сурогат мајке и дјетета постоји генетска веза).

Потпуно (гестациско) сурогат материнство које подразумијева да се ембрион произведен вантјелесном оплодњом од гамета родитеља наручилаца имплантира сурогат мајци (гестациска мајка није генетски повезана са дјететом које носи) (Ramskold, Posner, 2013: 397; Cook, Day Sclater, Kaganas, 2003: 1).

У зависности од тога да ли је предвиђена новчана накнада за услуге које пружа гестациска мајка, сурогат материнство може бити алтруистичко и комерцијално. Код алтруистичког сурогат материнства, уговором није предвиђена обавеза родитеља наручилаца да гестациској мајци исплате извјестан новчани износ, иако може бити утврђена обавеза да сурогат мајци буду надокнађени разумни трошкови (попут трошкова медицинских услуга, изгубљене зараде, закупнине, животног осигурања и

³ Један од најпознатијих таквих случајева јесте случај „бебе М“. Мери Бет Вајтхед (Whitehead), из америчке државе Њу Џерси, закључила је 1987. године уговор о сурогат материнству са брачним паром Штерн (Stern). Оплодња је извршена вјештачком инсеминацијом помоћу сперме В. Штерна (дијете је генетски било повезано са оцем наручиоцем, што ће се показати релевантним за коначну судску одлуку). За своје услуге Мери Бет Вајтхед требала је добити 10.000\$. Она се, међутим, предомислила и одбила уговорени новчани износ, а дијете је покушала задржати тако што је напустила државу. Након исцрпљујуће правне борбе, Врховни суд државе Њу Џерси додијелио је трајно старатељство В. Штерну (иако је уговор о сурогат материнству прогласио неважећим), позивајући се на стандард „најбољег интереса дјетета“. Мери Бет Вајтхед задржала је своја родитељска права и право да дијете посјећује. Непосредно након доношења ове одлуке шест америчких држава донијело је законе којима је забрањено комерцијално сурогат материнство (доношење таквих закона разматрано је и у више од двадесет других америчких држава, али они, напосљетку, нису били донесени). Утицај ове одлуке није био ограничен само на простор САД. (Mortazavi, 2011: 2262–2264).

сл.). Употреба стандарда „разумни трошкови“ отвара простор за различите интерпретације, па и изигравање закона, нарочито у оним државама у којима је комерцијално сурогат материнство забрањено. Комерцијално сурогат материнство, које је у етичком смислу знатно контроверзније, подразумејева да ће родитељи наручиоци сурогат мајци, као накнаду за пружене услуге, исплатити новчани износ који превазилази разумне трошкове повезане са трудноћом (Mortazavi, 2011: 2254).

2. Етичке контроверзе сурогат материнства

Сурогат материнство, као једна од најконтроверзнијих метода асистираних репродукције, побуђује бројне етичке дилеме. Аутори који заговарају легализовање сурогат материнства позивају се на вриједност репродуктивне (прокреативне) аутономије, одн. слободе. Робертсон (Robertson) прокреативну слободу дефинише као „слободу одлучивања да ли имати потомство или не“ (Robertson, 1994: 4). Према схватању овог аутора, прокреативна слобода треба да ужива претпостављени примат приликом одлучивања о поштовању репродуктивних избора, „будући да контрола над тиме да ли ће неко добити потомство или не има централни значај за лични идентитет, достојанство и смисао нечијег живота“ (Robertson, 1994: 24). Претпостављени примат прокреативне слободе подразумејева да они који желе да ограниче репродуктивне изборе појединаца, снос терет доказивања да спорни репродуктивни поступци могу произвести тако значајну штету да је њихово ограничавање оправдано (Robertson, 1994: 24). Темељна посвећеност прокреативној слободи, сматра Робертсон, води проширивању тезе о претпостављеном примату и на већину облика „колаборативне репродукције“, чији облик представља и сурогат материнство (Robertson, 1994: 119). Сурогат материнство представља важан елемент прокреативне слободе свих актера, како парова који се боре са неплодношћу, тако и сурогат мајки које им у добијању потомства помажу (Robertson, 1994: 145).

Тезу о претпостављеном примату репродуктивне слободе заговара и Херис (Harris), према чијем схватању: „Таква претпоставка значи да терет оправдавања њихових поступака пада на оне који би да ускрате слободу, а не на оне који би да је остваре ... Дакле, они који би да остваре репродуктивну слободу не морају да покажу какво добро би то произвело; радије, они који би да умање слободу морају да покажу не само да је она непопуларна, или непожељна или нежељена, већ да је озбиљно штетна за друге или за друштво, и да су те штете стварне и садашње, а не будуће и спекулативне“ (Harris, 2007: 74). Попут Робертсона, Херис прокреативну

слободу схвата као негативну слободу, „право на репродуктивну слободу не представља овлашћење на сарадњу било кога приликом остваривања тог права“ (Harris, 2007: 74).

Појам репродуктивне слободе, са својим нагласком на поштовању индивидуалних репродуктивних избора, тијесно је повезан са концептом „достојанства као овлашћења“, према класификацији предложеној од стране Бејлевелда (Beyleveld) и Браунсорда (Brownsword) (Beyleveld, Brownsword, 2001). У расправама о етичкој оправданости сурогат материнства, међутим, снажно је присутна и друга, рестриктивна димензија људског достојанства на коју упозоравају поменути аутори („достојанство као ограничење“), која „одбацује праксе које су у супротности са људским достојанством, без обзира на њихове могуће корисне исходе“ (Samanta, Samanta, 2015: 214).

Аутори који заговарају забрану сурогат материнства често упозоравају да се овом праксом нарушава достојанство сурогат мајки, али и дјеце рођене на основу уговора о рађању за другога. Приговори који се упућују установи сурогат материнства припадају стандардном арсеналу аргумената заснованих на концепцији „достојанства као ограничења“, као што су оптужбе за инструментализацију, експлоатацију и комодификацију. Према схватању противника ове методе асистираних репродукције, сурогат материнство представљало би инструментализацију гестацијских мајки у смислу друге формулације Кантовог категоричког императива, тзв. „формуле циља по себи“: „Поступај тако да ти човештво у својој личности као и у личности сваког другог човека увек употребљаваш у исто време као сврху, а никада само као средство“ (Кант, 2008: 74). Уговором о сурогат материнству, тврде аутори који осуђују овај облик асистираних репродукције, гестацијска мајка бива сведена на пуко средство за испуњавање потреба родитеља наручилаца, трансформише се у „људски инкубатор“ (Van Niekerk, Van Ziel, 1995: 347), чиме се њено достојанство грубо нарушава. Да ли се овај приговор може упутити искључиво комерцијалном сурогат материнству, и да ли овај облик сурогат материнства нужно подразумева инструментализацију (експлоатацију)⁴ сурогат мајки? Пракса сурогат материнства у појединим земљама подгријава бојазни о могућој експлоатацији гестацијских мајки. У наведеним случајевима, међутим, ријеч је о злоупотребама комерцијалног сурогат материнства, аномалијама одн. первертовању овог облика асистираних репродукције. Херис с правом констатује да: „Чињеница да техника може бити злоупотребљена не

4 Вилкинсон (Wilkinson) појам инструментализације изједначава са посебним видом експлоатације, „експлоатацијом заснованој на погрешној употреби“, која подразумева да: „А експлоатише Б ... ако А третира Б само као оруђе, или средство за постизање циљева А“ (Wilkinson, 2004: 33).

представља аргумент против технике, осим ако нема изгледа да се злоупотреба или погрешна употреба спријече“ (Harris, 2004: 51). Имајући у виду консензуалан карактер односа између сурогат мајке и родитеља наручилаца, ни комерцијално сурогат материнство не може се означити неетичким по себи. Умјесто тога, неопходно је тежити проналажењу одговарајућих правних механизма како би могућност злоупотреба сурогат материнства била елиминисана. Јер као што „плаћање сурогат мајци не искључује алтруистичку мотивацију“ (Walker, Van Zyl, 2017: 12), тако ни алтруистичко сурогат материнство не елиминише могућност експлоатације (инструментализације) гестацијских мајки.

Аутори који алтруистичко сурогат материнство означавају као морално прихватљиво, осуђујући истовремено његов комерцијални облик, често повлаче паралелу са донацијом органа. Алтруистичко сурогат материнство пореди се са донацијом органа и третира као етички прихватљиво, док се комерцијално сурогат материнство сматра једнако неприхватљивим као и исплата новчане компензације даваоцима органа. Комерцијално сурогат материнство значило би једнак удар на достојанство личности, као и комерцијално располагање дијеловима властитог тијела. Стога расправе посвећене дистрибуцији органа нуде користан увид у арсенал аргумената и за расправе о сурогат материнству. Сател (Satel), анализирајући утицај продаје органа на достојанство појединца, цитира став папе Јована Павла II о неприхватљивости исплаћивања новчане накнаде за дониране органе. Према Јовану Павлу II „свака процедура која води комерцијализацији људских органа или их третира као робу за размјену или трговину мора се сматрати морално неприхватљивом, будући да користити људско тијело као објект значи нарушавати достојанство људске личности“ (Satel, 2008: 67). Сател, која заступа позицију супротну оној Јована Павла II, фокусира се на дио цитиране изјаве о третирању тијела као објекта, и долази до закључка да је нарушавање достојанства у овом контексту условног карактера и да ће зависити од начина на који је донор третиран. Ако се достојанство донора нарушава када се он третира као објект, из тога слиједи да ће достојанство донора бити сачувано уколико се поступа супротно, „уколико се о донорима мисли као о спасиоцима живота, уколико се брижљиво штити њихова сигурност и третира их се са захвалношћу због њихових поступака и са уважавањем због њихове способности да доносе промишљене судове о властитим најбољим интересима“ (Satel, 2008: 67). Цитирани одломак нуди корисну основу за разрјешавање дилема око сурогат материнства (што не значи да се у овом раду жели истовремено заузети позиција и у погледу успостављања тржишта људским органима). Уколико се сурогат мајка третира као давалац „поклона живота“, са пуним

уважавањем њене аутономије и уз брижљиву заштиту њене сигурности, тада исплата извјесне новчане надокнаде за услуге које она пружа не може представљати нешто морално лоше по себи (не може бити третирано као повреда њеног достојанства). Да ли се ова констатација треба сматрати аргументом за успостављање потпуно либералног тржишта репродуктивним услугама, укључујући и сурогат материнство? Одговор је одричан. Приликом законског уређивања сурогат материнства потребно је руководити се сврхом наведене установе, полазити од чињенице да је ријеч о облику асистиране репродукције намијењеном борби против неплодности, средству за превазилажење озбиљног глобалног медицинског проблема.

Наведени аргументи могу послужити као одговор на оптужбе за комодификацију гестацијских мајки, често присутне у расправама о етичкој оправданости сурогат материнства. Комодификација подразумијева да се сурогат мајке „сматрају замјењивим и да имају монетарну вриједност“ (Walker, Van Zyl, 2017: 48). Такав третман сурогат мајки значио би повреду њиховог достојанства, и у јасној супротности је са Кантовим ставом да: „У царству сврха све има или неку цену или неко достојанство. Оно што има цену такво је да се на његово место може поставити такође нешто друго као његов еквивалент; напротив, оно што је узвишеније од сваке цене, оно што не допушта никакав еквивалент, достојанство је“ (Кант, 2008: 82). Вилкинсон, признајући да сурогат материнство може за последицу да има комодификацију сурогат мајки, констатује да не постоји ништа у природи сурогат материнства уопште, нити комерцијалног сурогат материнства посебно, што би их чинило нужно комодификујућим. Према схватању овог аутора, „тешко је замислити било шта у природи сурогат материнства што онемогућује потпуно признавање личности сурогат мајке – признавање да је она много више од простог инкубатора“ (Wilkinson, 2004: 175). Приликом дефинисања одговарајућих законских рјешења, неопходно је водити рачуна и о томе да се избјегне „комодификација у ширем смислу“, како је дефинише М. Радин (Radin, 1987). Таква, широко конструисана комодификација, према схватању ове ауторке, подразумијева „не само стварну куповину и продају, већ такође и тржишну реторику, праксу размишљања о односима као да они представљају продајне трансакције“ (Radin, 1987: 1859). Сурогат материнство неопходно је третирати у складу са његовом природом, водећи рачуна о његовој једино оправданој сврси, а то је да оно представља лијек против неплодности и средство које на располагању треба бити искључиво паровима који се боре са инфертилитетом. Стога један од нужних услова за одобравање закључивања уговора о сурогат материнству треба да буде постојање

одговарајуће медицинске индикације (неплодност родитеља, одн. ризик од преношења тешког наслеђеног обољења). Под тим условима, исплаћивање новчане надокнаде сурогат мајкама, само по себи, не би било морално неприхватљиво. Како би се избјегао шири контекст комодификације о коме говори М. Радин, неопходно је и да легализацији сурогат материнства претходи одговарајућа јавна расправа, уз укључивање што ширих кругова становништва, како би смисао и сврха ове установе били што адекватније представљени јавности.

3. Европски стандарди сурогат материнства и пракса Европског суда за људска права

Правна и етичка контроверзност овог питања видљива је и из односа који према сурогат материнству заузимају међународне организације. Овој теми приступа се веома опрезно, уз, по правилу, упућивање приговора оним облицима сурогат материнства који значе первертовање датог облика асистираних репродукције (ријеч је, прије свега, о осуди комерцијалног сурогат материнства и праксама које су идентификоване у појединим земљама у развоју, у којима се све интензивније одвија тзв. „репродуктивни туризам“). Извјесне смјернице националним законодавцима ипак постоје, иако оне, за сада, немају обавезујући карактер. Један од докумената који их пружају јесте и *Извјештај о принципима који се односе на заснивање и правне посљедице родитељства – „Бијела књига“*, који је Комитет експерата за породично право Савјета Европе усвојио 2006. године (овим документом допуштена је могућност искључиво алтруистичког сурогат материнства) (Migocha, 2019: 534–536). У децембру 2015. године, Европски парламент усвојио је *Годишњи извјештај о људским правима и демократији у свијету 2014. године и политици Европске уније по том питању*, којим је осуђена „пракса сурогат материнства, која подрива људско достојанство жене будући да се њено тијело и њене репродуктивне функције користе као роба“ (чл. 115)⁵. Током 2016. године, Комитет за друштвена питања, здравље и одрживи развој Парламентарне скупштине Савјета Европе у више наврата је одбацио различите верзије извјештаја под насловом *Људска права и етичка питања у вези са сурогат материнством* (током процеса мијењан је и назив документа; верзија Извјештаја која је представљала предмет изјашњавања у септембру 2016. године носила је назив *Дјечја права у вези са сурогат материнством*, и била је фокусирана на заштиту права дјете рођене на основу уговора о рађању за другога). Овај документ је од самог

5 *Annual report on human rights and democracy in the world 2014 and the EU policy on the matter*. Retrieved on 01 September 2019, from http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0470_EN.pdf

почетка активности на његовој изради представљао предмет контроверзи, а ауторка Извјештаја оптуживана је за сукоб интереса, будући да руководи одјељењем за репродуктивну медицину у једној од белгијских болница (Извјештај је од стране противника сурогат материнства критикован као исувише благонаклон према овој методи асистираних репродукције). Нацрт препоруке, који је представљао саставни дио Извјештаја, одбацила је и Парламентарна скупштине Савјета Европе, на сједници одржаној у октобру 2016. године. Резултат гласања био је 82 гласа против, 77 гласова за и 7 уздржаних (Mirocha, 2019: 539). Позиција Савјета Европе о сурогат материнству, према томе, тек треба да буде прецизније дефинисана.

Извјесном изоштравању фокуса када је сурогат материнство у питању доприноси пракса Европског суда за људска права. Иако Суд није расправљао о етичкој допуштености сурогат материнства, одлукама у предметима који су повезани са овом установом⁶ отворен је пут развијању репродуктивног туризма у оним случајевима када постоји генетска веза између родитеља наручиоца и дјетета. Будући да Суд није осудио праксу сурогат материнства, те да је омогућио признавање резултата таквих споразума реализованих у иностранству (само под одређеним условима, позивајући се на повреду права на приватни живот дјетета рођеног на основу уговора о сурогат материнству), наговјештен је либералнији однос спрам ове установе (за супротно мишљење, засновано на одлуци Великог вијећа у предмету *Paradiso and Campanelli v Italy*, в. Mirocha, 2019). На захтјев Касационог суда Француске, Европски суд за људска права је у априлу 2019. године издао савјетодавно мишљење којим су потврђени ставови наведени у ранијим одлукама Суда. Мишљење Суда је да у случајевима када је дијете рођено у иностранству на основу уговора о сурогат материнству, а зачето је употребом гамета оца наручиоца и треће стране-донора, и када је однос родитељ-дијете између њих признат домаћим правом: „Право дјетета на поштовање приватног и породичног живота, у смислу члана 8 Европске конвенције о људским правима, захтијева да домаће право обезбједи могућност признавања правног односа родитељ-дијете са намјераваном мајком (*intended mother*), која је у изводу из матичне књиге рођених у иностранству означена као „законска мајка”. Додуше, право дјетета на поштовање приватног и породичног живота не захтијева да признање односа родитељ-дијете буде у форми уписа у матичне књиге рођених садржине извода издатог у иностранству. Друга средства, попут института усвојења, такође могу бити предвиђена као основ за заснивање правног односа родитељ-дијете између мајке наручиоца и дјетета (под

6 *Mennesson v. France* (2014), *Labassee v. France* (2014), *Paradiso and Campanelli v. Italy* (Chamber’s decision, 2015; Grand Chamber’s decision, 2017)

условом да је домаћим правом обезбијеђено да односна средства могу бити примијењена брзо и ефикасно, у складу са најбољим интересом дјетета, чиме је потврђено да Суд, рјешавајући спорове у вези са установом сурогат материнства, средишњи значај приписује заштити интереса дјеце рођене на основу уговора о рађању за другога).⁷

4. Третман сурогат материнства у упоредном законодавству

Упоредно законодавство познаје различит третман сурогат материнства. Алтруистичко сурогат материнство допуштено је у Бразилу, Грчкој, Холандији, Израелу, Јужној Африци, Великој Британији, Канади и Аустралији (Mortazavi, 2011). Такав третман, међутим, не ужива и комерцијално сурогат материнство, које у неким од наведених земаља подразумева кривичну одговорност појединих актера (Закон о хуманој репродукцији Канаде, нпр., предвиђа новчане казне у износу до 500.000\$ и/или казну затвора у трајању до десет година за учеснике у комерцијалним аранжманима; сурогат мајка није обухваћена кривичном одговорношћу) (Ruparelia, 2007: 22). У појединим државама, осим алтруистичког, допуштено је и комерцијално сурогат материнство. У Израелу, комерцијално сурогат материнство легализовано је законом из 1996. године (закон забрањује традиционално (непотпуно) сурогат материнство, као и аранжмане гдје би се у својству сурогат мајке појавили сродници родитеља наручилаца) (Schuz, 2003: 36). У Русији, сурогат мајка осим накнаде трошкова повезаних са трудноћом може добити и извјестан новчани износ као награду за пружену услугу (уобичајени износ награде варира од 15000\$ до 30000\$) (Svitney, 2010: 94). Комерцијално сурогат материнство легализовано је и у Украјини, која постаје све видљивијом на мапи центара тзв. „репродуктивног туризма“ (Mohapatra, 2012: 195). У САД, државе-чланице различито уређују поменути материју (неке од њих још увијек нису законски уредиле сурогат материнство). Поједине федералне јединице забрањују овај облик асистирание репродукције (6 држава, од којих неке предвиђају и кривичну одговорност за актере), неке од њих допуштају само алтруистичко сурогат материнство, док је у појединим државама-чланицама (нпр. у Илиноису), легализовано и комерцијално сурогат материнство (Quinn, 2018). Индија, иако сурогат материнство није законски уређено, донедавно је представљала једну од најпопуларнијих дестинација за тзв. „репродуктивни туризам“ (у Индији су практиковани

7 ECHR, Advisory opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother. Retrieved on 01 September 2019 from [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22003-6380464-8364383%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22003-6380464-8364383%22]})

како алтруистичко, тако и комерцијално сурогат материнство). Закон о регулисању сурогат материнства, који предвиђа забрану комерцијалног сурогат материнства, још увијек није усвојен (иако је приједлог Закона сачињен још 2016. године). Доњи дом индијског парламента усвојио је приједлог овог закона у децембру 2018. године, али је распуштања парламента онемогућило његово усвајање у Горњем дому (због чега процедура усвајања Закона треба да буде спроведена од почетка) (Srivastava, 2019). О ризицима које одсуство одговарајуће законске регулативе повлачи свједочи и примјер Тајланда. Дуго времена, Тајланд је представљао једну од најпопуларнијих дестинација за „репродуктивни туризам“. Непостојање забране комерцијалног сурогат материнства било је широко коришћено од стране агенција и клиника које су нудиле услуге сурогат материнства. Комерцијално сурогат материнство је током овог раздобља доживјело процват. Међутим, након неколико контроверзних случајева, међу којима је најпознатији случај бебе Гами, 2015. године усвојен је закон којим је уведена забрана комерцијалног сурогат материнства. Законом је могућност за закључивање уговора о сурогат материнству дата искључиво држављанима Тајланда, док се као сурогат мајка једино може појавити сродник пара наручилаца (осим уколико сродници не постоје) (Zimmerman, 2016). У међувремену, међутим, појављују се нови центри репродуктивног туризма, попут Камбоџе и Гватемале (Beier, 2018: 257). У Кини, законска регулатива о сурогат материнству не постоји (Qiao, Feng, 2014), али су професионалним смјерницама Министарства здравља Кине забрањени сви облици сурогат материнства. И поред забране, постоје докази о постојању црног тржишта услуга сурогат материнства у овој земљи (Cook, 2018). Сурогат материнство, у свим својим облицима, забрањено је у Италији, Норвешкој, Шпанији, Француској и Њемачкој (Mortazavi, 2011). Забрана сурогат материнства утврђена је и Уставом Швајцарске Конфедерације: „Донација јајних ћелија и ембриона и сурогат материнство су забрањени“ (чл. 119, ст. 2, т. д).⁸

У државама насталим на просторима бивше СФРЈ, са изузетком Сјеверне Македоније⁹, сурогат материнство је забрањено. Акти којима се уређује медицински потпомогнута оплодња овај облик асистираних репродукције изричито забрањују у Словенији, Хрватској, Србији и Црној Гори. У Србији,

8 Federal Constitution of the Swiss Confederation. Retrieved on 1 September 2019 from: <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19995395/index.html>

9 Алтруистичко сурогат материнство легализовано је у Сјеверној Македонији Законом о изменама и допунама Закона о биомедицински потпомогнутој оплодњи из 2014 године (Закон за изменување и допунавање на Законот за биомедицинско потпомогнато оплодување. *Службен весник на РМ*. бр. 149/14).

Законом о биомедицински потпомогнутој оплодњи¹⁰ забрањено је укључивање у поступак биомедицински потпомогнуте оплодне жене „која има намеру да дете после рођења уступи трећем лицу са или без плаћања било какве накнаде, односно остваривања било какве материјалне или нематеријалне користи, као и нуђење услуга сурогат мајке од стране жене или било ког другог лица са или без плаћања било какве накнаде, односно остваривања друге материјалне или нематеријалне користи“ (чл. 49, ст. 18). Преднацртом Грађанског законика Србије¹¹ предвиђено је увођење сурогат материнства (под називом „рађање за другог“). Овим документом утврђено је да: „Уговор о рађању за другог може бити закључен између жене која ће носити и родити дете (родиља) и супружника или ванбрачних партнера (намеравани родитељи) само ако између намераваних родитеља не може доћи до зачећа природним путем као ни уз помоћ других видова биомедицински потпомогнутог зачећа, или ако зачеће природним путем или коришћењем других видова зачећа није пожељно због озбиљне опасности од преношења тешке наследне болести на дете“ (чл. 2177, ст. 1). Услов за закључивање уговора о сурогат материнству, према томе, јесте постојање медицинске индикације (неплодност или ризик од преношења тешког наслеђеног обољења). Састављачи Преднацрта уредили су сурогат материнство као *ultima ratio* асистираних репродукције. Преднацртом је, осим накнаде разумних трошкова, предвиђена могућност да уговором о рађању за другог буде уговорена и исплата умјерене награде сурогат мајци (чл. 2183). Судија ће одбити да овјери уговор уколико оцијени да је уговорена несразмјерна накнада трошкова или неумјерена награда за рађање (чл. 2178, ст. 3). Преднацртом је искључена могућност традиционалног (парцијалног) сурогат материнства: „У случају рађања за другог није дозвољено користити оплодне ћелије родиље“ (чл. 2178, ст. 2). Иако је судбина легализације сурогат материнства у Србији још увијек неизвјесна, сама чињеница да су наведене одредбе ушле у Преднацрт вјероватно ће допринијети актуелизацији овог питања и у Босни и Херцеговини (ентитетима).

5. Правни оквир сурогат материнства у Босни и Херцеговини

Босна и Херцеговина (БиХ), као сложена државна заједница, састоји се од два ентитета: Републике Српске (РС) и Федерације Босне и Херцеговине (ФБиХ). У састав Босне и Херцеговине улази и Брчко Дистрикт, политичко-

10 Закон о биомедицински потпомогнутој оплодњи. *Службени гласник РС*, бр. 40/2017

11 Преднацрт Грађанског законика Републике Србије. Преузето 21. 09. 2019. године. https://www.paragraf.rs/nacrti_i_predlozi/280519-prednacrt-gradjanskog-zakonika-republike-srbije.html

територијална јединица са широком законодавном аутономијом. Према Уставу Босне и Херцеговине, регулисање здравствене заштите, укључујући и асистирани репродукцију, налази се у надлежности ентитета (у Федерацији БиХ, здравствена заштита представља подијељену надлежност Федерације и кантона). У овом дијелу рада биће укратко анализирани законске претпоставке за увођење установе сурогат материнства у Босни и Херцеговини (ентитетима).

У Републици Српској (РС), сурогат материнство није допуштено (иако законодавство РС не садржи одредбе којима се овај облик асистирани репродукције изричито забрањује). Уставом РС¹² утврђено је право човјека да слободно одлучује о рађању дјете (чл. 36, ст. 3). Принцип прокреативне слободе (аутономије), као етички основ различитих метода асистирани репродукције, укључујући и сурогат материнство, предвиђен је и Породичним законом РС¹³: „Свако слободно одлучује о закључењу брака, заснивању породице и рађању дјете“ (чл. 5, ст. 1). Међутим, прокреативном аутономијом појединца, установа сурогат материнства, барем за сада, није обухваћена. Породичним законом РС предвиђено је да се дјететовом мајком сматра жена која га је родила (чл. 109, ст. 1). Наведеном одредбом пракса сурогат материнства није у потпуности онемогућена, будући да постоји могућност да родитељи наручиоци дијете усвоје. Може се констатовати да Породични закон не обезбјеђује одговарајући оквир за имплементацију установе сурогат материнства. Непостојање посебног закона којим би била уређена медицински потпомогнута оплодња, онемогућило је законодавца да поменути материју децидније уреди (што би у предстојећем периоду требало бити учињено, без обзира на став који ће, напосљетку, превладати у погледу оправданости увођења сурогат материнства).

Чланом 53 Породичног закона Федерације БиХ¹⁴, такође је утврђено да се дјететовом мајком сматра жена која га је родила. 2018. године, у Федерацији Босне и Херцеговине је усвојен Закон о лијечењу неплодности биомедицински потпомогнутом оплодњом¹⁵, који садржи изричиту забрану сурогат материнства: „Забрањено је уговорати или проводити биомедицински потпомогнуту оплодњу ради рађања дјетета за друге

12 Устав Републике Српске. Преузето 01. 09. 2019. године.
https://www.narodnaskupstinars.net/sites/default/files/upload/dokumenti/ustav/cir/ustav_republike_srpske.pdf

13 Породични закон Републике Српске. *Службени гласник Републике Српске*. бр. 54/02, 41/08, 63/14

14 Породични закон ФБиХ. *Службене новине ФБиХ*. бр. 35/05, 31/14

15 Закон о лијечењу неплодности биомедицински потпомогнутом оплодњом. *Службене новине ФБиХ*. бр. 59/18

особе и предаје дјетета рођеног након биомедицински потпомогнуте оплодње (сурогат мајчинство)“ (чл. 45, ст. 2). У чл. 45, ст. 1, прописано је да је забрањено тражити или нудити, објавом јавног огласа или на други начин, услугу рађања за другога, док је, у ст. 3 истог члана, утврђено да су уговори, споразуми или други правни послови о рађању дјетета за другог и предаји дјетета рођеног након биомедицински потпомогнуте оплодње, ништави.

Породичним законом Брчко Дистрикта¹⁶, у чл. 49, прописано је да је мајка дјетета, у смислу овог закона, жена која је родила дијете. Ни у Брчко Дистрикту још увијек није усвојен закон који би регулисао област асистираних репродукција. Анализа одговарајућих законских одредби у Босни и Херцеговини (ентитетима и Брчко дистрикту), извршена у овом дијелу рада, показала је да не постоји могућност примјене установе сурогат материнства. Оно је или изричито забрањено, или одредбе породичног законодавства онемогућују примјену овог метода асистираних репродукција.

6. Закључак

Друштва у којима је проблем ниског наталитета изражен нарочиту пажњу морају поклонити развоју (примјени) метода асистираних репродукција. Непостојање одговарајуће законске регулативе извор је могућих дилема у погледу њихове примјене и може представљати препреку за реализацију и оних метода асистираних репродукција које, нити правно, нити етички, не смију бити спорне. Стога доношење закона о биомедицински помогнутој оплодњи на ентитетском нивоу у Босни и Херцеговини, по угледу на земље из окружења, представља својеврстан императив (утолико усвајање Закона Федерације БиХ 2018. године представља оправдан корак). Доношење поменутих закона представља прилику да се отвори расправа о оним контроверзнијим методама асистираних репродукција, међу које спада и сурогат материнства. У раду је констатовано да етички аргументи против сурогат материнства немају потребну увјерљивост, нарочито када је ријеч о алтруистичком сурогат материнству, те да не постоје препреке да законодавац предвиди могућност примјене и овог облика асистираних репродукција. Сурогат материнства за многе парове представља једину могућност да добију дијете са којим би били генетски повезани, што законодавац не би смио да игнорише. Чињеница да комерцијално сурогат материнства, иако се не може сматрати неетичким *per se*, повећава ризик

16 Породични закон Брчко Дистрикта. *Службени гласник Брчко Дистрикта БиХ*. бр. 23/07

од инструментализације односно нарушавања достојанства гестацијских мајки, нарочито у економски слабије развијеним земљама, говори у прилог прихватања рестриктивнијег приступа. Стога би требало допустити искључиво алтруистичко сурогат материнство, у оним случајевима када постоји одговарајућа медицинска индикација (алтруистичко сурогат материнство не би смјело искључити могућност да се уговором о рађању за другог предвиди накнада разумних трошкова повезаних са трудноћом; могућност уговарања умјерене награде, коју предвиђа Преднацрт Грађанског законика Републике Србије, иако етички није неприхватљива, захтијева успостављање одговарајућих контролних механизма како би биле избјегнуте злоупотребе). Како би се умањиле могуће психолошке посљедице по сурогат мајку, требало би предвидјети као услов да се ради о жени која је већ рађала. Ризик од „репродуктивног туризма“ може бити умањен прописивањем услова у погледу пребивалишта лица која закључују уговор о сурогат материнству.

Литература/References

Advisory opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother. ECHR. Retrieved on 01 September 2019 from <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22003-6380464-8364383%22%5D%7D>

Annual report on human rights and democracy in the world 2014 and the EU policy on the matter. Retrieved on 01 September 2019, from http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0470_EN.pdf

Beier, K. (2018). Ethical Objections About Surrogacy in German Debates: A Critical Analysis. In Mitra, S. Schikantz, S. Patel, T. (Eds.). *Cross-Cultural Comparisons on Surrogacy and Egg donation. Interdisciplinary perspectives from India, Germany and Israel.* Palgrave Macmillan.

Beyleveld, D. Brownsword, R. (2001). *Human dignity in bioethics and biolaw.* Oxford University Press.

Van Niekerk, A. Van Ziel, L. (1995). The ethics of surrogacy: woman's reproductive labor. *Journal of Medical Ethics.* Vol. 21.

Van Zyl, L., Walker R. (2013). Beyond altruistic and commercial contract motherhood: The professional model. *Bioethics* 27(7).

Закон за изменување и дополнување на Законот за биомедицинско потпомогнато оплодување. *Службен весник на РМ*. бр. 149/14.

Закон о лијечењу неплодности биомедицински потпомогнутом оплодњом. *Службене новине ФБиХ*. бр. 59/18.

Zimmerman, A. L. (2016). Thailand's Ban on Commercial Surrogacy: Why Thailand Should Regulate, Not Attempt to Eradicate. *Brooklyn Journal of International Law*. 41(2).

Кант, И. (2008). *Заснивање метафизике морала*. Београд: Дерета.

Mirocha, L. (2019). Dark side of diversity. Actions undertaken in the system of the Council of Europe with regard to the issue of surrogate motherhood. In Mostowik, P. (Ed.). *Fundamental legal problems of surrogate motherhood. Global perspective*. Warszawa.

Montoya, J.M. (2002). Diagnostics in assisted human reproduction, *Reproductive Biomedicine Online*. 5(2). 198–210.

Morgan, D. (1990). Surrogacy: An Introductory Essay. In Lee, R. and Morgan, D. (Eds.). *Birthrights. Law and Ethics at the Beginnings of Life*. London and New York: Routledge.

Mortazavi, S. (2011). It Takes a Village to Make a Child: Creating Guidelines for International Surrogacy. *The Georgetown Law Journal*. 100. 2249.

Mohapatra, S. (2012). Achieving Reproductive Justice in the International Surrogacy Market. *Annals of Health Law*. Vol. 21. Issue 1.

Породични закон Брчко Дистрикта. *Службени гласник Брчко Дистрикта БиХ*. бр. 23/07

Породични закон Републике Српске. *Службени гласник Републике Српске*. бр. 54/02, 41/08, 63/14.

Породични закон ФБиХ. *Службене новине ФБиХ*. бр. 35/05, 31/14.

Qiao, J. Feng, H.L. (2014). Assisted reproductive technology in China: compliance and non-compliance. *Translational pediatrics*. 3(2).

Quinn, D. (2018). Her Belly, Their Baby: A Contract Solution for Surrogacy Agreements. *Journal of Law & Policy*. 26.

Radin, M.J. (1987). Market-inalienability. *Harvard Law Review*. Vol. 100. No 8.

Ramskold, L.A.H., Posner, M.P. (2013). Commercial surrogacy: how provisions of monetary remuneration and powers of international law can prevent exploitation of gestational surrogates. *Journal of Medical Ethics*. 39(6).

Robertson, J.A. (1994). *Children of choice: Freedom and the new reproductive technologies*. Princeton University Press.

Ruparelia, R. (2007). Giving away the “gift of life”: surrogacy and the Canadian Assisted Human Reproduction Act. *Canadian Journal of Family Law*. Vol. 23.

Samanta, J. Samanta, A. (2015). *Medical law*. Macmillan International Higher Education.

Satel, S. L. (2008). Concerns about Human Dignity and Commodification. In Satel, S.L. (Ed.). *When altruism isn't enough: The case for compensating kidney donors*. Washington, DC: Aei Press.

Svitnev, K. (2010). Legal regulation of assisted reproduction treatment in Russia. *Reproductive BioMedicine Online*. 20 (7).

Smith, G.P. (1982). The Razor's Edge of Human Bonding: Artificial Fathers and Surrogate Mothers. *Western New England Law Review*. 5. 639–666.

Srivastava, A. (2019). Explained: Citizenship (Amendment) Bill, triple talaq bill among 46 draft laws set to lapse as Parliament adjourns sine die. Firstpost. Retrieved on 17 September 2019 from: <https://www.firstpost.com/india/explained-citizenship-amendment-bill-triple-talaq-bill-among-46-draft-laws-set-to-lapse-as-parliament-adjourns-sine-die-6082661.html>

Schuz, R. (2003). Surrogacy in Israel: An Analysis of the Law in Practice. In Cook, R. Day Sclater, S. Kaganas, F. (Eds.). *Surrogate Motherhood: International Perspectives*. Hart Publishing.

Устав Републике Српске. Преузето 01. 09. 2019. године. https://www.narodnaskupstinars.net/sites/default/files/upload/dokumenti/ustav/cir/ustav_republike_srpske.pdf

Federal Constitution of the Swiss Confederation. Retrieved on 01 September 2019 from: <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19995395/index.html>

Harris, J. (2007). *Enhancing evolution: The ethical case for making better people*. Princeton University Press.

Harris, J. (2004). *On cloning*. Routledge.

Cook, M. (2018). Chinese black-market surrogacy is booming. BioEdge. Retrieved on 01 September 2019 from: <https://www.bioedge.org/bioethics/chinese-black-market-surrogacy-is-booming/12558>

Cook, R. Day Sclater, S. F. Kaganas, F. (2003). Introduction. In Cook, R. Day Sclater, S. Kaganas, F. (Eds.). *Surrogate Motherhood: International Perspectives*. Hart Publishing.

Walker, R. Van Zyl, L. (2017). *Towards a Professional Model of Surrogate Motherhood*. Springer.

Wilkinson, S. (2003). *Bodies for sale: Ethics and exploitation in the human body trade*. Routledge.

Prof. Igor Milinković, LL.D.

Associate Professor,
Faculty of Law, University of Banja Luka,
Republika Srpska

**COMMERCIAL SURROGACY AND THE PROBLEM OF COMMODIFICATION:
ETHICAL DILEMMAS AND A POSSIBLE LEGAL RESPONSE**

Summary

Infertility is a serious global reproductive health problem. According to the World Health Organization, between 7% and 15% of all couples of reproductive age in the world are infertile. Assisted reproductive techniques have enabled infertile couples to experience parenthood. Therefore, from the perspective of the reproductive autonomy realization, the application of assisted reproductive methods is indisputably justified. On the other hand, the development of new reproductive technologies raises complex ethical dilemmas. The most controversial assisted reproductive technique is surrogacy, which entails an agreement or contract by which a woman (surrogate mother) agrees to bear a child for another person or couple. Commercial surrogacy, unlike the altruistic one, implies that intended parents will pay a cash amount as to the surrogate mother, as compensation for the services provided, which exceeds the reasonable costs associated with pregnancy.

The paper aims to respond to the question whether commercial surrogacy is ethically less acceptable than the altruistic one, or whether the objections to commercial surrogacy are in fact aimed at cases involving perverted practices, which could be avoided by the adoption of appropriate legal solutions. In particular, the paper focuses on the problem of commodification and its relation to the value of human dignity. As part of the analysis of this problem, the author points to the danger of developing “commodification in the broader sense” (Radin), as well as the mechanisms by which the legislator can potentially preclude this tendency. The analysis covers the solutions adopted in comparative law, as well as the relevant legal provisions in the legislation of Bosnia and Herzegovina (i.e. its entities: Republika Srpska and Federation of Bosnia and Herzegovina).

Keywords: *assisted reproduction, surrogacy, commercial surrogacy, dignity, commodification, comparative law, Bosnia and Herzegovina.*

Prof. Strahinja Miljković,* LL.D.,
Associate Professor,
Faculty of Law, University of Priština,
Temporary head office in Kosovska Mitrovica
Igor Simić,* LL.B.
Teaching Assistant,
Faculty of Economics, University of Priština,
Temporary head office in Kosovska Mitrovica

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfno-23550

UDK: 341.1:35.07(497.115)
Раđ примљен: 11.10.2019.
Раđ прихваћен: 25.02.2020.

QUASI-LEGAL EFFECTS OF THE LAW NO. 05/L-079 ON STRATEGIC INVESTMENTS OF THE PROVISIONAL INSTITUTIONS OF SELF-GOVERNMENT OF AUTONOMOUS PROVINCE KOSOVO AND METOHIIJA**

Abstract: Upon the adoption of Resolution 1244 (1999), the United Nations Interim Administration (UNMIK) gained the status of the guardian of state-owned and societal property of the Republic of Serbia in the territory of the Autonomous Province (AP) of Kosovo and Metohija. For the purpose of this paper, the authors focus on certain regulations issued by the UNMIK administration that were the basis for the creation of a quasi-legal system in the territory of the AP Kosovo and Metohija. However, by adopting Regulations with the force of law, the UNMIK or the UN Secretary-General's Special Representative unilaterally abrogated the formerly existing legal system, thus creating conditions for the establishment of a quasi-legal system independent of the legal system of the Republic of Serbia. UNMIK/REG/1999/24 resulted in the reincarnation of the SFRY-era legal acts. Regulation no. 1999/24 was a guideline in further legal design and normalization of a quasi-legal system in the territory of the AP Kosovo and Metohija. The authors also pay special attention to the Law No. 05/L-079 on Strategic Investments, adopted by the Provisional Institutions of Self-Government of the AP Kosovo and Metohija. The significance of the said legislative act is that it is one in a series of acts that brought about changes in the property law regime concerning state-owned and socially-owned immovable property. However, the full implementation of this Law was facilitated at the time

* strahinja.miljkovic@pr.ac.rs

* igor.simic@pr.ac.rs

** Раđ је изложен на Међународној конференцији „Право и мултидисциплинарност“, одржаној 12–13. 4. 2019. године на Правном факултету у Нишу.

by the adoption of Decision no. 06/134, which provided that all real estate registered in the name of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia or the Republic of Yugoslavia, the Socialist Republic of Serbia or the Republic of Serbia and the Socialist Autonomous Province of Kosovo and Metohija was to be registered in the name of the Provisional Institutions of Self-Government of the AP Kosovo and Metohija as the owner of the immovable property.

Keywords: UNMIK, Regulation 1999/1, Regulation 1999/24, quasi-legal system, Law No. 05/L-079 on Strategic Investments, Decision 06/134, Provisional Institutions of Self-Government, AP Kosovo and Metohija, immovable property, privatization.

1. Introduction

Ever since the adoption of the UN Security Council Resolution 1244¹ on 10 June 1999, when the territory of the Autonomous Province Kosovo and Metohija (hereinafter: AP Kosovo and Metohija) was placed under provisional administration of the United Nations Interim Administration (UNMIK Mission) on the pretext of protecting human rights, there has been a flanking abuse of this Resolution. Thus, our further consideration of this issue should start from the following statement: "There is nothing wrong in Kosovo and Metohija; the present-day situation is created by a gross violation of the basic principles of international law" (Милојевић, 2005:245).

The UN Interim Administration abrogated the former legal system. The UN Secretary-General's Special Representative played a significant role in establishing a retroactive legal order. The mandate of the UN Special Representative, with the tacit support of the UN and other peacekeeping missions, and even the OSCE, was to confer legislative, judicial and executive powers on the basis of a series of Regulations with executive force of law;² it implies all elements as the

1 UN Security Council Resolution 1244 (1999) on the situation relating to Kosovo, retrieved 19 June 2019 from <https://peacemaker.un.org/kosovo-resolution1244>

2 UNMIK/REG/1999/1 promulgated the authority of the Interim Administration in Kosovo, as follows:

"1.1 All legislative and executive authority with respect to Kosovo, including the administration of the judiciary, is vested in UNMIK and is exercised by the Special Representative of the Secretary-General.

1.2 The Special Representative of the Secretary-General may appoint any person to perform functions in the civil administration in Kosovo, including the judiciary, or remove such person. Such functions shall be exercised in accordance with the existing laws, as specified in section 3, and any regulations issued by UNMIK." – Section 1, UNMIK/REG/1999/1 on the Authority of the Interim Administration in Kosovo (25 July 1999), Retrieved 19 June 2019 from http://www.unmikonline.org/regulations/1999/re99_01.pdf

substitute of the state (Челић, 2015:241). It should be noted that the UNMIK Administration's behaviour was beyond their jurisdiction and unprecedented in the United Nations practices (Freidrich, 2005:237). The main political objective of the UNMIK Administration was to contribute to establishing "essential autonomy and self-government in Kosovo" (Freidrich, 2005:238) rather than working to create a legal system (quasi-legal system) independent of the Republic of Serbia legal system and contrary to the provisions of UN Resolution 1244.

2. The Role of the UNMIK Administration in Shaping and Establishing a Quasi-Legal System

***2.1. UNMIK/REG/1999/1 on the authority of the Interim Administration in Kosovo*^{*3}**

UNMIK/REG/1999/1 arbitrarily determined that the laws which were in force in the territory of AP Kosovo and Metohija before 24 March 1999 shall continue to apply in AP Kosovo and Metohija insofar as they do not conflict with internationally recognized human rights standards,⁴ the fulfilment of the mandate given to UNMIK under United Nations Security Council resolution 1244 (1999), or the present or any other regulation⁵ issued by UNMIK.⁶ To some extent, this Regulation respected the principle of inviolability of property. The UNMIK administration was given the status of a guardian of state-owned and societal property Federal of Republic of Yugoslavia respectively Republic of Serbia. The UNMIK administration was authorized to administer movable and immovable property, including funds, bank accounts, and other property of or registered

3 Kosovo* - "This designation is without prejudice to positions on status, and is in line with UNSC Resolution 1244 and the ICJ Opinion on the Kosovo declaration of independence", Retrieved 20 June 2019 from <https://www.srbija.gov.rs/kosovo-metohija/168200>

4 "In exercising their functions, all persons undertaking public duties or holding public office in Kosovo shall observe internationally recognized human rights standards and shall not discriminate against any person on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national, ethnic or social origin, association with a national community, property, birth or other status". - Section 2, UNMIK/REG/1999/1.

5 In the performance of the duties entrusted to the interim administration under United Nations Security Council resolution 1244 (1999), UNMIK will, as necessary, issue legislative acts in the form of regulations. Such regulations will remain in force until repealed by UNMIK or superseded by such rules as are subsequently issued by the institutions established under a political settlement, as provided for in United Nations Security Council resolution 1244 (1999)". - Section 4, UNMIK/REG/1999/1.

6 Section 3, UNMIK/REG/1999/1.

in the name of the Federal Republic of Yugoslavia or the Republic of Serbia, or any of its organs which is located in the territory of Kosovo.⁷

2.2. UNMIK/REG/1999/24 on the Law Applicable in Kosovo*

The situation proclaimed by UNMIK/REG/1999/1 did not last long. The Regulation UNMIK/REG/1999/24⁸ stipulated that the law applicable in Kosovo* was “the law in force in Kosovo on 22 March 1989”.⁹ This Regulation actually restored and reinstated the legal system which had been developed and used in AP Kosovo and Metohija up to that point, particularly in the area of property relations. In effect, it was a reincarnation of the legal acts from the era of the SFR Yugoslavia. Regulation 1999/24 served as a guideline for further legal design and normalization of a quasi-legal system in the territory of the AP Kosovo and Metohija. The Regulation urged that “all persons undertaking public duties or holding public offices in Kosovo shall observe internationally recognized human rights standards” and anti-discrimination standards in law enforcement.¹⁰ Yet, all subsequent decrees of the Special Representative, and especially those concerning property and rights arising thereof, rested on the “sacred principle of discrimination”. The principle of discrimination became and still remains the undisputed basis for the regulation of property relations in the territory of the AP Kosovo and Metohija. The enactment of this Regulation created conditions for permanent change of property relations in economic entities. The property transformation pertaining to legal entities in the period between 22 March 1989

7 Section 6, UNMIK/REG/1999/1.

8 UNMIK/REG/1999/24 on the Law Applicable in Kosovo (12 December 1999), Retrieved 20 June 2019 from http://www.unmikonline.org/regulations/1999/re99_24.pdf

9 Under UNMIK/REG/1999/24, Applicable Law is regulated as follows:

“1.1 The law applicable in Kosovo shall be: (a) (a) The regulations promulgated by the Special Representative of the Secretary-General and subsidiary instruments issued thereunder; and (b) (b) The law in force in Kosovo on 22 March 1989. In case of a conflict, the regulations and subsidiary instruments issued thereunder shall take precedence.

1.2 If a court of competent jurisdiction or a body or person required to implement a provision of the law determines that a subject matter or situation is not covered by the laws set out in section 1.1 of the present regulation but is covered by another law in force in Kosovo after 22 March 1989 which is not discriminatory and which complies with section 1.3 of the present regulation, the court, body or person shall, as an exception, apply that law.”– Section 1 (Applicable Law), UNMIK/REG/1999/24.

10 Section 1. (paragraphs 1.3 and 1.4), UNMIK/REG/1999/24.

and 10 June 1999 was negated,¹¹ with the re-implementation of reincarnated legal texts.¹²

3. Law No. 05/L-079 on Strategic Investments

In the period following the unilateral declaration of independence of Kosovo, the UNMIK administration began the process of delegating legislative authority to the Provisional Institutions of Self-Government of Autonomous Province Kosovo and Metohija (hereinafter: the PISG AP Kosovo and Metohija) and providing logistic support in the process of rounding up the quasi-legal space in the territory of the AP Kosovo and Metohija. By acquiring new competences, which were primarily of an administrative nature up to that point, the PISG AP Kosovo and Metohija passed and adopted laws affecting the change of property regime in the territory of the AP Kosovo and Metohija.¹³

The establishment of the Kosovo Trust Agency¹⁴ and the Kosovo Privatization Agency¹⁵ contributed to privatizing businesses,¹⁶ while the adoption of the Law No. 05/L-079 on Strategic Investments¹⁷ (hereinafter: Law No. 05/L-079) completed the process of legal usurpation of immovable property owned by: a) socially and publicly owned business entities (companies), and b) state property of the Republic of Serbia. When the Law No. 05/L-079 entered into force, the practice of *de facto* usurpation and nationalization of assets of the Republic of Serbia in the territory of AP Kosovo and Metohija was continued.

11 It should be noted that the property transformation relating to legal entities is considered to be: a) merger; b) transformation; c) (re) registration; d) incorporation as a joint stock company or as a limited liability company, or a partnership or other legal entity; e) bankruptcy, liquidation, insolvency, for the purpose of reorganization into a clear form or other entity, or any other event or proceeding that has altered any of the following with respect to that person: its legal identity, form or nature, or form or the nature of his property or capital, his headquarters, and when any such event or proceeding or any portion thereof occurred at any time between 22 March 1989 and June 2002, Retrieved 25 June 2019 from <http://www.kta-kosovo.org/>

12 The Law on Companies, "Official Gazette of the SFRY", no. 77/88, 40/89, 46/90 and 61/90.

13 It should be noted that the laws adopted by the PSIG have their legal source in UNMIK Regulations.

14 UNMIK/REG/2002/12 on the Establishment of the Kosovo Trust Agency (13 June 2002), Retrieved 20 July 2019 from http://www.unmikonline.org/regulations/2002/RE2002_12.pdf

15 Law No. 03/L-067 on the Privatisation Agency of Kosovo*, Retrieved 20 July 2019 from <https://gzk.rks-gov.net/ActDetail.aspx?ActID=2542>

16 From its establishment in 2003 until 23. 01. 2008, the Kosovo Trust Agency conducted 30 privatization cycles, Retrieved 20 July 2019 from http://kta-kosovo.org/html_sr/index.php

17 Law No. 05/L-079 on Strategic Investments in Kosovo* - Law No. 05/L-079, Retrieved 28 July 2019 from <https://gzk.rks-gov.net/ActDetail.aspx?ActID=13319>

3.1. What is the subject of a strategic investment agreement?

The subject matter of a strategic investment agreement is only immovable property. Immovable property is to be considered “any type of immovable property registered in the name of any publicly or socially-owned enterprise,¹⁸ administered by any public authority”.¹⁹

In reviewing the legal provisions, definitions of what should be considered a socially-owned and publicly-owned enterprise are also important. A socially owned enterprise is considered “any enterprise under the administration of Privatization Agency of Kosovo* in compliance with the relevant Law on Privatization Agency of Kosovo*.”²⁰ There is no ambiguity as for the definition of a publicly-owned enterprise, which is designated as “any enterprise defined in the lists attached to the relevant Law on Publicly Owned Enterprises”.²¹ The aforementioned formulation of what is and what is to be considered a socially-owned and publicly-owned enterprise opens space to delegate the right to the Strategic Investment Commission to dispose of the assets of these companies.

However, when determining the subject matter of a strategic investment agreement, the law provides that immovable property should also be considered property registered on behalf of any public authority or agency in Kosovo*. In addition to the precise definition that the subject matter of the strategic investment agreement is immovable property owned by social and public enterprises, a public authority or agency, the subject of the agreement may also include forests and forest land managed by the Kosovo Forest Agency.²²

3.2. Who can appear in the role of an investment entity?

The question that raises a number of controversies and seeks an answer is the question of who can appear as an investment entity, or who can be an investor. The following persons may appear as an investment entity: a) a foreign investor, and b) a domestic investor. A foreign investor can be: a) any natural person who is citizen of a foreign country, b) any natural person who is a citizen of Kosovo*, but has residence abroad, and c) a legal person established according to the Law of a

18 The precise legal definition of this term is important because the immovable property of socially-owned and publicly-owned enterprises makes the largest share of the real estate in the territory of the AP of Kosovo and Metohija, and the economic and market value of the immovable property of these enterprises was the initial basis for the adoption of the Strategic Investments Law.

19 Article 3 (1.7.) Law No. 05/L-079.

20 Article 3 (1.7.1.) Law No. 05/L-079.

21 Article 3 (1.7.2.) Law No. 05/L-079.

22 Article 3 (1.7.) Law No. 05/L-079.

foreign country.²³ Although the above provision is transparent at first glance, it must be assumed that its interpretation implies that only an entity domiciled or registered in a state that has recognized the unilateral independence of Kosovo* can appear as a foreign investor.

A domestic investor is defined as “any business organization established in Kosovo*, and natural persons who are citizens of Kosovo*.”²⁴ It is exactly in the part determining who may appear as a domestic investor and determining their status that the said provision conflicts with the provisions of UN Resolution 1244 guaranteeing the territorial integrity of the Republic of Serbia. It can be concluded that although UN Resolution 1244 is still in force, legal entities and natural persons from the territory of the Republic of Serbia do not have the status of domestic investors under the provisions of the Law No. 05/L-079. Even if there were a possibility for Serbian legal entities and natural persons to appear as domestic investors, under the “governing principle of discrimination” that has become a sacred rule in Kosovo*, such and such entities are undesirable or their bids would be rejected by the Commission in the strategic investment process.

3.3. Investment project approval process

An investor who wishes to ensure that his project obtains the status of a strategic project²⁵ or strategic investment²⁶ is obliged to submit a written request to the Investment Agency. Upon submission of the request, the Government of the PISG AP Kosovo and Metohija decides on the approval or rejection of the application for obtaining the strategic investment status. After the request is approved by the Governments of the PISG AP Kosovo and Metohija, the Inter-Ministerial Committee (hereinafter referred to as: the Committee) enters into negotiations on the conclusion of the Strategic Investment Agreement. The members of the Committee are: 1) Minister of Trade and Industry, presiding; 2) Minister of Finance; 3) Minister of Environment and Spatial Planning; 4) Minister of Agriculture, Forestry and Rural Development; 5) Minister of Economic Development; 6) One Minister from other non-majority community in Kosovo*; 7) Mayor of the Municipality in which a strategic investment is implemented; 8)

23 Article 3 (1.9.) Law No. 05/L-079.

24 Article 3 (1.10.) Law No. 05/L-079.

25 Strategic Project is defined as “any private and public-private investment project which meets the criteria determined under this Law” - Article 3 (1.4.) Law No. 05/L-079.

26 Strategic Investment is defined as “the status proposed by the Strategic Investments Committee and approved by the Government of Kosovo*, which is given to investment projects, qualified as strategic under this Law, throughout the phases of implementation and operation of the strategic project in the territory of the Kosovo.*” - Article 3 (1.2.) Law No. 05/L-079.

Minister of the Ministry in which a strategic investment is implemented; and 9) General State Advocate.²⁷

It should be noted that although the Mayor in whose territory the investment project is being implemented is one of the members of the Committee, the Committee makes recommendations by simple majority of votes.²⁸ The failure to veto by the mayor during voting (especially in the territory inhabited by Serbs and other non-Albanians where no project can be implemented without their consent), is resulting in the denial of the independent right to dispose of immovable property subject to the investment project.

However, despite the quasi-transparency embodied in the Committee's work, the Government of the PISG AP Kosovo and Metohija may enter into direct negotiations for the conclusion of Strategic Investments Agreements without being subject to the procedures for obtaining the status of strategic investments or public procurement procedures. In order to enter into direct negotiations, it is necessary to have an international agreement between the PISG AP Kosovo and Metohija and or one or more other countries or international organizations.²⁹ The above-mentioned provision, which is primarily political in nature, excludes the public and lacks procedural transparency, and limits the legal and political mechanisms of the Republic of Serbia in the process of protecting state-owned and socially-owned property and property of publicly-owned enterprises.

3.4. Transfer of the right to use the property to the investment entity

Article 18 (1) of the Law No. 05/L-079 states: "Disposal with immovable property of Kosovo* to implement projects related to strategic investments shall be regulated by laws dealing with governance and use of state and public property, the property rights, the law on bonds and laws governing the use and disposition of property."³⁰ In accordance with Article 18 (2), the Government of the PISG AP Kosovo and Metohija disposes of all immovable property, including: a) forests and forest land; b) agricultural land, and c) public roads. It should be noted that the Government of the PISG AP Kosovo and Metohija is involved in direct negotiations and, in order to implement a strategic investment project, it may use real estate in accordance with Article 4 (paragraphs 1-6) of the Law No. 05/L-079.³¹

In order to implement a strategic investment project, the Government of the PISG AP Kosovo and Metohija may transfer to an investment entity the right to use:

27 Article 6 (2) Law No. 05/L-079.

28 Article 6 (3) Law No. 05/L-079.

29 Article 4 (5) Law No. 05/L-079.

30 Article 18 (1) Law No. 05/L-079.

31 Article 18 (2) Law No. 05/L-079.

a) immovable social property under the Law on Expropriation of Immovable Property, and b) immovable public property.³² However, in order to ensure such causality, it is necessary that in both cases the Assembly of the PISG AP Kosovo and Metohija decides (by a simple majority vote) on assignment of assets to be used by an investment entity. The Government of PISG AP Kosovo and Metohija may also transfer the right to use the property owned by public enterprises to the investment entity, in compliance with the by-laws adopted in accordance with the Law No. 05/L-079 and relevant provisions of the Public Enterprises Act.³³

The right to use immovable socially-owned and publicly-owned assets is limited in time. The duration of the right to use the property by the investing entity is determined by the investment agreement, which shall not exceed the maximum period of ninety-nine (99) years. In certain circumstances, if foreign or domestic capital has been invested in the property for the construction of buildings and buildings that are actively used for business purposes, the responsible public authority has the right to give its consent for the extension of the right to use the property for another period with a reasonable time limit.³⁴ These provisions envisage a maximum term (term of contract) but they do not provide for a minimum duration of the right to use the property. This part gives rise to a number of questions, one of which is the question of what is considered an extension of the right to use the property for a reasonable period.

We are of the opinion that these provisions constitute a flagrant violation of international law, regardless of whether the time period of concluding the agreement is one day or 99 years, because the status of the APKM has not been finally resolved and all its movable or immovable assets are still owned by the Republic of Serbia.

4. Decision No. 06/134

Last but not least, Decision no. 06/134³⁵ has far-reaching implications for the legal status of socially-owned and publicly-owned companies of Republic of Serbia in the territory of the AP Kosovo and Metohija. The adoption of Decision no. 06/134 was justified by the question of succession of immovable property and rectification of cadastral records in order for Kosovo* to be registered as the owner of properties still registered in the name of SR Yugoslavia and Republic of Serbia; but, this question was raised again during the consultation stage

32 Article 22 Law No. 05/L-079.

33 Article 23 Law No. 05/L-079.

34 Article 24 (1 and 2) Law No. 05/L-079.

35 Decision no. 06/134 of the Government of Kosovo* (01 03. 2017), Retrieved 29 August 2019 from www.kryeministri-ks.net/repository/docs/134_odluke_134.docx

of drafting the strategy on property rights in Kosovo*. This process began in 2015 and was led by the Ministry of Justice Kosovo* with the support of USAID Kosovo*. In the context of the first thematic group, which was responsible for analysing legislation regarding property and legal rights in Kosovo*, the problem of property registered in the name of SR Yugoslavia and Republic of Serbia was identified and it was recommended that this property be treated according to the international law (by referring to the 1983 Vienna Convention on the Succession of States in Respect of State Property, Archives and Debts).³⁶ The Working Group highlighted that “the fact that there is still immovable property in Kosovo* which, despite the rules of international law, is registered in the name of SR Yugoslavia and Republic of Serbia affects public property of Kosovo*, creates legal uncertainty and impedes the use of these properties for the needs of economic and social development of Kosovo.”³⁷ By referring to the rules of international law on state succession, and pursuant to the Vienna Convention on the Succession of States, the PISG AP Kosovo and Metohija unilaterally declared itself as a legal successor of Republic of Serbia.

The quasi-legal effect of the Decision no. 06/134 is that all real estate registered in the name of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia or the Republic of Yugoslavia, the Socialist Republic of Serbia or the Republic of Serbia and the Socialist AP Kosovo and Metohija, including but not limited to their national, administrative, military bodies and former social-political organizations, has been registered in the name of the PISG AP Kosovo and Metohija as the owner of immovable property.³⁸ It is anticipated that all necessary actions will be taken to register the said property in the cadastre.³⁹ Finally, it can be stated that Decision No. 06/134 creates all necessary conditions for full implementation of the Law No. 05/L-079 Strategic Investments, creating all quasi-legal conditions for *de facto* usurpation of assets.

5. Conclusion

In the period following the unilateral declaration of independence of Kosovo, the UNMIK administration delegated legislative authority to the PISG of AP Kosovo and Metohija and often provided logistic support in the process of rounding

36 Vienna Convention on the Succession of States in Respect of State Property, Archives and Debts (1983), United Nations Document A/CONF. 117/14, Retrieved 30 August 2019 from http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/3_3_1983.pdf

37 Reasoning of the Ministry of Justice, Retrieved 18 August 2019 from <https://md.rks-gov.net/page.aspx?id=3,15,1710>

38 Art. 1, Decision no. 06/134.

39 Art. 2, Decision no. 06/134.

up the quasi-legal system. Having acquired new competencies, the Provisional Institutions of Self-Government AP Kosovo and Metohija passed and adopt laws that had a significant impact on changing the ownership regime of property located in the territory of the AP of Kosovo and Metohija. The adoption of the Law Strategic Investments by the PSIG AP Kosovo and Metohija facilitated the process of legal usurpation of immovable property, and continued the practice of *de facto* usurpation and nationalization of property of the Republic of Serbia in favour of the self-proclaimed Kosovo*. It should be noted that the subject of strategic investment legislation and agreements was only the real estate, either socially or state-owned immovable property of the Republic of Serbia. On the basis of facts presented in this paper, we can conclude that the Republic of Serbia must use all its legal and political resources to protect its assets, regardless of the prevailing endeavours to round off the development of a quasi-legal system in the territory of the AP Kosovo and Metohija.

References

Vicovac, R. D. (2013). Challenges in Providing Legal Aid to Displaced Persons Following Armed Conflict: Lessons Learned from Kosovo, *Journal of Human Rights Practice* (Vol 00| Number 00| Month 2013| pp. 1–12) (Electronic version). Retrieved 20 September 2019 from <http://jhrp.oxfordjournals.org/>

Гајић, В. А. (2018). *Међународноправни статус Косова и метохије и придруживање Србије Европској Унији*, Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Милојевић, М. (2005). Срби на Косову и Метохији и начела међународног права, (Косовска Митровица 27–29. мај 2005), *Српска академија наука и уметности*, Београд (219–248).

Челић, Д. (2015). Правни систем и заштита од дискриминације, Дискриминацијом против „Дискриминације“ –Дискриминативне одлуке УНМИК-а („Комисије за стамбена и имовинска питања“), *Зборник радова*, Прва свеска, Правни факултет, Универзитет у Приштини – Косовска Митровица.

Jürgen, F. (2005). UNMIK in Kosovo: Struggling with Uncertainty, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 9 (225–293).

Legal documents

Decision No. 06/134 of the Government of Kosovo (01 03. 2017), Retrieved 29 August 2019 from www.kryeministri-ks.net/repository/docs/134_odluke_134.docx

Law No. 05/L-079 on Strategic Investments in Kosovo*, Retrieved 28 July 2019 from <https://gzk.rks-gov.net/ActDetail.aspx?ActID=13319>

Law No. 03/L-067 On the Privatization of Kosovo*, Retrieved 20 July 2019 from <https://gzk.rks-gov.net/ActDetail.aspx?ActID=2542>

Law on Company "*Official Gazette of the SFRY*", no. 77/88, 40/89, 46/90 and 61/90.

UN Security Council Resolution 1244 (1999) on the situation relating to Kosovo, UN Peacemaker, Retrieved 20 June 2019 2019 from <https://peacemaker.un.org/kosovo-resolution1244>

UNMIK/REG/1999/1 On the Authority of the Interim Administration in Kosovo (25 July 1999); Retrieved 20 June 2019 from http://www.unmikonline.org/regulations/1999/re99_01.pdf

UNMIK/REG/2002/12 on the Establishment of the Kosovo Trust Agency (13 June 2002), Retrieved 20 July 2019 from http://www.unmikonline.org/regulations/2002/RE2002_12.pdf

UNMIK/REG/1999/24 On the Law Applicable in Kosovo (12 December 1999), Retrieved 20 June 2019 from http://www.unmikonline.org/regulations/1999/re99_24.pdf

Vienna Convention on the Succession of States in Respect of State Property, Archives and Debts (1983), United Nations Document A/CONF. 117/14, Retrieved 30 August 2019 from http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/3_3_1983.pdf

Kosovo Trust Agency, Retrieved 20 July 2019 from http://kta-kosovo.org/html_sr/index.php

Ministry of Justice, Retrieved 18 August 2019 from <https://md.rks-gov.net/page.aspx?id=3,15,1710>

Vlada Republike Srbije, Dogovor o međusobnom predstavljanju i saradnji, Retrieved 20 June 2019 2019 from <https://www.srbija.gov.rs/kosovo-metohija/168200>

Др Страхиња Миљковић,

Ванредни професор Правног факултета,
Универзитет у Приштини са привременим
седиштем у Косовској Митровици

Игор Симић,

Асистент Економског факултета,
Универзитет у Приштини са привременим
седиштем у Косовској Митровици

**КВАЗИ-ПРАВНА ДЕЈСТВА ЗАКОНА БР. 05/Л-079 О СТРАТЕШКИМ
ИНВЕСТИЦИЈАМА ПРИВРЕМЕНИХ ИНСТИТУЦИЈА
АУТОНОМНЕ ПОКРАЈНЕ КОСОВА И МЕТОХИЈЕ**

Резиме

На основу Резолуције 1244 Привремена управа УН-а (УНМИК) има статус старатеља над државном и друштвеном имовином. Ипак, УНМИК аброгира ретрокативно затечени правни систем, стварајући услове за успостављање правног система независног од правног система Р. Србије. За потребе рада аутори посебну пажњу посвећује и Закону о стратешким инвестицијама донетог од стране Привремених институција АП Косова и Метохије. Значај наведеног закона је да представља још један у низу аката који за последицу има промене у својинско-правном режиму државне и друштвене имовине (непокретне имовине привредноправних субјеката). Ипак, потпуна примена закона је постала могућа тренутком доношења Одлуке бр. 06/134. Одлуком бр. 06/134 омогућава се да све некретнине регистроване на име Социјалистичке Федеративне Републике Југославије или Републике Југославије, Социјалистичке Републике Србије, односно Републике Србије и Социјалистичке Аутономне Покрајине Косово се региструју на ПИС Косова и Метохије као власника непокретности.

Кључне речи: УНМИК, Уредба 1999/1, Уредба 1999/24, квази правни систем, Закон бр. 05 /Л-079 о стратешким инвестицијама, Одлука бр. 06/134, привремене институције самоуправе, АП Косово и Метохија, непокретна имовина, приватизација.

Др Слободанка Ковачевић Перих,*
Ванредни професор Правног факултета,
Универзитет у Приштини са привременим
седиштем у Косовској Митровици

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfno-23020

UDK: 349.2:331.109
331.105.44

Раd примљен: 03.09.2019.
Раd прихваћен: 20.11.2019.

УЛОГА СИНДИКАТА У ПОСТУПКУ ОТКАЗА УГОВОРА О РАДУ

Апстракт: Синдикат је самостална, демократска и независна организација запослених у коју се они добровољно удружују ради заступања, представљања, унапређења и заштите својих професионалних, радних, економских, социјалних, културних и других појединачних и колективних интереса. Аутор у раду анализира улогу синдиката у поступку отказа уговора о раду на иницијативу послодавца, односно поступак, домашaj, правне последице достављања мишљења синдиката на упозорење запосленом да су се стекли услови за отказ, указујући на минимизирање улоге синдиката у заштити права запослених у поступку отказа на иницијативу послодавца. Запослени може да затражи и приложи мишљење синдиката, односно представника запослених само на упозорење о постојању разлога за отказ, али не и на решење послодавца о отказу уговора о раду.

Кључне речи: отказ од стране послодавца, упозорење, синдикат, мишљење синдиката.

1. Увод

Једно од битних обележја радног права је што не посматра запосленог само као појединца, већ и као члана групе (заједнице) запослених. То укључује и увођење запосленог у мрежу колективне заштите, уз стварање могућности да запослени, у односу са послодавцем, буде равноправан, будући да њихова једнакост на индивидуалном плану (на нивоу индивидуалног радног односа) никада не може бити у потпуности досегнута (Supiot, 2011: 124-125). Такав сплет, узајамна интеракција индивидуалних и колективних права и слобода на раду је у фундаменту радног односа, тиме и радноправне регулативе. Њихов заједнички именитељ су синдикалне

* slobodanka.peric@pr.ac.rs

слободе. Синдикалне слободе и права (слободе и права коалиције) су једна од најзначајнијих тековина борбе радничке класе за побољшање њеног положаја. Под притиском тог покрета и револуционарне 1848. године¹, тек са признањем синдикалних слобода и права, радници су колективним иступањем удруженим снагама, преко својих синдиката, могли успешније да преговарају са послодавцима и да им се успешније супротставе у њиховој класној и интересној борби (Јовановић, 1998: 124). Данас су ове слободе прокламоване у међународним радним стандардима, стандардима Међународне организације рада (у даљем тексту: МОР) у областима слободе удруживања радника и послодаваца, у два најважнија конвенцијама донетим 1948. године (Конвенција бр. 87 о синдикалним слободама и заштити синдикалних права)² и 1949. године (Конвенција бр. 98 о праву организовања и колективног преговарања).³ Темељна је одредба члана 2 Конвенције бр. 87, која прокламује право радника и послодаваца да, без разлика било које врсте и без претходног одобрења, образују организације по своме избору, као и да приступају овим организацијама, под искључивим условом да се придржавају статута ових организација. Слобода удруживања у циљу формирања синдиката је само један вид слободе удруживања уопште. У најширем смислу, слобода удруживања може се сврстати у ред грађанских слобода. Најважнији елемент слободе удруживања су слобода окупљања и слобода мишљења и изражавања (Петровић, 2009: 96). Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима из 1966. године⁴ обавезује државе уговорнице овог Пакта да обезбеде: а) право сваког лица да са другима образује синдикате и да ступа у синдикат по свом избору, зависно једино од правила која је утврдила организација у питању, а ради заштите и унапређења својих економских и социјалних интереса. Вршење овог права може бити предмет једино законом предвиђених ограничења, која су неопходна у једном демократском друштву у интересу националне безбедности или јавног поретка, или ради заштите и слободе других лица. Синдикатом, у смислу одредаба Закона о раду⁵, сматра се самостална,

1 Револуционарна 1848. година, најпре у Француској, а затим у читавој Европи, доноси радницима три значајна инструмента у даљој борби: (1) право гласа; (2) право на професионално организовање (стварање синдиката); (3) право на политичко организовање (стварање политичких организација).

2 Конвенција бр. 87 о синдикалним слободама и заштити синдикалних права из 1948, *Сл. лист ФНРЈ – Међународни уговори*, бр. 8/58

3 Конвенција бр. 98 о праву организовања и колективног преговарања из 1949, *Сл. лист ФНРЈ – Међународни уговори*, 11/58.

4 Чл. 8. Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима из 1966, *Сл. лист ФНРЈ – Међународни уговори*, 7/1971.

5 Чл. 6. Закон о раду, *Сл. гласник РС*, 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 - УС, 113/2017, 95/2018 - Аутентично тумачење

демократска и независна организација запослених у коју се они добровољно удружују ради заступања, представљања, унапређења и заштите својих професионалних, радних, економских, социјалних, културних и других појединачних и колективних интереса. Дакле, синдикат је професионална организација запослених у коју они ступају добровољно (оснива се на начин и по поступку утврђеним општим актом синдиката) и која самостално ради на остваривању и заштити њихових колективних и појединачних права и интереса. Такав приступ у складу је са слободом синдикалног организовања и деловања гарантованом Уставом Републике Србије⁶, а у складу са Општом декларацијом о правима човека из 1948. године (члан 23, ст. 4), Међународним пактом о економским, социјалним и културним правима (члан 8), и ратификованом Конвенцијом МОП-а број 87 о синдикалним слободама и заштити синдикалних права (члан 2) и другим одговарајућим актима.⁷ Данас је ово право достигло своју пуну афирмацију, у смислу опсега заштите, захваљујући одредбама Конвенције бр. 158 о отказу на иницијативу послодавца,⁸ коју је Међународна организација рада усвојила 1982. године, сходно којој „неће се сматрати ваљаним разлозима за престанак радног односа, између осталог и: (а) чланство у синдикату или учешће у активностима синдиката ван радног времена, или, уз сагласност послодавца, за време радног времена; (б) тражење функције радничког представника, односно садашње или раније иступање у том својству; (ц) подношење жалбе или учешће у поступку против послодавца због наводног кршења закона или прописа или обраћање надлежним административним органима власти....“ (члан 5). У маниру одредаба Конвенције 158, право на синдикално организовање и деловање је и у домаћој радноправној регулативи гарантовано на истоветан начин, манифестује се у забрани непосредне и посредне дискриминације лица која траже запослење, као и запослених, с обзиром на пол, рођење, језик, расу, боју коже, старост, трудноћу, здравствено стање, односно инвалидност, националну припадност, вероисповест, брачни статус, породичне обавезе, сексуално опредељење, политичко или друго уверење, социјално порекло, имовинско стање, чланство у политичким организацијама, синдикатима или неко друго лично својство.⁹ Такође, поред заштите синдикалног чланства

6 Чл. 55 *Сл. гласник РС*, 98/2006

7 МОП је усвојила и низ препорука од значаја за слободу удруживања и деловања: Препоруку бр. 91 о колективним уговорима о раду из 1951; Препоруку бр. 92 о добровољном посредовању, мирењу и арбитражи из 1951; Препоруку бр. 143 о радничким представницима из 1978; Препоруку бр. 163 о промоцији колективног преговарања из 1981, и др.

8 *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*, 4/84 и 7/91

9 Члан 18 Закона о раду РС.

и синдикалног деловања од тзв. коалиционих клаузула, Закон у раду прописује и посебну заштиту од отказа уговора о раду. Према члану 188, послодавац не може да откаже уговор о раду, нити на други начин да стави у неповољан положај запосленог због његовог статуса или активности у својству представника запослених, чланства у синдикату или учешћа у синдикалним активностима. Према Закону о раду, послодавац је у обавези да затражи мишљење синдиката у случајевима утврђеним законом, а код послодавца код кога није образован синдикат од представника кога одреде запослени (члан 16). Тако, нпр., када доноси програм решавања вишка запослених послодавац је дужан да, пре доношења програма, у сарадњи са репрезентативним синдикатом код послодавца и републичком организацијом надлежном за запошљавање, предузме одговарајуће мере за ново запошљавање вишка запослених (члан 153), притом, послодавац је дужан да размотри и узме у обзир [...] мишљење синдиката, и да их обавести о свом ставу у року од осам дана (члан 157) итд. Такође, Закон о раду предвиђа учешће синдиката и у поступку отказивања уговора о раду од стране послодавца. Мишљења смо да је ова процесна улога синдиката у много мањем обиму и са мањим домашајем у односу на улогу ове струковне организације прокламовану универзалним актима.

2. Поступак пре отказа уговора о раду

Да би се отказ уговора о раду спровео на *ex lege* прописан начин, он мора да буде не само оправдан већ и законит. Сходно Конвенцији МОП-а бр. 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца, чињенице о отказном разлогу морају бити оправдане (Јовановић. 2003: 64), а да би се дошло до таквог квалитета чињеница, послодавац мора да примени одређени поступак (процедуралне радње) за утврђивање њихове истинитости. На међународном плану, генерално посматрано, став је, нарочито судства, да је сврсисходније увести процедуралне захтеве пре или у време отказа, него да процесни пропусти падају на терет одлуке приликом утврђивања ваљаности одлуке послодавца да уручи отказ (Перић-Ковачевић, 2016, 641-650). У том духу је детерминисана и целокупна међународна активност заокружена у актима МОП-а, пре свега у Конвенцији бр. 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца, којом је у члану 7 прописано: "Радни однос радника неће престати због разлога везаних за понашање радника или његов рад пре него што му се омогући да се брани од изнетих навода, осим ако се с разлогом не може очекивати од послодавца да му пружи ту могућност". У смислу наведеног, послодавац је дужан да предузме одређене процесне радње како би утврдио ваљаност чињеница које су основ за давање отказа. Поступак који послодавац мора да спроведе,

сходно члану 180 Закона о раду, пре отказа уговора о раду за повреду радне обавезе или непоштовање радне дисциплине (у смислу члана 179, ст. 2 и 3), своди се на процедуралну обавезу послодавца да пре отказа уговора о раду запосленог писаним путем упозори на постојање разлога за отказ уговора о раду, и да му остави рок од осам дана да се изјасни на наводе из упозорења о постојању разлога за отказ. Ово је својеврстан „сумарни дисциплински поступак“ у отказивању уговора о раду због понашања запосленог¹⁰ и повреде радне обавезе. Када су се стекли услови за отказивање уговора о раду, послодавац је дужан да, у одређеним случајевима, пре отказа уговора о раду запосленог писаним путем упозори на постојање разлога за давање отказа. Таква обавеза постоји ако се отказ уговора о раду даје из разлога утврђених чланом 179, ст. 2 и 3 Закона о раду. Таквих разлога има укупно тринаест. У основи, свде се на повреде радне обавезе и непоштовање радне дисциплине од стране запосленог (Кулић, Перић, 2016: 299, 300). Осим тога, за давање отказа уговора о раду у овим случајевима (повреде радне обавезе и непоштовања радне дисциплине од стране запосленог) морају се испунити и други законом прописани услови. Без њиховог испуњења, отказ уговора о раду сматра се ништавим.¹¹

3. Мишљење синдиката на упозорење запосленом о стицању услова за отказ

Запослени уз изјашњење може да приложи мишљење синдиката чији је члан, у оквиру наведеног рока одређеног за давање одговора на дато упозорење.¹² Законом о раду утврђена је обавеза послодавца да размотри приложено мишљење синдиката у остављеном року од осам

10 „Понашање запосленог“ је, сходно члану 4. Конвенције бр. 158, ваљани разлог за отказ уговора од стране послодавца. Наш законодавац излази из номотехничке платформе ратификоване Конвенције, јер ваљане разлоге за отказ од стране послодавца терминилошки насловљава оправданим разлозима за отказ уговора о раду (чл. 179) због којих послодавац може запосленом да откаже уговор о раду, притом их систематизује и класификује на: оправдане разлоге који се односе на радноправну способност и понашање запосленог (чл. 179, ст. 1); затим, оправдане разлоге који су последица скривљене повреде радне обавезе (чл. 179, ст. 2); оправдане разлоге услед непоштовања радне дисциплине (чл. 179, ст. 3) и оправдани разлози за отказ који се односе на оперативне потребе послодавца (чл. 179, ст. 4). Систематици се основано може приговорити (као и околностима које се подводе под појам повреда радне обавезе и/или непоштовање радне дисциплине) због чињенице да термин „понашање радника“, у смислу теорије радног права, подразумева и повреду радне обавезе и нарушавање радне дисциплине.

11 Чл. 179–190 Закона о раду Србије

12 Чл. 181 Закона о раду Србије

дана рачунајући од дана достављања упозорења. Синдикат је дужан да на захтев запосленог достави мишљење. Уколико код послодавца није образован синдикат, запослени може, сходно закону, да затражи мишљење представника кога одреде запослени.¹³ Послодавац је дужан да размотри приложено мишљење синдиката. Међутим, та правила примењују се само у случају давања отказа запосленом који је члан синдиката, што значи да нису обавезна у случају да запослени није члан синдиката. Како се истиче у теорији радног права, запослени који нису чланови синдиката наведеним правилима стављају се у неравноправан положај у односу на запослене који су учлањени у синдикат. Такав начин нормирања односа није добар и треба га избегавати. Запосленима се не могу ускраћивати права из радног односа зато што нису чланови синдиката. На другој страни, чланство у синдикату није и не може бити основ за стицање већих права из рада и по основу рада (Кулић, Перић, 2016: 300), *u vice versa*.

Према правном схватању Врховног касационог суда, мишљење синдиката не обавезује послодавца, те пропуст туженог да достави упозорење синдикату на мишљење битно не утиче на пуноважност и законитост отказа уговора о раду.¹⁴ Такав став судске праксе произилази из нормативе члана 181, став 2 Закона о раду, којом је прописано: „Послодавац је дужан да размотри приложено мишљење синдиката“, дакле, експлицитно указује само на обавезу да размотри мишљење уколико је достављено, не и да уважи исто. „Било би боље“, како истичу поједини радноправни теоретичари, „кад би послодавац био у обавези да о свом ставу обавести синдикат чије је мишљење размотрио. Ако закон ово не предвиђа, пристojност налаже“ (Ивошевић, Ивошевић. 2015: 421). Насупрот, послодавац чини повреду закона ако не размотри приложено мишљење синдиката (односно представника запослених), последице падају на терет одлуке о отказу, отказ је у том случају незаконит. Запослени може да затражи и приложи мишљење синдиката, односно представника запослених само за упозорење на постојање разлога за отказ, али не и за решење о отказу уговора о раду. Другим речима, коначна одлука о отказу је на послодавцу и на њу није дужан да затражи мишљење синдиката (Обрадовић, Перић-Ковачевић, 2016).¹⁵ Овакве норме указују на маргинализацију синдиката

13 Према чл. 16, ст. 1 т. 5 Закону о раду послодавац је дужан да затражи мишљење синдиката у случајевима утврђеним законом, а код послодавца код кога није образован синдикат од представника кога одреде запослени.

14 Пресуда Врховног касационог суда Рев. 2 1044/2012 од 6. 11. 2013

15 О дисциплинској одговорности и дисциплинском поступку више у: Горан Обрадовић, Слободанка Перић, *Дисциплинска одговорност запослених*, Правни факултет у Нишу, Ниш 2016.

у заштити права запослених, као и савета запослених (некада раднички савет). Наспрам домаће регулативе, а у прилог констатацији да је синдикат маргиналан субјекат у заштити индивидуалних и колективних права запослених, можемо сагледати неке одредбе Закона о раду Немачке у поступку отказа уговора о раду, које прописују: „...пре отказа послодавац мора да саслуша раднички савет и то се односи на сва предузећа у којима раднички савет постоји. Дакле, ако постоји раднички савет, он мора бити обавештен и консултован пре сваког отпуштања. Отказ, било да је редован или ванредан, ништаван је ако овај услов није испуњен. Обавештење упућено радничком савету мора да садржи личне податке о запосленом коме се отказује радни однос, врсту отказа, отказни рок и разлоге за отказ. По правилу, обавештење не може да садржи нејасне, генерализоване фразе о отказним разлозима. Овај поступак се односи и на отпуштања у првих шест месеци од запослења (Halbach, Paland, Schwedes, Wlotzke, 1994: 174–175). Раднички савет треба саслушати као тело, не треба саслушати само његовог председника. Не може се дозволити неком члану радничког савета да издаје саопштења у вези са отказом у име читавог радничког савета. Када председник радничког савета или неки његов члан обавести послодавца, пре истека рока за саопштење намере о отказу, да раднички савет као тело још није стигао да се позабави случајем, што би послодавац требало да зна или морао да претпостави имајући у виду околности, тада отказ не може да ступи на снагу (Halbach et.al 1994: 174-175).

Евидентно минимизирање синдиката у домену заштите права запослених (у домаћој нормативи и судској пракси) последица је деценијске маргинализације његове улоге *de facto*. За то су делом заслужни сами синдикати – руководство, чланство. Може се закључити да синдикат и даље делује, у доброј мери, на „стари начин“. Уместо да свој рад и функционисање прилагођава новонасталим глобалним условима, као активни субјект у индустријским односима, синдикат се као и у ранијем социјалистичком периоду „више везивао за државу и партију, више него што уобичајена партнерска сарадња то подразумева“ (Перић, 1949: 92; Јовановић, 1997: 84). Ако узмемо у обзир чињеницу да се учешће синдиката у заштити права запослених у поступку отказа уговора о раду од стране послодавца, у процесном смислу, своди (једино) на дужност послодавца да пре отказа уговора о раду размотри достављено мишљење синдиката (под условом да је запослени члан синдиката, и да је исто затражио од синдиката чији је члан), таквим положајем и „држањем“ синдиката на маргинама индустријских односа потиरे се његова историјска функција и мисија, негира се нуклеус начела синдикалних слобода и права у фундаменталним међународним стандардима рада (као правном оквиру) о синдикату као

професионалној, струковној организацији, његовој борби за заштиту професионалних, радних, економских, социјалних, културних и других појединачних и колективних интереса синдикалног чланства. Са таквим „третманом“ синдикат „не може да испољи своју улогу активног социјалног партнера, а коју би морао да има по својој историјској одређености као независна струковна организација радника, као и по ономе што чини садржину синдикалних слобода и права“ (Јовановић, 1993, 303). Пасивним понашањем, синдикат није и не може бити прави партнер у споровима или преговорима, па зато своју улогу партнера најчешће своди на компромис. Тиме он није много допринео у остваривању и реализацији законских норми о правима запослених у предузећу и њиховој заштити. Притом, у многим приватним предузећима синдикат није организован или не постоје услови за његово организовање (Лубарда, 1997, 184).¹⁶ Степен синдикално организованог радника зависи од бројних чинилаца: социјалне филозофије, развијености индустријских односа, развијености радничког и синдикалног покрета, радног и социјалног законодавства, стопе (не)запослености, технолошког развоја, појаве нових високостручних послова, величине предузећа, културе, итд (Лубарда, 1997, 184). Код нас је све више присутна криза поверења и клима пасивности запослених према колективном организовању и деловању, поспешена пре свега чињеницом да су се синдикати временом све више приближавали послодавцу, а удаљавали од радника. Таква констатација није тековина савремених глобалних социоекономских односа, већ је последица деценијског пасивизирања његове улоге и још један вид некомпатибилности између прокламовања права на раду, с једне стране, и заштите истих, с друге стране. Наиме, у предтранзиционом периоду код нас, синдикати су били и нормативно и практично везани за политичке структуре (партију и државу). Прописима је синдикат био дефинисан као дрштвено-политичка организација, а практично и функционално најтешње повезан са Савезом комуниста Србије (Јовановић, 2012, 97-98). У смислу реченог, неспорно је да су „у нормативној сфери, синдикалне слободе и права дефинисане, углавном, у духу међународних стандарда. Али, њихова функционална димензија, која се испољава у оквиру и преко деловања синдикалних организација, завређује посебну пажњу“ (Јовановић, 2012, 93). „У пракси транзиције великог броја земаља, као и наше, дошло је до маргинализације синдикалног деловања. Много разлога је допринело томе. Неки разлози су везани за објективно окружење (настало услед транзиционих промена), а неки за саме синдикате, њихове међусобне односе, организацију, програмска опредељења итд. Сама транзиција, у испољавању своје

16 Незванично, у Србији делује између 20.000 и 26.000 синдикалних организација, удружења. Не зна се тачан број чланова.

економске и политичке стране, довела је до последица које битно отежавају рад синдиката. Прво, приватизациони процеси су значајно редуцирали чланство у синдикатима (пракса показује да јачање приватног сектора и раст синдикалног чланства стоје у обрнутој пропорцији). Затим, интензивирање производње, јачање продуктивности по основу подизања техничко-технолошког нивоа рада, резултирало је отпуштањем радника и драстичним растом броја незапослених. Даље, јачање политичког и синдикалног плурализма, што јесте транзициона неминовност у сфери јачања политичке и индустријске демократије, „ненавикнуте“ синдикате том плурализму доводи у нова искушења и проблеме“ (Јовановић, 2012, 93-96) [...] синдикални плурализам какав ми имамо, показао је више негативних него позитивних страна. Основна негативна страна нашег синдикалног плурализма јесте умањење укупне синдикалне моћи и према споља – према послодавцима и држави (маргинализовање социјалног дијалога и колективног преговарања), и према унутра – према сопственом чланству (опадање чланства). Ово због тога јер су различити синдикати различито видели транзициону стварност и улогу синдиката у њој. Неки су више а неки мање се везивали за политичке структуре те стварности, а озбиљне сарадње међу њима самима није било (Јовановић, 2012, 96). Уз поменута актуелна питања међусиндикалних односа и односа синдиката према осталим социјалним партнерима, одавно се постављају и питања тзв. бирократизације синдиката и њиховог (као таквих) места у индустријским односима (Јовановић, 2012, 98).

Показатељи неповерљивости запослених у синдикално вођство су бројни. Један од многих су тзв. дивљи штрајкови, као бунт против тесне повезаности синдикалног управљачког врха и послодавца. Тако се аутономија, за коју су се жучно и „крваво“ изборили у односу на државу, постепено топила и готово неприметно губила у односу на послодавца. Неретко се у пракси синдикати јављају као „привезак капитала“. Тиме он поприма својство „жутог синдиката“, нарочито због зближавања синдикалног управљачког врха и послодавца. То се примећује и у држању синдиката при вођењу штрајкова, а још више у отвореном гушењу тзв. дивљих штрајкова или одбијању да преузму вођење штрајкова који су поведени мимо њих (Лубарда, 1990, 64).

4. Закључак

Запослени уз изјашњење на упозорење да су се стекли услови и законске чињенице за отказ уговора о раду *може* да приложи мишљење синдиката чији је члан, у оквиру наведеног рока одређеног за давање одговора на дато

упозорење. Мишљење синдиката не обавезује послодавца. Достављање мишљења синдиката на упозорење запосленом о постојању разлога за отказ, као процесна радња у отказном поступку, имало је друкчије вредновање и квантификацију према одредбама Закона о раду из 2005. године.¹⁷ Новелираним одредбама из 2014. године укинута је раније решење према коме је послодавац био дужан да упозорење о постојању разлога за отказ достави на мишљење синдикату чији је запослени члан. Па је, с тим у вези, достављање упозорења и синдикату представљало процесну претпоставку за правилност и законитост решења о отказу. У позитивном законодавству о раду, са аспекта достављања мишљења синдиката на упозорење запосленог о постојању отказних разлога, акценат је на запосленом – „запослени може да приложи мишљење“, јер запослени уз изјашњење на наводе о постојању оправданих разлога за отказ сам прибавља и доставља мишљење синдиката“. Ако запослени приложи послодавцу мишљење синдиката на упозорење о разлозима за отказ уговора о раду, послодавац је дужан да размотри достављено мишљење и узме га у обзир приликом одлучивања о престанку радног односа. Измена ове одредбе, и ослобађање послодавца да упозорење о постојању разлога за отказ достави синдикату чији је запослени члан, у потпуности је усаглашено са постојећом судском праксом. Наиме, судови ни досад нису поништавали решење о отказу због недостављања овог упозорења синдикату, закључујући да послодавац није везан овим мишљењем“ (Водич за примену Закона о изменама и допунама Закона о раду, 2014: 86).¹⁸ С обзиром на то да мишљење синдиката није у значајнијој мери (у пракси) обавезивало послодавца (то није промењено ни у новелама решења из 2014. године). Наведено правно решење може се правдати чињеницом да послодавац није увек упознат ком синдикату запослени припада, што може да представља проблем у пракси у поступку отказивања уговора о раду. Може се констатовати да је новопонуђено решење у складу са гарантовањем синдикалних слобода и заштитом синдикалних права, као и заштитом приватности и података о личности. Према слову закона, „послодавац није дужан да врши истраживање да ли је запослени члан неког синдиката ако се запослени не позове на чланство у некој од синдикалних организација [...] или ако послодавац није о томе обавештен било од запосленог или од синдикалне организације. Обавеза обавештавања и информисања произилази из начела савесности и поштења (члан 12) које се супсидијарно као начело облигационог

17 Чл. 180. Закон о раду Србије из 2005, *Сл. гласник РС*, 24/2005, 61/2005

18 Водич за примену Закона о изменама и допунама Закона о раду, Параграф, Београд, 2014, 86. Види фн. 17.

права примењује и на уговор о раду¹⁹. Измењеном одредбом остављена је могућност запосленом (употреба речи „може“, а не „мора“) да такво мишљење приложи, а дужност је послодавца да то мишљење размотри. Сходно члану 16 Закона о заштити података о личности, под рубрумом „*Нарочито осетљиви подаци*“, прописано је да подаци који се односе на националну припадност, расу, пол, језик, вероисповест, припадност политичкој странци, синдикално чланство, здравствено стање, примање социјалне помоћи, жртву насиља, осуду за кривично дело и сексуални живот могу се обрађивати на основу слободно датог пристанка лица, осим када законом није дозвољена обрада ни уз пристанак. Стога послодавац нема обавезу да упозорење у случају отказа уговора о раду доставља синдикату, већ се синдикат може изјаснити на наведено упозорење само уколико то захтева запослени. Законодавац је, мишљења смо, могао да пропише и алтернативу за „мишљење синдиката“ и предвиди могућност обраћања и/или савету запослених, тамо где је то законом могуће, у смислу члана 16 Закона о раду, а сходно функцији коју савет запослених има према одредбама Закону о раду. Наиме, према члану 205, савет запослених даје мишљење и учествује у одлучивању о економским и социјалним правима запослених, на начин и под условима утврђеним законом и општим актом. Минимизирање улоге синдиката у поступку отказа од стране послодавца последица је деценијске маргинализације његове функције. Како истиче проф. П. Јовановић, такво стање на синдикалној сцени у Србији и проблеми у вези колективног преговарања одраз су, заправо, дебаланса моћи (2012: 102-103).

Литература/References

Водич за примену Закона о изменама и допунама Закона о раду. (2014). Београд: Параграф.

Ивошевић, З. Ивошевић, З. М. (2015). *Коментар Закона о раду*. Београд: ЈП Службени гласник.

Јовановић, П. (2003). *Одговорност запосленог кроз поступак отказа уговора о раду*. Крагујевац: *Радно право у условима транзиције*.

Јовановић, П. (1998). *Радно право* (друго издање). Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду.

Јовановић, П. (1997). Синдикалне слободе и права запослених. *Радно и социјално право*. Београд. Бр. 1–3. 84-105.

19 Пресуда Врховног касационог суда Рев 2. 250/2011 од 26. 10. 2011

Јовановић, П. (1993). *Радно право*. Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду.

Ковачевић, Љ. (2016). *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Кулић, Ж. Перић, С. (2016). *Радно право*. Београд: Завод за уџбенике.

Лубарда, Б. А. (1997). *Лексикон индустријских односа*. Београд: Радничка штампа.

Лубарда, Б. А. (1990). *Колективни уговори о раду (упоредно право, теорија, пракса)*. Београд: Радничка штампа - Библиотека Поводи.

Обрадовић, Г. Перић, С. (2016). *Дисциплинска одговорност запослених*. Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу.

Перић, Б. (1949). *Радно право*, Сарајево.

Перић-Ковачевић, С. (2016). Отказ од стране послодавца. *Право и привреда*. Београд. Бр. 4–6. 641-650.

Петровић, А. (2009). *Међународни стандарди рада*. Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу.

Supiot, A. (2011), *Critique du droit du travail*. Paris: Presses Universitaires de France.

Halbach, G. Paland, N. Schwedes, R. Wlotzke, O. (1994). *Labour Law in Germany*. Bonn: Fed. Ministry for Labour and Social Affairs.

Устав Републике Србије. *Службени гласник РС* Бр. 98/06.

Закон о раду Србије. *Службени гласник РС*. Бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14, 13/17 - УС, 113/17, 95/18 – Аутентично тумачење.

Конвенција бр. 87 о синдикалним слободама и заштити синдикалних права из 1948. *Службени лист ФНРЈ – Међународни уговори*. Бр. 8/58.

Конвенција бр. 98 о праву организовања и колективног преговарања. *Службени лист ФНРЈ – Међународни уговори*. Бр. 11/58.

Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима из 1966. *Службени лист ФНРЈ – Међународни уговори*. Бр. 7/71.

Пресуда Врховног касационог суда. *Рев. 2 1044/2012* од 6. 11. 2013.

Пресуда Врховног касационог суда. *Рев. 2. 250/2011* од 26. 10. 2011.

Prof. Slobodanka Kovačević Perić, LL.D.

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Priština,

Temporary head office in Kosovska Mitrovica

THE ROLE OF TRADE UNIONS IN THE EMPLOYMENT CONTRACT CANCELLATION PROCEDURE

Summary

A trade union is an independent and democratic organization of workers, joined voluntarily to represent, promote, improve and protect employees' professional, work-related, economic, social, cultural and other individual and collective interests. In this paper, the author analyses the role of trade unions in the procedure of cancellation of an employment contract at the initiative of the employer. In particular, the analysis focuses on the procedure, the scope and the legal consequences of delivering an opinion of a trade union on the warning to an employee on the existence of legal grounds for dismissal. In positive labour legislation of the Republic of Serbia, an employee may seek an opinion of a trade union that he/she is a member of, along with a response to a warning issued by the employer on the legal grounds for the cancellation of an employment contract under conditions prescribed by law, within the time period specified for the employee's response to the warning. These regulations apply only in case of dismissing an employee who is a trade union member; therefore, they are not mandatory if an employee is not a trade union member. These regulations provide for an unequal position of the employees who are not members of a trade union in comparison to the employees who are members of a trade union. The employer is obliged to consider the delivered opinion in terms of legal norms. Yet, according to the interpretation of the Supreme Court of Cassation, an opinion of a trade union is not binding for the employer. This further indicates a minor role of trade unions in the protection of employees. An employee may procure and have the opinion of a trade union or the employees' representative delivered only regarding a warning on the existence of legal grounds for dismissal, but not with regard to the decision on termination of an employment contract.

Keywords: *dismissal at the employer's initiative, warning, trade union, opinion of a trade union.*

Др Даниела Блажевска,*

Ванредни професор Правног факултета “Јустинијан Први”,
Универзитет “Св. Кирило и Методије”, Скопје,
Република Северна Македонија

UDK: 316.774: 341.231.14-053.2(497.7)
342.726-053.2(497.7)

Рад примљен: 02.10.2019.
Рад прихваћен: 25.02.2020.

ПРАВА ДЕТЕТА И МАСОВНИ МЕДИЈИ У РЕПУБЛИЦИ СЕВЕРНОЈ МАКЕДОНИЈИ**

Апстракт: Циљ овог рада је да истражи како масовни медији у Републици Северној Македонији извештавају о питањима повезаним са децом. Дете је особа која има мање од 18 година. Притом, треба да се истражи да ли медији (не) поштују права детета, професионалне и етичке стандарде професије новинарства током извештавања.

Предмет истраживања је извештавање дневних штампаних медија о питањима повезаним са децом током 2018. године. У истраживању се користи циљни узорак. Јединица истраживања су дневни листови. Анализирају се четири дневна листа која се штампају на македонском језику: „Нова Македонија“, „Вечер“, „Слободен печат“ и „Независен весник“. У истраживању се користи метод анализе садржаја. Истраживачки период је новембар 2018. године. Месец новембар је изабран зато што је Конвенција о правима детета донета 20. новембра 1989.

На основу досадашњих истраживања штампаних масовних медија, у истраживању полазимо од следеће хипотезе: Штампане дневне новине у Републици Северној Македонији извештавају недовољно, стереотипно и сензационалистички о питањима повезаним са децом. У раду треба да се изведе закључак о медијској (ре)презентацији деце у Републици Северној Македонији и поштовању њихових права у текстовима новинара из 2018. године.

Кључне речи: права детета, масовни медији, дневне новине, извештавање.

* d.blazevska@pf.ukim.edu.mk

** Рад је изложен на Међународној конференцији „Право и мултидисциплинарност“, одржаној 12–13. 4. 2019. на Правном факултету у Нишу.

1. Увод

У новембру 2019. године навршава се 30 година Конвенције о правима детета. Генерална скупштина Уједињених нација је усвојила Конвенцију 20. новембра 1989. године, на тридесетогодишњицу Декларације о правима детета.

У Декларацији о правима детета, усвојеној 20. новембра 1959. године, наведено је да су „детету с обзиром на његову физичку и менталну незрелост, потребни посебна заштита и брига, укључујући одговарајућу правну заштиту, као пре, тако и после рођења“¹.

Конвенција о правима детета је ступила на снагу 2. новембра 1990. године, а Република Македонија ју је ратификовала 1993. године. Овај међународни уговор је „први законски и обавезујући међународни инструмент који у себи садржи цео спектар људских права“ (Hayes, Foley, O’Neill, 2007: 16–17).

У првом члану, од укупно 54, дете се дефинише као „свако људско биће које није навршило 18 година живота, уколико се по закону који се примењује на дете, пунолетство не стиче раније“².

Конвенција признаје детету право мишљења и изношења својих ставова (члан 12 и 14), као и слободу изражавања (члан 12 и 13). У члану 13 је наведено да право детета на слободу изражавања „обухвата слободу да тражи, прима и даје информације и идеје свих врста без обзира на границе, било усмено, писмено или штампано, у уметничкој форми или преко било ког другог средства информисања по избору детета“.

Средствима информисања признаје се значајна улога, а стране уговорнице треба да обезбеде детету приступ „информацијама и материјалима из различитих националних и међународних извора, посебно оних који су усмерени на развој његовог социјалног, духовног и моралног добра и физичког и менталног здравља“ (члан 17).

Досадашња истраживања у свету су открила стереотипно и сензационалистичко извештавање мас-медија о деци (Hayes et al., 2007).

Истраживачи британске организације Children’s Express, који су спровели једнонедељни мониторинг националних дневних новина у Великој Британији 1998. године, утврдили су „седам смртоносних стереотипа“.

1 *Convention on the Rights of the Child*, Retrived 1 October 2019, from <https://www.ohchr.org/documents/professionalinterest/crc.pdf>

2 *Convention on the Rights of the Child*, Retrived 1 October 2019, from <https://www.ohchr.org/documents/professionalinterest/crc.pdf>

Два доминантна стереотипа су: деца као жртве (31,5%) и слатка деца (благопријатне слике) (26,7%) (Hayes et al., 2007: 24).

Једно истраживање из 2004. године открива да деца сматрају да у медијима постоје негативни стереотипи о њима. Испитивана деца се жале да их медији користе да би повећали тираж (Hayes et al., 2007: 25). То сведочи да су деца увидела да медијски конструисана реалност утиче на њихову реалност, односно како их одрасли гледају и понашају се према њима.

Већи проблем је како медијски садржаји утичу на децу. Посебно је опасно насиље различите врсте које је присутно у медијима, као и начин на који се извештава о њему.

Нека истраживања сведоче да су медијски садржаји о насиљу често супротни статистичким чињеницама (Hayes et al., 2007: 39).

Истраживања хрватских научника показују да најтиражније дневне новине у Хрватској крше дечја права (Ciboci et al., 2011; Ciboci, 2014; Vlainić, 2012).

Истраживање о деци у дневним новинама у Хрватској 2010. године (Ciboci, Jakorović, Oračak, Raguz i Skelin, 2011) показује да новине „најчешће извештавају о деци у негативном контексту, недовољно промовишу дечја права и често откривају идентитет деце. Деца су ретко извор информација и написи о деци су ретко на насловним страницама“ (Porović, 2012: 170).

У истраживању спроведеном 2013. године, Лана Цибоци је утврдила да се права деце у најтиражнијим хрватским дневним новинама („Јутарњи лист“ и „Вечерњи лист“) и даље крше откривањем идентитета у текстовима у којима је он требало да буде заштићен, али мање него 2010. године. Притом, „уочено је једнако често откривање идентитета деце на фотографијама у случајевима у којима је он требао бити заштићен, али и чешће откривање идентитета родитеља на фотографијама у односу на 2010. годину“ (Ciboci, 2014: 92).

Истраживање Марте Влаинић је показало да новинари и уредници „Вечерњег листа“ и „Јутарњег листа“ не поштују професионална начела приликом извештавања о деци у 2011. године, да се крши право детета на приватност, као и да је извештавање о деци маргинализовано с обзиром да се објављују чланци у данима када се новине мање читају (Vlainić, 2012, citirano u Ivanuš, 2017: 81).

Кодекс части хрватских новинара детаљно и свеобухватно прописује заштиту права деце у медијима, али га новинари и уредници увек не поштују, закључила је Жељана Ивануш у свом раду „Могу ли механизми медијске саморегулације заштитити права деце у медијима“ (Ivanuš, 2017: 86).

У Кодексу новинара Удружења новинара Македоније реч „деца“ је употребљена само једном. У члану 9 наводи се да „новинар не сме да интервјуише или фотографише децу испод 16 година без сагласности родитеља или старатеља³.

Кодекс прописује правила за професионално извештавање новинара и поштовање људских права и слобода. Према члану 10, новинар не сме свесно да „ствара нити прерађује информације које угрожавају људска права или слободу“. Не сме да говори језиком мржње или да потиче насиље и дискриминацију (члан 10). Новинар треба „да поштује приватност особе, осим када је то у супротности са јавним интересом“ (члан 7). Кодекс прописује да начин информисања треба да буде ослобођен сензационализма у случајевима несрећа, елементарних непогода, ратова, породичних трагедија, болести, судских поступака (члан 8). У судским поступцима треба „да се поштује принцип пресумпције невиности, да се извештава о свим инволвираним странама у спору и да се не сугерише пресуда“ (члан 8).

Међународна федерација новинара и Информативна мрежа о правима детета препоручују да се избегавају стереотипи и сензационална презентација за промовисање новинарских текстова у којима се извештава о деци (Hayes et al., 2007: 75, 78).

Циљ овог рада је да се истражи како масовни медији у Републици Македонији извештавају о питањима повезаним са децом. Притом, треба да се добију сазнања о томе да ли медији (не) поштују права детета, професионалне и етичке стандарде професије новинарства током извештавања.

2. Методолошки приступ

Предмет истраживања је извештавање националних дневних штампаних медија о питањима повезаним са децом у новембру 2018. године.

Дневне новине су изабране за анализу зато што су сведок историје, зато што су штампани медији као медији за информисање детета наведени у члану 13 Конвенције о правима детета и због њихове непролазне вредности, као што су „документарна вредност, фиксираност порука, могућност за аналитички приступ“ (Груевски, 2011: 90).

На основу досадашњих истраживања масовних медија, у истраживању се полази од следеће хипотезе: Штампане дневне новине у Републици Северној

³ Кодекс на новинарите на Македонија, Retrived 14 April 2016, from <http://znm.org.mk/drupal-7.7/mk/node/440>

Македонији извештавају недовољно, стереотипно и сензационалистички о питањима повезаним са децом.

У истраживању се користи циљни и случајни узорак. Јединица истраживања су текстови објављени у дневним новинама. Анализирају се четири дневна листа која се штампају на македонском језику: „Нова Македонија“, „Вечер“, „Слободен печат“ и „Независен весник“. „Нова Македонија“ је први македонски дневни лист, који је почео да излази 29. 10. 1944. године, и у октобру 2019. године прославља 75 година постојања. „Вечер“ је 2018. године прославио 65. рођендан. Први број овог листа је објављен 11. 11. 1963. године. Протекла 2018. година је била шеста година изласка дневног листа „Слободен печат“ и друга година штампања дневних новина „Независен весник“.

За истраживачки период су изабране две недеље у новембру: НАБРАЈАЊЕ

1. Циљно је изабрана недеља у којој се прославља годишњица од усвајања Конвенције о правима детета и одбележава се Међународни дан детета, 20. новембар. Истраживање је спровеђено од 19. до 25. новембра 2018.
2. Случајно је изабрана још једна недеља у новембру, од петог до 11. новембра 2018. године, да би се упоредили резултати.

Јединица анализе су новинарски текстови у којима се извештава о питањима повезаним са децом – спомињу се деца и/или се на било који начин информације односе на децу. Циљ је да се истражи шири дијапазон тема о којима новинари пишу – избор тема о питањима повезаним са децом, могућност за информисање, образовање и забаву деце путем дневних новина; могућност да се чује дечји глас, став, мишљење; могућност да се дечји потенцијал, дар и остварење забележи у дневним новинама.

У истраживању се користи метод анализе садржаја.

У мас-медијима, појам 'сензационализам' означава „тенденцију да се драматизује и преувеличава у извештавању о догађајима с циљем да се привуче пажња и да се повећа тираж или рејтинг“ (Chandler and Maunday, 2011: 384). У истраживачком периоду тираж дневног листа „Слободен печат“ је од 12.400 до 13.500 примерака. „Вечер“ се штампа у 7.900 примерака, а „Нова Македонија“ и „Независен весник“ у 7.000 примерака.

Стереотипи у мас-медијима имају „тенденцију да одражавају културно доминантну репрезентацију“ (Chandler and Maunday, 2011: 407).

3. Резултати истраживања

У истраживачком периоду током две недеље објављено је укупно 134 текстова повезаних са децом.

Током прве недеље, од петог до 11. новембра 2018. године, објављено је 68 текстова или 50,75%, а друге истраживачке недеље, од 19. до 25. новембра, објављено је 66 текстова или 49,25%.

Највећи број текстова повезаних са децом је објавио „Слободен печат“ (49 текстова или 36,57%). Други је „Вечер“, са 41 написом или 30,60%. Затим следи „Нова Македонија“, са 32 написа или 23,88%, а „Независен весник“ је објавио најмањи број текстова повезаних са децом (12, односно 8,95%) (Табела 1).

Две дневне новине („Слободен печат“ и „Вечер“) су објавиле више текстова у недељи у којој се прославља Међународни дан деце, а остала два листа објавила су већи број текстова у случајно изабрану недељу новембра (Табела 1).

Табела 1. Број текстова повезаних за децом

Дневне новине	5–11. новембар 2018.	19–25. новембар 2018.	Укупно
Нова Македонија	19 (14,18%)	13 (9,70%)	32 (23,88%)
Вечер	18 (13,43%)	23 (17,17%)	41 (30,60%)
Слободен печат	23 (17,17%)	26 (19,40%)	49 (36,57%)
Независен весник	8 (5,97%)	4 (2,98%)	12 (8,95%)
Укупно	68 (50,75%)	66 (49,25%)	134 (100%)

У истраживачком периоду, од укупно 134 текста, само осам текстова или 5,97% су објављени на насловним странама (Табела 2).

„Нова Македонија“ и „Вечер“ су објавили по три текста повезана са децом на насловним странама, а у дневном листу „Слободен печат“ два текста су се појавила на насловним странама.

„Вечер“ је објавио два текста на насловним странама у истраживачком периоду од петог до 11. новембра, а „Нова Македонија“ – у недељи од 19. до 25. новембра.

Табела 2. Насловна страна

Дневне новине	5–11. новембар 2018.	19–25. новембар 2018.	Укупно
	Насловна страна	Насловна страна	
1. Нова Македонија	1	2	3
2. Вечер	2	1	3
3. Слободен печат	1	1	2
4. Независен весник	0	0	0
Укупно	4 (2,985%)	4 (2,985%)	8 (5,97)

У истраживачком периоду, од новинарских жанрова доминирају вести и извештаји (104 текста или 77,61%). Притом, објављено је 60 вести или 44,77% и 44 извештаја или 32,84%. Коментари учествују са само 5,97% (осам текста). Као теме могу да се категоризују 10 текста или 7,46%. Објављен је и један интервју (0,75%) (Табела 3).

У првој истраживачкој недељи објављено је 34 вести, 20 извештаја, пет коментара и две теме од укупно 68 текста. У другој истраживачкој недељи објављени је 26 вести (19,40%), 24 извештаја (17,91%), 3 коментара (2,24%), 8 тема (5,97%) и један интервју (0,75%) од укупно 66 текста (Табела 3).

Табела 3. Новинарски жанрови

Дневне новине	5–11. новембар 2018. 1. Вест/ 2. извештај/ 3. коментар/ 4. тема/ 5. интервју/ 6. друго/	19–25. новембар 2018. 1. Вест/ 2. извештај/ 3. коментар/ 4. тема/ 5. интервју/ 6. друго/	Укупно
1. Нова Македонија	7/ 9/ 2/0/ 0/ 1	3/ 5/ 2/ 1/ 1/1	10/ 14/ 4/ 1/ 1/ 2
2. Вечер	12/ 6/ 0/ 0/ 0/ 0	12/ 10/ 0/ 1/ 0/ 0	24/ 16/ 0/ 1/ 0/ 0
3. Слободен печат	11/ 2/ 2/ 2/ 0/ 6	9/ 8/ 1/ 5/ 0/ 3	20/ 10/ 3/ 7/ 0/ 9
4. Независен весник	4/ 3/ 1/ 0/ 0/ 0	2/ 1/ 0/ 1/ 0/ 0	6/ 4/ 1/ 1/ 0/ 0
Укупно			
1. Вест/	1. 34 (25,37%)/	1. 26 (19,40%)/	1. 60/ (44,77%)
2. Извештај/	2. 20 (14,93%)/	2. 24 (17,91%)/	2. 44 (32,84%)
3. Коментар/	3. 5 (3,73%)/	3. 3 (2,24%)/	3. 8 (5,97%)
4. Тема/	4. 2 (1,49%)/	4. 8 (5,97%)/	4. 10 (7,46%)
5. Интервју/	5. 0 (0,00%)/	5. 1 (0,75%)/	5. 1 (0,75%)
6. Друго	6. 7 (5,22%)	6. 4 (2,99%)	6. 11 (8,21%)

Деца се изузетно ретко јављају као извор информација (субјект) и најчешће су објекти у новинским текстовима. Само у три текста од укупно 134 или 2,24% деца су извор информација. У првој истраживачкој недељи дете се јавља као извор информација само у једном тексту, а у другој – у два. У осталим текстовима други извори говоре о деци. Приметно је и да се објављују неаутентичне фотографије као илустрација неког догађаја. Понекад фотографије деце су само илустрација текста који се не односи на децу (Табела 4).

Петог новембра 2018. године дневни лист „Вечер“ је објавио вест да осам ученика једне основне школе из Штипа одлази у Швајцарску (Троген) да уче о дечјим правима, у оквиру пројекта који се реализује пети пут. Објављена је изјава једне ученице која се нада да ће научити више о дечјим правима током свог боравка у Швајцарској. У пројекту су укључени ученици из још четири других градова у Северној Македонији.

Табела 4. Деца субјекти-објекти

Дневне новине	5–11. новембар 2018. Субјект/ објект	19–25. новембар 2018. Субјект/ објект	Укупно Субјект/ објект
1. Нова Македонија	0/ 19	0/ 13	0/ 32
2. Вечер	1/ 17	1/ 22	2/ 39
3. Слободен печат	0/ 23	1/ 25	1/ 48
4. Независен весник	0/ 8	0/ 4	0/ 12
Укупно			
1. Субјект/	1. 1 (0,75%)/	1. 2 (1,49%)/	1. 3 (2,24%)/
2. Објект	2. 67 (50%)	2. 64 (47,76)	2. 131 (97,76%)

У написима повезаним са децом објављене су укупно 193 фотографије. Деца су присутна на 86 њих, или 44,56% (Табела 5).

Идентификована су деца жртве, нестала деца, деца за коју се тражи хуманитарна помоћ, деца јавних особа, деца на концертима. Често су деца само илустрација написа, а понекад су деца илустрација текста у којему се не пише о деци. Само на једној фотографији лица деце су замагљена.

Не може да се утврди да ли постоји дозвола родитеља за објављивање фотографија деце.

Табела 5. Фотографије – деца на фотографији

Дневне новине	5–11. новембар 2018. Укупно/ Деца на фотографији	19–25. новембар 2018.	Укупно
1. Нова Македонија	28/ 12	14/ 6	42/ 18
2. Вечер	29/ 11	26/ 6	55/ 17
3. Слободен печат	28/ 23	36/ 20	64/ 43
4. Независен весник	28/ 7	4/ 1	32/ 8
Укупно			
1. Укупно фотографија	1. 113 (58,55%)/	1. 80 (41,45%)/	1. 193 (100%)
2. Деца на фотографији	2. 53 (27,46%)	2. 33 (17,10%)	2. 86(44,56%)

Аутор није познат у 67,91% написа или у 91 тексту. Пуно име и презиме аутора је наведено у 28 текстова или 20,89%, а иницијали у 15 текстова или 11,2% (Табела 6).

Табела 6. Аутор текста

Дневне новине	5–11. новембар 2018. Име и презиме/ иницијали/ нема	19–25. новембар 2018. Име и презиме/ иницијали/ нема	Укупно N (%) Име и презиме/ иницијали/ нема
1. Нова Македонија	8/ 5/ 6	7/ 4/ 2	15/ 9/ 8
2. Вечер	0/ 2/ 16	0/ 2/ 21	0/ 4/ 37
3. Слободен печат	6/ 1/ 16	3/ 0/ 23	9/ 1/ 39
4. Независен весник	2/ 1/ 5	2/ 0/ 2	4/ 1/ 7
Укупно			
1. Име и презиме	1. 16 (11,94%)/	1. 12 (8,95%)/	1. 28(20,89%)/
2. Иницијали	2. 9 (6,72%)/	2. 6 (4,48%)/	2. 15 (11,2%)/
3. Нема	3. 43 (32,09%)	3. 48 (35,82%)	3. 91 (67,91%)

Написи су објављени у различитим рубрикама: вести, република, свет, култура, Скопље, политика, Балкан, Македонија, мозаик, сцена, коментари, економија...

Добра вест је то што два дневна листа имају рубрике посвећене деци једном недељно. „Нова Македонија“ има вишегодишњу традицију објављивања рубрике „Колибри“ сваког уторка, а „Слободен печат“, исто тако уторком, објављује текстове о деци у рубрици „Мајка и дете“. БУЛЕТИ

Двадесетог новембра 2018. објављена су 22 текста. Ова значајна бројка је случајна, с обзиром да је Међународни дан деце 2018. године био у уторак, дан када два дневна листа имају посебне рубрике о деци – „Колибри“ и „Мајка и дете“. Није објављен ниједан текст о Конвенцији о правима детета.

Двадесет и првог новембра 2018. две дневне новине нису објавиле ниједан текст повезан са децом. У једном дневном листу је објављен извештај о прослави Међународног дана деце у Њујорку. Једне дневне новине су извештавале о анкети коју су спровели УНИЦЕФ и Еврочајлд у 23 европских земаља на тему: „Какву Европу желе деца“.

Двадесет и другог новембра 2018. једне дневне новине су пренеле да је УНИЦЕФ на Међународни дан деце упозорио да „3,7 милиона деце у Авганистану немају приступ до школа због безбедносних ризика и сиромаштва“.

У шест издања која су изашла у недељи од 19. до 25. новембра 2018, две дневне новине нису објавиле ниједан текст о деци у четири, односно три од њих.

Дневне новине су писале о следећим темама:

1. Деца-жртве (убиства, несрећни случаји, избеглице);
2. Деца популарних певача, глумаца, политичара, краљевских породица;
3. Информације које се односе на децу (образовање, спорт, култура, забава);
4. Деца таленти, спортски успеси деце;
5. Савети о здрављу;
6. Објављене су фотографије деца као илустрација текста.

Постоје вести у којима се не спомиње реч „деца“, али садрже информације важне за децу и односе се на изградњу објеката у којима уче (школе, обданишта).

Анализа текстова је показала да се сензационализам постиже избором тема, насловима и фотографијама. У 70 текстова или 52,23%, забележен је некакав облик сензационализма.

Табела 7. Сензација

Дневне новине	5–11. новембар 2018. Има облик сензационализма	19–25. новембар 2018. Има облик сензационализма	Укупно Има
1. Нова Македонија	4	3	7 (5,22%)
2. Вечер	9	12	21 (15,67%)
3. Слободен печат	16	19	35 (26,12%)
4. Независен весник	5	2	7 (5,22%)
Укупно Има облик сензационализма	34 (25,37%)	36 (26,86%)	70 (52,23%)

У истраживаном периоду детектује се неколико стереотипа:

1. Деца-жртве (20,89%) (Табела 8);
2. Деца јавних особа (5,97%) (Табела 9);
3. Деца-конзументи медијских садржаја (цртаних филмова, литературе, видео-игара, музике...) (5,97%) (Табела 10);
4. Деца-таленти (4,48%) (Табела 11);
5. Деца-просјаци (1,49%) (Табела 12).

Табела 8. Стереотип деца-жртве

Дневне новине	5–11. новембар 2018. Деца-жртве	19–25. новембар 2018. Деца-жртве	Укупно Деца-жртве
1. Нова Македонија	3	2	
2. Вечер	4	6	
3. Слободен печат	7	5	
4. Независен весник	1	0	
Укупно Стереотип деца-жртве	15 (11,19%)	13 (9,70%)	28 (20,89%)

Табела 9. Стереотип – деца јавних особа

Дневне новине	5–11. новембар 2018. Деца јавних особа	19–25. новембар 2018. Деца јавних особа	Укупно Деца јавних особа
1. Нова Македонија	0	0	0
2. Вечер	0	2	2
3. Слободен печат	1	3	4
4. Независен весник	1	1	2
Укупно Деца јавних особа	2 (1,49%)	6 (4,48%)	8 (5,97%)

Табела 10. Стереотип – деца-конзументи медијских садржаја

Дневне новине	5–11. новембар 2018. Деца – конзументи медијских садржаја	19–25. новембар 2018. Деца – конзументи медијских садржаја	Укупно Деца – конзументи медијских садржаја
1. Нова Македонија	0	1	1
2. Вечер	1	2	3
3. Слободен печат	1	2	3
4. Независен весник	1	0	1
Укупно Деца – конзументи медијских садржаја	3 (2,24%)	5 (3,73%)	8 (5,97%)

Табела 11. Стереотип – деца-таленти

Дневне новине	5–11. новембар 2018. Деца-таленти	19–25. новембар 2018. Деца-таленти	Укупно N (%) Деца-таленти
1. Нова Македонија	3	0	3
2. Вечер	0	0	0
3. Слободен печат	1	1	2
4. Независен весник	1	0	1
Укупно Деца-таленти	5 (3,73%)	1 (0,75%)	6 (4,48)

Табела 12. Стереотип – деца-просјаци

Дневне новине	5–11. новембар 2018. Деца-просјаци	19–25. новембар 2018. Деца-просјаци	Укупно N (%) Деца-просјаци
1. Нова Македонија	0	0	0
2. Вечер	1	0	1
3. Слободен печат	0	0	0
4. Независен весник	0	1	1
Укупно Деца-просјаци	1 (0,746%)	1 (0,746%)	2 (1,492%)

4. Дискусија

Резултати истраживања четири дневне новине показују да постоји мала разлика у броју текстова који су објављени у новинама појединачно током две истраживачке недеље у новембру 2018. године, случајно изабране недеље и недеље у којој се прославља Међународни дан деце.

Највећи број текстова повезаних са децом су објавили „Слободен печат“ и „Вечер“, затим следи „Нова Македонија“, а „Независен весник“ је објавио најмањи број текстова повезаних са децом.

Две дневне новине („Слободен печат“ и „Вечер“) су објавиле више текстова у недељи у којој се прославља Међународни дан деце, а остала два листа су објавила већи број текстова у случајно изабрану недељу новембра.

У истраживачком периоду, од новинарских жанрова доминира вест, а затим следи извештај. Вест и извештај су кратки облици новинарског изражавања. Постоје квантитативне и квалитативне разлике између њих. Извештај је дужи од вести. Новинарски жанр вест представља „облик новинарског изражавања којим се јавност у најкраћим цртама упознаје са једним догађајем“ (Јевтовић, Петровић и Арачки, 2014: 222). Користећи правило обрнуте пирамиде, вест треба да одговори на шест основних питања (ко, шта, када, где, како, зашто) и то по редоследу важности. Извештај је „облик којим се јавност упознаје са током одређеног догађаја или појаве“ (Јевтовић et al., 2014: 222).

Дневне новине најчешће извештавају о дневно-актуелним, занимљивим и бизарним догађајима. Текстови су углавном кратки. Недостаје аналитички приступ обради тема. Деца се третирају како објект извештавања, а не као субјекти.

Добра вест је то што два дневна листа имају рубрике посвећене деци једном недељно. Уторком „Нова Македонија“ објављује рубрику „Колибри“, а „Слободен печат“ – „Мајка и дете“. Рубрике су полигон за дечје теме из различитих углова.

Негативно изненађење је да 20. новембра 2018. године ниједан медиј није одбележио Међународни дан детета. Није објављен ниједан текст о Конвенцији о правима детета. Двадесет и првог новембра две дневне новине нису објавиле ниједан текст повезан са децом. У шест издања која су изашла у седмици од 19. до 25. новембра 2018, две дневне новине нису објавиле ниједан текст о деци у четири, односно три од њих.

У две истраживачке седмице, на насловним страницама објављено је осам прича о деци, по четири недељно.

У две дневне новине, извештај о седамнаестогодишњој девојчици која је бежала од паса и удавила се у реци Вардар, најављен је на насловним страницама. Трагичне вести привлаче пажњу новинара. Ови догађаји и начин извештавања новинара намећу закључак да новинари само прате дневне догађаје без проактивног приступа професији. Новинари треба да имају у виду да понекад све почиње од једног чланка у дневним новинама или од приче са насловне стране, било добро, било зло.

Одлуке редакције о извештавању о деци су изузетно важне.

Фрапантан податак је да се у већини случајева текстови не потписују. Аутори нису познати у 91 тексту или 67,91%. У агенцијским вестима није наведена новинска агенција као извор. Све ово указује на велики проблем у новинарству у Републици Северној Македонији, који се не односи само на извештавање о питањима повезаним са децом. Непотписани текстови отварају дилеме зашто се текстови не потписују и ко су аутори текста. Ови резултати могу да послуже као полазна основа за неко будуће истраживање.

Сензационализам у извештавању постиже се избором тема (трагедије, деца славних), коришћењем фотографија као илустрације тема о којима се пише (понекад деце на фотографијама нису она о којима се пише), као и насловима и насловним страницама.

Стереотипе диктирају друштвени догађаји. Новинари углавном прате дневне догађаје у Републици Северној Македонији, на Балкану и у свету. Не може да се примети иницијатива новинара за извештавање о питањима повезаним са децом. Ипак, могло би да се закључи да новинари углавном поштују професионалне и етичке стандарде при извештавању о деци.

Резултати истраживања намећу проблем са објављивањем фотографија. Дневне новине објављују фотографије деце када су хуманитарне акције у питању, што може да се тумачи позитивно када је нестала особа у питању, али дискутабилно је да ли фотографије помажу када је у питању хуманитарна акција да би се помогло нечије лечење, на пример. На једној фотографији лица двоје деце су замагљена, али у многим случајевима дечја лица на фотографији се користе као илустрација теме. Не може да се процени да ли за објављивање фотографија на којима су деца постоји дозвола њихових родитеља или старатеља.

У истраживачком периоду детектује се неколико стереотипа:

1. Деца-жртве;
2. Деца јавних особа;

3. Деца-конзументи медијских садржаја (цртаних филмова, литературе, видео-игара, музике...);
4. Деца-таленти;
5. Деца-просјаци.

На основу спроведеног истраживања можемо да закључимо да дневне новине у Републици Северној Македонији извештавају недовољно, стереотипно и делимично сензационалистички о питањима повезаним са децом. Притом нису потпуно задовољена права детета да тражи, прима и даје информације које су неопходне за његов добар развој.

Литература/References

Груевски, Т. (2011). *Историја на новинарството*. Скопје: Студиорум.

Јевтовић, З., Петровић, Р. и Арачки, З. (2014). *Жанрови у савременом новинарству*. Београд: Јасен.

Здружение на новинарите на Македонија. *Кодекс на новинарите на Македонија*, Retrived 14 April 2016, from <http://znm.org.mk/drupal-7.7/mk/node/440>

Chandler, D. and Maunday, R. (2011). *Media and Communication*. Oxford and New York: Oxford University Press.

Ciboci, L. (2014). *Zaštita privatnosti djece u Večernjem listu i Jutarnjem listuu 2013. godine u odnosu na 2010. godine/ The Protection of Children's Privacy in Večernji List and Jutarnji List 2010-2013: A Comparative Analysis*. *Medijske studije / Media Studies* Vol. 5 (9). Zagreb: Fakultet političkih znanosti i Hrvatsko komunikacijsko društvo. 92–107.

Convention on the Rights of the Child, Retrived 1 October 2019, from <https://www.ohchr.org/documents/professionalinterest/crc.pdf>

Hayes, Foley and O'Neill (2007). *Children's Rights and Journalism Practice: A Rights-Based Perspective*. UNICEF – Dublin Institute of Technology.

Ivanuš, Ž. (2017). *Mogu li mehanizmi medijske samoregulacije zaštititi prava djece u medijima. Mediji, novinarstvo i ljudska prava. Zbornik radova 7. Regionalne znanstvene konferencije Vjerodostojnost medija "Novinarstvo и ljudska prava"*. Zagreb: Fakultet političkih znanosti Sveučilista u Zagrebu и Hanns-Seidl-Stiftung. 75–89.

Popović, S. (2012). *Djeca medija: Od marginalizacije do senzacije / Children of the Media: From Marginalisation to Sensation*. *Medijske studije / Media Studies* Vol. 3 (6). Zagreb: Fakultet političkih znanosti и Hrvatsko komunikacijsko društvo. 169–170.

Prof. Daniela Blaževska, LL.D.,
*Associate Professor,
Faculty of Law "Iustinianus Primus",
University "Sts. Cyril and Methodius" Skopje,
Republic of North Macedonia*

THE RIGHTS OF THE CHILD AND THE MASS MEDIA IN THE REPUBLIC OF NORTH MACEDONIA

Summary

The aim of this paper is to research how mass media in the Republic of North Macedonia report about the issues related to children. Under Macedonian law, a child is a person under the age of 18. The paper will examine whether the media observe the rights of the child and professional and ethical standards of the journalist profession.

The subject of this research is reporting of the daily newspapers about child-related issues in the year 2018. The research is based on a target sample. The research units are daily newspapers. We will analyze four daily newspapers printed in Macedonian language: "Nova Makedonija" (New Macedonia), "Vecer" (Evening), "Sloboden pecat" (Free Press), and "Nezavisen" (Independent). The research is based on the content analysis method. The research period is November 2018. This month is chosen because the Convention on Rights of the Child was adopted on 20 November 1989.

On the basis of former research on mass media, this research starts from the following hypothesis: the mass media in the Republic of Macedonia report insufficiently, stereotypically and sensationally about the issues related to children. The paper presents the author's conclusions on media reporting on child-related issues in the Republic of Macedonia and observance of the rights of the child in journalists' texts in the year 2018.

Keywords: *rights of the child, mass media, newspapers, reporting.*

Др Милијана Буха,*
Доцент Правног факултета,
Универзитет у Бањој Луци,
Република Српска, БиХ

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfno-22829

UDK: 347.921.8(497.6)
343.121.4(497.6)

Раd примљен: 14.08.2019.
Раd прихваћен: 25.02.2020.

ПРАВО НА БЕСПЛАТНУ ПРАВНУ ПОМОЋ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ БИХ**

Апстракт: *Институт бесплатне правне помоћи у кривичном поступку осигурава да се право на адекватну одбрану осигура и социјално угроженим субјектима у кривичном поступку. Корисници бесплатне правне помоћи у кривичном поступку су осумњичени односно оптужени, оштећени, те жртве кривичног дјела трговине људима и насиља у породици. Срж института бесплатне правне помоћи је да се избјегне дискриминација грађана по имовинској основи, као и да се право на одбрану у кривичном поступку осигура и лицима слабог имовинског стања. Субјекти права на бесплатну правну помоћ у кривичном поступку не морају да испуњавају исте услове како би били корисници овог права. Зависно од тога да ли је слабо имовинско стање корисника права на бесплатну правну помоћ у кривичном поступку постављено као императивни услов или не, можемо говорити о условној и безусловној бесплатној правној помоћи за неке субјекте кривичног поступка. У раду је разматрана теза да у кривичном поступку неки од субјеката кривичног поступка уживају право на бесплатну правну помоћ безусловно, у смислу да не морају доказивати да су слабог имовинског стања, већ су у немогућности да измирују трошкове кривичног поступка.*

Кључне ријечи: *условна, безусловна, бесплатна правна помоћ, кривични поступак, субјекти поступка.*

* milijana.buha@pf.unibl.org

** Раd је изложен на Међународној конференцији „Право и мултидисциплинарност“, одржаној 12–13. 4. 2019. на Правном факултету у Нишу.

1. Увод

Институт бесплатне правне помоћи у кривичном поступку има за циљ да осигура правну помоћ субјектима кривичног поступка који су слабог имовинског стања или угрожени кривичним дјелом. Основна теза рада је да је институт бесплатне правне помоћи у кривичном поступку у служби не само главног процесног субјекта него и других учесника у кривичном поступку који су претрпјели одређене посљедице које су произашле из кривичног дјела. Институтом бесплатне правне помоћи омогућава се да правда буде достижна и за осумњиченог односно оптуженог, жртве неких кривичних дјела, као и за оштећеног. Начело једнакости субјеката права (тј. осумњиченог односно оптуженог и оштећеног, односно жртве) у њиховом праву на приступу правди није занемарено ни у кривичном поступку, иако је законима о кривичном поступку право на бесплатну правну помоћ искључиво признато само осумњиченом односно оптуженом. Право на приступ правди у смислу бесплатне правне помоћи загарантовано је и споредном процесном субјекту у кривичном поступку оштећеном, односно жртви кривичног дјела, законима о бесплатној правној помоћи у БиХ.

Процесно право оштећеног односно жртве у кривичном поступку је постављање имовинскоправног захтјева, а с друге стране у кривичном поступку се морају предузети одређене мјере за спречавања секундарне виктимизације оштећеног, жртве (Илић, 2012: 151-155). Право на бесплатну правну помоћ није безусловно загарантовано субјектима у кривичном поступку. Услови за бесплатну правну помоћ везују се за доказивање слабог имовинског стања неког од учесника кривичног поступка, осумњиченог односно оптуженог и оштећеног или за доказивање социјалне угрожености субјекта кривичног поступка због извршеног кривичног дјела и посљедица које је претрпјело извршењем тешког кривичног дјела, као што је то случај код жртава трговине људима и жртава насиља у породици.

2. Дефинисање права на бесплатну правну помоћи у РС, односно БиХ

Бесплатна правна помоћ је један од облика правне помоћи која са леђа корисника правне помоћи скида финансијски терет и обезбјеђује бесплатно коришћење правне помоћи, која се финансира из јавних прихода (Водинелић, 2007: 23). Једно од основних људких права је право на приступ суду, загарантовано свим људима без обзира на њихово имовинско стање. Права помоћ не може се ограничити само на сиромашне. Трошкови поступка ако постану претјерани и лица средњег имовинског стања, као и лица бољег имовинског стања могу бити у ситуацији да затраже помоћ

из јавних средстава, како на то упућује случај Steel и Morris ¹ (Johnsen, Uzelac, 2010:28).

Право на бесплатну правну помоћ у Босни и Херцеговини односно Републици Српској, прописано је Европском конвенцијом о заштити људских права и основних слобода² (у даљем тексту Конвенција), која се како налаже члан II тачке 2 Устава БиХ директно примјењује у Босни Херцеговини.³ У Конвенцији каже се да право на бесплатну правну помоћ има оптужени, када то налажу интереси правде и материјални статус оптуженог.⁴ Оптужени има право и на одбрану и када нису испуњени услови за обавезну одбрану. Конвенција у члану 6 став 3 тачке ц) прописује да оптуженом који не жели сам да се брани, а нема довољно новчаних средстава да плати за правну помоћ, мора му се осигурати да ову помоћ добије бесплатно када интереси правде то захтијевају. Овакво рјешење није непознато нашем кривичнопроцесном законодавцу, који се исто тако определијелио за постављање браниоца оптуженом због слабог имовинског стања.

Право на бесплатну правну помоћ⁵ значи право на једнаке могућности грађана у приступу судовима у Босни и Херцеговини. Ово право дефинисано је не само Уставом Босне и Херцеговине, већ и другим законским актима у Босни и Херцеговини, као што су Закон о пружању бесплатне правне помоћи Босне и Херцеговине,⁶ (у даљем тексту ЗБПП БиХ), Закон о

1 *Steel u Morris v. United Kingdom*. European court of human rights. Judgement 15 February 2005.

2 Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода из 1950. *Службени гласник Босне и Херцеговине*. Бр. 6. 1999.

3 Устав Босне и Херцеговине. [Електронска верзија]. Преузето 28.11.2017. http://www.ustavnisud.ba/public/down/USTAV_BOSNE_I_HERCEGOVINE_bos.pdf.

4 Устав Босне и Херцеговине донесен је као Анекс 4 Општег оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини, који је парафиран у САД-у, 25. новембра 1995. Члан 6 став 3 тачка ц) Европске конвенције о основним људским правима и слободама. Електронска верзија]. Преузето 4.3.2019. http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_BOS.pdf

5 Види више Choudhury, D. Concept of free legal aid-a comparative analysis free legal aid in India, United Kingdom and Australia, *International Journal of Law and Legal Jurisprudence Studies* :ISSN:2348-8212:Volume 3 Issue 3. 104-120. SZMAK, S. (2016) Provision of legal services in Poland – free legal aid and legal expenses insurance as selected objects of the recent regulation, *Insurance Review Wiadomości Ubezpieczeniowe*. No. 4. 115-125. UNODC, *Global Study on Legal Aid – Global Report*, 2016.

6 Закон о пружању бесплатне правне помоћи Босне и Херцеговине. *Службени гласник Босне и Херцеговине*. Бр. 83. 2016.

бесплатној правној помоћи Републике Српске⁷ (у даљем тексту ЗБПП РС), истоимени закон у Федерацији Босне и Херцеговини,⁸ и у Брчком Дистрикту.⁹ У Федерацији Босне и Херцеговине бесплатана правна помоћ регулисана на нивоу кантона. Основно људско право на бесплатну правну помоћ загарантовано је оптуженом и законима о кривичном поступку у Босни и Херцеговини, у смислу одбране лица слабог имовинског стања.¹⁰

Повреда права осумњиченог, односно оптуженог на бесплатну правну помоћ у кривичном поступку је битна повреда одредаба кривичног поступка која за посљедицу има укидање пресуде и враћање на поновно суђење.

3. Бесплатна правна помоћ у складу са законским прописима у БиХ односно РС

Право на бесплатну правну помоћ има за циљ да искључи дискриминацију грађана у приступу правди по имовинској основи.

Пружање правне помоћи у Републици Српској, у смислу радњи којима се остварује правна помоћ, своди се на *непосредну правну помоћ* и *посредну правну помоћ* (Водинелић, 2010: 16). *Непосредна правна помоћ* је давање

7 Закон о бесплатној правној помоћи Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 120/08. Закон о измјенама и допунама Закона о бесплатној правној помоћи РС, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 89/13. Закон о допуни Закона о бесплатној правној помоћи, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 63/14.

8 Закон о пружању бесплатне правне помоћи, Кантон Сарајево, *Службене новине Кантона Сарајево*, бр. 1/12. Закон о пружању бесплатне правне помоћи, Кантон Тузла, *Службене новине Тузланског кантона*, бр. 10/08. Закон о жупанијском Заводу за правну помоћ, *Службене новине Западнохерцеговачког кантона*, бр. 14/08. Законом о кантоналним министарствима и другим органима кантоналне управе успостављен је Завод за правну помоћ као самостална управна организација која обавља послове давања услуга искључиво особама лошег имовинског стања, *Службене новине Зеничко-добојског кантона*, бр. 13/08. Закон о пружању правне помоћи Посавинске жупаније, *Народне новине жупаније Посавске*, бр. 3/10, Закон о пружању бесплатне правне помоћи Унско-санског кантона, *Службени гласник Уско-санског кантона*, бр. 22/12. Закон о пружању бесплатне правне помоћи Босанско-подрињског кантона *Службене новине Босанско-подрињског кантона*, бр. 2/13. Закон о пружању бесплатне правне помоћи, Херцеговачко-неретвански кантон, *Службене новине, ХНК*, бр. 7/13.

9 Закон о канцеларији за правну помоћ Брчко дистрикта БиХ, *Службени гласник Брчко дистрикта Босне и Херцеговине*, бр. 19/07.

10 Закон о кривичном поступку Босне и Херцеговине, *Службени гласник Босне и Херцеговине*, бр. 32/02 03/03, 36/03, 03/04, 26/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09, 33/09, 72/13, 53/17. Закон о кривичном поступку Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 53/12, 91/17.

савјета, обавјештавања, израде аката и поднесака, заступање на суду, правна помоћ у поступцима мирног рјешавања спорова, што је регулисано и чланом 5 ЗБПП РС из 2008. године ¹¹. *Посредна правна помоћ* се не тиче саме ствари предмета правне помоћи, већ је ријеч о помоћи на други начин сношењем трошкова поступка и ослобађању од трошкова поступка како је то прописано чланом 3 ЗБПП РС из 2008. године.¹² Непосредна правна помоћ у кривичном поступку се огледа кроз формалну одбрану оптуженог због слабог имовинског стања у кривичном поступку, а посредна правна помоћ у кривичном поступку своди се на ослобађање оптуженог од дужности да сноси трошкове одбране, јер је слабог имовинског стања.

Право на бесплатну правну помоћ имају само физичка лица, а не и правна лица (члан 14 и 15 ЗБПП РС). Материјална угроженост својствена физичким лицима која сама за себе носе терет сопственог издржавања као и чланова њихове породице.

Законодавац није ријешио једну дилему када је ријеч о физичком лицу као кориснику бесплатне правне помоћи, у смислу да ли се под физичким лицем мисли и на физичко лице у ширем смислу ријечи тј. предузетника. Мишљења смо да је законодавац мислио на физичко лице у ужем смислу, јер по природи ствари предузетник остварује приходе из којих може себи да обезбиједи правну помоћ.

Право на бесплатну правну помоћ је веома значајан елемент права на правично суђење, (Димовски, Илић, Tilovska - Kechedi, 2017:177) у смислу једнакост и равноправности странака у поступку, право на приступ суду и другим државним органима без дискриминације. У кривичном поступку правно на бесплатну правну помоћ оптуженог је у служби његовог основног права на одбрану која мора бити доступна и оптуженима слабог имовинског стања.

11 Члан 5 ЗБПП РС из 2008. г. прописује да се правна помоћ остварује као право на: опште информације о правима и обавезама, правни савјет и помоћ у попуњавању образаца, правну помоћ у састављању свих врста писмена, заступање на суду, сачињавање апелација и правну помоћ у поступцима мирног рјешавања спора (медијациј).

12 Члан 3 ЗБПП РС из 2008. г. утврђује да је правна помоћ облик остваривања права физичког лица на правично суђење и једнак приступ правди пред судом и другим органима чије трошкове у цијелости или дјелимично плаћају надлежни органи за спровођење овог закона.

3.1. Захтјев за пружањем бесплатне правне помоћи

Субјекти у кривичном поступку остварују право на бесплатну правну помоћ само уколико поднесу захтјев, поткријељен доказима о социјалној или материјалној угрожености који захтјев чине легалним и легитимним. Подносилац захтјева је одговоран за тачност података наведених у захтјеву. Ако је осумњичени односно оптужени изнио неистините податке о властитом имовинском стању кривично ће одговарати, нпр. за кривично дјело преваре и материјално у смислу да надокнади нанијету штету.¹³

У законима о кривичном поступку питање подношења захтјева за поствљање браниоца због слабог имовинског стања је дефинисано у смислу да се захтјев упућује судији, а нису ријешена питања предмета захтјева и истинитости података наведених у захтјеву. Садржина захтјева за постављање браниоца због слабог имовинског стања није дефинисана кривичним поступком, те се примјењују *mutatis mutandis* одредбе члана 11 ЗБПП РС из 2008. године и 2013. године прилагођавајући их смислу и духу института постављања браниоца због слабог имовинског стања осумњиченом односно оптуженом у кривичном поступку.¹⁴

Непотпуна законска рјешења у подгледу дефинисања захтјева за остваривање права на бесплатну правну помоћ, као и дефинисања појма слабог имовинског стања стварају простор за различита тумачења што је супротно стандарду правне сигурности.

13 У члану 22 став 3 ЗБПП БиХ је јасно прописано да је одговорност подносиоца захтјева за пружањем бесплатне правне помоћи материјална и кривична. За разлику од законодавца у БиХ, у Републици Српској утврђено је да подносилац захтјева одговара за тачност података у захтјеву, (члн 11 став 2 ЗБПП РС из 2008. године). Законодавац у Републици Српској није прецизирао питање одговорности нити је ограничио да ће подносилац захтјева одговорати само кривично или само материјално. Имајући у виду да се законодавац користи термином одговорност, а притом је не ограничава на један облик одговорности, закључујемо да је и у РС одговорност подносиоца захтјева за тачност података у захтјеву и материјала и кривична.

14 Чланом 11 ЗБПП РС из 2008. године у ставу 1 се дефинише да захтјев за остваривање права на бесплатну правну помоћ подноси Центру уз приложене доказе о испуњености услова на правну помоћ. ЗБПП РС из 2013. године дефинисано је шта се сматра доказима у смислу члана 11 става 1. Законодавац је прописао да се доказима за остваривање права на бесплатну правну помоћ сматрају увјерење надлежног органа о незапослености, увјерење надлежног органа за социјални рад о статусу корисника, потврда о висини примања за запослена лица, увјерење о редовном школовању, рјешење о пензионисању, кућна листа, увјерење о посједовању, односно непосједовању непокретности, увјерење надлежног пореског органа о висини пореске обавезе, овјерена изјава о редовним и повременим примањима и приходима и друге исправе издате од надлежних органа.

У ЗБПП РС из 2008. дефинисано је да је лошег имовинског стања лице које према свом општем имовинском стању и стању чланова свог породичног домаћинства нема средства да плати пуномоћника или радње пуномоћника или трошкове поступка, а нити да добије зајам или друга средства без штете за нужно издржавање себе и своје породице (члан 4 став 1 тачка д) ЗБПП РС из 2008).

За разлику од законодавца у Републици Српској који у оцјену слабог имовинског стања узима и могућност добијања зајма или других средстава, оваква могућност није предвиђена у ЗБПП БиХ (члн 4 став 1 тачка г). С обзиром на опредјељење законодавца у Босни и Херцеговини да не узима додатне критеријуме приликом оцјена слабог имовинског стања подносиоца захтјева за бесплатном правном помоћи, мишљења смо да је исти повољнији за кориснике права на бесплатну правну помоћ. Непостојање истих услова за остваривање права на бесплатну правну помоћ за грађане БиХ на различитим нивоима власти указује на могућности неједнаког поступања према грађанима у погледу права на бесплатну правну помоћ у приступу суду или државним органима. Другачије дефинисање шта се сматра слабим иновинским стањем на различитим нивоима власти, доводи до ситуације да грађани Републике Српске када подносе захтјев за пружањем бесплатне правне помоћи, ради оставривања неког права на ниво Републике Српске, имају строжије критерије у оцјени да ли су слабог имовинског стања, него када захтијевају бесплатну правну помоћ ради остваривања неког права пред институцијама БиХ или Судом БиХ.

3.2. Финансијски критеријум као основ права на бесплатну правну помоћ

Питање права на бесплатну правну помоћ по финансијском критеријуму је посебно занимљиво било регулисано у члану 17 става 1 ЗБПП РС из 2008. године. Овим чланом прописано је било да су корисници права на бесплатну правну помоћ по финансијском критеријуму и лица која су душевно обољела смјештена у здравствену установу као и лица којима је одузета пословна способност. Ова категорија лица која су угрожена по основу психичког здравља као уживаоци бесплатне правне помоћи, су лица против којих се не може покренути кривични поступак, а тиме ни стећи својство процесног субјекта осумњиченог односно оптуженог. Лица којима је одузета пословна способност или која су душевно обољела могу се појавити као корисници бесплатне правне помоћи у кривичном поступку само уколико су оштећени кривичним дјелом. У оваквој ситуацији ако су поменуте категорије лица оштећене кривичним дјелом, у свом захтјеву за

бесплатном правном помоћи у кривичном поступку не морају доказивати да су слабог имовинског стања и свој захтјев могу усмјерити само у правцу постављања имовинскоправног захтјева у кривичном поступку.

Корисника бесплатне правне помоћи по финансијском критеријуму, према члану 17 става 1 тачке д) ЗБПП РС из 2008. године могу добити и лица слабог имовинског стања. Лоше имовинско стање корисника права на бесплатну правну помоћ се не цијени на основу личних извора прихода подносиоца захтјева већ и на основу финансијске способности чланова свог породичног домаћинства. Међутим, ако се узима у обзир и финансијска способност и других чланова домаћинства, треба водити рачуна је ли ријеч о фактичкој заједници гдје стицајем прилика живе у истом домаћинству, али имају засебне породице. Законска формулација члана 4 става 1 тачке д) ЗБПП РС из 2008. године упућује на закључак да подносилац захтјева за бесплатном правном помоћи може да је незапослен или да је корисник пензије, али уколико неко од чланова његовог породичног домаћинства има средства да плати пуномоћника, истом се не би одобрио захтјев за постављање браниоца због слабог имовинског стања. Осумњичени односно оптужени ради постављања браниоца због слабог имовинског стања мора да достави доказе који говоре у прилог чињеници да је подносилац овог захтјева као и чланови његове породице лошег имовинског стања.

Једно од битних питања је и у ком моменту се цијени финансијска ситуација осумњиченог односно оптуженог, да ли у моменту подношења захтјева за постављање браниоца због слабог имовинског стања или у моменту доношења правноснажне пресуде. Ако бисмо у трагању за одговором на ово питања слиједили логику да обавеза за измирењем трошкова одбране слиједи по правноснажности и извршности пресуде, онда би се финансијска способност осумњиченог односно оптуженог за измирење трошкова требала цијенити по окончању кривичног поступка. Упориште за овакву тезу имали бисмо и у одлуци Европског суда за људска права у случају *Croissant v. Germany*.¹⁵ У поменутој одлуци Суд је заузео став да није битно да ли је осумњичени односно оптужени имао довољно средстава током суђења, већ је једино значајно након доношења коначне одлуке. Међутим, остаје нам нејасно колико оваква логика Европског суда у случају *Croissant* утемељена, с обзиром на чињеницу да је одлука о постављању браниоца осумњиченом слабог имовинског стања процесно питање које не трпи одлагања о којем се не може одлучивати по окончању поступка него у моменту подношења захтјева оптуженог. Одлука о постављању браниоца оптуженом због слабог имовинског стања је процесно питање, у смислу да се о захтјеву за постављање браниоца оптуженом због слабог

15 *Croissant v. Germany*, European court of human rights, judgement of 1992.

имовинског стања одлучује одмах по пријему захјева, и у том моменту се испитује и његова финансијска способност за сношењем трошкова, а не по окончању поступка.

Право на бесплатну правну помоћ, али не по основу финансијске угрожености, остварују жртве трговине људима и жртве насиља у породици. Овакав закључак црпимо из члан 17 става 1 ЗБПП РС из 2013. године, члана члан 13 став 1 тачка б и 15 став 1 тачка ф ЗБПП БиХ. Право на бесплатну правну помоћ жртвама трговине људима загарантовано је и чланом 15 става 2 Конвенције Савјета Европе о борби против трговине људима. Овом конвенцијом утврђена је обавеза сваке чланице потписнице Конвенције да националним законодавством обезбиједи жртвама трговине људима право на правни савјет и право на бесплатну правну помоћ.¹⁶

Жртве насиља у породици и жртве трговине људима у остваривању права на бесплатну правну помоћ не морају доказивати да су слабог имовинског стања, тј. финансијски угрожени. Слиједећи наведено, могли бисмо закључити да је ријеч о безусловној бесплатној правној помоћи за жртве тешких кривичних дјела у смислу материјалног статуса истих.

4. Бесплатна правна помоћ у кривичном поступку БиХ, односно РС

Бесплатна правна помоћ окривљеном слабијег материјалног стања подразумијева да та помоћ мора бити ефективна и дјелотворна (*Кнежевић*, 2011: 290).

Оптужени слабог имовинског стања ужива права на бесплатну правну помоћ у кривичном поступку. Ово право оптуженог не треба доводити у везу са одредбама о обавезној одбрани оптужених у кривичном поступку. Одбрана лица слабог имовинског стања је условљена формална одбрана вољом осумњиченог односно оптуженог постављањем захтјева за формалном одбраном и слабим имовинским стањем осумњиченог односно оптуженог. Ријеч је о факултативној формалној одбрани. За разлику од факултативне формалне одбране, код обавезе одбране бранилац се поставља по службеној дужности осумњиченом односно оптуженом без обзира на захтјев оптуженог да има или не браниоца.

Осумњичени који према свом имовинском стању не може да плати накнаду и трошкове браниоца биће на његов захтјев постављен бранилац ако не постоје разлози за обавезну одбрану, ако се кривични поступак води за

¹⁶ Конвенција Савјета Европе о борби против трговине људима, бр. 197, Варшава 2005, ступила на снагу у односу на Босну и Херцеговину 1.5.2008. објављено у *Службеном гласнику Босне и Херцеговине*, Међународни уговори бр. 14/2007.

кривично дјело за које се може изрећи казна затвора преко три године или ако то налажу разлози правичности, а трошкови одбране падају на терет буџетских средстава суда, ријеч је о сиромашком праву (Шкулић, 2014:155). Сиромашко право у кривичном поступку како видимо из поменуте дефиниције је резервисано само за главног процесног субјекта уз испуњење кумулативно постављених услова и то материјалних и формалних услова. Материјални услови су слабо имовинско стање оптуженог, кривично дјело од три године или разлози правичности, док се формални односи на захтјев оптуженог за послављањем браниоца по службеној дужности.

Интереси правичности за постављањем браниоца оптуженом слабог имовинског стања ће бити задовољени ако постављени бранилац осигура дјелотворну правну помоћ. Суштина члана 6 став 3 тачке ц) Конвенције није поствљање браниоца лицу слабог имовинског стања, већ пружање правне помоћи. Постављени бранилац треба да испуњава своје обавезе одбране и заступања интереса оптуженог у кривичном поступку. Ове закључке црпимо из одлуке Европског суда за људска права у случају *Artico v. Italy*.¹⁷

4.1. Корисници и пружаоци бесплатне правне помоћи у кривичном поступку

Према члану 8 ЗБПП РС из 2008. сужен је круг пружаоца бесплатне правне помоћи када су у питању одбране у кривичним поступцима. Субјекти који су овлашћени за пружање правне помоћи према законима о бесплатној правној помоћи када је ријеч о кривичном поступку могу бити они који су према законима о кривичном поступку у Босни и Херцеговини, односно Републици Српској овлашћени на одбрану осумњиченог односно оптуженог због слабог имовинског стања у кривичном поступку.

Право одбране осумњиченог односно оптуженог у кривичном поступку имају адвокати који су уписани у именик адвокатских комора у БиХ. Из законских одредаба, члана 6 става 2 тачке б), као и члана 8 става 1 ЗБПП РС неспорно је да бесплатну правну помоћ осумњиченом, односно оптуженом у кривичном поступку пружа бранилац који се поставља, јер је осумњичени односно оптужени слабог имовинског стања. Чланом 12 ставом 2 тачком е) ЗБПП БиХ прописано је да се бесплатна правна помоћ пружа у кривичном поступку у складу са законима о кривичном поступку. Ова одредба упућује на законско рјешење из кривичног поступка, а ЗКП БиХ у члану 39 став 2 прописује да се за браниоца може узети адвокат под условима који су

¹⁷ *Artico v. Italy*, European court of human rights, judgement of 13 May 1980.

прописани у Закону о Суду Босне и Херцеговине. Исту одредбу садрже и ентитетски закони о кривичном поступку, тако је у члану 47 става 2 ЗКП РС прописано да се за браниоца може узети адвокат под условима прописаним законом. Функцију адвоката може обављати лице које је уписано у именик адвокатских комора у БиХ, односно РС или Федерације БиХ.

Подносилац захтјева за бесплатном правном помоћи у кривичном поступку је оптужени који је слабог имовинског стања, а адекватну одбрану истог је могуће осигурати формалном одбарном, постављањем браниоца.

Услови за пружање бесплатне правне помоћи осумњиченом односно оптуженом у кривичном поступку су слабо имовинско стање и захтјев осумњиченог односно оптуженог.¹⁸ Ови услови су постављени кумулативно. Слабо имовинско стање осумњиченог односно оптуженог је чињеница која мора бити утврђена, како би се удовољило захтјеву осумњиченог, односно оптуженог за постављање браниоца. Питање утврђивања слабог имовинског стања осумњиченог, односно оптуженог није дефинисано законима о кривичном поступку, а исто је дефинисано у члану 17 става 2 ЗБПП РС из 2013. године.¹⁹ Сходно наведеном, осумњичени односно оптужени треба да достави неки од доказа који указују да је лошег имовинског стања, као нпр. доказе о незапослености, да је корисник права на старосну пензију и инвалидску пензију. У одредби члана 17 ЗБПП РС из 2013. године прописано је да су корисници и права на бесплатну правну помоћ и жртва насиља у породици. Члан 17 става 2 ЗБПП РС је супротан ставу 1 истог члана јер се у члану 17 став 1 ЗБПП РС каже да право на бесплатну правну помоћ по критеријумима личног својства или статуса пред државним органима оставрују лица која су корисници социјалне заштите према важећим прописима којима се уређује област социјалне заштите. Корисници социјалне заштите према члану 17 става 1 Закону о

18 Види више о одбрани лица слабог имовинског стања Кнежевић, С. (2015) *Кривично процесно право – општи део*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш. 178-179.

19 Законом о измјенама и допунама Закона о бесплатној правној помоћи члан 17 се мијења и гласи да право на бесплатну правну помоћ по критеријуму личног својства или статуса пред државним органима остварују лица која су корисници социјалне заштите, у складу са важећим прописима којима се уређује област социјалне заштите. Ставом 2 истог члана је прописано да право на бесплатну правну помоћ по финансијском критеријуму остварују незапослена лица, лица лошег имовинског стања, корисници старосне и инвалидске пензије и жртве насиља у породици. Такође је прописано да кориснику права на бесплатну правну помоћ коме је ово право утврђено у неком другом предмету у посљедњих шест мјесеци неће се приликом подношења новог захтјева поново утврђивати исто.

социјалној заштити Републике Српске²⁰ су и жртве насиља у породици као и жртве трговине људима. Жртве поменутих кривичних дјела којима се угрожава живот и тјелесни интегритет не морају доказивати материјалну угроженост.

4.2. Примјер из судске праксе у кривичном поступку

Примјери судске праксе о постављању браниоца осумњиченом односно оптуженом слабог имовинског стања, који су били предмет правне анализе у овом дијелу рада, отворили су питање да ли оптужени може уложити жалбу на рјешење о постављању браниоца тек по окончаном кривичном поступку против оптуженог или прије окончања поступка, с обзиром да је ријеч о процесном питању. У пракси смо се сусрели са различитим рјешењима поводом питања када се може уложити жалба на рјешење о постављању браниоца и ко одлучује о истој. Изнијели смо два различита рјешења и у једном и другом случају задовољено је право странке на жалбу. Остало је нејасно које је законито рјешење, посебно имајући у виду чињенице да закон нигдје изричито не прописује да постоји право на жалбу против рјешења о постављању браниоца због слабог имовинског стања.

Основни суд у Бањој Луци у једној од својих одлука о постављању браниоца због слабог имовинског стања осумњиченом односно оптуженом²¹ утврђује да постоји захтјева осумњиченог односно оптуженог за постављањем браниоца и да је исти слабог имовинског стања. Суд у својим одлукама не констатује на којим доказима осумњичени темељи свој захтјев да је слабог имовинског стања, већ само наводи да је из захтјева осумњиченог и доказима које је приложио о имовинском стању видљиво да је исти слабог имовинског стања. У овој одлуци суд је констатовао да постоји право на жалбу на рјешења о постављању браниоца због слабог имовинског стања, у складу са чланом 334 став 3 ЗКП РС. Члан 334 став 3 ЗКП РС прописује да се на рјешења која се доносе ради припремања главног претреса жалба може уложити у жалби на пресуду. За разлику од поменутог рјешења у једном од Рјешења Основног суда Бања Лука о постављању браниоца због слабог имовинског стања²², утврђено је да је дозвољена жалба против овог рјешења Вијећу овог суда у року од три дана.

20 Закон о социјалној заштити Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 37/12, 90/16. Народна скупштина Републике Српске је на сједници 25.4.2019. донијела закључак да упути на јавну расправу Нацрт закона о измјенама и допунама закона о социјалној заштити Републике Српске.

21 Одлука Основног суда у Бањој Луци бр. 71 0 К 216081 15 К од 30.1.2017.

22 Одлука Основног суда у Бањој Луци, бр. 71 К 223081 16 К од 14.3.2017.

У првој одлуци суд констатује да је жалба на рјешење о постављању браниоца могућа у жалби на пресуду, док у другој одлуци се констатује да је могућа жалба у року од три дана ванрасправном вијећу тог суда. Неуједначена правна пракса у погледу истог правног питања доводи до правне несигурности грађана.

Право на правни лијек учеснику у поступку је загарантовано и чланом 13 Конвенцијом, и битно је да то право није ускраћено заинтересованој странци у поступку. У оба случаја није ускраћено право на жалбу, али се намеће питање које је рјешење законито, да ли да се жалба на рјешење о постављању браниоца због слабог имовинског стања може уложити у жалби на пресуду или се жалба на поменуто рјешење може уложити вијећу тог суда.

У ЗКП РС нисмо наишли одредбу која се бави конкретним питањем у датим случајевима и која би нам омогућила да разјаснимо наметнуту дилему. Законска одредба из кривичног поступка која се бави питањем постављања браниоца због слабог имовинског стања не регулише питање права на жалбу у погледу донесеног рјешења о постављању браниоца због слабог имовинског стања, нити дефинишу ко одлучује о истој.

Законодавац у члану 24 став 5 ЗКП РС прописује да у вијећу од тројице судија суд одлучује о жалбама против рјешења када је то одређено ЗКП РС и доноси друге одлуке ван главног претреса. Сматрамо да је ова законска одредба примјењива у односу на рјешење о постављању браниоца због слабог имовинског стања, јер Вијеће из члана 24 став 5 ЗКП РС одлучује о жалбама против рјешења када је то законом одређено. Законом није прецизирано право на жалбу у погледу рјешења о постављању браниоца због слабог имовинског стања, а с обзиром да је ријеч о процесном питању које не трпи одлагања, основано је да о жалби о рјешењу о постављању браниоца због слабог имовинског стања се расправи без одлагања и не чекајући исход поступка. Испитивањем основаности одлуке о постављању осумњиченом односно оптуженом браниоца због слабог имовинског стања, по окончању поступка за посљедицу може имати укидање пресуде управо због нелегитимности и неоправданости постављања браниоца по овом основу осумњиченом односно оптуженом.

Чланом 334 став 3 ЗКП РС јасно је прописано да се могу изјавити жалбе на рјешења која се доносе ради припремања главног претреса и пресуде, као и да се могу побијати у жалби на пресуду. Овом законском одредбом задовољен је и правни стандард да заинтересованој странци не буду ускраћена права на правни лијек. Један од жалбених разлога за побијање пресуде су и битне повреде одредаба кривичног поступка, како је то

прописано у члану 310 став 1 тачке а) ЗКП РС, а једна од битних повреда одредаба кривичног поступка може бити и повреда права на постављање браниоца због слабог имовинског стања.

5. Закључак

Право на бесплатну правну помоћ имају субјекти у кривичном поступку чији су интереси у кривичном поступку често супротстављени. Институт бесплатне правне помоћи субјектима у кривичном поступку омогућава остваривање основних људских права у кривичном поступку, права на забрану дискриминације, права на слободу и сигурност. Осумњичени односно оптужени у кривичном поступку, као и жртве кривичних дјела правом на бесплатну правну помоћ у кривичном поступку остварује и друга своја основна права, а то је право на одбрану оптуженог и право на заштиту слободе и сигурности жртава кривичних дјела. Стога је институт бесплатне правне помоћи у кривичном поступку у служби не само главног процесног субјекта него и других споредних субјеката кривичног поступка. Бесплатна правна помоћ није резервисана само за сиромашне већ и за лица средњег имовинског стања ако трошкови поступка постану претјерани, на шта нас упућује случај Steel и Morris.

Корисници права на бесплатну правну помоћ у кривичном поступку су и жртве насиља у породици и жртве трговине људима. Жртве насиља у породици и жртве трговине људима у остваривању права на бесплатну правну помоћ не морају доказивати да су слабог имовинског стања, тј. финансијски угрожени. Слиједећи наведено, могли бисмо закључити да је ријеч о безусловној бесплатној правној помоћи за жртве тешких кривичних дјела у смислу материјалног статуса истих.

У смислу радњи којима се остварује правна помоћ, своди се на *непосредну правну помоћ* и *посредну правну помоћ*. Непосредна правна помоћ у кривичном поступку се огледа кроз формалну одбрану оптуженог због слабог имовинског стања у кривичном поступку, а посредна правна помоћ у кривичном поступку своди се на ослобађање оптуженог од дужности да сноси трошкове одбране, јер је слабог имовинског стања.

Питање финансијске способности осумњиченог односно оптуженог да сноси трошкове одбране је било предмет правног разматрања у раду. Имајући у виду да обавеза за измирењем трошкова одбране слиједи по правноснажности и извршности пресуде, стога се финансијска способност осумњиченог односно оптуженог за измирење трошкова треба цијенити по окончању кривичног поступка. Упориште за овакву тезу имали бисмо и у одлуци Европског суда за људска права у случају Croissant v.

Germany. У поменутој одлуци Суд је заузео став да није битно да ли је осумњичени односно оптужени имао довољно средстава током суђења, већ је једино значајно након доношења коначне одлуке. Међутим, остаје нам нејасно колико оваква логика Европског суда у случају *Croissant* утемељена, с обзиром на чињеницу да је одлука о постављању браниоца осумњиченом слабог имовинског стања процесно питање које не трпи одлагања о којем се не може одлучивати по окончању поступка него у моменту подношења захтјева оптуженог. Одлука о постављању браниоца оптуженом због слабог имовинског стања је процесно питање, у смислу да се о захтјеву за постављање браниоца оптуженом због слабог имовинског стања одлучује одмах по пријему захтјева, и у том моменту се испитује и његова финансијска способност за сношењем трошкова, а не по окончању поступка.

Примјери из судске праксе Основног суда у Бањој Луци о постављању браниоца осумњиченом односно оптуженом због слабог имовинског стања, отворили су питање да ли оптужени може уложити жалбу на рјешење о постављању браниоца тек по окончаном кривичном поступку против оптуженог или прије окончања поступка, с обзиром да је ријеч о процесном питању. У судској пракси сусрели смо се са другачијим рјешењима када је ријеч о праву оптуженог на правни лијек на рјешење о постављању браниоца због слабог имовинског стања.

Право оптуженог на браниоца због слабог имовинског стања је основно право оптуженог у кривичном поступку и повреда овог права оптуженог је једна од битних повреда одредаба кривичног поступка која за посљедицу може имати укидање пресуде.

Литература/References

Artico v. Italy (1980) European court of human rights. Judgement of 13 May 1980.

Choudhury, D. Concept of free legal aid-a comparative analysis free legal aid in India, United Kingdom and Australia, *International Journal of Law and Legal Jurisprudence Studies* :ISSN:2348-8212:Volume 3 Issue 3, 104-120. [Electronic version]. Преузето 5.4.2019. <http://ijlljs.in/volume-3-issue-3/>

Croissant v. Germany. European court of human rights. Judgement of 1992.

Johnsen, J. Stawa, G. Uzelac, A. (2010) *Ocjena hrvatskog Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći i njegove provedbe u praksi*, Centar za ljudska prava Zagreb, Zagreb, Oslo, Beč.

Steel u Morris v. United Kingdom. (2005). European court of human rights judgement. 15 February 2005.

SZMAK, S. (2016) Provision of legal services in Poland – free legal aid and legal expenses insurance as selected objects of the recent regulation, *Insurance Review 4/2016, Wiadomości Ubezpieczeniowe*, 4,115-125.

UNODC, Global Study on Legal Aid – Global Report, 2016. [Electronic version]. Преузето 4.6.2019. https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/LegalAid/Global_Study_on_Legal_Aid_-_FINAL.pdf

Водинелић, В. (2007) Правна помоћ у упоредном и нашем праву сада и убудуће, *Правна помоћ*, Центар за унапређивање правних студија, Београд. 15-41.

Димовски, Д. Илић, И. TILOVSKA –KECHEĐI, E. (2018) Примена међународних стандарда о бесплатној правној помоћи, *Беслатна правна помоћ*. Министарство правде Србије. 177-198.

Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода из 1950, ратификована од стране Босне и Херцеговине, *Службени гласник Босне и Херцеговине*. Бр. 6. 1999.

Закон о бесплатној правној помоћи Републике Српске. *Службени гласник Републике Српске*. Бр. 120. 2008.

Закон о допуни Закона о бесплатној правној помоћи, *Службени гласник Републике Српске*. Бр. 63. 2014.

Закон о жупанијском Заводу за правну помоћ. *Службене новине Западно-херцеговачког кантона*. Бр. 14. 2008

Закон о измјенама и допунама Закона о бесплатној правној помоћи РС. *Службени гласник Републике Српске*. Бр. 89. 2013.

Закон о канцеларији за правну помоћ Брчко дистрикта БиХ. *Службени гласник Брчко дистрикта Босне и Херцеговине*. Бр. 19. 2007.

Закон о кривичном поступку Босне и Херцеговине. *Службени гласник Босне и Херцеговине*. Бр. 32/02 03/03, 36/03, 03/04, 26/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09, 33/09, 72/13, 53/17.

Закон о кривичном поступку Републике Српске. *Службени гласник Републике Српске*. Бр. 53/12, 91/17.

Закон о пружању бесплатне правне помоћи Босанско-подрињског кантона. *Службене новине Босанско-подрињског кантона*“, Бр. 2. 2013.,

Закон о пружању бесплатне правне помоћи Босне и Херцеговине. *Службени гласник Босне и Херцеговине*. Бр. 83. 2016.

Закон о пружању бесплатне правне помоћи Унско-санског кантона. *Службени гласник Уско-санског кантона*. Бр. 22. 2012.

Закон о пружању бесплатне правне помоћи, Кантон Сарајево. *Службене новине Кантона Сарајево*. Бр. 1. 2012.

Закон о пружању бесплатне правне помоћи, Кантон Тузла. *Службене новине Тузланског кантона*. Бр. 10. 2008.

Закон о пружању бесплатне правне помоћи. Херцеговачко-неретвански кантон, *Службене новине, ХНК*. Бр. 7. 2013.

Закон о пружању правне помоћи Посавинске жупаније. *Народне новине жупаније Посавске*. Бр. 3. 2010.

Закон о социјалној заштити Републике Српске. *Службени гласник Републике Српске*. Бр. 37/12, 90/16.

Законом о кантоналним министарствима и другим органима кантоналне управе успостављен је Завод за правну помоћ као самостална управна организација која обавља послове давања услуга искључиво особама лошег имовинског стања. *Службене новине Зеничко-добојског кантона*. Бр. 13. 2008.

Илић, Г. (2012) О положају оштећеног у кривичном поступку, *Анали Правног факултета у Београду*, LX, 1/2012, 137-158.

Кнежевић, С. (2011) Сиромашко право у кривичном поступку. *Заштита људских права и слобода у вријеме европске кризе*, X међународни тематски скуп, Тара. 286-297

Кнежевић, С. (2015) *Кривично процесно право – општи део*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш.

Конвенција Савјета Европе о борби против трговине људима, бр. 197, Варшава 2005, ступила на снагу у односу на Босну и Херцеговину 1.5.2008. *Службени гласник Босне и Херцеговине*. Међународни уговори бр. 14/2007.

Одлука Основног суда у Бањој Луци бр. 71 0 К 216081 15 К од 30.1.2017.

Одлука Основног суда у Бањој Луци, бр. 71 К 223081 16 К од 14.3.2017.

Устав Босне и Херцеговине. Електронска верзија. Преузето 28.11.2017 http://www.ustavnisud.ba/public/down/USTAV_BOSNE_I_HERCEGOVINE_bos.pdf.

Шкулић, М. (2014) *Кривично процесно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2014.

Doc. Milijana Buha, LL.D.,
Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Banja Luka,
Republika Srpska, Bosnia and Herzegovina

THE RIGHT TO FREE LEGAL AID IN CRIMINAL PROCEEDINGS IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

The Institute of Free Legal Aid enables subjects in criminal procedure to exercise their basic human rights in criminal proceedings: the right to non-discrimination, the right to liberty and security. Free legal aid is reserved not only for the poor but also for middle-income people, if the costs of the proceedings become exorbitant (as rules in Steel and Morris case). Victims of domestic violence and trafficking are also entitled to free legal assistance in criminal proceedings. Victims of serious crime do not have to prove their poor financial standing. Free legal aid is unconditional for victims of serious crime.

Free legal aid may be provided in the form of direct legal aid and indirect legal aid. Direct legal assistance in criminal proceedings is, for example, ex officio defense of a poor defendant; indirect legal assistance in criminal proceedings is, for example, the release of the accused from the duty to bear the costs of defense because of his poor financial situation. The issue of the financial capacity of the suspect or the accused to bear the defense costs is addressed in this paper. The obligation to pay the defense costs is followed by a final and enforceable judgment; therefore, the financial capacity of the suspect or the accused to pay the costs should be assessed upon completion of the criminal proceedings. This thesis may be supported by the decision of the European Court of Human Rights in the case of Croissant v. Germany. In this case the Court took the view that it did not matter whether the suspect or the accused had sufficient resources during the trial, it is only significant after the final decision has been made. The decision to appoint a counsel for a poor defendant is a procedural issue which must be resolved immediately. The poor financial status of the defendant is assessed at the time the request for granting the status of a poor defendant is received.

The examples from the case law of the Basic Court in Banja Luka on appointing a lawyer to a poor defendant have raised the question of whether an accused can appeal against a decision to appoint a lawyer only after the criminal proceedings against the accused have been completed or before the trial is closed. In case law, there are different solutions when it comes to the right of the accused to appeal aga-

inst a decision on appointing a counsel for a poor defendant. The poor defendant's right to counsel is a fundamental right in criminal proceedings, and a violation of this right is one of the essential violations of criminal procedure that may result in the revocation of a judgment.

Keywords: *conditional, unconditional, free legal aid, criminal proceedings, subjects of the proceedings.*

Др Борјана Миковић,*
Доцент Факултета политичких наука,
Универзитет у Сарајеву, Федерација БиХ

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfno-22962

347.645-056(091)(497.6)
347.155-056(091)(497.6)
Радад примљен: 11.09.2019.
Радад прихваћен: 30.03.2020.

ИСТОРИЈСКИ РАЗВОЈ ИНСТИТУТА СТАРАТЕЉСТВА НАД ОСОБАМА КОЈИМА ЈЕ ОДУЗЕТА ИЛИ ОГРАНИЧЕНА ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ С ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА БОСНУ И ХЕРЦЕГОВИНУ**

Апстракт: *Институт старатељства над пунољетним особама има дуги историјски развој, већином усмјерен ка неопходној бризи о штићеницима, при чему се и сврха његове примјене, зависно од историјских прилика и времена доношења законодавства, различито одређивала.*

С тим у вези данас се у савременом праву овај институт посебно односи на особе које нису способне или нису у могућности саме се бринути о себи, својим правима, интересима и обавезама.

Историјско-правни развој овог института, односно први подаци о старатељству вежу се за римско право, чија законска рјешења највећим дијелом садржи и аустријски Општи грађански законик (1811), који је, уз примјену шеријатског права за Муслимане, у периоду аустроугарске владавине и вријеме Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, био важећи за правна подручја Хрватске, Словеније, Далмације и дијела Истре, док је Србија донијела посебан Закон о старатељству (1872).

По завршетку Другог свјетског рата у новој Југославији донесен је први Основни закон о старатељству (1947), који је касније замијењен новим, Основним законом о старатељству (1965). Овај закон у Босни и Херцеговини примјењиван је све до доношења Породичног закона Социјалистичке Републике Босне и Херцеговине (1979).

Данас у Босни и Херцеговини постоје три породична закона који нормирају традиционалну примјену института старатељства над пунољетним особама.

Кључне ријечи: *старатељство над пунољетним особама, историјски развој, законодавство, одузимање/ограничење пословне способности.*

* borjana.mikovic@fpn.unsa.ba

** Радад је изложен на Међународној конференцији „Право и мултидисциплинарност“, одржаној 12–13. 4. 2019. на Правном факултету у Нишу.

1. Увод

Институт старатељства, посматран у контексту историје развоја људске цивилизације, карактеришу различити облици, сврха и циљеви, с тим да је његова примјена готово од првих почетака, поред дјеце, континуирано била везана и за један број пунољетних особа, посебно оних са интелектуалним и душевним сметњама, односно болестима. С друге стране, како је у дугом историјском периоду бригу о неспособним појединцима водила искључиво њихова породица, сасвим је разумљиво да данас старатељство у већини држава чини дио породичног права (Alinčić, Hrabar, Jakovac-Lozić, Korać Graovac, 2007: 366).

Такође, у правној литератури се не само старатељство над пунољетним особама него и сврха која се жели постићи његовом примјеном, зависно од историјских прилика и времена доношења одговарајућег законодавства, различито одређивала. Такво стање посебно је карактеристично за Босну и Херцеговину (БиХ), која је све до осамостаљења (1992), дуги историјски период била под окупацијом Турске и Аустро-Угарске, а потом и дио државне заједнице обје Југославије. Слична ситуација у дијелу законског нормирања старатељства током дугог временског периода била је и у другим балканским државама, гдје је законодавство из ове области добрим дијелом било повезано са државно-политичким статусом земље.

Једна од битних карактеристика, која је континуирано присутна кроз цјелокупни период примјене института старатељства над пунољетним особама, јесте да се овај институт од првих грађанских кодификација, укључујући и право старе Југославије, које су готово у цијелости преузимале начела класичног римског права, све до данас примјењује посебно над особама с душевним сметњама којима је одузета или ограничена пословна способност. Такође, дуги временски период основна сврха, односно циљ који се желио постићи примјеном института старатељства над пунољетним особама била је заштита и управљање њиховом имовином без одговарајуће бриге о њиховој личности и правима. У прилог томе говоре и одредбе Грађанског законика Србије (1844), који је заправо био „само скраћени превод аустријског ОГЗ-а“ (Radović, 1975: 255). Сходно наведеном једно од одређења старатељства у овом закону гласи: „Има извјесних лица као што су малољетници, умоболни итд. који истина могу бити субјекти права, али који су неспособни за правне радње, тј. који су неспособни да свршавају своје послове и који стога стоје под особитом заштитом закона“ (Перић, 1923: 57).

Овакво законско одређење прави разлику између субјекта права (биће које може бити носилац права и дужности, особа у правном смислу) и

пословне способности (способност склапања правних послова/радњи, односно правним пословима/радњама производити правне учинке). Другим ријечима, то значи да су особе које су неспособне за правне послове/радње, након стављања под старатељство, под особитом заштитом закона/државе.

У посматраном периоду радило се о правном партикуларизму, из којег су извирале неуједначности у оквиру правног система, а посебно у материји породичног права, што је чак и у периоду трајања Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца (стара Југославија), утицало на различите приступе у одређењу старатељства. Међутим, у овом периоду по први пут долази до промјене у одређењу сврхе старатељства над пунољетним особама у смислу да се путем старатељства поред старања о имовини штићеника треба старати и о његовој личности. С тим у вези, у правној литератури из овог периода, једно од првих одређења старатељства гласи: „Старатељство се може описати као јавна функција поверена од стране државе нарочито способној и погодној личности, а која се функција састоји у старању о личности и имовини свих лица, која не би била у стању да се сама брину о себи, дакле таквих лица којима је оваква заштита, у облику старања о њима, потребна“ (Марковић, 1920: 215). Наведеним одређењем се старатељство сматра „јавном функцијом“ уз обавезу старања о личности и имовини особе која није у могућности да се сама брине о себи, својој личности и правима. Истовремено, оваквим одређењем старатељства над пунољетним особама на подручју старе Југославије долази до стварања претпоставки, односно промјени раније превладавајућег схватања да је заштита ових особа обавеза породице, а не друштва. Такво одређење готово три деценије касније нормирано је и у одредбама Основног закона о старатељству (ОЗС /1947/), који је као савезни закон усвојен на нивоу ФНРЈ. У овом закону старатељство се одређује као: „Заштита малолетника који нису под родитељским старањем и других лица која су неспособна или у немогућности да се старају о својој личности и да штите своја права и интересе и да чувају и управљају својом имовином.“¹

Цитирано одређење старатељства над особама којима је одузета или ограничена пословна способност, поред тога што под старатељством над пунољетним особама подразумева нарочити вид друштвене заштите, тежиште ставља на заштиту личности и права, а потом на заштиту имовине особе стављене под старатељство. Таква заштита је била колико у интересу појединца/особе под старатељством, толико и у интересу заједнице. „Та два интереса – интерес појединца и интерес заједнице – у социјалистичком друштву тијесно су повезана... Такве особе

1 Чл. 1 Основног закона о старатељству (1947), *Сл. лист ФНРЈ*, 30/47.

добивају старатеља да би њихови интереси били боље заштићени, да се душевно болесни или алкохоличар евентуално излијечи, да се оспособе за привређивање, но то је уједно и у интересу заједнице, јер тиме добива корисног члана, односно барем се заштићује да таква особа не оштећује своју околину, не прави изгреде, не крши јавни ред итд“ (Prokop, Alinčić, 1968: 15).

Доношењем новог Основног закона о старатељству на нивоу СФРЈ (ОЗС /1965/), сврха старатељства над пунољетним особама/штићеницима нормирана је као: „заштита њихове личности, која се остварује првенствено збрињавањем, лечењем и оспособљавањем за самосталан живот.“² Цитирано одређење упућује на закључак да је у заштити личности пунољетних особа под старатељством фокус стављен на њихово збрињавање, чији је нераскидиви дио лијечење и оспособљавање, иако је у пракси то већином подразумијевало институционални смјештај који и данас у БиХ, за велики број пунољетних особа под старатељством, траје доживотно. Уз наведено, у истом члану овог закона нормирано је: „Старатељство има за сврху и обезбеђивање имовине и осталих права и интереса лица под старатељством.“³ Стога се може закључити да је у цитираним одредбама одређења сврхе старатељства тежиште стављено на заштиту личности и права пунољетних особа којима је одузета или ограничена пословна способност,⁴ а потом на чување и заштиту њихове имовине, јер „брига за имовину значи индиректно и брига за личност“ (Prokop, Alinčić, 1968: 13). Такође, из цитираних одредаба, за разлику од раније превладавајућег патријархалног схватања старатељства као породичне установе, иако у њима нема ни ријечи о праву на поштовање људског достојанства, као кључно садржи одређење да је старатељство институт од друштвеног значаја.

Породични закон Социјалистичке Републике Босне и Херцеговине (ПЗ СР БиХ/1979/), до чијег је доношења био на снази ОЗС (1965), први пут искључиво за ову бившу републику у саставу СФРЈ уређује област старатељства, уз сљедеће одређење: „Друштвена заједница старатељством пружа посебну заштиту малољетној дјечи која нису под родитељским старањем и пунољетним лицима која нису способна или која нису у могућности да се сама старају о својој личности, правима и интересима.“⁵

2 Чл. 2, ст. 2 ОЗС (1965), *Сл. лист СФРЈ*, 16/65.

3 Чл. 2, ст. 3 ОЗС (1965).

4 Чл. 44 ОЗС (1965) гласи: „Лица која су одлуком суда дјелимично или потпуно лишена пословне способности орган старатељства ће ставити под старатељство.“

5 Чл. 13 ПЗ СР БиХ, *Сл. лист СР БиХ*, 21/79 и 44/89.

Дато одређење, иако слично одређењу старатељства у ОЗС (1965), поред обавеза друштвене заједнице да примјеном института старатељства обезбеди свеобухватну заштиту пунољетним особама којима је одузета или ограничена пословна способност,⁶ посебан акценат ставља на заштиту личности пунољетних особа које нису способне или које нису у могућности да се „саме старају о својој личности“.

Данас три актуелна породична закона у БиХ, односно Породични закон Федерације БиХ (ПЗ ФБиХ), Породични закон Републике Српске (ПЗ РС) и Породични закон Брчко Дистрикта БиХ (ПЗ БД), старатељство над пунољетним особама којима је одузета или ограничена пословна способност одређују готово истовјетно, уз нагласак да је то облик заштите пунољетних особа које нису способне, или које нису у могућности старати се о себи, својим правима, интересима и обавезама.⁷ У истом контексту, с обзиром да сврха старатељства у бити и произлази из самог одређења овог института, чија је кључна одредница заштита штићеника, ПЗ ФБиХ и ПЗ БД сврху старатељства, за разлику од ПЗ РС који то не нормира, одређују као облик заштите „особности и интереса пунољетних штићеника, нарочито њиховим лијечењем и оспособљавањем за самосталан живот и рад,⁸ што се у пракси за већину пунољетних особа под старатељством у БиХ још увијек готово и не остварује.

С друге стране, данас је, посебно захваљујући развоју људских права, институт старатељства над пунољетним особама у већини савремених држава свијета све више прожет различитим захтјевима и интервенцијама који се крећу од радикалних измјена до његовог потпуног укидања. Овакав приступ, уз инсистирање на примјени принципа једнакости пред законом, односно подршци у остваривању пословне способности умјесто замјенског одлучивања, посебно је интензивирао након усвајања УН Конвенције о правима особа с инвалидитетом (CRPD). Стога, уколико институт старатељства над пунољетним особама посматрамо као процес који је развојем друштва подложен сталним промјенама, што укључује и континуирано мијењање односа друштва према особама с инвалидитетом, од којих један број њих, најчешће због лошег здравственог стања, није у могућности бринути се о себи, својим правима и интересима, онда су ове интенције разумљиве и неминовне. У истом контексту, може се закључити да у земљама региона институт старатељства има дуги историјски развој. Тај развој је већином обиљежен одговарајућим промјенама које су, у мањој

6 Чл. 206–210 ПЗ СР БиХ.

7 Чл. 160, ст. 1 ПЗ ФБиХ, *Сл. новине ФБиХ*, 35/05, 41/05 и 31/14; Чл. 11 ПЗ РС, *Сл. гласник РС*, 54/02, 41/08. и 63/14; Чл. 141, ст. 1 ПЗ БД, *Сл. гласник БД БиХ*, 23/07.

8 Чл. 161 ПЗ ФБиХ; Чл. 142 ПЗ БД.

или већој мјери, биле усмјерене ка бољој заштити и друштвеној бризи о особама којима је одузета или ограничена пословна способност, што чини неопходну претпоставку за њихово стављање под старатељство.

2. Римско право и аустријски Општи грађански законик: основне поставке и законска рјешења института старатељства

Историјски гледано, први подаци о старатељству вежу се за римско право које разликује два облика старатељства: *tutela* (туторство) и *cura* (кураторство). Први облик старатељства се односи на „недорасле (*impubes*) и жене (*mulierum*), ако су били *sui iuris*, те се нису налазили ни под *patria potestas* ни у *manusu*, налазили су се под туторством (*tutela*). На том темељу разликују се у римском праву *tutela impuberum* и *tutela mulierum*“ (Horvat, 1998: 88). Други облик, старатељство над пунољетним особама (*cura*), иако не постоје прецизни подаци о његовој примјени, установа је која се још у Закону XII таблица (450 г. пр. Христа), првој и најважнијој кодификацији римског грађанског права, веже првенствено за душевно болесне особе, луде (*cura furiosi*), а потом расипнике (*cura prodigi*).⁹ Стога поједини аутори сматрају да је према овом основном типу дошло до „примјене скрбништва у различитим другим случајевима гдје је било потребно пружити помоћ некој дораслој особи која због ограничене дјелатне способности или због тјелесних мана (нијемима, глухи, болесни – *cura debiliū personarum*) није била способна или је била спријечена (нпр. због одсутности – *cura absentis*) да управља својом имовином или да се сама заступа“ (Horvat, 1998: 92).

За област савременог породичног права, међу различитим узроцима одузимања или ограничења пословне способности, примјена института старатељства, преузетог из римског права, поред *cura furiosi* (старатељства над особама с душевним сметњама)¹⁰ и *cura debiliū personarum*

9 Таблица V Закона XII таблица под насловом „Туторство и наследно право“ садржи сљедеће одређење: „7а. Ако је неко душевно болестан, нека власт над њим и његовом имовином имају агнати и гентили. 7б. ... ако му није био (постављен) чувар... 7ц. Закон XII таблица забрањује расипнику да управља својом имовином. Закон XII таблица налаже да расипник коме је забрањено (управљање) имовином буде под старатељством агната.“ Преузето 29. 03. 2020. https://www.harmonius.org/sr/pravni-izvori/pravo-eu/privatno-pravo/Zakon_12_tablica%20.pdf

10 „*Furiosi vel eius, cui bonis interdictum sit, nulla est voluntas*“ – „Душевно болесни или особа којој је забрањено располагати (својом) имовином (расипник) немају (правно релевантну) вољу (тј. не могу располагати својом имовином)“ (Romac, 1998: 265).

(старатељство над старијим, немоћним и тешко/трајно болесним)¹¹ издваја се и *cura prodigi* (старатељство над расипником).¹²

Старатељство над одраслим особама у римском праву, на почетку приватна ствар породице, чија је основна сврха била заштита породичних интереса, временом постаје све више обавеза и дужност државе, чиме заштита интереса особе и њезине имовине постепено долази до изражаја. Истовремено, институт старатељства у римском праву био је условљен карактеристичним устројством римског државног уређења, чије су битне одреднице били патријархат и класно уређење, тако да је његова примјена била могућа само за слободне грађане. Другим ријечима, само слободни грађани, било да се радило о недораслим, женама или одраслим душевно болесним, расипницима и осталим за које је старатељство било законом предвиђено, могли су бити стављени под старатељску заштиту (Prokor, Alinčić, 1968: 4–5).

Наставак и прихватање већине законских рјешења у области старатељства над пунољетним особама датих у римском праву, садржани су и у посебним одредбама аустријског Општег грађанског законика (ОГЗ) из 1811. године. Припреман око 70 година ОГЗ је био израз времена у коме је стваран, а важио је, без новела, у хрватско-славонском правном подручју (уведен 1852. године) и дијелу Војводине, те за словенско-далматинско подручје, али с новелама. У босанско-херцеговачком правном подручју, поред ОГЗ-а, „за Муслимане у породичним питањима важило је шеријатско право“ (Prokor, 1963: 33). То се односи посебно на период аустроугарске владавине и у вријеме старе Југославије, гдје је шеријатско право примјењивано као персонално право, регулишући породичне, насљедне, брачне и вакуфске односе (Durmišević, 2007: 1055). У вези с наведеним, шеријатски судови су, између осталог, били надлежни за: „постављање старатеља малолетним муслиманима и стављање пунолетних муслимана под старатељство као и укидање старатељства и проглашавање малолетних муслимана пунолетним“ (Lević, 2011: 224). Примјена шеријатског права у босанскохерцеговачком подручју престаје одмах по стварању ФНРЈ, 5. марта 1946. године, доношењем Закона о укидању шеријатских судова на подручју Народне Републике Босне и Херцеговине.

11 „*Sed et mente capitis et sursis et mutis et qui morbo perpetuo laborant, quia rebus suis superesse non possunt curatores dandi sunt*“ – „Али и онима који су *mente capitis* те глухом и нијемом, као и оном тко је схрван трајном болешћу, ако не могу управљати својим пословима (имовином), треба дати куратора“ (Ромац, 1982: 192–193).

12 „*Prodigi nulla voluntas*“ – „Расипник нема (правно релевантну) вољу. (Расипник није потпуно, дјелатно способан)“ (Ромац, 1998: 596).

Општи грађански законик, модернизирани новелама три пута (1914, 1915. и 1916) (Prokop, 1963: 17), детаљно и прецизно разрађује туторство (параграф 187–268) и скрбништво (параграф 269–284), институте којима се штите особе које из различитих разлога нису у стању водити рачуна о својим пословима (Rušnov, s.a.: 289). Овдје такође треба истаћи да се, и поред у литератури присутних двоумљења (Rušnov, s.a.: 291) везаних за разликовање дефиниције између туторства и старатељства, туторство односи на особе које су под очинском влашћу, малољетне особе, а старатељство на пунољетне особе које нису у стању саме о себи водити бригу. Овакав став има упориште у самом ОГЗ, који у параграфу 270 прецизно утврђује случајеве старатељства, међу којима су и они „код пунољетника који су полудјели или постали слабоумни“ (Rušnov, s.a.: 338).

Према одредбама ОГЗ-а, старатељство је имало јавно правни карактер, о чему говори обавеза да се судска одлука о стављању одређене особе под старатељство, као и именовању старатеља, јавно огласи. „Овај ће се изрок на судници прибити и три пута огласити у службених новинах, а и приобћити односном кр. јавном биљежнику, у чијем котару се то догоди“ (Rušnov, s.a.: 341). ОГЗ такође, у чл. 283 утврђује, да старатељство над особом која је душевно болесна престаје кад она оздрави, односно ако се „луди или слабоумни опаметио“, а што се „има просудити последије точнога развидјења околности из трајућега искуства... заједно из свједочанства љекара, одредјених по суду да извиде стање луда или слабоумна“ (Rušnov, s.a.: 349).

Анализом ОГЗ-а из данашње перспективе, може се констатовати да је основна карактеристика великог броја његових одредаба, везаних за поступак одузимања пословне способности и старатељство над пунољетним особама, невјероватна прецизност и готово идентично нормирање као у савременом праву бројних држава свијета.

3. Старатељство над пунољетним особама у законодавству Краљевине Југославије

Стварањем Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца (1918) формирана је државотворна заједница етнички сродних југословенских народа у којој је грађанско, а тиме и породично право остало готово у цијелости неунифицирано.¹³ Стога је старатељство над особама којима је одузета

13 Рад на унификацији грађанског права, започет одмах по уједињењу у оквиру Министарства правде, односно Приватноправног одсека за област грађанског права (1921), за двадесетак година трајања старе Југославије није завршен. Израда нацрта грађанског законика, која је трајала готово 14 година, уобличена је као „Предоснова

или ограничена пословна способност, које је дјелимично било породична установа, с обзиром да је у држави егзистирало шест правних подручја, било уређено различито. Најважнији закон примјењиван у овој области за правна подручја Хрватске, Словеније, Далмације и дио Истре био је ОГЗ, док је Србија донијела посебан Закон о старатељству (1872), чије су основне одреднице, уз неке мање важне промјене, биле исте као и код ОГЗ-а. На подручју Војводине важио је мађарски Закон о туторству и старатељству (1877), који је такође садржавао углавном исте карактеристичне одредбе ОГЗ-а (Prokor, Alinčić, 1968: 9–10). У свим побројаним законима институт старатељства над пунољетним особама примјењиван је у случајевима душевних болести, глухонијемости и сл.

Специфичност примјене института старатељства у старој Југославији била је то што је за Муслимане, без обзира на подручје, важило шеријатско право које се заснива на Кур'ану и другим светим/вјерским књигама. Заједничка карактеристика овог права, чија је примјена била присутна посебно у великом дијелу БиХ, с тадашњим правом европских држава била је његова заснованост на патријархалном систему односа у породици.

Шеријатско право, код регулисања неовлаштеног вршења туђих послова, нагласак ставља на једно од својих општих правила које прописује да: „нико не може пословати с имовином другога без његовог допуштења. Лице које послује с туђом имовином без законске дозволе назива се „неовлашћени заступник“ (*el-fuduli* или *negotiorum gestor*). Заступништво, закуп или зајам дозвољавају употребу имовине оног тко закључи такав уговор. Старатељство садржи правно допуштење које је закон дао старатељу да управља пословима штићеника, као кад отац управља имовином свога малољетног сина“ (Karčić, 2011: 227). Ово право, такође, наглашава значај мотива или циља у уговору који „мора бити постојећи, допуштен и ваљан,“ као и посједовање неопходне способности уговорних страна „да уђу у уговорене обавезе уколико желе да уговор буде ваљан.“ Наведено захтијева посједовање правне способности, која се стиче рођењем, и пословне способности, која се стиче „наступањем времена душевне зрелости.“ Како се „неспособност ограничава на категорију лица под старатељством“ најбитнији случајеви за одузимање и ограничавање пословне способности

Грађанског законика за Краљевину Југославију“ (1935), чиме су, изузев бројних стручних расправа, престале даље активности везане за његово усвајање. Иначе, сам текст Предоснове, који је био израђен по угледу на ОГЗ, није садржавао битне новине, изузев што је брисао присутне разлике између појединих правних подручја. Као и код ОГЗ-а, у његовом првом дијелу, од укупно четири поглавља, посљедње поглавље је носило наслов „О штитништву (туторству), скрбништву (старатељству) и помоћништву“ (Radović, 1975: 271).

код пунољетних особа, како би се ставиле под старатељство, поред ропства, које данас нема практични значај, су: „умоболност, расипништво, дуг, смртна болест, а по неким правницима под старатељством су и жене и пијанице“ (Kačić, 2011: 235–236).

Специфичност шеријатског права је да не прецизира године стјецања пунољетства које везује за настанак пубертета, навршених 15 година живота, односно док одређена особа не покаже потребну душевну зрелост и разумијевање.

Сва суптилност приступа у примјени института старатељства над пунољетним особама у шеријатском праву можда је најконкретније приказана у ставу правника који се изјашњавају против старатељства над расипницима, образлажући да је старатељство над слободним човјеком „неваљано пошто је старатељство контрола над душом, па је зато душа важнија него имовина“ (Kačić, 2011: 237). Исто се односи и на ваљаност склапања уговора с пијаном особом, с обзиром на то да је „услов за склапање правних послова способност за расуђивање, а пијано лице је лишено такве способности“ (Kačić, 2011: 238).

На основу презентираних може се закључити да се старатељско право у свих шест правних подручја старе Југославије међусобно није битно разликовало. За све њих, укључујући дијелове БиХ али и дијелове Србије и Војводине, без обзира на одређене модификације и обухваћеност примјене, заједничка карактеристика била је примјена модела који је прихваћен у ОГЗ. Такође, може се закључити да се као заједничка карактеристика института старатељства над пунољетним особама у старој Југославији издваја и то да је овај институт имао јасно изражену патријархалност с приватно-власничким елементима. Стога је за претпоставити да су поједине категорије сиромашних, нпр. особе с душевним сметњама без имовине, и поред тога што им је друштвена помоћ и брига била неопходна, већином биле препуштене саме себи без породичног и друштвеног интереса за обухват овим обликом заштите.

4. Институт старатељства над пунољетним особама у законодавству нове Југославије

У новој Југославији, по завршетку Другог свјетског рата, врло брзо се приступило доношењу законодавства у области старатељства. Један од првих закона, други по реду, донесен на савезном нивоу, био је Основни закон о старатељству (1947). Овај Закон је готово 20 година касније (1965) замијењен новим, такође савезним, Основним законом о старатељству.

Већ самим доношењем првог ОЗС (1947), који је требао бити надопуњен републичким законима о вршењу старатељства,¹⁴ чији је кључни циљ био заштита великог броја дјеце која су у рату остала без оба родитеља, институт старатељства добива посебан значај с основним циљем заштите личности штићеника (Prokor, Alinčić, 1968: 12). За разлику од ОЗС (1947), који поред сврхе старатељства над малољетним особама нормира и „старање о личности других особа стављених под старатељство“,¹⁵ Устав ФНРЈ (1946) у својим одредбама издваја само малољетне особе које „стоје под нарочитом заштитом државе“, изостављајући друге/одрасле особа које нису у стању да се старају о својој личности и имовини (Prokor, Alinčić, 1968: 12). Овакво уставно одређење, иако дискриминирајуће, не може умањити чињеницу да је у новој Југославији доношењем ОЗС дошло не само до замјене раније превладавајућег породичног старатељства државним старатељством него и до све више присутног схватања да је заштита особа којима је пословна способност одузета колико у интересу њих самих и њихових породица, толико и у интересу друштва. Овим је старатељство над пунољетним особама у новој Југославији постало институт општедруштвеног карактера. У прилог наведеном говори и податак да је доношењем новог Устава СФРЈ (1963) институт старатељства добио потпуно значење сљедећом одредбом: „Под посебном заштитом друштвене заједнице су малољетници о којима се родитељи не старају и друга лица која нису у могућности да се сама брину о себи и заштити својих права и интереса.“¹⁶ Наведено одређење предвиђа и Устав СФРЈ (1974)¹⁷ који, као и устави социјалистичких република и покрајина, у цијелости преузима цитиране одредбе из Устава СФРЈ (1963). Сходно наведеном уставном рјешењу, ОЗС (1965) сврху старатељства над малољетним и пунољетним особама прописује одвојено, што је у тадашњим условима донекле разумљиво, посебно ако се има у виду старосна доб штићеника и њихове различите потребе. У истом контексту, поред усклађивања члана 1 ОЗС (1965) с напријед цитираним одредбама члана 57, става 2 Устава СФРЈ (1963), у ОЗС (1965) такође је дошло до престилизације сврхе старатељства над пунољетним особама у односу на стари ОЗС (1947), што је у овом раду већ истакнуто.

Новину у ОЗС (1965) чини и одредба којом се за све особе под старатељством, без обзира на године старости, нормира јединствен термин штићеник.¹⁸

14 Чл. 54, ст. 1 ОЗС (1947).

15 Чл. 2 ОЗС (1947).

16 Чл. 57, ст. 2 Устава СФРЈ (1963), Сл. лист СФРЈ, 14/63.

17 Устав СФРЈ, Сл. лист СФРЈ, 9/74.

18 Чл. 1, ст. 3 ОЗС (1965).

Овај термин се и данас користи у сва три породична закона у БиХ, али и у породичним законима већине новонасталих држава из састава бивше СФРЈ.

Исто се односи и на појам старатељ/старалац, односно особу чија је законска обавеза да се поред старања о личности, правима, обавезама и интересима штићеника стара и о његовој имовини.

У контексту наведеног остаје чињеница да је у БиХ примјена ОЗС (1965) била на снази све до усвајања републичког ПЗ СР БиХ (1979) у чијем одвојеном дијелу је био регулисан институт старатељства. Примјена овог закона настављена је и послије проглашења БиХ за самосталну државу (1995), при чему је ново законодавство донесено у просјеку нешто више од 10 година по завршетку посљедњег рата у БиХ (1992–1995). Овакво стање, узроковано новим државним уређењем (два ентитета и дистрикт), поред непостојања јединственог породичног закона на државном нивоу, резултирало је и тиме да се данас у БиХ примјењују три породична закона: ПЗ ФБиХ (2005), ПЗ РС (2002) и ПЗ БД (2007), који заједно чине кључно босанскохерцеговачко породично законодавство – *de lege lata*. Заједничка карактеристика сва три закона је да појединачно садрже одвојене готово идентичне дијелове везане за институт старатељства над особама којима је одузета или ограничена пословна способност, што је у супротности с одредбама CRPD, коју је БиХ ратификовала 2010. године. Стога је примјена одредаба из области старатељства, садржаних у сва три породична закона, заједно с одредбама нормираним у другим бројним законима и подзаконским актима, који нису битно мијењани од времена социјалистичког уређења земље и који су такође усвојени на нивоу два ентитета и дистрикта, данас веома компликована. У таквим околностима готово да и не чуди што одређени помаци у области инвалидности и остваривању права особа с инвалидитетом, гдје се посебно издвајају доношење Закона о забрани дискриминације на државном нивоу и ратификација CRPD, до сада нису имали никаквог утицаја на примјену института старатељства над пунољетним особама.

5. Закључак

Развој института старатељства над пунољетним особама, посматран као процес који је од првих почетака његове успоставе па све до данас био прожет сталним промјенама, како у дијелу одређења и сврхе саме примјене старатељства, тако и у дијелу мијењања односа друштва према штићеницима, увијек је био у уској вези са развојем одређеног друштва и односима који су владали у друштву. С тим у вези први подаци о старатељству, који се вежу за римско право, говоре да се његова

примјена над пунољетним особама на првом мјесту односила на душевно болесне и расипнике, а потом и на особе које су физички биле неспособне, нпр. слијепи, глухи, тешко болесни, због чега нису били у могућности да управљају својом имовином. Једном ријечју, у почецима примјене института старатељства, сходно важећим друштвеним односима и развијености римске државе, његова примјена над пунољетним особама била је искључиво у функцији заштите имовине особе која према у закону нормираним узроцима том имовином није могла самостално управљати и сама се заступати. Стога и сама сврха старатељства, која је на почетку била заштита породичних интереса, како старатељство кроз дуги временски период постепено прелази у обавезу државе, све више постаје заштита интереса штићеника и њихове имовине.

У аустријском ОГЗ, који је добрим дијелом био наставак са прихватањем већине законских рјешења из области старатељства над пунољетним особама преузетих из римског права, примјена овог института све више има јавни карактер уз могућност престанка старатељства, уколико нпр. душевно болесна особа оздрави. У том контексту се и данас готово прихватљивим чини то да су у савременом праву бројних држава свијета одредбе о старатељству над пунољетним особама готово идентично нормиране као у ОГЗ, односно у римском праву. То се посебно односи на нормирање узрока за одузимање или ограничење пословне способности, али и на судски поступак и утврђивање неспособности саме особе.

У истом контексту континуитет примјене ОГЗ-а у области старатељства над пунољетним особама био је присутан и у четири од укупно шест правних подручја старе Југославије. Наведено, уколико се изузме Србија, која је посебан закон о старатељству такође заснован на основним поставкама ОГЗ-а, донијела знатно раније (1872), али дјелимично и БиХ, као и друга подручја старе Југославије, гдје су живјели Муслимани, у којима је примјењивано шеријатско право. Овако широко постављена, и на први поглед правно неунифицирана област старатељства над пунољетним особама у старој Југославији, заправо има неколико веома битних, заједничких карактеристика које ову област у свих шест тада присутних правних подручја чини готово идентичним. Једна од тих карактеристика, вјероватно и најбитнија, била је да је за сва правна подручја у мањој или већој мјери била присутна примјена ОГЗ-а, при чему је институт старатељства над пунољетним особама примјењиван у случајевима душевне болести, глухонијемости, расипништва и сл. Друга, такође битна заједничка карактеристика овог института била је његова јасно изражена патријархалност с приватно власничким елементима. То значи да се старатељска заштита на првом мјесту примјењивала на оне чланове

који су располагали одређеном имовином, што значи да су сиромашни појединци без имовине и поред изражене неспособности најчешће били препуштени на бригу породици без одговарајуће старатељске заштите. Насупрот овоме у новој Југославији, након усвајања одговарајућег законодавства о старатељству долази до замјене раније превладавајућег породичног старатељства државним старатељством, које је све до данас остало институт општедруштвеног карактера за све државе тадашње Југославије. У истом контексту, данас већина ових држава, изузев Хрватске и дјелимично Словеније, и поред ратификације CRPD, своје законодавство из области старатељства над пунољетним особама још увијек није ускладила с одредбама овог међународног документа, који умјесто замјенског одлучивања нормира обавезу примјене начела једнакости пред законом, односно подршку у остваривању пословне способности.

Литература/References

Alinčić, M., Hrabar, D., Jakovac-Lozić, D., Korać Graovac, A. (2007). *Obiteljsko pravo* (треће измијенјено и допуњено издање). Zagreb: Narodne novine dd.

Беговић, М. (1957). *Породично право*. Београд: Научна књига.

Durmišević, E. (2007). *Prestanak važenja šerijatskog prava kao pozitivnog prava 1945. godine u Bosni i Hercegovini*. Glasnik Rijaseta Islamske zajednice. 11–12. 1055–1072.

Закон о укидању шеријатских судова на подручју Народне Републике Босне и Херцеговине. *Службени лист Народне Републике БиХ*. Бр. 10. 1946.

Закон о забрани дискриминације БиХ. *Службени гласник БиХ*. Бр. 59. 2009 и 66. 2016.

Zakon XII tablica/*Leges duodecim tabularum*. Преузето 29. 03. 2020. http://www.harmonius.org/sr/pravni-izvori/pravo-eu/privatno-pravo/Zakon_12_tablica%20.pdf.

Karčić, F. (2011). *Studije o šerijatskom pravu i institucijama* (друго допуњено издање). Sarajevo: IC EL – KALEM – Izdavački centara Rijaset Islamske zajednice u BiH.

Lević, E. (2011). *Značaj fonda „Kotarski šerijatski sud Tuzla“ kao primarnog historijskog izvora za rekonstrukciju prošlosti*. Gračanički glasnik – časopis za kulturnu historiju. 32. 223–226.

Марковић, Л. (1920). *Породично право*. Друга књига грађанског права. Београд: Издавачка књижара Геце Кона.

- Основни закон о старатељству. *Службени лист ФНРЈ*. Бр. 30. 1947.
- Основни закон о старатељству. *Службени лист СФРЈ*. Бр. 16. 1965.
- Перић, Ж. (1923). *Породично право – специјални део грађанског права III*. Београд: Банкарска штампарија.
- Породични закон Брчко Дистрикта БиХ. *Службени гласник БД БиХ*. Бр. 23. 2007.
- Породични закон Републике Српске. *Службени гласник РС*. Бр. 54. 2002; 41. 2008 и 63. 2014.
- Породични закон Социјалистичке Републике Босне и Херцеговине. *Службени лист СР БиХ*. Бр. 21. 1979 и 44. 1989.
- Породични закон Федерације БиХ. *Службене новине ФБиХ*. Бр. 35. 2005; 41. 2005 и 31. 2014.
- Prokop, A. (1963). *Porodično pravo – Usvojenje*. Zagreb: Školska knjiga.
- Prokop, A. Alinčić, M. (1968). *Porodično pravo – Starateljstvo*. Zagreb: Sveučilište u Zagrebu.
- Radovčić, V. (1975). *Pokušaj kodifikacije građanskog prava u staroj Jugoslaviji – „Predosnova Građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju”*. Radovi Instituta za hrvatsku povijest Sveučilišta u Zagrebu. 7-1. 249–307.
- Romas, A. (1982). *Latinske pravne izreke*. Zagreb: Globus.
- Romas, A. (1998). *MINEVRA – Florilegium sententiarum latinarum – florilegij latinskih izreka*. Zagreb: Latina et grafeca.
- Rušnov, A. (s. a.). *Tumač Obćemu austrijskomu građanskomu zakoniku* (drugo preprađeno popunjeno izdanje priredio Posilović, S). Zagreb: Knjige I. i II, Knjižare L. Hartmana (Stj. Kugli).
- УН Конвенција о правима особа с инвалидитетом (*Convention on the Rights of Persons with Disabilities*). *Службени гласник БиХ – Међународни уговори*. Бр. 11. 2009.
- Устав СФРЈ. *Службени лист СФРЈ*. Бр. 14. 1963.
- Устав СФРЈ. *Службени лист СФРЈ*. Бр. 9. 1974.
- Horvat, M. (1998). *Rimsko pravo* (deseto izdanje). Zagreb: Školska knjiga.

Doc. Borjana Miković,

Assistant Professor,

Faculty of Political Science, University in Sarajevo

Federation of Bosnia and Herzegovina

**THE HISTORICAL DEVELOPMENT OF ADULT GUARDIANSHIP CONCERNING
PERSONS FULLY OR PARTIALLY DEPRIVED OF CONTRACTUAL CAPACITY,
WITH SPECIFIC REFERENCE TO BOSNIA AND HERZEGOVINA**

Summary

The institute of adult guardianship has had a long historical development, primarily focused on the care needed for the wards. Yet, the purpose of its application has always depended on the historical circumstances and the time when the particular legislation was adopted. In this respect, in modern law, this institute is linked to a particular person who is incapable of taking care of himself/herself or managing his/her affairs, rights and obligations.

The development of this institute in legal history may be traced back to Roman law, which provides the first data on guardianship. These legal solutions were largely accepted in the Austrian Civil Code of 1811, which was the applicable law in Croatia, Slovenia, Dalmatia and partially Istria, in the period of the Austro-Hungarian Empire and at the time of the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenians (along with the application of Sharia Law for Muslims). Serbia adopted a separate Law on Guardianship in 1872.

After the end of World War II, the first Basic Law on Guardianship in the newly established Yugoslavia was adopted in 1947, which was replaced by a new Guardianship Act of 1965. This particular Act was in force in B&H until the adoption of the Family Act of the Socialist Republic of B&H (1979). Currently, the application of the institute of adult guardianship in B&H has been regulated by three separate Family Acts, which will be discussed in this paper.

Keywords: *adult guardianship, historical development, legislation, deprivation/limitation of contractual capacity.*

II ПРИКАЗИ

Први скуп Глобалног форума за избеглице, Женева, 16-18. децембар 2019. године

Глобални форум за избеглице (*Global Refugee Forum*) одржан је први пут од 16. до 18. децембра 2019. године у Палати нација, у Женеви, Швајцарска. Домаћини скупа били су Влада Швајцарске и УНХЦР. Основ за одржавање скупа дат је у Глобалном компакту за избеглице (*Global Compact on Refugees*), усвојеном на 60. пленарној седници 73. заседања Генералне скупштине УН, одржаној 19. децембра 2018. године¹. Глобалним компактом за избеглице је предвиђено одржавање Глобалног форума за избеглице на сваке четири године², а између заседања, на сваке две године ће се одржавати састанци на високом нивоу (*high-level officials' meetings*)³, када ће се правити средњорочно разматрање питања од значаја за примену Глобалног компакта за избеглице (*mid-term review*). Предвиђено је да Глобални форум за избеглице и састанак на највишем нивоу буду кључне компоненте у праћењу примене Глобалног компакта за избеглице⁴.

Глобални компакт за избеглице је израз конкретизације Њујоршке декларације о избеглицама и мигрантима⁵ (*New York Declaration for Refugees and Migrants*) која је усвојена 2016. године, а којом су први пут свеобухватно заједнички разматрана питања избеглица и миграција, те је дошло до приближавања УНХЦР-а и Међународне организације за миграције (ИОМ), али и преузета обавеза за рад на развоју глобалних компаката у овим областима.⁶ Тако је УНХЦР-у поверено старање око креирања Глобалног

* bojantstojanovic@gmail.com

1 UN GA A/RES/73/195 (18 December 2018).

2 UN GA, Report of the United Nations High Commissioner for Refugees, Part II Global compact on refugee, Seventy-third Session, Supplement No. 12 (A/73/12 (Part II)), para. 17.

3 *Ibid.*, para. 19.

4 *Ibid.*, para. 19.

5 UN GA A/RES/71/1 (19 September 2016).

6 О усвајању Њујоршке декларације види више на интернет страници azil.rs. Доступно на: <http://azil.rs/usvajanje-njujorske-deklaracije-o-izbeglicama-i-migrantima-na-istorijskom->

компакта за избеглице, а такође је дефинисана и важна улога ИОМ-а у процесу усвајања Глобалног компакта о сигурним, уређеним и регуларним миграцијама⁷ (*Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration* /Глобални компакт за миграције).

На скупу је учествовало више од 3.000 учесника,⁸ укључујући ту и четири шефа држава и влада, и више од 90 званичника на министарском нивоу, као и представнике 55 међународних организација, 130 компанија и фондација и 250 организација цивилног друштва, спортских удружења, градова, мрежа градова и академске заједнице. Поред њих, скупу су присуствовали представници хуманитарних организација, верских група, али и представници избеглица.⁹ Том приликом, скупу су се обратили представници различитих категорија избеглица (млади, старија лица, студенти и други). Значај учешћа представника избеглица (70 избеглица из држава порекла и 30 из држава пријема) је што су и саме избеглице, као актери на које се односи Глобални компакт за избеглице и Глобални форум за избеглице, имали прилику да искажу своје ставове и учествују у креирању развоја сарадње у циљу поспешивања судбине избеглица.

Одржавању Глобалног форума за избеглице претходиле су опсежне припреме. Тако су од значаја активности предузете у оквиру Свеобухватног оквира за одговор на избегличке кризе¹⁰ (*Comprehensive Refugee Response Framework*) које су подразумевале одржавање пет тематских дискусија и шест формалних консултација одржаних током 2017. и 2018. године. Тако је преко 200 држава и других ентитета узело учешће у припремама како би се унапредио квалитет у посебним областима: подела терета одговорности, образовање, запошљавање и средства за живот, енергетика и инфраструктура, као и решења и заштита капацитета Глобалног форума за избеглице. Владе и други чиниоци одржали су 30 консултација на нивоу

samitu-un/.

7 UN GA A/RES/73/195 (18 December 2018). Красић Богдан (ур.) (2019). Глобални компакт о сигурним, уређеним и регуларним миграцијама. Београд: Београдски центар за људска права.

8 Републику Србију је представљао петочлани тим, од којих су три члана делегације били представници Комесаријата за избеглице и миграције. Листу учесника ГРФ види на интернет страници УНХЦР. Доступно на: <https://www.unhcr.org/5e0075dd7>.

9 Summary of participation and pledges at the Global Refugee Forum. Доступно на: <https://www.unhcr.org/5e20790e4>.

10 Свеобухватни оквир за одговор на избегличке кризе предвиђен је Анексом I Њујоршке декларације. Види пара. 2 Анекса I.

држава и региона у циљу побољшања рада Глобалног форума за избеглице, као и идентификовања могућих обећања (*pledges*) и добрих пракси.¹¹

Представници Србије изразили су приврженост Србије Глобалном компакту за избеглице. Напоменуто је да су у претходном периоду учињени посебни напори у следећим областима: индивидуализовани приступ поступку интеграције избеглица; интеграција избегличке деце и деце тражилаца азила у образовни систем Србије; оснаживање активног укључивања локалних заједница у поступак интеграције избеглица; успостављање механизма за рано и адекватно реаговање у случају хитног или масивног прилива избеглица и успостављање система процене изазова са којима се суочавају избеглице у поступку интеграције у областима запошљавања и становања. Даље, изнели су информације о томе да су власти Србије прихватиле велики број избеглица из Хрватске и Босне и Херцеговине, те интерно расељених лица са Косова и Метохије. Такође, напоменут је допринос у збрињавању избеглица посебно од интензивирања избегличко-мигрантске кризе 2015-2016. године, што се и даље чини. Изражена је спремност за сарадњу са УНХЦР-ом, и другим међународним и невладиним организацијама. Изложен је пример добре праксе регионалне сарадње Србије, БиХ, Црне Горе и Хрватске у погледу решавања питања становања избеглица. Наглашено је да је реализација једног оваквог пројекта неопходна, имајући у виду стотине хиљада избеглица и интерно расељених лица са простора бивше Југославије који немају услове за одржив повратак у своје домове, а чије одсуство из својих домова траје двадесет и више година.

Ко-сазивачи скупа су издвојили десет кључних исхода Глобалног форума за избеглице: ширење базе подршке; веће укључивање националних политика; признавање и поштовање различитости међу расељеним лицима; покретање платформе за подршку три регионална одговора на избегличке кризе; додатни фондови за одговор на избегличке кризе; проширење приступа образовању избеглица; подршка зеленој енергији и напорима за очување здраве животне средине, као и подршка развоју инфраструктуре; активно укључивање приватног сектора; проширивање доступности решења (повратак избеглица, пресељење у треће земље); покретање Групе за подршку капацитетима за азил и Глобалне академске интердисциплинарне мреже (обе настоје да на најбољи начин искористе, надограде и прошире постојеће знање и стручност у вези са различитим

11 Summary of participation and pledges at the Global Refugee Forum. Доступно на: <https://www.unhcr.org/5e20790e4>.

аспектима заштите избеглица и као подршка циљевима Глобалног компакта о избеглицама).¹²

Значај одржавања Глобалног форума за избеглице је изузетно велики, посебно имајући у виду да су на скупу, поред представника држава, учествовали и представници међународних организација, организација цивилног друштва, привредни и непривредни субјекти, али и представници избеглица. У складу са обавезама које су прокламоване Њујоршком декларацијом, као и Глобалним компактом за избеглице, неопходно је формирати механизме надзора испуњења ових докумената, као и мреже за сарадњу свих чинилаца који треба да допринесу реализацији Глобалног компакта за избеглице. Услед свесрдне подршке бројних чинилаца, први Глобални форум за избеглице је успешно реализован и постављен је камен-темељац за наставак сарадње међу свим чиниоцима као и проширење капацитета којима ће се реализовати одредбе Глобалног компакта за избеглице. Одржавање наредног Глобалног форума за избеглице планирано је за 2023. годину, с тим да је у 2021. години предвиђено одржавање средњорочног састанка званичника на највишем нивоу.

12 Види: Summary of the first Global Refugee Forum by the co-convenors, стр. 2-4.

III РАДОВИ СТУДЕНАТА ДОКТОРСКИХ СТУДИЈА

Софија Николић Попадић,*
Истраживачица сарадница
Институт друштвених наука, Београд

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfno-22981

UDK: 351.79:627.51(4-672EU)
Раd примљен: 30.08.2019.
Раd прихваћен: 25.12.2019.

ПРАВНИ АСПЕКТИ УПРАВЉАЊА РИЗИЦИМА ОД ПОПЛАВА**

Апстракт: Директива 2000/60/ЕЗ Европског парламента и Савета о успостављању оквира за деловање Заједнице у области политике вода и Директива 2007/60/ЕЗ Европског парламента и Савета о процени и управљању ризицима од поплава представљају основне прописе на нивоу Европске уније у области заштите од поплава. У Србији је у току поступак усклађивања правне регулативе у тој области са комунитарним правом. У раду су анализирани три фазе управљања ризицима од поплава које предвиђа Директива о поплавама, као и њихово спровођење у појединим европским државама и Србији. Размотрени су актуелни проблеми који су се јавили у поступку имплементације. Посебна пажња је посвећена питањима која се односе на израду и примену карата угрожености од поплава и карата ризика од поплава, а на која упућују искуства појединих земаља у области просторног и урбанистичког планирања и осигурања. У овом тренутку је неизвесно какве ће последице имати примена тих карата у Србији. Питање је у којој мери и у којим областима ће оне бити коришћене. Анализа начина њихове употребе у појединим државама, која је дата у оквиру рада, може представљати полазиште приликом разматрања различитих решења и могућности њиховог интегрисања у домаћи систем. Поред националних мера за смањење ризика од поплава веома је значајна и међународна сарадња у овој области. Због тога је део рада посвећен међународним споразумима о управљању водама, који су од важности за Србију, а садрже одредбе посвећене питању поплава.

Кључне речи: Директиве Европске уније, управљање ризицима од поплава, карте угрожености од поплава и карте ризика од поплава, просторно планирање, непокретности.

* snikolic@idn.org.rs

** Раd је написан у оквиру Програма истраживања Института друштвених наука за 2020. годину који подржава Министарство просвете, науке и технолошког развоја.

1. Увод

Свет се последњих деценија суочава са све учесталијим и обилнијим поплавама. Према подацима Канцеларије Уједињених нација за смањење ризика од катастрофа (*The United Nations Office for Disaster Risk Reduction-UNISDR*), оне чине 47 одсто свих природних катастрофа проузрокованих временским непогодама.¹ Поплаве све чешће угрожавају имовину, здравље и животе великог броја људи. Главни фактори који доприносе оваквом тренду су климатске промене.² Све обилније падавине у појединим деловима света узрокују појаву екстремних поплава³. Ситуацију додатно компликују поступци самих људи, као што су: изградња објеката на обалама река и у плавним подручјима, неодржавање система за одбрану од поплава, непрописно одлагање отпада и сл. Многобројне државе Европе, међу којима је и Србија, последњих година су биле захваћене поплавама које су настале услед екстремних количина падавина. Мајске поплаве 2014. године су у Србији погодиле 1.6 милиона људи. Штета која је настала је процењена на око 1.8 милиона евра.⁴ Та природна катастрофа је отворила бројна питања у области заштите од поплава, укључујући и она која се односе на правну регулативу. Она је представљала импулс за брже усклађивање националног права у тој области са директивама Европске уније.

2. Заштита од поплава на нивоу Европске уније

2.1. Оквирна директива о водама

Основна директива Европске уније о управљању водама је *Директива 2000/60/ЕЗ Европског парламента и Савета о успостављању оквира за деловање Заједнице у области политике вода* (Оквирна директива о водама),⁵ од 23. октобра 2000. године. Њеним доношењем ова област је

1 У периоду од 1995. до 2015. године 2,3 милијарде људи је било погођено поплавама. Centre for Research on the Epidemiology of Disasters Institute of Health and Society, The UN Office for Disaster Risk Reduction. *The Human Cost of Weather-Related Disasters 1995–2015*. Преузето 4. 3. 2019. https://www.preventionweb.net/files/46796_cop21weatherdisastersreport2015.pdf

2 Више о проблему климатских промена видети (Батрићевић, 2018).

3 Са друге стране, глобални пораст температуре узрокује и појаву екстремних суша.

4 Детаљније видети: Европска унија, Уједињене нације, Светска банка, *Поплаве у Србији 2014*, Београд 2014. Преузето 4. 3. 2019. <http://www.obnova.gov.rs/uploads/useruploads/Documents/Izvestaj-o-proceni-potreba-za-oporavak-i-obnovu-posledica-poplava.pdf>

5 Directive 2000/60/EC of the European Parliament and of the Council of 23 October 2000 establishing a framework for Community action in the field of water policy, *Official Journal of the European Communities*, L 327/1.

после тридесет година уређена на јединствен начин.⁶ Уведени су нови приступи у управљању водама, међу којима је и систем управљања према речном сливу, уместо према административним и политичким границама. Основни циљеви директиве су заштита вода, смањење и даље спречавање њиховог загађења, одрживо коришћење вода, смањење утицаја поплава и суша, са крајњим циљем довођења европских вода у добар еколошки и хемијски статус до 2015. године.⁷

2.2. Директива о поплавама

Европу је између 1998. и 2009. године погодило више од 213 разорних поплава које су однеле 1126 живота и причиниле велику материјалну штету (Bakker et al. 2013: 2). То је допринело подизању свести о потреби заједничког деловање на нивоу свих држава у спречавању даљих појава поплава, односно ублажавања њихових последица. Оквирна директива о водама је поставила само основе управљања водама и није могла да одговори на потребе у области заштите од поплава. Због тога је 2007. године донета *Директива 2007/60/ЕЗ Европског парламента и Савета о процени и управљању ризицима од поплава* (Директива о поплавама)⁸ са циљем смањења штетних последица поплава на здравље људи, животну средину, културно наслеђе и привредну активност.⁹ У складу са системом управљања према речном сливу, ради ефикасне заштите од поплава и смањења ризика од штетних последица, поред заједничког и координисаног деловања на нивоу Заједнице, Директивом је предвиђена сарадња са другим државама које нису чланице Европске уније.¹⁰ Њеним доношењем промењен је приступ проблему. Раније је акценат био на одбрани од поплава, док се нови приступ базира на управљању ризицима од поплава, узимајући у обзир вероватноћу настанка поплава и потенцијалне последице које оне могу проузроковати.¹¹

6 Више о регулисању ове материје пре доношења Оквирне директиве о водама, (Тубић, 2015: 1263–1267).

7 Чл. 1–4, т. 1 (а), (iii). Директива 2000/60/ЕЗ.

8 Directive 2007/60/EC of the European Parliament and of the Council of 23 October 2007 on the assessment and management of flood risks, *Official Journal of the European Union*, L 288/27.

9 Чл. 1 Директиве 2007/60/ЕЗ.

10 (3), (5), (6). Директива 2007/60/ЕЗ. Сарадња подразумева и активније укључивање локалних заједница у формулисање стратегија управљања ризицима од поплава. Видети (Rauter et al. 2019: 3–4).

11 Чл. 2, ст. 2 Директиве 2007/60/ЕЗ. Детаљније видети (Bakker et al. 2013: 2; Hartmann, Jünger, 2013: 188).

Директива је конципирана тако да обухвата три фазе које се надовезују једна на другу.

Прву фазу, са роком завршетка до 22. децембра 2011. године, представљала је прелиминарна процена ризика од поплава. Њу је требало спровести на основу расположивих података који, између осталог, садрже и пројекције утицаја климатских промена на настанак поплава. Процену ризика је требало утврдити за свако водно подручје.¹² Она подразумева и израду одговарајуће карте водног подручја која треба да садржи опис историјских поплава и њихових последица, као и процену потенцијалних штетних последица које могу изазвати нове поплаве.¹³

У другој фази је требало израдити карте угрожености од поплава и карте ризика од поплава. Карте угрожености од поплава треба да обухвате области са малом, средњом и великом вероватноћом појаве поплава уз приказивање обима поплаве, дубине, односно нивоа воде и по потреби брзине протока воде.¹⁴ Карте ризика од поплава треба да садрже податке о броју угрожених становника, врсти привредне активности која постоји у угроженом подручју, постојању постројења која могу довести до загађења уколико буду поплавлена, и друге значајне информације.¹⁵ Рок за завршетак ове фазе је био 22. децембар 2013. године.

На основу резултата добијених у претходним фазама, потребно је утврдити планове управљања ризицима од поплава.¹⁶ При томе је неопходно да државе одреде циљеве које треба остварити кроз примену планова, нарочито водећи рачуна о смањењу штетних последица поплава. Након тога је потребно одредити мере за постизање утврђених циљева које не смеју бити такве да значајно повећавају ризике од поплава у државама које се налазе узводно или низводно, осим ако су резултат договора држава чланица.¹⁷ Рок за завршетак ове фазе је био 22. децембра 2015. године.

Неопходно је да прелиминарна процена ризика од поплава, карте угрожености од поплава и карте ризика од поплава, као и планови

12 Водно подручје је „подручје копна и мора, које чини један или више суседних речних сливова заједно са њима припадајућом подземном и приобалном морском водом, које је одређено као основна јединица за управљање речним сливом“. Чл. 2, тач. 15 Директиве 2000/60/ЕЗ.

13 Чл. 4, 5 Директиве 2007/60/ЕЗ.

14 Чл. 6, т. 3–4 Директиве 2007/60/ЕЗ.

15 Чл. 6, т. 5 Директиве 2007/60/ЕЗ.

16 Више о плановима управљања ризицима од поплава и њиховој имплементацији видети (Hartmann, Spit, 2015).

17 Чл. 7 Директиве 2007/60/ЕЗ.

управљања ризицима од поплава буду јавно доступни. Предвиђено је да подаци добијени у наведеним фазама буду преиспитани и ажурирани сваких шест година.

Директивом су постављени само оквири за процену и управљање ризицима од поплава, док је на државама чланицама да утврде конкретне мере за њено спровођење. Немогуће је било применити јединствен систем управљања ризицима од поплава на нивоу свих држава чланица због разлика које постоје у узроцима, врсти и интензитету поплава, потенцијалним штетним последицама и уопште ризику од појаве поплава у свакој држави.¹⁸ Приликом имплементације Директиве о поплавама, неопходно је извршити усклађивање са Оквирном директивом о водама.¹⁹

Доношењем директиве о поплавама први пут је проблему заштите од поплава приступљено на нивоу Европске уније у целини. Раније су у тој области постојали међународни споразуми појединих држава чланица, углавном оних чије територије повезује исти речни басен. Примена све три фазе наведене у Директиви омогућује бољи увид у стварно стање ризика од поплава и адекватнију заштиту на нивоу Европске уније. Решавање проблема на нивоу речног басена, а не само у оквиру појединих држава значајно доприноси побољшању система заштите од поплава.

3. Мапе плавних подручја (карте угрожености од поплава и карте ризика од поплава)

Већина европских држава је пре доношења Директиве о поплавама имала карте угрожености од поплава барем за поједине делове територије, а било је и оних које су имале мапе на нивоу целе државе. Њихова садржина се разликовала.²⁰ Одредбе Директиве о поплавама којима су одређени подаци који треба да буду обухваћени картама требало би да допринесу постизању униформности, већој прегледности и тачнијем приказу угрожености од поплава.

3.1. Мапе плавних подручја и просторно и урбанистичко планирање

У складу са Директивом о поплавама, приликом израде планова управљања ризицима од поплава који се заснивају на картама угрожености и картама ризика од поплава потребно је, између осталог, обухватити и питања просторног планирања, заштите животне средине, управљања

18 (10), (13). Директива 2007/60/ЕЗ.

19 Чл. 9 Директиве 2007/60/ЕЗ.

20 Више о томе видети (de Moel, van Alphen, Aerts, 2009).

земљиштем и водама, начина коришћења земљишта, контролисаног плавења одређених области, предвиђања поплава, раног упозоравања на предстојеће поплаве и дуга значајна питања.²¹ Просторно планирање интегрисе различите области, као што су заштита и уређење природних система, просторни развој, дистрибуција становништва, насеља и јавних служби, развој привредне делатности, инфраструктуре, туризма, заштита животне средине, културних добара. Сви наведени сегменти просторног планирања су подложни утицају поплава, али они, са друге стране, повратно делују на могућност повећања ризика од настанка поплава као и нивоа поплавног таласа. Због тога је веома значајно успоставити везу између просторног планирања и управљања ризицима од поплава.²²

Неопходно је да се процес просторног и урбанистичког планирања заснива на подацима добијеним из ажурних мапа како би се спречила изградња и друге активности које доприносе настанку поплава, односно повећању штетних последица. У појединим државама, као што је Финска, постоји законска обавеза коришћења мапа плавних подручја у процесу просторног планирања, док је у неким државама улога мапа само информативна, односно саветодавна (de Moel, van Alphen, Aerts, 2009: 296). У Француској, Немачкој и Пољској просторно планирање мора бити у складу са мапама плавних подручја и могуће је ограничити, односно потпуно забранити изградњу у плавним подручјима (de Moel, van Alphen, Aerts, 2009: 296). Према немачком Закону о изградњи (*Baugesetzbuch*) једно од основних начела на којима се заснива израда планова развоја је заштита од поплава.²³ У плану којим је одређена употреба земљишта потребно је да поред осталог буду означене водене површине и простори који морају остати слободни ради регулације водотока и заштите од поплава.²⁴ Закон о водама (*Wasserhaushaltsgesetz*)²⁵ је изменама из 2009. године усклађен са Директивом о поплавама (Hartmann, Spit, 2015: 64). У контексту урбанистичког планирања значајно је навести да је према одредбама Закона о водама забрањено плановима о употреби

21 Чл. 7 Директиве 2007/60/ЕЗ.

22 Више о односу просторног планирања и управљања водама као и потреби њиховог повезивања на институционалном нивоу видети (Hartmann, Spit, 2014). За Холандију, видети (Mostert, 2006: 20).

23 Чл. 1 Baugesetzbuch- BauGB, in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. September 2004, BGBl. I S. 2414, zuletzt geändert durch Gesetz vom 20.07.2017 (BGBl. I S. 2808).

24 Чл. 5 BauGB.

25 Wasserhaushaltsgesetz - WHG, vom 31. Juli 2009, BGBl. I S. 2585, zuletzt geändert durch Gesetz vom 4.12.2018 (BGBl. I S. 2254).

земљишта одредити нове површине за изградњу објеката²⁶ у тачно утврђеним плавним подручјима.²⁷ Међутим, уз дозволу надлежног органа могуће је одступити од наведеног у таксативно одређеним случајевима, уколико су испуњени одговарајући услови.²⁸ У плавним подручјима је, поред осталог, забрањено вршити конверзију површина под травњацама у пољопривредно земљиште и користити шумске површине у равничарским крајевима у друге сврхе.²⁹ У Енглеској је Агенција за заштиту животне средине, у чијој надлежности је израда мапа плавних подручја, током низа година настојала да мапе³⁰ постану обавезна основа приликом доношења просторних планова на локалном нивоу, како би се спречила изградња у ризичним зонама. Планери су у почетку занемаривали ризик од поплава, али су временом почели да делимично базирају планове према мапама плавних подручја, док данас постоји обавеза да просторно планирање буде усклађено са стратешком проценом ризика од поплава.³¹ У појединим државама Европе постоје иницијативе за тзв. остављање простора рекама³², које доприноси смањењу ризика од поплава, али и ограничава изградњу објеката у ризичним зонама и утврђује одговарајући начин употребе земљишта.³³

Начин регулисања заштите од поплава и одређивање намене простора у складу са картама угрожености и картама ризика од поплава може имати значајан утицај на вредност непокретности. У боље заштићеним

26 Изузетак чине луке и бродоградилишта и изградња у сврху побољшања заштите од поплава. Чл. 78 WHG.

27 Није дозвољено то учинити ни на основу подзаконских аката донетих на основу Закона о изградњи. Чл. 78 WHG.

28 Видети. Чл. 78, (2) WHG.

29 Наведене су само неке од забрана које су прописане у циљу заштите од поплава.

30 У Енглеској је први систематски приступ изради мапа плавних подручја започет доношењем Закона о водама 1973. године. (Porter, Demeritt, 2012: 2364).

31 Више о томе видети (Porter, Demeritt, 2012: 2359–2378).

32 Остављање простора рекама (making space for the rivers) је концепт који је први пут уведен у Холандији као реакција на поплаве које су се догодиле деведесетих година XX века. Идеја је била заснована на промени традиционалног приступа одбране од поплава и окретању ка новим решењима. Сматрано је да рекама треба дати простора и спречити градњу на обалама која утиче на повећање ризика од поплава. Овакав приступ је базиран на проналажењу решења која се не фокусирају само на тзв. држање воде изван насеља, већ управљање поплавама кроз проналажење места за реке. Последњих година све више европских држава настоји да имплементира овај модел. (Hartmann, Slavíková, McCarthy, 2019: 4).

33 Видети (Hartmann, 2011). О проблему просторног планирања и изградњи у плавним подручјима, видети (Hartmann, 2009).

подручјима тржишна вредност непокретности може бити знатно виша од вредности објеката који се налазе у областима са великим ризиком од плављења и неадекватним заштитним системом. Промена намене земљишта и услова изградње у циљу спровођења планова управљања ризицима од поплава значајно утиче на право својине власника земљишта. Забрана изградње на одређеном земљишту ограничава право својине,³⁴ а поред тога утиче и на смањење његове тржишне вредности. Нови услови изградње у плавним подручјима изискују додатне трошкове.³⁵ Одређивање зона ризика и примена контролисаног плављења одређених подручја такође може утицати на вредност непокретности. Приликом утврђивања намене простора и израде планова управљања ризицима од поплава веома је важно узети у обзир све последице које одређени план може проузроковати и одмерити вредност и значај добара која је потребно жртвовати зарад адекватне заштите других.³⁶ У овом контексту је потребно поставити питање односа апсолутности права својине и његове социјалне функције, односно могућности ограничења права својине у јавном интересу.³⁷ Неопходно је веома пажљиво одредити границу до које је потребно, односно могуће ограничити право својине ради заштите интереса и добробити већине грађана.

3.2. Мапе плавних подручја и регистри непокретности

Јавно доступне мапе доприносе подизању свести становништва о постојању ризика од поплава. Оне пружају могућност лицима да провере да ли се непокретност налази у зони ризика од поплава, односно која је процењена висина поплавног таласа који се може очекивати. Овакве

34 Више о утицају просторног планирања на право својине видети (Davu, 2012: 65 и даље).

35 У појединим државама, као што је Аустрија, законом је прописана обавеза да приликом изградње објеката висина пода у просторијама треба да буде у складу са ризиком од будућих поплава. Такође је неопходно да објекти буду изграђени тако да се могу задихтовати и онемогућити продирање воде из тла, при чему треба водити рачуна о могућим поплавама. Закон града Беча о урбаном развоју, урбанистичком планирању и изградњи, Чл. 107 Wiener Stadtentwicklungs-, Stadtplanungs- und Baugesetzbuch (Bauordnung für Wien), LGBl. Nr. 11/1930, LGBl. Nr. 71/2018.

36 У стручној литератури је мало пажње посвећено питањима праведности у управљању поплавама. Више о томе видети (Thaler, Hartmann, 2016).

37 Више о ограничењу права својине у јавном интересу, видети (Стојановић, 1963: 26–35); (Станковић, Орлић, 1996: 59–60). За Немачку, видети (Gerhardt, 1995: 40–42; Herrmann, 2013: 11–13). За Аустрију, видети (Koziol, Welser, Kletečka, 2014: 307–308). За Швајцарску видети (Chappuis, Girsberger, Hofer, Kramer, Kunz, Sutter-Somm, Wiegand, Wolf, 2014: 330–333).

информације могу значајно утицати на одлуку појединаца приликом куповине непокретности. Такође, тржишна вредност непокретности може зависити од зоне ризика у којој се она налази.

У Енглеској је допринос бољој заштити од поплава и подизању свести грађана учињен кроз повезивање регистра непокретности и података добијених на основу мапа плавних подручја. Путем сајта регистра непокретности могуће је добити податке о непокретностима који обухватају адресу непокретности, податке о власнику и вредност непокретности³⁸, копију дела плана на коме је приказана непокретност и податке о ризику од поплава. Индикатор ризика од поплава приказује да ли се непокретност налази у плавном подручју, односно колико је удаљена од најближег плавног подручја и колики је могући проценат плавења у односу на стогодишње и хиљадугодишње воде. Процена ризика од плавења се односи само на земљиште, а не и на објекат који се налази на њему.³⁹ Ови подаци обухватају само поплаве које потичу од река и мора, док се подаци о ризику од поплава које настају услед падавина и из других извора налазе у оквиру посебних мапа. Велики значај који се у Енглеској придаје поплавама се огледа и у томе што у одређеном формулару о подацима о непокретности (*Property Information Form*) који власник може попунити приликом продаје, постоји посебан одељак који се односи на поплаве. Конкретно, продавац треба да наведе да ли је неки део непокретности некада био поплављен и, уколико јесте, потребно је навести време плавења, тачно одредити поплављени део и врсту поплаве.⁴⁰ Приликом продаје непокретности пожељно је приложити и извештај о ризику од поплава. Наведени подаци омогућују потенцијалном купцу бољи увид у стање непокретности и могу имати значајну улогу приликом доношења одлуке о куповини одређене непокретности. Такође, могу се одразити и на формирање цене у зависности од постојећег ризика.

3.3. Мапе плавних подручја и осигурање

Мапе плавних подручја су веома значајне и за област осигурања. У појединим државама је управо потреба за осигурањем непокретности од поплава подстакла израду мапа. Некада су у Сједињеним Америчким Државама поплаве биле ризик од кога се није могло осигурати. Због тога

38 Цена која је плаћена приликом куповине непокретности или утврђена вредност непокретности.

39 Више о томе на сајту регистра <https://eservices.landregistry.gov.uk>.

40 Видети <http://www.lawsociety.org.uk/support-services/advice/articles/ta6-property-information-form-explanatory-notes/>.

је 1968. године покренут Национални програм осигурања од поплава (*National Flood Insurance Program*), у оквиру ког је најпре било неопходно формирати мапе плавних подручја како би се могла одредити висина премије осигурања за одређене објекте.⁴¹

Осигуравајуће куће у појединим државама користе мапе ризика од поплава које су израдили државни органи, док нека осигуравајућа друштва паралелно формирају своје карте ризика, са циљем постизања боље прецизности која би им омогућила већу сигурност у пословању. Зоне ризика од поплава приказане на мапама директно утичу на висину премије осигурања у већини европских држава, што није случај у Србији, јер рад на изради мапа на нивоу државе није завршен, а осигуравајуће куће не поседују сопствене мапе, тако да се висина премије осигурања одређује на другачији начин.

У европским државама постоје различити модели осигурања од поплава.⁴² Углавном преовлађује систем приватног осигурања, док у појединим земљама, нпр. Француској, држава има значајну улогу у осигурању и накнади штете проузроковане поплавама. У Белгији, Данској, Чешкој, Француској, Великој Британији, Ирској, Естонији, Португалу, Словенији и Словачкој осигурање од поплава је укључено у основно осигурање непокретности (Massaferri, Cariboni, Campolongo, 2012: 20). У другим државама, међу којима је и Србија, осигурање од ризика од поплава је углавном потребно посебно уговорити, мимо основног осигурања непокретности. У Француској је уведено обавезно осигурање кућа, односно станова, а у оквиру њега и осигурање од поплава.⁴³ У Румунији је 2010. године уведена обавеза осигурања од поплава.

4. Заштита од поплава у Републици Србији

4.1. Имплементација директива Европске уније

Основни закон којим су регулисана питања која се односе на површинске и подземне воде је Закон о водама из 2010. године.⁴⁴ Према подацима Пост

41 О осигурању од поплава у Сједињеним Америчким Државама, видети (Kousky, Shabman, 2014; Klein, Weston, 2019).

42 О различитим моделима осигурања, утицају политика у области управљања ризицима од поплава на осигурање од поплава, као и утицај осигурања на смањење ризика од катастрофа, видети (Surminski, et al., 2015).

43 О систему осигурања од поплава у Француској и улози државе видети (Bagraqué, 2013).

44 Закон о водама, *Сл. гласник РС*, 10/10, 93/12, 101/16, 95/18, 95/18.

скрининг документа *Животна средина и климатске промене*, одредбе Оквирне директиве о водама и Директиве о поплавама су делимично транспоноване у правни систем Србије кроз Закон о водама и подзаконске акте.⁴⁵ У овој области је значајно поменути и Уредбу о утврђивању Општег плана за одбрану од поплава,⁴⁶ Стратегију управљања водама на територији Републике Србије до 2034. године⁴⁷ и Акциони план за спровођење Националног програма управљања ризиком од елементарних непогода (2017–2020). Такође је потребно навести и Закон о смањењу ризика од катастрофа и управљању ванредним ситуацијама који садржи смернице за успостављање мера и активности у циљу смањења ризика од катастрофа, у које спадају и поплаве као једна врста елементарних непогода. Поред тога, део одредби је посвећен заштити и спасавању од поплава.⁴⁸

Закон о водама садржи све три фазе у одбрани, односно управљању поплавама као и Директива о поплавама. У складу са његовим одредбама, најпре треба одредити подручја која су угрожена поплавама или ерозијом насталом услед воде. До сада је у оквиру прве фазе израђена прелиминарна процена ризика од поплава⁴⁹, која је обухватила само речне поплаве. При томе није узет у обзир утицај климатских промена, што је према Директиви и Закону о водама неопходно учинити.⁵⁰ Друга фаза која се односи на израду карата угрожености и карата ризика од поплава⁵¹ још увек је у току иако је према законским одредбама већ требало да буде завршена. Она је у надлежности јавног водопривредног предузећа. До сада су карте биле спорадично израђиване за поједине реке у оквиру посебних пројеката, а али не и свеобухватно на нивоу целе државе. Након завршетка

45 Министарство пољопривреде и заштите животне средине, Пост скрининг документ *Животна средина и климатске промене*, Београд 2015, 90. Преузето 20.3.2019. <http://ambassadors-env.com/wp-content/uploads/Integralna-verzija-sr-1507-post-skrining.pdf>; Статус и планови преношења и спровођења правних тековина ЕУ за Поглавље 27-Животна средина и климатске промене, Београд 2015, 92. Преузето 20.3.2019. http://www.pregovarackagrupa27.gov.rs/?wpfb_dl=69.

46 Уредба о утврђивању Општег плана за одбрану од поплава, *Сл. гласник РС*, 18/19.

47 Стратегија управљања водама на територији Републике Србије до 2034. године, *Сл. гласник РС*, 3/17.

48 Закон о смањењу ризика од катастрофа и управљању ванредним ситуацијама, *Сл. гласник РС*, 87/18.

49 О прелиминарној процени ризика од поплава у појединим државама Европе и Србији, видети (Коларов, Бабић Младеновић, 2010).

50 Пост скрининг документ *Животна средина и климатске промене*, 104.

51 О картама ризика од поплава и проблемима који се могу јавити при њиховој изради (Јовановић, Тодоровић, Родић, 2009).

ове фазе биће могуће сагледати стање на целој територији на основу тачно одређених параметара. Тиме ће бити учињен значајан напредак у управљању ризицима од поплава. Предвиђено је да границе поплавних подручја буду унете у просторне и урбанистичке планове.⁵² Ова одредба је изузетно значајна јер подстиче повезивање просторног планирања и управљања ризицима од поплава, стварајући бројне позитивне ефекте. У складу са Законом о водама, постоји обавеза прибављања водних услова приликом израде просторних и урбанистичких планова које издаје јавно водопривредно предузеће,⁵³ али ће након израде карата бити створена могућност за прецизније одређивање потенцијално угрожених простора на нивоу државе. Последњу фазу представља израда планова управљања ризицима од поплава за територију целе државе и за водна подручја.⁵⁴ Законом о водама је било предвиђено да они буду донети до 2017. године, али то још увек није учињено с обзиром на то да ни претходна фаза која је предуслов за њихову израду није завршена.

Једна од мера која може утицати на управљање ризицима од поплава је и право прече куповине водног земљишта, које у складу са Законом о водама има Република Србија, док аутономна покрајина има право прече куповине водног земљишта на вештачким водотоцима.⁵⁵ Власник водног земљишта је обавезан да приликом продаје земљиште најпре понуди надлежном органу на републичком, односно покрајинском нивоу.⁵⁶ Ово би могао бити један од начина да држава стекне земљиште које се налази у ризичној зони и да на тај начин спречи изградњу, односно искористи земљиште у сврху управљања потенцијалним ризицима од поплава (Nikolić, 2018: 221–222). Међутим, ову одредбу није могуће применити у пракси јер границе водног земљишта још увек нису одређене иако је првобитни рок био 31. децембар 2017. године,⁵⁷ али је након измена и допуна Закона о водама из 2018. године он продужен до 31. децембра 2019. године.⁵⁸ Утврђивање граница водног земљишта је један од предуслова за њихово уписивање у евиденцију непокретности⁵⁹, што ће утицати и на могућност располагања таквим земљиштем.

52 Чл. 48 Закона о водама, *Сл. гласник РС*, 10/10, 93/12, 101/16, 95/18, 95/18.

53 Чл. 117 Закона о водама, *Сл. гласник РС*, 10/10, 93/12, 101/16, 95/18, 95/18.

54 Чл. 49 Закона о водама, *Сл. гласник РС*, 10/10, 93/12, 101/16, 95/18, 95/18.

55 Чл. 12, ст. 1–2 Закона о водама, *Сл. гласник РС*, 10/10, 93/12, 101/16, 95/18, 95/18.

56 Чл. 12, ст. 3–6 Закона о водама, *Сл. гласник РС*, 10/10, 93/12, 101/16, 95/18, 95/18.

57 Видети чл. 109[s2] Закона о водама, *Сл. гласник РС*, 10/10, 93/12, 101/16, 95/18, 95/18.

58 Видети чл. 12[s3]. Самостални чланови Закона о изменама и допунама Закона о водама, *Сл. гласник РС*, 95/18.

59 Законом о државном премеру и катастру је предвиђена могућност уписа водног земљишта. Видети чл. 4 Закона о државном премеру и катастру, *Сл. гласник РС*, 72/09,

4.2. Међународни споразуми

Поред имплементације правне регулативе Европске уније, у области заштите од поплава велики значај имају међународни споразуми који су усмерени на сарадњу Републике Србије са другим државама⁶⁰, што између осталог представља и један од циљева Директиве о поплавама.

Конвенција о заштити и коришћењу прекограничних водотокова и међународних језера Економске комисије Уједињених нација за Европу⁶¹ усвојена је у Хелсинкију 1992. године, а ступила је на снагу четири године касније. Србија ју је ратификовала 2010. године. Основни циљеви њеног доношења су спречавање, контрола и смањење загађења вода, односно настајања било каквог прекограничног утицаја. Потребно је да приобалне земље закључе споразуме и оснују заједничка тела ради остварења наведених циљева при чему сарадња поред осталог подразумева и израду заједничких програма за праћење стања прекограничних вода обухватајући и питања која се односе на поплаве.⁶²

Конвенцију о сарадњи на заштити и одрживом коришћењу реке Дунав⁶³ (*The Convention on Co-operation for the Protection and Sustainable Use of the River Danube*) су 1994. године у Софији потписали представници Аустрије, Бугарске, Немачке, Хрватске, Мађарске, Молдавије, Румуније, Словачке, Словеније, Чешке, Украјине и Европске заједнице. СР Југославија је 2003. године ратификовала Конвенцију. Неки од основних циљеви Конвенције су заштита, побољшање и рационално коришћење површинских и подземних вода, контролисање ризика који потичу од ванредних ситуација, смањење загађења и еколошко коришћење вода, управљање водама без штетних последица.⁶⁴ Ради остварења циљева Конвенције основана је Међународна

18/10, 65/13, 15/15, 96/15, 47/17, 113/17, 27/18, 41/18.

60 Више о споразумима који се односе на сарадњу у области смањења ризика и помоћи у случају природних катастрофа, међу које спадају и поплаве, видети (Милосављевић, 2015: 74–80).

61 Закон о потврђивању Конвенције о заштити и коришћењу прекограничних водотокова и међународних језера и амандмана на чл. 25 и 26 Конвенције о заштити и коришћењу прекограничних водотокова и међународних језера, *Сл. гласник РС-Међународни уговори*, 1/10.

62 Чл. 9 Конвенције о заштити и коришћењу прекограничних водотокова и међународних језера.

63 Она је заснована на Декларацији о сарадњи подунавских земаља о проблемима управљања водама, посебно заштити реке Дунав од загађења, која је потписана 1985. године у Букурешту.

64 Чл. 2 Закона о потврђивању Конвенције о сарадњи на заштити и одрживом коришћењу реке Дунав.

комисија за заштиту реке Дунав (*The International Commission for the Protection of the Danube River – ICPDR*). Она је надлежна за координацију спровођења Оквирне директиве о водама и Директиве о поплавама на нивоу дунавског басена. У оквиру Конвенције су регулисана питања заштите од поплава. Државе уговорнице су обавезне да „уложи све напоре“ ради контролисања ризика који потичу од поплава.⁶⁵ Потребно је да направе заједничке, односно усаглашене програме и основе за процену прекограничних утицаја у које спадају и поплаве.⁶⁶

Свих пет држава у сливу реке Тисе, која припада сливу Дунава, су потписнице Конвенције о сарадњи на заштити и одрживом коришћењу реке Дунав. У оквиру Међународне комисије за заштиту реке Дунав, Украјина, Словачка, Румунија, Мађарска и Србија су 2004. године потписале Меморандум о разумевању и формирале Групу за Тису. Израђен је интегрални план управљања сливом реке Тисе којим су обухваћена и питања заштите од поплава (*International Commission for the Protection of the Danube River, 2011*).

Оквирни споразум о сливу реке Саве су 2002. године потписали представници Босне и Херцеговине, Хрватске, Словеније и СР Југославије.⁶⁷ Циљеви његовог доношења су успостављање међународног режима пловидбе, одрживог управљања водама, примена мера за спречавање и ограничавање опасности и уклањање штетних последица, у које између осталог спадају и последице проузроковане поплавама.⁶⁸ У складу са споразумом, потребно је да државе потписнице успоставе сарадњу ради спровођења заштите од штетног дејства поплава и формирају заједнички систем активности и упозоравања у случају ванредних утицаја на водни режим изазваних поплавама.⁶⁹ Једна од обавеза предвиђена Оквирним споразумом је

65 Чл. 2, ст. 1 Закона о потврђивању Конвенције о сарадњи на заштити и одрживом коришћењу реке Дунав.

66 Чл. 9 Закона о потврђивању Конвенције о сарадњи на заштити и одрживом коришћењу реке Дунав.

67 Закон о ратификацији Оквирног споразума о сливу реке Саве, Протокола о режиму пловидбе уз Оквирни споразум о сливу реке Саве и споразума о изменама Оквирног споразума о сливу реке Саве и Протокола о режиму пловидбе уз Оквирни споразум о сливу реке Саве, *Сл. лист СЦГ – Међународни уговори*, 12/04.

68 Чл. 2 Закона о ратификацији Оквирног споразума о сливу реке Саве, Протокола о режиму пловидбе уз Оквирни споразум о сливу реке Саве и споразума о изменама Оквирног споразума о сливу реке Саве и Протокола о режиму пловидбе уз Оквирни споразум о сливу реке Саве.

69 Чл. 13, ст. 1 Закона о ратификацији Оквирног споразума о сливу реке Саве, Протокола о режиму пловидбе уз Оквирни споразум о сливу реке Саве и споразума о изменама

доношење протокола којим би била уређена област заштите од поплава.⁷⁰ То је учињено 2010. године када су представници Босне и Херцеговине, Хрватске, Србије и Словеније потписали Протокол о заштити од поплава уз Оквирни споразум о сливу реке Саве.⁷¹ Протокол је донет у циљу спречавања и ограничавања потенцијалних опасности од поплава, смањења ризика од поплава и смањења негативних последица поплава.⁷² Предвиђена је израда прелиминарне процене ризика од поплава, карата плавних подручја, плана управљања ризицима од поплава у сливу реке Саве, формирање система за прогнозу, упозоравање и узбуњивање на опасност од поплава, размена информација и спровођење мера и активности које су од заједничког интереса.⁷³

У Србији су на снази и билатерални споразуми о управљању водама. Између ФНР Југославије и НР Мађарске је 8. августа 1955. године потписан Споразум о водопривредним питањима. Исте године је између ФНР Југославије и НР Румуније потписан Споразум о хидротехничким питањима.⁷⁴ Оба споразума, поред осталог, уређују и питања заштите од поплава. Према оценама Министарства пољопривреде, шумарства и водопривреде одредбе наведених споразума су углавном превазиђене. Напредак у погледу билатералне сарадње и закључивања нових споразума је учињен 2019. године. Најпре је потписан Споразум између Владе Републике Србије и Владе Мађарске о сарадњи у области одрживог управљања прекограничним водама и сливовима од заједничког интереса⁷⁵, а потом и Споразум између Владе Републике Србије и Владе Румуније о сарадњи у

Оквирног споразума о сливу реке Саве и Протокола о режиму пловидбе уз Оквирни споразум о сливу реке Саве.

70 Чл. 30, ст. 1 Закона о ратификацији Оквирног споразума о сливу реке Саве, Протокола о режиму пловидбе уз Оквирни споразум о сливу реке Саве и споразума о изменама Оквирног споразума о сливу реке Саве и Протокола о режиму пловидбе уз Оквирни споразум о сливу реке Саве.

71 Закон о потврђивању Протокола о заштити од поплава уз Оквирни споразум о сливу реке Саве. *Сл. гласник РС Међународни уговори*, 16/14.

72 Чл. 2 Закона о потврђивању Протокола о заштити од поплава уз Оквирни споразум о сливу реке Саве.

73 Чл. 4 Закона о потврђивању Протокола о заштити од поплава уз Оквирни споразум о сливу реке Саве.

74 Министарство пољопривреде, шумарства и водопривреде. Преузето 9. 5. 2019. <http://www.rdvode.gov.rs/lat/medjunarodna-saradnja-rumunija.php>.

75 Видети Предлог Закона о потврђивању Споразума између Владе Републике Србије и Владе Мађарске о сарадњи у области одрживог управљања прекограничним водама и сливовима од заједничког интереса.

области одрживог управљања прекограничним водама.⁷⁶ Оба споразума, поред осталог, обухватају и питања управљања ризицима од поплава и заштите од поплава. Са државама бивше Југославије Србија нема потписане билатералне споразуме.⁷⁷ Предвиђено је да то у наредном периоду буде измењено у оквиру сарадње са Хрватском и Босном и Херцеговином.⁷⁸

5. Закључак

У државама Европске уније је последњих година у области заштите од поплава акценат стављен на превентивно деловање и управљање ризицима од поплава. У складу са Директивом о поплавама, овом проблему је потребно приступити на другачији начин и извршити прилагођавање које ће довести до смањеног ризика од поплава и евентуалних штетних последица. Досадашња пракса је показала да је у Србији фокус највише био на тзв. традиционалној одбрани од поплава. Усклађивање правне регулативе са прописима Европске уније доприноси промени у начину решавања проблема у овој области у смеру управљања ризицима од поплава и ствара могућност за адекватније превентивно деловање, што је препознато и у Стратегији управљања водама на територији Републике Србије до 2034. године. Међутим, није довољно само усклађивање прописа, већ је неопходна и њихова адекватна примена. Као што је већ наведено, рокови за спровођење појединих делова Закона о водама су истекли, а рад на све три фазе које се односе на превенцију поплава још увек није завршен. Карте угрожености и карте ризика од поплава за територију целе државе, чија израда се очекује током 2019. и 2020. године, увешће новине у ову област и омогућити боље сагледавање стања и могућност правовременог деловања. Предвиђено је уношење граница поплавних

76 Споразум још није ступио на снагу. Потребно је да најпре државе на националном нивоу спроведу одговарајуће процедуре како би били испуњени услови за ступање на снагу Споразума. Видети Предлог Закона о потврђивању Споразума између Владе Републике Србије и Владе Румуније о сарадњи у области одрживог управљања прекограничним водама. Министарство пољопривреде, шумарства и водопривреде. Преузето 10. 12. 2019. <http://www.rdvode.gov.rs/lat/medjunarodna-saradnja-bilateralna.php>

77 Потребно је навести да је 2014. године потписан споразум између Министарства пољопривреде и заштите животне средине Републике Србије и Министарства пољопривреде, шумарства и водопривреде Републике Српске о сарадњи у области интегралног управљања водама доњег тока реке Дрине, који између осталог подразумева сарадњу у области заштите од вода. *Сл. гласник РС – Међународни уговори*, 17/14.

78 Уредба о утврђивању програма управљања водама у 2017. години, *Сл. гласник РС*, 17/17, 42/17.

подручја у просторне и урбанистичке планове, што ће допринети прецизности у поступку планирања, иако су планови и до сада усклађивани са потенцијалним ризицима. Забрана изградње, као једно од решења у смеру управљања ризицима од поплава, постоји у одређеним зонама, али се поставља питање примене у пракси имајући у виду проблем растућег броја нелегалних објеката на обалама река и у плавним подручјима упркос постојећим забранама. Поред тога, потребно је сагледати и друге начине употребе карата угледајући се на државе које их већ имају и размотрити потенцијалне ефекте њихове употребе. Поставља се питање у којој мери и у којим областима ће у Србији оне бити коришћене, да ли ће се одразити на вредност непокретности у појединим зонама, да ли ће бити повезане са катастром непокретности, како ће утицати на област осигурања које грађани до сада нису користили у довољној мери, нарочито у поређењу са праксом у другим европским државама. Претходни приказ стања у појединим државама може представљати једну од смерница приликом доношења одлука о њиховој примени у пракси.

Последице климатских промена су све видљивије у свету и Европи и оне ће се у наредним деценијама неминовно одразити и на питање поплава. Потреба за превентивним деловањем је неопходна како би се избегле, односно ублажиле потенцијалне штетне последице. Управљање водама према речном сливу у складу са Оквирном директивом о водама и сарадња држава коју предвиђа Директива о поплавама су основ адекватног приступа проблему и пут ка бољој заштити. Због тога је неопходно унапређење међународне сарадње, што је и један од циљева предвиђених Стратегијом управљања водама на територији Републике Србије до 2034. године.

Литература/References

Bakker, M. Green, C. Driessen, P. Hegger, D. Delvaux, B. van Rijswick, M. Suykens, C. Beyers, J.C. Deketelaere, K. van Doorn-Hoekveld, W. Dieperink, C. (2013). *Flood Risk Management in Europe: European flood regulation*, 2013. [Electronic version]. Преузето 4. 3. 2019. <http://www.starflood.eu/documents/2013/06/d1-1-3.pdf>.

Barraqué, B. (2013). The common property issue in flood control through land use in France, *Journal of Flood Risk Management*, 2013. [Electronic version]. Преузето 12. 3. 2019. <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/jfr3.12092>.

Batrićević, A. (2018). European Union law and the challenges of climate change. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 79/2018. 275–296.

Gerhardt, W. (hrsg.). (1995). *Lexikon des Rechts, Sachenrecht*, Berlin: Hermann Luchterhand Verlag.

Davy, B. (2012). *Land Policy: Planning and the Spatial Consequences of Property*. Farnham: Ashgate.

De Moel, H., Van Alphen, J., Aerts, J. C. J. H. (2009). Flood maps in Europe – methods, availability and use. *Natural Hazards Earth System Sciences*. 9/2009. [Electronic version]. Преузето 4. 3. 2019. <http://www.nat-hazards-earth-syst-sci.net/9/289/2009/>.

Европска унија, Уједињене нације, Светска банка. (2014). *Поплаве у Србији 2014*. [Electronic version]. Преузето 4. 3. 2019. <http://www.obnova.gov.rs/uploads/useruploads/Documents/Izvestaj-o-proceni-potreba-za-oporavak-i-obnovu-posledica-poplava.pdf>.

Јовановић, М., Тодоровић, А., Родић, М. (2009). Картирање ризика од поплава. *Водопривреда* 1-2/2009. 31–45.

Klein, R., Weston, H. (2019). No Debt and Underwater: The Need for Flood Insurance Especially As Home Equity Rises. *Journal of Financial Service Professionals* July 2019. 83-96.

Koziol, H., Welsch, R., Kletečka, A. (2014). *Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band I, Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht*. 14. Auflage. Wien: MANZ.

Коларов, В., Бабић Младеновић, М. (2010). Подаци за израду прелиминарне процене ризика од поплава на територији Републике Србије. *Водопривреда* 1-3/2010. 79–86.

Kousky, C., Shabman, L. (2014). *Pricing Flood Insurance, How and Why the NFIP Differs from a Private Insurance Company*. [Electronic version]. Преузето 10. 3. 2019. <http://www.rff.org/files/sharepoint/WorkImages/Download/RFF-DP-14-37.pdf>.

Maccaferri, S., Cariboni, F., Campolongo, F. (2012). *Natural Catastrophes: Risk relevance and Insurance Coverage in the EU*. European Commission, Joint Research Centre, Institute for the Protection and Security of the Citizen. [Electronic version]. Преузето 13. 3. 2019. https://ec.europa.eu/info/system/files/jrc-report-on-natural-catastrophes_en.pdf.

Милосављевић, Б. (2015). Међународна сарадња у области смањења ризика од катастрофа. *Правни записи* 1/2015. 52–84.

Министарство пољопривреде и заштите животне средине, Пост скрининг документ Животна средина и климатске промене, Београд 2015. [Electronic version]. Преузето 20. 3. 2019. <http://ambassadors-env.com/wp-content/uploads/Integralna-verzija-sr-1507-post-skrining.pdf>.

Mostert, E. (2006). Integrated Water Resources Management in The Netherlands: How Concepts Function. *Journal of Contemporary Water Research & Education* 135/2006. 19–27.

Nikolić, S. (2018). Serbian perspective on pre-emption rights: Change that was necessary?. У Gerber, J. D. Hartmann, T. Hengstermann, A. (eds.). *Instruments of Land Policy, Dealing with Scarcity of Land*. New York: Routledge.

Porter, J., Demeritt, D. (2012). Flood Risk Management, Mapping and Planning: The Institutional Politics of Decision-Support in England. *Environment and Planning A: Economy and Space* 44/2012. [Electronic version]. Преузето 9. 3. 2019. <http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1068/a44660>.

Rauter, M., Thaler, T., Attems, M-S., Fuchs, S. (2019). Obligation or Innovation: Can the EU Floods Directive Be Seen as a Tipping Point Towards More Resilient Flood Risk Management? A Case Study from Vorarlberg, Austria. *Sustainability* 11/2019. 1–18.

International Commission for the Protection of the Danube River. (2011). *Пут до хармонизованог слива реке Тисе, Увод интегралног плана управљања сливом реке Тисе*. Vienna International Centre.

Станковић, О., Орлић, М. (1996). *Стварно право*. Београд: Номос.

Статус и планови преношења и спровођења правних тековина ЕУ за Поглавље 27 – Животна средина и климатске промене, Београд 2015. [Electronic version]. Преузето 20. 3. 2019. http://www.pregovarackagrupa27.gov.rs/?wpfb_dl=69

Стојановић, Д. (1963). *Позитивно-правна ограничења приватне својине*. Београд: Институт за упоредно право.

Surminski, S., Aerts, J. C. J. H., Botzen, W. J. W., Hudson, P., Mysiak, J., Pérez-Blanco, C. D. (2015). Reflections on the current debate on how to link flood insurance and disaster risk reduction in the European Union. *Natural Hazards* 3/2015. 1451–1479.

Тубић, Б. (2015). Оквирна директива Европске уније о водама и њена примена у пракси Суда ЕУ. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2015. 1263–1279.

Thaler, T., Hartmann, T. (2016). Justice and flood risk management: reflecting on different approaches to distribute and allocate flood risk management in Europe. *Natural Hazards*, 1/2016. 129–147.

Centre for Research on the Epidemiology of Disasters Institute of Health and Society, The UN Office for Disaster Risk Reduction. (2015). *The Human Cost of Weather-Related Disasters 1995–2015*. [Electronic version]. Преузето 4. 3. 2019. https://www.preventionweb.net/files/46796_cop21weatherdisastersreport2015.pdf.

Hartmann, T. (2009). Clumsy Floodplains and the Law: Towards a Responsive Land Policy for Extreme Floods. *Built Environment* 4/ 2009. 531–544.

Hartmann, T. (2011). Contesting land policies for space for rivers - rational, viable, and clumsy foodplain management. *Journal of Flood Risk Management* 3/2011. 165–175.

Hartmann, T., Jüpner, R. (2013). Der Hochwasserrisikomanagementplan – Herausforderung für Wasserwirtschaft und Raumplanung. 36. *Dresdner Wasserbaukolloquium 2013 „Technischer und organisatorischer Hochwasserschutz“*. Dresden: Technische Universität Dresden – Fakultät Bauingenieurwesen Institut für Wasserbau und Technische Hydromechanik. 183–192.

Hartmann, T., Spit, T. (2014). Frontiers of land and water governance in urban regions. *Water International* 6/2014. 791–797.

Hartmann, T., Spit, T. (2015). Implementing the European flood risk management plan. *Journal of Environmental Planning and Management* 2015. 360–377.

Hartmann, T., Spit, T. (2015). Towards an integrated water management - Comparing German and Dutch water law from a spatial planning perspective. *International Journal of Water Governance* 2/2015. 59–78.

Hartmann, T., Slavíková, L., McCarthy, S. (2019). Nature-Based Solutions in Flood Risk Management. У Hartmann, T. Slavíková, L. McCarthy, S. (eds.). *Nature-Based Flood Risk Management on Private Land*. Cham:Springer.

Herrmann, E. (2013). *Kernstrukturen des Sachenrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck.

Chappuis, C., Girsberger, D., Hofer, S., Kramer, E., Kunz, P., Sutter-Somm, T., Wiegand, W., Wolf, S. (2014). *Schweizerisches Privatrecht, Band V/1:Eigentum und Besitz*, Zweite, vollständig überarbeitete Auflage. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag.

Sofija Nikolić Popadić,
Research Associate,
Institute of Social Sciences, Belgrade

LEGAL ASPECTS OF FLOOD RISK MANAGEMENT

Summary

Directive 2000/60/EC of the European Parliament and of the Council of 23 October 2000 establishing a framework for Community action in the field of water policy and Directive 2007/60/EC of the European Parliament and of the Council of 23 October 2007 on the assessment and management of flood risks are basic regulations in the field of flood protection at the EU level. Serbia is currently in the process of harmonization of legal regulations in this field. The paper analyzes three phases of flood management envisaged in the Floods Directive, as well as their application in some European countries and Serbia. The problems that have arisen in the implementation process are considered, with special emphasis on the issues related to the development and implementation of flood hazard maps and flood risk maps as well as the practices of different countries regarding their use, particularly in the field of spatial and urban planning and insurance. The implications of applying these maps in Serbia are currently uncertain. The question is to what extent and in which areas they will be used. The analysis of their usage in individual countries, provided in this paper, can be a starting point when considering different solutions and possibilities for their integration into the domestic system. In addition to national flood risk mitigation measures, international cooperation in this area is also very significant. For this reason, one part of the paper focuses on international agreements on water management, which are important for Serbia and contain provisions on flood-related issues.

Keywords: *EU Directives, floods risk management, flood hazard maps, flood risk maps, spatial planning, real estate.*

Јована Миловић,*
Асистент Правног факултета,
Универзитет у Приштини са привременим
седиштем у Косовској Митровици

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfno-23401

UDK: 347.67(497.11)

Рад примљен: 30.09.2019.
Рад прихваћен: 19.11.2020.

ПОКЛОН ЗА СЛУЧАЈ СМРТИ У СРПСКОМ ПРАВУ**

Апстракт: У раду је анализиран поклон за случај смрти, институт који је на граници између облигационог и наследног права. Да ли је поклон за случај смрти, уговор, легат (испорука) или *sui generis* институт грађанског права? Ово питање се често поставља у правној теорији, будући да је реч о институту који има сличности и са уговорима, са једне стране, и са располагањима за случај смрти, са друге стране. Сходно томе, тешко је утврдити његову правну природу. Тешкоће поводом одређивања правне природе доводе и до његовог тежег законског регулисања. У српском предатном праву поклон за случај смрти поистовећиван је са испоруком, док га савремено право сматра врстом уговора о поклону. Аутор у раду настоји да одреди његову правну природу, али и да првенствено укаже на то шта нам доносе нова решења предложена у Преднацрту Грађанског законика Републике Србије.

Кључне речи: поклон за случај смрти, уговор, испорука (легат), опозив поклона, нова законска решења, Србија.

* jovana.milovic@pr.ac.rs

** Рад је изложен на Међународној конференцији „Право и мултидисциплинарност“, одржаној 12–13. 4. 2019. на Правном факултету у Нишу.

1. Увод

Поклон за случај смрти и уговор о поклону за случај смрти су термини који се користе за означавање истог института, и који указују на дилему у погледу његове правне природе. Правно регулисање поклона за случај смрти није сасвим једноставан посао. У класичном римском праву, поклон за случај смрти је сврстан у поклоне, односно посебну групу *donationes*. Према тексту из Дигеста, види се да је поклон за случај смрти другачији у односу на класичан поклон, јер код класичног поклона поклонодавац дарује ствар јер жели да поклонопримац постане коначни власник на тој ствари (Пантић, 2015: 48), док би код поклона за случај смрти поклонодавац радије желео да ствар задржи за себе него да она коначно припадне поклонопримцу, али у случају његове смрти поклонодавац би радије да ствар поседује поклонопримац него његови законски наследници.¹ Римско схватање поклона за случај смрти подразумева поклањање поклонодавца управо за случај смрти, јер у случају да се смртна опасност заиста и оствари он жели да поклоњена ствар припадне поклонопримцу а не његовим законским наследницима. Поклонодавац ствар поклања због смрти која му прети, иначе, да такве опасности нема, ствар би радије задржао за себе. Поклон за случај смрти карактерише и његова опозивост, јер поклонодавац задржава право да ствар задржи за себе у случају преживљавања смртне опасности или претходне смрти поклонопримца. Због ових разлога се за поклон за случај смрти каже да је то поклон „због смрти“, јер је управо смртна опасност мотивација поклонодавца на поклањање. Овакав поклон за случај смрти постојао је у класичном римском праву. У Јустинијановом праву пак долази до реформе поклона за случај смрти. За даривање није више неопходна непосредна смртна опасност (*periculum imminente*), већ поклонодавац може поклонити одређену ствар само размишљајући о људској смртности (*sola cogitatione mortalitatis*). Поред тога, дозвољава се опозив поклона за случај смрти кад год то поклонодавац жели, а не само уколико избегне смртну опасност или уколико поклонопримац умре пре њега (Пантић, 2015: 193). На овај начин је поклон за случај смрти приближен легату. Међутим, из самог римског схватања поклона за случај смрти види се сложеност овог института. Својеврсност овог института огледа се у чињеници да садржи елементе како наследног тако и облигационог права. Историјски посматрано, поклон за случај смрти

1 39.6.1. Marcianus libro nono institutionum

pr. Mortis causa donation est, cun quis habere se vult quam eum cui donat magisque eum cui donat quam heredem suum. ... Поклон због смрти постоји када би неко пре сам имао ствар него да је поклонопримац има, а с друге стране, радије би да је има поклонопримац него његови наследници. ..., *Digesta Iustiniani: Liber 39*, приступљено 5. јула 2019, доступно на <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/d-39.htm#6>

је у једном периоду поистовећиван са легатом, а већ у другом сматран је врстом уговора о поклону. Поклон за случај смрти заиста у себи садржи елементе уговора о поклону, али и карактеристике које га приближавају располагањима *mortis causa*.

2. Правно регулисање поклона за случај смрти у нашем праву

Српско право се у великој мери развијало под утицајем римског права, па је тако преузето и римско схватање *donatio mortis causa*. У Номоканону Светог Саве из 1219. год. разликовале су се две врсте поклона у вези са смрћу. Посмртни дарови који су били дефинисани на следећи начин: „Посмртни дарови су они када неко жели да (дотично добро) поседује (за живота) он сам, а не онај који дар прима, а (након његове смрти) прималац, а не његов природни наследник. На другој страни су били дарови за случај смрти, којих је било три врсте. Првој су припадали поклони које је поклонодавац чинио без икакве непосредне бојазни, већ само у ишчекивању природне смрти. У другу су били сврстани поклони које је поклонодавац чинио под претњом смрти, која није долазила од поклонопримца него од неког трећег. У трећу врсту спадали су поклони које је поклонодавац чинио у вези са смртним опасностима које би га вребале на предстојећем путовању“ (Ђурђевић, 2011: 247). У средњовековном праву под поклоном за случај смрти је подразумеван „дар за душу“ даван црквама и манастирима (Stojanović, 2002: 722). Након тог периода, поклон за случај смрти је био регулисан у Српском грађанском законнику.

Српски грађански законик је, по тврђењу многих аутора, био скраћена верзија Аустријског грађанског законика. Међутим, то се априори не може узети као исправно, јер Српски грађански законик садржи многа решења која се нису налазила у Аустријском грађанском законнику. Једно од таквих решења је и оно које се односи на регулисање поклона за случај смрти. И један и други законик га поистовећују са легатом, али Аустријски законик истиче и другу страну „новчића“, његову уговорну природу. Аустријски грађански законик² истиче да је поклон за случај смрти легат, али да се може сматрати и уговором уколико се испуне одређени услови за то.³

2 „Даровање, чије испуњење треба да следује тек по смрти дариваоца, важи као испорука, ако се пазило на прописане формалности. Оно ће се само онда као уговор сматрати, ако је обдареник на њ пристао, ако се даривалац изречно одрекао права опозивања, и ако је писмена исправа о томе обдаренику предата“. Чл. 956 Аустријског грађанског законика (у раду је коришћен превод проф. Драгана Д. Пантића, у монографији *Поклон за случај смрти*, Београд, 2015)

3 У Аустријском грађанском законнику јасно се регулише поклон за случај смрти. Уговор о поклону за случај смрти код кога се предаја ствари одлаже до смрти поклонодавца

Према Српском грађанском законнику поклон за случај смрти је легат, на који се сходно примењују правила наследног права „Поклон на случај смрти учињен сматра се као легат или испорука, и по томе ће се судити“⁴. Чињеница, да је реч о институту који производи правно дејство тек након смрти поклонодавца, за случај да поклонопримац надживи поклонодавца, била је, чини се, довољна да се поклон за случај смрти третира као легат.

Законом о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. и за време непријатељске окупације⁵ предвиђено је да ће се у овој области и даље примењивати предратна правила, па су се на поклон за случај смрти и даље примењивале одредбе СГЗ-а. У Нацрту закона о наслеђивању из 1954. године било је предвиђено регулисање поклона за случај смрти, али и поред тога поклон за случај смрти није нашао своје место у Савезном закону о наслеђивању из 1955. године. Поклон за случај смрти није регулисан у оквиру наследноправне материје јер је сматран институтом који се треба регулисати у оквиру облигационог права (Marković, 1981: 298). Професор Михајло Константиновић у раду „Облигације и уговори – Скица за законик о облигацијама и уговорима“, истиче потребу регулисања поклона за случај смрти у делу посвећеном поклонима.

Хибридна правна природа поклона за случај смрти отежала је проналазак његовог места у било ком законском тексту. Тако, поклон за случај смрти није, у нашем праву, регулисан ни Законом о облигационим односима⁶ из 1978. године, ни Законом о наслеђивању⁷ из 1995. године.

За разлику од Српског грађанског законика, послератна правна теорија по питању правне природе иде у другу крајност, сматрајући га врстом уговора о поклону, без истицања његових наследноправних карактеристика. Сходно томе, поклон за случај смрти је врста уговора о поклону, на који се примењују одредбе Закона о облигационим односима. Тако је за његов настанак потребна сагласност воља поклонодавца и поклонопримца,

био би правни посао *inter vivos* који би био подложен правилима уговорног права, док би даровање за случај смрти где је постављен услов да поклонопримац мора да надживи поклонодавца представљао легат као наследноправни институт. Такође се разграничење може учинити и према опозивости правног посла јер је опозивост својствена институтима наследног права док је неопозивост битно обележје уговора. Наведено према: Пантић, *op. cit.*, 267

4 Чл. 568 Српског грађанског законика, 1844, приступљено 5. јула 2019, доступно на <https://www.overa.rs/gradanski-zakonik-kraljevine-srbije-1844-god-sa-kasnijim-izmenama.html>

5 *Сл. лист ФНРЈ*, 84/1946

6 *Службени лист СФРЈ*, 29/78

7 *Службени гласник РС*, 46/95

потребно је да има и све елементе који су потребни за пуноважност уговора о поклону (Цветковић, 2015: 25–195). Овако схваћен поклон за случај смрти производи правно дејство од момента закључења, те долази до заснивања облигационог односа између поклонодавца и поклонопримца. Поклонопримац стиче положај повериоца и има сва права према дужнику (поклонодавцу), која имају и остали повериоци по било ком основу. Тако, може тражити обезбеђење свог потраживања, мешати се у правне радње свог дужника, тражити поништење појединих радњи. Међутим, када је у питању поклон за случај смрти, он не твори класичан облигациони однос из ког произилазе претходно наведена права повериоца. Поклон се не би могао прибавити принудним путем, нити би се на поклонодавчевој имовини могле предузимати принудне радње ради обезбеђења поклонопримчевог потраживања. Широка могућност опозива поклоне за случај смрти не дозвољава никаква ограничења у корист поклонопримца. Обавеза поклонодавца, сходно томе, представља природну облигацију која се не може принудно извршити (Пантић, 2015: 294).

3. Карактеристике поклоне за случај смрти

Поклон за случај смрти је у савременој правној теорији схваћен као уговор, са посебном погодбом да ће предаја предмета поклоне бити извршена после смрти поклонодавца (Ђурђевић, 2011: 249). За пуноважност уговора о поклону потребно је да буду испуњени одређени услови. Уговорне стране морају да поседују правну и пословну способност како би могле да закључе пуноважан уговор. Затим је потребно да воља за закључење уговора није манљива (претња, принуда, заблуда), и да је закључен у прописаној форми (Цветковић, 2015: 25–195). Наш Закон о облигационим односима прихвата принцип консенсуализма: „Закључење уговора не подлеже никакој форми, осим ако је законом другачије одређено“⁸. Будући да поклон за случај смрти није регулисан Законом о облигационим односима, немамо законско решење у погледу његове форме, али у правној теорији многи, попут проф. Перовића, истичу да поклон за случај смрти треба бити закључен у форми јавне исправе, али без предаје предмета поклоне, те тако не може бити реалан уговор (Perović, 1973: 426).

Поклон за случај смрти у себи садржи све елементе које садржи и редован поклон, попут бесплатности, намере дарожљивости, преноса неког права на поклонопримца. Међутим, иако у себи садржи елементе уговора *inter vivos*, поклон за случај смрти производи правно дејство *mortis causa*. За разлику

⁸ Чл. 67, ст. 1 Закона о облигационим односима, *Сл. лист СФРЈ*, 29/78, 39/85, 45/89-одлука УСЈ и 57/89, *Сл. лист СРЈ*, 31/93 и *Сл. лист СЦГ*, 1/2003-Уставна повеља

од уговора који производи правно дејство од тренутка закључења, поклон за случај смрти своје дејство производи тек након смрти поклонодавца. На правно дејство уговора о поклону не утиче ни смрт поклонодавца, ни смрт поклонопримца. У случају смрти поклонодавца обавеза на предају ствари која је предмет уговора о поклону прешла би на његове наследнике. Уколико би пак дошло до смрти поклонопримца, потраживање би имали његови наследници (Ђурђевић, 2012: 39). Са друге стране, поклонопримац мора да надживи поклонодавца да би поклон за случај смрти произвео правно дејство, баш као и испорукопримац. Ако поклонопримац умре пре поклонодавца, поклон за случај смрти не би производио правно дејство. И на крају, основна разлика поклона за случај смрти од уговора је његова опозивост без икаквих ограничења у погледу разлога за опозив. За уговор о поклону предвиђен је принцип неопозивости, „ко једанпут поклон учини, не може га више натраг узети, осим у особитим случајевима“⁹. Опозив уговора о поклону могућ је само у законом предвиђеним случајевима.

Са друге стране, основна сличност поклона за случај смрти са легатом¹⁰ јесте његова условљеност поклонопримчевим доживљавањем момента делације. Као што легат не може да произведе правно дејство услед смрти легатара пре завештаоца, тако и на поклон за случај смрти утиче смрт поклонопримца пре поклонодавца. За разлику од уговора *inter vivos*, који производе правно дејство одмах по закључењу, поклон за случај смрти производи правно дејство *mortis causa*, баш као и легат. Поклон за случај смрти, као и легат, представља доброчино располагање имовином. Сигурно највећа сличност између поклона за случај смрти и доброчиних располагања *mortis causa* јесте њихова једнострана опозивост. Легат и поклон за случај смрти представљају основ за сингуларну сукцесију. Слично као и легат, чија се вредност умањује до намирења нужног дела, поклон за случај смрти се враћа у случају повреде нужног дела (Stojanović, 2002: 725). Међутим, између поклона за случај смрти и легата постоје и разлике које га управо чине уговором а не класичним правним послом *mortis causa*. Док је за настанак поклона за случај смрти потребна сагласна изјава воља поклонодавца и поклонопримца, легат је једнострана изјава воље завештаоца за коју легатар најчешће и не зна. За остављање легата потребна је тестаментална способност, док је за поклон за случај смрти потребна уговорна способност. Легат се сачињава у форми тестаменталног посла, док

9 Чл. 568 Српског грађанског законика, приступљено 15. јула 2019, доступно на <https://www.overa.rs/gradanski-zakonik-kraljevine-srbije-1844-god-sa-kasnijim-izmenama.html>

10 “Под испоруком се подразумева имовинска корист, коју завешталац (испорукопримац), изјавом последње воље, оставља одређеном лицу, не постављајући га, при томе, за наследника“ (Стојановић, 2011: 243).

се према већинском схватању у правној теорији, поклон за случај смрти сачињава у форми јавне исправе.

4. Поклон за случај смрти у Преднацрту Грађанског законика Републике Србије

Након мрачног периода у погледу регулисања поклона за случај смрти, овај институт је коначно пронашао своје место у Преднацрту Грађанског законика. У Преднацрту Грађанског законика из 2009. године поклон за случај смрти је регулисан као врста уговора о поклону: „Уговор о поклону у коме је предвиђено да ће се извршити после смрти поклонодавца мора да буде састављен у писменој форми уз оверу потписа од стране надлежног органа“¹¹. Схваћен као уговор, поклон за случај смрти настаје сагласношћу воља поклонодавца и поклонопримца, извршење му је одложено до смрти поклонодавца, не може се једнострано опозвати, већ само у случајевима предвиђеним законом.

Преовлађујуће схватање у правној теорији је да је поклон за случај смрти уговор *inter vivos* у ком се налази посебна погодба да ће предмет поклона бити предат поклонопримцу после смрти поклонодавца. Овако схваћен био би уговор са одложним роком, јер предмет поклона бива предат поклонопримцу након смрти поклонодавца, за коју је извесно да ће наступити само се не зна када (Пантић, 2015: 329). Судбина поклона за случај смрти у овом случају не зависи од тога да ли ће поклонопримац надживети поклонодавца, чиме се одступа од римског схватања поклона за случај смрти код ког је услов да поклонопримац надживи поклонодавца био одлучујући за дејство овог правног посла. (Уколико поклонопримац не надживи поклонодавца, поклонопримчеви наследници не би могли да траже предају поклона.)

Сходно наведеном решењу у Преднацрту, поклон за случај смрти је уговор, па мора да испуњава услове који су предвиђени за пуноважност осталих уговора. Пре свега, уговорне стране морају имати уговорну способност, поклон мора бити закључен у предвиђеној форми и воља за закључење уговора не сме имати недостатке. Поклон за случај смрти је двострани правни посао који настаје сагласношћу воља поклонодавца и поклонопримца. Поклонодавац може бити особа која има потпуну пословну способност, али и особа са навршених 15 година може поклањати имовину стечену својим радом. Лица са ограниченом уговорном способношћу се могу јавити у улози поклонодавца, али им је за пуноважност правног посла који предузимају потребна сагласност законских заступника или старатеља.

¹¹ Чл. 680, ст. 1 Преднацрта Грађанског законика, 2009.

Поклонопримац начелно може бити свако лице, па и оно које нема пословну способност. Преднацртом је ипак предвиђено једно ограничење на страни поклонопримца, а то је да његов законски заступник може изјавом датом поклонодавцу да раскине овакав уговор (Пантић, 2015: 317–320). У нашем праву је прихваћен принцип консенсуализма, али се све више предвиђа посебна форма за поједине уговоре. Тако је још професор Константиновић за уговор о дару предвидео писану форму, а за уговор о поклону за случај смрти још строжу. Члан 522, ст. 1 Скице предвиђао је да „Уговор о дару у коме је углављено да ће ствар бити предата обдаренику после смрти дариваоца, мора бити састављен у форми јавне исправе“. У Преднацрту је предвиђено следеће: „Уговор о поклону у коме је предвиђено да ће се извршити после смрти поклонодавца мора да буде састављен у писменој форми уз оверу потписа од стране надлежног органа“¹². У Преднацрту није назначено о ком органу је реч, али се одговор може пронаћи у Закону о јавном бележничтву. Према важећем законодавству, поклон за случај смрти мора се сачинити у писаној форми уз солемнизацију од стране јавног бележника (Пантић, 2015: 325).

У другом ставу истог члана Преднацрта предвиђа се могућност једностраног раскидања поклона за случај смрти која није својствена уговорима, већ располагањима *mortis causa*. „Поклонодавац може да раскине по својој вољи уговор о поклону за случај смрти поклонопримца, а располагање предметом таквог уговора, било правним послом међу живима, било правним послом за случај смрти, сматра се раскидањем уговора у погледу поклоњених предмета обухваћених располагањем“¹³. Овакво решење у Преднацрту је преузето још из Константиновићеве Скице¹⁴, али је у Преднацрту додат део о раскиду „за случај смрти поклонопримца“, што би се могло схватити као ограничење раскида само на овај случај. Међутим, из даљег текста истог члана види се да је предвиђено слободно располагање и једнострано раскидање овог уговора (Пантић, 2015: 333). Оваквим решењем је јасно указано и на карактеристике које га приближавају располагањима *mortis causa*.

12 Чл. 680, ст. 1 Преднацрта Грађанског законика, 2009.

13 Чл. 680, ст. 2 Преднацрта Грађанског законика, 2009.

14 Чл. 522, ст. 2 Скице гласи: „Даривалац може раскинути по својој вољи уговор о дару на случај смрти, а располагање стварима које су предмет таквог уговора, било правним послом међу живима, било правним послом на случај смрти сматра се раскидањем уговора у погледу ствари обухваћених располагањем.“ Приступљено 11. августа 2019, доступно на https://www.harmonius.org/sr/pravni-izvori/jugoistocna-evropa/privatno-pravo/srbija/Skica_za_zakonik_o_obligacijama_i_ugovorima.pdf

Поклон за случај смрти регулисан у Преднацрту из 2009. године, пре представља посмртни поклон него прави поклон за случај смрти. Посмртни поклон за разлику од поклона за случај смрти јесте уговор који производи правно дејство од самог закључења, само су предаја ствари и пренос својине одложени до момента смрти поклонодавца (Ђурђевић, 2011: 241). За разлику од њега, поклон за случај смрти производи дејство тек након смрти поклонодавца, под условом да поклонопримац надживи поклонодавца. Преднацрт Грађанског законика из 2015. године, у члану 818, ст. 1, садржи исто појмовно одређење поклона за случај смрти као у претходном нацрту. У Преднацрту се не помиње услов да поклонопримац надживи поклонодавца, а управо је овај услов есенција поклона за случај смрти јер поклонодавац жели да његов поклон припадне управо поклонопримцу¹⁵ а не његовим наследницима, до чега би дошло уколико би решење у Преднацрту остало овакво. У другом ставу истог члана, налази се одредба о опозиву¹⁶ поклона за случај смрти по слободном нахођењу поклонодавца, без посебних разлога. Како опозив приближава поклон за случај смрти легату, ова одредба има предложену алтернативу која могућност опозива своди на законом предвиђен разлог опозива само на случај претходне смрти поклонопримца: „Поклонодавац може да опозове по својој вољи уговор о поклону за случај смрти поклонопримца у писменој форми и ако ту изјаву достави наследницима поклонопримца“¹⁷. Смрт поклонопримца пре поклонодавца не предстаља разлог за опозив, већ услов од кога зависи правно дејство поклона за случај смрти. Судбина поклона за случај смрти, у случају претходне смрти поклонопримца, није у

15 У домаћој правној теорији аутори попут проф. Пантића истичу да је уговор о поклону за случај смрти, иако врста уговора о поклону који може бити *intuitu personae* али и не мора, уговор који се закључује имајући у виду посебна својства поклонопримца. Још је у римском праву поклонодавац предмет поклона задржавао за себе за живота, а тек након поклонодавчеве смрти поклон би припао лицу са којим је закључио поклон за случај смрти. Мотивацију поклонодавца су чинили управо одређени лични квалитети, односно одређени односи са поклонопримцем, због којих је он радије желео да након његове смрти предмет поклона припадне том лицу а не његовим законским наследницима.

16 “Поклонодавац може да раскине по својој вољи уговор о поклону за случај смрти поклонопримца, а располагање предметом таквог уговора, било правним послом међу живима, било правним послом за случај смрти, сматра се раскидањем уговора у погледу поклоњених предмета обухваћених располагањем.” Чл. 818, ст. 2 Преднацрта Грађанског законика, 2015, приступљено 10. августа 2019, доступно на https://www.paragraf.rs/nacrti_i_predlozi/260615-nacrt_gradjanskog_zakonika.html

17 Алтернатива ст. 2, чл. 818 Преднацрта Грађанског законика Републике Србије, 2015, приступљено 10. августа 2019, доступно на https://www.paragraf.rs/nacrti_i_predlozi/260615-nacrt_gradjanskog_zakonika.html

рукама поклоноодавца, односно не зависи од његове воље да ли ће поклон опозвати, већ аутоматски када наступи смрт такав правни посао не може да произведе правно дејство. Као што легат пада када испорукопримац умре пре завештаоца, тако и поклон за случај смрти не може да произведе своје дејство ако поклонопримац умре пре поклоноодавца. Преднацртом Грађанског законика¹⁸ од 28. 5. 2019, у чл. 761, ст. 2 откљоњен је део који се односи на могућност опозива „за случај смрти поклонопримца“ и предвиђен његов опозив по слободној вољи поклоноодавца. Међутим, ни у овој верзији нема услова од чијег наступања, односно ненаступања зависи правно дејство поклона за случај смрти, а то је доживљавање момента делације од стране поклонопримца. Поклон за случај смрти треба регулисати као уговор о поклону, посебне врсте, за чији настанак је потребна сагласност воља поклоноодавца и поклонопримца. Међутим, за разлику од уговора о поклону *inter vivos*, који производи правно дејство одмах по закључењу, поклон за случај смрти производи правно дејство *mortis causa*. Из самог назива поклона за случај смрти, види се да је то правни посао који производи правно дејство тек „за случај смрти“. Смрт је извесна чињеница, само је неизвесан тренутак њеног наступања (Стојановић, 2011: 385), те је тако и извесно да ће дејство поклона за случај смрти настати управо наступањем смрти. До наступања смрти поклон за случај смрти не производи никакво правно дејство. Чињеница да је у питању правни посао за чији је настанак потребна сагласност воља учесника правног посла, и да своје правно дејство производи тек наступањем одређене извесне чињенице, чини га уговором са одложним роком. Правно дејство овог уговора се везује за тренутак смрти поклоноодавца, која представља одложни рок. Међутим, уколико законском регулисању поклона за случај смрти не додамо услов да поклонопримац надживи поклоноодавца, одступили бисмо од суштине поклона за случај смрти и начинили га класичним уговором *inter vivos*. Поклон за случај смрти производи своје правно дејство *mortis causa*, али под условом да поклонопримац надживи поклоноодавца (Пантић, 284–288, 328–331). На овај начин, у овом правном послу спојени су одложни услов и одложни рок, наиме, овај уговор производи правно дејство протеком одложног рока, односно наступањем смрти поклоноодавца, али и остварењем одложног услова да поклонопримац надживи поклоноодавца. Дејство поклона за случај смрти подређено је чињеници смрти, јер оно неће наступити ако не

18 “Поклоноодавац може да раскине по својој вољи уговор о поклону, а располагање предметом таквог уговора, било правним послом међу живима, било правним послом за случај смрти, сматра се раскидањем уговора у погледу поклоњених предмета обухваћених располагањем.” Чл. 761, ст. 2 Преднацрта Грађанског законика, 2019, приступљено 12. августа 2019, доступно на https://www.paragraf.rs/nacrti_i_predlozi/280519-prednactrt-gradjanskog-zakonika-republike-srbije.html

наступи смрт поклонодавца, али неће наступити ни ако поклонопримац умре пре поклонодавца. Чињеница смрти код овог правног посла има карактер и одложеног рока и одложеног услова, који морају бити испуњени кумулативно. Реч је о сложеном одложеном року за који је извесно да ће наступити, али није извештан тренутак његовог наступања, извесно је да ће поклонодавац умрети, али је неизвештан тренутак њеног наступања. Међутим, сама смрт поклонодавца није довољна да би овај уговор произвео правно дејство, већ је потребно остварење и одложеног услова. Негативан одложни услов се огледа у ненаступању смрти поклонопримца пре поклонодавца. Међутим, поклон за случај смрти, схваћен као уговор, не ствара класичан облигациони однос између уговорних страна као што је то случај са уговорима *inter vivos*. Поклонопримац код уговора о поклону за случај смрти нема права која има поверилац (поклонопримац) из уговора који производи правно дејство *inter vivos*. Из ове карактеристике се извлачи његова најзначајнија карактеристика која га приближава располагањима *mortis causa*, а то је његова опозивост. До тренутка смрти поклонодавац је потпуно слободан да располаже предметом уговора о поклону за случај смрти, као што може располагати предметом испоруке, односно опозвати завештање слободно по свом нахођењу.

5. Закључак

Поклон за случај смрти треба најпре јасно дефинисати, како би се на адекватан начин законски регулисао. Његова сложена природа не треба да представља препреку, већ подстицај за његову примену, користећи како његове облигационоправне, тако и наследноправне карактеристике. Многи покушаји законског регулисања овог *sui generis* грађанскоправног института довели су до још већих забуна у његовом схватању, и до удаљавања од онога што је *donatio mortis causa* био у римском праву. У српском праву је поклон за случај смрти, захваљујући чињеници да у себи поседује елементе облигационог и елементе наследног права, у различитим историјским епохама и законским текстовима тих раздобља, био третиран као уговор а већ у наредном тренутку поистовећиван са легатом.

Поклон за случај смрти настаје сагласношћу воља поклонодавца и поклонопримца као и уговор о поклону, као уосталом и сви уговори. Међутим, за разлику од уговора *inter vivos*, поклон за случај смрти правно дејство производи тек након смрти поклонодавца. Поклонодавац предмет поклоне жели да задржи за себе за живота, али за случај смрти он радије жели да тај предмет припадне поклонопримцу него његовим законским

наследницима. Тиме се овај уговор удаљава од класичних *inter vivos* уговора, и приближава располагањима *mortis causa*. Да би поклон за случај смрти произвео правно дејство, поклонопримац мора да доживи моменат делације, баш као што и легатар мора да надживи завештаоца.

Потреба за адекватним регулисањем је коначно препозната у Преднацрту Грађанског законика, где је покон за случај смрти дефинисан као уговор, али је изостављен, чини се, део који чини есенцију поклона за случај смрти, а то је онај који се односи на услов да поклонопримац мора да надживи поклонодавца. Иако дефинисан као врста уговора о поклону који није у свим случајевима поклон *intuitu personae*, поклон за случај смрти то јесте јер поклонодавац жели да после његове смрти поклон припадне баш том поклонопримцу како не би припао његовим законским наследницима. Овај уговор производи правно дејство *mortis causa*, те чињеница смрти има одлучујући утицај на његово дејство. Смрћу поклонодавца поклон за случај смрти производи своје дејство, односно поклонопримац тек у тренутку поклонодавчеве смрти стиче својину на предмету поклона, иако је још за живота поклонодавца он био закључен. Са друге стране, смрт поклонопримца доводи до „пада“ поклона за случај смрти, баш као што и легат пада уколико легатар умре пре завештаоца. Дејство поклона за случај смрти наступиће након смрти поклонодавца, али само уколико га је поклонопримац надживео. Најновијом верзијом Преднацрта Грађанског законика правилно је предвиђена могућност његовог опозива по слободној вољи поклонодавца, чиме је указано на његову двоструку природу. У доба ренесансе уговора у области наследног права, овај облигациони уговор због његових наследноправних карактеристика треба сврстати у ред облигационоправних уговора који су од посебног значаја за наследно право. Свакако, он не треба бити наследноправни уговор, јер они по правилу представљају основ за универзалну сукцесију, док на основу поклона за случај смрти долази до сингуларне сукцесије (Stojanović, 2002: 724).

Литература/References

Ђурђевић, М. (2012). *Уговор о поклону*, Београд, Правни факултет Универзитета у Београду.

Ђурђевић, М. (2011). Уговор о поклону за случај смрти, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 1(XLV). 241–256.

Marković, S. (1981). *Nasledno pravo*, Београд.

Perović, S. (1973). *Obligaciono pravo I*, Београд, Правни факултет Универзитета у Београду.

Пантић, Д. Д. (2015). *Поклон за случај смрти*, Београд, Правни факултет Универзитета у Београду.

Стојановић, Н. (2011). *Наследно право*, Ниш, Правни факултет у Нишу.

Stojanović, N. (2002). Present in case of death in our law, *FACTA UNIVERSITATIS*, 6(1).

Цветковић, М. (2015). *Уговор о поклону*, Докторска дисертација, Ниш, Правни факултет у Нишу.

Закон о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. и за време непријатељске окупације, *Службени лист ФНРЈ*, Бр. 86 (1946) и 105 (1947).

Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, Бр. 29 (1978).

Закон о наслеђивању, *Службени гласник РС*, Бр. 46 (1995).

Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, Бр. 29 (1978), 39 (1985), 45 (1989)-*одлука УСЈ* и 57 (1989), *Службени лист СРЈ*, 31 (1993) и *Службени лист СЦГ*, 1/2003-*Уставна повеља*.

Преднацрт Грађанског законика, Влада Републике Србије, Београд, 2009.

Преднацрт Грађанског законика, Влада Републике Србије, Београд, 2015.

Преднацрт Грађанског законика, Влада Републике Србије, Београд, 2019.

Digesta Iustiniani: Liber 39, приступљено 5. јула 2019, доступно на <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/d-39.htm#6>

Константиновић, М. (1996). Облигације и уговори – Скица за законик о облигацијама и уговорима, Београд, https://www.harmonius.org/sr/pravni-izvori/jugoistocna-evropa/privatno-pravo/srbija/Skica_za_zakonik_o_obligacijama_i_ugovorima.pdf

Српски Грађански законик, 1844, приступљено 10. јула 2019, доступно на <https://www.overa.rs/gradanski-zakonik-kraljevine-srbije-1844-god-sa-kasnijim-izmenama.html>

Jovana Milović, LL.B.,
Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of Priština,
Temporary Head office in Kosovska Mitrovica

DONATIO MORTIS CAUSA IN SERBIAN LEGISLATION

Summary

Donatio mortis causa is regulated in the Preliminary Draft of the Civil Code as a type of donation contract including the special agreement that it should be executed after the death of the donor. Donatio mortis causa thus understood is an inter vivos contract whose execution has been postponed until the death of the donor. It is an inter vivos contract, with a deferred term of indefinite duration. Such a contract creates an obligation relationship immediately upon conclusion, and can result in the forced fulfillment of the donor's obligation. This understanding is contrary to the Roman understanding of donatio mortis causa. Donatio mortis causa produces legal effect only after the death of the donor; until the moment of his death, there is only a natural obligation (or moral obligation) of the donor not to cancel the contract. In addition, the Preliminary Draft Code must clearly state the condition that the donor must outlive the donor; since it is only from the moment of the donor's death that the donor can request the gift to be handed over. Since this contract does not result in a classic obligation, which gives rise to rights and obligations for the contracting parties from the moment of conclusion, the donor is free to dispose of the object of the gift. Accordingly, the donor is free to revoke the gift, at any time, without giving any reason.

Keywords: *donatio mortis causa, contract, legacy (delivery), present revocation, new legal solutions.*

Јована Мисаиловић,*

Млађи истраживач, Институт за упоредно право, Београд

Докторанд Правног факултета,

Универзитет у Београду

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

10.5937/zrpfno-23412

UDK: 349.2-055.26

Рад примљен: 01.10.2019.

Рад прихваћен: 23.01.2020.

ПОСЕБНА РАДНОПРАВНА ЗАШТИТА МАТЕРИНСТВА**

Апстракт: Биолошко стање у ком се жене налазе током трудноће и извесно време након рођења детета ствара потребу за посебним видом заштите жена на раду. Како изостављање јасних граница између заштите свих жена на раду и жена у вези са материнством доводи до дискриминације жена на тржишту рада, то је пожељно указати на основне последице које такав недостатак узрокује. У циљу разумевања неопходности делотворне заштите жена у вези са материнством, у раду се настоји приказати да су одређени посредни трошкови који настају за послодавца услед породилског одсуства или одсуства запослене са рада ради неге детета или породичних дужности – потенцијално један од најзначајнијих узрока дискриминације жена на раду.

Кључне речи: материнство, дискриминација, заштита жена, равноправност полова.

1. Увод

Положај жена од ступања на тржиште рада није био једнак положају мушкараца. Широка распрострањеност стереотипа да су жене домаћице а мушкарци издржаваоци породице, још увек није напуштена. Улога жене – мајке у друштву намеће потребу за повлашћеним поступањем према женама на раду, услед посебног стања у вези са трудноћом.

Оправдано другачије третирање трудница и младих мајки на раду и у вези са радом не сме представљати основ дискриминације свих жена на раду. Ово, имајућу на уму примере из праксе – укидање радног места за време коришћења одсуства са рада ради неге детета и посебне неге детета,

* jovana.misailovic@yahoo.com

** Рад је изложен на Међународној конференцији „Право и мултидисциплинарност“, одржаној 12–13. 4. 2019. на Правном факултету у Нишу.

премештај запослене на друго радно место са мањим коефицијентом за обрачун накнада зараде/плата у време њене спречености за рад због одржавања трудноће, немогућност напредовања због коришћења породилског одсуства, односно одсуства са рада ради неге детета – показује да жене у Србији трпе све видове дискриминације, а да одредбе закона које се односе на заштиту материнства нису довољне (Пантовић, Брадаш, Петовар, 2017: 7).

Циљ рада усмерен је на анализу елемената права на заштиту материнства на раду и у вези са радом, као и недостатака законске заштите материнства који узрокују наведено поступање према женама на раду, распрострањених не само у нашој земљи, већ и у државама Европе.

2. Нормативни оквир заштите материнства у Републици Србији

Посебна заштита материнства постављена је као уставна гаранција у праву Републике Србије.¹ Сврставањем права жена на посебну заштиту у корпус Уставом зајамчених права, утрт је пут женама у простор правно неједнаке заштите у односу на мушкарце, с обзиром на то да домаће законодавство не предвиђа посебну заштиту мушкараца на раду.

Када је реч о заштити жена на раду, разлика коју је потребно направити јесте у којој мери и када је оправдано свим запосленим женама, а када трудницама, односно младим мајкама, гарантовати посебну радноправну заштиту у односу на мушкарце, имајући у виду потребу за равноправношћу полова и обруч који поставља начело забране дискриминације. Ово из разлога што је Уставом Републике Србије, поред посебне заштите женама, у оквиру гаранције права на рад прописано да се женама, заједно са омладином и инвалидима, гарантује посебна заштита на раду.² Питање које се јавља довођењем у везу наведене две уставне одредбе јесте да ли посебна заштита жена гарантована уставним одредбама у оквиру члана под називом „Право на рад“ подупире тврдње да постоји потреба за заштитом свих жена на раду, без навођења специфичности да је реч о трудницама, дојиљама или младим мајкама. Овим се додатно ствара потреба да законодавство ограничи у којој мери је оправдано посредством

1 Уставом Републике Србије прописано је да се породици, мајкама, самохраним родитељима и деци гарантује посебна заштита, у складу са законом, и потом додаје да се мајци пружа посебна подршка и заштита пре и после порођаја. Чл. 66 Устава Републике Србије, Службени гласник РС, 98/2006,

2 Чл. 60, ст. 5 Устава Републике Србије, Службени гласник РС, 98/2006.

посебних мера, тзв. мера позитивне дискриминације³ (Јовановић, 2018: 5) и фактички изједначити положај запослених жена са положајем запослених мушкараца на тржишту рада.

Најважнији акти Међународне организације рада који обавезују Републику Србију у области посебне заштите материнства јесу Конвенција број 183 о заштити материнства,⁴ којом је ревидирана истоимена Конвенција број 103.⁵ Конвенција број 183 примењује се на све запослене, укључујући и оне ангажоване за обављање атипичних облика зависног рада.

Ревидирана европска социјална повеља, усвојена 1996. године⁶, наглашава потребу дужег трајања одсуства због трудноће у времену пре и након рођења детета, уређујући да уместо 12 недеља, колико је било прописано Европском социјалном повељом из 1961. године, жена има право да користи одсуство са рада пре и после рођења детета у укупном трајању од 14 недеља, успостављајући стандард у погледу дужине одсуства са рада жена поводом трудноће.

Закон о раду Републике Србије настоји да примени одредбе ратификованих међународних инструмената и уреди заштиту материнства у обиму у којем је то могуће, имајући у виду процес транзиције кроз који Република Србија још увек пролази и талас светске техничке индустријализације. Усвојене измене и допуне Закона о раду из 2014. године за један од својих циљева имале су оснаживање положаја жена на радном месту и успостављање равнотеже између породичних обавеза и професионалних задатака запослених мајки. Измене законских одредби које иду у прилог заштити материнства јесу првенствено оне које настоје да се посебна заштита жена обезбеди са аспекта безбедности и здравља на раду. Одредбама о заштити материнства заштита је проширена на запослену која доји дете (Ивошевић, Ивошевић, 2016: 223). Тиме се у оквиру права на заштиту материнства на раду гарантује и право на дојење детета током радног времена,

3 Позитивна дискриминација се одређује као скуп привремених посебних мера које имају за циљ да унапреде и заштите положај лица која се налазе у неједнаком положају са осталим грађанима. Устав Републике Србије уводи нови термин – посебне мере, у смислу позитивне дискриминације.

4 Конвенција број 183 о заштити материнства, Службени гласник РС – Међународни уговори, 1/2010.

5 Конвенција број 103 о заштити материнства, Службени лист ФНРЈ, 9/55.

6 Ревидирана европска социјална повеља, Службени гласник РС – Међународни уговори, 42/09.

као изузетно важна гаранција младим мајкама у циљу успостављања равнотеже између породичних и професионалних обавеза.⁷

У домаћој литератури се оправдано указује да двоструко радно ангажовање жена, које поред запослења код послодавца, у смислу заснивања радног односа, подразумева и неплаћени рад код куће, у домаћинству, представља изазов не само за раднице већ и за послодавце, и потцењује вредност коју рад жена и мајки има за подизање деце (Ковачевић, 2018: 99). Са друге стране, резултати истраживања о ставовима грађана према родној равноправности показују да су стереотипи о родним улогама присутни подједнако и код жена и код мушкараца. Родној неједнакости жена у образовном систему и на тржишту рада доприносе традиционално утемељени стереотипи о улози жене да своје време у већини посвети неплаћеном раду у домаћинству и подизању деце. Додатно, наведени стереотип може се сматрати и кључним за оправдавање мале заступљености жена у политици и на местима одлучивања (Људска права у Србији 2014, 2014: 53).

3. Трудноћа као основ дискриминације запослених

Сврха законске гаранције права на посебну заштиту материнства подразумева да би жена, с обзиром на специфичност свог психофизичког стања у времену током трудноће и одређеног времена након рођења детета, морала бити поштеђена професионалних обавеза. Међутим, послодавци често законске мере заштите материнства сматрају отежавајућим околностима (нпр. запошљавање нових запослених у периоду одласка запослене на породилско одсуство и одсуство ради неге детета, прилагођавање жене која је тек постала мајка на кумулативно испуњавање новонасталих породичних и професионалних обавеза, посебне мере заштите материнства у виду немогућности да жена ради на пословима штетним по њено и здравље детета или раду ноћним сменама и прековремени рад) и настоје да, када је то могуће, избегну запошљавање жене уколико би на истом радном месту могао да ради мушкарац. У том смислу, трудноћа запослене за послодавце представља препреку приликом запошљавања (ILO, 2012: 14) и води дискриминацији жена. Примера ради, дискриминација жена у вези са материнством представља кажњавање или узнемиравање трудница или запослених које доје децу услед одласка у тоалет, конзумирања воде чешће од других или тражења медицинске помоћи или пажње када је то услед трудноће потребно (Paul, 2004: 89). Имајући овакву тенденцију на уму, значајно је истаћи да стандарди Међународне организације рада

7 Чл. 93а, Закон о раду, Службени гласник РС, 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 и 113/2017.

утврђују да је првенствени циљ заштите материнства у области рада обезбеђивање сигурности запослења жене током породилског одсуства, одсуства ради неге детета и одређеног времена након повратка на рад и спречавање да материнство буде основ дискриминације жена на раду и у вези са радом (*Maternity and paternity at work*, 2012: 73).

Како наше законодавство, као и већина меродавних прописа у европским државама, тежи равноправној заступљености полова на тржишту рада, у циљу поштовања начела родне равноправности, то је потребно утврдити које мере у циљу заштите жена се оправдано предузимају, а које од њих уместо заштите заправо доприносе дискриминаторном поступању послодаваца према женама по основу њихове репродуктивне функције и улоге мајке у друштву. У том смислу су и мишљења да ће „заштитно законодавство само појачати већ присутну неједнакост у друштву која постоји између мушкараца и жена, а нарочито ће лоше утицати на аутономију жена и на остваривање њиховог права на рад, односно на предвиђену могућност да саме изаберу да ли ће приступити плаћеном раду и коју врсту послова ће обављати код послодавца“ (Fredman, 1997: 68). Супротно наведеном, Ревидирана европска социјална повеља је свој првобитни наслов, „Право запослених жена на заштиту“, променила у назив „Право запослених жена на заштиту материнства“ и тиме значајно допринела разликовању опште заштите жена од заштите материнства (Kollonay-Lehoczky 2017: 14). О томе да прешироко гарантована заштита жена заправо води њиховој дискриминацији сведоче и мишљења да одредбе Конвенција Међународне организације рада број 89 о ноћном раду жена у индустрији, којима се свим женама, без сужавања заштите на труднице и дојиље, забрањује ноћни рад у индустрији (рудницима, каменоломима и слично),⁸ воде непосредној дискриминацији жена, јер их спречава да обављају послове који подразумевају ноћно радно време и тиме их лишава права на повећани износ зараде за ноћни рад или отежане услове рада (Grgurev, 2014: 138). Сужавање забране ноћног рада само на труднице представља пример потребног разграничења права на посебну заштиту материнства у оквиру права на заштиту жена у околностима и условима рада који, осим када је жена у другом стању, једнако погађају и мушкарце и жене. Због тога се ограничавање забране ноћног рада само у односу на жене не може сматрати допуштеним изузетком од забране дискриминације, већ повредом овог начела (Ковачевић, 2016: 501).

Такође, пракса Европског суда правде, односно Суда правде Европске уније, може бити од значаја на путу утврђивања критеријума по

⁸ Конвенција број 89 о ноћном раду жена, Службени лист ФНРЈ – Међународни уговори, 12/56.

основу којих се може закључити да је реч о дискриминацији жена на раду у вези са материнством а не само по основу пола. У предмету *Bilka*⁹ Европски суд правде односно, Суд правде Европске уније, закључио је да дискриминација постоји кад се одређеним мерама погађа знатно већи број жена него мушкараца. У ситуацијама у којима се приликом коришћења неплаћеног одсуства (боловање, специјално одсуство или допунско породилско одсуство) право на годишњи одмор умањује за део неплаћеног одсуства, иако правило – које је наводно родно неутрално – представља посредну дискриминацију жена, будући да знатно већи број жена него мушкараца узима период неплаћеног одсуства због тога што узимају додатно породилско одсуство.¹⁰ Наведени принцип, примењан на конкретан случај сходно нашим законским решењима, подразумевао би, примера ради, да послодавац који условљава унапређење на више и боље плаћено радно место неизостајањем са рада у периоду дужем од три месеца у години – поступа дискриминаторно према женама у вези са њиховим правом на одсуство ради неге детета. Позитивне примере из упоредног законодавства када је реч о заштити материнства можемо пронаћи у данском законодавству, које предвиђа укупно 52 недеље родитељског одсуства, у оквиру којег је отац обавезан да искористи две недеље одсуства са рада због рођења детета (енг. *paternity leave*). Слично решење постоји и у Финској, где се гарантује право родитељима на 47.5 недеља одсуства након рођења детета, од којих посебно отац детета има право на одсуство у трајању од 4 недеље. Знатно мање времена одсуства са рада оцу гарантује француски законодавац – 11 дана, наспрам 16 недеља породилског одсуства колико је закон омогућио мајкама (Ray, 2009: 9–10).

Да је дискриминација жена у вези са трудноћом посебан вид дискриминације жена указао је Европски суд правде односно, Суд правде Европске уније, наводећи да у случају дискриминације жене због трудноће, послодавац се не може ослањати на изузетке предвиђене националним законима којима је предвиђено да није потребно правити поређење са третманом мушкараца у истој или упоређујуће истој ситуацији (Szyszczak, 2000: 92). Овакав став је потпуно оправдан, имајући у виду да с обзиром на случајеве непосредне дискриминације по основу урођених или стечених својстава у којима постоји упоредник или упоредна група – тј. лица која се налазе у истој или сличној ситуацији, при чему је једина разлика између

9 Case 170/84, *Bilka - Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz*, ECR [1986] 1607, ¶31.

10 Case-411/96 *Margaret Boyle and Others v Equal Opportunities Commission* [1998] ECR I-6401, ¶73. Истичемо да се управо у наведеном случају дискриминишу искључиво жене с обзиром на њихово право на породилско одсуство, односно одсуство ради неге детета, а не све запослене жене.

дискриминисаног лица и групе и упоредника или упоредне групе у томе што дискриминисано лице или група имају неко лично својство које друго лице, односно припадници друге групе немају – труднице у области рада и запошљавања немају упоредника, јер мушкарац не може бити у другом стању. Зато је основана тврдња да се штета коју запослена или кандидаткиња за запослење претрпи због трудноће сматра непосредном дискриминацијом на основу пола, и у том случају нема потребе за упоредником, односно упоредном групом.

4. Посебна заштита трудница и породиља од отказа уговора о раду

Осим поштовања начела недискриминације, основни циљ заштите материнства према стандардима Међународне организације рада подразумева и право жене да јој не може бити отказан уговор о раду током трудноће и породиљског одсуства¹¹ и времена након повратка на рад, који би требало да буде уређен националним законодавством. Међутим, истраживања су показала да је заштита породиља од отказа након повратка са породиљског одсуства ретко гарантована националним законодавствима (*Maternity at work: a review of national legislation, 2010: 65*). У домаћој стручној литератури истичу се два важна аспекта забране отказа због трудноће и порођаја. Први се односи на забрану послодавцу да отпусти запослену због трудноће и коришћења породиљског одсуства и одсуства са рада ради неге детета, док други аспект обухвата привремену суспензију права послодавца да откаже уговор о раду запосленој за време трудноће и остваривања права на одсуство са рада (Ковачевић, 2016: 499). Овде је потребно указати на пропуст домаћег законодавца који има негативан ефекат на заштиту материнства у домаћем праву. Наиме, наш законодавац не проширује заштиту материнства у смислу забране од отказа и на одређено време након што се запослена врати на рад. Тиме се ускраћује могућност женама да током одгајања одојчета, и при томе мотивисане да се врате на рад, имају сигурне приходе. Овим се додатно ствара могућност да нарушено психофизичко стање запослене, које редовно прати губитак запослења, умањи ниво потребне пажње усмерене на одгајање детета.

Још један важан елемент права на заштиту материнства у смислу забране од отказа због трудноће и породиљског одсуства предвиђа и Европска социјална повеља, којом се, осим забране послодавцима да откажу уговор о

11 Европски комитет за социјална права истакао је да током породиљског одсуства жена мора имати обезбеђену финансијску подршку довољну да се избегне потреба да ради и да заиста може да се одмара. *Conclusions XV-2, Belgium, Digest of the case law of the European Committee of Social Rights*, p. 250, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168049159f>, приступ: 18. септембар 2019.

раду запосленој током породилског одсуства, суспендује и право на отказ у случају када би отказни рок истекао за време док запослена користи право на ово одсуство. О значају сигурности забране отказа сведоче и упозорења Европског комитета за заштиту социјалних права, услед чега је у Ревидираној европској социјалној повељи временски период заштите од отказа проширен на период од момента када је послодавац обавештен о другом стању запослене до истека периода породилског одсуства (Ковачевић, 2016: 216). У циљу отклањања потенцијалних дискриминаторских разлога, Конвенција број 183 предвидела је релативну забрану од отказа запосленима у вези са материнством у смислу да се исти третман, када постоје објективни разлози за отказ, примењује и на запослене у другом стању, као и на запослене које се налазе на породилском одсуству или одсуству ради неге детета.¹² На тај начин, омогућава се објективно једнако поступање према мушкарцима и женама на раду и настоје се спречити послодавци да ређе запошљавају жене услед поштеђеног третмана у вези са материнством.

Наведено схватање потребе за заштитом жена може се повезати са уздржаношћу и несигурношћу послодаваца приликом одлучивања о запошљавању жена, односно мушкараца. Неопходно је, стога, законске одредбе свести на одговарајући ниво заштите у складу са начелом заштите материнства јер преширока заштита жена, осим што може довести до дискриминације жена на тржишту рада, обесмишљава сврху права на посебну заштиту материнства.

5. Посредни послодавчеви трошкови везани за коришћење права запослене на одсуство са рада због трудноће и порођаја

Осим забране отпуштања, право на заштиту материнства обухвата и право жене да се након повратка са породилског одсуства врати на исто радно место на којем је радила пре одласка на породилско одсуство и да буде једнако плаћена као и раније. Један од разлога гаранције враћања на исто или еквивалентно радно место јесте онемогућавање да жена буде санкционисана због чињенице да реализује своју репродуктивну функцију (Мисаиловић, 2019: 716). У пракси се наилазило на случајеве да су женама након повратка са породилског одсуства зараде биле смањене по основу „губитка капацитета за рад“ који би задржале и прошириле да нису биле одсутне са рада. На овакву праксу је у 2014. години, у допису Међународној организацији рада указао Савез независних синдиката Србије, наводећи

¹² Чл. 8, ст. 1 Конвенције број 183 о заштити материнства, Службени гласник РС – Међународни уговори, 1/2010.

да је клаузула у којој је женама након повратка са породилског одсуства смањена плата по наведеном основу – присутна у уговорима, чиме се директно крше одредбе Конвенције број 183 (Maternity and paternity at work, 2012: 81).

Заштита запослења младим мајкама, у смислу права на повратак на исто радно место након истека породилског одсуства, додатно је оправдано ако се узме у обзир и чињеница да политика запошљавања жена¹³ указује на мањи проценат заступљености жена на тржишту рада у односу на мушкарце. То значи да, осим потребе да се успостави равноправна укљученост мушкараца и жена на тржишту рада, неопходно је успоставити и равнотежу између опште и посебне заштите жена, односно материнства у области рада. Овако постављено, могло би се закључити да се жене суочавају са двоструком препреком на путу ка изједначавању са мушкарцима на тржишту рада. Не само да је неопходно да се напусте стереотипи о мушким и женским пословима како би жене уопште могле да буду у почетно једнаком положају као и мушкарци, већ се неоправдано, и штавише, противзаконито, жене суочавају са могућим последицама које материнство може, а никако не би требало да има, по њихов радноправни положај.¹⁴ У том смислу, потребно је учинити предлог *de lege ferenda*, којим би се обавезали послодавци да докажу постојање објективно негативних

13 Потребно је указати да Национални акциони план запошљавања за 2018. годину сврстава жене у теже запошљива лица из категорије посебно осетљивих незапослених, не одређујући никакве критеријуме по основу којих би жене оправдано биле сврстане у категорију теже запошљивих лица заједно са избеглим и расељеним лицима, повратницима према споразуму о реадмисији, самохраним родитељима, супружницима из породице у којој су оба супружника незапослена, родитељима деце са сметњама у развоју, бившим извршиоцима кривичних дела. Одељак 9 Националног акционог плана запошљавања за 2018. годину, Службени гласник РС, 120/2017.

14 Један од примера из праксе који показује незаштићеност жена током трудноће јесте случај грађанки којима је током трудноће било онемогућено да овере здравствену књижицу јер им послодавац није уплаћивао доприносе за обавезно социјално осигурање. Немараност послодаваца проузрокује значајне нелагодности запосленима којима су лекарски прегледи током трудноће неопходни. Тим поводом, повереница за заштиту равноправности указала је на то да је „право на здравствено осигурање женама током планирања породице, трудницама и породиљама до 12 месеци након порођаја, гарантовано Уставом Републике Србије и чл. 22. ст. 1. тч. 2, Закона о здравственом осигурању, Службени гласник РС, 107/2005, 109/2005, 57/2011, 110/2012, 119/2012, 99/2014, 123/2014, 126/2014, 106/2015 и 10/2016, али да се у пракси ове одредбе тумаче на начин који *дискриминише* и изазива озбиљне последице за жене које не могу да остваре право на здравствено осигурање зато што обвезник не испуњава обавезу плаћања доприноса за здравствено осигурање“. Препорука Републичком фонду за здравствено осигурање за предузимање мера за остваривање равноправности жена које планирају породицу, трудница и породиља (дел. бр. 1050 од 23. 07. 2012.),

ефеката на пословање услед одласка запослене на породилско одсуство или одсуство ради неге детета. Јер једино у том случају разлика у поступању према женама по повратку на рад након породилског одсуства (умањење зараде, ниже радно место или отказ), у односу на поступање према мушкарцима након одсуства са рада, може бити оправдана.

Наиме, негативни ефекти одласка на породилско одсуство запослене који погађају послодавца дефинишу се као *посредни трошкови породилског одсуства* који обухватају умањење хуманог капитала запослене (Haveman, Bershadker, Schwabish, 2003: 61)¹⁵ и потребу поновног оспособљавања запослене за обављање професионалних задатака након повратка са породилског одсуства (Alewell, Pull, 2000–2001: 299).

Када је реч о умањењу хуманог капитала, губитак се мери пропорционално дужини трајања породилског одсуства. Наведена претпоставка води закључку да уколико запослена након порођаја не искористи своје право на одсуство ради неге детета (дакле, овде се подразумева необавезни, али правом гарантовани период одсуства са рада након рођења детета) у потпуности, већ се у прихватљивом, у очима послодавца, временском периоду након рођења детета врати на рад, послодавац би сматрао да њен хумани капитал није умањен (Barnard, 2012: 406). Сличан став заузео је и Европски суд правде, односно Суд правде Европске уније, одлучујући да дискриминација на основу пола не може бити оправдана услед трошкова послодавца поводом одсуства запослене са рада због трудноће или неге детета након порођаја.¹⁶

Са друге стране, применом аналогije, закључак је да дужи остатак на породилском одсуству, односно одсуству ради неге детета, води већем губитку хуманог капитала и да би послодавац сматрао да је запосленој потребно једнако обуке као и лицу са радним искуством које би се по први пут запослило на истом радном месту. Додатно, у разматрање се мора узети и чињеница да наш закон дозвољава запосленима, осим права на породилско одсуство у трајању од три месеца, и право на одсуство ради неге детета до навршених 365 дана од дана отпочињања породилског одсуства. Закључак да дуже одсуство са рада доводи до губитка хуманог капитала запослене – ствара тенденцију радијег одлучивања послодавца да запосле лице које је у континуитету радило него да снесе трошкове

у: *Зборник мишљења, препорука и упозорења Повереника за заштиту равноправности*, (ур.) Н. Петрушић, стр. 129–132.

15 Хумани капитал може се дефинисати као укупна вредност способности, знања и радног искуства индивидуе. Термин „умањење хуманог капитала“ слободан је превод аутора са енглеског језика â „*human capital depreciation*“.

16 Case C-320/01 *Bush v. Klinkum Neustadt GmbH & Co. Betriebs-KG* [2003] ECR I-2041, ¶44.

оспособљавања запослене која се вратила са одсуства након рођења детета (Alewell, Pull, 2000–2001: 300). Међутим, овакво резонување послодавца могло би се сматрати оправданим уколико би се приликом повратка са одсуства приступило провери губитка хуманог капитала запослене, применом једначине за израчунавање вредности хуманог капитала индивидуе (Haveman, *et all.*, 2003: 62).¹⁷ Уколико би се применом проверених метода доказало да се хумани капитал запослене смањује у мери већој од прихватљиве, при чему се за прихватљив стандард може узети, на пример, просечан губитак хуманог капитала након 14 недеља одсуства у складу са Конвенцијом број 183, могло би бити речи о негативним ефектима породилског одсуства запослене на успешност пословања.

Посредни трошкови коришћења права на породилско одсуство и одсуство са рада ради неге детета за послодавца подразумевају и трошкове реорганизације рада и радних места. Наиме, у зависности од обима пословних задатака и дужине трајања породилског одсуства запослене, послодавац се може одлучити или да неизвршене задатке одсутне запослене делегира осталим запосленима или да запосли ново лице, (Alewell, Pull, 2000–2001: 300), што свакако не представља пожељну активност на страни послодавца, с обзиром да она подразумева исплату додатне зараде и трошкове оспособљавања новог запосленог. Свакако да би временски фактор одсуства запослене требало сматрати пресудним чиниоцем приликом доношења одлуке послодавца. Тако, потребно је утврдити да ли би законско уређивање обавезе оца да у одређеном времену након рођења детета користи право на одсуство са рада (енг. *paternity leave*), помирило потребе послодавца и ослободило мајке са малим дететом притиска да се што раније врате на рад. Овакав предлог никако не сме нарушити начело заштите материнства у смислу коришћења права на породилско одсуства или одсуство са рада ради неге детета, али би, наиме, био у складу са препоруком Европског суда правде којом се налаже да обим права које уживају мајке не би требало да буде различит од обима права који уживају очеви (Hießl, 2012: 109).

17 Фундаменталну једначину за мерење вредности које чини људски капитал поставио је Гери Бекер (енг. Gary S. Becker) у раду Људски капитал: Теоријска и емпиријска анализа, са посебним нагласком на обрзовању (енг. *Human capital: A Theoretical and Empirical Analysis with Special Reference to Education*, Third edition, The University of Chicago Press, Chicago-London, 1993): $HC = E = X + \sum_{j=1}^m (r_j \times C_j) + u$, где је E постојећа вредност очекиване будуће зараде појединца, X је постојећа вредност тока повраћаја основних способности појединца, C_j је количина утрошеног времена од стране појединца на j инвестиције у људском капиталу (од свих m инвестиција), r_j је постојећа вредност годишњег повраћаја на ту инвестицију док је u постојећа вредност за ток "среће" и друге факторе.

Дакле, негативне последице које послодавац трпи у случају одласка запослене на породилско одсуство могу се разумети у контексту оспособљавања запослене за рад у случају дужег одсуства са рада и трошкова запослења новог лица или реорганизације рада. Прва група последица може бити отклоњена уколико би се домаћим законодавством предвидело *обавезно* одсуство са рада и мушкараца – оца у одређеном времену након истека породилског одсуства мајке, док се друга група последица може отклонити утврђивањем стандарда по којем се објективно може закључити да ли, и у којој мери, запослена по повратку на рад након истека породилског одсуства или одсуства ради неге детета губи свој хумани капитал који послодавцу ствара објективну штету, већу од оне коју би сносио у случају одсуства било ког другог запосленог у истом временском периоду.

6. Закључак

Право на посебну заштиту материнства мора бити јасно уоквирено унутар права на заштиту жена. Језгро права на заштиту материнства требало би да чине најбољи интереси не само мајке, већ и детета. У складу са таквом полазном основом, равноправна могућност коришћења права на родитељско одсуство и жена и мушкараца након истека породилског одсуства помирила би захтеве тржишта рада и потребе породичног живота младих мајки. Јер, једино у случају укључивања и очеве у равноправну бригу о деци, може бити речи о зачецима једнаког третмана мушкараца и жена од стране послодаваца у случају трудноће, односно бриге о детету, и тиме упостављања равноправности полова на тржишту рада.

Додатно, неоправдано је сматрати да су послодавци највећим делом „заслужни“ за дискриминаторно поступање према трудницама или младим мајкама. Наиме, законодавства значајно доприносе томе, пропуштањем да потврде обавезно одсуство мушкараца са рада након рођења детета. Наведеним предлогом, *de lege ferenda*, не само да би се мушкарци и жене изједначили када је реч о обиму права на одсуство са рада ради неге детета, већ би се жене ослободиле стереотипа о подели мушких и женских послова и отворила би се врата истинској равноправности мушкараца и жена на раду и у вези са радом.

Осим тога, чињеница је да се послодавци, услед одсуства са рада жена због породилског или одсуства ради неге детета, суочавају са трошковима које им запослени мушкарци не узрокују. Стога, оправдано је захтевати да се такав, објективно негативан ефекат коришћења породилског одсуства на пословни успех утврди и на тај начин омогући послодавцима да, у намери да заштите своје професионалне интересе и постигну циљеве, не примењују дискриминаторне мере. Предлози који би се у будућности могли

учинити када је реч о могућим изменама и допунама Закона о раду ишли би у правцу разматрања и схватања посебне заштите материнства и у пракси Европског суда правде, односно Суда правде Европске уније, са циљем праћења нивоа и начина остваривања права на заштиту материнства у европским државама.

Литература/References

Alewell, D., Pull, K., (2000-2001), An International Comparison and Assessment of Maternity Leave Legislation: *Comparative Labor Law and Policy Journal*, Vol. 22, Issues 2 and 3.

Barnard, C., (2012). *EU Employment Law*, Oxford: Oxford University Press.

Fredman, S., (1997). *Women and the Law*, Oxford: Clarendon Press.

Grgurev, I., (2014). Diskriminacija trudnih radnica: kako uspešno pomiriti trudnoću sa zahtevima tržišta. In Potočnjak, Ž., Grgurev, I., Grgić, A., (yp.), *Perspektive antidiskriminacijskog prava*, (pp. 133-152). Zagreb: Sveučilište u Zagrebu Pravni fakultet.

Haveman, R., Bershadker, A., Schwabish, J., (2003). *Human Capital in the United States from 1975 to 2000: Pattern of Growth and Utilization*, Michigan: W.E. Upjohn Institute for Employment Research, Kalamazoo.

Hießl, C., (2012). *Basic on European Social Law*, Vienna: Linde Verlag.

ILO, (2012). *Maternity protection resource package: From a Aspiration to reality for all. Part two – Employment protection and non-discrimination*, Geneva: International Labour Office.

Јовановић, П., (2018). Позитивна дискриминација (с освртом на област рада): Радно и социјално право. 1–24.

Kollonay-Lehoczy, C., (2017). Article 20 – The right to equal opportunities and equal treatment in matters of employment and occupation without discrimination on the ground of sex. In Bruun, N., Lörcher, K., Schömann, I., Clauwaert, S., (eds.), *The European Social Charter and the employment relation* (pp.358–380), Oregon: Hart Publishing Oxford/Portland.

Ковачевић, Љ., (2016). Ваљани разлози за отказ уговора о раду, Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Ковачевић, Љ., (2018). Равноправност мушкарца и жена као битан елемент равноправног запошљавања: прилог дискусији о нацрту Закона о родној равноправности: Радно и социјално право, 97–145.

Maternity at work: A review of national legislation, Findings from the ILO Database of conditions of work and employment laws, (2010). Geneva: International Labour Office.

Maternity and paternity at work - law and practice across the world, (2012). Geneva: International Labour Organisation.

Мисаиловић, Ј., (2019). Заштита жена од отказа уговора о раду, у: Мирковић Д., (ур.), Зборник радова Право у функцији развоја друштва (стр. 705–720), Косовска Митровица: Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици.

Paul, J., (2004). Healthy beginnings: Guidance on safe maternity at work, Geneva: International Labour Organization.

Пантовић, Ј., Брадаш, С., Петовар, К., (2017). Положај жена на тржишту рада, Београд: Fredrich Ebert Stiftung.

Ray, R., (2009). A detailed look at parental leave policies in 21 OECD countries, Washington D.C.: Center for Economic and Policy Research.

Szyszczak, E., (2000). EC labour law, Harlow: Pearson Education Limited.

Коментари закона

Ивошевић З. М., Ивошевић М. З., (2016). Коментар Закона о раду – треће измењено и допуњено издање, Београд: Службени гласник.

Извори права

Устав Републике Србије, Службени гласник РС, 98/2006.

Конвенција број 89 о ноћном раду жена, Службени лист ФНРЈ – Међународни уговори, 12/56.

Конвенција број 103 о заштити материнства – Конвенција број 103, Службени лист ФНРЈ, 9/55.

Конвенција број 183 о заштити материнства – Конвенција број 183, Службени гласник РС – Међународни уговори, 1/2010.

Ревидирана европска социјална повеља, Службени гласник РС – Међународни уговори, 42/09.

Закон о раду, Службени гласник РС, 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 и 113/2017.

Закон о здравственом осигурању, Службени гласник РС, 107/2005, 109/2005, 57/2011, 110/2012, 119/2012, 99/2014, 123/2014, 126/2014, 106/2015 и 10/2016.

Национални акциони план запошљавања за 2018. годину, Службени гласник РС, 120/2017.

Пракса Европског суда правде, односно Суда правде Европске уније

Case 170/84 *Bilka - Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz*, ECR [1986] 1607.

Case-411/96 *Margaret Boyle and Others v Equal Opportunities Commission* [1998] ECR I- 6401.

Case C-320/01 *Bush v. Klinkum Neustadt GmbH & Co. Betriebs-KG* [2003] ECR I-2041.

Интернет извори

Conclusions XV-2, Belgium, *Digest of the case law of the European Committee of Social Rights*, приступ 20. 08. 2019. <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168049159f>.

Некатегорисана коришћена литература

Људска права у Србији 2014, (2014). Београд: Београдски центар за људска права.

Препорука Републичком фонду за здравствено осигурање за предузимање мера за остваривање равноправности жена које планирају породицу, трудница и породилца (дел. бр. 1050 од 23. 07. 2012.), У: Н. Петрушић, (ур.) Зборник мишљења, препорука и упозорења Повереника за заштиту равноправности, Београд 2013.

Jovana Misailović, LL.M.,

Junior Researcher, Comparative Law Institute, Belgrade

PhD Student at the Faculty of Law, University of Belgrade,

MATERNITY PROTECTION IN EMPLOYMENT LAW

Summary

In the past decades, a lot of effort has been exerted worldwide to establish an equal treatment of women and men on the labour market. In that context, the ILO Maternity Protection Convention (No. 183, 2000) and the Revised European Social Charter have set valuable standards which serve as a guidance to countries on their way to support gender equality and prevent discrimination against women in employment relations. Accordingly, this paper considers two most important elements of maternity protection in employment law: a) protection against dismissal, including the guaranteed right to return to work for young mothers, and b) non-discrimination in employment in relation to maternity.

In the first part of this analysis, the author argues that the subjective element (such as the employer's knowledge of employee's pregnancy) should not be considered as a decisive factor when the court determines if the dismissal on the grounds of pregnancy is unlawful. Furthermore, given the fact that women who return to work after maternity leave encounter a reduction in their wages on the grounds that they have lost the capacity to work that they would have retained and augmented if they had not been absent, it constitutes true discrimination on the ground of sex (gender). The author endeavours to offer suggestions de lege ferenda as to how this practice can be eradicated. In the second part of the analysis, in order to point to the need for effective protection of women in maternity, the paper aims to prove that certain indirect costs of the employer due to maternity leave or child care are one of the major causes of discrimination against women at work. Lastly, the paper supports the view that the drawbacks in legislations worldwide, which do not envisage equal rights to maternity and paternity leave for women and men after childbirth, also contribute to an unequal treatment of women and men at work.

Keywords: *maternity, discrimination, women protection, gender equality.*

Сања Станковић,*
Докторанд Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfno-25177

UDK: 347.921.8(497.11)
Раđ примљен: 12.02.2020.
Раđ прихваћен: 31.03.2020.

АНАЛИЗА ОДРЕДАБА ЗАКОНА О БЕСПЛАТНОЈ ПРАВНОЈ ПОМОЋИ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ КОЈЕ УРЕЂУЈУ БЕСПЛАТНУ ПРАВНУ ПОМОЋ У ПРЕКОГРАНИЧНОМ СПОРУ DE LEGE LATA И DE LEGE FERENDA

Апстракт: *Право на бесплатну правну помоћ у прекограничном спору је процесно право лица које има држављанство, пребивалиште или уобичајено боравиште на територији једне државе да оствари право на бесплатну правну помоћ у спору који се води пред надлежним судом друге државе. Право на бесплатну правну помоћ у прекограничном спору у Републици Србији је регулисано Законом о бесплатној правној помоћи. Закон о бесплатној правној помоћи регулише остваривање бесплатне правне помоћи на територији Европске уније, односно појам прекограничног спора, облике бесплатне правне помоћи, услове које тражилац правне помоћи мора да испуни да би добио својство корисника, поступак остваривања бесплатне правне помоћи када се спор води пред судом на територији Републике Србије или друге државе чланице Европске уније и врсте трошкова које су обухваћене бесплатном правном помоћи. Тражилац правне помоћи, који има пребивалиште или уобичајено боравиште на територији државе чланице Европске уније, а у циљу остваривања права на бесплатну правну помоћ у спору који се води пред судом друге државе чланице Европске уније, доставља захтев за одобравање статуса корисника правне помоћи на два начина: непосредно пријемном органу државе у којој се води спор или посредно, посредством отпремног органа на чијој територији тражилац правне помоћи има пребивалиште или уобичајено боравиште. Када се спор води пред надлежним судом на територији Републике Србије, Министарство правде је надлежно да одлучује о захтеву тражиоца правне помоћи.*

Кључне речи: *правна помоћ, прекогранични спор, Директива 2002/08/ЕЗ, Министарство правде, пријемни орган.*

* sanjastankovic79@gmail.com

1. Увод

Право на правично суђење је процесно људско право, које у себи инкорпорира, између осталог, право на слободан приступ суду и право на правну помоћ (Uzelac, 2010: 102–104). Међународни уговори универзалних (Уједињене нације) и регионалних (Савет Европе и Европска унија) организација гарантују право на правично суђење.

Право на слободан приступ суду је процесно право лица, да у циљу заштите својих права и интереса, покрене поступак пред судом. Ово право може бити ограничено у оправданим околностима, односно мора постојати пропорционалност између циља који се тиме постиже и средства којим се ограничење врши (Uzelac, 2010: 107). Ограничење може бити персонално, које се односи на могућност да се буде странка у поступку (нпр. страначка и процесна способност, имунитет, правна помоћ) и економско, које се односи на високе судске трошкове поступка (Milenković, 2016: 118).

Право на правну помоћ је људско право које обухвата низ радњи које служе лицу за уклањање препрека на путу ка остваривању својих права (Gajin, Vodinelić, Kosanović, Čavoški, Knežević Војовић, Sepi, Reljanović, 2016: 31). На почетку свог развоја, правну помоћ је остваривало лице слабог економског статуса у циљу заштите својих права пред судом, док данас правну помоћ остварују и друге категорије лица, уколико испуњавају одређене законом прописане услове.

Тражилац правне помоћи (у даљем тексту: тражилац) стиче својство корисника правне помоћи (у даљем тексту: корисник) када су испуњени субјективни и објективни услови. Субјективни услови се односе на лична својства тражиоца, као нпр. држављанство, слабо имовинско стање, дете, жртва насиља у породици, избеглица, особа са инвалидитетом итд. (Gajin et al. 2016: 20–21). Објективни услови се односе на објективне околности, као нпр. изглед за успех у поступку (тест оправданости или основаности пружања правне помоћи), сложеност правне ствари и да ли постоји пропорционалан однос трошкова поступка и вредности спора (Gajin et al. 2016: 22).

Право на правну помоћ у прекограничном спору је право лица које има држављанство или пребивалиште или уобичајено боравиште у једној држави да оствари правну помоћ у грађанским и трговачким споровима који се воде пред надлежним органом друге државе.

Да би тражилац стекао статус корисника, поред субјективних и објективних услова морају бити испуњени додатни услови, односно да постоји прекогранични спор и да је спор из грађанске или привредне материје.

Право на правну помоћ је загарантовано Уставом Републике Србије¹. Свакоме се под условима прописаним законом јемчи право на правну помоћ² и одређује када је она бесплатна.³ Република Србија се у процесу европских интеграција, кроз Преговарачку позицију за Поглавље 23 „Правосуђе и основна права“, обавезала да изврши пуну хармонизацију прописа који регулишу правну помоћ са правним тековинама Европске уније.⁴ У новембру 2018. године је на снагу ступио Закон о бесплатној правној помоћи (у даљем тексту: ЗБПП)⁵, а који се примењује од 1. октобра 2019. године. ЗБПП прописује да се бесплатна правна помоћ остварује без накнаде, путем бесплатне правне помоћи у ужем смислу, бесплатне правне подршке и бесплатне правне помоћи у прекограничном спору.

Бесплатна правна помоћ у прекограничном спору (у даљем тексту: бесплатна правна помоћ) је регулисана у Глави VI ЗБПП, односно садржи транспоноване одредбе Директиве 2002/8/ЕЗ о унапређењу приступа суду у прекограничним споровима утврђивањем минималних заједничких правила о правној помоћи у таквим споровима (у даљем тексту: Директива)⁶ и регулише појам прекограничног спора, облике бесплатне правне помоћи, услове које тражилац мора да испуни да би добио својство корисника, начин остваривања бесплатне правне помоћи када се спор води пред судом на територији Републике Србије или друге државе чланице Европске уније и врсте трошкова које су обухваћене бесплатном правном помоћи. Одредбе Главе VI ЗБПП почињу да се примењују од дана приступања Србије Европској унији.

Циљ рада је да изврши анализу одредби ЗБПП које регулишу бесплатну правну помоћ, односно да установи исправност транспонованја одредби Директиве у национални правни систем, као и да укаже на пропусте транспонованја одређених одредби Директиве. У циљу остваривања

1 *Сл. гласник РС*, 98/2006.

2 Чл. 67, ст. 1 Устава Републике Србије.

3 Чл. 67, ст. 3 Устава Републике Србије.

4 Преговарачка позиција Републике Србије у оквиру Међувладине конференције о приступању Републике Србије Европској унији за Поглавље 23. „Правосуђе и основна права“. Преузето 12. 09. 2019.

http://www.mei.gov.rs/upload/documents/pristupni_pregovori/pregovaracke_pozicije/pg_23_pregovaracka_pozicija_srbije.pdf

5 *Сл. гласник РС*, 87/2018.

6 Council Directive 2002/8/EC to improve access to justice in cross-border disputes by establishing minimum common rules relating to legal aid for such disputes. Преузето 12.09.2019.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003L0008&from=EN>

претходно наведеног биће изложена и упоредна пракса транспоновања Директиве у национални правни систем држава чланица Европске уније (Република Хрватска и Република Словенија) и државе кандидата (Црна Гора). У том смислу, предмет анализе су и одредбе бесплатне правне помоћи садржане у хрватском Закону о бесплатној правној помоћи⁷ (у даљем тексту: хрватски ЗБПП), словеначком Закону о бесплатној правној помоћи⁸ (у даљем тексту: словеначки ЗБПП) и црногорском Закону о бесплатној правној помоћи⁹ (у даљем тексту: црногорски ЗБПП).

2. Опште одредбе о бесплатној правној помоћи

У овом делу рада је изложена анализа општих одредби бесплатне правне помоћи које регулишу појам прекограничног спора, врсте спорова и облике у којима се остварује бесплатна правна помоћ и услове које тражилац мора да испуни да би стекао статус корисника.

Члан 44 ЗБПП прописује да се бесплатна правна помоћ остварује у складу са одредбама Главе VI ЗБПП и Директиве, а што је нетачно из два разлога. Први разлог је да се бесплатна правна помоћ остварује и у складу са другим одредбама ЗБПП, односно примењују се и друге одредбе ЗБПП. Други разлог је да Директива није правни акт који има директно правно дејство као уредба, већ индиректно дејство, односно потребно је одредбе Директиве транспоновати у национални правни систем на начин којим се остварује њен циљ и сврха. Закључак је да се члан 44 ЗБПП избрише.

У погледу термина, указујем да се у чл. 45, став 1 и 46 ЗБПП користи термин подносилац захтева, а не тражилац, као што је прописано чланом 8, став 2 ЗБПП, те је потребно ускладити термине.

Тражилац остварује бесплатну правну помоћ када су испуњени следећи услови. Први услов је да постоји прекогранични спор, други услов је да је у питању спор из грађанске или привредне материје и трећи услов је испуњеност субјективних и објективних услова.

Прекогранични спор је спор у коме тражилац има пребивалиште или боравиште у другој држави чланици Европске уније, а не у држави чланици Европске уније у којој се води поступак или у којој се захтева извршење судске одлуке.¹⁰ Појам прекограничног спора је делимично усклађен са чланом 2, став 1 Директиве. Наиме, Директива као тачке везивања за

7 *Narodne novine*, 143/13.

8 *Uradni list RS*, 96/04 – uradno prečišćeno besedilo, 23/08, 15/14 – odl. US in 19/15.

9 *Сл. лист ЦГ*, 20/2011 и 20/2015.

10 Чл. 45, ст. 1 ЗБПП.

одређивање прекограничног спора користи пребивалиште или уобичајено бораиште, али не и бораиште. Анализом упоредних извора учава се да хрватски ЗБПП¹¹ предвиђа исте тачке везивања као и ЗБПП, док словеначки ЗБПП¹² предвиђа генерични појам „живи“, а црногорски ЗБПП¹³ предвиђа држављанство (строжији услов) или законити боравак. У циљу термилошког усклађивања са конвенцијама међународног приватног права, које је ратификовала Република Србија, регулативама европског међународног приватног права и Директивом, термин бораиште је потребно заменити термином уобичајено бораиште кроз све одредбе Главе VI ЗБПП. Постојање прекограничног спора се одређује према времену када је поднет захтев за одобравање бесплатне правне помоћи,¹⁴ чиме је у потпуности транспонована одредба члана 2, став 3 Директиве.

У погледу меродавног права за одређивање пребивалишта или уобичајеног бораишта тражиоца, указујем на следеће. Члан 2, став 2 Директиве прописује да се меродавно право за одређивање пребивалишта тражиоца одређује у складу са чланом 62 Уредбе 1215/2012/ЕУ о надлежности, признавању и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким стварима¹⁵, с обзиром да је Уредба 44/2001/ЕЗ о надлежности, признавању и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким стварима¹⁶ престала да важи. Из претходно наведеног произилази да Директива садржи норму за одређивање меродавног права пребивалишта, али не и уобичајеног бораишта. Од упоредних извора, хрватски ЗБПП¹⁷ на исти начин као и ЗБПП прописује колизиону норму за одређивање меродавног права пребивалишта и бораишта, док црногорски ЗБПП и словеначки ЗБПП не садрже такву одредбу. У европском међународном праву дефиниција уобичајеног бораишта не постоји, односно даје му се јединствено европско тумачење, узимајући у обзир све релевантне околности случаја, односно подводи се под објективне и субјективне структурне елементе одређене у пресудама Европског суда (Вуџек, 2015: 898–899). Објективни елемент је

11 Чл. 26, ст. 1 хрватског ЗБПП.

12 Чл. 52, ст. 1 словеначког ЗБПП.

13 Чл. 59, ст. 1 црногорског ЗБПП.

14 Чл. 45, ст. 4 ЗБПП.

15 Regulation 1215/2012/EU on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. Преузето 12. 09. 2019.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R1215&from=EN>

16 Regulation 44/2001/EC on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. Преузето 12. 09. 2019.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32001R0044>

17 Чл. 28, ст. 1 хрватског ЗБПП.

тежиште животних интереса лица, који се цени на основу сталне физичке присутности лица, док када су у питању малолетна лица цене се околности боравка у држави чланици, разлози боравка у тој држави итд. (Воићек, 2015: 899–902). Субјективни елемент је намера настајења (Воићек, 2015: 902). На основу претходно наведеног, мислим да је члан 2, став 2 Директиве погрешно транспонован у члан 47, став 3 ЗБПП, односно потребно је само прописати норму за одређивање меродавног права пребивалишта, док суд уобичајено боравиште одређује на основу праксе Европског суда.

Други услов за остваривање бесплатне правне помоћи је правна природа спора, односно да је у питању спор из грађанске или привредне материје.¹⁸ Одредбе о бесплатној правној помоћи се не примењују, односно бесплатна правна помоћ се не остварује у споровима из пореске, царинске или неке друге управне материје.¹⁹ У том смислу члан 45, ст. 2 и 3 ЗБПП је у потпуности усклађен са чланом 1, став 2 Директиве.

Трећи услов за остваривање бесплатне правне помоћи је испуњеност субјективних и објективних услова. Субјективни услови су испуњени када је тражилац корисник права на новчану социјалну помоћ или права на дечји додатак или када би због плаћања правне помоћи из сопствених прихода постао корисник права на социјалну помоћ или дечји додатак²⁰ или тражилац има својство лица која су таксативно наведена у ЗБПП (дете или лице које тражи азил или избеглица или особа са инвалидитетом)²¹. Претходно је у потпуности усклађено са чланом 5, ст. 1 до 3 Директиве. Изузетно, бесплатна правна помоћ може се одобрити и тражиоцу који не испуњава субјективне услове, ако докаже да није у могућности да плати трошкове поступка због разлике у трошковима живота између државе чланице Европске уније у којој има пребивалиште или уобичајено боравиште и трошкова живота у Републици Србији.²² Претходно је у потпуности усклађено са чланом 5, став 4 Директиве. Објективни услови су испуњени када не постоји очигледна неоснованост захтева за бесплатну правну помоћ (нпр. не постоји очигледан покушај злоупотребе),²³ што значи да је члан 6, став 1 Директиве у потпуности транспонован у члан 7, тач. 5) до 7) ЗБПП. Указујем на чињеницу да члан 46, став 1 ЗБПП упућује само на испуњеност субјективних услова садржаних у члану 4 ЗБПП, али

18 Чл. 45, ст. 2 ЗБПП.

19 Чл. 45, ст. 3 ЗБПП.

20 Чл. 4, ст. 1 и 2 ЗБПП.

21 Чл. 4, ст. 3 ЗБПП.

22 Чл. 46, ст 2 ЗБПП.

23 Чл. 7, тач. 5) до 7) ЗБПП.

не упућује и на оцену објективних услова садржаних у члану 7, тач. 5) до 7) ЗБПП. То значи да у члану 46, став 1 ЗБПП треба извршити измену, односно потребно је упутити и на члан 7 ЗБПП, који представља изузетак од примене члана 4 ЗБПП или само упутити на примену одредби ЗБПП, не наводећи које су то одредбе у питању.

Уколико су испуњени претходно наведени услови, корисник може остварити следеће облике бесплатне правне помоћи за: саветовање пре почетка поступка с циљем постизања вансудског поравнања, покретање поступка пред судом, заступање пред судом, посредовање у решавању спорова и извршење јавних исправа.²⁴ Закључак је да је члан 45, ст. 2 ЗБПП у потпуности усклађен са чл. 3, став 2, тач. (а) и чл. 10 и 11 Директиве, а делимично усклађен са чланом 3, став 2, тач. (б) Директиве. Наиме, Директива као облик остваривања бесплатне правне помоћи предвиђа и накнаде поступка, односно судске таксе, а које нису регулисане ЗБПП, већ Законом о парничном поступку²⁵ и Законом о судским таксама²⁶. Закон о судским таксама прописује реципроцитет као основ остваривања ослобођења од плаћања судских такси,²⁷ чиме се ограничава домет примене права загарантованог Директивом. У складу са тим потребно је до дана приступања Републике Србије Европској унији или изменити Закон о судским таксама или ову материју подвести под примену ЗБПП, како би лица са пребивалиштем или уобичајеним боравиштем на територији Европске уније, у случају одобравања бесплатне правне помоћи, уживала и право на ослобођење од плаћања судских такси, без његовог ограничења реципроцитетом.

Даље, потребно је члан 45, став 2 ЗБПП поделити у два става, односно један став да регулише правну природу спора и врсте поступака у којима се може остварити бесплатна правна помоћ и други став да регулише њене облике.

Анализом упоредних извора, опште одредбе би требало проширити, односно требало би регулисати евиденцију бесплатне правне помоћи и легализацију исправа, а у циљу попуњавања постојећих правних празнина ЗБПП.

Члан 38 ЗБПП регулише само вођење евиденције и прикупљање података од стране органа управе, а у вези са одобравањем бесплатне правне помоћи

24 Чл. 45, ст. 2 ЗБПП.

25 *Сл. гласник РС*, 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС, 55/2014 и 87/2018.

26 *Сл. гласник РС*, 28/94, 53/95, 16/97, 34/2001 – др. закон, 9/2002, 29/2004, 61/2005, 116/2008 – др. закон,

31/2009, 101/2011, 93/2012, 93/2014, 106/2015 и 95/2018.

27 Чл. 12 Закона о судским таксама.

у ужем смислу и бесплатне правне подршке. То значи да постоји евиденција када су у питању домаћи спорови, али не постоји евиденција када су у питању домаћи и страни спорови са међународним елементом. Правна празнина се не може попунити применом члана 38 ЗБПП из два разлога. Први разлог је што наведени члан прописује да само орган управе води евиденцију, а не и министарство, што значи да се не може применити на спорове са међународним елементом. Други разлог је што евиденција о бесплатној правној помоћи, када су у питању спорови са међународним елементом, мора да садржи и друге податке. Словеначки ЗБПП²⁸ и црногорски ЗБПП²⁹ уређују евиденцију бесплатне правне помоћи тако што прописују органе надлежне за вођење евиденције (у Словенији то је Врховни суд и надлежни орган који одлучује о правној помоћи, а у Црној Гори то је служба за бесплатну правну помоћ), податке који се прикупљају (за евиденцију о бесплатној правној помоћи у домаћим споровима са међународним елементом и за евиденцију о бесплатној правној помоћи у страним споровима са међународним елементом), временски период чувања прикупљених података, као и ближе уређење ове материје правилником. Закључак је да је потребно уредити евиденцију домаћих и страних спорова са међународним елементом.

У погледу легализације исправа, указујем на чињеницу да ЗБПП то питање не регулише, односно не транспонује члан 13, став 5 Директиве, која прописује да исправе које се шаљу у складу са одредбама Директиве не подлежу легализацији. То значи да ће се даном приступања Републике Србије Европској унији, у погледу легализације, примењивати следећи извори: Уредба ЕУ 2016/1191 о промовисању слободе кретања грађана поједностављењем захтева за употребу одређених јавних исправа у Европској унији и о измени Уредбе ЕУ 1024/2012 (у даљем тексту: Уредба 2016/1191)³⁰, двострани уговори који регулишу међународну правну помоћ закључени између Републике Србије и држава чланица Европске

28 Чл. 52м и 52н словеначког ЗБПП.

29 Чл. 62 црногорског ЗБПП.

30 Regulation 2016/1191/EU on promoting the free movement of citizens by simplifying the requirements for presenting certain public documents in the European Union and amending Regulation 1024/2012/EU. Преузето 12.09.2019.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32016R1191>

уније³¹, Конвенција о олакшању међународног приступа судовима,³² Европски споразум о прослеђивању захтева за правну помоћ,³³ вишестрани уговори *lex specialis* који за главни предмет регулисања имају начин остваривања одређених права у одређеним врстама грађанских поступака са међународним елементом, а за споредни предмет регулисања имају легализацију докумената (Конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце,³⁴ Европска конвенција о признању и извршењу одлука о старању о деци и о поновном успостављању односа старања, који регулишу поступку у вези са остваривањем одређених права³⁵ и Конвенција о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и сарадњи у материји родитељске одговорности и мера за заштиту деце³⁶), које су ратификовали Република Србија и државе чланице Европске уније и Конвенција о укидању потребе легализације страних јавних исправа³⁷, коју су ратификовале Република Србија и све државе чланице Европске уније. У погледу јавних исправа које утврђују чињенице које се односе на рођење, смрт, склапање брака, развод, родитељство и др.³⁸ примењиваће се Уредба 2016/1191, односно те јавне исправе биће ослобођене од легализације³⁹. Остале јавне исправе које не потпадају под поље примене Уредбе 2016/1191, биће ослобођене легализације под условом да их је потребно употребити у држави чланици Европске уније са којом Република Србија има закључен билатерални уговор, у супротном примењиваће се Конвенција о укидању потребе легализације страних јавних исправа, која прописује легализацију јавних исправа од стране надлежних органа. У ситуацијама када се правна помоћ остварује у вези са поступцима који су покренути на основу вишестраних уговора *lex specialis*, исправе ће бити ослобођене од легализације. Такође, треба узети у обзир и чињеницу да Директива прописује да између држава чланица и у

31 Двострани уговори су закључени са следећим државама чланицама Европске уније: Аустријом, Белгијом, Бугарском, Чешком, Словачком, Француском, Грчком, Хрватском, Италијом, Кипром, Мађарском, Пољском, Румунијом и Словенијом. Претходно наведени уговори се морају ревидирати, односно усагласити са правом Европске уније пре приступања Републике Србије Европској унији, што значи да постоји могућност да се неки уговори раскину уколико се не постигне усаглашавање.

32 Службени лист СФРЈ – Међународни уговори, бр. 4/88.

33 Службени лист СРЈ – Међународни уговори, бр. 9/01.

34 Службени лист СФРЈ – Међународни уговори, бр. 7/91.

35 Службени лист СРЈ – Међународни уговори, бр. 1/01.

36 Сл. гласник РС – Међународни уговори, бр. 2/16).

37 Сл. лист ФНРЈ – Међународни уговори и други споразуми, бр. 10/62.

38 Чл. 2, ст. 1 Уредбе 2016/1191.

39 Чл. 4 Уредбе 2016/1191.

односу на предмете на које се примењује, она има предност пред одредбама билатералних и мултилатералних споразума које су склопиле државе чланице, укључујући и Конвенцију о олакшању међународног приступа судовима и Европски споразум о прослеђивању захтева за правну помоћ.⁴⁰ Из претходно наведеног произилази да нетранспоноване одредбе о легализацији јавних исправа доста успорава и компликује поступак који би по Директиви требало да буде хитан. У циљу остваривања ефикасности и хитности поступка и потпуне усклађености са Директивом, потребно је транспоновати одредбу члана 13, став 5 Директиве у ЗБПП, односно прописати да су исправе која се прослеђују у поступку остваривања бесплатне правне помоћи ослобођене од легализације.

3. Бесплатна правна помоћ када се спор води пред судом на територији Србије

У овом делу рада је изложена анализа одредби које се односе на остваривање права на бесплатну правну помоћ од стране тражиоца, са пребивалиштем или боравиштем на територији друге државе чланице Европске уније, у спору који се води пред судом на територији Републике Србије.

У погледу термина, указујем на чињеницу да су у правним изворима Републике Србије који регулишу међународну правну помоћ устаљени изрази пријемни и отпремни орган, а не орган пријема и орган отпреме, и у складу са тим потребно је користити термине који су устаљени у међународној правној помоћи.

Тражилац са пребивалиштем или уобичајеним боравиштем у другој држави чланици Европске уније мора да поднесе захтев за одобравање бесплатне правне помоћи (у даљем тексту: захтев), а у циљу остваривања права на бесплатну правну помоћ у спору који се води пред судом у Републици Србији. Директива предвиђа два начина подношења захтева. Први начин је индиректан, односно тражилац подноси захтев надлежном органу за пријем захтева државе у којој има пребивалиште или уобичајено боравиште (отпремни орган), који га прослеђује, у прилогу обрасца за отпремање захтева, надлежном органу за пријем захтева државе у којој се води поступак (пријемни орган), а који писмена даље прослеђује надлежном органу на поступање.⁴¹ Други начин је директан, односно тражилац подноси захтев непосредно надлежном органу за пријем захтева

40 Чл. 20 Директиве.

41 Чл. 13, ст. 1, тачка (а) Директиве.

државе у којој се води поступак (пријемни орган).⁴² У складу са претходним потребно је изменити члан 47, ст. 1 и 2 ЗБПП, који је нејасан и конфузан, и на јасан начин прописати директан и индиректан начин достављања. Као пример исправне формулације могу се користити одредбе садржане у хрватском ЗБПП⁴³ или словеначком ЗБПП⁴⁴. Република Србија је за пријемни и отпремни орган одредила Министарство правде (у даљем тексту: министарство).

Када министарство, као пријемни орган, заприми захтев, испитује испуњеност следећих услова: језик захтева и прилога, постојања прекограничног спора и да ли тражилац има право на бесплатну правну помоћ.

ЗБПП прописује да захтев и прилози морају бити сачињени на српском језику, а што је у потпуности усклађено са чланом 13, став 2 Директиве. Када захтев није сачињен на српском језику, министарство доноси решење о одбијању захтева.⁴⁵ Оваква законска формулација није тачна из два разлога, која уједно представљају и предлоге измене ове спорне одредбе. Први је да језик сачињавања документа не представља основ за одбијање, већ основ за одбацивање захтева, а други је да се у пракси међународне правне помоћи захтеви са прилозима враћају тражиоцу, код непосредног достављања, или отпремном органу, код посредног достављања, са поуком да је потребно да се документа преведу на српски језик. У упоредним изворима претходно наведено је уређено на следећи начин: хрватски ЗБПП⁴⁶ прописује одбацивање захтева, док словеначки ЗБПП⁴⁷ и црногорски ЗБПП⁴⁸ прописују враћање захтева.

Министарство одбија захтев и када није у питању прекогранични спор или када тражилац нема право на бесплатну правну помоћ,⁴⁹ и такво поступање не представља усклађеност са чланом 13, став 3 Директиве из два разлога. Први разлог је да Директива прописује основе одбијања захтева од стране отпремног органа, а не и пријемног органа. Други разлог је да Директива има за циљ да спречи упућивање захтева који не испуњавају формалне услове везане за бесплатну правну помоћ и не

42 Чл. 13, ст. 1, тачка (б) Директиве.

43 Чл. 28, ст. 2 хрватског ЗБПП.

44 Чл. 52д словеначког ЗБПП.

45 Чл. 48, ст. 1 ЗБПП.

46 Чл. 28, ст. 3 хрватског ЗБПП.

47 Чл. 52д, ст. 3 словеначког ЗБПП.

48 Чл. 60, ст. 4 црногорског ЗБПП.

49 Чл. 48, ст. 2 ЗБПП.

односи се на оцену материјалних услова за одобравање бесплатне правне помоћи. Од упоредних извора, хрватски ЗБПП⁵⁰ садржи исту одредбу као и ЗБПП, док црногорски ЗБПП и словеначки ЗБПП не садржи такву одредбу. Закључак је да спорну одредбу ЗБПП треба избрисати, а ако се не избрише, потребно је уподобити члану 13, став 3 Директиве, односно прописати два основа одбијања, први је очигледна неоснованост, која је регулисана чланом 7, тач. 5) до 7) ЗБПП и други је неиспуњеност услова садржаних у општим одредбама које регулишу бесплатну правну помоћ (спор није прекограничан или није у питању грађанска или привредна материја).

Уколико нема основа за одбијање захтева, министарство одлучује мериторно о испуњености услова за одобравање бесплатне правне помоћи.⁵¹ Мислим да је прописивање надлежности министарства да одлучује мериторно о захтеву погрешно из више разлога.

Први разлог је постојање ситуације да дође до различитог тумачења у вези са применом ЗБПП. Наиме, ЗБПП прописује надлежност два органа да одлучују о захтевима у зависности од врсте правне помоћи. Орган управе је надлежан да одлучује о захтевима који се тичу остваривања бесплатне правне помоћи у ужем смислу и бесплатне правне подршке, а министарство је надлежно да одлучује о захтевима за остваривање бесплатне правне помоћи. Упоредни извори прописују надлежност једног органа да одлучује о свим врстама правне помоћи.

Други разлог је одступање од Директиве и упоредних извора. Директива јасно прави разлику између органа надлежног да одлучује о бесплатној правној помоћи⁵² и органа надлежног за отпремање и пријем захтева.⁵³ Даље, словеначки ЗБПП⁵⁴, црногорски ЗБПП⁵⁵ и хрватски ЗБПП⁵⁶ уређују да министарство, у случају да захтев испуњава све услове, прослеђује га надлежном органу који мериторно одлучује о остваривању бесплатне правне помоћи.

Трећи разлог је да у случају да дође до промене околности која би могла утицати на укидање решења о одобрењу бесплатне правне помоћи,

50 Чл. 28, ст. 4 хрватског ЗБПП.

51 Чл. 48, ст 3 ЗБПП.

52 Чл. 12 ЗБПП.

53 Чл. 13 ЗБПП.

54 Чл. 52д, ст. 4 словеначког ЗБПП.

55 Чл. 60, ст. 5 црногорског ЗБПП.

56 Чл. 29, ст. 1 хрватског ЗБПП.

министарство не би могло да поступа, с обзиром да ЗБПП прописује само надлежност органа управе да поступа у таквим ситуацијама⁵⁷.

У складу са изложеним, члан 48, ст. 3 и 4 ЗБПП треба брисати, односно прописати обавезу министарства да уредни захтев достави надлежном органу, односно органу управе, који одлучује мериторно о захтеву у складу са одредбама ЗБПП.

Када је одобрена бесплатна правна помоћ, она обухвата и следеће трошкове, који су директно повезани са прекограничним спором: превођење, превођење исправа и путне трошкове.⁵⁸ Претходно представља делимичну усклађеност са чланом 7 Директиве. Наиме, члан 7, тачка 1) Директиве прописује тумачење као вид трошкова, а не превођење. У погледу упоредне праксе, једино хрватски ЗБПП⁵⁹ прописује трошкове и то на исти начин као и Директива. С обзиром да члан 49, тачка 2) ЗБПП предвиђа превођење као трошкове, не знам који би то трошкови превођења били обухваћени чланом 49, тачка 1) ЗБПП и сматрам да би уместо превођења требало предвидети тумачење, како би се постигла потпуна усклађеност са Директивом.

4. Бесплатна правна помоћ када је надлежан суд друге државе чланице Европске уније

У овом делу рада је изложена анализа одредаба које регулишу остваривање бесплатне правне помоћи од стране тражиоца, са пребивалиштем или уобичајеним боравиштем на територији Републике Србије, у спору који се води пред судом друге државе чланице Европске уније.

У погледу терминологије, потребно је у чл. 50 и 51 ЗБПП уместо термина лица које подноси захтев употребити термин тражилац, односно извршити усклађивање са чланом 8, став 2 ЗБПП.

Тражилац са пребивалиштем или уобичајеним боравиштем у Републици Србији, који жели да оствари бесплатну правну помоћ у спору који се води пред судом друге државе чланице Европске уније, дужан је да захтев поднесе посредно, а изузетно непосредно.⁶⁰ Такви начини достављања захтева одступају од Директиве и упоредне праксе. Директива прописује равноправно два начина подношења захтева: директан и индиректан, односно не предвиђа индиректан начин достављања захтева као

57 Чл. 35 ЗБПП.

58 Чл. 49 ЗБПП.

59 Чл. 30, тач. а) хрватског ЗБПП.

60 Чл. 50, ст. 1 ЗБПП.

изузетак.⁶¹ У упоредној пракси решења су различита. Хрватски ЗБПП⁶² и словеначки ЗБПП⁶³ прописују оба начина достављања захтева, док црногорски ЗБПП прописује само посредан начин достављања.⁶⁴ Мислим да је потребно предвидети на равноправној основи директан и индиректан начин подношења захтева, а у циљу потпуне усклађености са Директивом.

Министарство по пријему захтева цени испуњеност одређених услова, односно да је спор прекограничан или да тражилац има право на бесплатну правну помоћ. Уколико услови нису испуњени, министарство доноси решење којим одбија захтев,⁶⁵ што не представља потпуну усклађеност са чланом 13, став 3, тач. (а) и (б) Директиве из следећих разлога. Наиме, Директива прописује да надлежни отпремни орган може да одлучи да одбије захтев ако је очигледно неоснован или ако не потпада под предмет примене Директиве. То значи да ЗБПП, за разлику од Директиве, не прописује дискреционо овлашћење министарства да одбије захтев и не предвиђа исте основе одбијања захтева. Основ да тражилац нема право на бесплатну правну помоћ је шири од основа очигледне неоснованости, јер он поред оцене чињеница садржаних у члану 7, тач. 5) до 7) ЗБПП обухвата и чињенице садржане у члану 4 ЗБПП. Поље примене Директиве, поред прекограничног спора обухвата и материју примене, што значи да је боље као основ одбијања предвидети повреду општих одредби бесплатне правне помоћи. Од упоредне праксе, хрватски ЗБПП⁶⁶ као и ЗБПП предвиђа исте основе одбијања, док словеначки ЗБПП⁶⁷ прописује само очигледну неоснованост.

Питање које се може појавити у пракси је да ли ће тражилац који је захтев поднео индиректно, а који је одбијен од стране отпремног органа, односно министарства, моћи да поднесе захтев непосредно надлежном пријемном органу друге државе чланице Европске уније. Одговор се налази у пракси међународне правне помоћи (нпр. Европски споразум о прослеђивању захтева за правну помоћ), односно тражилац може поднети захтев директно пријемном органу државе чланице Европске уније у којој се налази надлежни орган који одобрава бесплатну правну помоћ, с обзиром

61 Чл. 13, ст. 1 Директиве.

62 Чл. 31, ст. 1 и 6 хрватског ЗБПП.

63 Чл. 52х, ст. 1 и 6 словеначког ЗБПП.

64 Чл. 46, ст. 3 и 6 црногорски ЗБПП.

65 Чл. 50, ст. 2 ЗБПП.

66 Чл. 31, ст. 3 хрватског ЗБПП.

67 Чл. 52х, ст. 3 словеначког ЗБПП.

да отпремни орган, односно министарство цени само формалне услове, али не и материјалне, за остваривање бесплатне правне помоћи.⁶⁸

Када је захтев уредан, министарство преводи захтев и прилоге на службени језик или један од службених језика замољене државе чланице Европске уније и прослеђује их у року од 15 дана надлежном пријемном органу.⁶⁹ Претходно је у потпуности усклађено са чланом 13, став 4, пара. 1 и 2 Директиве.

У случају да се не одобри бесплатна правна помоћ у замољеној држави чланици Европске уније, тражилац је дужан да министарству надокнади трошкове превођења,⁷⁰ што представља потпуну усклађеност са чланом 13, став 6 Директиве. По угледу на словеначки ЗБПП, могло би се предвидети као услов за надокнаду трошкова и случај када тражилац одустане од захтева⁷¹ и уредити начин и временски период повраћаја трошкова превођења.⁷²

Тражилац са пребивалиштем или уобичајеним боравиштем у Републици Србији, у оквиру бесплатне правне помоћи остварује право на накнаду трошкова у вези са помоћи адвоката или другог лица законом овлашћеног за правно саветовање, под одређеним условима и трошкова превођења захтева и приложене документације,⁷³ што представља потпуну усклађеност са чланом 8 Директиве.

На крају, на основу анализе Директиве, било би целисходно транспоновати њену одредбу која прописује активну улогу отпремног органа, односно његову обавезу да помогне тражиоцу да прикупи и приложи сву потребну документацију уз захтев,⁷⁴ као што је то предвиђено и словеначким ЗБПП⁷⁵.

68 Council of Europe, 1977, European Treaty Series-No. 92, *Explanatory Report to the European Agreement on the Transmission of Applications for Legal Aid*. Преузето 12. 09. 2019. <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800c96ea>

69 Чл. 50, ст. 4 ЗБПП.

70 Чл. 50, ст. 5 ЗБПП.

71 Чл. 52л, ст. 1 словеначког ЗБПП.

72 Чл. 52л, ст. 3 и 4 словеначког ЗБПП.

73 Чл. 51 ЗБПП.

74 Чл. 13. ст. 4. ЗБПП.

75 Чл. 52и словеначког ЗБПП.

5. Закључак

Из свега наведеног, закључујем да иако се дуго радило на изради ЗБПП, у погледу одредаба које уређују бесплатну правну помоћ постоје три недостатка. Први недостатак је погрешно транспоновање већег броја одредаба Директиве. Други недостатак је нетранспоновање одређених одредаба Директиве. Трећи недостатак је постојање правних празнина, које се не могу надоместити средствима за њихово попуњавање.

Најбитније одредбе ЗБПП које је потребно изменити, а да би се остварила усклађеност са осталим одредбама ЗБПП, Директивом и упоредном праксом, тичу се следеће предметне материје. Прво, потребно је извршити терминолошко уједначавање, односно да се лице које подноси захтев замени изразом тражилац, да се боравиште замени изразом уобичајено боравиште и да се орган за примање и орган за отпремање замене изразима пријемни и отпремни орган. Друго, потребно је брисати упућивање на примену појединих одредби ЗБПП, с обзиром да надлежни орган у зависности од околности конкретног случаја сходно примењује одговарајуће одредбе ЗБПП. Треће, потребно је изменити начин поступања министарства када захтев и прилози нису достављени на српском језику, односно прописати да министарство или враћа документа са поуком да се иста преведу на српски језик или одбацује захтев. Четврто, потребно је прописати надлежност органа управе да мериторно одлучује о захтевима у споровима са међународним елементом, када се поступак води пред надлежним судом у Републици Србији. Пето, када се поступак води пред надлежним судом друге државе чланице Европске уније, потребно је превидети директан и индиректан начин достављања.

Одредбе Директиве које је потребно транспоновати у ЗБПП, а у циљу остваривања ефикасности и хитности поступка, се односе на активну улогу отпремног органа, која се тиче пружања помоћи тражиоцу да прикупи и приложи сву потребну документацију и на ослобађање од легализације јавних исправа.

У циљу попуњавања правних празнина ЗБПП, потребно је регулисати евиденцију бесплатне правне помоћи, с обзиром да ЗБПП регулише евиденцију коју води орган управе, односно евиденцију података везаних за остваривање бесплатне правне помоћи у ужем смислу, бесплатне правне подршке. Уколико се не измени одредба ЗБПП у погледу надлежног органа за одлучивање о остваривању бесплатне правне помоћи, потребно је регулисати поступак измене решења о остваривању бесплатне правне помоћи од стране министарства због промењених околности, с обзиром да ЗБПП уређује такав поступак када су у питању домаћи спорови без

међународног елемента. Даље, с обзиром да ЗБПП предвиђа надокнаду трошкова превођења министарству, само у случају да надлежни инострани орган одбије захтев, целисходно би било предвидети и случај када тражилац одустане од захтева.

Литература/References

Gajin, С., Vodinelić, В., Kosanović, С., Čavoški, А., Knežević Bojović, А., Sepi, Р., Reljanović, М. (2007). *Pravna pomoć*, Beograd, Centar za unapređivanje pravnih studija.

Milenković, Ј. (2016). *Pravo na pravično suđenje u građanskim sporovima prema članu 6 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*. Beograd, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu.

Bouček, V. (2015). Uobičajeno boravište u hrvatskom međunarodnom privatnom pravu, Zagreb. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*. Vol. 65. No. 6. 885–914.

Uzelac, А. (2010). Pravo na pravično suđenje u građanskim predmetima: Nova praksa europskog suda za ljudska prava i njen utjecaj na hrvatsko pravo i praksu. Zagreb, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*. Vol. 60. No. 1. 101–148.

Устав Републике Србије. *Сл. гласник РС*. Бр. 98.2006.

Уредба о ратификацији Конвенције о укидању потребе легализације страних јавних исправа, *Сл. лист ФНРЈ – Међународни уговори и други споразуми*. Бр. 10. 1962.

Конвенција о олакшању међународног приступа судовима, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*. Бр. 4.1988.

Европски споразум о прослеђивању захтева за правну помоћ, *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*. Бр. 9.2001.

Конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*. Бр. 7.1991.

Европска конвенција о признању и извршењу одлука о старању о деци и о поновном успостављању односа старања, који регулишу поступку у вези са остваривањем одржених права, *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*. Бр. 1.2001.

Конвенција о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и сарадњи у материји родитељске одговорности и мера за заштиту деце, *Сл. гласник РС – Међународни уговори*. Бр. 2.2016.

Закон о бесплатној правној помоћи, *Сл. гласник РС*. Бр. 87. 2018.

Закон о парничном поступку, *Сл. гласник РС*. Бр. 72.2011, 49.2013-одлука УС, 74.2013-одлука УС и 55.2014.

Закон о судским таксама, *Сл. гласник РС*. Бр. 28. 1994, 53. 1995, 16.1997, 34. 2001 - др. закон, 9. 2002, 29. 2004, 61. 2005, 116. 2008 - др. закон, 31. 2009, 101. 2011, 93. 2012, 93. 2014 и 106. 2015.

Закон о бесплатној правној помоћи, *Narodne novine*. Бр. 143. 2013.

Закон о бесплатној правној помоћи, *Sl. list CG*. Бр. 20. 2011.

Закон о безплатној правној помоћи, *Uradni list RS*. Бр. 96. 2004 – уредно преčišче-но беседило, 23. 2008, 15. 2014 – одл. УС in 19.2015.

Council of Europe. (1977). European Treaty Series-No. 92. *Explanatory Report to the European Agreement on the Transmission of Applications for Legal Aid*. Преузето 12. 09. 2019.

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800c96ea>

Преговарачка позиција Републике Србије у оквиру Међувладине конференције о приступању Републике Србије Европској унији за Поглавље 23. „Правосуђе и основна права“. Преузето 12. 09. 2019.

http://www.mei.gov.rs/upload/documents/pristupni_pregovori/pregovaracke_pozicije/pg_23_pregovaracka_pozicija_srbije.pdf

Council Directive 2002/8/EC to improve access to justice in cross-border disputes by establishing minimum common rules relating to legal aid for such disputes. Преузето 12.09.2019.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003L0008&from=EN>

Regulation 1215/2012/EU on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. Преузето 12. 09. 2019.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R1215&from=EN>

Regulation 44/2001/EC on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. Преузето 12. 09. 2019.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32001R0044>

Regulation 2016/1191/EU on promoting the free movement of citizens by simplifying the requirements for presenting certain public documents in the European Union and amending Regulation 1024/2012/EU. Преузето 12. 09. 2019.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32016R1191>

Sanja Stanković,
PhD Student,
Faculty of Law, University of Niš

**FREE LEGAL AID ACT OF THE REPUBLIC OF SERBIA: ANALYSIS
OF PROVISIONS REGULATING FREE LEGAL AID IN CROSS-
BORDER DISPUTES DE LEGE LATA AND DE LEGE FERENDA**

Summary

The right to legal aid in cross-border disputes is a procedural right of the person who has the citizenship, domicile or habitual residence on the territory of a state which provides for exercising the right to legal aid in disputes conducted before the competent authority of another state. In the Republic of Serbia, the right to free legal aid in cross-border disputes is regulated by the Free Legal Aid Act, which regulates the exercise of the right to free legal aid in the territory of European Union. In particular, it provides the definition of a cross-border dispute, the types of free legal aid, the conditions that the applicant is required to fulfill in order to be granted the status of a beneficiary, the procedure when the dispute with an international element is conducted before the court in the territory of Serbia or an EU Member State, and the types of costs covered by free legal aid. In order to exercise the right to free legal aid in a dispute which is conducted before the court of another EU Member State, the applicant who has domicile or habitual residence in the territory of an EU Member State may submit the free legal aid application in two ways: a) directly to the receiving authority of the state in which dispute is conducted, or b) indirectly via the transmitting authority of the state in which the applicant has domicile or habitual residence. In the Republic of Serbia, the transmitting and the receiving authority is the Ministry of Justice. When the cross-border dispute is conducted before the competent court in the territory of the Republic of Serbia, the Ministry of Justice is in charge of deciding about the applicant's legal aid application.

Keywords: *legal aid, cross-border dispute, Directive 2002/08/EZ, Ministry of Justice, receiving authority.*

ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ (M51)

УПУТСТВО АУТОРИМА

Опште напомене	Рукопис рада компјутерски обрадити коришћењем програма <i>Word</i> , у фонту <i>Times New Roman</i> ћирилица (Serbian-Cyrillic), (осим оригиналних латиничних навода), величина фонта 12 pt , размак између редова 1,5. Формат странице треба да буде A4 .
Обим рада	Један ауторски табак - рад не треба да има више од 40.000 карактера, односно 6.000 карактера када се ради о приказима, укључујући размаке.
Језик и писмо	Језици на којима се могу објављивати радови су српски, енглески, руски, француски и немачки.
Наслов рада	Наслов рада куцати величином фонта 14 pt, bold , Times New Roman Наслов рада приложити и на енглеском језику.
Аутор(и)	Не уносити име(на) аутора у текст рада да би се обезбедила анонимност рецензирања. Подаци о аутору(има) биће доступни редакцији преко Асистент програма.
Подаци о пројекту или програму*	На дну прве странице текста, треба навести у фусноти следеће: Назив и број пројекта, назив програма, назив институције која финансира пројекат.
Подаци о усменом саопштењу рада*	Ако је рад био изложен на научном скупу у виду усменог саопштења под истим или сличним називом, податак о томе треба навести у оквиру посебне напомене на дну прве стране текста (фуснота).
Апстракт	Апстракт садржи 100-250 речи.
Кључне речи	Не више од 10 кључних речи на српском и енглеском језику (Key words).
Напомена о анонимности	У тексту се не смеју користити изрази који упућују или откривају идентитет аутора (нпр. „о томе видети у нашем раду...“ или „...мој рад под називом ...“ и слично).
Структура текста	<ol style="list-style-type: none"> 1. Увод 2. Поднаслов 1 <ol style="list-style-type: none"> 2.1. Поднаслов 2 <ol style="list-style-type: none"> 2.1.1. Поднаслов 3 3. Поднаслов 2 4. Закључак <p>Наслови и поднаслови пишу се фонтом 12 pt, bold.</p>
Литература (<i>References</i>)	Пише се након текста, као посебна секција. Поређати све јединице азбучним редом по презимену аутора, а код истог аутора, по години издавања (од најновије до најстарије). Молимо ауторе да искључе команду numbering, тј. без бројева испред. (Погледати табелу на крају унутства).
Резиме (<i>Summary</i>)	Пише се на крају текста после Литературе, дужине до 2 000 карактера (укључујући размаке), на српском и енглеском језику.
Табеле, графикони, слике	Табеле урадити у Wordu или Excelu. Фотографије, графикони или слике доставити у формату jpg.
Ауторска права	Аутори радова потписују сагласност за пренос ауторских права.
Достава радова	Радови се предају путем онлајн система за електронско уређивање АСИСТЕНТ, http://aseestant.ceon.rs/index.php/zrpf/index

* Ови подаци уносе се само у случају да рад испуњава наведене услове (пројекат или саопштење)



УПУТСТВО ЗА ЦИТИРАЊЕ ЛИТЕРАТУРЕ

Навођење цитата треба урадити у тексту, као што је наведено у упутству. **Фус ноте** користити само када је неопходно пружити додатно објашњење или пропратни коментар, као и у случају позивања на нормативни акт, службена гласила и одлуке судова.

Цитати и позиви на литературу у тексту и листа библиографских јединица на крају текста морају се у потпуности слагати. Сваки цитат из текста и позив на литературу мора да се нађе на листи библиографских јединица, односно, свака библиографска јединица наведена у литератури мора да се нађе у тексту. Позив на библиографске јединице наводи се у оригиналном писму, без превожња.

Врста рада	Референце – литература	Цитирање у тексту
Књига, 1 аутор	Келзен, Х. (2010). <i>Општа теорија права и државе</i> . Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.	(Келзен, 2010: 56)
Књига, Више аутора	Dimitrijević, V. Popović, D. Papić, T. Petrović, V. (2007). <i>Međunarodno pravo ljudskih prava</i> . Београд: Београдски центар за људска права.	Прво цитирање у тексту: (Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 128) Наредно цитирање у тексту: (Dimitrijević et al. 2007: 200)
Колективно ауторство	<i>Oxford Essential World Atlas</i> . (1996). 3.ed. Oxford: Oxford University Press.	(Oxford, 1996: 245)
Рад или део књиге која има приређивача	Nolte, K. (2007). Zadaci i način rada nemačkog Bundestaga. U Pavlović, V. i Orlović, S. (Prir.). <i>Dileme i izazovi parlamentarizma</i> . Београд: Konrad Adenauer Stiftung. 279-289.	(Nolte, 2007: 280)
Чланак у часопису	Марковић, Р. (2006). Устав Републике Србије из 2006 – критички поглед. <i>Анали Правног факултета у Београду</i> . 2(LIV). 5-46	(Марковић, 2006: 36)
Енциклопедија	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha encyclopedia of Japan</i> . Vol. 2. Tokyo: Kodansha. 1-3.	(Pittau, 1983: 3)
Институција као аутор	Републички завод за статистику. (2011). <i>Месечни статистички билтен</i> . Бр. 11.	(Републички завод за статистику, 2011)
Прописи	Закон о основама система васпитања и образовања. <i>Службени гласник РС</i> . Бр. 62. 2004.	Фус нота: Чл. 12. Закона о основама система васпитања и образовања, <i>Сл. гласник РС</i> , 62/04
Судске одлуке	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905 или <i>Omojudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10 или Одлука Уставног суда IY-197/2002. <i>Службени гласник РС</i> . Бр. 57. 2003.	Фус нота: Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] или Одлука Уставног суда IY-197/2002
Електронски извори	Wallace, A.R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Преузето 15.11.2005. http://www.gutenberg.org/etext/2530 или European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Преузето 24.5.2007. http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp	Навођење у тексту: (Wallace, 2001) Фус нота: European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Преузето 24.5.2007. http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp

ZBORNİK RADOVA PRAVNOG FAKULTETA U NIŠU (M51)

UPUTSTVO AUTORIMA

Opšte napomene	Rukopis rada kompjuterski obraditi korišćenjem programa <i>Word</i> , u fonu <i>Times New Roman</i> ćirilica (Serbian-Cyrillic), (osim originalnih latinićnih navoda), velićina fonta 12 pt , razmak između redova 1,5. Format stranice treba da bude A4 .
Obim rada	Jedan autorski tabak - rad ne treba da ima više od 40.000 karaktera , odnosno 6.000 karaktera kada se radi o prikazima, ukljućujući razmake.
Jezik i pismo	Jezici na kojima se mogu objavljivati radovi su srpski, engleski, ruski, francuski i nemaćki.
Naslov rada	Naslov rada kucati velićinom fonta 14 pt, bold , Times New Roman Naslov rada priloćiti i na engleskom jeziku.
Autor(i)	Ne unositi ime(na) autora u tekst rada da bi se obezbedila anonimnost recenziranja. Podaci o autoru(ima) biće dostupni redakciji preko Asistent programa.
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 izloćen na naućnom skupu u vidu usmenog saopštenja pod istim ili slićnim nazivom, podatak o tome treba navesti u okviru posebne napomene na dnu prve strane teksta (fusnota).
Apstrakt	Apstrakt sadrži 100-250 reći.
Kljućne reći	Ne više od 10 kljućnih reći na srpskom i engleskom jeziku (Key words).
Napomena o anonimnosti	U tekstu se ne smeju koristiti izrazi koji upućuju ili otkrivaju identitet autora (npr. „o tome videti u našem radu...“ ili „...moj rad pod nazivom ...“ i slićno).
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. Zakljućak <p>Naslovi i podnaslovi pišu se fontom 12 pt, bold.</p>
Literatura (References)	Piše se nakon teksta, kao posebna sekcija. Poredati sve jedinice azbućnim redom po prezimenu autora, a kod istog autora, po godini izdavanja (od najnovije do najstarije). Molimo autore da iskljuće komandu numbering, tj. bez brojeva ispred. (Pogledati tabelu na kraju uputstva).
Rezime (Summary)	Piše se na kraju teksta posle Literature, dućine do 2 000 karaktera (ukljućujući razmake), na srpskom i engleskom jeziku.
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.
Dostava radova	Radovi se predaju putem onlajn sistema za elektronsko uređivanje ASISTENT, http://asestant.ceon.rs/index.php/zrpf/index

* Ovi podaci unose se samo u slućaju da rad ispunjava navedene uslove (projekat ili saopštenje)



UPUTSTVO ZA CITIRANJE LITERATURE

Navodenje 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 prevodenja.

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> (3rd ed.). (1996). Oxford, UK: Oxford University Press	(Oxford, 1996: 245)
Rad ili deo knjige koja ima priredivača	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)
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, pp. 1-3). Tokyo: Kodansha	(Pittau, 1983: 3)
Institucija kao autor	Republički zavod za statistiku. <i>Mesečni statistički bilten</i> . Br. 11 (2011)	(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] ili Odluka Ustavnog suda IU-197/2002
Elektronski izvori	Wallace, A. R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Retrieved 15, November 2005, from http://www.gutenberg.org/etext/2530 ili 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	Navodenje u tekstu: (Wallace, 2001) Fus nota: 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

Collection of Papers, Faculty of Law, 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)	In order to ensure the author's anonymity and preclude bias in the double-blind peer review process, the author's name and surname should not be included in the article submitted for review. The data about the author(s) will be available to the Editorial staff via the Assistant program.
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.
Note on author's identity (anonymity)	In order to ensure the author's anonymity, the text of the submitted article should not include phrases that refer to or reveal the author's identity (e.g. "for more information, see our paper on..." or "my paper titled...", and alike)
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 Times New Roman, 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 articles are to be submitted via online editorial management system АСИСТЕНТ, http://asestant.ceon.rs/index.php/zrpf/index

* 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 (a single author)	Jones, C. P. (1994). <i>Investments: Analysis and Management</i> . New York: John Wiley & Sons. Ltd.	(Jones, 1994: 123)
Book (a number of authors)	Osterrieder, H., Bahloul, H., Wright, G., Shafner, K., Mozur, M. (2006). <i>Joining Forces and Resources for Sustainable Development Cooperation among Municipalities – A Guide for Practitioners</i> . Bratislava: UNDP	First in-text citation: (Osterrieder, Bahloul, Wright, Shafner, Mozur, 2006: 31) A subsequent in-text citation: (Osterrieder et al., 2006: 45)
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	Scot, C., del Busto, E. (2009). Chemical and Surgical Castration. In Wright, R. G. (ed.), <i>Sex Offender Laws, Failed Policies and New Directions</i> (pp. 291-338). New York: Springer	(Scot, del Busto, 2009: 295)
Journal article	Sandler, J. C., Freeman, N. J. (2007). Tipology of Female Sex Offenders: A Test of Vandiver and Kercher. <i>Sex Abuse</i> . 19 (2), 73-89	(Sandler, Freeman, 2007: 79)
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)	Statistical Office of the Republic of Serbia, <i>Monthly statistical bulletin</i> , No. 11 (2011)	(Statistical Office RS, 2011)
Legal documents and regulations	Education Act, Official Gazette RS, No. 62 (2004)	Footnote: Article 12. Education Act, Official Gazette RS, 62/04
Court decisions	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905; or <i>Omojudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10; or Constitutional Court decision IY-197/2002, <i>Official Gazette RS</i> , No. 57 (2003)	Footnote: Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] or Constitutional Court decision IY-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